



مركز الدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية

مختبر البحث: القانون والفلسفة والمجتمع

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع:

الأمن العقاري
بين تحقيق حماية المستهلك
وغاية استقرار المعاملات العقارية

تحت إشراف الأستاذ:

د. عمرو لمزرع

إعداد الطالب الباحث:

صالح محمد

لجنة المناقشة:

رئيسا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	د. عمرو لمزرع
مقررا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	د. محمد ناصر متيوي مشكوري
مقررا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	د. عبد الله مرغيش
عضوا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة	د. إدريس الفاخوري
عضوا	رئيس غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض	د. إبراهيم بجماني
مقررا	أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بوجدة	د. عبد الرزاق حباني

السنة الجامعية: 2021/2020

كلمة شكر

أُتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان، المقرون بالاحترام والتقدير
إلى أستاذي الفاضل:

الدكتور عمرو المنزع

لقبوله الإشراف على أطروحتي رغم التزاماتها العلمية
الكثيرة،

كما أشكره على توجيهاته القيمة ونصائحه السديدة التي
أثارت مسار بحثي العلمي، سائلاً من الله عز وجل أن يجازيه
الجزاء الجميل وبمده بالصحة والعافية.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان والامتنان إلى السادة الأساتذة
أعضاء لجنة المناقشة على مجهوداتهم السديدة لقراءة هذا
البحث والتقييم لهذه الأطروحة.

فلكم مني فائق الشكر والتقدير.

محمد صالح

إهداء

إلى اللذين قال فيهما الله تعالى:
﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْنِي كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ صدق الله العظيم
إلى التي حملتني كرها ووضعتني كرها
إلى التي لو وددت رد معروفها ما وسعت
إلى التي برضاها تفتح الجنان
إلى فيض الحنان ونبع الوثام ومورد السلام
إلى التي ربنتي وأحسن تربيتي وأنشأتني خير منشأ
إلى التي حفتني بعطفها وحنانها
إلى والدتي أطل الله في عمرها
إلى والدي الذي هو مفخرتي واعتزازي وله كل امتناني
إلى من أحمل اسمي بكل فخر واعتزاز
إلى أخي الغالي، وأخوتي الفضليات
إلى روعي جدي وجدتي
إلى جميع أفراد عائلتي كبيرهم وصغيرهم
إلى جميع أصدقائي الذين نلتهم على يدهم
إلى إخواني وأخواتي وأصدقائي وصدقاتي الذين لم نلدهم أمي،
إلى من نحلوا بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء، إلى بنابيع الصدق الصافي
إلى من معهم سعدت وبرفقتهم في دروب الحياة الحلوة والحزينة سر،
إلى من كانوا معي على طريق النجاح والخير
إلى كل صوت ينادي بالحري والعدل والكرامه

محمد صالح

لائحة فك الرموز

لائحة فك الرموز باللغة العربية

ق.ل.ع.	: قانون الالتزامات والعقود.
ق.م.ف.	: قانون المدني الفرنسي.
ق.م.م.	: قانون المدني المصري.
ق.م.ج.	: قانون المدني الجزائري.
ظ.ت.ع.	: ظهير التحفيظ العقاري.
م.س.	: مرجع سابق.
ص.	: الصفحة.
ع	: عدد.
م.ح.ع	: مدونة الحقوق العينية.

لائحة فك الرموز باللغة الفرنسية

P	: Page.
Op.cit	: Ouvrage précité.
Art	: Article.
N°	: Numéro.
Cass.civ	: Chambre civile de la cour de cassation.
ANCFCC	: Agence Nationale de la Conservation Foncière du Cadastre et de la Cartographie.

مقدمة

إن تطور المجتمعات أصبح يقاس بتطور قوانينها وأنظمتها، فالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية تعرف تغيرا مستمرا متواصلا، وأمام هذا التغير تقوم التشريعات بإدخال التعديلات اللازمة على بعض الأنظمة القانونية بغية تحقيق الأمن والاستقرار في مختلف المجالات.

ولقد بدأت الظاهرة القانونية بسيطة بسيطة الحياة في المجتمعات القديمة ثم انتهت في العصر الحديث إلى أكبر قدر من الانتشار والشيوع حيث أصبح التدخل القانوني يهتم مختلف جوانب الحياة الإنسانية، بل أصبح الاهتمام يشمل جزئيات مظاهر الحياة الخاصة.¹

فالقواعد القانونية تسعى إلى تحقيق الأمن والنظام الاجتماعيين؛ حيث يطمئن الأفراد على حياتهم وأموالهم وأعراضهم وحرياتهم لكي يسود الأمن والاستقرار والاطمئنان.²

كما تسعى القواعد القانونية إلى تحقيق العدالة بجعل كل الناس سواسية أما القانون، وتحقيق المساواة في الحقوق والواجبات³، وذلك من أجل صيانة المصالح العامة والخاصة في البلاد.

فصيانة المصالح العامة والخاصة في البلاد وضبط التصرفات والمعاملات لا تتم إلا عن طريق القانون، والذي يطلق على مجموعة من القواعد القانونية التي يسير عليها

¹ - حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، مطبعة دار الفكر العربي، طبعة 1979، ص 4.

² - أستاذنا إدريس الفاخوري، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، دار النشر الجسور وجدة، سنة 1998، ص 6.

³ - آمال جلال، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، مطبعة نشر دار أكدال الرباط، سنة 1985، ص 4.

الناس في المجتمع، والواجب عليهم إطاعتها، ولو بالقوة، وذلك بواسطة السلطة العامة، ويترتب على إطاعتها انتظام الأعمال، وسير الأمور على وتيرة واحدة، فيسود النظام ويعرف كل فرد ما له وما عليه، فالناس إما بسبب الخوف من الجزاء القانوني، أو بسبب احترامهم للقانون يعملون بمقتضى الخطة التي رسمها وليس بسبب الأخلاق.¹

فالقانون إذا هو مجموعة من القواعد تحكم سلوك الأفراد في المجتمع والتي يلتزم الأفراد باتباعها بالقوة عند الضرورة، وأن القاعدة القانونية هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها القانون أو النظام القانوني، وهذا هو المعنى العام للقانون، وفي هذا المعنى يقال: "القانون الوضعي"، ويقال "علم القانون".²

وهكذا نجد بأن لكل شيء قانونه الذي يحكمه، فقانون الطبيعة هو القوة، وقانون الأخلاق هو الخير، وقانون المنطق هو الحق، وقانون العدالة هو الحكم بين الناس بالعدل وهذا ما دعا الفقيه الفرنسي مونتسكيو إلى القول بأن "القانون هو سيد المجتمع".³

وفي المقابل من ذلك، إذا كانت الأخلاق التي تهدف إلى تحقيق الكمال الذاتي وراحة الضمير؛ مقتصرة على الواجبات تجاه النفس والغير، دون أن تولد حقا يقابل هذا الواجب لصالح الآخر لأن غايتها مثالية، فإن القانون يرمي إلى تحقيق الأمن الاجتماعي واستقرار التعامل، إذ أن غايته المثلى تتجلى في كونها واقعية نفعية لا حسية ذاتية.⁴

ومن بين الأنظمة القانونية الأكثر ارتباطا بالحياة الاجتماعية والاقتصادية والتي حظيت باهتمام الدول، تلك المتعلقة بالعقارات، حيث إن هذه الأخيرة تكتسي أهمية كبرى سواء من الناحية الاقتصادية، إذ عليها تقوم كل المشاريع التنموية، أو من الناحية الاجتماعية حيث الارتباط القوي للفرد بعقاره.

¹ - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام، دون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى، 1999، ص 5.

² - أستاذنا إدريس الفاخوري، م.س، ص 13.

³ - الطيب الفصايلي، الوجيز في المدخل لدراسة القانون، مطبعة إيزس للنشر الجامعي بالبيضاء، الطبعة الثانية، 1991، ص 12.

⁴ - فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 1.

ولما كان العقار (الأرض) يمثل لدى الإنسان وظيفة أقرب منها إلى الرابطة الوجودية ثم الوظيفة الاجتماعية؛ الأمنية؛ الاقتصادية، القائمة على دافع الفطرة بداية، ثم نظام العرف والعادات في فترات لاحقة، فإن الملفت في هذه العلاقة عند النظر إليها من زاوية البعد الديني، بروز مفهوم الاستخلاف جليا. فإذا كان الله هو المالك المطلق¹ والمدبر للكون، فقد سخر واستخلف الإنسان فيه² للقيام بهذه الوظيفة في جانبها النسبي، المقيد بقيود الزمان والمكان والقدرة البشرية³.

فالله سبحانه وتعالى قد استخلف الإنسان في هذه الحياة الدنيا ومكن له في الأرض التي بارك فيها وقدر فيها أقواتها وهو جلت قدرته لم يخلق الإنسان إلا ليكون خليفة له فيها داعيا إلى الخير والسلام⁴.

فالخلافة هي غاية الإنسان الأبدية المطلقة لوجوده كله سواء تعلق الأمر بما هو دنيوي أم آخروي⁵.

وأمام هذا الاستخلاف الرباني والارتباط القوي للإنسان بالعقار، أصبح لزاما معالجة موضوع الأمن العقاري الذي له علاقة وطيدة بالملكية العقارية التي تنسب العقار لصاحبه، إذ بها يحصل للفرد شعور بالأمن والطمأنينة، ناهيك عن المجال الاقتصادي بحيث يشكل مركز الأساس لتحفيز الاستثمار، والرفع من وتيرة النمو الاقتصادي وتحقيق فرص إضافية للشغل.

¹ - يقول الله تعالى: (أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ)، سورة البقرة، الآية 107، رواية ورش.

² - يقول جل في علاه: (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً)، سورة البقرة، الآية 30، رواية ورش.

³ - محمد زعاج، آثار تعدد التشريعات والأنظمة العقارية والتوثيقية على السياسة العقارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 1.

⁴ - أستاذنا عمرو لمزع، الشعاع الفاضل في علم الفرائض فقها وعملا، مطبعة أنفو - برانت فاس، طبعة نوفمبر 2002، ص 3.

⁵ - فاروق أحمد دسوقي، استخلاف الإنسان في الأرض، مطبعة دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، دون ذكر الطبعة، والسنة، ص 20.

فالأمن العقاري مركب من كلمتين: أمن¹، وعقاري²، وهو مصطلح حديث الاستعمال في الكتابات القانونية، وباعتبار أن تعريف الأمن هو الطمأنينة التي تنزع الخوف والفرع عن الإنسان، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال حماية أمواله. وكون العقار أحد هذه الأموال وهو المتمثل في الأرض وما اتصل بها، فإن حق الملكية العقارية تنصب عليه، وهي أساس الحقوق التي تنسب للعقار لصاحبه³.

فملكية الأموال مبدأ قديم قدم الإنسان على الأرض لارتباطه بحياسة الأموال والتصرف فيها، فهي كانت وما زالت وستبقى هدف البشر في رحلتهم القصيرة على هذا الكوكب، لأن مستلزمات العيش تتطلب ذلك، ولأن في ذات الإنسان أنانية تجعله محبا للملك لاهتا وراءه⁴.

وأمام هذا الوضع، بزغ مفهوم الأمن القانون - العقاري - كمبدأ معياري

¹ - لقد تطورت تطبيقات مفهوم الأمن في العصور الحديثة وبرزت له صور مفاهيمية وتطبيقية جديدة، وفي هذا الصدد ظهرت مفاهيم الأمن القومي National Security، والأمن الإقليمي Regional Security، والأمن الدولي International Security، والأمن العالمي Global Security، وعلى المستوى الداخلي فإن مفهوم الأمن من المنظور التقليدي ارتبط بكيفية استعمال الدولة لقوتها لإدارة الأخطار التي تهددها في وحدتها واستقلالها واستقرارها، وذلك في مواجهة الأطراف الخارجية.

للتوسع أكثر في مفهوم الأمن يراجع:

- علي عباس مراد، الأمن والأمن القومي مقاربات نظرية، دار الروافد الثقافية - ناشرون بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2017، ص 11.

- عادل زقاغ، إعادة صياغة مفهوم الأمن: برنامج البحث في الأمن المجتمعي، منشور على الرابط التالي: <http://fr.calameo.com/books/0008683167408a3ccdbdc>.

² - يعتبر العقار كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار، أو ما يندمج في البناء ويؤدي إلى فوائد لا تنكر، لأنه يمكن من تطبيق الأحكام الخاصة بالعقار، على تلك المنقولات المتصلة بالأرض بدلا من تطبيقها على الأرض فقط، حيث يؤدي ذلك إلى فصلها عن الأرض وتعطيل المنفعة التي قصدت من وراء إدماجها في الأرض.

للتوسع أكثر في مفهوم العقار يراجع:

- محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1999، ص 23.

³ - فؤاد الصامت، القواعد الموضوعية للأمن العقاري - دراسة مقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون الوضعي -، مطبعة دار السلام الرباط، طبعة 2015، ص 45.

⁴ - أستاذنا عمرو لمزع، م س، ص 4.

وضرورة مجتمعية ملحة وكأحد مرتكزات دولة القانون والمؤسسات، وأصبح من المفاهيم الأكثر تداولاً في الميدان القانوني والقضائي وموضوع اهتمام واسع من الفقه القانوني، إذ انتقل من مفهوم موضوعاتي تجزيئي إلى مفهوم عام مجرد، وأصبح آلية لتقييم جودة الأنظمة القانونية، فغاية القانون تنظيم الحياة الاجتماعية وفق أهداف محددة تتمثل في تحقيق الأمن الفردي والاستقرار المعيشي، وأصبح الأمن القانوني في صميم اهتمامات مختلف الدول إيماناً منها أن التنمية الاقتصادية مرتبطة بوجود أمن قانوني، كما أن الكل متفق على أن الأمن القانوني من مرتكزات الديمقراطية ومقومات دولة القانون. وإذا استحضرنّا الأهمية القصوى للعقار في مجال الاستثمار المالي والتنمية الاقتصادية والاجتماعية يتضح جلياً دور تخفيف حدة عدم الأمن القانوني في المجال العقاري في تحفيز الاستثمار وإنعاش الدور الاقتصادي. فالاستثمار الوطني والأجنبي يستحضر بقوة مؤشر الأمن القانوني في المنظومة التشريعية خاصة العقارية لاتخاذ قرار الاستثمار.¹

والأمن العقاري يمكن تعريفه بأنه: "مجموعة من القواعد الموضوعية والإجرائية الفقهية والقانونية التي تعمل على حماية الملكية العقارية والمعاملات المنصبة عليها، عن طريق أحكام وقوانين منظمة تساهم في تحقيق الأمن القانوني والقضائي".²

إلا أن موضوع الأمن العقاري يحتاج إلى غوص دقيق واجتهاد كبير ووقت طويل لفهمه أولاً واستيعابه ثانياً والبحث فيه بعد ذلك، على اعتبار أن تحقيق حماية للملكية العقارية والمعاملات المنصبة عليها تعد الغاية الأسمى والهدف الأعلى للأمن العقاري الذي يصطدم بركيزتين أساسيتين هما:

- حماية المستهلك العقاري.

- استقرار المعاملات العقارية.

فمفهوم المستهلك والاستهلاك قد تحولاً من مجرد فكرة اقتصادية محضة إلى

¹ - سفيان ادريوش، الأمن القانوني في المجال العقاري، مقال منشور في أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بوجدة، تكريماً للأستاذ الحسين بلحساني بعنوان: العقار والتعمير والاستثمار، الطبعة الأولى 2017، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 185-186.

² - فؤاد الصامت، م س، ص 45 و 46.

فكرة قانونية شغلت مكانة بارزة في التشريع وغالبية من الفقه، خاصة بعد أن كثرت التشريعات التي عالجت وبشكل رئيسي تنظيم ودعم حماية المستهلك فيما يبرمه من عقود استهلاكية بوصفه الطرف الضعيف فيها¹.

فإقرار منظومة لحماية المستهلك في المغرب جاءت تجسيدا للخطاب الملكي السامي الصادر بمناسبة ثورة الملك والشعب بتاريخ 20 غشت 2008، وذلك بمقتضى القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك²، حيث يعتبر إطارا مكملًا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك - كما جاء في ديباجة هذا القانون -، إضافة إلى إقرار ضمانات مبدئية هامة تقضي باستمرار تطبيق النصوص التشريعية المتعلقة بنفس الموضوع الأكثر فائدة للمستهلك³.

وفي هذا الإطار، يمكن التساؤل عن مدى نجاح هذا القانون في تكملة مقتضيات التشريعية الأخرى في إقرار تدابير فعالة ومناسبة لحماية المستهلك في المجال العقاري، ومن تم اكتسابه لهذه الصفة.

بداية، لا بد من الإشارة إلى أن المشرع عرف المستهلك في المادة الثانية من القانون السالف الذكر على أنه: "يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلع أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

وقد اعتبرت اللجنة المنظمة لأشغال ندوة حماية المستهلك بالمغرب أن المستهلك هو⁴: "كل طرف في العلاقة التعاقدية متى كان ضعفه راجعا إلى كونه غير محترف أي جاهل بموضوع المعاملة محل التعاقد كالمشتري غير المحترف في عقد البيع. وبصفة

¹ - عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مقال منشور بمجلة القانون المغربية، سنة 2009، ص 2.

² - القانون رقم 31.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03، بتاريخ 14 ربيع الأول 1432 (05 مارس 2011)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ جمادى الأولى 1432، الموافق لـ 07 أبريل 2011، ص 1072.

³ - توفيق عزوزي، حماية المستهلك في المجال العقاري، مقال منشور بمجلة الدفاع العدد 06، سنة 2011، ص 115.

⁴ - بوعبيد عباسي، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 37، 2002، ص 179.

عامة الطرف الذي تملئ عليه شروط عقد الإذعان".

وهكذا، فإن مشتري العقار سواء للاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي، يعد مستهلكا يحظى بالحماية المتوفرة في القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، على اعتبار أن هذا القانون اعتبر المهني هو الشخص الذي يتعاقد في إطار نشاطه المهني أو التجاري، وبالتالي يكون قد تبنى المفهوم الواسع للمستهلك¹.

وما يدل على ذلك، أن مفهوم المستهلك يغطي مجالا واسعا وينطبق على حالات متعددة ومختلفة، فجميع الأموال أو الأشياء يمكن أن تشكل موضوعا للاستهلاك، عندما تقتنى أو تستعمل لغرض غير مهني، ولا يجب حصر الاستهلاك في الأشياء القابلة للاستهلاك، فالأموال التي تدوم (كالعقارات) تشكل موضوعا للاستهلاك².

وفي نظري، فإن مفهوم المستهلك إذا كان يشمل مشتري العقار المخصص سواء للاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي في إطار البيع العقاري بصفة عامة، فإنه في إطار ظهير التحفيظ العقاري يزداد توسعا ليشمل المالك الحقيقي للعقار، حيث قد يكون تارة طالب تحفيظ أو صاحب نشر خلاصة إصلاحية وفق الفصل 83 أو إيداع وفق الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07³، وقد يكون متعرضا تارة أخرى، وقد يكون تارة ثالثة المالك المقيد بالرسم العقاري الذي كان ضحية تدليس أو زور أو استعماله، أو قد يكون صاحب تقييد احتياطي أو طاعنا في قرار المحافظ العقاري.

ولما كان موضوع الأمن العقاري يتميز بالشمولية والعموم، فقد اخترت موضوع

¹ - عبد العالي الحمداوي، حماية المستهلك في العقود الخاصة المتعلقة بالإنعاش العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، السنة الجامعية 2015-2016، ص 5.

² - بوعبيد عباسي، م س، ص 176 و 177.

³ - الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما تم تغييره وتنظيمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-177 بتاريخ 25 ذي الحجة 1432هـ (22 نوفمبر 2011م) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذي الحجة 1432هـ (24 نوفمبر 2011م)، ص 5575.

دراستي - في شق منه - في رهان حماية المستهلك العقاري باعتباره من تجليات مفهوم الأمن العقاري وركيزة من ركائزه.

ومن أجل محاولة حصر موضوع بحثي بدقة أكثر، سأكتفي بالحديث عن الآليات القانونية المخولة للمستهلك العقاري بعد تحرير عقد البيع العقاري وذلك عند اقتنائه لعقار خاضع لظهير التحفيظ العقاري سواء أكان عقارا محفظا أو في طور التحفيظ.

وتقتضي الحكمة على الأقل، عند الحديث عن الركيزة الأولى لمفهوم الأمن العقاري المتعلق بإيجاد حماية لمستهلك العقار، عدم إغفال الركيزة الثانية والمتمثلة في غاية استقرار المعاملات العقارية التي تعد اللبنة الأساسية في تشجيع الاستثمار وتحقيق متطلبات التنمية، وتستند هذه الركيزة على مبادئ أساسية متعددة خصوصا في ظهير التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية ومن بينها:

- مبدأ التطهير (مع وجود بعض الاستثناءات كما هو الشأن بالنسبة للأموال العامة للأوقاف)
- مبدأ العلنية
- مبدأ مشروعية التقييد
- مبدأ حجية التقييد (هذه الحجية قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية)
- مبدأ توالي أو تسلسل التقييدات
- مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد
- مبدأ عدم سريان التقادم على الحقوق المقيدة
- مبدأ التنظيم العيني.

فنظام التحفيظ العقاري بهذه المبادئ، سيساهم في تنمية الملكية العقارية وإدراجها في المجال الاقتصادي لتيسير إنشاء القروض العقارية، ومن ثم تشجيع الاستثمارات التي

تعتبر ضمانا لكل رقي وازدهار.¹

فضمان وحماية مختلف الحقوق العقارية وسلامة التصرف بها كان أساسا اقتصاديا حيث إنه يكون ضروريا لتحقيق ذلك توفير واستتباب الأمن والاستقرار العقاريين للذين هما من أهم دعائم وأسس استقرار النظام الاقتصادي والذي يتطلب بدوره الأخذ بمبادئ قانونية باستطاعتها توفير ذلك الاستقرار كأثر التطهير المطلق الناتج عن تأسيس الرسوم العقارية إثر التحفيظ أو التسجيل الأول وعدم الإضرار إطلاقا بحقوق "الغير" المقيد عن حسن نية.²

وحتى يحافظ مفهوم الأمن العقاري على مكانته كرقم صعب في المعادلة الاقتصادية التي تستند على استقرار المعاملات العقارية، فإنه يجب عدم إغفال المعادلة الاجتماعية، فإذا كان العقار يرتبط به حقان متعارضان متقاطعان؛ حق الأفراد في التملك ومطلق التصرف، وحق الجماعة الاقتصادية والاجتماعي الذي لا ينبغي أن يكون فيه العقار حائلا دون التقدم أو عائقا دون تكثيف الإنتاج وتوافر الاستثمار الخاص والعام الذي يقوم على استقرار المعاملات العقارية، فإنه من اللازم أن تكون الآليات التشريعية ناجعة وفعالة في حفظ الحقوق المتعارضة، وتحد من التعسف في استعمالها دون التفريط في تحقيق متطلبات مفهوم الأمن العقاري.

والناظر إلى القوانين العقارية المقارنة يجد بعضا منها قد أدركت مبكرا مدى خطورة المعاملات العقارية وأثرها على الميدان الاقتصادي والاجتماعي، مما حدا بها إلى إحاطتها بالضمانات اللازمة بغية تحقيق الأمن العقاري.

ومساهمة في تحقيق ذلك، لم يكن من المستساغ أن يقف المشرع المغربي موقف

¹ - محمد بونبات، نظام التحفيظ العقاري: دراسة في القوانين المرتبطة بنظام التحفيظ العقاري في المغرب، سلسلة آفاق (11)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثانية، 2005، ص 6.

² - محمد ابن الحاج السلمي، تأملات في بعض الأحكام العامة للقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، مقال منشور في أعمال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية العقارية يومي 04 و05 ماي 2018 تكريما للأستاذ الدكتور إدريس الفاخوري، تحت عنوان مدونة الحقوق العينية بين الواقع والمأمول، الجزء الثاني، العدد 58 السنة 2019، ص 10.

سكون دون أدنى حركة، إذ سارع بتعديل ظهير التحفيظ العقاري من خلال قانون 14.07، وكذا إصدار قانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية¹ والتي تسري مقتضياتها على الملكية العقارية والحقوق العينية، والذي تم تعديله مؤخرا بالمادة الفريدة (المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية) بمقتضى القانون 69/16²، حيث جاء في إطار التدابير التي اتخذها المشرع المغربي للحد من ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير، وذلك بوجوب إبرام الوكالات المرتبطة بالتصرفات العقارية في محررات رسمية أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع لدى محكمة النقض، وكذا إنهاء العمل بالوكالات العرفية، وقانون 09-32 المتعلق بمهنة التوثيق³، وقانون 03-16 المتعلق بخطة العدالة⁴، بعدما شهدت الساحة التشريعية صدور قانون 00-44 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، والذي تم تغييره وتتميمه بمقتضى قانون رقم 12-107⁵، وكذا قانون 00-51 المتعلق بالإيجار المفضي لملك العقار⁶، وقبل ذلك قانوني 90-25⁷

¹ - ظهير شريف رقم 1.11.178 بتنفيذ القانون رقم 08.39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

² - القانون رقم 69/16 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.17.50 بتاريخ 8 ذي الحجة 1438 (30 أغسطس 2017) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6604 بتاريخ 23 ذي الحجة 1438 (14 سبتمبر 2017).

³ - ظهير شريف رقم 1-11-179 صادر في 25 ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 09.32 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5611.

⁴ - ظهير شريف رقم 1-06-56 صادر بتاريخ 15 محرم 1427 الموافق 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 03-16 المنظم لخطة العدالة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ 20 مارس 2006 ص 566.

⁵ - ظهير شريف رقم 1-16-05 صادر في 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016) بتنفيذ القانون رقم 12-107 بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز (ظهير شريف رقم 1.99/193 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1726 بتاريخ 16 شتنبر 1999) المتمم بموجب الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 18/02/2016، ص 932.

⁶ - ظهير شريف رقم 1-03-202 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 00.51 المتعلق بالإيجار المفضي إلى ملك العقار، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ فاتح ذي القعدة 1424 (25 ديسمبر 2003)، ص 4375.

⁷ - ظهير شريف رقم 1.92.7 صادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 25.90

و90-12¹ المتعلقين بالتجزئات العقارية والتعمير، واللذين غيرا وتما بمقتضى قانون رقم 66.12² المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء.

ولعل الغاية الأسمى من إصدار هذه التشريعات العقارية وغيرها من التشريعات التي لها علاقة تكاملية بالعقار، هو التصدي لكل المشاكل المتعلقة بالعقار بشكل متواتر ومعالجتها بكل فعالية قصد ضمان الحماية الواجبة لمستهلكي العقار، حتى لا تصبح هذه المشاكل مدعاة لتهديد مصالح الأفراد، وكذا استقرار المعاملات العقارية، وهذا كله يدور في فلك تحقيق الأمن العقاري.

أهمية الموضوع

يمكن إبراز أهمية الموضوع ودوافع اختياره فيما يلي:

- يعد موضوع الأمن العقاري بين تحقيق حماية المستهلك وغاية استقرار المعاملات العقارية من أهم وأبرز المواضيع، بسبب تعدد التشريعات العقارية التي تم ذكرها آنفاً، وبسبب ما يثيره من إشكالات ناتجة عن مدى إمكانية استيعاب ظهير التحفيظ العقاري للقواعد المؤسسة لمفهوم الأمن العقاري سواء تلك الواردة في قانون الالتزامات والعقود³، أو في قوانين خاصة. وتزداد أهميته عند الحديث عن كيفية التوفيق بين تحقيق حماية المستهلك العقاري من جهة مادام أنه مستهلك بالمفهوم العام لخدمة معينة تتمثل في اقتناء عقار، وبالتالي إمكانية خضوعه لقانون تدابير حماية المستهلك 08-31، وذلك

==

المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات؛ المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يوليو 1992)، ص 880-887.

¹ - ظهير شريف رقم 31-92-1 صادر في 15 من ذي الحجة 1412 الموافق لـ 17 يونيو 1992 بتنفيذ القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، الجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يوليوز 1992)، ص 887-898.

² - القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 124-16-1 بتاريخ 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 19 سبتمبر 2016.

³ - الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 46.

بغية الاستفادة من القواعد الحمائية المقررة في هذا القانون، وكذا القواعد الإجرائية والموضوعية المؤطرة لنقل الملكية أو إنشاء حق عيني أو نقله أو تغييره أو إسقاطه، وكذا العقود المرتبطة بهم سواء الواردة في القواعد العامة أو الخاصة، ومن جهة أخرى، بين استقرار المعاملات العقارية التي تركز على عدة مبادئ مستقاة من ظهير التحفيظ العقاري الذي يعتمد على نظام الشهر العيني.

- إبراز مظاهر وتجليات الأمن القانوني في التشريعات التي تؤطر موضوع البحث، وذلك وفق رؤية بنيوية ومركبة وشمولية تزوج بين تحقيق حماية المستهلك وغاية استقرار المعاملات العقارية.

- رصد تجليات الأمن القضائي في مجال المعاملات العقارية، وذلك بغية تحقيق نوع من التوازن بين حماية المستهلك من جهة، واستقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى.

- مدى مساهمة التأطير الإجرائي والموضوعي لانتقال الملكية سواء في إطار القواعد العامة أو القواعد الخاصة التي تتسم بعدة مبادئ أساسية وذلك من أجل إبراز تجليات مفهوم الأمن العقاري.

صعوبات الموضوع

ترتبط صعوبات البحث في هذا الموضوع بمجموعة من الأسباب أهمها:

- يتسم الموضوع بنوع من التجديد والحدثة بخصوص كيفية تناوله، فإذا كانت معظم المراجع المتعلقة بهذا الموضوع قد عالجت من منظور القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود بشكل مستقل عن القواعد الخاصة الواردة في ظهير التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية، فإن الأمر لا يخلو من صعوبات إذا ما تم تناوله من منظور الضمانات القانونية الواردة في قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وذلك بسبب قلة الدراسات القانونية.

- إن مصادر البحث العلمي تنتمي لفروع قانونية متعددة وحقول معرفية مختلفة، وبذلك يكون الباحث مطالباً بالتنقيب عن كل المواضيع ذات الصلة بالموضوع وبالأخص

المراجع الأجنبية التي تحتاج إلى جهد أكبر سواء عند البحث عنها والتنقل إليها أو عند ترجمتها.

إشكالية الموضوع

انسجاما مع موضوع الأطروحة الموسوم بعنوان "الأمن العقاري بين تحقيق حماية المستهلك وغاية استقرار المعاملات العقارية"، سأحاول على امتداد صفحات هذا البحث، معالجة إشكالية محورية تتجلى فيما يلي:

إلى أي حد استطاع المشرع تحقيق أمن عقاري في أفق إيجاد توازن عادل بين حماية المستهلك العقاري من جهة، وبين استقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى؟

هذه الإشكالية المحورية يمكن أن تتفرع عنها بعض الأسئلة وهي كالاتي:

- هل تمكن ظهير التحفيز العقاري من الأخذ ببعض الضمانات القانونية الواردة في قانون الالتزامات والعقود، لما فيها من تحقيق حماية للمستهلك العقاري الذي يقتني عقارا سواء أكان محظا أو في طور التحفيز؟ أم أنه كان حبيس مبادئه الصلبة الهادفة إلى استقرار المعاملات العقارية؟

- مدى إمكانية استيعاب ظهير التحفيز العقاري لبعض النظريات الحديثة التي جاد بها قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وذلك من أجل استفادة المستهلك العقاري من الحماية القانونية التي يضمنها هذا القانون؟

- هل تأثر ظهير التحفيز العقاري بالمستجدات التي جاءت بها التشريعات العقارية الحديثة والتعديلات التي لحقتها؟

- هل تم ترجيح ركيزة حماية المستهلك على حساب استقرار المعاملات العقارية لكي يتحقق مفهوم الأمن العقاري؟ أم ترجيح ركيزة استقرار المعاملات العقارية على حساب حماية المستهلك؟ أم أن مفهوم الأمن العقاري يستوجب تحقيق الركيزتين معا؟

منهجية البحث

وللتقرب من هذه الإشكالية ومحاولة ملامستها والإجابة عنها، ارتأيت دراسة بحثي هذا وفق المنهج الاستقرائي والوصفي قصد استقراء ووصف تجليات مفهوم الأمن

العقاري الذي يقتضي التوفيق بين حماية المستهلك من جهة، واستقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى، معتمدا على المنهج التحليلي تارة، والمنهج الديالكتيكي تارة أخرى، ما دام الأمر يتعلق بتحقيق نوع من الموازنة، مع الأخذ بالمنهج المقارن من خلال مقارنة القانون الوطني مع قوانين أخرى¹.

ولمعالجة هذا الموضوع سأعتمد على تصميم لاتيني ثنائي وذلك لعدة أسباب، أهمها:

- وجود قواعد عامة واردة في قانون الالتزامات والعقود لها علاقة وطيدة بالمعاملات العقارية وبالتبعية بالأمن العقاري.

- اعتبار ظهور التحفيز العقاري بمثابة قانون موضوعي وإجرائي خاص ينفرد بعدة مبادئ مستقاة من نظام الشهر العيني.

وأمام وجود قواعد عامة وخاصة قد تصطدم فيما بينها للبحث عن توليفة قانونية لتحقيق مفهوم الأمن العقاري، وفي ظل وجود تشريعات عقارية خاصة وتشريعات حديثة تهدف لتحقيق حماية المستهلك، آثرت أن أعتمد على تقسيم ثنائي كالتالي:

الباب الأول: مظاهر تجسيد الأمن العقاري على ضوء القواعد العامة

الباب الثاني: تجليات تحقيق الأمن العقاري في ظهور التحفيز العقاري.

¹ - بخصوص تطبيق المناهج العلمية في مجال العلوم الاجتماعية والقانونية، يراجع أستاذنا إدريس الفاخوري، مدخل لدراسة مناهج العلوم القانونية، مطبعة الجسور، طبعة 2013-2014، ص 48.

الباب الأول

مظاهر تجسيد الأمن العقاري على ضوء القواعد العامة

لقد أولى المشرع المغربي على غرار مختلف التشريعات الأخرى أهمية قصوى لحماية الملكية العقارية، وسن تشريعات متميزة قصد حمايتها وضبط التصرفات الواردة عليها، على اعتبار أن الرصيد العقاري أضحى مصدر سيادة الدول التي تعمل على احتكاره، وأهم ما يكسبه الأفراد.

فالعقار يعد القاعدة الأساسية التي يقوم عليها كيان الدولة، ومنبع استقرار نفوس الأفراد من خلال حق المسكن الذي يحصل عليه، كما أنه يشكل اللبنة الأساسية لقيام مختلف المشاريع الاقتصادية سواء الصناعية أو الفلاحية أو التجارية أو السياحية.

فالملكية العقارية تتصف بارتباطها الوثيق بالحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وبالتالي فإن إحاطة التعامل في العقار بالضوابط اللازمة من شأنه أن يؤدي إلى استقرار المعاملات وحماية المتعاملين في المجال العقاري عن طريق تنظيم عملية انتقالها من شخص لآخر.

وأمام هذه الأهمية التي يمتاز بها العقار، أوجد قانون الالتزامات والعقود - باعتباره قاعدة عامة - عدة مبادئ وضوابط تكرس ضرورة تنفيذ مضمون الاتفاقات التي كانت محلا للتعاقد بصفة عامة، وتنفيذ الاتفاقات إذا كان مضمونها يرتبط بالمعاملات العقارية - بصفة خاصة - لما له من أثر على المستوى الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والأمني كما سبق الذكر.

وإحساسا بأهمية المعاملات العقارية من طرف المشرع المغربي، لم يكتف بالإشارة إلى القواعد المنظمة لها وفق قوانين خاصة، بل تطرق إليها في إطار القواعد العامة خصوصا في قانون الالتزامات والعقود وذلك بغية تحقيق نوع من الأمن

والاستقرار في المعاملات العقارية من جهة وحماية مستهلك العقار من المخاطر المحدقة به من جهة أخرى، والكل قصد تحقيق أمن عقاري.

وإذا كان مفهوم الأمن العقاري لا ينحصر عند إبرام التصرفات العقارية، بل يمتد إلى مرحلة تنفيذها، فإن القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود قد تطرقت إلى العديد من الضوابط الموضوعية والإجرائية، لتشكل ازدواجية إيجابية في تحقيق هذا الهدف الأسمى من خلال تعدد الآليات القانونية المحققة له.

وعليه، فإن الضوابط الموضوعية تتميز بوجود آليات فعالة من قبيل إلزام البائع بتسليم الشيء المبيع ونقل ملكيته وكذا إقرار ضمانات قانونية من قبيل ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، ناهيك عن الضوابط الإجرائية التي تتمثل في دعوى إتمام إجراءات البيع أو إنهاؤها من خلال إقرار البطلان أو الإبطال أو الفسخ والمطالبة بالتعويض.

وعلى هذا الأساس سيتم التطرق في البداية إلى مدى محدودية الضوابط الموضوعية الواردة في قانون الالتزامات والعقود في تحقيق مفهوم الأمن العقاري، لأتعرض بعد ذلك للضوابط الإجرائية، وذلك على الشكل التالي:

الفصل الأول: الضوابط الموضوعية الواردة في ق.ل.ع لتحقيق مفهوم الأمن العقاري.

الفصل الثاني: الضوابط الإجرائية الواردة في ق.ل.ع لتحقيق مفهوم الامن العقاري.

الفصل الأول

الضوابط الموضوعية الواردة في ق.ل.ع لتحقيق مفهوم الأمن العقاري.

لقد عمد المشرع المغربي إلى توفير مجموعة من الضوابط الموضوعية قصد تطويق الحماية القانونية لمستهلك العقار من خلال مختلف النصوص القانونية المنظمة للتصرفات الواردة على العقار، ومن بين أهم التصرفات الواردة على العقار نجد عقد البيع الذي يترتب آثاراً قانونية على عاتق البائع والمشتري على حد سواء.

ولن تترتب هذه الآثار القانونية إلا إذا كان عقد البيع العقاري مستجمعا لعناصر صحته وتم إبرامه وفقا للمقتضيات القانونية المنصوص عليها، وأنداك يكون هذا العقد منشأاً للالتزامات عديدة على عاتق البائع من جهة، وتشكل ضمانات للمشتري من جهة أخرى.

وقد أقر المشرع المغربي مجموعة من الالتزامات القانونية على البائع يبدأ سريانها من تاريخ تنفيذ العقد، إذ نص في الفصل 498 من ق.ل.ع على أن البائع يتحمل التزامين أساسيين:

1- الالتزام بتسليم الشيء المبيع؛

2- الالتزام بضمانه .

فالالتزام تسليم العقار يتطلب شروطاً شكلية وجوهرية خاصة، إذ إن التسليم يفيد وضع اليد على العقار وحيازته مادياً وقانونياً؛ وهو ما يؤدي إلى نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري، إلا أن غاية المستهلك العقاري قد لا تتحقق بمجرد انتقال ملكية العقار المبيع إليه، وإنما بالانتفاع به دون أي تعرض أو استحقاق صادر عن البائع أو عن الغير وخالياً من أي عيب ينقص من قيمته أو من الغرض المخصص له، وهو ما يشكل ضماناً قانونية لمستهلك العقار.

من كل ما ذكر سأعمل على تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، سأعرض في بداية الأمر إلى الالتزامات الملقاة على عاتق البائع، على أن أخصص المبحث الثاني للحديث عن الضمانات القانونية المخولة للمشتري. وذلك على الشكل التالي:

المبحث الأول: الالتزامات الملقاة على عاتق البائع.

المبحث الثاني: الضمانات القانونية المخولة للمشتري.

المبحث الأول: الالتزامات الملقة على عاتق البائع

إذا أبرم عقد بيع صحيح عقاري واستكمل قوته الملزمة وجب تنفيذه على أحسن وجه، وهذا الالتزام له طابع تعاقدى من شأن عدم تنفيذه ترتيب عناصر قيام المسؤولية العقدية. أما إذا تم انعقاد العقد؛ فإن تنفيذه يترتب آثارا مباشرة سواء على البائع أو المشتري وخصوصا في المجال العقاري، فإذا قام المشتري بدفع الثمن وإيداع رغبته في تسلم الشيء المبيع وتحمل جميع النفقات الناشئة عن ذلك؛ فإن البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع ونقل ملكيته ما دام عقد البيع من العقود التبادلية الملزمة للجانبين.

ومن أجل تفادي إثارة مسؤولية البائع، يجب عليه أن يلتزم بالتسليم على اعتبار أنه يمثل جوهر عقد البيع، فهذا ما يبتغيه المستهلك العقاري من إبرامه لهذا العقد، إذ أن هذا الالتزام الذي يظهر الوجه الحقيقي لجوهر حق الملكية يتضمن العديد من العناصر سواء على مستوى مضمونه ومكانه وزمانه المرتبطة به وجودا وعدما (المطلب الأول)، ولا يمكن الوقوف عند هذا الحد؛ بل يلتزم البائع بنقل الملكية كالالتزام مرتبط بأشد الارتباط بتمام إبرام عقد البيع، وهو يختلف حسب طبيعة العقار ما إذا كان خاضعا لظهير التحفيظ العقاري، أم أن الأمر يتعلق بعقار غير محفظ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام بتسليم العقار

لقد تطرق المشرع المغربي في ق.ل.ع إلى العديد من الآليات القانونية التي تشكل أهم القواعد الموضوعية؛ وهذا ما يعد إحدى الضمانات الجوهرية الممنوحة للمشتري، ومن بينها التزام البائع بتسليم الشيء المبيع طبقا للفصل 498 من ق.ل.ع المغربي. وعلى الرغم من كثرة النصوص التي تتناول الالتزام بالتسليم في المعاملات المدنية، فإن مختلف التشريعات لم تضع تعريفا موحدا ودقيقا، وذلك راجع إلى أن واقعة التسليم تتسم بأنها واقعة مادية وتتميز بعدة خصائص من قبيل تعدد صوره وتميز مضمونه سواء من حيث مكانه أو زمانه.

ولذلك، سيتم التطرق إلى ماهية الالتزام بالتسليم (الفقرة الأولى)، على أن نتعرض بعد ذلك لخصائصه المتعددة سواء من حيث صوره وزمانه وكذا مكانه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ماهية الالتزام بالتسليم

- التسليم لغة من فعل "تسلم"، معظم بابه من الصحة والعافية؛ ويكون فيه ما يشد، والشاذ عنه قليل¹.

وقد عرف المشرع المغربي هذا الالتزام في الفصل 499 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "يتم التسليم حين يتخلّى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا الأخير حيازته بدون عائق".

أما على مستوى التشريع المقارن نجد المشرع المصري قد اعتبر الالتزام بتسليم الشيء وكذا المحافظة عليه جزءاً لا يتجزأ من الالتزام بنقل حق عيني².

أما المشرع الجزائري فبعدما نص في المادة 364 من القانون المدني³ على أنه: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"، انفرد بإعطاء تعريف للالتزام بالتسليم في المادة 367 من القانون المدني حيث نص على أنه:

¹ - فالسلامة: أن يسلم الإنسان من العاهة والأذى. قال أهل العلم: الله جل ثناؤه هو السلام؛ لسلامته مما يلحق المخلوقين من العيب والنقص والفناء. قال الله جل جلاله: (والله يدعو إلى دار السلام) [يونس: 25]، فالسلام الله جل ثناؤه، وداره الجنة، ومن الباب أيضاً الإسلام، وهو الانقياد؛ لأنه يسلم من الإياء والامتناع. والسلام: المسالمة، وفعال تجيء في المفاعلة كثيراً نحو القتال والمقاتلة. ومن باب الإصحاب والانقياد: السلم الذي يسمى السلف، كأنه مال أسلم ولم يمتنع من إعطائه. وممكن أن تكون الحجارة سميت سلاماً لأنها أبعد شيء في الأرض من الفناء والذهاب؛ لشدتها وصلابتها. فأما السليم وهو اللديغ ففي تسميته قولان: أحدهما أنه أسلم لما به. القول الآخر أنهم تفاعلوا بالسلامة. وقد يسمون الشيء بأسماء في التناول والتطير والسلم معروف، وهو من السلامة أيضاً؛ لأن النازل عليه يرجى له السلامة. والسلامة: شجر، وجمعها سلام).

للتوسع أكثر يراجع، عبد السلام محمد هارون، تحقيق "معجم مقاييس اللغة" للإمام أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، مطبعة دار الفكر، طبعة 1979، الجزء الثالث، ص 91.

² - المادة 206 من القانون المدني المصري رقم 131، صدر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367 (16 يوليو 1948) الوقائع المصرية - عدد رقم 108 مكرر (أ)، صادر في 1948/07/29.

³ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن للقانون المدني والمعدل والمتمم بمقتضى عدة قوانين أولها قانون رقم 80-07، ثم قانون رقم 83-01، قانون رقم 84-21، قانون رقم 87-19، قانون رقم 88-14، قانون رقم 89-01، قانون رقم 05-10، وكان آخر تعديل بمقتضى قانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 مايو سنة 2007 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 31 السنة الرابعة والأربعون، صفحة 3.

"يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

ورغم أن المشرعين المغربي والجزائري قد تناولوا الالتزام بالتسليم بشكل مستقل عن أي التزام آخر، نجد المشرع الجزائري أكثر دقة من نظيره المغربي؛ حيث أشار إلى التسليم الافتراضي الذي يتم ولو لم يقع التسليم المادي شريطة إخبار البائع للمشتري بأنه مستعد لتسليمه، على خلاف المشرع المغربي الذي اكتفى بالتسليم المادي الذي يقتضي وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري وذلك بحيازته دون عائق.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع المغربي والجزائري تناولوا هذا الالتزام بشكل مستقل عن أي التزام آخر؛ على خلاف المشرع المصري الذي أدرجه في إطار الالتزام بنقل الملكية.

ويتضح أن المشرع المغربي قد تأثر بمضمون المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي التي اقتصررت بدورها على ذكر التزام تسليم الشيء المبيع وضمّانه دون ذكر التزام نقل الملكية للمشتري الذي يعد من آثار عقد البيع¹.

وهكذا نجد تعريف المشرع المغربي للالتزام بالتسليم يشبه إلى حد كبير تعريف الالتزام بالتسليم في القانوني المدني الفرنسي الذي نص على أنه هو نقل الشيء المبيع من البائع ووضعه تحت سلطة وحيازة المشتري².

وتأكيداً لما نص عليه المشرع المغربي ذهب المشرع اللبناني في المادة 402 من

¹ - Article 1603, créé par Loi 1804-03-06 code civil, promulguée 16/03/1804 : « Il a deux obligations principales, celle de délivrer de celle de garantir la chose qu'il vend ». Voir le site: www.legifrance.gouv.fr. La date de la consultation 09/12/18 à 13h37mn.

² - Article 1604, Créée par loi 1806-03-06 code civil, promulguée 16/03/1804 : « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ». La date de la consultation : le 09/12/2018 à 14h 06 min.

مدونة الموجبات والعقود اللبنانية، إلى أن: "التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وأن ينتفع منه بدون مانع"¹.

وفي خضم هذه التعاريف التشريعية؛ ذهب أحد الفقهاء² إلى القول بأن: "التسليم يفيد وضع الشيء المبيع رهن إشارة المشتري بعد تمام البيع حتى يتمكن من الاستفادة منه ولا يتم ذلك إلا بتخلي البائع عن حيازة المبيع بوضعه تحت تصرف المشتري".

وحسب هذا التعريف فإن التسليم هو مجرد أثر من الآثار المترتبة على عقد البيع ولا ينقل الملكية للمشتري، وإنما الذي ينقلها هو عقد البيع الرابط بين البائع والمشتري، وأن نقل الحيازة المادية من البائع للمشتري ليست ضرورية لتمام التسليم كما هو الأمر بالنسبة للبيوع العقارية التي يتم فيها الاكتفاء بنقل الحيازة الحكيمة أو الافتراضية بين أطراف البيع³.

أما جانب من الفقه الفرنسي فقد اعتبر التسليم بمثابة التزام ملقى على عاتق البائع؛ مع ضرورة تطابق الشيء المبيع الذي سيتم تسليمه مع ما هو مضمن في العقد، وفي حالة عدم وجود المطابقة بينهما فإن الأمر يقتضي موافقة المشتري، وهذا الالتزام ينتقل إلى الورثة في حالة وفاة البائع، وقد ينتقل إلى شخص آخر في حالة تعيينه من طرف البائع والذي يبقى على عاتقه تحمل مسؤولية عدم تنفيذ الالتزام⁴.

فالالتزام بتسليم الشيء المبيع هو الالتزام الرئيسي والأساسي الملقى على عاتق البائع وذلك من أجل ضمان تنفيذ عقد البيع، وهذا الالتزام لا ينصرف إلى الشيء المبيع وحده وإنما يشمل جميع ملحقاته مثلاً⁵.

¹ - قانون رقم 5 صادر في 1932/03/09، الجريدة الرسمية عدد 2642، صادرة بتاريخ 1932/04/11، ص 104.

² - عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة 2، 2010، مطبعة الكرامة، الرباط، ص 147.

³ - عبد القادر العرعاري، م. س، ص 148.

⁴ - Cécile Biguenet – Maurel, Didier Chauvaux, David Lambert, Stéphane Piédelièvre, Muriel Suquet – Cozic: Vente Immobilière 19, Edition Francis Lefebvre, 15 Juillet 2018, P 844-845.

⁵ - Benoît Cartuyvels, Anne – cécile de ville de Goyet, Ariane Denis, Jean – Philippe Gillain, Benoît

وفي هذا الإطار ذهب أحد الباحثين¹ إلى القول بأن تعريف المشرع المغربي لا يتماشى مع خصوصيات بيع العقارات وموجبات حماية المستهلك، لأنه لم يقف في تعريف التسليم عند عنصر إقرار وقبول البناء بعد تمام معاينته وفحصه مع أن طبيعته القانونية تبدو هشة وغير دقيقة، ويترتب عليها العديد من الآثار السلبية كما هو الشأن بالنسبة لإثبات تسليم العقار المبيع الذي يفتقر إلى شكلية معينة يتم احترامها لما في ذلك من حماية فعالة للمستهلكين العقاريين بصفة عامة.

واعتقد أن هذا الانتقاد مبني على أساس بالنسبة للعقارات المبنية، لكن يبرز الإشكال بصورة جلية بخصوص العقارات الخاضعة لظهير التحفيظ العقاري سواء المبنية منها أو غير المبنية ومدى إمكانية اعتبار قانون الالتزامات والعقود ملائماً مع مقتضياته؟ ومحققاً لحماية المستهلك و استقرار المعاملات العقارية على حد سواء؟

إجابة على هذا التساؤل، يمكن القول بأن قانون الالتزامات والعقود المغربي عند تطرقه للالتزام بالتسليم لم يستحضر ولو جزءاً يسيراً من مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري بالرغم من صدورهما في يوم واحد ألا وهو 12 غشت 1913، على خلاف المشرع المصري الذي أصل لطبيعة الالتزام بالتسليم واعتبره بمثابة فرع عن الالتزام بنقل الحق العيني.

الفقرة الثانية: خصائص الالتزام بالتسليم

يتميز الالتزام بالتسليم بعدة خصائص سواء من حيث صورته وزمانه وكذا مكانه، فإذا كان المشرع المغربي قد تطرق لصور التسليم في الفصل 500 من ق.ل.ع الذي نص على أنه: "... تسلم العقارات بتخلي البائع عنها، وتسليم مفاتيحها إذا كانت من المباني، بشرط ألا يكون ثمة عائق يمنع المشتري من وضع اليد عليها؛ فإن هذا التسليم ليس في الواقع إلا تسليمًا حكمياً، لأن هذا التسليم لا يكتمل إلا بانتقال الحيازة الفعلية

==

Kahl, Gabriel Rasson, Roland Stiers et Benjamine Wilkin, la Vente Immobilière Aujourd'hui et Demain, Groupe Larcier, Editions Bruylant, 2015, p 101.

¹ - عبد العالي الحمدوي، م س، 6، ص 92-93.

للعقار من البائع للمشتري"¹.

أما المشرع الفرنسي، فقد نص في الفصل 1605² من القانون المدني الفرنسي على أن الوفاء بالتزام التسليم لا يتحقق إلا عندما يقوم البائع بتسليم المفاتيح أو سندات الملكية.

وفي نظري فالتسليم لا يكتمل فقط بانتقال الحيازة الفعلية للعقار من البائع للمشتري، وإنما يكتمل أيضاً بالحيازة القانونية بالنسبة للعقار الذي يخضع لظهير التحفيظ العقاري، وذلك بغية توفير حماية للمستهلك من جهة، واستقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى، ولتفادي تكريس ازدواجية طبيعة العقار في المغرب من جهة ثالثة.

وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بأنه: "بمقتضى الفصلين 498 و 499 من قانون الالتزامات والعقود، فإن البائع ملزم بتسليم الشيء المبيع، ليس ماديا فقط وإنما قانونيا أيضا وذلك بتقييد العقد بالرسم العقاري إذا كان العقار محفظا، وأن إثبات الوفاء بهذا الالتزام يقع على مدعيه طبقا للفصل 399 من نفس القانون"³.

والجدير بالذكر، أنه قد يساهم في عملية التسليم إلى جانب البائع والمستهلك عدة أشخاص مؤهلين لذلك؛ ومن بينهم محررو العقود الذين عليهم القيام بالتزاماتهم طبقا لما يمليه عليهم واجبهم المهني.

وفي هذا السياق، يجب الإشارة إلى أن الموثقين ملزمون بقوة القانون بالقيام بإجراء التسجيل والتقييد طبقا للمادة 47 من القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، والذي ينص على أنه: "يجب على الموثق أن يقدم نسخا من المحررات والعقود بعد الإشهاد بمطابقتها للأصل من طرفه، لمكتب التسجيل المختص لاستيفاء إجراء التسجيل وأداء الواجب في أجل المحدد قانونا وإنجاز الإجراءات الضرورية للتقييد في

¹ - عبد القادر العرعاري، م.س، ص 150.

² - Article 1605, créé par Loi 1804-03-06, promulguée le 16/3/1804 : « L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les chefs, s'il s'agit d'un bâtiment ou lorsqu'il a remis les titres de propriété », voir le site : www.legifrance.gouv.fr, la date de la consultation le 27/10/2019 à 23h14min.

³ - قرار عدد 52/8 الصادر في 2018/01/23، ملف عدد 2016/8/1/3722، غير منشور.

السجلات العقارية وغيرها لضمان فعاليتها ويقوم بإجراءات النشر والتبليغ عند الاقتضاء"، وهو ما يشكل حماية للمستهلك العقاري، على خلاف العدول حيث أعطى المشرع للمتعاقدین الخيار بين أن يقوموا بأنفسهم بالإجراءات المتعلقة بإدارة التسجيل والتنبر وإدارة الضرائب والمحافظة العقارية وغيرها، أو أن يكلفوا أحد العدلين المتلقين بالقيام بالإجراءات المذكورة بمقتضى تصريح موقع عليه من الطرفين طبقاً للمادة 17 من خطة العدالة، إلا أنه بعد صيرورة التسجيل لدى إدارة الضرائب إلكترونياً أصبح العدول ملزمين للقيام بهذا الإجراء بقوة الواقع.

وعلى مستوى القضاء، قضت المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، في أحد أحكامها بأنه¹: " فإن الموثق لا يعتبر طرفاً في عقد البيع وبالتالي لا يلزم بتنفيذ آثار العقد التي تخص البائع ولا يمكن الحكم عليه برفع اليد وأداء مبلغ الرهون طالما أنها تعتبر من التزامات البائع باعتباره ضامناً للاستحقاق، وأن أي إخلال للموثق بالتزاماته المهنية يترتب عنه- في حالة ثبوته- قيام المسؤولية العقدية للموثق التي تنحصر في المطالبة بتعويض عن الخطأ المهني ولا علاقة لها بتنفيذ الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد".

وتتبعاً لما سبق قضت محكمة النقض في أحد قراراتها² بأنه: "... فإن الموثق هو المسؤول عن ذلك بعد القيام بإجراءات الرهن على الرسم العقاري لفائدة المقرض، تكون وخلافاً لما نراه الطاعنان قد أبرزت الأساس القانوني المعتمد...".

وهذا التوجه يتلاءم مع توجه المشرع المصري الذي اعتبر الالتزام بالتسليم كفرع من الالتزام بنقل الملكية، وذلك طبقاً لمقتضيات المادة 206 من ق.م.م وأن دور محري العقود في نقل الملكية جوهري وأساسي قد يؤدي الإخلال به إلى إثارة مسؤوليتهم سواء المدنية منها أو الجنائية أو التأديبية.

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أن التسليم يختلف باختلاف الشيء المسلم سواء كان منقولاً أو عقاراً أو نقوداً، والقاسم المشترك بينهما هو تسليمها في حالتها العادية

¹ - حكم بدون عدد، الصادر في 2009/07/21، ملف عدد 1479-21-09، غير منشور.

² - قرار عدد 7/223، الصادر في 2013/05/14، ملف عدد 1283/7/1/2011، غير منشور.

والطبيعية كما اتفق عليها أثناء التعاقد، ويستحسن في التسليم أن يكون حالا وفوريا حتى لا تطرأ أي تحويلات أو تغييرات على الشيء المبيع عن قصد أو غير قصد¹.

وقد نص المشرع المغربي على مبدأ الفورية كقاعدة عامة بخصوص زمان التسليم حيث نص الفصل 504 من ق.ل.ع على أنه: "يجب أن يحصل التسليم فور إبرام العقد، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من زمن".

وعلى مستوى التشريع المقارن نجد الفصل 1610² من القانون المدني الفرنسي ينص على أن "الالتزام بالتسليم يجب أن يتم عند انعقاد العقد"، لذلك يستحسن القيام به قبل انتهاء الأجل المحدد بين الأطراف أو قبل التوقيع على العقد، وفي حالة عدم تحديد أجل التسليم فإنه يجب أن يتم داخل أجل معقول لما تقتضيه طبيعة العقار³.

وفي هذا الإطار، ذهب جانب من الفقه البلجيكي إلى القول بأنه في حالة الإخلال بالتزام تسليم الشيء المبيع وملحقاته أو التأخير أو عدم تنفيذه، فإنه يترتب عن ذلك إعطاء المشتري إمكانية فسخ العقد⁴.

وعلى أساس ما سبق، فإنه يمكن استنباط فكرة مفادها إمكانية الاتفاق بين البائع ومستهلك العقار على تحديد تاريخ التسليم وخصوصا بالنسبة لبعض العقود كبيع العقار في طور الإنجاز. ما دامت القواعد المتعلقة بالتسليم هي قواعد مكملة وليست أمرة حسب العبارة الأخيرة من الفصل 504 من ق.ل.ع السابق الذكر.

ولكن في حالة حلول أجل التسليم وعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه، فإن ذلك قد يؤدي إلى متابعتة قضائيا ومطالبته بالشيء المبيع وإن اقتضى الحال التعويض حسب الضرر اللاحق بمستهلك العقار.

¹ - محمد الحياي، عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة ورافة الكتاب فاس، الطبعة الأولى يناير 1994، ص 49.

² - Art 1610, stipule que : « Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession si le retard ne vient que du fait du vendeur ».

³ -Cécile Biguenet – Maurel, Didier Chauvaux, David Lambert, Stéphane Piédelièvre, Muriel Suquet – Cozic: op.cit, P 853.

⁴ - Benoît, Cartuyvels, Anne – cécile de ville de Goyet, Ariane Denis, Jean – Philippe Gillain, Benoît Kahl, Gabriel Rasson, Roland Stiers et Benjamine Wilkin, op.cit, p 105.

وعلى هذا المنوال، سارت المحكمة الابتدائية بفاس حيث جاء في حيثيات أحد أحكامها ما يلي: "... وحيث أن الأجل المحدد لتسليم الشيء المبيع قد انقضى بتاريخ 2006/03/26، وحيث أن من الالتزامات الواقعة على البائع تسليم الشيء المبيع للمشتري وتبعا لما ذكر فإن الدعوى الرامية إلى تمكين المدعية من الشقة التي تم التعاقد بشأنها بمقتضى العقد المشار إلى مراجعه أعلاه تكون مؤسسة ويتعين الاستجابة لها"¹.

وعلاوة على أن تاريخ تسليم العقار المبيع، له أهمية بالغة في بدء سريان مدة الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع التي يفترض أن يتم اعتبارها من النظام العام، فإنه تبعا لذلك يتعين كذلك أن يكون تاريخ ابتدائها من النظام العام، والقول بغير ذلك قد ينجم عنه تقصير مدة الضمان، الشيء الذي تضيع معه مصلحة المستهلك العقاري التي يسعى القانون إلى المحافظة عليها وحمايتها².

أما بخصوص مكان تسليم العقار الذي يتميز بالثبات سواء أكان أرضا عارية أو بها بناءة؛ فإن المشرعين المغربي والفرنسي نصا على التوالي في المادة 502 من ق.ل.ع³ وكذا المادة 1609 من القانون المدني الفرنسي⁴ على أنه لا يمكن أن نتصور تسليمه في غير مكان وجوده⁵.

وتقتضي الحكمة على الأقل تحديد مضمون التسليم الذي يقتضي تسليم البائع للمستهلك العقار موضوع التصرف على الحالة التي كان عليها عند البيع طبقا لمقتضيات الفصل 512 من ق.ل.ع.

وهكذا نجد المشرع المغربي قد خصص ثلاثة فصول للتطرق بتفصيل لملاحظات

¹ - حكم رقم 88، صادر بتاريخ 2007/03/08، ملف 2006/377، غير منشور.

² - عبد العالي الحمداوي، م.س، ص 97.

³ - لقد نص المشرع في الفصل 502 من ق.ل.ع على ما يلي: "يجب أن يتم التسليم في المكان الذي كان الشيء موجوداً فيه عند البيع، ما لم يتفق على غير ذلك".

⁴ - Art 1609 Stipule que : « La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu ».

⁵ - Cécile Biguenet – Maurel, Didier Chauvaux, David Lambert, Stéphane Piédelièvre, Muriel Suquet – Cozic: op.cit, p 852.

الأشياء العقارية وذلك ابتداء من الفصل 517¹ الذي ورد فيه بأن بيع الأرض يشمل ما يوجد فيها من مباني وأشجار كما يشمل المزروعات التي لم تنبت والثمار التي لم تعقد، أما الفصل 518² من ق.ل.ع فقد جاء فيه بأن بيع البناء يشمل الأرض التي أقيم عليها كما يشمل ملحقاته المتصلة به اتصال قرار كالأبواب والنوافذ والمفاتيح التي تعتبر جزءاً متمماً للإقفال، أما الفصل 519³ من ق.ل.ع فيضيف بأن بيع العقار يشمل تسليم الخرائط وتقدير المصروفات والحجج والوثائق المتعلقة بملكيتها⁴.

بيد أنه، بالرجوع إلى مدونة الحقوق العينية التي تسري مقتضياتها على الملكية العقارية والحقوق العينية بما فيها العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري ما لم تتعارض مع تشريع خاص يتعلق بالتصرفات الواردة على العقار، فإنه نجد المشرع قد نص على حقوق عينية أصلية على سبيل الحصر من قبل حق العمرى، حق السطحية، حق الزينة...⁵ والتي يمكن تفويتها بمعزل عن ملكية الرقبة، وهذا ما سيشكل تعارضاً مع مقتضيات الفصلين 517 و518 من ق.ل.ع اللذين ينصان على أن بيع الأرض أو البناء يشمل الملحقات المتصلة بالعقار وذلك في حالة عدم التصريح بها.

وهذا المقتضى الوارد في قانون الالتزامات والعقود لا يشكل أي حماية لمستهلك

¹ - ينص الفصل 517 من ق.ل.ع على أنه "بيع الأرض يشمل ما يوجد فيها من مباني وأشجار، كما يشمل المزروعات التي لم تنبت، والثمار التي لم تعقد، ولا يشمل البيع الثمار المعقودة، ولا المحصولات المعلقة بالأغصان أو الجذور ولا النباتات المغروسة في الأوعية، ولا تلك المعدة لقلعها وإعادة غرسها، ولا الأشجار اليابسة التي لا ينتفع بها إلا خشباً، ولا الأشياء المدفونة بفعل الإنسان والتي لا يرجع عهدها إلى قديم الزمان".

² - ينص الفصل 518 من ق.ل.ع على أنه: "بيع البناء يشمل الأرض التي أقيم عليها، كما يشمل ملحقاته المتصلة به اتصال قرار كالأبواب والنوافذ والمفاتيح التي تعتبر جزءاً متمماً للإقفال، ويشمل كذلك كل الأرحية والأدراج والخزائن المثبتة فيه، وأبواب المياه والمواقف المثبتة بجدرانها.

ولا يشمل بيع البناء الأشياء غير الثابتة التي يمكن إزالتها بلا ضرر، ولا مواد البناء المجمعة لإجراء الإصلاحات ولا تلك التي فصلت عنه بقصد استبدال غيرها بها".

³ - وينص الفصل 519 من ق.ل.ع على أنه "ويشمل بيع العقار كذلك الخرائط وتقدير المصروفات، والحجج والوثائق المتعلقة بملكيتها، وإذا تعلقت حجج الملكية بالمبيع بغيره من الأشياء التي لا تدخل في البيع، لم يكن البائع ملتزماً إلا بأن يسلم نسخة رسمية للجزء المتعلق منها بالعين المبيعة".

⁴ - عبد القادر العرعاري، م.س، ص 151.

⁵ - المادة 9 من مدونة الحقوق العينية.

العقار ولا يحقق استقرار المعاملات العقارية، إلا أن هذه الثغرة التشريعية قد تم تجاوزها من خلال ما ورد في مدونة الحقوق العينية.

أما بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 1615¹ من ق.م.ف نجده ينص على أن ملحقات الشيء المبيع تنتقل تلقائيا إلى المشتري مع العقار موضوع البيع وإن تضمن العقد لشرط مخالف لمقتضيات الفصل المذكور أعلاه، إلا أن البائع غير ملزم بتسليم جميع الملحقات وإنما تبقى في ملكيته الملحقات الثانوية وغير الضرورية².

إلا أنه في حالة سكوت الأطراف عن ملحقات العقار المجهز والمؤثث، فإنها لا تنتقل إلى المشتري عند تسليم العقار، وإنما تبقى في ملكية البائع حسب الفصل 1615 من ق.م.ف، وهذا على خلاف الثمار التي تنتقل للمشتري طبقا للفصل 1614³ من ق.م.ف⁴.

وبخصوص الثمار المدنية، فإن إيرادات الإيجار تنتقل إلى المشتري من تاريخ التوقيع على العقد العرفي، أما إذا تعلق الأمر بعقد توثيقي فإن الإيرادات السابقة الذكر تنتقل من تاريخ تحريره وذلك حسب مقتضيات الفصل 1614 من القانون المدني الفرنسي السابق الذكر⁵.

أما بخصوص الفصل 519 من ق.ل.ع الذي يشكل نوعا من الحماية لمستهلك العقار، وذلك بإلزام البائع بتسليم الوثائق والحجج المتعلقة بالملكية، فإن القضاء المغربي ذهب إلى أبعد من ذلك من أجل حماية مستهلك العقار؛ حيث ألزم البائع للقيام بكافة الإجراءات الإدارية والتقنية الهادفة إلى تسجيل الشراء على مطلب التحفيظ⁶.

¹ - Art 1615 stipule que « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage Perpétuel ».

² - Benoît Cartuyvels, op.cit, p 103.

³ - Art 1614 stipule que : « la chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente. Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur ».

⁴ - Cécile Biguenet, op.cit, p 847-848.

⁵ - Benoît Cartuyvel. op.cit, p 104.

⁶ - حكم صادر عن ابتدائية مكناس رقم 59 بتاريخ 2007/03/05، ملف رقم 04/2/2731، غير منشور، حيث جاء فيه: "وأنه تعذر عليهم تدوين عقد شرائهم بالمطلب المذكور وكذا استغلالهم للمبيع بسبب تماطل البائعة في إنجاز باقي الإجراءات ملتمسين الحكم عليها بالقيام بكافة الإجراءات التقنية والإدارية من أجل فرز المساحة موضوع رسم المبيع وتمكينهم منها وتدوين عقد الشراء بالمطلب.

... ولما كان البيع قائما بين الطرفين فإن من التزامات البائع تسليم البيع إلى المشتري وأن هذا التسليم لا يتم إلا بتسجيله

==

وفي هذا الإطار، ذهب جانب من الفقه البلجيكي¹ إلى القول بأن البائع يلتزم بتسليم محضر للمشتري يتضمن وضعية تثبيت الخيوط الإلكترونية والتيار الكهربائي للعقار المبيع وذلك عند إبرام العقد التوثيقي، أو عند توقيع العقد العرفي وذلك طبقاً للنظام العام المتعلق بتثبيت التيار الكهربائي لكل سكن موضوع بيع وفق القانون الصادر في 1981/03/10 (RGIE) المغير بمقتضى القرار الملكي المؤرخ في 2008/06/25².

وإذا كانت ذمة البائع لا تبرأ إلا بتسليم العقار؛ حيث يكون ملزماً بالحفاظ على العقار المبيع إلى حين حلول أجل التسليم، فإنه قد لا يتمكن من هذا نظراً لهلاك العقار المبيع بعد إبرام العقد وقبل تسليمه³.

فهلاك البناء المشيد فوق الأرض - العقار المبيع - قبل التسليم قد يكون بسبب فعل أجنبي لا دخل للبائع فيه؛ وقد يكون بسبب البائع، وأذاك من سيتحمل مسؤولية تبعه هلاك العقار في هاتين الحالتين؟

إجابة على هذا التساؤل يجب التمييز بين حالتين:

- الحالة الأولى: إذا حصل الهلاك بسبب أجنبي لا علاقة للبائع به أو المستهلك العقاري كالقوة القاهرة مثلاً، فإنه يتعين الاحتكام إلى نص الفصل 493 من ق.ل.ع الذي ورد فيه بأنه بمجرد تمام العقد يتحمل المشتري تبعه هلاك المبيع ولو قبل حصول التسليم، ومرد ذلك إلى أن المشرع المغربي تأثر بموقف المشرع الفرنسي⁴ الذي يربط

==

على المطلب العقاري".

¹ - Benoît Cartuyvels, op.cit, p 131.

² - Arrêté royal du 25 Juin 2008 modifiant l'arrêté royal du 10 Mars 1981 rendant obligatoire le règlement général sur les installations électriques pour les installations domestiques et certaines lignes de transport, modifiant l'article 276 du règlement Général sur les Installations Electriques et insérant un article 276 bis dans le Règlement Général sur les Installations Electriques.

³ - Cécile Biguenet, op.cit, p 847.

⁴ - Article 1624, créé par Loi 1804-03-06 code civil ; promulguée le 16/03/1804 : « La question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison est jugée d'après les règles prescrites au titre » Des contrats au des obligations conventionnelles en général ».

Voir le site : www.legifrance.gouv.fr, la date de la consultation le 09/12/2018 à 16h41min.

الهلاك بإبرام العقد وانتقال الملكية وليس بانتقال الحيازة للمشتري¹.

وقد ذهب أحد الباحثين إلى القول بأن القانون المغربي خالف الفقه الإسلامي، ويتجلى ذلك في مبدأ تحمل تبعة الهلاك قبل قبض المبيع وحصول التسليم، حيث أن الفقه الإسلامي يعتبر يد البائع يد الضمان، وبالتالي فإن تبعة الهلاك تقع عليه طالما لم يتم قبل حصول التسليم².

وأعتقد بأن الباحث عندما أشار إلى مخالفة القانون المغربي للفقه الإسلامي بخصوص تحمل تبعة الهلاك قبل المبيع وحصول التسليم، لم يستحضر المذاهب الأربعة للفقه الإسلامي، إذ نجد المشرع المغربي قد تأثر بمذهب المالكية والشافعية معاً، فالمذهب المالكي يعتبر الضمان قبل القبض ملقى على عاتق المشتري باستثناء خمسة مواضع وهي:

أولاً: بيع الغائب على الصفة بخلاف فيه؛

ثانياً: ما بيع على الخيار؛

ثالثاً: ما بيع من الثمار قبل كمال طيبيها؛

رابعاً: ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد بخلاف الجراف؛

خامساً: البيع الفاسد³.

في حين اعتبر المذهب الشافعي⁴ تلف المبيع قبل التسليم لم يخل من ثلاثة أحوال

¹ - عبد القادر العرعاري، م.س، ص 159.

² - العربي الشاذلي، الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، عين الشق، السنة الجامعية 2006-2007، ص 115.

³ - ماجد الحموي، تحقيق كتاب القوانين الفقهية للإمام أبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزي الكلي الغرناطي، مطبعة دار ابن حزم - بيروت، لبنان، بدون طبعة، ص 420.

⁴ - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ علي محمد معوض، تحقيق "الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني" للإمام أبي الحسن علي البغدادي الشهير بالماوردي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1999م، الجزء الخامس، ص 209.

وهي:

- إما أن يكون بجائحة من السماء؛ فإن تلف كان البائع ضامناً لذلك ويقع البيع باطلاً؛ لأن تلف المبيع قبل القبض مبطل للبيع.

- إما أن يكون التلف بجناية آدمي غير البائع: وفي هذه الحالة هناك قولان: أحدهما: يبطل كما لو تلف المبيع بجائحة من السماء.

والثاني: لا يبطل البيع لكن يكون للمشتري حق الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين إمضاء البيع بالثمن ومطالبة الجاني بمثل قيمته إن لم يكن له مثل.

- إما أن يكون التلف بجناية البائع: وفي هذه الحالة قولان:

الأول: جناية البائع كجائحة من السماء، ولذلك يكون البيع باطلاً قولاً واحداً.

الثاني: أنها كجناية الأجنبي، التي فيها قولان كما سبق ذكرهما¹.

أما بخصوص القانون المدني المصري فقد نص في المادة 207² على أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم يقع على البائع بصفته المدين بالتسليم؛ وبذلك يكون المشرع المصري قد تأثر بالفقه الإسلامي - المذهب الشافعي - حيث ربط تبعة الهلاك بالتسليم وليس بانتقال الملكية.

- الحالة الثانية: إذا كان الهلاك بسبب راجع في الأساس إلى عيب في مواد البناء أو البناء ذاته أو كان البائع عالماً بهذه العيوب، فإنه يمكن للمستهلك العقاري الرجوع على هذا البائع بتبعة هلاك العقار أو تلفه طبقاً للفصل 513 من ق.ل.ع³.

¹ - ويبدو لي أن مذهب الشافعية في هذه الجزئية أقرب لمقصد الشريعة في البيع، ويظهر في حمايتها للمشتري الذي لم يتدخل في هذا التلف لا من قريب ولا من بعيد، ولم يكن التفريط من قبله حتى نلزمه بالضمان كما هو الشأن بالنسبة لمذهب المالكية الذي يرى أن الأصل هو السلامة، ومن هنا يظهر جلياً سبب الخلاف الذي هو معارضة استصحاب بآخر، على خلاف الشافعية الذين يميلون إلى أن الأصل ضمان البائع.

² - تنص المادة 207 من القانون المدني المصري: "إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً ... فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الأعذار على الدائن".

³ - ينص الفصل 513 من ق.ل.ع على ما يلي: "إذا كان المبيع شيئاً معيناً، وهلك هذا الشيء أو تعيب قبل التسليم بفعل البائع أو بخطئه، كان للمشتري الحق في أن يطالب بقيمته أو بتعويض يعادل النقص في قيمته".

وعلى هذا الأساس، يمكن القول بأن المشرع خول لمشتري العقار إما المطالبة بقيمة العقار أو بتعويض يعادل النقص في قيمته ولم يخول له إمكانية إلزام البائع ببناء أو إصلاح العقار - وخصوصاً إذا كان مستهلك العقار قام بتقييد أو إيداع عقده قصد التقييد في السجل العقاري ولم يتسلم العقار بعد-؛ ولعل باعث المشرع في الاكتفاء بهذا المقتضى أنه استبعد فرضية تقييد أو إيداع عقد بيع عقار في السجل العقاري دون تسليمه، وهذا ما يعد إخلالاً بالحماية الواجب توفيرها لمستهلك العقار.

وقد تكون مكنة المطالبة بقيمة العقار من طرف المستهلك رضائية بينه وبين البائع وأنداك يمكن إبرام عقد إقالة بمقتضاه يأخذ المشتري مبلغ ثمنه ويتحمل البائع تقييد عقد الإقالة لدى المحافظة العقارية وتبعات هلاك البناء، وقد تكون قضائية، وأنداك يترك الأمر للسلطة التقديرية لهيئة المحكمة.

ومهما يكن الحال، فإن تحمل تبعه المخاطر ليست من النظام العام إذ يمكن الاتفاق على مخالفتها استناداً إلى مقتضيات الفصل 493 من ق.ل.ع الذي نص على أنه " .. يتحمل المشتري تبعه هلاك المبيع، ولو قبل حصول التسليم، ما لم يتفق على غير ذلك".

وتقتضي الحكمة على الأقل، الإشارة إلى أن محكمة النقض اعتبرت دعوى تسليم المبيع من الدعاوى المختلطة والتي تستند على الحق العيني والشخصي في نفس الوقت ناشئين عن رابطة قانونية واحدة، عادة ما يكون مجال تطبيقها العقود الواردة على نقل ملكية أشياء، بحيث يثبت عنها حق عيني على الشيء وحق شخصي ناشئ عن العقد¹.

وجامع القول، هل يكفي القيام بالتزام تسليم العقار لانتقال ملكيته أم أن الأمر يستوجب القيام بإجراءات أخرى؟ وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: التزام البائع بنقل الملكية

إذا كان عقد البيع في قانون الالتزامات والعقود من العقود الرضائية؛ وبعبارة أدق؛ العقود التي تنعقد بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول دون حاجة إلى إفراغ رضا الأطراف

¹ - قرار عدد 204، الصادر في 2016/03/15، ملف مدني عدد 2015/3/1/2062، غير منشور.

في قالب معين كأن يكتب العقد في ورقة رسمية أو التقيد بشكلية معينة، فإن إبرام عقد البيع العقاري يتطلب إفراغه في قالب مع ضرورة التقيد بشكلية معينة.

وعلى هذا الأساس يترتب عن عقد البيع العقاري التزام البائع بنقل الملكية، وما يميز هذا الالتزام أن له مضمونا مزدوجا؛ فإذا كان يعد التزاما بالنسبة للبائع فهو يشكل ضمانا جوهرية للمشتري في المجال العقاري، على اعتبار أن انتقال الملكية في المجال العقاري يتطلب إخضاع التصرف للعديد من الشروط، وذلك من أجل إنتاج الآثار القانونية المتوخاة منها.

وعلى هذا الأساس، سيتم التعرض في بادئ الأمر إلى التزام نقل الملكية في التشريع المغربي (الفقرة الأولى)، على أن أتناول هذا الالتزام لدى مختلف التشريعات المقارنة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الالتزام بنقل الملكية في التشريع المغربي

بالرغم من عمومية المبدأ المنصوص عليه في الفصل 491 من ق.ل.ع¹ الذي جعل الملكية تنتقل من البائع للمشتري بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه، إلا أنه يتعين عدم الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه لوجود عدة حالات تتوقف فيها مسألة انتقال الملكية للمشتري على التدخل الإيجابي من الطرف البائع، وهو ما يجعلنا نستبعد من نطاق تطبيق هذا النص كلا من البيوع العقارية بمختلف أنواعها².

ونقل الملكية يختلف حسب موضوع البيع أهو عقار أم منقول، وهذا ما يؤدي إلى بقاء الساحة فارغة لأحكام القانون المدني في حالات؛ وتدخل القانون العقاري إلى جانبه في حالات أخرى، فإذا تدخل هذا الأخير مثلا في نقل الملكية بمجرد التعاقد فإنه لا يكفي، إذ لابد من تقييد عقد البيع بالرسم العقاري أو إيداعه بمطلب التحفيظ، لأن العبرة هنا تتجلى في التقيد بالسجلات العقارية وهو ما يشكل حماية لمستهلك العقار ويحقق استقرارا

¹ - ينص الفصل 491 من ق.ل.ع على ما يلي: "يكتسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع، بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه".

² - عبد القادر العرعاري، م.س، ص 139 - 140.

للمعاملات العقارية¹.

ولذلك، فإن انتقال الملكية بمجرد العقد لا يكفل حماية الأغيار (مستهلك العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري) في مسائل انتقال الحق العيني؛ إذ أنه يصعب عليه معرفة المالك، وترجع الحكمة من التقييد إلى أن الملكية العقارية من أهم أسس الائتمان في الحياة الاقتصادية، فالائتمان العقاري ما زال عنصراً هاماً من عناصر الاقتصاد الوطني، ونظام التقييد يدخل نوعاً من التنظيم والطمأنينة².

وتعد شكلية التقييد شكلية احتجاج لا تهم صحة العقد؛ ذلك أن العقد قد ينشأ صحيحاً لكنه لا يكون فعالاً في حالة عدم قيام الأطراف بعملية تسجيله وإشهاره، الشيء الذي قد يعرض أطراف العقد إلى ضياع حقوقهم³.

وغني عن البيان، أن المشرع عندما نص على قاعدة أساسية في عقد البيع وهي الرضائية طبقاً للفصل 488 من ق.ل.ع⁴؛ أدخل عليها استثناء بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقارات حيث أضاف ركناً آخر هو ضرورة إفراغ هذه العقود في الشكل الرسمي، وتسجيله في الشكل المحدد بمقتضى القانون طبقاً لمقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع⁵.

¹ - محمد الحياتي، م.س، ص 59.

² - عبد السلام أحمد فيغو، عقد البيع، مطبعة دار القلم، الرباط، طبعة 2002، ص 144.

³ - جميلة لعماري: أبعاد الإرادة العقدية في التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الثاني عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2001-2002، ص 273.

⁴ - ينص الفصل 488 من ق.ل.ع على أنه: "يكون البيع تاماً بمجرد تراضي عاقديه؛ أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على البيع والتمن وشروط العقد الأخرى".

⁵ - ينص الفصل 489 من ق.ل.ع على أنه: "إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهناً رسمياً وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

يتضح من مقتضيات هذا الفصل أنها اكتفت بوجوب تحرير البيوع المنصبة على حق عيني عقاري في محرر ثابت التاريخ؛ مع ضرورة تسجيله وفق الشكل الذي حدده القانون وإلا انعدم له كل أثر في مواجهة الأغيار، وهذا ما أدى إلى بروز تضارب كبير على مستوى القضاء.

أشار إلى هذا التضارب: محمد الكشور، بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - الطبعة الأولى 1997، ص 59.

وفي هذا الإطار، فإن المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية¹، قررت بموجب دلالتها القطعية رسمية العقود ذات الصلة بتوثيق المعاملات العقارية بحسب النطاق الوارد فيها من نقل الملكية أو إنشائها أو تعديلها أو إسقاطها، بل وتزيد في دلالتها الصريحة على ذلك في إقرار بطلان كل التصرفات التي لا تصب في الشكلية التي تقررها.²

وهكذا، فإن تكريس رسمية العقود في التصرفات العقارية من خلال المادة الرابعة من شأنه التخفيف من حدة النزاعات المطروحة على القضاء وتحقيق استقرار المعاملات العقارية، والرفع بها إلى مستوى الثقة والاطمئنان قصد تحقيق مفهوم الأمن العقاري.³

وإذا كانت المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، قد أقرت مبدأ الاختيارية في توثيق التصرفات العقارية، إما في محرر رسمي، أو في محررات ثابتة التاريخ، فإن نصوصاً أخرى استتنت توثيق بعض التصرفات العقارية من هذا المبدأ. واستلزمت توثيقها في محررات رسمية فقط كما هو الشأن مثلاً لعقود العمرى، الهبة، الصدقة، الرهن الحيازي، المغارسة...⁴

==

يراجع أيضاً:

- فاطمة الحروف، حجية القيد في السجل العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 1993-1994، ص 268.

- عمر أوتيل، التوثيق ودوره في استقرار المعاملات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 11.

¹ - تنص المادة الرابعة من قانون 39.08 على أنه: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك".

² - التقرير السنوي لمحكمة النقض 2013، مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، إعداد قسم التوثيق والدراسات والبحث العلمي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014، ص 171.

³ - أمينة ناعمي، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 160 السنة 2012، ص 81.

⁴ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2019، ص 126.

وعلى هذا الأساس، فقد تداركت المادة الرابعة من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية القصور الذي طال ق.ل.ع، حيث أوجبت تحرير العقد الناقل لملكية عقار في شكل محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ، مما نتج عنه إنهاء النقاش الحاصل بخصوص الشكالية التي ينبغي أن تأتي فيها هذه المعاملات طبقا لمقتضيات الفصلين 488 و489 من ق.ل.ع السابق ذكرهما، مما ساهم في استقرار المعاملات العقارية وسلامتها من التلاعب، وذلك بحماية أطراف التعاقد أنفسهم إذ تستوجب منهم التروي والتفكير والحيلة عند إقدامهم على التعاقد، وخاصة عندما يفرض القانون عليهم الالتجاء إلى جهة معينة لتحرير العقد بمقتضى القانون¹.

وهكذا، قضت استئنافية وجدة في أحد قراراتها بأنه: "وحيث إن نقل ملكية عقار محفظ يجب أن يكون كتابة بمحرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ تحت طائلة البطلان طبقا للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية. وهو ما امتنعت عنه المستأنف عليها، وبالتالي فإن الحكم المستأنف لما لم يراع ما ذكر لم يجعل لقضائه أي أساس من القانون ويتعين إلغاؤه"².

وتحقيقا للهدف المنشود المتمثل في تحقيق الأمن العقاري، وبعدما أوجب المشرع تحرير الوكالة في قالب رسمي، تم إصدار القانون رقم 31.18³ المغير والمتمم لقانون الالتزامات والعقود وذلك في إطار التدابير التشريعية الرامية إلى التصدي لعمليات الاستيلاء على عقارات الغير تنفيذا للتعليمات السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله المضمنة بالرسالة الموجهة إلى السيد وزير العدل بتاريخ 30 دجنبر 2016 حول ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير حيث نص على العديد من المقتضيات الجوهرية من قبيل:

- وجوب تقييد الوكالات المتعلقة بنقل ملكية عقار أو بإنشاء الحقوق العينية

¹ - فؤاد الصامت، م س، ص 292-293.

² - قرار رقم 61، صادر في 24/01/2019، ملف رقم 363/1401/2018، غير منشور.

³ - الظهير الشريف رقم 1.19.114 الصادر في 09/08/2019 القاضي بتنفيذ القانون رقم 31.18 المغير والمتمم لقانون الالتزامات والعقود، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 6807 المنشورة في 26/08/2019.

الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها من طرف محررها بسجل الوكالات المتعلقة بالحقوق العينية الذي تمسكه كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التابع لها مكان تحرير العقد، وذلك تحت طائلة عدم إنتاج آثارها القانونية، وأي تغيير أو تعديل مدخل عليها أو إلغائها لا يحتج به إلا من تاريخ التقييد بالسجل المذكور طبقا للفصل 1 من قانون 31.18.

- إحداث سجل وطني إلكتروني للوكالات يعهد بتدبيره لإدارة المحافظة العقارية، يتم من خلاله إشهار جميع الوكالات المضمنة بسجلات الوكالات المتعلقة بالحقوق العينية والممسوكة من طرف كتابات الضبط بالمحاكم الابتدائية طبقا للفصل 2 من قانون 31.08.

إلزامية تقييد عقد الوكالة بالسجل الوطني الإلكتروني للوكالات من طرف محرر العقد المتعلق بنقل ملكية عقار طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 2 من قانون 31-08.

ورغم أهمية هذه المقترحات السالف ذكرها ومركزيتها في تحقيق مفهوم الأمن العقاري، من خلال تحقيق حماية المستهلك واستقرار المعاملات العقارية على حد سواء، إلا أنها ستبقى موقوفة التنفيذ بسبب إحالة المشرع على صدور نص تنظيمي يحدد كيفية مسك وتنظيم سجل الوكالات¹.

وفي هذا الإطار، لا بد من الإشارة إلى أنه أصبح من المستعجل في الوقت الحاضر الوقوف على أسباب تفشي ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير دون موجب أو سند قانوني، خصوصا وأن الرسالة الملكية الموجهة للسيد وزير العدل والحريات تتوخى تحقيق الحماية لفئة عريضة من المالكين إن لم نقل لهم جميعا².

بالإضافة إلى شكلية الرسمية المقررة بمقتضى النصوص القانونية السابق ذكرها ألزم المشرع المغربي تقييد البيع الوارد على العقار المحفظ في السجل العقاري طبقا

¹ - للتوسع أكثر في موضوع الوكالة في التصرفات العقارية، يراجع حسام الظافر، أحكام الوكالة في التصرفات العقارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2020.

² - للتوسع أكثر في تشخيص ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير، يراجع أستاذنا إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، م.س. ص 129.

لأحكام الفصول 65 و 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري¹ كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07، أو إيداعه بمطلب التحفيظ سواء طبقاً لمقتضيات الفصل 83 أو 84 كما سبقت الإشارة إلى ذلك، وهذا يدل على أن ظهير التحفيظ العقاري زاد على الفصل 489 من ق.ل.ع وكذا المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، أنه عين تاريخ سريان البيع على الغير وهو ابتداء من يوم التقييد².

وتعد الفصول 65 و 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07 الأكثر جدلاً حيث أكد المشرع على أن ما يقيد بالرسوم العقارية من عقود عينية يعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة لمعرفة مالك تلك الحقوق وما قد يرد عليها من تحملات³.

ومن هنا يمكن طرح تساؤل جوهري حول المشتري الذي تعاقد مع البائع وفق الشكلية المنصوص عليها؛ ولكنه لم يقيم بتقييد حقوقه العينية بسجل الإيداعات العقارية،

¹ - ينص الفصل 65 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07 على أنه: "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء أو الإبراء منه".

ينص الفصل 66 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07 على أنه: "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".

ينص الفصل 67 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07 على أنه: "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 دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم".

² - محمد لشقار، الحماية القانونية للمشتري في عقود اقتناء السكن، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص 139.

³ - المجذوب طارق، إتمام البيع بين ق.ل.ع وظهير التحفيظ العقاري، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 25 يناير 2010، ص 99.

هل يعتبر حقه موجوداً أم أنه والعدم سواء؟

إجابة عن هذا التساؤل ذهب الأستاذ محمد خيرى إلى القول بأن التصرف الذي يتم تقييده يصبح الحق بمقتضاه موجوداً وثابتاً، والتصرف الذي لم يقع تسجيله لا يتوفر صاحبه على أية مزية قانونية مهما كانت المستندات التي يعتمد عليها لإثبات حقه، ولا تثبت للمشتري - مبدئياً - مزايا صاحب حق الملكية¹.

وفي هذا السياق، ذهبت إحدى الباحثات إلى القول بأن المشتري لا يثبت له بهذا المقتضى سوى حق شخصي في ذمة البائع، يمكنه من حق المطالبة بتسجيل شرائه إما اتفاقاً أو قضاء².

وهكذا، فإن البيع لا يكون له أثر في مواجهة الغير الأجنبي عن العقد إلا إذا قيد في السجل العقاري، وهذا يتمشى ومبدأ استقرار المعاملات العقارية الذي يستوجب ضرورة تطابق ما هو مقيد بالرسم العقاري مع الوضعية المادية للعقار، وأن ما ذهب إليه المشرع من اعتبار التقييد ذي حجية نسبية يتوافق ومبادئ العدالة التي تقضي بحماية حقوق الأشخاص في حالة ما إذا كان الأساس الذي اعتمد عليه في التقييد غير سليم أو باطل، إذ من شأن الأخذ بنظام القوة الثبوتية المطلقة للتقييد حرمان بعض أصحاب الحقوق من حقوقهم، دون أن تتاح لهم فرصة الطعن في التقييد الوارد على الرسم العقاري والمطالبة بالتشطيب عليه³.

إلا أنه في المقابل من ذلك، نجد من يرى أن عقد البيع غير المقيد بالرسم العقاري ينشئ جميع التزامات البائع وجميع التزامات المشتري بعبء عدم إمكانية تأويل مقتضيات

¹ - محمد خيرى، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، المساطر الإدارية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة 2013، ص 546.

² - نفيسة أبريك، شكلية بيع العقار المحفظ في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث الضمانات التشريعية في قانون الأعمال المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 1999-2000، ص 84.

³ - بوبكر حمدون، مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد بالرسم العقاري في ضوء قانون 07.14 ومدونة الحقوق العينية، رسالة لنيل دبلوم ماستر قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 22.

الفصل 489 من ق.ل.ع بمعزل عن الفصل 488 من نفس القانون¹.

ويقتضي هذا التأويل المشترك بين مقتضيات الفصلين السابق ذكرهما اعتبار التقييد في الرسم العقاري من أجل الإشهار يدخل ضمن أحد التزامات البائع بضمان نقل الحق المبيع وبتخاذ جميع الإجراءات القانونية الضرورية لذلك وهو ما يندرج ضمن آثار عقد البيع².

وفي سياق الحديث، فالمشتري الذي لم يبادر إلى تسجيل حقه العيني بالصك العقاري قد يكون إما بسبب نتيجة التماطل والتراخي أو بسبب البائع الذي لم يقم بالإجراء المتعين أصلاً، مما قد يؤدي إلى فوات الأجل المنصوص عليه قانوناً، وهذا ما سوف يستتبع أداء غرامات محددة³ طبقاً لمقتضيات الفصل 65 مكرر من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07، التي تنص على أنه: "يحدد أجل إنجاز التقييد المنصوص عليه في الفصل 65 في ثلاثة أشهر ويسري هذا الأجل بالنسبة:

- 1- للقرارات القضائية ابتداء من تاريخ حيازتها لقوة الشيء المقضي به؛
 - 2- للعقود الرسمية ابتداء من تاريخ تحريرها؛
 - 3- للعقود العرفية ابتداء من تاريخ آخر تصحيح إمضاء عليها.
- غير أن هذا الأجل لا يسري على العقود المشار إليها في البندين 2 و3 أعلاه إذا:
- كانت موضوع تقييد احتياطي طبقاً للفصل 85؛
 - تعلقت بالأكرية أو الإبراء أو الحوالة المنصوص عليها في الفصل 65 مكرر من هذا القانون.

¹ - المنتصر الداودي، مسطرة التحفيظ العقاري وأثرها وإشهار الحقوق العينية وتسجيلها على الرسوم العقارية، ندوة العقار المنعقدة بالرباط بتاريخ 6 و7 دجنبر 1978، منشورات وزارة العدل، ص 154. أشار إليه بوبكر حمدون، م.س، ص 21.

² - نور الدين الجزولي، عقد بيع العقار المحفظ بين الشكلية والرضائية، الفصل 489 من ق.ل.ع مقال منشور في مجلة المحامي، العدد 17، السنة 1990، ص 11.

³ - المجذوبي طارق، م.س، ص 101.

إذا لم يطلب التقييد بالرسم العقاري ولم تؤد رسوم المحافظة العقارية داخل الأجل المقرر أعلاه، فإن طالب التقييد يلزم بأداء غرامة تساوي خمسة في المائة من مبلغ الرسوم المستحقة، وذلك عن الشهر الأول الذي يلي تاريخ انقضاء الأجل المذكور و0,5 في المائة عن كل شهر أو جزء من الشهر الموالي له.

يمكن لمدير الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، في حالة القوة القاهرة، أن يمنح الإعفاء من الغرامة المنصوص عليها بعد الإدلاء بأي وثيقة تفيد ذلك".

وفي هذا الإطار، ذهبت المحكمة الابتدائية بوجدة في أحد أحكامها إلى اعتبار عقود البيع المنصبة على عقار محفظ لا تنقل الملكية إلا بعد تسجيلها في الرسم العقاري عملاً بالأثر الإنشائي للتسجيل المنصوص عليه في المادة 67 من ظهير التحفيظ العقاري، وأن المدعى عليهم يقع عليهم واجب إشهار عقد البيع الذي يربطهم بالمدعية بعد تسجيل العقود السابقة له¹.

ويتضح جلياً أن المحكمة والحالة هذه، قضت بإلزام المدعى عليهم - البائعين - بإتمام إجراءات البيع، وذلك بإلزامهم للقيام بالإجراءات اللازمة لتسجيل عقد الشراء المبرم بينهم وبين المشتري المدعي في الرسم العقاري.

ولم يقف القضاء المغربي عند هذا الحد، بل ذهبت المحكمة الاستئنافية بالناظور إلى اعتبار لجوء طالبي التسجيل مباشرة إلى المحكمة لإقرار حقهم في التقييد لا يتعارض مع أي مقتضى من مقتضيات القانونية في هذا الإطار، وأنه ليس من اللازم المرور على مؤسسة المحافظ العقاري للمطالبة بذلك، وليس بشرط قائم تحت طائلة عدم قبول الطلب أمام القضاء على النحو الذي استقر عليه العمل القضائي².

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى مسألة أساسية مفادها تعمد البائع عدم تمكين المشتري من الوثائق التي كانت مدخلاً لتملكه للعقار محل العقد، وقد يغفل هذا البائع

¹ - حكم عدد 1313، صادر بتاريخ 2013/01/02، ملف مدني رقم 12/12/4، غير منشور.

² - قرار رقم 470، صادر بتاريخ 2013/12/10، ملف رقم 13/1201/159، غير منشور.

تضمنين العقد بعض البيانات الإلزامية كرقم الرسم العقاري أو حدوده أو موقعه والكل بسوء نية، مع العلم أن المعوقات التدليسية التي يتعرض لها المشتري - مستهلك العقار - كثيرة، مما يكون معه هذا الأخير مجبرا إلى الرجوع للبائع قصد إتمام البيع رضاء أم قضاء¹.

وفي هذا الإطار، ذهبت المحكمة الابتدائية بمكناس إلى إلزام البائع بإتمام إجراءات البيع وذلك بقيام المدعى عليه بالإجراءات الإدارية والقانونية ولو بإنشاء ملحق للبيع بخصوص القطعة الأرضية رقم 882 موضوع الرسم العقاري، وهذه الإجراءات كفيلة بتقييده على الرسم العقاري تحت طائلة غرامة تهديدية².

وإذا كان قضاء الموضوع قد وفر نوعا من الحماية القانونية لمستهلك العقار، فإن محكمة النقض، هي الأخرى اعتبرت بائع الحق العيني المحفظ ملزما بنقل الحق المبيع للمشتري وبضمان هذا النقل، وذلك باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية وبالأخص إشهار عقد البيع بتقييده في الرسم العقاري³.

بل ذهبت إلى أبعد من ذلك، حينما قضت في قرار لها بأنه: " ينتقل حق ملكية العقار المحفظ من البائع إلى المشتري بمجرد تراضي الطرفين على إبرام العقد، ولا يعتبر التقييد بالرسم العقاري إلا شكلية نفاذ العقد في مواجهة الأغيار"⁴.

¹ - المجذوبي طارق، م.س، ص 101.

² - حكم رقم 35، صادر بتاريخ 05/02/2007، ملف رقم 05/2/3665، غير منشور.

وفي حكم آخر لها قضت بما يلي: "... وحيث لما كان البيع المنصب على الرسوم العقارية لا عبرة به إلا من تاريخ تقييده على هذه الرسوم ورعيا أن الرسم المبيع متقل بعدة رهون لفائدة مؤسسة القرض الفلاحي من أجل الوفاء بعدة ديون وبالنظر إلى أن هذه الديون لم يقع الوفاء بها من طرف المدعى عليه الأمر الذي حال دون تقييد البيع على المبيع حسبما يستفاد من الرسم العقاري فإن المدعي يكون محقا في طلبه ويتعين الاستجابة له.

حكم رقم 60، صادر في 05/03/2007، ملف رقم 05/2/264، غير منشور.

³ - قرار رقم 277، صادر بتاريخ 20/10/2010، ملف مدني، عدد 2659/5/1/2008، منشور بمجلة الحقوق، التوجهات الأساسية بمحكمة النقض من سنة 2008 إلى 2012، دلائل الأعمال القضائية، الدليل الرابع - يناير 2013، ص 64.

⁴ - قرار عدد 4883 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18/10/2011، ملف مدني عدد 2618/1/1/2009، غير منشور.

فإذا كان القرار الأخير يوفر لنا نوعاً من الحماية القانونية للمستهلك العقاري، إلا أنه قد تم خرق مبدأ جوهرى في نظام التحفيظ العقاري ألا وهو مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد.

واستناداً إلى ما سبق، يمكن القول بأن القضاء المغربي يكرس حماية مطلقة لمستهلك العقار الذي تعذر عليه إجراء التقييد لسبب خارج عن إرادته، ويعتبر بائع الحق العيني المحفظ ملزماً بنقل الحق المبيع للمستهلك، وبضمان هذا النقل وذلك باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية وبالأخص إشهار عقد البيع بتقييده في الرسم العقاري.

وعموماً فإن حجية التقييد بين الأطراف حجية مطلقة و نسبية في نفس الوقت، فهي تكون مطلقة عندما يكون التقييد صحيحاً مبنياً على عقد مستوف لشروطه القانونية الشكلية منها والموضوعية، حيث يصبح التقييد في هذه الحالة قرينة قاطعة بين الأطراف لا يمكن دحضها، وتكون نسبية في حالة ما إذا كان التصرف أو العقد الذي كان أساس التقييد قد شابه خلل قد يؤدي إلى بطلانه، فالقاعدة أن التقييد لا يساوي بين طرفي العقد إلا ما يساويه ذلك العقد المؤسس لذلك التقييد، وبالتالي فإن التقييدات التي يمكن إبطالها أو التشطيب عليها هي التي تكون مؤسسة على سند فاسد أو انبنت على سوء نية¹.

الفقرة الثانية: التزام نقل الملكية في التشريع المقارن

إذا كان ظهير التحفيظ العقاري - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - ينص على أن للتقييد أثراً منشئاً وكاشفاً للحق، حيث إن العقد لا ينقل الملكية بين المتعاقدين أنفسهم ولا بالنسبة للغير إلا بالتقييد في الرسم العقاري ومن تاريخ هذا التقييد، فإن القانون الفرنسي اعتبر العقد ناقلاً للملكية، حيث يكتسب المشتري من البائع ملكية المبيع بمجرد اتفاقهما على البيع والتمن ولو لم يتم التسليم ولم يدفع الثمن وذلك طبقاً لمقتضيات المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي الذي أخذ بنظام الشهر الشخصي².

¹ - بوبكر حمدون، م.س، ص 19 وما بعدها.

² - Article 1583 : « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé, voir le site :

www.codes.droit.org . la date de la consultation 03/04/2019 à 01h10min.

وفي هذا الإطار ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن انتقال الملكية يتم بإرادة الأطراف في الحال دون عوائق¹.

وهذا المقتضى يتعارض مع قواعد الشهر العقاري؛ وهو ما يشكل انتكاسة في هذا الميدان وتراجعا بقواعده لحساب قواعد الشهر الشخصي².

وإذا كان ق.م الفرنسي قد تخطى كليا عن شكلية التقييد للعقود المضمنة للتصرفات الناقلة والمنشئة للحقوق العينية العقارية، فإنه أبقي على إلزامية التقييد لدى محافظة الرهون Conservation des hypothèques بالنسبة للرهون الاتفاقية والقانونية والرهون الممنوحة لفائدة الزوجة وكذا جميع الهبات القابلة للرهن³.

ومع ذلك، فإن عدم الخضوع لإجبارية شكلية التقييد في السجلات يشكل زعزعة لمفهوم الأمن العقاري وضياعا لحقوق الكثير من الدائنين المرتهنين، حيث إنه في حالة إبرام عقد رهن رسمي لفائدة دائن معين قبل إبرام عقد بيع العقار المرهون، فإن الدائن المرتهن آنذاك؛ لا يمكنه تقييد الرهن الرسمي بعد إبرام عقد البيع لأن هذا الأخير يكون صحيحا لقيام أركانه وقائما وناظرا في مواجهة الأغيار - الدائن المرتهن - فور إبرامه، وهذا ما سيؤدي إلى استحالة تقييد الرهن الرسمي لدى محافظة الرهون⁴.

وأمام هذا الوضع الذي أدى إلى زعزعة استقرار المعاملات العقارية بفرنسا، أصدر المشرع الفرنسي مرسوما⁵ يتعلق بإصلاح الشهر العقاري أو تسجيل الأراضي حيث نص في الفصل الأول على أن كل بلدية تحتفظ بملف عقاري يتضمن معلومات دقيقة حول الأراضي المسجلة، وعند إبدائها أو تسجيلها يتم إدراج اسم كل مالك وذلك في بطاقات شخصية وعقارية⁶. وهذا ما سيشكل آلية قانونية تمكن من التعرف على مختلف

¹ - Cécile Biguenet, op.cit, p 846.

² - Stéphane Piedalivre, La publicité foncière, librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, p 9.

³ - Gabriel marty et Pierre Raynaud, les suretés ; la publicité foncière, 2ème éd sirey - Paris, 1987, p 454.

⁴ - Stéphane Piedelievre, op.cit, p 9.

⁵ - Décret n°55-22 du 04/01/1955 portant réforme de la publicité foncière, version consolidée au 23 mars 2020.

⁶ - Art 1 dispose que: "Il est tenu, pour chaque commune, par les services chargés de la publicité
==

التصرفات التي أبرمها المالك وذلك من خلال الرجوع إلى البطائق الشخصية والعقارية مما سيؤدي إلى استقرار المعاملات العقارية من خلال تبني نظام مختلط يمازج بين ما هو شخصي وعيني¹.

وتقتضي الحكمة على الأقل الإشارة إلى أن المرسوم المتعلق بإصلاح تسجيل الأراضي وسع من دائرة نطاق الشهر العقاري لتشمل حقوق الامتياز والرهن بكافة أنواعها وبعض العقود المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقارات حيث أصبح إشهارها إجبارياً².

ومجمل القول، فإن مقتضيات القانون المدني الفرنسي لا تسعف في تحقيق مفهوم الأمن العقاري، وهو ما يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات العقارية من جهة، والإضرار بالمتعاملين في المجال العقاري من جهة ثانية. وهو ما حدا بالمشروع الفرنسي إلى التدخل من خلال المرسوم السالف الذكر لتجاوز العيوب والثغرات التي طالت القانون المدني.

وعلى مستوى القضاء الفرنسي، ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إلى أن: "تاريخ انتقال الملكية للمشتري يكون بمجرد توقيع الأطراف في العقد"³.

وفي سياق المقارنة، نص المشرع الجزائري في المادة 793 من القانون المدني على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص

==

foncière, un fichier immobilier sur lequel, au fur et à mesure des dépôts, sont répertoires, sous le nom de chaque propriétaire, et par immeuble, des extraits des documents publiés, avec référence à leur classement dans les archives.

Le fichier immobilier présente, telle qu'elle résulte des documents publiés, la situation juridique actuelle des immeubles ».

¹ – Stéphane Piedelievre, op.cit, p 12.

² – Art 15 dispose que: "Tous privilèges spéciaux ou généraux sur les immeubles autres que ceux visés aux articles 2374 et 2375 nouveaux du code civil sont transformés en hypothèques légales et sont soumis aux règles édictées pour ces dernières par le code civile et le présent décret, nonobstant toutes dispositions spéciales contraires »

³ - cour de cassation, chambre civile, 30 nov 2017 dispose que: "la vente de parfaite entre les parties et le transfère de propriété de l'immeuble aura lieu le jour de la signature de l'acte..."

www.legifrance.gouv.fr la date de la consultation le 14/09/2019 a 14 h43.

القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار". ومن خلال هذه المادة، يتضح أن المشرع الجزائري يجعل انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى لا تتم إلا من خلال عملية الشهر في السجل العيني وهذا ما يسمى بالأثر المنشئ للشهر l'effet constitutif de la publicité، أما عن أسباب وجذور عملية الشهر؛ فإنها كانت تقوم نظريا على أساس الفكرة الرومانية، التي تجعل نقل الملكية لا يتم بالتصرف المنشئ للالتزام، وإنما بتصرف آخر مستقل عنه ومجرد - حسب النظرية الألمانية -¹.

فما يميز التشريع الجزائري المدني، أنه كان أكثر نجاعة عن باقي التشريعات الأخرى التي اكتفت بشكلية الكتابة، إذ نص بصريح العبارة على أن انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الأغيار، لا يتم إلا بمراعاة الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.

ولم يكتف المشرع الجزائري بهذا المقتضى، وإنما أشار "في المادة 324 من القانون المدني الجزائري"² إلى الأشكال القانونية الواجب توفرها لصحة البيع العقاري وهي:

أ- تحديد البيانات الخاصة بالأشخاص المتدخلين في تحرير العقد (الموثق، المشتري، البائع...).

ب- البيانات الخاصة بشكل العقد.

ج- البيانات الخاصة بموضوع العقد³.

¹ - ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مطبعة دار هومة الجزائر، الطبعة الثانية 2015، ص 77 و 78.

² - لقد خضعت هذه المادة لأكثر من تعديل بمقتضى القانون رقم 88-14 المؤرخ في 06/05/1988، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 18، ص 749. وكذا القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 44، ص 24. حيث وصل الأمر إلى المادة 324-7 مكرر.

³ - جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، مطبعة دار الهدى عين مليلة، الجزائر، طبعة 2014، ص 53.

ولقد نصت المادة 324 من ق.م.ج على أنه: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

وعليه يمكن القول أن المبدأ يقتضي ضرورة تقديم العقود والسندات المطلوب شهرها في شكل محرر رسمي، وبالنتيجة فإن الأمر يتطلب من باب أولى أن يكون المحرر مكتوباً، ولذلك فإنه لا تقبل المحررات العرفية ولا التصرفات الرضائية غير المكتوبة، وهذا ما يؤكد الطابع الشكلي الذي يتصف به قانون الشهر العقاري¹.

وتعليقاً على المادة 324 من ق.م.ج، ذهبت إحدى الباحثات² إلى القول بأن المشرع قد جانب الصواب حين استعمل عبارة العقد الرسمي بدلاً من الورقة الرسمية؛ لأن مصطلح الورقة أعم من العقد، فالورقة تشمل العقد كما تشمل التصرفات بالإرادة المنفردة، وبالتالي من الأفضل استعمال لفظ محرر كما هو وارد في النص باللغة الفرنسية « L'acte Authentique » وذلك لشمولية ووساعة معناه. وهكذا نصت المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج على أنه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أن الرسمية قبل أن تكون شرطاً للإشهار فإنها ركن في العقد نفسه لا يصح إلا به، ولذلك فإنه يصبح مجرد تحصيل حاصل الحديث عن شرط الرسمية في الشهر العقاري، فالعقود العرفية المتعلقة بالعقارات إذا قدمت أمام إحدى المحافظات العقارية من أجل شهرها؛ فإن المحافظ العقاري يصدر بشأنها قراره برفض الإيداع ليس بسبب تخلف الرسمية كشرط للإشهار وإنما لكون القانون لا يعترف

¹ - ويس فتحي، م س، ص 329 و 330.

² - جميلة زايدي، م س، ص 43.

بوجود هذه العقود أصلاً، ويعتبرها باطلة بطلاناً مطلقاً¹.

فالكتابة الرسمية التي يقتضيها القانون ضرورية وملزمة لإنشاء عقد البيع العقاري، وهذا تحت طائلة البطلان المطلق، فبدونها لا ينعقد العقد، ولا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالف ذلك².

وتأكيداً لما سبق، تدخل المشرع الجزائي بنصوص خاصة عن طريق المرسوم رقم 63/76³ المتعلق بتأسيس السجل العقاري الذي نص في المادة 61 على أنه: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي" وكذا المادة 29 من القانون رقم 25/90⁴ التي تنص على أنه: "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار".

وهذا ما يعني صراحة أنه من أجل إشهار أي محرر يتضمن تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري لا بد أن يقدم في الشكل الرسمي إذ يعد هذا المبدأ من المبادئ الأصلية التي تتفق عليها كل نظم الشهر العقاري في العالم بصرف النظر عن نوع النظام المتبع⁵.

أما المشرع المصري، فقد نص في المادة 204 من ق.م. على أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار تنتقل بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف مع مراعاة النصوص الخاصة حيث جاء فيها ما يلي: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل"⁶.

¹ - ويس فتحي، م س، ص 53.

² - جميلة زايدي، م س، ص 44.

³ - المرسوم التنفيذي 63/76 الصادر في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 30 المؤرخة في 13/04/1976 والمعدل بالمرسوم 210/80 المؤرخ في 13/09/1980 المعدل بالمرسوم التنفيذي 123/93 المؤرخ في 19/05/1993.

⁴ - القانون رقم 25/90 الصادر في 18/11/1990 المتعلق بقانون التوجيه العقاري.

⁵ - ويس فتحي، م س، ص 329.

⁶ - وقد تم تأكيد ذلك في المادة 932 من ق.م. المصري حيث نصت على أنه: "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية

إضافة إلى ذلك، فقد أُلح في المادة 934 من ق.م على الأحكام المتعلقة بتنظيم الشهر العقاري حيث جاء فيها: "1- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري.

2- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر".

وبالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري والتي استهدفت تحقيق الاستقرار اللازم للملكية العقارية، بما يتناسب وأهمية هذه الملكية وخطرها على الاقتصاد القومي في مجموعه، وهذا الاستقرار تتعدد انعكاساته الإيجابية على الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والقانونية في حياة أي مجتمع¹، نجد المادة 9 من القانون المتعلق بتنظيم الشهر العقاري² تنص على أنه: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل، ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن"³.

وبالرغم من خطورة الأثر القانوني الذي رتبته القانون رقم 114 لسنة 1946 على

==

في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة 204 وذلك مع مراعاة النصوص الآتية".
1 - عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، دار الكتب والدراسات العربية الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى، 2018، ص 303.

2 - القانون رقم 114 لسنة 1946م، منشور بالوقائع المصرية عدد 85 بتاريخ 1946/08/24م، وقد تم إضافة الفقرات الثلاث بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1976.

3 - وقد تم تأكيد هذا المقتضى بالمادة 26 من القانون رقم 142 لسنة 1964 المتعلق بنظام السجل العيني، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 69 بتاريخ 1964/03/24م حيث جاء فيها: "ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

عدم شهر التصرفات العقارية، فإن نسبة كبيرة من المواطنين تحجم عن إجراء هذا الشهر في اكتفاء بعضهم بالمحركات العرفية، ولجوء البعض الآخر إلى القضاء للحصول على أحكام بصحة ونفاذ هذه المحركات دون تسجيلها، حتى إن نسبة دعاوى صحة التعاقد كما تكشف عنها الإحصاءات، تبلغ لدى كثير من المحاكم أكثر من 50% من مجموع الدعاوى المدنية المنظورة أمامها¹.

وأمام الآثار السلبية الناتجة عن هذه الظاهرة، أقر القضاء المصري بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه وفقا لنص المادة 9 من القانون رقم 114 لسنة 1946، ولا يحول دون نقل الملكية على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المشتري عالما بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده ما لم يثبت أن عقد المشتري الثاني المسجل هو عقد صوري، ولا ينتج في إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات البيع².

وفي جميع الأحوال، فإنني أعتقد بأن الحكمة من شكلية التقييد أو الإيداع التي لم يتضمنها قانون الالتزامات والعقود المغربي وبعض القوانين المدنية المقارنة، هي تحقيق أمن عقاري وذلك بغية حماية مستهلك العقار من جهة ومن جهة أخرى استقرار المعاملات العقارية.

وصفوة القول، فإن قانون الالتزامات والعقود سواء المغربي أو المقارن - باستثناء التشريع المصري أو الجزائري اللذين أحالا على القوانين الخاصة - لا يحقق لنا مفهوم الأمن العقاري عن طريق إيجاد موازنة فعالة بين حماية مستهلك العقار واستقرار المعاملات العقارية ما دام يشكل قاعدة عامة، لذلك تدخل المشرع بمقتضيات خاصة تكمل النقص الحاصل فيه.

¹ - عبد الحميد الشواربي، م س، ص 304.

² - طعن رقم 123 سنة 30 ق جلسة 1952/05/29 قرار أشار إليه عبد الحميد الشواربي، م س، ص 188.

المبحث الثاني: الضمانات القانونية المخولة للمشتري

إن غاية مستهلك العقار لا تتحقق بمجرد انتقال ملكية العقار عن طريق الحوز القانوني، وإنما بالانتفاع بالعقار عن طريق الحوز المادي، ولذلك ألزم المشرع المغربي البائع بالضمان طبقاً لمقتضيات الفصل 532 الذي ينص على ما يلي: "الضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل أمرين:

أ- أولهما حوز المبيع والتصرف فيه، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)؛

ب- وثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب)".

فالالتزام بالضمان يعد من أهم الالتزامات التي يرتبها عقد البيع على البائع؛ حيث يكون ملزماً بضمان التعرض والاستحقاق الذي يعتبر التزاماً واحداً يجب تنفيذه عينا؛ وإلا يكون قد أخل بتنفيذ التزامه، إلى جانب ضمان العيوب الخفية للشيء المبيع، مع التأكيد على أن الضمان يلتزم به البائع بقوة القانون وإن لم يتم اشتراطه؛ وحسن نيته لا يعفيه من الضمان.

ويعد هذان الالتزامان اليتين لتحقيق حماية مستهلك العقار، حيث يتضح بأن مهمة البائع لا تنتهي بمجرد إبرام عقد البيع وإنما يتعين عليه ضمان حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض؛ بمعنى ضمان التعرض والاستحقاق (المطلب الأول) وكذا ضمان عيوب الشيء المبيع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضمان التعرض والاستحقاق

لقد تطرق المشرع المغربي لضمان التعرض والاستحقاق في الفصول من 533 إلى 548 من ق.ل.ع، مبرزاً قبل ذلك في الفصل 532 من ق.ل.ع السالف الذكر، وجوب التزام البائع بضمان حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض من طرف المشتري، وهذا الضمان ما هو إلا نتيجة حتمية لآثار عقد البيع.

وعلى هذا الأساس، يجب على البائع أن يمتنع عن القيام بأي فعل من شأنه التشويش على مستهلك العقار بمجرد انتقال الملكية إليه، وهو ما يسمى بضمان التعرض

(الفقرة الأولى)، كما يلتزم البائع باستحقاق مستهلك العقار لمبيعه دون التأثير على سلطاته في ممارسته لحق الملكية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضمان التعرض

يقصد بهذا الالتزام أن يضمن البائع للمشتري - مستهلك العقار - وضع اليد على المبيع، والانتفاع به انتفاعاً هادئاً مستمراً لا يعكر صفو حيازته أي تعرض صادر من البائع أو من غيره. فالبائع يضمن كل ما من شأنه تعكير الحيازة¹.

وينقسم ضمان التعرض إلى ضمان التعرض الصادر عن البائع (أولاً) وكذا ضمان التعرض الصادر عن الغير (ثانياً).

أولاً: ضمان التعرض الصادر عن البائع

باستقراء مقتضيات الفصل 533 من ق.ل.ع التي تنص على أن: "الالتزام بالضمان يقتضي من البائع الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع". فإنه يستتبع منها أن البائع ملزم بنوعين من الضمان؛ أولهما مادي (1) والآخر قانوني (2).

1- ضمان التعرض المادي

يقصد بالتعرض المادي كل تصرف مادي من شأنه حرمان المشتري - مستهلك العقار - من الحيازة الهادئة والنافعة² كما أنه كل فعل يقوم به البائع ويترتب عليه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع، حرماناً كلياً أو جزئياً دون أن يدعي حقا على المبيع، فالبائع لا يدعي حقا على المبيع وإنما يقوم بعمل مادي يؤدي للانقاص من حقوق المشتري أو يحرمه منها، كما هو الشأن مثلاً إذا جار البائع وهو يزرع أرضه المجاورة للعين المباعة على تلك الأخيرة، أو اغتصبها من المشتري، فهذه الأفعال التي تقع من

¹ - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 186.

² - عبد الحق صافي، عقد البيع - دراسة في ق.ت.ع والقوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998، ص 347.

البائع تعد تعرضاً مادياً لا تستند إلى حق¹.

ويعتبر البائع ضامناً كل تعرض من نفسه، يحول دون تمكين المشتري من حسن استغلال المبيع والانتفاع به وفق ما أعد له والحالة التي أعد لها وقت البيع، وبعبارة أوضح الكف عن أي تصرف من شأنه التشويش على مستهلك العقار².

ويعد من قبيل التعرض المادي إقبال البائع على بيع نفس المبيع لمشتري آخر غير المشتري الأول، فهذا النوع من التعرض حتى ولو كان يستند إلى وجود تصرف قانوني صادر عن البائع إلا أنه يشكل بالنسبة للمشتري عملاً مادياً يهدده بنزع الملكية منه³.

وفي هذا الإطار، فإن مستهلك العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري والذي لم يبادر إلى تقييد أو إيداع عقده لدى المحافظة العقارية، ثم قام البائع ببيع نفس العقار إلى مشتر ثانٍ بادر إلى تقييده أو إيداعه بحسن نية، يعتبر تعرضاً مادياً صادر من البائع ما دام أن المشتري المقيد قد تملك العقار من البائع.

وفي هذا المقام، يمكن طرح تساؤل عن الآليات القانونية المخولة لمستهلك العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري من أجل حمايته من التعرضات المادية؟

إجابة عن هذا التساؤل، يمكن القول بأنه ليس هناك أي حماية لمستهلك العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري ما دام المشتري المقيد عن حسن نية وذلك استناداً إلى مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد⁴، باستثناء إذا كان المشتري الثاني سيء النية الذي يحق له رفع دعوى قصد إبطال أو التشطيب على التقييد دون إمكانية اللجوء إلى ضمان المتعرض المادي.

وقد ذهبت محكمة النقض حالياً في أحد قراراتها إلى أنه: "إذا كانت الطاعنة قد أبرمت عقد بيع ثانٍ مع زوجها تدليسا منهما حتى لا يتوصل المشتري الأول إلى التمتع

¹ - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 189.

² - المجذوبي طارق، م.س، ص 101.

³ - عبد القادر العرعاري، م.س، ص 166.

⁴ - سيتم الحديث عن مبدأ الأثر الإنشائي في المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول.

بما اشتراه بنية صالحة فلا يضر في شيء كون البيع الذي أبرمته مع زوجها وقع تسجيله في السجل العقاري دون البيع الآخر¹.

وتجدر الإشارة إلى أن التعرض المادي الصادر من المنعش العقاري، يترتب عليه حق المستهلك في اللجوء إلى الوسائل القانونية المقررة لحمايته من التعرضات المادية الصادرة من المنعش العقاري باعتباره بائعا للعقار، ومنها آلية التنفيذ العيني بإزالة التعرض الواقع بشكل يتنافى مع غاية المستهلك المتمثلة في الاستغلال الهادئ للعقار، إضافة إلى حق المستهلك في اقتضاء التعويضات المادية لرفع الضرر اللاحق به، والحكم لصالحه في مواجهة المنعش العقاري².

2- ضمان التعرض القانوني

يقصد بالتعرض القانوني ذلك التعرض الذي يستند إلى وجود حق قانوني سابق كان ثابتا للبائع كالارتفاق والانتفاع والرهن والسطحية أو غيرها من الحقوق الأخرى، سواء كانت ذات طابع عيني أو شخصي³.

فالبائع يضمن تعرضه الشخصي المبني على سبب قانوني بصرف النظر عن وقت نشوء الحق المدعى به⁴، كما أن بمجرد تنازله عن ملكية الشيء المبيع فإنه يتنازل عن كل الامتيازات الأخرى التي كانت ثابتة له بمقتضى حق الملكية، إذ أن أي تصرف يهدف إلى استعمال هذه الحقوق، يعتبر تعرضا منه يستوجب الضمان⁵.

ومن أمثلة التعرض القانوني الصادر عن البائع ضد مستهلك العقار، هو رفع دعوى استرجاع ملكيته قبل القيام بشكالية الإيداع أو التقييد لدى المحافظة العقارية، وكذا في حالة إغفال البائع عند مطالبته بتحفيظ العقار التصريح بالارتفاقات السلبية التي يتعين

¹ - قرار صادر بتاريخ 1978/1/4، منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع 4، ط 1978، ص 131.

² - عبد العالي الحمدوي، م.س، ص 104.

³ - عبد القادر العرعاري، م.س، ص 168.

⁴ - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 190.

⁵ - MALAURIE philippe et aynes laurent : les contrats spéciaux, Defrenais, paris, 2004, p 248.

تسجيلها في الرسم العقاري.

إضافة إلى هذا، فإذا سلم البائع العقار المبيع إلى المشتري قبل أن يسجل هذا الأخير عقد البيع النهائي في المحافظة العقارية، مع إجرائه لتقييد احتياطي، فإن البائع ليس له أن يطلب استرجاعه وتثبيت ملكيته له على الرغم من أنه المالك له قانونا طبقاً لأحكام الفصل 489 من ق.ل.ع والفصلين 65 و66 من ظهير التحفيظ العقاري¹.

وفي هذا الإطار يرى أحد الباحثين بأن من صور التعرض القانوني في بيع العقارات، أن يبادر المنعش العقاري ببيع العقار المبيع مرة ثانية أو برهنه ضماناً لأداء مبلغ مالي يكون على عاتقه، قبل تقييد المشتري للعقد بالسجل العقاري إذا كان العقار محظاً لتثبيت ملكيته له².

وإذا كنت أتفق مع الباحث في المثال الثاني، الذي يبادر فيه البائع إلى إيقاع رهن وتقييده لدى المحافظة قبل تقييد عقد البيع، فإنني أختلف معه في المثال الأول المتعلق ببيع العقار مرتين؛ لأن هذا يعد تعرضاً مادياً كما أشرت إلى ذلك وليس تعرضاً قانونياً.

وفي مقابل ذلك ذهبت إحدى الباحثات³ إلى أن اعتبار مجرد وجود الرهن لا يخول الرجوع على البائع بالضمان، إذ ليس هناك خطر تعرض حال؛ فإذا تحقق هذا الخطر كان للمشتري الحق في الضمان. أما مجرد اكتشاف وجود رهن على العين المبيعة دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري، ومع احتمال حصول تلك المعارضة في المستقبل، فإنه من الناحية القانونية لا يمكن تصور رفع دعوى الضمان لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن.

وعلى مستوى القضاء، قضت المحكمة الابتدائية بما يلي: "حيث أجاب المدعى عليه، بأنه فعلاً أوقع رهناً على البقع المبنية... وحيث إن سوء نية المدعى عليه، جاء من خلال إقدامه على إيقاع الرهن رغم علمه بواقعة الشراء، لذا يتعين الحكم عليه بتعويض

¹ - محمد لشقار، م.س، ص 174.

² - عبد العالي الحمدوي، م.س، ص 105.

³ - زيتوني فاطمة الزهراء، م.س، ص 207.

تقدره المحكمة في نطاق ما لها من سلطة تقديرية في مبلغ ألف درهم¹.

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أنه يسوغ أن يتفق المتعاقدان، على أن البائع لا يتحمل أي ضمان، إلا أنه لا يكون له أثر إلا إعفاء البائع من التعويضات دون أن يتحلل من التزامه برد الثمن الذي قبضه كله أو بعضه حسب الفصل 544 من ق.ل.ع.

وعلى غرار ذلك، نص المشرع الفرنسي في المادة 1628 من القانون المدني على أن البائع يظل ملتزماً بكل تعرض قد يصدر عنه رغم وجود اتفاق يعفيه من الضمان، ويعد باطلاً كل اتفاق مخالف لذلك².

ثانياً: ضمان التعرض الصادر عن الغير

لم ينص المشرع المغربي في ق.ل.ع بشكل جلي على التزام البائع بضمان التعرض الصادر عن الغير، وعلى هذا الأساس فإن هذه الآلية الحمائية للمشتري تستوجب توافر بعض الشروط من قبيل أن يكون تعرض الغير قانونياً (1) وواقعاً في الحال (2) وما قبل التعاقد (3).

1- أن يكون تعرض الغير قانونياً

يختلف ضمان التعرض الشخصي عن ضمان التعرض الصادر من الغير، والحكمة من عدم ضمان البائع للتعرض المادي الصادر من الغير، هو أن المشتري يجد في القانون وسائل متعددة لدفع هذا التعرض وحماية نفسه الحماية المرجوة، فيستطيع أن يلجأ المشتري على وجه الخصوص إلى دعاوي منع التعرض واسترداد الحيازة متى توافرت شروطها، كما أنه يستطيع اللجوء إلى الجهات الإدارية المكلفة بمنع اغتصاب

¹ - حكم رقم 2713، صادر بتاريخ 1989/06/28، ملف رقم 10/88/112، منشور أشار إليه محمد سالم الغضبان، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي وقانون الالتزامات والعقود المغربي، مكتبة دار السلام- الرباط، الطبعة الأولى 2004، ص 55.

² - Article 1628, créé par Loi 1804- 03- 06 code civile, promulguée 16/03/1804 : « Quoiqu'il dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle » la date de la consultation 17/04/2019 à 15h00 (voir le site : www.legifrance.gouv.fr).

ملكيتة¹.

ولذلك، فمقتضى هذا الشرط هو ضرورة أن يكون التعرض الصادر عن الغير من نوع التعرضات القانونية التي تستند إلى الادعاء بوجود حق أو ثبوته لمصلحة هذا الغير كأن يدعي هذا الأخير بأنه المالك الحقيقي للمبيع، أو أن له حقا عينياً أو شخصياً عليه².

وفي سياق الحديث، لابد من التأكيد على أن التعرض المادي الذي يعفي البائع من الرجوع عليه بالضمان، هو التعرض الذي يحصل بعد انتقال ملكية العقار المبيع إلى المستهلك، أما إذا كان التعرض المادي الصادر عن الغير قد حصل قبل نقل هذه الملكية، فإن التزام البائع قائم بدفعه عن المشتري، وأي إخلال بهذا الالتزام تترتب عنه مسؤولية البائع³.

إلا أن أحد الباحثين⁴ ذهب إلى أبعد من ذلك، حينما اعتبر التعرض الذي يقع من الغير سواء المادي أو القانوني لا يعد البائع مسؤولاً عنه ما دام أنه لا دخل له فيه.

ويعتبر هذا الرأي الأخير شاذاً، ما دام أنه أسقط ضمان البائع بصفة كلية، حيث سيقزم من الحماية القانونية الواجب توفيرها لمستهلك العقار.

وعلاوة على ذلك، يلتزم البائع بضمان تعرضات الإدارة للمستهلك في حالة عدم إعلامه عن حالة العقار المبيع من حيث ما سترتب عليه من تصرفات الإدارة، كما لو كان العقار محل البيع عرضة لنزع ملكيته للمنفعة العامة لإنجاز طريق جديد أو تشييد منشآت تابعة للدولة. فالواجب على البائع أن يعلم المستهلك العقاري علماً نافياً للجهالة قبل إبرام العقد⁵.

¹ - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 192.

² - عبد القادر العرعاري، م.س، ص 169.

³ - علي الرام، بيع العقار في طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2004، ص 203.

⁴ - المجذوبي طارق، م.س، ص 102.

⁵ - عبد العالي الحمدوي، م.س، ص 106.

وعلى مستوى القضاء، نجده يكرس الحماية القانونية لمستهلك العقار، حيث ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها إلى ما يلي: "... وأنه لما كان يجب لقيام ضمان التعرض الصادر عن الغير للمشتري أن يحصل التعرض فعلا من الغير وأن يكون لهذا الغير حق على المبيع يحتج به على المشتري حسبما تقتضيه الفقرة الأخيرة من الفصل 546 من ق.ل.ع، فإن المحكمة بالرغم من كونها أثبتت في حيثياتها بناء على الوقائع المعروضة أمامها بأن الأمر يتعلق بإجراء زعموا ارتباطهم بعلاقة عمل بالبائعين دون أن يدعوا أي حق على العين المبيعة آل إليهم من الطاعنين بضمن التعرض دون أن تتأكد من صفة المحتلين ولا نوعية الحقوق التي يحتجون بها، وهل وجودهم في المدعى فيه يشكل بالفعل عرقلة في انتفاع الطاعنين بمشتراهما أم لا؟ فجاء قرارها خارقا للفصل المحتج به وناقض التعليل مما يستوجب نقضه"¹.

2- أن يكون تعرض الغير واقعا في الحال

يجب حتى يضمن البائع تعرض الغير أن يكون التعرض حالا، أي حاصلا بالفعل، كأن يكون التعرض حالة واقعية قائمة فعلا، فلا يكفي أن يكون احتمالا قد يقع أو لا يقع². وإنما يجب أن يؤثر مباشرة على استغلال المشتري للعقار المبيع وفق الغرض المخصص له، وأن يؤدي إلى إخلال وشيك الوقوع بهذا الاستغلال، بحيث لا يعتبر مثلا التعرض حالا لمجرد وجود رهن على العقار المبيع؛ إذ من المحتمل ألا يلجأ البنك المرتهن إلى حجز العقار قصد استخلاص دينه منه أو قد يقوم البائع بشطب الرهن بدفع مبلغ القرض³.

وفي هذا الإطار، يمكن طرح تساؤل حول مدى إلزامية رفع دعوى أو دفع من طرف الغير لمواجهة المشتري؟ أم أن الأمر قد لا يتطلب ذلك، لاعتبار التعرض القانوني حالا؟

¹ - قرار عدد 722، ملف تجاري عدد 99/1508، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد مزدوج 57-58، يوليو 2001، ص: 212.

² - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 192.

³ - محمد لشقار، م.س، ص 178.

إجابة عن هذا التساؤل، ذهب أحد الباحثين¹ إلى أن هذا ما تفرضه نصوص القانون من ضرورة وجود تعرض حالاً؛ ومع ذلك قد يقع التعرض دون أن ترفع دعوى من الغير أو بصفة عامة دون أن يكون له طابع قضائي، ويتحقق ذلك متى كان الادعاء القانوني الذي يدعيه الغير لا يحتمل الجدل، فهذه الحالة تستوجب على المشتري أن لا ينتظر إلى حين منازعته قضائياً. كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لتوجيه إنذار عقاري بالدفع أو التخلي الذي يجعل التعرض محققاً والحالة هذه.

3- أن يكون تعرض الغير قبل التعاقد

إن البائع يضمن كل حق يستند إليه الغير بسبب سابق على البيع أو لاحق عليه وكان بفعله، أما إذا كان بفعل المشتري أو نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي فلا ضمان على البائع².

ومثال ذلك، ثبوت حق يدعيه الغير على العقار المبيع بتاريخ سابق على إبرام عقد البيع الابتدائي أو النهائي بالنسبة للعقار في طور الإنجاز، وهي الحالة التي تتحقق عند لجوء البائع إلى الاقتراض من مؤسسة بنكية مقابل رهن العقار المبيع كضمانة عينية³.

وتوجد حالات عديدة يلزم فيها البائع بالضمان حتى ولو كان التعرض قد حصل بعد انعقاد بيع العقار، ولكن استناداً لفعل صادر عن البائع كما هو الحال بالنسبة لإقبال البائع على بيع نفس العقار المبيع إلى مشتر آخر سارع إلى تقييد عقده بالسجل العقاري، فانتقلت إليه الملكية نتيجة لذلك التقييد، وبإدراك الاحتجاج بقاعدة التطهير⁴.

ولتوفير حماية قانونية للمستهلك العقاري الخاضع لظهير التحفيظ العقاري، فإنه يجب توسيع دائرة ضمان تعرض الغير إلى ما بعد التعاقد ولو لم يكن الفعل قد صدر من البائع بشكل مباشر؛ بل قد يساهم بطريقة قد تؤدي إلى صدور تعرض من الغير.

¹ - عبد العالي الحمداوي، م.س، ص 107.

² - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 192.

³ - محمد لشقار، م.س، ص 177.

⁴ - عبد العالي الحمداوي، م.س، ص 108.

وأعتقد بأن البائع يلتزم بالضمان حتى في حالة اقتناء عقار في طور التحفيظ ولجأ مستهلك العقار إلى نشر خلاصة إصلاحية وفق الفصل 83 من ظ.ت.ع¹ أو إيداع عقد البيع وفق الفصل 284 من ظ.ت.ع وتفاجئ بإقامة تعرضات عليه من أجل المنازعة في حق الملكية أو المطالبة بحق عيني.

وجامع القول، أن ضمان التعرض وإن كان يشكل آلية حمائية لمستهلك العقار من خلال تحقيق حماية منشودة له، إلا أن تطبيقها في مجال العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري قد يثير العديد من الإشكالات³.

الفقرة الثانية: ضمان الاستحقاق

يقصد بالاستحقاق في الاصطلاح القانوني انتزاع المبيع من المشتري أو تهديده بانتزاعه منه، وغالبا ما يكون الاستحقاق مسبقا بالتعرض الذي يتم به التمهيد لبلوغ هذا الاستحقاق⁴.

ولقد حدد المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 534 من ق.ل.ع الحالات التي يتحقق فيها الاستحقاق حيث نص على ما يلي:

"ويكون الاستحقاق واقعا ضد المشتري في الحالات الآتية:

1 - تنص الفقرة الأولى من الفصل 83 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07 على ما يلي: "بغض النظر عن المسطرة المقررة في الفصل 84 من هذا القانون، يمكن لصاحب حق وقع إنشاؤه أو تغييره أو الإقرار به أثناء مسطرة التحفيظ أن يطلب نشره بالجريدة الرسمية بعد إيداع الوثائق المثبتة للحق بالمحافظة العقارية".

2 - تنص الفقرة الأولى من الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07 على ما يلي: "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه، من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات".

3 - سيتم معالجة هذا الإشكال عند التطرق لآلية التعرض.

4 - عبد القادر العرعاري، م.س، ص 171.

أما الاستحقاق في اللغة من أصل (حق) الشيء ويحق بالكسر (حقا) أي وجب و(أحقه) غيره أوجب و(استحقه) أي استوجبه. و(تحقق) عنده الخبر صح و(حقق) قوله وظنه (تحقيقا) أي صدقه، وكلام (محقق) أي رصين. و(الحقيقة) ضد المجاز و(الحقيقة) أيضا ما يحق على الرجل أن يحميه. وفلان حامى الحقيقة، ويقال؛ الحقيقة الراية.

يراجع يوسف الشيخ محمد، تحقيق "مختار الصحاح" للإمام زين الدين أبي عبد الله الراوي، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - الطبعة الخامسة، 1999م، ص 77.

1- إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه؛

2- إذا كان المبيع في حوز الغير ولم يتمكن المشتري من استرداده منه؛

3- إذا اضطر المشتري لتحمل خسارة من أجل افتكاك المبيع".

وهكذا، فإنه إذا فشل البائع في دفع تعرض الغير عينا، أو كان غير ممكن، بحيث استحق المبيع للغير، فإن هذا الأخير يتحمل كامل المسؤولية عن الاستحقاق الذي وقع، ولمستهلك العقار مكنة الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق، ويلتزم البائع بأن يؤدي إلى المشتري ما يقضي به القانون بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً (أولاً) أو جزئياً (ثانياً).

أولاً: الاستحقاق الكلي للعقار المبيع

يقصد بالاستحقاق الكلي ظهور حقيقة أن المبيع لم يكن مملوكاً للبائع بثبوت ملكيته كله للغير الذي ينتزعه من يد المشتري مستهلك العقار، فيؤدي ذلك إلى حرمان الأخير من جميع الحقوق المقررة له على المبيع¹، فالبائع يظل مسؤولاً عن حرمان المشتري للمبيع وفقده له فقداناً كلياً بسبب المطالبة به عن طريق الغير بعد البيع، ومعنى فقدان أن البائع لم ينفذ التزامه عينا، وما على مستهلك العقار إلا مطالبته بالتعويض طبقاً للمبادئ العامة حيث إن عقد البيع يلقي على عاتق البائع التزاماً بالقيام بعمل وهو نقل ملكية المبيع إلى مستهلك العقار².

والتعويض في هذا المقام يتمثل في استرداد ثمن العقار الذي دفعه المستهلك (1) والمصروفات التي أنفقها سواء الإرادية أو القضائية طبقاً لمقتضيات الفصل 538 من ق.ل.ع (2).

1- استرداد ثمن العقار المبيع:

إن القانون المغربي يلزم البائع برد الثمن على اعتبار أن حالة الاستحقاق تؤدي إلى عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند التعاقد، وأول ذلك هو رد الثمن،

¹ - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 194.

² - المجذوبي طارق، م.س، ص 100.

وبذلك فهو لم يلزمه برد قيمة العقار حسب الفصل 538 من ق.ل.ع.¹

ويترتب على استرداد الثمن عند استحقاق المبيع استفادة مستهلك العقار في حالة تراجع قيمة الشيء المبيع بين تاريخ إبرام عقد البيع وتاريخ صدور الحكم بالاستحقاق؛ حيث يلتزم البائع برد الثمن كاملاً ولو كانت قيمة المبيع قد تدهورت بعد البيع، ولا محل للفرقة بين أسباب انخفاض القيمة، فالبائع يلزم برد الثمن حتى ولو كان الانخفاض راجعاً إلى الظروف الاقتصادية بصفة عامة أو إلى إهمال المشتري أو إلى قوة قاهرة حسب الفصل 539 من ق.ل.ع.² الذي ينص على أنه : "للمشتري الحق في استرداد الثمن كاملاً، ولو هلك الشيء الذي حصل استحقاقه أو نقصت قيمته كلاً أو بعضاً، بفعله أو بخطئه أو نتيجة قوة قاهرة".

ونفس المقتضى نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1631³ من القانون المدني حيث ألزم البائع برد السعر الكامل للشيء المبيع - العقار - ولو نقصت قيمته أو تدهورت إلى حد كبير، إما بسبب المشتري أو بسبب قوة قاهرة.

وفي مقابل ذلك، يمكن لقيمة الشيء المبيع أن ترتفع بين تاريخ إبرام عقد البيع وتاريخ صدور الحكم بالاستحقاق، فهل يتحمل البائع رد قيمة العقار المبيع أم أنه يكفي برد ثمن البيع؟

إجابة على هذا التساؤل، نجد المشرع المغربي ينص في الفصل 541 من ق.ل.ع على أنه: "إذا كانت قيمة الشيء المستحق قد ازدادت عند حصول الاستحقاق ولو بغير عمل المشتري، فإن الزيادة في القيمة تدخل في مبلغ التعويض، إذا صدر تدليس من

¹ - ينص الفصل 538 من ق.ل.ع على ما يلي: "إذا استحق المبيع كله من يد المشتري، من غير أن يقع من جانبه اعتراف بحق المستحق كان له أن يطلب استرداد:

1- الثمن الذي دفعه ومصروفات العقد التي أنفقت على وجه سليم".

² - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 196.

³ - Article 1631, créé par Loi 1804- 03- 06 promulguée la 16/03/1804 : « Lorsqu'à l'époque de l'éviction la chose vendue se trouve diminuée de valeur, ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix ».

Voir le site : www.legifrance.gouv.fr. la date de la consultation 20/04/2019 à 15h 20 min.

البائع".

ويتضح من خلال استقراء هذا النص أن المشتري له إمكانية المطالبة بالتعويض عن الزيادة الحاصلة في قيمة الشيء المبيع وقت الاستحقاق متى صدر تدليس من البائع، وبعبارة أدق فإن مستهلك العقار لا يمكن له المطالبة بالتعويض عن الزيادة في العقار متى كان البائع حسن نية ولم يصدر من طرفه أي فعل يمكن تكييفه على أساس أنه تدليس.

ولذلك، فمن أجل التوسع في فهم أحكام هذا الفصل؛ ينبغي أعمال هذه الإمكانية من طرف القضاء المغربي دون اشتراط لأي تدليس من البائع، ما دام هذا التوسع مرغوب فيه لحماية المشتري تعويضا له عما لحقه من ضرر، ودرءا لإثراء البائع من الفرق الحاصل بين ثمن بيع المبيع وقيمه تاريخ استحقاق الغير له¹.

أما على مستوى التشريعات المقارنة، نجد المشرع الفرنسي أكثر حماية للمشتري، حيث نص في الفصل 1633² من القانون المدني على أن البائع ملزم بدفع الزيادة في قيمة الشيء المبيع الذي استحق من يد المشتري، وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع المصري مع إضافة الفوائد القانونية³.

2- المصاريف الإرادية والقضائية

في غالب الأحيان، قد يصرف المشتري نفقات على العقار سواء أكانت هذه المصاريف من الأساسيات أم الكماليات، كما أنه في حالة رفع دعوى الضمان يكون ملزما بمصاريف قضائية، فهل تتدرج هذه المصاريف في التعويض الذي يستحقه المشتري؟

إجابة على هذا التساؤل لابد أن نميز بين المصاريف المنفقة بشكل إرادي من

¹ - علي الرام، م.س، ص 210.

² - Article le 1633, créé par Loi 1804- 03- 06 promulguée la 16/03/1804 : « si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer a qu'elle vaut au dessus du prix de la vente » Voir le site : www.legifrance.gouv.fr, la date de la consultation 20/04/2019 à 16h 00.

³ - تنص المادة 443 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع:

1- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت...".

المشتري والمصاريف القضائية.

بخصوص المصاريف الإرادية فإن مقدار التعويض ومداه يتغير بحسب ما إذا كان البائع حسن النية أو سيء النية، فإذا كان البائع حسن النية لا يسأل إلا عن الأضرار المتوقعة فقط، أما إذا كان البائع سيء النية، فإنه حسب الفصل 540 من ق.ل.ع يلتزم بأن يدفع للمشتري حسن النية كل المصروفات التي أنفقها ولو مصروفات الزينة أو الترف.¹

ونفس المقتضى نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1635 من القانون المدني الفرنسي.²

وعلى هذا الأساس يستطيع المشتري أن يسترد من المستحق كل المصاريف النافعة التي أنفقها، إذ له أن يرجع بالفرق بين ما استرده من الغير المستحق والمصاريف التي أنفقها بالفعل على البائع.³

أما بخصوص المصاريف القضائية، فإن المشرع المغربي نص في الفصل 538 من ق.ل.ع على أنه يحق للمشتري الرجوع على البائع بالمصاريف القضائية التي أنفقها على دعوى الضمان وكذا الخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق.

ثانيا: الاستحقاق الجزئي للعقار المبيع

قد يقتصر الاستحقاق على جزء معين من المبيع دون غيره من الأجزاء الأخرى فيتقرر الضمان في حدود نسبة الجزء المستحق متى تبين أن المشتري كان سيمتتع عن الشراء لو أنه علم بحقيقة الأمر.⁴

فالمشرع المغربي قد نص في الفصل 535 من ق.ل.ع على أن: "استحقاق جزء

¹ - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 200.

² - Article 1635, crée par Loi 1804- 03- 06 promulguée la 16/03/1804 « si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, que celui, ci aura faites au fonds » voir le site : : www.legifrance.gouv.fr, la date de la consultation 20/04/2019 à 19h20 min

³ - عبد العالي الحمداوي، م.س، ص 112.

⁴ - عبد القادر العرعاري، م.س، ص 184.

معين من المبيع كاستحقاقه كله، إذا بلغ هذا الجزء بالنسبة إلى الباقي من الأهمية بحيث إن المشتري ما كان ليشتري بدون ذلك الجزء".

كما أن المشرع المغربي في الفصل 542 من ق.ل.ع ميز بين وضعيتين في حالة حصول مجرد استحقاق جزئي وهي كالاتي:

- في حالة الاستحقاق الجزئي الذي يبلغ من الأهمية حدا بحيث يعيب الشيء المبيع، وبحيث إن المشتري كان سيمتنع عن الشراء لو علم به، يثبت للمشتري الخيار بين استرداد من الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالمبيع بالنسبة إلى الباقي، وبين فسخ البيع واسترداد كل الثمن.

- في حالة لم يبلغ الاستحقاق الجزئي من الأهمية الحد الكافي لتبرير فسخ البيع، فإنه يحق للمشتري إنقاص الثمن بقدر ما استحق فقط.

والمشرع المغربي وبالنظر إلى ق.ل.ع، قد تبني نظرة واسعة جعلت الاستحقاق الجزئي شاملا لحالتين أساسيتين: الأولى الحكم للغير بملكية جزء شائع أو مفرز من المبيع؛ والثانية الاعتراف قضائيا للغير بحق عيني أو شخصي على المبيع لم يعلم به المشتري¹.

وعلى مستوى التشريع المقارن نجد المادة 1626 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن المشتري يحق له - بغض النظر عن علمه أو جهله - الرجوع على البائع بالضمان في حالة الاستحقاق الجزئي والكلي، لكن وفي حالة وجود تكاليف على المبيع فإنه يتعين أن يكون المشتري - مستهلك العقار - جاهلا بها عند التعاقد².

أما المشرع الجزائري فقد نص في الفقرة الأولى من المادة 376 من القانون المدني على أنه: "في حالة نزاع اليد الجزئي عن البيع وفي حالة وجود تكاليف عنه، وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب

¹ - علي الرام، م.س، ص 212.

² - Art 1626 stipule que : « Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ».

البائع بالمبالغ المبيّنة بالمادة 375، مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه".
وقد علقت إحدى الباحثات¹ على هذا النص بأن المشتري يستطيع أن يرجع على
البائع بالضمان، إذا ما ظهر تكليف على المبيع، كما يرجع في حالة الاستحقاق الجزئي
للمبيع، وذلك بغض النظر عما إذا كان يعلم بوجود تكليف على المبيع أم لا شأنه شأن
الاستحقاق الجزئي، والشرط الوحيد لرفع دعوى الضمان من المشتري - المستهلك
العقاري - أن تكون الخسارة اللاحقة به جسيمة، أي بلغت درجة من الأهمية بحيث لو
علم بها لما أبرم العقد طبقاً للمادة 376 من القانون المدني الجزائري.

وتجدر الإشارة إلى أنه من أجل استفادة المشتري من ضمان الاستحقاق لابد من
إعلام البائع بدعوى الاستحقاق حتى يتسنى له إمداده بكل ما من شأنه رفض طلب الغير
حسب مقتضيات الفصل 537² من ق.ل.ع. كما له أن يدخله في الدعوى من باب أولى³.

وهكذا جاء في أحد قرارات محكمة النقض ما يلي: "إذا وجهت دعوى الاستحقاق
لعقار بسبب الشيء المبيع، ولم يعلم البائع بدعوى الاستحقاق، فإنه لا يفقد حقه -
المشتري- في الرجوع على البائع إلا إذا توصل من طرف المحكمة بالتنبيه المنصوص
عليه في الفصل 537 من ظهير الالتزامات والعقود، وما دام الطاعنون لا يدعون أن
المطلوب في النقض توصل بالتنبيه المذكور، فإن المحكمة قد صادفت الصواب فيما
انتهت إليه في منطوقها"⁴.

وتقتضي الحكمة على الأقل، الإشارة إلى أن إقرار التزام ضمان الاستحقاق يساهم
بشكل جلي في إقرار الحماية القانونية لمشتري العقار بصفة عامة باعتبارها آلية قانونية

¹ - زيتوني فاطمة الزهراء، م.س، ص 209.

² - ينص الفصل 537 من ق.ل.ع على ما يلي: "إذا وجهت على المشتري دعوى، بسبب الشيء المبيع، وجب عليه أن
يعلم البائع بدعوى الاستحقاق، عند تقديم المدعي البينة على دعواه، وإذ ذاك تنبيه المحكمة بأنه إذا استمر في الدعوى
باسمه الشخصي، يعرض نفسه لضياح حقه في الرجوع على البائع، فإذا فضل برغم هذا التنبيه، أن يدافع مباشرة في
الدعوى فقد كل حق في الرجوع على البائع".

³ - المجذوبي طارق، م.س، ص 102.

⁴ - قرار عدد 2594، صادر بتاريخ 1998/04/22، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، يوليو 1999، ع 53-
54، ص 235.

حمائية بعد إبرام العقد، إلا أن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو مدى إمكانية استفادة مستهلكي العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري من هذه الآلية؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل، يجب الإشارة إلى أن ظهير التحفيظ العقاري يتميز بأنه قانون موضوعي وإجرائي، ينفرد بخصوصيات لا بد من احترامها، وأن الطبيعة القانونية للعقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري إما عقار محفظ أو في طور التحفيظ.

فبخصوص العقار المحفظ، لا يمكن تطبيق ضمان الاستحقاق؛ لأنه لا يمكن تصور دعوى الاستحقاق في العقار المحفظ إلا عن طريق التقييد الاحتياطي طبقا للمادة 13 من مدونة الحقوق العينية، وإجراء تقييد احتياطي له خصوصيته ومميزاته¹، إذ يجب أن يكون المنازع معه هو المالك، في حين أن الغير صاحب الاستحقاق لا تربطه أية علاقة مع المشتري - مستهلك العقار - المقيد بالرسم العقاري. كما أن مستهلك العقار يتمسك بقاعدة أساسية وهي مبدأ الأثر الإنشائي المنصوص عليه في الفصلين 66 و67 من ظهير التحفيظ العقاري شريطة أن يكون مستهلك العقار حسن النية وأن لا يكون الغير قد اكتسب الحق العيني قبل المشتري وتضرر بسبب تدليس أو زور حسب المادة 2 من مدونة الحقوق العينية.

إلا أن القضاء المغربي، ذهب إلى تكريس حماية المستهلك العقاري من خلال تمكينه من رفع دعوى ضمان الاستحقاق ولو لم يتم إجراء تقييد احتياطي، حيث قضت المحكمة الابتدائية بوجدة² على أنه: "وحيث تنص المادة 13 من مدونة الحقوق العينية على أن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا، ومن ثم فالتقييد الاحتياطي والحالة هذه ليس شرطا لقبول الدعوى مما يتعين معه رد الدفع المثار في هذا الصدد، كما أن الإخلالات الشكلية لا تقبلها المحكمة وفقا للمادة 49 من ق.م.م إلا إذا تضررت مصلحة الأطراف فعلا، مما يتعين معه رد باقي الدفع".

¹ - سيتم التطرق لهذه الآلية في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني.

² - حكم رقم 27، صادر بتاريخ 2019/01/09، ملف رقم 17/479، غير منشور.

إلا أن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط قضت في أحد قراراتها بأنه¹: "إذ أن الدعاوي الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول له اتجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا تطبيقا لمقتضيات الفصل 13 من مدونة الحقوق العينية".

وفي هذا الإطار، يمكن طرح تساؤل مفاده مدى إمكانية تصور وقوع الاستحقاق من البائع وليس الغير ضد المشتري حسن النية بالنسبة للعقار المحفظ؟

بالرجوع إلى المقتضيات التشريعية المؤطرة لضمان الاستحقاق في قانون الالتزامات والعقود وخصوصاً الفصل 537 المذكور سابقاً يتضح أن دعوى الاستحقاق ترفع من الغير ضد المشتري - مستهلك العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري - وهذا ما سيؤدي إلى تقليص حمايته.

وأمام هذا الوضع السلبي، ذهب القضاء المغربي إلى إسقاط قواعد ضمان الاستحقاق على البائع اتجاه المشتري قصد حمايته، بعدما تمسك دفاع المشتري بمقتضيات الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري، على اعتبار أن البائع قد قام بتدليس حينما باع له قطعة مساحتها 1481 متر مربع، في حين أن المساحة الحقيقية المباعة هي 1100 متر مربع، وأن البائعة قد استولت على مساحة قدرها 381 متر مربع، وضمتها إلى قطعها المجاورة التي عمدت إلى تحفيظها وتأسيس رسم عقاري لها مطالباً بأداء تعويض له.

إلا أنه وأمام عدم ثبوت تدليس البائعة وبعد التحقق من استيلاء البائع على جزء من العقار المبيع عن طريق إجراء بحث في ذلك، تم تكييف الواقعة موضوع النزاع في إطار قواعد ضمان الاستحقاق بسبب النقص في المساحة الذي فقده مستهلك العقار واستحقاق ما ينوبه من تعويض عن ذلك².

وعلى هذا المنوال، ذهب القضاء المغربي إلى إلزام الخلف العام للبائع في ضمان

¹ - قرار رقم 5497، صادر بتاريخ 2015/12/15، ملف عدد 2015/7205/101، غير منشور.

² - قرار رقم 568، صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة، في 2018/05/24، ملف عدد 2017/1201/450، غير منشور.

الاستحقاق حيث قضت المحكمة الابتدائية بوجدة¹ في أحد أحكامها: "وما دام أن المدعي وضع رهن إشارة مورث المدعى عليهم باقي الثمن المتفق عليه، وما دام أن الغاية من دعوى إتمام إجراءات البيع هي إلزام البائع بتنفيذ هذا الالتزام عينا ونقل ملكية المبيع رضاء أو قضاء إلى المشتري وذلك بإبرام عقد نهائي أو الحصول على حكم يقوم بتقييده بالرسم العقاري، وبما أنه طبقا للفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود فالالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون، وتنتج الالتزامات طبقا للفصل 229 من نفس القانون أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما، فإن طلب المدعي باستحقاقه لمساحة 6750 متر مربع في القطعة الأرضية موضوع الرسم العقاري عدد (...) مستند على أساس قانوني سليم ويتعين الاستجابة له ورد الدفوع المثارة في هذا الصدد؟"

أما بخصوص العقار في طور التحفيظ، فلا يمكن تطبيق ضمان الاستحقاق لأنه لا يمكن تصور دعوى الاستحقاق بالنسبة للعقار في طور التحفيظ إلا عن طريق التعرض وهو ما ذهب إليه القضاء المغربي في غير ما مرة²، فإذا كان المستهلك العقاري صاحب مطلب التحفيظ أو صاحب حق وفق الفصل 83 من ظهير التحفيظ العقاري، فإنه يكون ملزما بمجابهة المتعرض الذي يعد مدعيا وبالتالي لا فائدة من تبليغ البائع بدعوى الاستحقاق لأنه لا يمكن إدخاله في الدعوى. أما إذا كان صاحب إيداع وفق الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، فهو - المستهلك - يرتبط وجوداً وعدماً بمآل الحكم الذي سيصدر بين طالب التحفيظ (البائع) والمتعرض.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أنه طبقا للفصل 544³ من ق.ل.ع وكذا الفصل

¹ - حكم رقم 27، صادر بتاريخ 2019/01/09، ملف رقم 17/479، غير منشور.

² - قرار عدد 164، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2001/01/10، ملف مدني عدد 99/2/1/1/1671، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري من سنة 1991 إلى سنة 2002، طبعة الأولى، 2003، ص 104.

³ - ينص الفصل 544 من ق.ل.ع على أنه: "إلا أنه لا يكون لهذا الشرط من أثر إلا إعفاء البائع من التعويضات، فلا يمكنه أن يحلل البائع من التزامه برد الثمن الذي قبضه، كله أو بعضه في حالة الاستحقاق".

1629¹ من القانون المدني الفرنسي فإنه لا يكون لشرط عدم الضمان أي أثر على المشتري - مستهلك العقار - حيث يلتزم البائع برد ثمن الشيء المبيع واستثناء أداء تعويض له.

المطلب الثاني: ضمان العيوب الخفية

يعد ضمان العيوب الخفية من بين الآليات القانونية الناجعة لتحقيق حماية مستهلك العقار، وهو ما جعل المشرع المغربي ينظمه في الفصول من 549 إلى 575 من قانون الالتزامات والعقود؛ قصد تمكين المستهلك من الحصول على عقاره وحيازته والانتفاع به على أكمل وجه، إلا أن ذلك لن يتم إلا بخلو العقار من أي عيب خفي قد يؤثر في منفعته أو قيمته، وفي غياب ذلك يكون البائع مخلا بالتزامه.

ومن أجل استيعاب هذه الآلية القانونية سأحاول دراستها من خلال تحديد ماهية الالتزام بضمان العيوب الخفية (الفقرة الأولى) ثم التطرق للشروط الواجبة توفرها سواء الموضوعية منها أو الإجرائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ماهية الالتزام بضمان العيوب الخفية

بالرجوع إلى مختلف التشريعات المدنية، فإن جلها قد تجنبت إعطاء تعريف دقيق للعيب تاركة الأمر للفقه، حيث عرفه الأستاذ عبد القادر العرعاري بأنه: "العيب كل ما يصيب أصل الفطرة السليمة للشيء، ويترتب عن ذلك نقصان في قيمته أو مجرد التأثير على منفعته وفقا لما خصص له المبيع بحسب الطبيعة أو بمقتضى الاتفاق"².

ولم يعرف المشرع المغربي المقصود بالعيب الخفي الذي يوجب الضمان على البائع ويجعله مسؤولا أمام المشتري، وإنما اكتفى بالنص على الخصائص أو الشروط التي إن وجدت أحدثت في المبيع خلا يسمى عيبا ينقص من قيمته أو خلا من منفعته

¹ - Art 1929 stipule que : « Dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction ou qu'il n'ait acheté à ses périls est risques ».

² - عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 1996، ص 25.

بحسب الغاية المقصودة منه طبقاً لما يحدده العقد أو الغرض الذي أعد له، والذي يؤدي إلى ضمان البائع¹، حيث نص في الفصل 549 من ق.ل.ع على ما يلي: "يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصاً محسوساً، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصاً يسيراً من القيمة أو الانتفاع، والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان. ويضمن البائع أيضاً وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري".

وعلى مستوى التشريعات المقارنة، نجد كذلك المشرعين الفرنسي² والمصري³ لم يضعوا تعريفاً محدداً للعيب الخفي الموجب للضمان، وإنما تطرقوا إلى شروط وآثار الضمان فقط، لكن الجدير بالإشارة هو أن التشريع العراقي يعتبر من التشريعات التي تطرقت لتعريفه في المادة 558 حيث جاء فيها بأن: "والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان في الغالب في أمثال المبيع عدمه..."⁴.

وعلى مستوى القضاء، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى تعريفه بأنه: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"⁵.

¹ - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 206.

² - جاء في المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي ما يلي: "يلتزم البائع بالضمان بسبب أوجه النقص الخفية في الشيء المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال الذي خصص له أو تلك التي تنقص من هذا الاستعمال بحيث أن المشتري لو علم بها لما تعاقد أو لكان دفع في المبيع ثمناً أقل.

- « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus ... ». Voir le site : www.legifrance.gouv.fr , la date de la consultation 23/04/2019 à 20h00 .

للتوسع أكثر في شرح هذا الفصل يراجع

Pascal Ancel, la protection de l'acquéreur d'un Bien immobilier contre les défauts de la chose vendue, mémoire étude de contentieux, université Jean Monnet saint-Etienne, Octobre 2004, p 76.

³ - نصت المادة 447 من القانون المدني المصري على ما يلي: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نقصه بحسب الغاية المقصودة...".

⁴ - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 الصادر بتاريخ 1974/04/02.

⁵ - نقض مدني مصري، صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1948/04/8، أشار إليه عمر محمد عبد الباقي،

أما القضاء الفرنسي فيعرف العيب الخفي بأنه كل ما يصيب الشيء المبيع بطريقة عارضة ولا يوجد حتماً في كل الأشياء المماثلة¹.

في حين اكتفى القضاء المغربي بذكر شروط ضمان العيب الخفي حيث قضت ابتدائية طنجة في أحد أحكامها بأنه : "العيب الذي تخلل المبيع موجب للضمان لتوافر شروطه الجوهرية الثلاث وهي العيب مؤثراً وقديماً وخفياً"².

ونظراً لأن عيوب بناء العقارات يصعب حصرها في قائمة ثابتة غير متجددة، بالنظر إلى أنها تتغير نتيجة التطورات التي يعرفها ميدان البناء والتعمير، فإنه سيتم الاختصار على سرد أهمها بغية تقريب الصورة من هذا النوع من العيوب والتي تتمثل فيما يلي:

- الاعوجاجات الخارجية التي لا تتوافق مع قواعد العمران، حيث يتم البناء وفقاً لتفاصيل وتصاميم خاصة ودقيقة، الشيء الذي يجعل من الاعوجاج البسيط عيباً موجباً للضمان.

- تصدع جدران الدور ووجود شقوق بها نتيجة لنقص مواد البناء أو عدم احترام قواعد الفن المعماري³.

وإذا كانت عيوب بناء العقارات يصعب حصرها، فإن الأمر سيان بالنسبة لعيوب العقارات التي هي عبارة عن أرض عارية، مما سيجعلني أذكر البعض وهي كما يلي:

- بيع أرض اتضح فيما بعد أنها تقع تحت خيوط الضغط الكهربائي ويمنع البناء فوقها أو استغلالها للخطر الذي قد تشكله الخيوط الكهربائية المارة فوقها، وأن المشتري

==

الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مطبعة القدس، الإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة 2008، ص 529.

¹ - قرار صادر عن محكمة ليون بتاريخ 1952/02/18، أشار إليه عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، م.س، ص 24.

² - حكم بدون عدد، صادر في 2013/07/16، ملف مدني عدد 1201/2012/1396، غير منشور.

³ - عبد العالي الحمدوي، م.س، ص 117.

لم يكن يعلم بهذا المنع.

- بيع أرض اتضح فيما بعد أنها لا تتوفر على ممر قصد الوصول إليها.

ومما تجدر الإشارة إليه أن العيب الموجب للضمان في بيع العقارات في طور البناء يمتاز بأنه ذو دائرة واسعة فهو لا يقتصر على العيوب الخفية فحسب، بل يمتد ليشمل العيوب الظاهرة كذلك بالرغم من أن ذلك يعد خروجاً عن القاعدة العامة في عدم شمولية الضمان لهذه العيوب، إلا أن هناك أسباباً تبرر هذا الامتداد أهمها أن المشتري حين إبرام العقد لم يكن بإمكانه تبين ما إذا كان العيب خفياً أو ظاهراً؛ لأن محل العقد من الأشياء التي ستوجد في المستقبل¹.

ويتضح أن القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز² جاء من أجل تكريس حماية للمستهلك عن طريق التوسيع من قواعد الضمان لتشمل العيوب الظاهرة على خلاف ق.ل.ع الذي اكتفى بضمان العيوب الخفية.

وأمام قصور ق.ل.ع في قواعد الضمان، تدخل المشرع عن طريق قوانين خاصة متعددة، حيث إنه بالرجوع إلى المادة 65 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك نجدها أحالت على المقتضيات القانونية المؤطرة للضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع الواردة في قانون الالتزامات والعقود، إضافة إلى تغيير مفهوم الضمان التعاقدي المنصوص عليه في الفصل 571 من ق.ل.ع، حيث أعطى قانون 31.08 مفهوماً جديداً له؛ إذ نص على أنه لا يجوز للمورد أن يقترح ضمانه التعاقدي على المستهلك دون الإشارة بوضوح إلى الضمان القانوني الذي يتحمله المورد عن العيوب الخفية، وعند اقتراحه للضمان التعاقدي على المستهلك فلا بد من تحديد نطاقه ومدته وشروطه بدقة وذلك تطبيقاً للمادة 67 من القانون 31.08.

¹ - عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقاً لقانون الالتزامات والعقود المغربي، م.س، ص 142.

² - تم تعديل القانون رقم 44.00 بمقتضى القانون رقم 107.12 والذي صدر بتاريخ 2016/02/18 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6440 الصادرة في 2016/02/03.

الفقرة الثانية: شروط ضمان العيب الخفي

باستقراء المقتضيات القانونية الواردة في ق.ل.ع، يمكن أن نستشف أنه ليس كل عيب يستوجب الضمان، بل حدد المشرع مجموعة من الشروط من قبيل أن يكون خفياً ومؤثراً وقديماً.

أولاً: أن يكون العيب خفياً في العقار

يعتبر العيب خفياً إذا كان غير ظاهر، وبعبارة أخرى أن العيب الظاهر هو الذي من الممكن الاطلاع عليه وملاحظته بالعين مع إمكان إدراكه بالحواس الأخرى¹.

وقد أثار شرط العيب الخفي خلافاً بحيث إن العيب قد يكون ظاهراً وخفياً في نفس الوقت، نتيجة التطور الحاصل في مجال الخدمات مما قد يستعصي على المستهلك معرفة العيب.

إن مدلول العيب يتعين النظر إليه من عدة زوايا بعضها موضوعي وبعضها شخصي، وقد اختلف الفقهاء وأيضاً التشريعات حول المعيار الذي ينبغي اعتماده، فهناك اتجاه يتبنى معياراً موضوعياً وآخر يأخذ بالمعيار الشخصي².

فالإتجاه الأول الذي أخذ بالمعيار الموضوعي يرى بأن العيب يكون خفياً أو ظاهراً وفقاً لإمكانات الرجل العادي متوسط الخبرة، فإذا كان بإمكانه التوصل إلى اكتشافه بالفحص المعتاد فهو عيب ظاهر وإلا اعتبر عيباً خفياً يستوجب الضمان³.

وفي المقابل من ذلك، ذهب أحد الأساتذة إلى الاعتداد بالمعيار الشخصي، وبعبارة أدق أنه ينبغي من أجل معرفة ما إذا كان العيب خفياً أم ظاهراً أن يتم الوقوف على

¹ - أسماء مصلوحي سوسي، الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع، رسالة لنيل الماستر في قانون الخاص، قانون منازعات الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرار، جامعة محمد بن عبد الله فاس، سنة 2014/2013، ص 24.

² - أمان الناجي، تأثير قانون حماية المستهلك على نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر الدراسة الميتودولوجية، المطبقة على الالتزام التعاقدية والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد بن عبد الله فاس، سنة 2013-2014، ص 69.

³ - عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، م.س، ص 201.

إمكانات المشتري - مستهلك العقار - الشخصية، أي التمييز بين ما إذا كان هذا الشخص بمثابة مهني محترف يمكنه معرفة وتفحص الشيء المبيع بسهولة أم أنه مجرد مستهلك عادي تعاقد خارج نطاق اختصاصه¹.

وفي سياق الحديث، يمكن الجزم بأن مسألة تقدير خفاء العيب في مجال العقارات سواء المبنية منها أو غير المبنية هي من الصعوبة بمكان؛ حيث تختلف باختلاف المعلومات المتوفرة لدى مستهلك العقار، وأن هذا الأخير في معظم الأحيان لا تكون له الدراية بالمعلومات التقنية والفنية للعقار.

وعلى مستوى التشريع، نجد المشرع المغربي اتخذ موقفا وسطا بين الموضوعية والواقعية وهذا ما يمكن لمسه من خلال المقارنة بين مضمون النصين 553² و 569³ من ق.ل.ع. إذ بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 553 نجدها قد أخذت بالمعيار الموضوعي أما مقتضيات الفصل 569 فقد أخذت بالمعيار الشخصي⁴، في حين يرى بعض الباحثين⁵ أن المشرع المغربي أخذ بالمعيار الشخصي، إذ يستبعد من مجال الضمان؛ العيوب الظاهرة وكذلك العيوب التي كان المستهلك يعرفها أو يستطيع أن يعرفها بسهولة حسب مقتضيات الفصل 569 من ق.ل.ع.

أما على مستوى التشريعات المقارنة، نجد المشرع المصري أخذ بالمعيار

¹ - عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود المسماة، الكتاب الأول، العقود الناقلة للملكية، عقد البيع، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى، 2011، ص 198 و 199، وانظر كذلك:

- أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوربية، مطبعة دار اقرأ، طبعة 3، 1983، ص 88.

² - نص الفصل 553 من ق.ل.ع على ما يلي: "... ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف عليه بالفحص العادي، أو كان المشتري قد منع لسبب خارج عن إرادته..."

³ - نص الفصل 569 من ق.ل.ع على ما يلي: "لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها".

⁴ - عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، م.س، ص 201.

⁵ - إدريس اليحياوي، حماية مستهلك العقار، رسالة لنيل دبلوم الماستر، قانون المنازعات، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل مكناس، سنة 2016-2017، ص 79.

- أمان الناجي، م.س، ص 70.

الموضوعي حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 447 من القانون المدني المصري ما يلي: "ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه".

ومن أجل تحقيق حماية أكثر للمشتري - مستهلك العقار - نجد المشرع المغربي قد نص في الفصل 570 من ق.ل.ع على أن البائع يضمن العيوب التي كان المشتري بإمكانه التعرف عليها بسهولة إذا صرح بعدم وجودها.

وعلى هذا الأساس، فإن البائع يكون ملزماً بضمان العيوب في الحالات الآتية:

- إذا تسلم المشتري المبيع بناء على تصريحات البائع التي تؤكد خلو العقار من كل عيب ولو أن العيب مما يسهل اكتشافه.

- في العقارات المبنية تكون العيوب الظاهرة مشمولة بالضمان¹.

وفي هذا السياق، يجب على المشتري - مستهلك العقار - أن يمتنع عن تسلم العقار إلى غاية إصلاح عيوبه أو أن يرضى بالعيوب التي اعترته، شريطة أن يلتزم البائع بإصلاحها على نفقته في أجل محدد وفق اتفاق مكتوب لدى موثق أو عدلين².

وفي المقابل من ذلك نجد المشرع الفرنسي³ ينص على نظام خاص بالعيوب الظاهرة التي يتم اكتشافها بمناسبة تسلم العقار من طرف المشتري - مستهلك العقار - بطريقة تفصل بين هذه القواعد والأحكام العامة للضمان المتعلقة بالعيوب الظاهرة التي لا تدخل مبدئياً في ضمان البائع.

بل أبعد من ذلك، فقد نصت المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي على أن

¹ - عبد الرزاق نافع، إشكالية ضمان العيوب الخفية في عقد البيع على ضوء ق.ل.ع المغربي، رسالة نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الرباط 2002-2004، ص 4.

² - عبد العالي الحمداوي، م.س، ص 123.

³ - L'article 1642 du droit civil stipule que: « le vendeur n'est pas tenu des vices apparent et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même »,.

البائع إذا كان لا يعلم بعيوب الشيء لا يكون ملزماً إلا برد الثمن وتعويض المشتري عن المصاريف التي أنفقها بمناسبة البيع¹. وهذا على خلاف القانون المدني الجزائري الذي نص في المادة 379² على أنه: "يكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها".

وعلى مستوى القضاء، قضت ابتدائية وجدة³ في أحد أحكامها بما يلي: "... وحيث إنه بالرجوع إلى وثائق الملف وخاصة عقد البيع العقاري يثبت للمحكمة أن المدعي قام باقتناء قطعة أرضية مساحتها 400 متر مربع من المدعى عليه.

وحيث إن العيوب المرتبطة بوجود القطعة المتبقية والبالغ مساحتها 100 متر مربع تحت خيوط الضغط الكهربائي تعتبر من العيوب الظاهرة التي يستطيع المشتري اكتشافها بسهولة قبل إبرام البيع".

ويبدو أن القضاء المغربي لا يدرج العيوب الظاهرة في قواعد الضمان قبل إبرام البيع العقاري، وهذا ما يشكل حماية للبائع على حساب المشتري، مع العلم أن العقار المبيع قد يوجد فيه عيب وقت البيع أو التسليم، ولكنه يظهر بشكل جلي بعد مرور مدة زمنية.

والجدير بالذكر، أن ليس كل عيب خفي مشمولاً بالضمان؛ حيث يرد استثناء عن تطبيق قواعد الضمان في العيوب الخفية بالنسبة للبيوع القضائية⁴.

ومجمل القول، أن المشرع المغربي يجب عليه أن يوسع من دائرة ضمان عيوب العقار سواء المبنية أو غير المبنية لتشتمل العيوب الظاهرة وليست الخفية فقط، وذلك من أجل حماية المستهلك العقار.

¹ – Art 1646 stipule que: "Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente ».

² – القانون المدني الذي تم تعديله بمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26.

³ – حكم صادر بتاريخ 2016/07/14، ملف مدني عدد 15/1110، غير منشور.

⁴ - Benoît Cartuyvels, op.cit, P 418-419.

ثانياً: أن يكون العيب مؤثراً في العقار

يستشف هذا الشرط من خلال قراءة مقتضيات الفصل 549 من ق.ل.ع السالف الذكر، إذ أن العيب المؤثر هو الذي ينقص من قيمة الشيء المبيع أو منفعته نقصاً محسوساً، وهو ما يجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد.

ويرى الفقيه عبد الرزاق السنهوري¹ أن العيب قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادي أو من نفعه المادي، وقيمة الشيء ونفعه أمران مختلفان، فقد ينقص العيب من قيمة الشيء دون أن ينقص من نفعه.

ويكفي أن يتحقق أحد العنصرين، إما أن يقع التأثير في قيمة الشيء شريطة أن تصل إلى درجة النقص المحسوس، أو أن يكون التأثير في المنفعة، بحيث تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد².

وبعبارة أوضح، فالعيب الذي ينقص من قيمة العقار؛ يجب أن يكون مؤثراً إلى درجة عرقلة المستهلك من استعمال واستغلال عقاره بشكل طبيعي³.

وبخصوص العيب المؤثر في مجال المعاملات العقارية الخاضعة لظهير التحفيز العقاري، يكون في قيمة العقار المبيع بانخفاض هذه القيمة في السوق العقارية بسبب وجود شقوق في جدرانه أو أساساته، وإن كان لا يؤثر على عامل الثمن الذي يختلف باختلاف عوامل شخصية متغيرة تتعلق برغبات البائعين⁴. بينما يكون مؤثراً في منفعة العقار عندما يجعله غير صالح للاستعمال السكني أو المهني أو الصناعي أو الحرفي⁵.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2000، ص 718.

² - عبد الرحمان الشرقاوي، م.س، ص 195.

3 - Un vice est un défaut qui diminue la qualité d'un immeuble. C'est un défaut important qui empêche le propriétaire d'utiliser ou se profiter et normalement de son immeuble. Voir le site: www.educaloi.qc.ca. La date de la consultation 01/07/2019 à 21h55min.

⁴ - عبد الحق صافي، م.س، ص 390.

⁵ - عبد العالي الحمداوي، م.س، ص 121.

وكمثال آخر يمكن ذكره في هذا السياق، شراء مستهلك العقار لمنزل قد طالته الرطوبة في جدران المرائب، فإذا لجأ إلى خبير قضائي قصد معاينة الواقعة، وتأكد بأن العيب كان غير ظاهر عند البيع؛ فإن المحكمة لن تحيد عن اعتبار دعوى الضمان قائمة بغض النظر عن علم البائع بالعيب من عدمه أثناء البيع¹.

ويبدو لي أن اقتناء المستهلك لعقار في طور التحفيظ والذي يلجأ إلى المحافظة العقارية قصد إيداع بيعه في السجلات العقارية، لكنه يتفاجأ بأن مطلب التحفيظ قد تم إلغاؤه أو رفضه، فإن البائع والحالة هذه، يكون ملزماً بضمان العيب الخفي المتمثل في نقصان قيمته بعدما أصبح عقاراً غير محفظ، وأن المشتري ما كان ليوافق على إبرام العقد لو أنه علم بذلك.

وعلى هذا المنوال، سار القضاء في قبول دعوى الضمان للعيب كلما تبين له أن الشيء المبيع أصبح غير صالح للاستعمال أصلاً أو انتقصت منفعته بصورة محسوسة. حيث ذهبت محكمة السين الفرنسية في اجتهاد قديم لها إلى أن تشييد بناء جديد بأعمدة خشبية مسوسة يشكل عيباً خفياً ومؤثراً في البناء².

وهذا ما أكدته القضاء المغربي، حيث قضى بأن العيب لا يستوجب الضمان إلا إذا كان مؤثراً يجعل الشيء، غير صالح للاستعمال الذي أعد له المبيع بحسب طبيعته³.

والجدير بالإشارة أن اعتبار العيب مؤثراً وخطيراً، ومن ثم خضوعه للضمان العادي في عقد البيع يعتبر من الأمور الواقعية التي يترك أمر تقديرها للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وبالتالي فإن ما يعتبر عيباً مؤثراً عند هذا القاضي قد يكون غير مؤثر بالنسبة لغيره⁴.

¹ - Voir le site: www.lemonde.fr, "Immobilier et vice caché: l'acheteur mal protégé". La date de la consultation 01/07/2019 à 22h15min.

² - محكمة السين، صادر في 6 ديسمبر 1894، أشار إليه عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، م.س، ص 70.

³ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 1956/12/21، أشار إليه عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، م.س، ص 71.

⁴ - عبد القادر العرعاري، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، منشورات دار الأمان، مطبعة

ومجمل القول، فإن العيوب التي يلتزم البائع بضمانها هي العيوب المؤثرة والخطيرة التي تجعل العقار المبيع غير قابل للاستعمال بحسب الغرض المرصود له أو التي تنقص من منفعة لدرجة أن المستهلك ما كان ليوافق على الشراء لو كان يعلمها أو يوافق لكن بشروط أخرى¹.

ثالثاً: أن يكون العيب قديماً في العقار

لقد نص المشرع المغربي في الفصل 552 من ق.ل.ع على أنه: "لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بذاته، أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئاً مثلياً بيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف".

من خلال هذا النص، يتضح جلياً أن المشرع المغربي قد اعتمد ضابط "انتقال الملكية للمشتري" كمعيار لما إذا كان العيب قديماً أو حديثاً طارئاً على المبيع². أما العيوب الطارئة عليه في الفترة الموالية للتسليم فيتحملها مستهلك العقار³.

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أنه في بعض الأحيان قد توجد أسباب العيوب قبل انتقال الملكية إلى مستهلك العقار، لكن آثار تلك العيوب لا تظهر إلا بعد انتقال الملكية، فمن يا ترى سيتحمل تبعات ذلك؟

إجابة على هذا السؤال، فقد قضى المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً- بما يلي: "بحيث ثبت أن العيب قد وقعت أسبابه قبل العقد، وتراخت آثاره إلى المستقبل، فإنه يكون قديماً يستوجب الرجوع على البائع"⁴.

ويعتبر هذا القرار منطقياً وصائباً، إذ يتماشى وموجبات حماية المستهلكين بصفة

==

الكرامة الرباط، الطبعة الأولى، 2009، ص 209.

¹ - إدريس اليحياوي، م.س، ص 80.

² - عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، م.س، ص 78.

³ - لقد تم التطرق بتفصيل لالتزام البائع بالتسليم في المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول.

⁴ - قرار المجلس الأعلى رقم 21 الصادر بتاريخ 1976/01/21، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 127، ص

عامة، والمقبلين على شراء العقارات بصفة خاصة، ما دام المشرع المغربي يربط بين ضمان العيوب ولحظة انتقال الملكية، وأن الواقع العملي أثبت أن تاريخ انتقال ملكية العقار المبيع قد يتأخر في بعض الحالات عن تاريخ التسليم¹.

وبناء عليه، يمكن القول أن ما قبل انتقال الملكية للمستهلك العقاري يكون البائع ملزماً بضمان العيوب التي تلحق به. أما بعد انتقال الملكية للمستهلك، فإن التزام البائع بالضمان يسقط بسبب بسيط هو تحمل المستهلك تبعه هلاكه².

وبتحقق هذه الشروط الموضوعية لقيام ضمان العيب، يطرح تساؤل حول الأجل القانوني الواجب احترامه قصد رفع دعوى الضمان؟

إجابة عن هذا التساؤل، نجد المشرع المغربي قد نص في الفصل 573 من ق.ل.ع على أنه: "كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية، وإلا سقطت:

"بالنسبة إلى العقارات، خلال 365 يوماً بعد التسليم؛

بالنسبة إلى الأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوماً بعد التسليم بشرط أن يكون قد أرسل للبائع الإخطار المشار إليه في الفصل (553)؛".

... ويسوغ تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين، وتسري أحكام الفصول 371 إلى 377 على سقوط دعوى ضمان العيب".

أما التشريع الفرنسي فقد حدد المدة التي يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان في أجل سنتين من تاريخ اكتشاف العيب³، على خلاف ما كان عليه النص قبل التعديل، والذي اكتفى بوجوب ممارستها في وقت قصير مع مراعاة الأعراف وطبيعة العيب، وإذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين حول المدة فيترك الأمر للقضاء⁴.

¹ - عبد العالي الحمدوي، م.س، ص 122.

² - إدريس اليحيوي، م.س، ص 81.

³ - Art 1648: "L'action résultant des vices rédhibitoire doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice".

⁴ - Art 1648 du code civil français avant modification dispose que : « L'action résultant des vices rédhi doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage

أما المشرع الكندي (كبيك) فقد نص في الفصل 1739 من القانون المدني على ضرورة تبليغ البائع كتابة بالعيب الخفي وفي أجل مناسب، مع ضرورة تبيان العيب الخفي الوارد في العقار¹.

إلا أن المشرع المصري نص في المادة 452 من القانون المدني على أنه يجب ممارسة الادعاء داخل أجل سنة من وقت التسليم في المنقول وغير المنقول ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك باستثناء حالة الغش.

وعلى خلاف ما نص عليه المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود، ومن أجل تحقيق حماية لمستهلك العقار؛ فقد عمد إلى مضاعفة مدة التقادم بالنسبة للعقارات لتصبح سنتين من تاريخ التسليم طبقاً للمادة 65 من قانون 31-08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

وعلى هذا الأساس، يمكن استشفاف مسألة أساسية وهي أن المشرع الفرنسي كان أكثر حماية من المشرع المغربي؛ إذ أن احتساب الأجل يبدأ من تاريخ كشف العيب وليس من تاريخ التسليم.

وعلى مستوى القضاء، نجد محكمة النقض قد كرست حماية مستهلك العقار وخصوصاً إذا كان البائع سيء النية حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي: "... حيث تبين صحة ما نعه الطاعن على القرار، ذلك أن الفصل 574 من ق.ل.ع ينص على أنه لا يحق للبائع سيء النية التمسك بدفوع التقادم المقررة في الفصل 573 من ق.ل.ع، كما لا يحق له التمسك بأي شرط آخر من شأنه أن يضيق حدود الضمان المقرر عليه، ويعتبر سيء النية كل بائع يستعمل طرقاً احتيالية ليلحق بالشيء المبيع عيوباً أو ليخفيها فالبائع سيء النية بمقتضى هذا الفصل هو الذي يستعمل الطرق الاحتيالية لإخفاء العيوب التي تكون بالمبيع ولا يكفي فيه مجرد العلم بالعيوب اللاحقة به"².

==

du lieu ou la vente a été fait» , Voir le site : www.legifrance.gouv.fr la date de la consultation 24/04/2019 à 22h00min.

¹ - Manuel ST. Aubin, avocat, découverte d'un vice caché, l'importante de la lettre de dénonciation, publiés sur le site: www.droitimmobilier.ca. La date de consultation 01/07/2019 à 22h30min.

² - القرار عدد 7/598، صادر في 2013/12/17، ملف مدني عدد 2012/7/1/4843، صادر في 2013/12/17،

==

وفي قرار آخر لها قضت¹: " ... إذ يكون ملزما بتعويض العيب الخفي لا على أساس وجود العيب فقط وإنما على أساس أنه أقبل على البيع وهو يعلم بوجوده، إذ اعتبر المشرع علمه علما مفترضا وموجودا وذلك بحكم أنه مقاول لا يحق له استنادا إلى مقتضيات الفصل 574 من ق.ل.ع التمسك بدفوع التقادم ولا بأي شرط آخر من شأنه أن يضيق الضمان المقرر عليه، ذلك أن العيوب التي شابت الشقة المباعة إذا كانت خفية للطرف الطاعن فإنها غير خافية على المطلوب بحكم أنه مقاول وهي صفة لم ينازع فيها وبحكم أن الأمر يتعلق ببناء عمارة بكاملها شابها غش فاحش وتدليس، وهما عنصران بارزان من خلال تقرير الخبير... "

ويبدو أن القضاء المغربي يميز بين البائع حسن النية والذي يستفيد من التمسك بدفع التقادم المقرر في الفصل 573 من ق.ل.ع - حاليا يجب تطبيق الأجل الوارد في قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير المستهلك - وبين البائع سيء النية الذي يواجه بالفصل 574 الذي ينص على أنه لا يحق له التمسك بدفع التقادم، كما أنه أوجد حماية قانونية لمستهلك العقار إذا كان البائع يعلم بوجود العيب الخفي وذلك حتى يتسنى له الاستفادة من قواعد الضمان.

وغني عن البيان، أن دعوى الضمان تمنح مستهلك العقار إمكانية المطالبة إما بفسخ العقد أو إنقاص الثمن أو المبادلة بعقار آخر²، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها³.

وجامع القول أن المقتضيات المنظمة للعيوب الخفية في قانون الالتزامات والعقود

==

منشور بتوجيهات محكمة النقض في المادة العقارية (عدد خاص بالملفات المتعلقة بالدائرة الاستئنافية بالناظور)، مطبعة الأمنية- 2018، العدد 1، ص 151.

¹ - قرار عدد 5/639، صادر في 2018/10/30، ملف مدني 2017/5/1/1450، غير منشور.

² - Pascal Ancel, op.cit, p 59.

Voir aussi, Anthomy Bem; les vices cachés. Définition et sanction, voir le site: www.legavox.fr. La date de la consultation 01/07/2019 à 20h23min.

³ - Cours de cassation, chambre civile 1, Audience publique du Mercredi 26 septembre 2012, N° de pourvoi: 11-2239. " la cour de cassation à jugé que l'action en réparation du préjudice subi du fait d'un vice caché peut être engagée de manière autonome, et n'est pas subordonnée à l'exercice d'une action réhabilitaire ou estimatoire ...". voir le site: www.legifrance.gouv.fr. La date de consultation 01/07/2019 à 21h07min.

المغربي بالنسبة للبيع وإن كانت توفر نوعا من الحماية، فإنها لا زالت قاصرة عن توفير وتحقيق الحماية اللازمة لمستهلك العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري.

وختاما لهذا الفصل، يمكن القول بأن القواعد الموضوعية المكرسة في قانون الالتزامات والعقود المغربي من قبيل إقرار التزام البائع بتسليم ونقل ملكية الشيء المبيع وتكريس ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وإن كانت تساهم في تكريس الحماية القانونية للمشتري ما بعد تنفيذ العقد، فإن تطبيقها بالنسبة لمستهلكي العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري يبقى محدودا، مما يستوجب التدخل من طرف المشرع لإيجاد نوع من التكامل، كما أن القضاء المغربي يجب أن يتعامل مع القواعد الموضوعية الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي بنوع من المرونة قصد تمكين مستهلك العقار من الضمانات التي توفرها.

الفصل الثاني

الضوابط الإجرائية الواردة في ق.ل.ع لتحقيق مفهوم الأمن العقاري

إن الضوابط القانونية الهادفة إلى تحقيق الأمن العقاري من خلال إيجاد الموازنة بين حماية المستهلك من جهة، واستقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى، لا تنحصر في الضوابط الموضوعية التي سبق الحديث عنها فقط، بل تمتد إلى العديد من الضوابط الإجرائية التي تشكل آلية جوهرية لتحقيق مفهوم الأمن العقاري في جانبه الإجرائي.

وهكذا فإن الضوابط الإجرائية تهدف إلى توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك العقاري، وكذا تحقيق جو من الاستقرار في المعاملات العقارية؛ وذلك من خلال تمكين مستهلك العقار من اللجوء إلى دعوى إتمام إجراءات البيع في حالة إخلال البائع بالالتزام الملقى على عاتقه والمتمثل في نقل ملكية الشيء المبيع، سواء تعلق الأمر باللجوء إلى دعوى تحرير العقد النهائي أو دعوى إتمام البيع بناء على عقد نهائي يتطلب من البائع القيام بإجراء معين. فدعوى إتمام إجراءات البيع؛ تعد من الضمانات القانونية على المستوى الإجرائي لحسن تنفيذ العقد؛ فهي تهدف إلى إرغام البائع بالوفاء بالتزاماته اتجاه المشتري شريطة أن يكون هذا الأخير غير مغل بأي التزام من الالتزامات الملقاة على عاتقه.

كما أن هناك دعوى إنهاء عقد البيع التي تتم عن طريق سلوك آليتي إقرار البطلان والإبطال من أجل محو الآثار القانونية للتصرف القانوني، مع العلم أن البطلان يعد من أخطر النظريات بسبب ما يشكله من مساس لمبدأ استقرار المعاملات، حيث إن العقد المعيب يقوم وينتج كافة آثاره طالما لم يبطل؛ ولكن بتقرير البطلان يعتبر كأن لم يكن؛ مما حدا بالمشروع إلى إيجاد آلية عن طريق إجازة وإقرار العقد القابل للإبطال. إضافة إلى ذلك، هناك دعوى الفسخ والتعويض باعتبارهما جزاءين مدنيين يهدفان إلى وضع حد للعلاقة التعاقدية والتعويض عن ذلك، وبذلك سيتم التطرق أولاً إلى دعوى إتمام

إجراءات البيع؛ على أن يتم الحديث بعد ذلك عن دعوى إنهاء البيع، وذلك على الشكل التالي:

المبحث الأول: دعوى إتمام إجراءات البيع

المبحث الثاني: دعوى إنهاء عقد البيع.

المبحث الأول: دعوى إتمام إجراءات البيع

لم تحظ دعوى إتمام إجراءات البيع¹ من طرف المشرع المغربي بتنظيم قانوني مستقل، وأمام هذا الفراغ التشريعي تدخل القضاء من أجل تبني هذه الآلية القانونية غاية منه في حل الإشكالات التي تواجه مستهلك العقار وحماية حقوقه.

وبالرغم من عدم تنظيمها بشكل مستقل من طرف المشرع، إلا أن السند القانوني لهذه الدعوى يتأرجح بين القواعد العامة وظهير التحفيظ العقاري²، مما يجعل الطرق القانونية التي يمكن بمقتضاها إتمام البيع عن طريق القضاء متعددة ومتنوعة.

ولئن كانت غاية هذه الدعوى واحدة تتجلى في إجبار أحد الطرفين على تنفيذ الالتزام المترتب على عاتقه وخصوصا البائع، فإن تجلياتها يمكن حصرها في حالتين متمثلتين في دعوى تحرير العقد النهائي ودعوى إتمام البيع بناء على عقد نهائي العقار (المطلب الأول)، كما أن الأحكام الصادرة فيها ترتب العديد من الآثار القانونية على الأطراف وخصوصا على مستهلك العقار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تجليات دعوى إتمام إجراءات البيع

يبدو أن اختلاف الإجراءات الهادفة إلى إتمام البيع، وكذا اختلاف موضوع الطلبات والالتزامات الملقاة على عاتق المدعى عليه يجعل دعوى إتمام إجراءات البيع تهدف إلى تحرير عقد نهائي (الفقرة الأولى)، أو أنها ترتبط بوجود عقد نهائي تام الأركان يستوجب القيام بإجراء معين (الفقرة الثانية).

¹ - لقد عرفها الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأنها: "الدعوى التي يرفعها المشتري في مواجهة البائع الممتنع عن تسجيل عقد البيع، وحتى لو كان معترفا بصحته بصدور البيع منه فسواء كان البائع منكرًا للبيع أو معترفًا به وما دام ممتنعًا عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد استطاع المشتري إجباره على ذلك بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم بثبوت البيع أو بصحته وبنفذه"، عبد الرزاق السنهوري، م.س، ص 488.

² - هناك مجموعة من الدعاوى تجد سندها في الفصول 489 و532 و533 و534 من ق.ل.ع، وهناك دعاوى أخرى تستند على الفصل 66 و67 من ظهير التحفيظ العقاري والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية.

الفقرة الأولى: دعوى تحرير العقد النهائي

إن التصرفات التمهيديّة تتخللها مدة زمنية تطول أو تقصر بناء على ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وتختلف الظروف والملابسات التي أبرم فيها العقد التمهيدي عن تلك التي أبرم فيها العقد النهائي؛ إذ قد ترتفع قيمة العقار أو تنخفض أو يتراجع الطرف الواعد عن وعده دون رضى الطرف الموعد له¹.

ودعوى إتمام إجراءات بيع عقار خاضع لظهير التحفيظ العقاري (سواء كان العقار محظاً أو في طور التحفيظ) تقتضي هي الأخرى وجود تصرف تمهيدي سابق وامتناع الواعد عن تنفيذ التزاماته، مما يجعل المستهلك الذي سبق له أن أبرم مع الواعد وعداً بالبيع²، أو عقد بيع ابتدائي³، يلجأ إلى القضاء قصد إلزام البائع المدعى عليه بإتمام بيعه.

والوعد بالبيع له ميزات كثيرة على مستوى المجال العملي، فقد يرغب المستأجر مثلاً في شراء المنزل الذي يسكنه دون أن يكون لديه المبلغ الكافي لدفع الثمن، فيحصل من المالك على وعد ببيعه المنزل في مدة معينة، على أن يدفع الثمن المتفق عليه جملة واحدة وقت إبداء رغبته في الشراء أو يدفعه أقساطاً⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن اللجوء إلى دعوى إتمام إجراءات البيع التي بنيت على الوعد بالبيع إلا إذا كان المدعي قد قام بجميع الالتزامات الملقاة على عاتقه

¹ - فؤاد الخضير، دعوى إتمام البيع بين النص القانوني والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2018-2019، ص 14.

² - الوعد بالبيع هو "التزام بالبيع دون الشراء، فهو عقد ينشأ بإرادتين اثنتين، إرادة البائع وإرادة المشتري غير أنه لا يلزم سوى إرادة البائع فيما وعد به". عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014، ص 289.

³ - البيع الابتدائي: "هو عقد يجمع بين الوعد بالبيع والوعد بالشراء مع الاتفاق على المبيع والثمن وأجل لإبرام البيع النهائي"، عبد الحق الصافي، عقد البيع دراسة في ق.ل.ع وفي القوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 2018، ص 103.

⁴ - عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص 68.

والمتضمنة في الوعد بالبيع.

وفي هذا الإطار، قضت المحكمة التجارية بوجدة في أحد أحكامها بأنه¹: "وحيث إن المدعي أكد في مقاله أنه طلب من المدعى عليها إتمام إجراءات البيع إلا أنها أصبحت تماطله لمدة تزيد من 8 سنوات دون أن يدلي ما يفيد توجيه الإنذار بذلك للمدعى عليها وبقائه دون جدوى، كما أن دعوى إتمام إجراءات البيع العقاري التي بنيت على الوعد بالبيع المشار إلى بياناته أعلاه، يتطلب من صاحبها إثبات أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به من جانبه حسب الاتفاق المضمن في الوعد بالبيع، كما هو في نازلة الحال أو القانون أو العرف طبقا للفصل 234 من ق.ل.ع، وأن المشتري - المدعي - في نازلة الحال ملزم طبقا للمادة السابقة بأن يثبت كونه قام بأداء الثمن المتفق عليه في عقد الوعد بالبيع أو على الأقل عرضه عرضا حقيقيا على الطرف الآخر، وأنه ليس ضمن وثائق الملف ما يفيد توجيه سلوك المدعي بصفته مشتريا للشقة موضوع طلب إتمام إجراءات البيع لمسطرة العرض العيني لقيمة المبيع المتفق عليه بعقد الوعد بالبيع، وأن اللجوء لدعوى إتمام إجراءات البيع يتطلب القيام بالإجراءات المذكورة قبل رفع الدعوى للمحكمة".

فإنشاء الوعد بالبيع يرتبط بتطابق الإيجاب والقبول بشأن العناصر الأساسية للالتزام، ومن أهمها ماهية هذا الوعد والآثار المترتبة عليه، وكذا مدته التي تعد أهم العناصر التي يتم الاتفاق عليها، باعتباره التزاما محدد المدة أو قابلا للتحديد، عن طريق تحديد أجل يمكن فيه للموعد له الموافقة على الشراء، وبالتالي إبرام البيع بصفة نهائية².

وعلى هذا الأساس، يجب على مستهلك العقار في حالة تضمين شرط واقف مقترن بأجل في الوعد بالبيع أن يحترم هذا الأجل، لأن الواعد والحالة هذه؛ يكون في حل من توجيه إنذار له حسب مقتضيات الفصل 255 من ق.ل.ع.

¹ - حكم عدد: 2017/328، صادر في 2017/03/16، ملف رقم 8201/16/181، غير منشور.

² - Mélanie Monteillet Geffroy, les contrats immobiliers, formalités et nouvelles dispositions (loi Alur - loi macron), imprimerie la ballery 28 clamercy 2017, p 25.

يراجع أيضا لمياء أوبوزور، دعوى إتمام إجراءات البيع، مقال منشور في مجلة القضاء والقانون، العدد 164، طبعة 2014، ص 83.

وتطبيقا لذلك ذهب المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - في أحد قراراته إلى أن: "...عدم حصول الطاعن على قرض من طرف المؤسسة البنكية وعدم عرضه المبلغ المتبقي داخل الأجل المذكور جعل الواعد في حل من التزامه ببيع الشقة موضوع الوعد بالبيع بحيث تنتفي الحاجة إلى توجيه إنذار من الواعد عملا بمقتضيات الفصل 255 من ق.ل.ع"¹.

وعلى مستوى التشريع المقارن، نجد الفصل 1117² من القانون المدني الفرنسي ينص على أنه ينتهي الوعد بالبيع عند حلول أجله المحدد، أو في فترة معقولة كما هو الحال بالنسبة لوفاء أحد الأطراف أو في حالة عجزهما³.

وفي المقابل من ذلك، إذا لم يتم تحديد مدة الوعد بالبيع فإن ذلك لا يجعل الوعد باطلا، بل يكون صحيحا حيث يتم العمل بالمدة المعقولة التي ينفرد القضاء في تقديرها لما له من سلطة في حالة وجود نزاع، كما يمكن تحديدها في رسالة الإنذار الموجهة للموعد له؛ وفي هذه الحالة يحق لمستهلك العقار التعرض عليها أمام القضاء⁴.

وفي هذا الإطار قضت المحكمة الابتدائية بوجدة في أحد أحكامها بمعاينة بطلان الوعد بالبيع وقد جاء فيه ما يلي: "وحيث ثبت من جهة أخرى أن المدعي أنذر المدعى عليها بإتمام إجراءات البيع بخصوص العقار أعلاه مع منحها أجل 3 أشهر لتنفيذ ما التزمت به بمقتضى إنذار توصلت به المدعى عليها شخصيا بتاريخ 2017/05/04 حسب الثابت من خلال محضر المفوض القضائي.

وحيث إنه اعتبارا لكون التزام المدعى عليها بأداء كامل الثمن بعد حصولها على قرض بنكي جاء غير محدد الأجل، مما يكون معه الشرط المذكور باطلا بقوة القانون

¹ - قرار عدد 276، صادر في 20/01/2010، ملف مدني عدد 2008/5/1/2072، منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 159، مطبعة الأمانة الرباط، 2011، ص 204.

² - Art 1117 du code civile Français modifié par loi N°2018-287 du 20 avril 2018, art 4 qui affirme que « l'offre est coduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou à défaut à l'issue d'un délai raisonnable.

Elle l'est également en cas incapacité ou de décès de son auteur, ou de décès de son destination."

³ - Mélanie Monteillet Geffroy, op.cit, p 26.

⁴ - Oulakhir Mouna, la validité du contrat de vente immobilier, mémoire pour l'obtention du diplôme de master en droit des affaires université Moulay Ismail, faculté des sciences Juridiques Economiques et Sociales, 2011-2012, Meknès, p 56.

لكون تنفيذه معلقا على محض إرادة الملتزم..

وحيث إنه فضلا عن ذلك فإن الالتزام يبطل إذا ترك تحديد الأجل لإرادة المدين، أو كان مناطا بأمر يتوقف حصوله على مشيئته وذلك تطبيقا للفصل 129 من ق.ل.ع. وحيث إنه اعتبارا لذلك يتعين على المحكمة معاينة بطلان الوعد بالبيع الرابط بين الطرفين والمؤرخ في 2001/01/09¹.

وفي هذا السياق، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في حالة تحديد مدة الوعد بالبيع، وتوفي الواعد مع عدم قيام الموعد له بالالتزامات الملقاة على عاتقه، فإن وريثة الواعد يحلون محله ويستمر مفعول الوعد بالبيع إلى حلول أجله، أما إذا لم يكن الوعد بالبيع محددا فإنه في حالة وفاة الواعد يترتب عنه بطلان الوعد بالبيع².

ومن أجل الاستفادة من هذه الآلية القانونية، يجب على مستهلك العقار الموعد له أن ينفذ جميع الالتزامات الواقعة عليه حتى لا يترك مجالا للواعد قصد الدفع بالإخلال بالتزامه.

وتطبيقا لذلك، ذهبت المحكمة الابتدائية بوجدة في أحد أحكامها إلى اعتبار طلب المدعي بإلزام المدعى عليها بتمكينه من الموافقة على أداء القسط الأخير المتعلق بالمشروع السكني موضوع الرسم العقاري عدد (...) وإلزامها بإتمام الإجراءات مع المدعي من أجل المشاركة في عملية توزيع الشقق مؤسسا قانونا ويتعين الاستجابة له، وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 500 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ ابتداء من تاريخ الامتناع³.

وفي سياق الحديث، قد يتمسك الواعد بسبب من الأسباب قصد التحلل من التزامه مع مستهلك العقار؛ كما هو الشأن مثلا بأن يدفع بأن المحل غير موجود وأصبح مستحيل التنفيذ؛ إلا أن الالتزامات الشخصية المترتبة عن الوعد بالبيع تقيد بإتمام البيع وخصوصا

¹ - حكم صادر في 2017/12/06، ملف عقاري عدد 2017/512، غير منشور.

² - Cour de cassation, chambre civile 1, Audience Publique du 25 Juin 2014, N de Pouvoir, 13-16529, voir le site www.legifrance.gouv.fr, date de visite : 26/10/2019 à 18h05min.

³ - حكم صادر في 2019/01/09، ملف عقاري عدد 2018/1404/329، غير منشور.

إذا ما أثبت مستهلك العقار أن الموعد أراد التحلل من التزاماته لا غير.

وهكذا، ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها إلى أنه: "ما تمسك به المستأنف عليه من عدم إمكانية تنفيذ التزامه لعدم وجود محله، وهو الرسم العقاري (...)، لا يعفيه من الالتزام الواجب عليه بمقتضى عقد الوعد بالبيع الذي أبرمه مع المستأنف، ولا يؤثر على الالتزامات الشخصية المترتبة عن الوعد بالبيع المذكور، خاصة وأن الطاعن قد أدلى بشهادة من المحافظة العقارية تفيد بأن الرسم العقاري عدد (...) استخرج من الرسم العقاري (...)، الذي استخرج بدوره من الرسم العقاري (...)، وأن الشهادة العقارية المدلى بها من طرف الطاعن تفيد بأن الرسم العقاري عدد (...) في ملكية المستأنف عليه¹".

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن الواعد قد يطالب بفسخ عقد الوعد بالبيع بحلول أجل معين، مع أنه لم ينفذ التزاماته تجاه مستهلك العقار؛ من قبيل مثلا عدم الحصول على شهادة القسمة أو على الأقل السعي نحو القيام بذلك مما سيلحق بمستهلك العقار ضررا بينما من خلال فسخ عقد الوعد بالبيع.

وقد تدخل القضاء في هذه الحالة حيث ذهبت المحكمة الاستئنافية بوجدة في أحد قراراتها إلى أنه: "وطالما لا يوجد بالملف ما يفيد قيام البائعتين الواعدتين من الوفاء بنصيهما بالالتزام أو سعيهما من أجل ذلك وتعذر الأمر عليهما، فإن الدعوى الرامية إلى الفسخ لا تكون مسموعة إلا إذا أثبت رافعها أنه أدى أو عرض أن يؤدي ما كان ملتزما به من جانبه...²".

وبخصوص عقد البيع الابتدائي فهو عادة يتم في إطار بيع العقار في طور الانجاز المنظم بمقتضى القانون 44.00 كما غير وتمم بمقتضى القانون رقم 107.12 وكذا الإيجار المفضي إلى تملك العقار المنظم بمقتضى القانون 51.00، فهو عقد يتوفر على جميع عناصر عقد البيع النهائي، كل ما هنالك أنه مقرون بأجل معين، إما في تاريخ

¹ - قرار صادر في 2014/01/09، ملف مدني 13/120/09، غير منشور.

² - قرار عدد 7/205 صادر في 2017/05/09، ملف مدني عدد 2016/7/1/1705، غير منشور.

محدد وإما عند الانتهاء من البناء¹. فالبيع الابتدائي إذن، هو عقد يجمع بين الوعد بالبيع والوعد بالشراء مع الاتفاق على المبيع والتمن وأجل لإبرام العقد النهائي، ويعد وعدا ملزما للجانبين ومرتباً بالتزام تبادلي يتمثل في إبرام البيع النهائي، غير أن هذا الالتزام التبادلي يكون معلقاً على تحقق شرط معين أو مضافاً إلى أجل محدد، ويجب أن تتوفر في هذا العقد الأركان والشروط المحددة قانوناً لأنه يتصف بحجية العقد النهائي ويرتب جميع آثاره القانونية².

والبيع الابتدائي إذا ما نشأ صحيحاً وثبت فيه سلامة المبيع التزم الطرفان بإتمامه؛ ولأي منهما الحق في مطالبة الطرف الآخر بإتمام البيع تحت طائلة غرامة تهيديّة، والحكم القاضي بإتمام البيع إذا ما حاز قوة الأمر المقضي به فإنه يقوم مقام العقد في التحفيظ وسائر الإجراءات الأخرى³.

ومما ينبغي الإشارة إليه في هذا الإطار هو أن قبول طلب إتمام إجراءات بيع عقار محفظ وذلك بإبرام عقد نهائي يستلزم ألا يكون طرفاً البيع قد أدرجا في العقد التمهيدي شرطاً يترتب على تخلفه عدم قيام البيع ويحصل بالتالي أن يتخلف هذا الشرط⁴.

وتقتضي الحكمة على الأقل، أن البيع العقاري الذي يتم في إطار القانون رقم 44.00 كما غير وتم بمقتضى القانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، يختلف عن البيع العادي المنصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود، فالبائع

¹ - هشام آيت الصديق، دعوى إتمام إجراءات بيع العقار المحفظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر القوانين الإجرائية المدنية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2010-2011، ص 96.

² - إدريس اليحياوي، م.س، ص 86.

³ - فؤاد الخضير، م.س، ص 30.

- تجدر الإشارة إلى أن الفقرة الأخيرة من الفصل 19/618 من قانون 44.00 المعدل بموجب القانون رقم 107.12 تنص على أنه: "يقوم الحكم القضائي الصادر بإتمام البيع مقام عقد البيع النهائي قابل للتقيد في السجل العقاري إذا كان العقار محفظاً"، كما نصت المادة 19 من قانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي لتملك العقار على ما يلي: "يعتبر الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع بمثابة عقد البيع النهائي".

⁴ - البشير بن إسماعيل، صور دعوى إتمام إجراءات بيع عقار محفظ على ضوء العمل القضائي، مجلة القانون المدني، العدد الرابع، مطبعة الأمانة الرباط، 2017، ص 154.

في هذا الإطار يكون ملزما بتنشيد البناء خلال أجل محدد وبمواصفات خاصة؛ مقابل أن يسدد المستهلك العقاري دفعات من ثمن المبيع وذلك تبعا لتقدم الأشغال طبقا للفصل 618/6 من قانون 44.00 كما غير وتم بمقتضى القانون رقم 107.12¹.

ويهدف القانون 107.12 إلى تأهيل الترسانة القانونية وجعلها مواكبة للدينامية التي يعرفها القطاع العقاري، وكذا الاستجابة لتزايد الطلب على السكن من خلال إرساء نوع من التوازن بين مصالح طرفي العملية التعاقدية.²

وقد عرف المشرع المغربي بيع العقار في طور الإنجاز وذلك بموجب الفصل الأول من هذا القانون الذي نص على أنه: "كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال"، إلا أن المشرع في التعديل الجديد بمقتضى القانون 107.12، حاول وضع تعريف أكثر شمولية من سابقه بالنص في الفصل 618/1، على أنه: "يعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم بمقتضاه البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعا لتقدم الأشغال...".

ومن بين الضمانات التي أتى بها هذا القانون الجديد وجوب إبرام عقد ابتدائي بواسطة محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ محرر من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 618 من القانون المذكور، وتطبق نفس مقتضيات بالنسبة لإبرام عقد البيع النهائي طبقا للفصل المذكور.³

ومن الضمانات القانونية أيضا الممنوحة للمستهلك العقاري، جواز طلب إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع الابتدائي إذا تجاوزت التسبيقات 50% من ثمن البيع

¹ - عبد الحق صافي، م س، ص 63.

² - عبد الرحمان الشرقاوي، تنظيم بيع العقار في طور الإنجاز في القانون المغربي بين تشجيع الاستثمار وضرورة حماية الطرف الضعيف، مقال منشور في أشغال الندوة الوطنية، المنظمة يومي 25 و26 نونبر 2016 تكريما للأستاذ الحسين بلحساني، بعنوان العقار والتعمير والاستثمار، الطبعة الأولى 2017، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 140.

³ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، م.س. ص 83

دون اشتراط موافقة البائع؛ مع التأكيد أن هذا التقييد الاحتياطي يبقى ساريا إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي طبقا لمقتضيات الفصل 618/10 من القانون 44.00 كما غير وتم بمقتضى القانون رقم 107.12¹.

ويعد هذا المقتضى؛ من أهم الآليات القانونية الهادفة إلى حماية المستهلك العقاري من خلال تكريس مبدأ الحفاظ على حقوقه عن طريق منع المحافظ من تسليم نظير الرسم العقاري للبائع، وكذا استقرار المعاملات العقارية من خلال جواز إجراء تقييد احتياطي دون موافقة البائع قصد حفظ حقه في الرتبة، وهذا ما يجعل هذه الآلية ناجعة باعتبارها أهم مظاهر دعاوى إتمام البيع ولو بدون وجود نزاع.

وتجدر الإشارة إلى أن دعوى إتمام البيع إذا لم تكن تخضع كمبدأ عام في قبولها لضرورة إنذار البائع، فإن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات التي أقرتها بعض القوانين الخاصة، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 618/18 من القانون 44.00 كما غير وتم بمقتضى القانون رقم 107.12 الذي أقر بضرورة توجيه إنذار للمدين الموجود في حالة مطل قبل إثارة دعوى إتمام البيع ومنحه أجلا على أبعد تقدير ستين 60 يوما من تاريخ حصول البائع على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، وأن يتم إخبار المشتري بذلك في محل مخابرته المصرح به في عقد البيع الابتدائي أو عند الاقتضاء في عقد التخصيص بإحدى طرق التبليغ المعتمدة قانونا².

¹ - ينص الفصل 10 على أنه: "يجوز للمشتري، إذا كان العقار محظا، أن يطلب إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع الابتدائي إذا تجاوزت التسبيقات 50% من ثمن البيع، ويبقى التقييد الاحتياطي ساريا إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوق المشتري. وكل شرط مخالف يعتبر باطلا.

يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع. بمجرد إجراء التقييد الاحتياطي، يمنع على المحافظ على الأملاك العقارية تسليم نظير الرسم العقاري إلى البائع. يتم تعيين رتبة العقد النهائي بأثر رجعي بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي للعقد الابتدائي. يقوم المحافظ على الأملاك العقارية أثناء تقسيم الملك موضوع الرسم العقاري الأصلي، بنقل كل تقييد احتياطي مضمن بهذا الرسم إلى الرسم العقاري الفرعي المتعلق به".

² - كما نص الفصل 19 من قانون 107.12 على أنه: "إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ توصله بالإشعار، يحق للطرف المتضرر إما:

- فسخ العقد بقوة القانون، تطبيقا لأحكام الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود مع حقه في التعويض المنصوص

إضافة إلى ما سبق، وعلى غرار ما تم ذكره سابقاً؛ نجد عقد البيع الابتدائي في إطار الإيجار المفضي إلى تملك العقار المنظم بمقتضى القانون 51.00 نص في المادة الخامسة على جواز طلب المكثري من المحافظ العقاري؛ إجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري بناء على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، وذلك للحفاظ المؤقت على حقوقه، وأنداك يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي في الرسم العقاري وذلك من أجل الحفاظ على رتبة التقييد.

كما أن المشرع خول للمكثري المتملك بمجرد الإعلان عن رغبته في إبرام عقد البيع النهائي؛ أن يصبح التزام البائع بتمليك العقار للمكثري المتملك واجباً، وذلك تحت طائلة إكراهه عن طريق دعوى إتمام البيع، فحق الخيار هو حق ممنوح للمكثري، ومعناه ذلك الأجل المتفق عليه مسبقاً بين طرفي العقد بخصوص إبداء المكثري المتملك رغبته وإرادته في إبرام العقد النهائي من عدمه¹.

وقياساً على ما نصت عليه المادة 618/18 من قانون 44.00 كما غير وتمم بمقتضى القانون رقم 107.12 من ضرورة توجيه الإنذار، فقد نصت المادة 19 من قانون 51.00 على أنه: "في حالة رفض البائع إبرام عقد البيع النهائي لسبب من الأسباب في أجل أقصاه ثلاثون يوماً من توصله بإنذار بقي دون جدوى، يمكن للمكثري المتملك الذي أدى ثمن البيع كاملاً اللجوء إلى المحكمة لطلب إبرام عقد البيع النهائي".

ويتضح من خلال المقتضيات السابقة المتعلقة بالتشريعات العقارية الخاصة، أن المشرع - في قانوني 107.12 و 51.00 - جعل من الإنذار إجراء إلزامياً يجب على الطرف المتضرر أن يوجهه إلى الطرف المتقاعس عن تنفيذ التزامه، والذي أوجب عليه المشرع ضرورة الامتثال لمضمون العقد الابتدائي فور توصله بالإنذار، في حين أنه

==

عليه في الفصل 14-618؛

- اللجوء إلى التحكيم أو إلى المحكمة من أجل إتمام البيع مع حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 12-618.

¹ - أذني عبد العزيز، الإيجار المفضي إلى تملك العقار - قراءة في القانون 51.00 -، مجلة الأملاك، العدد المزدوج 12 11، السنة 2012-2013، ص 301.

جعل من الضرر شرطاً أساسياً لتوجيه الإنذار وإقامة دعوى إتمام البيع والذي يبقى على المدعي عبء إثباته¹.

ومجمل القول، فإن ممارسة دعوى إتمام إجراءات البيع في التشريعات العقارية الخاصة ببناء على عقد البيع الابتدائي؛ فيه حماية للمشتري أكثر من دعوى إتمام إجراءات البيع التي تتم في إطار القواعد العامة.

الفقرة الثانية: دعوى إتمام البيع بناء على عقد نهائي

إن بيع العقار المحفظ أو في طور التحفيظ لا يستوجب مجرد الرضى والتمن والمثمن، بل لكي يعتبر العقد ساري المفعول في مواجهة الأطراف والغير، لابد أن يأتي في شكل مكتوب ثم بعد ذلك تسجيله في الرسم العقاري².

فالبائع ملزم بتسليم الشيء المبيع للمشتري، والتسليم هنا قد يكون مادياً وقد يكون قانونياً، واشترط المشرع المغربي في حالة العقارات المحفظة القيام بإجراءات قانونية لأجل تحقق التسليم القانوني، ذلك أن هذه العقارات تخضع لنظام خاص وهو نظام الشهر العيني القائم على أساس إنشاء رسم عقاري بعد خضوعه لمسطرة التحفيظ³، وبالتالي فإن أي حق عيني وارد على عقار خاضع لظهير التحفيظ العقاري، ولم يتم إيداعه وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 أو نشر خلاصة إصلاحيه له وفق الفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 إذا تعلق الأمر بعقار في طور التحفيظ، أو لم يتم تقييده في الرسم العقاري حسب مقتضيات الفصل 66 و 67 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 يعتبر هو والعدم سواء.

وهكذا نجد القضاء المغربي في غير ما مرة ذهب إلى اعتبار البائع ملزماً تجاه المشتري بضمان نقل الحق المبيع، وإن ذلك لا يتأتى في إطار العقارات المحفظة إلا

¹ - محمد لشقار، م.س، ص 147.

² - هشام آيت الصديق، م.س، ص 98.

³ - لمياء أوبوزور، م.س، ص 84.

بتسجيل البيع بالرسم العقاري¹.

ولذلك، يرى أحد الباحثين² بأن إيراد دعوى التسجيل ضمن الشروط الخاصة لدعوى إتمام البيع يعود إلى سببين:

أولهما: كون القضاء المغربي وفي معظم نوازله يجمع بين الدعويين تحت اسم واحد.

ثانيهما: من أجل تأكيد تبرير المحاولة في التأصيل لدعوى إتمام البيع وإبراز التمييز الذي يوجد بينها وبين دعوى التسجيل.

وفي هذا المقام، تجدر الإشارة إلى أن المشتري في كثير من الأحيان وهو يحاول تقييد عقد البيع بالرسم العقاري يواجه برفض المحافظ على الأملاك العقارية القيام بذلك التقييد؛ لعله أن الرسم العقاري مثقل بمجموعة من القيود التي تمنع وتعرقل عملية البيع³.

وفي هذا الإطار يثار إشكال بخصوص مدى إلزامية اللجوء إلى المحافظ على الأملاك العقارية قبل رفع دعوى إتمام إجراءات البيع كشرط لقبولها؟

إجابة عن هذا التساؤل، نجد هناك خلافا على مستوى الباحثين والقضاء، إذ ذهبت إحدى الباحثات⁴ إلى القول بعدم ضرورة اللجوء إلى المحافظ، حيث لا يوجد في الفصل 96 من ظ.ت.ع ما يفيد إلزاميته، كما أن عدم قيام البائع بالإجراءات اللازمة لتقييد عقد البيع بالرسم العقاري يعد السبب الرئيسي لرفض المحافظ العقاري تسجيله، وفي هذه الحالة لا حاجة لتطبيق الفصل 96 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بمقتضى القانون رقم 14.07 لكون النزاع قائماً بين البائع والمشتري فقط ولا دخل للمحافظ العقاري في ذلك، بالإضافة إلى أن أغلب هذه الدعاوى تقام بحضور المحافظ العقاري وبالتالي يمكنه توضيح وجهة نظره آنذاك إن ظهرت له ضرورة لذلك.

¹ - قرار رقم 98، صادر في 15/05/2008، ملف عقاري عدد 13/2007/206 منشور بقضاء محكمة الاستئناف بالرباط في ظل المبادئ الحديثة المعتمدة من طرف المجلس الأعلى، العدد 1، مطبعة الأمانة الرباط 2011، ص 266.

² - محمد لشقار، م.س، ص 148.

³ - البشير بن إسماعيل، م.س، ص 159.

⁴ - لمياء أوبوزور، م.س، ص 96.

وقد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها إلى تكريس هذا الاتجاه، حيث جاء في حيثياته: "وحيث إنه لا مانع يمنع من مقاضاة البائع من أجل القيام بالإجراءات المطلوبة لتقييد الشراء دون اللجوء إلى المحافظ أولاً، خاصة وأن الأمر يتطلب تدخل البائعة للقيام بالمتعين في شأنه"¹.

في حين ذهب أحد الباحثين² إلى القول بضرورة اللجوء إلى المحافظ على الأملاك العقارية لما في ذلك من مصلحة للطرفين معا ولمصلحة العدالة أيضاً، ذلك أن اللجوء إلى المحافظ أولاً قد يجنب طالب رفع القيود- المستهلك العقاري- مصاريف التقاضي؛ فضلاً على أنه سيختصر عليه الوقت لأجل تقييد حقه، خصوصاً وأن المحافظ قد يقرب بين وجهة نظر الطرفين لتسهيل تقييد عقد البيع بالرسم العقاري، كما أن اللجوء إلى المحافظ أولاً سيجنب المحكمة تراكم ملفات من هذا النوع.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف بوجدة بما يلي: "وحيث إنه لما كان عقد البيع العرفي المحتج به أعلاه تام الأركان والشروط على النحو المعلن أعلاه فما على صاحب المصلحة إلا التقدم إلى مصلحة المحافظة العقارية المختصة لمباشرة إجراءات تسجيله وفق ما يقتضيه القانون وهو وضع لا يتوقف على تدخل البائعة له مما يبقى معه والحالة هذه طلبه الرامي إلى إتمام إجراءات البيع وتسجيله بالمحافظة العقارية غير ذي موضوع"³.

وتماشياً مع هذا التوجه، ذهبت ابتدائية الرباط في أحد أحكامها إلى أنه: "إن المدعي لم يثبت للمحكمة سلوكه المسطرة المنصوص عليها في الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري التي تنص على أنه يتعين اللجوء إلى المحافظ إذا تعلق الأمر بتسجيل حق عيني أو التشطيب عليه ورفض المحافظ الاستجابة للمطلب بسبب عدم صحته أو

¹ - قرار عدد 107 صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2003/11/11، في الملف رقم 13/2002/127، أشارت إليه لمياء أوبوزور، م.س، ص 96.

² - البشير إسماعيل، م.س، ص 160.

³ - قرار رقم 353، صادر في 2018/05/17، ملف عدد 2018/1402/80، غير منشور.

عدم كفاية الرسوم مما تكون معه دعواه معيبة شكلا ويتعين الحكم بعدم قبولها"¹. وفي خضم هذا الخلاف، ذهب أحد الباحثين² إلى ضرورة التمييز بين أمرين مهمين هما:

+ إن الخلاف الناشئ بين القضاء المغربي بخصوص المسطرة المذكورة يجب حصره في نطاق دعوى التسجيل - التقييد - فقط، ولا يتعلق بدعوى إتمام البيع، ذلك أن هذه الأخيرة ينحصر نطاقها ونتيجتها القانونية في تمكين المدعي من عقد بيع تام وصحيح قابل ومهيئ للتسجيل - التقييد -، بخلاف الأولى التي تبنى على تمكين المشتري من نقل الملكية إليه بالفعل عن طريق إلزام البائع بتسهيل التسجيل في الرسم العقاري.

+ التحقق من توفر المدعي على عقد بيع تام وصحيح قابل للتسجيل باعتباره أول شرط أساسي يجب توفره في دعوى التسجيل.

وإن كان لي من رأي في هذا النقاش الحاصل، فإنه لن يحيد عن ضرورة اللجوء إلى المحافظ العقاري كلما تعلق الأمر بتقييد عقد نهائي، فبالإضافة إلى المزايا التي يوفرها من قبيل ربح الوقت وتقليل المصاريف فإن المحافظ العقاري هو الجهة المخول لها تطبيق ظهير التحفيظ العقاري وخصوصا حينما يتعلق الأمر بحق عيني وارد على عقار محفظ أو في طور التحفيظ، إلا أن وعد البيع يستلزم على المستهلك العقاري اللجوء إلى القضاء وذلك باعتباره حقا شخصيا وليس عينيا.

وغني عن البيان أن إقامة دعوى في مواجهة البائع لإجباره على رفع الموانع والقيود القانونية لها صور متنوعة؛ من قبيل مثلا رفع الرهن³ والحجز⁴ والتقييد

¹ - حكم عدد 101 صادر بتاريخ 2002/2/27، ملف عدد 2002/215/7، منشور، أشارت إليه لمياء أوبوزور، م.س، ص 96.

² - عبد الخالق الشرفي، دعوى إتمام البيع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2004-2005، ص 88.

³ - لقد عرفت المادة 165 من مدونة الحقوق العينية الرهن الرسمي بأنه: "حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ، ويخصص لضمان أداء دين".

⁴ - ينص الفصل 87 من القانون رقم 14/07 على ما يلي: "كل حجز أو إنذار بحجز عقاري يجب أن يبلغ إلى المحافظ

الاحتياطي¹.

وفي هذا الإطار، ذهبت المحكمة الاستئنافية بطنجة إلى أنه: "إلزام المدعى عليهم بتمكين المدعية من شهادة رفع اليد عن الرهن الرسمي المنصب على نصيب البائعة موروثه المدعى عليهم موضوع الرسم العقاري..."².

وبالرغم من أن المادة 199 من مدونة الحقوق العينية تنص على أن الدائن المرتهن رهنا رسميا يتمتع بحق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به، وذلك محاولة منه لإحداث نوع من التوازن بين مصالح أطراف عقد الرهن؛ ويتجلى ذلك في صلاحية الراهن في التصرف في ملكية عقاره المرهون بدون إلحاق أي ضرر بمصالح الدائن المرتهن³، فإن هذا الأخير دائما يعمل على تضمين شروط من قبيل منع التفويت والكرأ والرهن حتى لا يتفاجأ بطرف ثالث يزاحمه في تحقيق رهنه.

ولعل هذا الإجراء له ما يبرره، حيث أصبح الرهن الرسمي يتصدر مختلف أنواع الضمانات، وله أهمية كبيرة في سوق التمويل لأن القروض المقدمة للمستثمرين ولمختلف شرائح المجتمع في شتى الميادين الصناعية والمهنية والحرفية والخدماتية، عرفت تطورا

==

على الأملاك العقارية الذي يقبده بالرسم العقاري وابتداء من تاريخ هذا التقييد لا يمكن إجراء أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة البيع الجبري للعقار المحجوز".

¹ - التقييد الاحتياطي "إمكانية يخولها القانون لكل من يدعي حقا عينيا عقاريا على عقار محفظ قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق، وذلك بالإشارة إليه في الرسم العقاري في انتظار تحويل هذا التقييد الاحتياطي إلى تقييد نهائي أو التشطيب عليه"، محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، طبعة 2014، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 505.

² - قرار رقم 567، صادر في 2017/12/18، ملف عقاري عدد 1402/2017/324، أشار إليه فؤاد الخضيرى، م.س، ص 17.

³ - نور الدين لعرج، الشكلية في عقد الرهن في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكدال الرباط، السنة الجامعية 1999-2000، ص 197.

مهما وتزايد حجمها لمواكبة التطور الاقتصادي والاجتماعي¹.

كما ذهبت المحكمة الاستئنافية بوجدة في أحد قراراتها إلى أنه: "وحيث إنه طالما أن المستأنف أدى الدفعات المتفق عليها وأودع باقي الثمن بصندوق المحكمة بعد إتباع المساطر القانونية، فإن البائع ملزم بضمان نقل ملكية المبيع له عن طريق إتمام إجراءات البيع، وأن الدفع بفسخ العقد الأولي ووضع المبالغ المؤداة رهن إشارته ليس من شأنه أن يعدم الاتفاق المستوفي لجميع شروطه القانونية، وأن القاعدة أن أعمال العقود خير من إهمالها.

وحيث إنه تأسيسا على ذلك، فإنه ما دام أن المستأنف أثبت أنه أدى ما التزم به، فإن المستأنف عليهم يلزمون بدورهم بتنفيذ التزامهم وإتمام إجراءات البيع معه وأن ما تمسكوا به غير منتج، وأن الحكم المستأنف لما لم يراع ما ذكر لم يكن مؤسسا مما يتعين إلغاؤه والحكم من جديد بإلزام المستأنف عليهم بإتمام إجراءات البيع مع المستأنف بشأن العقارين المسميين ذي الرسم العقاري... وبرفع الحجز التحفظي المنصب عليهما"².

وفي هذا الإطار، قد تطرح مسألة امتناع البائع عن تطهير الرسم العقاري من التقييد الاحتياطي، وإن كان هذا الأخير لا يمنع من تقييد عقد البيع فإنه يحدد الحق المولي له في المرتبة بالتشطيب عليه.

وهكذا ذهبت المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء³ إلى أنه: "وحيث إن المدعى عليها بتوصلها بالإنذار الصادر عن المدعي برفع الرهنين والتقييد الاحتياطي دون أن تقوم بذلك بشكل إخلالا بالالتزام بضمان التسليم مما يكون معه الطلب مبررا ويتعين بالتالي الحكم على المدعى عليها بتطهير الرسم العقاري... من جميع الرهون والتقييد الاحتياطي".

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن العقد النهائي في إطار بيع العقار في طور

¹ - محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002، ص 11.

² - قرار صادر في 2018/02/15، ملف عدد 17/1404/373، غير منشور.

³ - حكم صادر في 2007/09/19، ملف عقاري 06/21/1563، أشار إليه البشير بن إسماعيل، م.س، ص 165.

الإنجاز له خصوصية يتميز بها، حيث أن انتقال الملكية للمشتري تكون من تاريخ إبرام العقد النهائي بالنسبة للعقار في طور التحفيظ طبقا لمقتضيات الفصل 618/20 من القانون 44.00 كما غير وتم بمقتضى القانون رقم 107.12، وهذا الأمر يعد محل نظر؛ لأن انتقال الملكية في العقار في طور التحفيظ تتم عن طريق الإيداع أو نشر خلاصة إصلحية، أما بالنسبة للعقار المحفظ فهي تنتقل بمجرد التقييد.

أما بخصوص العقد النهائي في إطار الإيجار المفضي لتملك العقار، فإن المادة 18 من القانون 51.00 تنص على أن المكتري المتملك يتسلم المحل على الحالة التي يوجد عليها أثناء إبرام عقد البيع النهائي، مع الاحتفاظ إن اقتضى الحال، بحق المطالبة بتنفيذ واجبات البائع.

وفي جميع الأحوال، فإن دعوى إتمام إجراءات البيع سواء تجلت في دعوى تحرير العقد النهائي أو إتمام البيع بناء على عقد نهائي، تشكل آلية قانونية لحماية المستهلك العقار وتحقيق استقرار المعاملات العقارية على حد سواء؛ لذا يستوجب على المشرع إيجاد قواعد تشريعية تنظمها وخصوصا بالاعتماد على تلك الواردة في إطار التشريعات العقارية الخاصة وذلك بغية تحقيق أمن عقاري.

المطلب الثاني: آثار صدور الحكم لصالح المستهلك العقاري

إن الأحكام الصادرة في دعاوى إتمام البيع والهادفة إلى إلزام البائع بإبرام عقد البيع النهائي، ما هي إلا آلية فعالة في منظومة التنفيذ الجبري، وأمام تنوع السندات التي من شأنها أن تكون إحدى وسائل التنفيذ الجبري؛ فإن صياغة الأحكام التي تقضي في منطوقها بإتمام البيع تتسم بتنوعها وتعددتها؛ بحيث قد تعتبر الحكم بمثابة عقد بيع نهائي كما هو الشأن بالنسبة للأحكام الصادرة في إطار التشريعات العقارية الخاصة وفي حالات أخرى، أو أنها قد تكتفي بإلزام البائع بإتمام إبرام البيع دون تحديد الشكلية الواجب التقيد بها (الفقرة الأولى)، أو أنها قد تقضي اعتبار الحكم بمثابة سند للملكية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى اعتبار الحكم بمثابة عقد بيع نهائي

بعد استنفاد أهم الإجراءات المسطرية من طرف المحكمة والتي تراها مفيدة في تهيئ الدعوى للبت فيها، وتكون بالتالي فتحت المجال للأطراف لإبداء مختلف أوجه دفاعهم ودفعاتهم المسموح بها قانوناً، فإن القاضي المقرر يصدر أمراً بتخليه عن الملف ويحدد تاريخ الجلسة التي تدرج فيها القضية، ويتم إصدار حكم إما بقبول طلب المدعي وبالتالي إصدار حكم بإتمام إجراءات البيع، أو برفض طلبه، أو عدم قبوله وذلك حسب الأحوال¹.

إن الحكم الذي يصدر في دعوى إتمام البيع، وهو يقضي بالحكم على المدعى عليه - البائع أو من يقوم مقامه - بإبرام البيع النهائي، ليس في حقيقته إلا وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري لمستند ما قبل التعاقد النهائي، كما أن البيع النهائي المحكوم بإبرامه يجب أن يكون منسجماً بل وتنفيذاً لمقتضيات البيع التمهيدي².

وتقتضي الحكمة على الأقل الإشارة إلى أن هناك اختلافاً في منطوق بعض الأحكام التي تقضي بإتمام البيع؛ مما يجعلنا أمام صياغات متعددة بحيث قد تقضي اعتبار الحكم بمثابة عقد بيع نهائي، أو أنها قد تكتفي بإلزام البائع بإتمام إبرام البيع دون تحديد للشكلية أو القالب الذي سيتم فيه.

وكمثال على الأحكام التي تكتفي بإلزام البائع بإتمام إبرام البيع فقط، ما قضت به محكمة الاستئناف بوجدة في قرار لها جاء في منطوقه ما يلي: "... وتصدى الحكم على المستأنف عليه بإتمام البيع مع المستأنف بشأن القطعة الأرضية الكائنة... مساحتها... مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، وتحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 200 درهم يومياً ابتداء من تاريخ الامتناع عن التنفيذ"³.

وأمام غياب النص التشريعي الذي يحدد موضوع الحكم الذي سيصدر في دعوى

¹ - هشام آيت الصديق، م.س، ص 121 وما بعدها.

² - عبد الخالق الشرفي، م.س، ص 98 وما بعدها.

³ - قرار صادر في 2015/12/31، ملف 15/1201/723، غير منشور.

إتمام إجراءات البيع، وهل الأمر يتعلق فقط بإلزام المدعى عليه بتحرير العقد النهائي أو اعتبار الحكم بمثابة عقد وبالتالي تسجيله في الرسم العقاري، فإن العمل القضائي يبقى متأرجحا بين هذا الاتجاه وذاك¹.

وهكذا نجد بعض الأحكام تذهب صراحة إلى إلزام البائع بتحرير العقد النهائي ومنها ما قضت به المحكمة الابتدائية بالرباط حيث جاء فيه: "الحكم على المدعى عليه بإتمام إجراءات البيع مع المدعي بشأن العقار الموعود ببيعه وذلك بتحرير عقد البيع النهائي وبتمكينه من حيازة فعلية وقانونية تحت طائلة غرامة تهديدية².

وفي هذا السياق، ذهبت بعض المحاكم إلى أبعد من ذلك حينما اعتبرت الحكم النهائي بمثابة عقد وبالتالي إصدار أمر إلى المحافظ بتقييده في الرسم العقاري وهذا ما قضت به المحكمة الاستئنافية بطنجة في أحد قراراتها: "... وذلك باعتبار الحكم الصادر في نازلة الحال بمثابة عقد نهائي يحق للمستأنف طلب تسجيله في الرسم العقاري في حالة معارضته"³.

وتأييدا لذلك، ذهب بعض الباحثين⁴ إلى القول بأنه إذا توفر العقد موضوع التصرف - عقد الوعد بالبيع، عقد البيع الابتدائي - على جميع الشروط الواجب توافرها في العقد من رضى ومبيع وثمان وجاء وفق الشكل الكتابي، فإنه يتعين على المحكمة أن تقضي باعتبار الحكم الصادر بمثابة عقد، وبالتالي أمر السيد المحافظ العقاري على تسجيله في الرسم العقاري. على اعتبار أن عقد الوعد بالبيع أو عقد البيع الابتدائي هي عقود تامة تتكون من جميع شروط عقد البيع النهائي؛ ولا ينقصها إلا حلول الأجل أو تحقق شرط معين من أجل تحرير العقد النهائي.

¹ - هشام آيت الصديق، م.س، ص 137.

² - حكم عدد 540، بتاريخ 2005/09/30، أشار إليه إدريس البحياوي، م.س، ص 99.

³ - قرار رقم 141، صادر بتاريخ 2006/08/09، ملف رقم 2006/01/08، منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع 98، سنة 1981، ص 74.

⁴ - هشام آيت الصديق، م.س، ص 140.

- فؤاد الخضير، م.س، ص 68.

ويمكن القول، أن قبول طلب اعتبار الحكم القاضي بإتمام إجراءات البيع هو بمثابة عقد نهائي يرتبط أساسا بتحقق شرطين؛ الأول هو أن يكون الحكم المذكور قد صار نهائيا، أما الثاني فيتمثل في إثبات المدعي لامتناع المدعى عليه عن تنفيذ الحكم لتستجيب المحكمة للطلب وتحكم باعتبار الحكم بمثابة عقد نهائي¹.

وفي المقابل من ذلك، ذهب أحد الباحثين² إلى عدم إمكانية اعتبار الحكم النهائي بمثابة عقد، لأنه يخالف الأحكام المنظمة لعقد البيع العقاري، إذ بالرجوع إلى مقتضيات القانونية سواء الواردة في إطار قانون الالتزامات والعقود أو تلك الواردة في مدونة الحقوق العينية، لا نجدها تضع استثناءات على الشكالية التي يجب فيها إفراغ العقود المرتبطة بالعقار، وبالتالي يجب عدم اعتبار الحكم أو القرار القضائي بمثابة بيع نهائي لما يشكله ذلك من هدم لمقتضيات ظلت راسخة في الفكر القانوني.

وهكذا نجد القضاء المغربي قد تبنى هذا الموقف، حيث قضت ابتدائية وجدة في أحد أحكامها بأنه: "وحيث إن طلب اعتبار الحكم سنداً للملكية بمثابة العقد النهائي في حالة امتناع المدعى عليها غير مؤسس، ما دام أن سند تملك العقار المحفظ محصور قانوناً في الرسم العقاري، ولا يمكن تبعا لذلك إنشاء وسيلة أخرى"³.

وفي هذا السياق، قضت المحكمة الابتدائية بمكناس بما يلي: "وحيث إن طلب أمر المحافظ العقاري بمكناس بتدوين هذا الحكم بالرسم العقاري وكذا طلب اعتبار الحكم بمثابة عقد بيع نهائي سابقين لأوانهما"⁴.

وإن كان لي من رأي في هذا المقام، فلن يحيد عن اعتبار الحكم النهائي بمثابة عقد، لأنه يكرس لنا نوعاً من الحماية القضائية لمستهلك العقار، إذ يكون بمعزل عن اللجوء إلى البائع الذي قد يقوم بابتزازه، كما وأن الحكم النهائي يعد وثيقة رسمية مما لا

¹ - لمياء أوبوزور، م.س، ص 108.

² - البشير بن إسماعيل، م.س، ص 158.

³ - حكم عدد 14-1171 صادر في 2014/06/18، ملف عقاري رقم 14/56، غير منشور.

⁴ - حكم تحت عدد 74، صادر في 2014/1/22، ملف مدني 2012/1402/697، أشار إليه فؤاد الخضير، م.س، ص 67.

يشكل تعارضا مع المقتضيات الخاصة والمؤطرة للبيع العقاري، وأنداك يبقى للمستهلك العقاري مكنة اللجوء إلى المحافظ على الأملاك العقارية قصد تقييده فقط.

والواضح مما سبق، أن صياغة بعض الأحكام لم تكن دقيقة بالمفهوم القانوني لدعوى إتمام البيع والهدف منها؛ فهي إما أن تأمر البائع بالقيام بجميع الإجراءات لإتمام البيع من دون أن تبين تفاصيل هذه الإجراءات رغم أن بعض المحاكم¹ قضت بعدم قبول الطلب لمجرد عدم بيان ماهية الإجراءات التي على البائع القيام بها، وإما أن تحكم بإتمام إجراءات البيع وذلك بتحرير البيع النهائي من دون تحديد كيفية صياغة هذا العقد ولا حتى إحالتها على البيع التمهيدي المراد إتمامه، وقد يمتنع البائع عن إبرام البيع النهائي، فيضطر المستهلك العقاري إلى مراجعة المحكمة للقول بأن الحكم الذي صدر عنها يعتبر بمثابة بيع نهائي حتى يتمكن من تسجيله دون تدخل البائع².

وقد انتبه المشرع المغربي لهذا الإشكال من خلال القانون 44.00 كما غير وتمم بمقتضى القانون رقم 107.12 المعدل والمتمم للقانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، حيث أشار الفصل 618/19 منه إلى أن الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع يقوم مقام عقد البيع النهائي ويكون قابلا للتنفيذ بالرسم العقاري إذا كان العقار محفظا، أو الإيداع بمطلب التحفيظ إذا كان العقار في طور التحفيظ³.

كما نصت المادة 19 من قانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار على أنه: "في حالة رفض البائع إبرام عقد البيع النهائي لسبب من الأسباب في أجل أقصاه

¹ - حكم عدد 240 صادر عن ابتدائية الرباط في 2002/3/5، ملف عقاري 01/1033/1، أشار إليه عبد الخالق الشرفي، م.س، ص 90.

² - عبد الخالق الشرفي، م.س، ص 100.

³ - نص الفصل 19 على أنه: "إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ توصله بالإشعار، يحق للطرف المتضرر إما:

- فسخ العقد بقوة القانون، تطبيقا لأحكام الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود مع حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 14-618؛

- اللجوء إلى التحكيم أو إلى المحكمة من أجل إتمام البيع مع حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 12-618. يقوم الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع مقام عقد البيع النهائي قابل للتقييد في السجل العقاري إذا كان العقار محفظا، أو إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان العقار في طور التحفيظ".

ثلاثون يوما من توصله بإنذار بقي بدون جدوى، يمكن للمكترى المتملك الذي أدى ثمن البيع كاملا اللجوء إلى المحكمة لطلب إبرام عقد البيع النهائي.

يعتبر الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع بمثابة عقد البيع النهائي".

ومن خلال مقارنة مضمون المادتين المذكورتين أعلاه، يتضح أن هناك خلافا في المدة الممنوحة للمستهلك العقاري قصد اللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار الحكم النهائي القاضي بإتمام البيع في حالة رفض البائع إبرام عقد البيع النهائي، حيث إن الفصل 618/19 من قانون 44.00 كما غير وتمم بمقتضى القانون رقم 107.12 ينص على أجل ستين (60) يوما تبتدئ من تاريخ توصل البائع بالإشعار؛ على خلاف المادة 19 من قانون 51.00 التي تنص على أجل أقصاه ثلاثون يوما تبتدئ من تاريخ توصله بالإنذار الذي بقي دون جدوى. ولعل سبب الاختلاف راجع إلى أن العقار في إطار قانون 51.00 يكون موجودا ويتم استعماله من قبل المكترى المتملك؛ ويقتضي الأمر لإبرام العقد النهائي أداء المبلغ المتبقى من ثمن البيع المتفق عليه، على خلاف العقار في إطار قانون 107.12 المذكور أعلاه الذي يكون في طور الإنجاز، ومن أجل إبرام العقد النهائي يتوجب على البائع الإدلاء لمحضر العقد برخصة السكن أو شهادة المطابقة واستخراج الرسوم العقارية الفرعية بالنسبة للعقارات المحفظة وذلك طبقا للفقرة الثانية من الفصل 16 من قانون 107.12.

وهكذا اعتبر أحد الباحثين¹ أن هذا المقتضى من بين حسنات التشريعين السابق ذكرهما، لأن من شأنه أن يعفي كل حائز لحكم قضائي نهائي قضى بإتمام بيعه من إثبات امتناع المحكوم عليه أو من يقوم مقامه من إبرام العقد النهائي المحكوم به، فيعتبر بمثابة بيع نهائي بقوة القانون دون حاجة لاستصدار حكم يقضي بذلك وحذا لو تم تمديد هذا المقتضى إلى باقي البيوع العقارية.

¹ - إدريس اليحياوي، م.س، ص 101.

الفقرة الثانية: مدى اعتبار الحكم بمثابة سند للملكية

إن الحكم الصادر في دعوى إتمام البيع، لا يمكن الاحتجاج به تجاه أطرافه والغير إلا بعد أن يصبح حكماً نهائياً وباتاً وغير قابل لأي طعن من الطعون الموقفة للتنفيذ. وهكذا، يتضح في بداية الأمر وجود اختلاف بين مؤسسة الحكم ومؤسسة العقد سواء في الأحكام المنظمة أو المفهوم، فالعقد هو توافق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني؛ أما القضاء فلا يمكن له أن يحل محل إرادة الأطراف وخصوصاً المتعنت، ولذلك فحبذا لو تم اعتبار الحكم بمثابة سند ناقل للملكية بدلاً من اعتباره عقداً نهائياً¹.

والجدير بالإشارة، أنه يجب التمييز بين اعتبار الحكم النهائي بمثابة عقد بيع نهائي وبين اعتباره سنداً ناقلاً للملكية العقارية؛ فملكية العقار لا تنتقل بالفعل إلا بالتقيد حسب مقتضيات الفصل 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 إذا تعلق الأمر بعقار محفظ، أو إيداعه وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع السابق الذكر أو نشر خلاصة إصلاحية وفق الفصل 83 من ظ.ت.ع السابق الذكر إذا تعلق الأمر بعقار في طور التحفيظ.

وفي هذا الإطار ذهب أحد الباحثين² إلى القول بأن مستهلك العقار المدعي في دعوى إتمام البيع، لا يمكنه أن يبدي طلباً يرمي إلى الحكم بثبوت ملكيته للعقار موضوع البيع الابتدائي أو الوعد بالبيع، لأن التسجيل يحتاج إلى سلوك مسطرة خاصة يمارسها صاحب المصلحة ولا ترقى إلى دعوى إلا بعد حصول المانع من إجراء التسجيل.

وعلى مستوى القضاء، نجد المحكمة الابتدائية بوجدة قد قضت في أحد أحكامها بأنه: "وحيث إن قانون التحفيظ العقاري حصر سند تملك العقار المحفظ في الرسم العقاري، وأنه ليس للمحكمة إنشاء سند تملك آخر غير المنصوص عليه قانوناً، مما يجعل الطالب غير مؤسس ويتعين عليه رفضه"³.

¹ - فؤاد الخضير، م.س، ص 70.

² - عبد الخالق الشرفي، م.س، ص 102.

³ - حكم صادر بتاريخ 2014/06/11، ملف عدد 14/229، غير منشور.

وهذا ما تم تأكيده في حكم آخر لها حيث جاء فيه "وحيث إن من شأن الاستجابة للطلب خلق سندات تملك غير منصوص عليها قانونا مما يجعل الطلب غير مؤسس ويتعين التصريح برفضه"¹.

وفي هذا السياق، قد تقضي المحكمة بالإلزام المدعى عليه بإتمام إجراءات البيع، مع اعتبار طلب جعل حكم بمثابة سند تملك سابق لأوانه في ظل عدم إثبات امتناع المدعى عليه عن تنفيذ الحكم. مما يجعلنا نتساءل عن مدى اعتبار الحكم بمثابة سند للتنفيذ في حالة امتناع المدعى عليه؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من التأكيد على أن اعتبار الحكم بمثابة سند للملك سواء قبل امتناع المدعى عليه أو بعده يصعب تصوره بالنسبة للعقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري؛ حيث أن الرسم العقاري هو سند الملكية في العقار المحفظ، وشهادة المطلب هي التي تفيد الحوز القانوني لطالب التحفيظ، ولذلك قضت المحكمة الابتدائية بوجدة في أحد أحكامها بأنه²: "وحيث إنه اعتبارا لذلك فإن الطلب في شقه المتعلق بالإلزام المدعى عليه بإتمام إجراءات البيع يكون مؤسس قانونا ويتعين الاستجابة له.

وحيث إنه اعتبارا لكون تنفيذ الحكم الرامي إلى إتمام إجراءات البيع يتوقف على التدخل الشخصي للمحكوم عليه، وبالتالي فإن طلب الغرامة التهديدية يكون مؤسسا قانونا ويتعين الاستجابة له مع تحديدها من طرف المحكمة بما لها من سلطة تقديرية في حدود المبلغ الوارد بمنطوق الحكم أدناه.

وحيث إن طلب اعتبار الحكم بمثابة سند تملك يبقى طالبا سابقا لأوانه في ظل عدم إثبات امتناع المدعى عليه".

وفي هذا النسق، قضت المحكمة الاستئنافية بوجدة بأنه: "ذلك أن القرار القضائي المستدل به القاضي بإتمام إجراءات البيع بخصوص المدعى فيه لا يعتبر سندا للملكية ولا

¹ - حكم صادر بتاريخ 20/05/2015، ملف عدد 15/178، غير منشور.

² - حكم صادر بتاريخ 21/06/2017، ملف عدد 170/1404/2016، غير منشور.

حجة عليه ولا يمكن الاستناد عليه للمطالبة بالاستحقاق، وإنما الغاية منه إلزام الواعد بالقيام بالإجراءات الكفيلة بإتمام البيع مع المستأنف¹.

وفي مقابل ذلك، ذهب أحد الباحثين² إلى القول بأنه على المحكمة بناء على طلب المشتري أن تصدر أحكاماً تقضي باعتبارها سنداً للملكية قائمة بذاتها دون حاجة للعودة إلى البائع الذي يتهرب من التزاماته تجاه المشتري؛ بل قد يتعنت ويؤدي ذلك إلى الإضرار بالمشتري ما دام تنفيذ الأحكام بقيت دون جدوى.

وكمثال لهذه الأحكام التي بقيت بدون تنفيذ نذكر الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة والذي جاء فيه ما يلي³: "إلزام المدعى عليه بإتمام إجراءات البيع بخصوص القطعة الأرضية رقم 89 من تصميم التجزئة المنشأة بالعقار موضوع الرسم العقاري عدد (...).".

ويرى بعض الباحثين⁴ بأنه لتجاوز هذا الإشكال، يتعين على المحكمة التتبع في مضمون الحكم على عبارة "واعتبار هذا الحكم بمثابة عقد وتسجيله بالسجلات العقارية" كلما تبين لها أن إجراءات البيع تامة بين طرفيه، وهذه العبارة قد تساهم في رفع الحرج عن المحافظين العقاريين وتسهيل مأموريتهم في تنفيذ الأحكام، وكذا حماية المشتري من تعنت البائع الذي يرفض إتمام إجراءات البيع بدون سبب رغم أمر القضاء بذلك.

وتقتضي الحكمة على الأقل، التمييز بين اعتبار الحكم بمثابة سند للتملك وبين إلزام الحكم المدعى عليه بنقل ملكية الشيء المبيع، حيث أن الفرضية الأولى لا يمكن

¹ - قرار صادر في 15/02/2018، ملف عدد 17/1404/263، غير منشور.

² - كمال عونة، تنفيذ المحافظ على الأملاك العقارية للمقررات القضائية- بين تطبيق القواعد العامة والخاصة وعلى ضوء مستجدات القانون رقم 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 2012-2013، ص 272 و 273.

³ - حكم رقم 605، صادر في 26/03/2008، ملف رقم 07/1930، غير منشور.

⁴ - الحاجة طالب، وفاء حربة، إشكالية تنفيذ المقررات القضائية من طرف المحافظ العقاري، بحث لنهاية التدريب بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، الفوج 29، سنة 2000-2002، ص 40 و 41.

تصورها، على خلاف الفرضية الثانية؛ وهو ما ذهبت إليه استئنافية وجدة في قرار لها¹ حيث جاء فيه؛ "إلغاء الحكم المستأنف والحكم تصدياً بإلزام المستأنف عليهم بتجزئة المدعى فيه ونقل ملكية القطعة الأرضية المباعة البالغة مساحتها 600 متر مربع للمستأنفين وتحميل المستأنف عليهم الصائر في الدرجتين".

وهكذا فإن نقل الملكية بالنسبة للتصرفات المنصبة على العقار المحفظ يتجلى في تقييده بالرسم العقاري، وإلا لن يكون له أي أثر سواء بين الأطراف أو بالنسبة للغير حسب الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري، مع العلم أن تقييد الحقوق العينية المرتبطة بموافقة المالك يلزم طالب التقييد الإدلاء بنظير الرسم العقاري وذلك تطبيقاً للفقرة الأولى من الفصل 89 من ظهير التحفيظ العقاري.

أما انتقال الملكية بالنسبة للتصرفات الواردة على العقار في طور التحفيظ، فإنها لا تتم إلا إذا تم إيداعها وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 أو تم نشر خلاصة إصلاحية طبقاً للفصل 83 من ظ.ت.ع² كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07.

وفي هذا السياق، يمكن لمستهلك العقار أن يلجأ إلى القضاء قصد إلزام المدعى عليه بإيداع نظير الرسم العقاري لدى المحافظة العقارية وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية، مع إمكانية طلب صدور إذن للمحافظ قصد تقييد عقده في حالة ثبوت امتناع المدعى عليه، وهو ما سيضفي نوعاً من الحماية على مستهلك العقار.

وتطبيقاً لذلك، قضت ابتدائية وجدة في أحد أحكامها³: "وحيث إنه اعتباراً لذلك فإن طلب إلزام المدعى عليه بإيداع نظير الرسم العقاري يعتبر من إجراءات تسليم العقار المتبرع به وضمان حيازته من طرف المتبرع لهم.

وحيث إن الطالب في شقه المتعلق بالإذن للمحافظ بتقييد عقدي الهبة والصدقة يبقى

¹ - قرار صادر في 2014/06/19، ملف عدد 14/1401/13، غير منشور.

² - سيتم الحديث عن آليتي نشر الخلاصة الإصلاحية والإيداع في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني.

³ - حكم صادر في 2019/09/27، ملف عقاري عدد 2016/1404/557، غير منشور.

طلبا سابقا لأوانه لعدم ثبوت امتناع المدعى عليه عن عدم تسليم نظير الرسم العقاري بعد صدور حكم قضائي يلزمه بذلك".

بل أبعد من ذلك، فقد قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بأنه: "لكن، ردا على الوسيلة فإن مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 89 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بمقتضى القانون رقم 14.07 المستدل بها إنما تتعلق بالحق العيني الذي يقضي إنشاءؤه موافقة المالك المسجل اسمه بالرسم العقاري المتعلق به والحائز لنسخة منه، ولا تتعلق بالحالة التي يكون فيها الحق العيني قد تم إنشاءؤه بالرضى وبمقتضى العقد (كما هو الحال في النازلة)، ولذلك فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه عللت قضاءها وعلى صواب بأن البيع المبرم بين الطرفين تام الأركان والشروط وأن حق الملكية قد نشأ لفائدة المدعية برضى البائع بناء على عقد البيع الملزم للبائع وأن الطلب لا يتعلق بحق يقضي إنشاءؤه في النازلة، يكون قرارها المطعون فيه غير خارق للمقتضيات القانونية المستدل بها، والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار¹".

وتقتضي الحكمة على الأقل، الإشارة إلى أن البائع المدعى عليه قد يكون في حالة امتناع عن تقييد العقد؛ ولكن يتعلق الأمر بمخالفة بعض المقتضيات القانونية المتعلقة بقسمة العقارات المحفوظة.

وفي هذا السياق، نجد المادة الرابعة من القانون 34.94² المتعلقة بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية تنص على أنه: "يمنع:

- أن يبرم في شأن الأراضي المشار إليها في المادة 1 أعلاه التي يزيد مجموع مساحتها على مساحة الاستغلال الدنيا أي عقد تصرف أو قسمة أو حق انتفاع أو عقد إيجار يترتب عليه إحداث قطع تقل مساحتها عن مساحة الاستغلال الدنيا؛

¹ - قرار عدد 4483 صادر في 2011/10/18، ملف مدني عدد 2009/1/1/2618، غير منشور.

² - ظهير شريف رقم 1.95.152 صادر في 13 من ربيع الأول 1416 (11 أغسطس 1995) بتنفيذ القانون رقم 34.94، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 1995/09/06، ص 2441.

- أن يبرم في شأن الأراضي المشار إليها في المادة 1 أعلاه التي يساوي مجموع مساحتها مساحة الاستغلال الدنيا أو يقل عنها أي عقد تصرف أو قسمة أو حق انتفاع أو أي عقد إيجار يترتب عليه تخفيض المساحة المذكورة.

على أن للإدارة أن ترخص بإبرام العقود المشار إليها أعلاه إذا كان الغرض من القطعة المراد استخراجها من مجموع الملك إحداث أو توسيع منشآت غير فلاحية".

وعلى مستوى القضاء، ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها إلى ما يلي¹: "... البيع الذي انصب على قطعة أرضية خارج المدار الحضري ينطبق عليه القانون 94/34، ويمنع تجزئة هذه الأراضي إلى مساحة تقل عن 5 هكتارات، ويكون البيع الذي تم خارج هذه الشروط غير صحيح وخارق للقانون".

وتكريسا لما قضت به محكمة النقض، قضت استئنافية وجدة في أحد قراراتها بما يلي²: "ذلك أن الثابت من وثائق الملف أن المحافظ على الأملاك العقارية رفض تقييد عقدي البيع عدد 135 صحيفة 155 بتاريخ 1996/08/09 وعدد 106 بتاريخ 1996/10/12 يكون قد استند إلى ما يقتضيه الفصل 4 مكرر من الظهير المؤرخ في 1969/07/25، إذ إن البين من قرار المحافظ العقاري وشهادة الملكية المستدل بها أن العقار موضوع الدعوى يوجد داخل مناطق الضم وأن عقدي البيع المحتج بهما أبرما خلال فترة المنع الممتدة من تاريخ نشر الإعلان بإيداع التصاميم واللوائح التجزئية وبين تاريخ نشر مرسوم المصادقة على عملية الضم بتاريخ 1998/02/09، مما يؤكد على أن عقدي البيع أبرما خلال فترة المنع من التصرف وفقا لما ينص عليه الفصل 4 مكرر من الظهير المؤرخ في 1969/07/25، وأن المنع المذكور ليس منعا مؤقتا وإنما منع يترتب عنه بطلان العقد المنجز خلافا للفصل المذكور...".

وفي نظري، فإن المشرع حينما أقر فترة منع إبرام التصرفات، والممتدة من تاريخ نشر الإعلان بإيداع التصاميم واللوائح التجزئية وبين تاريخ نشر مرسوم المصادقة على

¹ - قرار رقم 2747، صادر عن الغرفة المدنية القسم السابع بتاريخ 2010/06/05، ملف عدد 2008/5/1/3775، قرار منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط، العدد الأول سنة 2011، ص 266.

² - قرار رقم 454، صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2018/07/05، ملف عدد 17/1401/44، غير منشور.

عملية الضم؛ إنما لسبب جوهري يتجلى في أن هذه الفترة يتم فيها توزيع القطع على الملاك، ومن المحتمل أن يكون البائع قد تم منحه قطعة أخرى غير تلك التي كان يملكها قبل نشر الإعلان بإيداع التصاميم واللوائح التجزئية، وأذاً يكون التصرف المبرم خلال هذه الفترة ينصرف إلى قطعة ليست في ملكيته.

ولذلك، أعتقد أنه من الأفضل التلطيف من هذا المقتضى وخصوصاً حينما يكون التصرف منصبا على نفس القطعة التي بقيت ملكيتها في اسم البائع مع الإدلاء بخبرة ميدانية تفيد ذلك، حتى لا يتضرر مشتري العقار. مع العلم أن الغاية الأساسية لفترة المنع تتجلى في عدم تفتيت الأراضي الخاضعة لقانون الاستثمار الفلاحي.

وحاصل القول، يبدو أن الحماية القضائية لمستهلك العقار لا تكتمل بمجرد صدور الأحكام والقرارات القضائية وإنما بتنفيذها، وبالنسبة لدعوى إتمام إجراءات البيع فإن تنفيذها لا يتم إلا باللجوء إلى المحافظ العقاري الذي يعد جهة أساسية وفعالة تهدف إلى تحقيق الأمن العقاري؛ حيث تحال عليه الأحكام والقرارات القضائية التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به ويعمل على تقييدها في السجلات العقارية¹.

¹ - إدريس اليحياوي، م.س، ص 103.

المبحث الثاني: دعوى إنهاء عقد البيع

لقد نص المشرع على آليات قانونية من أجل إنهاء عقد البيع، ولعل هذه الآليات تركز القوة الإلزامية للرابطة العقدية، وتساهم في تحقيق الأمن العقاري، وبذلك نجد آليتي البطلان والإبطال كجزء يرتبه المشرع المغربي بغية تحقيق حماية للمستهلك العقاري، فإذا كان العقد يقوم على أركان جوهرية، هي الأهلية والرضى والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية؛ فإن انعدام ركن من هذه الأركان يؤدي إلى بطلان العقد، لكن قد يكون العقد قابلاً للبطلان أيضاً إذا كان أحد المتعاقدين قاصراً أو ناقص الأهلية أو إذا أتت إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة.

إضافة إلى ذلك، هناك آليتا الفسخ والتعويض اللتان تم تنظيمهما من المشرع المغربي في مجموعة من المقتضيات التشريعية المتعلقة ببيع العقار، فبعدما أقر هاتين الآليتين في قانون الالتزامات والعقود، بادر إلى تكريسها في التشريعات العقارية الحديثة وبشكل أخص في قانوني بيع العقار في طور الإنجاز والإيجار المفضي إلى تملك العقار وذلك بغية تحقيق نوع من التوازن في استقرار المعاملات العقارية من جهة، وحماية المستهلك العقاري من جهة أخرى.

وهكذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى معالجة آليتي البطلان والإبطال في (المطلب الأول)، على أن يتم تخصيص (المطلب الثاني) لآليتي الفسخ والتعويض.

المطلب الأول: البطلان والإبطال

إذا كان العقد يشتمل على الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة فإنه لا يبطل ويقوم صحيحاً ومنتجاً لآثاره، لكن قد يتقرر البطلان بقوانين خاصة كما هو الشأن بالنسبة للعقود المبرمة في إطار المعاملات العقارية (الفقرة الأولى)، أما إذا تخلف شرط من شروط صحة العقد كأن تكون إرادة المشتري معيبة إما بسبب تدليس أو كان مريضاً مرض الموت؛ فإنه يكون قابلاً للإبطال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: البطلان

أمام إحجام جل التشريعات المدنية عن إعطاء تعريف لنظام البطلان ومنها قانون الالتزامات والعقود المغربي، فإن الفقه لم يجد بدا من تقديم بعض التعاريف، حيث ذهب الأستاذ عبد القادر العرعاري إلى أن: "البطلان عبارة عن جزاء مدني يلحق التصرفات القانونية نتيجة لتخلف أحد أركانها أو اختلال شرط من شروط صحتها"¹.

وفيما يتعلق بنطاق البطلان إن كان يمس الشرط فقط أو يؤدي إلى بطلان العقد برمته، برز خلاف بين من يرى أن بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان العقد برمته؛ حيث أن بطلان الكل يشمل بطلان الجزء، في حين يرى البعض أن البطلان جزئي يمس الشروط لا العقد، وهذا ما يعد تطبيقاً لنظرية إنقاص العقد؛ كما هو الشأن بالنسبة لبطلان الشروط الرامية إلى إلغاء وتخفيف الضمان الواجب على البائع وذلك في حالة وجود عيب خفي بالشيء المبيع².

ومما لا شك فيه أن بنود العقد لا تتمتع بدرجة الأهمية نفسها، وأن القيمة الحقيقية لكل بند يمكن أن يتم تحديدها بشكل موضوعي، ومن ثم يعود للقاضي تحديد مدى أهمية البند غير المشروع، ودرجة إحداثه للخلل في التوازن، فإذا بدا له أن وجود البند يعدم التوازن في العقد يبطل العقد بكامله، وإذا بدا له العكس أي أن البند المذكور لا يحدث خلافاً في العقد يبطل العقد بطلاناً جزئياً، أي يحكم بإبطال البند التعسفي وحده³.

فالبطلان هو جزاء قانوني يترتب عن غياب مقتضيات تشريعية محددة، أو عند عدم احترام شكلية التعاقد، كما هو الشأن مثلاً عند عدم احترام المقتضيات القانونية المتعلقة بالهبة المنصوص عليها في الفصل 931 من القانون المدني الفرنسي أو الرهن التعاقد⁴.

¹ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الأول نظرية العقد، الطبعة الخامسة 2016، ص 298.

² - لقد أشارت إلى هذا الاختلاف، ريما فرج مكي، تصحيح العقد، مطبعة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى سنة 2011، ص 72.

³ - ريما فرج مكي، م. س، ص 34.

⁴ - Bénédict Cartuyvels, op.cit, p 79.

وهكذا، فإن للبطلان نتائج وآثاراً سلبية على التصرفات العقارية، إذ من شأنه أن يعدم آثاره، وذلك بوقف إرادتي المتعاقدين عن ترتيب آثار اتفاقهما، ويكون التعاقد باطلاً بقوة القانون كما ورد في الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود¹، إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه؛ كانهدام الأهلية التي تعد من أسباب بطلان التصرفات العقارية وذلك طبقاً لمقتضيات الفصل 224 من ق.ل.ع التي نصت على أنه: "تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أثراً"، أو إذا قرر القانون في حالات خاصة بطلانه كما نصت على ذلك المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية²، والتي أوجب فيها المشرع ضرورة تحرير التصرفات العقارية وفق شكلية محددة ومن طرف محرر معتمد، ففي حالة مخالفة هذه المقتضيات فمن حق صاحب المصلحة أن يدفع ببطلان العقد³.

وكمثال للحالة الأولى المتعلقة ببطلان العقد إذا كان ينقصه ركن من الأركان اللازمة لانعقاده، هي اقتصار تراضي الطرفين على شمول بعض العناصر الأساسية للعقد دون البعض الآخر، كأن يهمل المشتري والبائع تحديد الثمن في عقد البيع، أو إذا وقع تراضي الطرفين على بعض شروط البيع واحتفظ صراحة بشروط أخرى معينة لكي تكون موضوعاً لاتفاق لاحق، فإن البيع لا ينعقد ويكون باطلاً لتخلف ركن التراضي

¹ - نص الفصل 306 من ق.ل.ع على ما يلي: "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له.

ويكون الالتزام باطلاً بقوة القانون:

إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه؛

إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه".

² - نصت المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية والتي تم تعديلها بموجب القانون 69.16 على أنه: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محامي مقبول، للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون على خلاف ذلك.

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

تصحح إمضاءات الأطراف من لدن السلطة المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها".

³ - فؤاد الصامت، م.س، ص 304 وما بعدها.

المعتبر فيه¹.

وإذا كان المثال الأول يمكن تصوره نظريا في المعاملات العقارية، إلا أنه من حيث الواقع يصعب ذلك، وبالتالي تبقى الحالة الثانية الشائعة في المجال الواقعي وهي حالة إقرار البطلان بنص خاص كما ورد في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، والتي يتضح منها أن عدم توفر شكلية الكتابة وفق المادة الرابعة في البيع العقاري خصوصا وباقي المعاملات الواردة على العقارات أو إنشاء حق عيني أو نقله أو تعديله أو إسقاطه عموما يجعل العقد كأن لم يكن ولم ينعقد أصلا ولم يكن له وجود².

ويبدو أن المشرع استوجب ضرورة إبرام التصرفات العقارية في شكل محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض تحت طائلة البطلان، للقضاء على ازدواجية المحررات ولخلق جو من الثقة والائتمان لدى المتعاملين وحماية حقوق أطراف العلاقة التوثيقية والأغيار ودعم مبدأ مسؤولية محرر العقد³.

ولعل هذا المستجد، يرجع بالأساس إلى تعالي أصوات كافة المتدخلين في ميدان المعاملات العقارية حيث طالبوا بعدم تطبيق الفصل 489 من ق.ل.ع على العقود العقارية، ووضع حد نهائي للازدواجية التعاقدية في المجال العقاري والمتمثلة في وجود محررات رسمية وأخرى عرفية، وذلك بهدف تحقيق الاستقرار للمعاملات العقارية والحفاظ على حقوق المتعاقدين وتوفير الأمن التعاقدي الذي هو أحد فروع الأمن العقاري، والكل من أجل مسايرة التطورات والتحولات التي يعيشها المجتمع المغربي في

¹ - هشام آيت الصديق، م.س، ص 106.

² - محمد كبوري، قراءة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، منشورات مجلة الحقوق سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون رقم 39.08، الإصدار الخامس ماي 2012، ص 76.

³ - أمينة ناعمي، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون رقم 39.08، الإصدار الخامس ماي 2012، ص 63.

ميدان المعاملات العقارية¹.

إن التوجه نحو الرسمية يشكل إحدى لبنات تحقيق الأمن العقاري، من خلال حماية مستهلك العقار عن طريق إقرار مسؤولية محرر الوثيقة²، إذ يتحمل العديد من الالتزامات القانونية قصد تبصير مستهلك العقار، كما أن هذه الرسمية تهدف إلى استقرار المعاملات العقارية، لما لهذا المجال من أثر على المستوى الاقتصادي والاجتماعي والسياسي.

ورغم ما قيل عن الحماية القانونية لمستهلك العقار التي تكرسها المادة الرابعة من خلال إقرار الرسمية في التصرفات العقارية، إلا أنها قد تلحق ضررا بمستهلك العقار بالرغم من أن دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ كان بعد مرور ستة أشهر من نشرها في الجريدة الرسمية. وهي مدة قصيرة، إذ كان عليه تمديد هذه المدة إلى سنة حتى تكون فترة انتقالية تهدف إلى إعلام مختلف المتعاملين في المجال العقاري.

إلا أن القضاء المغربي قد أوجد حماية قانونية لمستهلك العقار بالرغم من إقرار البطلان، حيث ذهب إلى أن هذا الأخير يترتب عنه إرجاع ما دفع بغير حق للمستهلك العقاري.

وهكذا قضت المحكمة الاستئنافية بوجدة في أحد قراراتها بأنه: "وفضلا عن ذلك فإن عقد الوعد بالبيع المذكور المؤرخ في 2016/03/16 يعد عقدا باطلا وفقا للمادة 4 من مدونة الحقوق العينية التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2012/05/24 التي اعتبرت العقود العرفية المنصبة على العقارات باطلة، ومن ثم فإن المطالبة برفض طلب إرجاع مبلغ 30000 درهم غير مؤسس قانونا لكونه يعد تسبيقا للثمن المتفق عليه وليس عربونا وأن البطلان ... يترتب عنه إرجاع ما دفع بغير حق للطرف الدائن، وبالتالي فإن الحكم

¹ - فؤاد الصامت، م س، ص 279.

² - تنص على هذه المسؤولية المادتين 33 و 37 من القانون المنظم لخطّة العدالة وكذا قانون تنظيم مهنة التوثيق على التوالي.

نصت المادة 33 من قانون 16.03 على أنه: "تكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب".

نصت المادة 37 من قانون 32.09 على أنه: "يتحقق الموثق تحت مسؤوليته من هوية الأطراف وصفتهم للتصرف ومطابقة الوثائق المدلى بها إليه للقانون".

المستأنف كان معللا تعليلا قانونيا ويتعين الحكم بتأييده"¹.

وفي حكم آخر ذهبت ابتدائية وجدة² إلى أنه: "وطالما أن عقد الوعد بالبيع لم يكن ثابت التاريخ بالمصادقة عليه لدى الجهات المختصة أو إيداعه لدى مصلحة التسجيل أو موظف مؤهل لذلك، فإنه يعتبر والعدم سواء وغير منتج لآثاره".

ولم يكتف المشرع بإقرار البطلان في حالة تخلف شكلية الرسمية في العقود الناقلة للملكية أو إنشاء الحقوق العينية أو إسقاطها أو تعديلها، وإنما أقر البطلان في حالة تخلف شكلية الرسمية في الوكالات الخاصة بها وذلك بمقتضى المادة الرابعة من القانون 69.16. ولعل الباعث من إقرار هذا المقتضى، يرجع إلى أن أغلب قضايا الاستيلاء على العقارات سواء المملوكة للمغاربة المقيمين داخل أرض الوطن أو المقيمين بالخارج بل حتى الأجانب، تكون عن طريق تزوير الأوراق والمستندات والوسيلة الأكثر انتشارا هي تزوير عقود الوكالات كآلية فعالة للترامي على أملاك الغير³.

وفي جميع الأحوال، فدعوى البطلان تعتبر دعوى شخصية تهدف إلى منع أو محو الآثار القانونية لتصرف باطل سواء تعلق بتصرف باطل لم ينفذ، أو بتصرف باطل تم تنفيذه جزئيا، وهذا التحديد لطبيعة دعوى البطلان هو تحديد منطقي ويتفق مع الواقع العملي، فالعقد الباطل وإن كان يعتبر عدما، وأن عدم لا يحتاج من الناحية النظرية إلى حكم قضائي يقرر انعدامه، إلا أنه من الناحية العملية تفرض في غالب الأحيان على أحد المتعاقدين اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بتقرير البطلان وترتيب آثاره⁴.

وفي هذا السياق، قضت محكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا - في أحد قراراتها بأنه⁵: "لا يجوز للوكيل القيام بتفويت عقار للغير بدون إذن خاص من الموكل

¹ - قرار صادر بتاريخ 2018/02/08، ملف عدد 17/1401/526، غير منشور.

² - حكم صادر بتاريخ 2019/02/27، ملف عدد 2016/1404/670، غير منشور.

³ - حسام الظافر، م س، ص 101.

⁴ - أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، الرباط، طبعة 2011، ص 314.

⁵ - قرار عدد 146، صادر في 2003/01/15، ملف مدني عدد 1822/1/2/2002، غير منشور.

طبقا للفصل 894 من ق.ل.ع.

... وقيام الوكيل ببيع نصيب موكله في العقار دون إذن صريح من الموكل يجعل البيع المنجز من طرف الوكيل نيابة عن الموكل باطلا غير منتج لأي أثر".

كما قضت في قرار آخر لها ببطلان عقد وعد البيع حيث جاء فيه: "إن المحكمة لما ثبت لها من شهادة الرسم العقاري للمدعى فيه أن الملك غير قابل للتفويت تبعا للشروط والالتزامات المنصوص عليها في كناش التحملات، فإنها حينما أيدت الحكم الابتدائي القاضي على الطاعنين بالسعي لدى من يجب قصد الحصول على شهادة رفع اليد وإتمام البيع مع المطلوب دون أن تبحث في مدى قابلية العقار المدعى فيه للتفويت وفق ما يقتضيه الفصلان 22 المكرر و3 من القانون 01-06 الصادر بتغيير وتنظيم الظهير الشريف رقم 277.72.1.... تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدامه"¹.

وغني عن البيان، أن هناك بعض المقتضيات القانونية الخاصة المؤطرة لدعوى البطلان؛ حيث لا يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، بل يجب إثارته من كل ذي مصلحة أو من الإدارة المعنية بالأمر، وهو ما نصت عليه المادة 72 من القانون 25.90² المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات حيث جاء فيها: "تكون باطلة بطلانا مطلقا عقود البيع والإيجار والقسمة المبرمة خلافا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.

وتقام دعوى البطلان من كل ذي مصلحة أو من الإدارة".

وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض في قرار لها بما يلي³: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار؛ ذلك أنه علل قضاءه بأن التعرض المقدم يرمي إلى المطالبة بحقوق في العقار موضوع مطالب التحفيظ آلت إليه عن طريق الشراء بعقد عرفي أبرم خلافا

¹ - قرار عدد 13، صادر في 2015/01/05، ملف مدني عدد 2015/7/1/2037، غير منشور.

² - القانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4159، بتاريخ 15 يوليوز 1992، ص 880.

³ - قرار عدد 895/8، صادر بتاريخ 2019/11/19، ملف مدني عدد 7496/1/8/2018، غير منشور.

لأحكام القانون رقم 25/90 المنظم للتجزئات العقارية الذي ينص على أن كل بيع أو قسمة يكون هدفهما أو يترتب عليهما تقسيم عقار إلى بقعتين أو أكثر غير معدة لإقامة بناء عليها يتوقف على الحصول على إذن سابق للتقسيم عملاً بالمادة 58 من القانون المذكور. ونصت المادة 72 من نفس القانون على أنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً عقود البيع والإيجار والقسمة المبرمة خلافاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون. وأن العمل القضائي لمحكمة النقض استقر على أن القانون رقم 25/90 أصبح ساري المفعول بأثر فوري منذ 12/11/1993 وحتى على العقود المنجزة قبله لكونها باطلة بطلاناً مطلقاً ويتعلق بالنظام العام. والثابت فقهاً وقضاءً أن العقد الباطل هو والعدم سواء لا ينتج أي أثر ولا يصح عملاً بالفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود". في حين أنه فضلاً على أن القانون لا يطبق بأثر رجعي إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القانون من حيث الزمان، وأن القانون رقم 25/90 خال من أي نص يخول ذلك، فإن البطلان المنصوص عليه في هذا القانون هو بطلان خاص يتبع في شأنه النص الذي يعالجه، وأنه خلافاً لما ورد بتعليل القرار، فإن مقتضيات الفصل 72 من القانون 25/90 ينص بصريح العبارة على أن دعوى بطلان عقود البيع والإيجار والقسمة المبرمة خلافاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، يثار من طرف كل ذي مصلحة أو الإدارة ولم يعط للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما لم تعتبر ما ذكر وأثارت بطلان العقد تلقائياً يكون قرارها فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه ومعرضاً بالتالي للنقض".

ولعل الغاية من إقرار المشرع لهذا المقتضى وعدم منح القضاء صلاحية إثارة هذا النوع من البطلان من تلقائه واشتراط إقامته من كل ذي مصلحة، يتجلى في تقييد سلطة المحكمة من تطبيقه على نطاق واسع مما قد يؤدي إلى الإضرار بالمستهلك العقاري حسن النية الذي كان ضحية لمخالفة مقتضيات هذا القانون من جهة، ومن جهة أخرى زعزعة استقرار المعاملات العقارية، وإنما اكتفي بتطبيق آثار دعوى البطلان في حالة إثارته من كل ذي مصلحة وذلك حفاظاً على حقوقه.

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أنه من الناحية القانونية يوجد فرق بين البطلان

والتشطيب، إذ أن الأول - كما سبق الإشارة إليه - هو جزاء أقره المشرع نتيجة التقييد المخالف لشروط شكلية - الرسمية المطلوبة في التصرفات العقارية - أو موضوعية كما في حالة تعيب سند المتصرف بأحد عيوب الرضا، في حين أن التشطيب هو نوع من التسجيل السلبي الغرض منه انقضاء أو إبطال حق مسجل أو مفعول أي تقييد آخر على الرسم العقاري¹.

وعلى مستوى التشريعات الخاصة، نجد قانون 107.12 المغير والمعدل للقانون 44.00 ينص في العديد من الفصول على إقرار البطلان؛ حيث نص الفصل 2 على أنه: "يجب أن يتم بيع العقار في طور الإنجاز سواء كان معدا للسكن أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي من طرف الأشخاص الخاضعين للقانون العام أو الخاص طبقا لأحكام هذا الفرع، وذلك تحت طائلة البطلان، مع التأكيد على احترام الشكلية الواجب اتباعها لإبرام عقدي البيع الابتدائي والنهائي وعقد التخصيص وذلك طبقا للفصل 3 من القانون 107.12، ولا يجوز إبرام عقد التخصيص إلا بعد الحصول على رخصة البناء وذلك طبقا للفصل 3 مكرر مرتين من القانون 107.12.

ومن خلال قراءة هذه النصوص، يتضح أن المشرع المغربي جاء لحسم الجدل الفقهي والقضائي المثار حول طبيعة عقد البيع المنصب على عقار أو حقوق عينية يجوز رهنها رسميا المنظم في الفصل 489 من ق.ل.ع، فجاءت هذه المقتضيات واضحة في صياغتها وفي ألفاظها مرتبة البطلان في حال عدم توثيق العقد وتحريره بالكيفية المحددة فيه، وذلك من أجل إدماج العقار العادي في المشاريع الاقتصادية والقضاء على المضاربات العقارية². أما بخصوص قانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، فقد أقر البطلان في المادة الرابعة التي نصت على أنه: "يجب أن يحرر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، يتم

¹ - مازن الجم، الحقوق الخاضعة للتسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 1990-1991، ص 103.

² - فؤاد الصامت، م س، ص 285.

تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان. يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المعنيين المقبولين لتحرير هذه العقود".

ويبدو أن المشرع رتب بطلان العقد كجزاء مدني في حالة عدم الخضوع للشكالية الواجب إتباعها، مع إعطاء المتعاقدين حق الخيار بين اللجوء إلى المحرر الرسمي أو المحرر الثابت التاريخ وذلك من أجل التلطيف من هذا الجزاء.

الفقرة الثانية: الإبطال

إذا كان ما سبق ذكره يتعلق بالبطلان الذي له علاقة بالنظام العام، فإن الإبطال ليست له أي علاقة بهذا النظام؛ باعتبار أن المصلحة المحمية في هذه الحالة الأخيرة تقتصر على الطرف المضرور دون سواه، الأمر الذي يعني أن حق التمسك بالإبطال سيكون من نصيب من تقرر الإبطال لمصلحته¹.

فنظام البطلان النسبي (الإبطال) يحمي المصالح الخصوصية وكان في أول العهد يطلق عليه Nullité respective. إلا أن استعمال عبارة البطلان النسبي Nullité relative ضمن لهذه الأخيرة الشيوخ والاستقرار، وكان الإبطال في القوانين المدنية يختلف عن الإبطال في القانون العرفي²، فدعوى الإبطال في القانون العرفي كانت شبيهة بدعوى الاسترداد الرومانية ولكل شخص حق ممارستها، أما دعوى الإبطال المدنية، فكانت تتطلب تقديم "خطاب الإبطال"، وهو إذن يمنحه الملك ليسمح برفع دعوى الإبطال، أي أن دعوى الإبطال المدنية لم تكن حقا لكل الأشخاص كدعوى البطلان، وإنما كانت لا تثبت إلا للشخص الذي تعيبت إرادته بالتدليس أو الإكراه أو الغلط أو نقص الأهلية أو الغبن في حالة القاصر³.

¹ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الأول، نظرية العقد، م.س، ص 315.

² - عرف الرومان إلى جانب القانون المدني والقوانين البريتورية مصدرا آخر للقانون هو القانون العرفي، الذي ساهم في تطور نظرية البطلان، فتحت ظله نشأت الدعوى المسماة بدعوى الوارث بسبب الوصية المجحفة بحقوقه. يراجع أحمد شكري السباعي، م.س، ص 42.

³ - نفس المرجع، ص 54.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي، فإنه لا يكفي لقيام العقد أن يكون ركن الرضى قائما، وإنما اشترط أن يكون صادرا من شخص يتمتع بكامل الأهلية وخاليا من عيوب الإرادة والتي تنقسم إلى قسمين: عيوب عامة نص عليها الفصل 39 من ق.ل.ع كالغلط والتدليس والإكراه وعيوب خاصة لا يعتد بها إلا في حالات استثنائية كما هو الشأن مثلا للغبن الوارد في الفصلين 55 و 56 من ق.ل.ع أو استغلال حالة المرض والحالات المشابهة له المشار إليه في الفصل 54 من ق.ل.ع.

ومراعاة لبعض الخصوصية نص المشرع المغربي في الفصل 311 من ق.ل.ع على أنه: "يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و 39 و 55 و 56 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقدم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا. ولا يكون لهذا التقدم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد".

فالإبطال هو الجزاء الذي يترتب عليه الإخلال بشرط من شروط صحة العقد؛ كما لو كانت إرادة أحد المتعاقدين غير سليمة لتعييبها بعيب من عيوب الرضا، وتكون الإرادة غير حرة ومشوبة بعيب من العيوب إذا كان هناك غلط أو إكراه أو تدليس أو نقصان أهلية مستهلك العقار¹، أو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، وإما بموجب نص قانوني يمنح حق الإبطال لأحد المتعاقدين في بعض الحالات².

وفي هذا الإطار، قضت ابتدائية وجدة في أحد أحكامها بأنه: "وحيث إن الأصل في المتروك الشيعاء حتى يثبت اختصاص أحد الورثة أو البعض منهم به، الأمر الذي يكون والد المدعي شريكا على الشيعاء مع باقي الورثة في العقار ذي الرسم العقاري... وحيث أنه ترتيبا على ما ذكر يتعين التصريح بإبطال عقد البيع المبرم من قبل المدعى عليهم"³.

¹ - Muriel Mestre-Mahler Emmanuel Béal dit Rainaldy, droit de l'immobilier dunod 2017-2018, P: 89.
² - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطابع دار القلم، بيروت، طبعة 1974، ص 196-197.
³ - حكم رقم 09/2374، صادر في 09/09/2009، ملف رقم 09/2252، غير منشور.

إلا أن محكمة النقض ذهبت في أحد قراراتها إلى اشتراط المرض المخوف أن يكون متلبسا بالمورث من أجل إبطال العقد لفائدة الورثة حيث قضت بأنه: "... والمرض المخوف هو ما حكم الأطباء بكثرة الموت به، والمحكمة لما قضت بإبطال عقد بيع اعتمادا على تقرير خبرة أثبتت أن موروثه المطلوبين كانت في حالة عقلية لا تسمح لها باتخاذ قرارات واضحة، ودون التأكد من مدى تلبس العاقدة بالمرض المخوف من غير النظر إلى مدى سلامة إرادتها، تكون قد خرقت القاعدة أعلاه وبنت قرارها على غير أساس"¹.

وفي هذا السياق، ذهبت استئنافية وجدة إلى أن المعني بالأمر غير مصاب بخلل عقلي ما دام أنه كان يتصرف بكامل قواه العقلية، وأن الشهادة الطبية المدلى بها لم تنجز من قبل طبيب مختص؛ فإن العقد صحيح ومستوف لشروطه القانونية، حيث جاء في قرارها بأنه: "وأن الشهادة الطبية المستدل بها لا يمكن أن تخالف الأصل، إذ أن الأصل هو الصحة وكمال الأهلية إلى أن يثبت العكس بحجة مقبولة قانونا، علما بأن الطبيب الذي أنجز الشهادة غير مختص في الأمراض العقلية والنفسية للحسم فيما إذا كان المعني بالأمر مصابا بخلل عقلي، كما أن الحجج المدلى بها من قبل المستأنف تفيد أن البائع كان يتصرف بجميع أنواع التصرف دون أي تحفظ بشأن حالته الصحية والعقلية..."².

ويتضح أن هذين القرارين يكرسان نوعا من الحماية القانونية للمستهلك العقاري، حتى لا يتم فتح المجال أمام ورثة العاقد وكذا البائعين ذوي النيات السيئة إلى استغلال آلية الإبطال قصد إلحاق ضرر بالمشتري - مستهلك العقار - كأن يدعوا بأن عقد البيع تم إبرامه والبائع مصاب بخلل عقلي.

وهكذا فإن للإبطال آثارا جد هامة في مجال المعاملات العقارية؛ وخصوصا على مستهلك العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري، إذ تنص الفقرة الثانية من الفصل 66 على أنه: "لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة"، كما وأن الفقرة الثانية من المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية تنص على أنه:

¹ - قرار عدد 54، صادر في 2016/01/26، ملف مدني عدد 2899/4/1/2014، غير منشور.

² - قرار صادر في 2018/10/04، ملف عدد 1404/74/2018، غير منشور.

"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 بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه"¹.

ويبدو أن ظهور التحفيظ العقاري وإن كرس حماية مطلقة للمقيد عن حسن نية للحفاظ على مركزه القانوني، إلا أنه بالرجوع إلى مدونة الحقوق العينية نجدها قد قلصت من هذه الحماية وجعلتها نسبية، حيث أسقطت الحماية المقررة للمقيد عن حسن نية في حالة كون صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله.

وغني عن البيان، أن الإبطال الوارد في هذا المقام يشمل البطلان المطلق والبطلان النسبي (الإبطال)؛ وإن كان هناك فرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي على مستوى موجباتهما والخصائص المميزة لكل منهما فإنهما يجتمعان في الآثار، فالعقد الباطل والقابل للإبطال لا يرتبان كمبدأ أي أثر سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير؛ مع مراعاة حالات استثنائية يكون فيها لهذا العقد آثار إيجابية من بينها أن الغير حسن النية الذي يكتسب حقا عينيا دون تدليس أو تزوير لا يمكن مواجهته بالبطلان أو التشطيب، وهذا الإنشاء مقرر سواء في حالة البطلان المطلق أو البطلان النسبي².

إن الحماية القانونية للمقيد عن حسن نية والتي تقيه من الإبطال تكون في الحالة التي يلحق سند المتصرف الذي اكتسب منه الشخص حسن النية حقه عينيا ما، أما إذا كان العيب يلحق سند اكتسابه فإن الحماية القانونية المكرسة عند حسن النية يطالها الاندثار³.

بمعنى أن الغير الذي قام بتسجيل حقه بصفة قانونية في غياب أي تدليس أو تواطؤ

¹ - سيتم الحديث عن مبدأ حجية التقييد في الفقرة الثالثة من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني.

² - عصام عطياوي، حجية اكتساب الحقوق العينية بنية حسنة بين استقرار المعاملات العقارية ومبادئ العدالة في ضوء مستجدات مدونة الحقوق العينية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى 2015، ص 63.

³ - فاطمة الحروف، م. س، ص 325.

مع البائع، من أجل الإضرار بمصالح مستهلك العقار - المشتري - فإنه يكتسب حقه مطهرا من جميع العيوب التي يمكن أن تشوب سند المتصرف، ذلك أنه إذا كان سند هذا الأخير مشوبا بعيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه، أو كان المتصرف غير مستجمع لشروط صحته، وتعرض هذا التصرف للإبطال من طرف الجانب الذي تعيبت إرادته فإن المتصرف إذا ما فوت هذا الحق إلى الغير وكان هذا الغير حسن النية وقام بتقييد عقد شرائه للعقار المحفظ، فإن حسن نيته تطهر العقد من القابلية للإبطال ومن تم تحميه حسن نيته من هذا الجزاء الذي كان سيترتب على التصرف السابق¹.

وبخصوص التشريعات المقارنة، نجد المشرع التونسي نص في الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية التونسية² على أن: "كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم، وإبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل".

وتحليلا لهذا النص، فإن إبطال الترسيم عديم الأثر على حقوق الغير حسن النية وأنه لا يستتبع إبطال حقوقه ولو كان الإبطال مصرحا به في إطار حكم اتصل به القضاء، بل حتى ولو كان نتيجة مباشرة لبطلان الحق المرسم بطلانا مطلقا لاتصاله بسبب مخالف للنظام العام أو الأخلاق الحميدة، فطالما أن الغير حسن النية وطالما أنه اكتسب حقوقه اعتمادا على ترسيمات بالسجل العقاري فهي تتمتع بقوة ثبوتية مطلقة بحيث تثبت لصالحه معها صحة وجود الحق المرسم بصفة نهائية³.

إلا أن المشرع المصري كرس القوة الثبوتية للتقييد بغض النظر عن حسن نية المقيد أو سوءها، لكن شريطة عدم تداخل التدليس مع التصرف المقيد⁴.

¹ - عصام عطياوي، م.س، ص 64.

² - قانون عدد 5 لسنة 1965 مؤرخ في 11 شوال 1384 (1965م) المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية (الرائد الرسمي عدد 10 بتاريخ 19 و23 فبراير 1965 ص 200)، ونقح بالقانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 1992/5/4.

³ - عبد المنعم عبود، القوة الثبوتية للترسيمات العقارية، مجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد 6، جوان 2001 ص 146-147.

⁴ - تنص المادة الثانية من قانون التسجيل المصري رقم 18 لسنة 1923 والقانون رقم 114 لسنة 1946 المتعلق

وفي المقابل من ذلك، أوجد المشرع المغربي حماية لمستهلك العقار - المالك الحقيقي - في حالة وجود تدليس أو زور أو استعماله، فصاحب الحق حسب المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية له معنى أوسع بحيث يشمل من لم يستطع تقييد حقه بالرسم العقاري، ولكنه أثبت بأنه كان ضحية تدليس أدى ذلك إلى إلحاق ضرر به، فالحالة الغالبة هنا هي تفويت العقار لمشتريين فتقاعس المشتري الأول عن تقييد شرائه في حين قام المشتري الثاني وعن حسن نية بتقييد حقه بالرسم العقاري، فالمشتري الأول هو صاحب الحق حسب مقتضيات المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية متى أثبت أنه كان ضحية تدليس وتضرر من ذلك¹.

واعتقد بأنه إذا افترضنا جدلاً بأن المشتري الأول هو صاحب الحق، فإنه سيواجه بمبدأ الأثر الإنشائي للتقييد بسبب تقاعسه ومبادرة المشتري الثاني حسن النية بتقييد حقه بشكل مسبق؛ ناهيك عن عدم إمكانية هدم الحجة المطلقة للمشتري الثاني المقيد عن حسن نية ولو كان البائع مدلساً ويكون للمشتري الأول فقط حق المطالبة بتعويضه، عن طريق رفع دعوى شخصية ضد البائع. كما أنه كيف يمكن تصور إثبات التدليس في هذه الحالة من طرف المشتري الأول في حق المشتري الثاني المقيد مع وجود حسن نيته؟

وبالنسبة لعقد الوكالة في المجال العقاري، فالمالك الحقيقي للعقار هو الموكل الذي يعطي للوكيل الصلاحية القانونية للتعبير عن إرادته فقط، وفق الحدود المرسومة في عقد التوكيل دون تجاوز وبعيدا عن أي معاملة خارج نطاقها القانوني، لذلك فهي - الوكالة - كسائر العقود يمكن أن تتعرض للتدليس².

==

بالشهر العقاري والقانون رقم 142 الصادر في 1964 بخصوص نظام الشهر العيني: "إذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات، فلا تكون حجة على الغير، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس".

¹ - عصام عطياوي، أثر التدليس والتزوير على تقييدات الغير حسن النية دراسة في ضوء المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، مجلة المعرفة القانونية والقضائية، العدد الأول 2017، مطبعة الجسور، ص 145.

² - حسام الظافر، م س، ص 141.

وما يمكن التأكيد عليه أن مفهوم التدليس الوارد في المادة 52 من ق.ل.ع¹ ليس هو التدليس الوارد في إطار مدونة الحقوق العينية، على اعتبار الخصوصية التي تتميز بها التصرفات العقارية من شكلية إبرامها ومسطرة التقييدات فيها عن حسن نية².

فالتدليس له معنى أوسع في إطار مدونة الحقوق العينية، إذ يستخلص بناء على ظروف ووقائع كل نازلة على حدة دون البحث في تحقق شروطه من عدمها؛ فهو يشكل حماية قانونية لمستهلك العقار (المالك الحقيقي)، وهو ما جعل أحد الباحثين ينادي بضرورة تطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بالتدليس في العقد، وأنه سيكون أرحم على الغير حسن النية³.

إلا أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 64 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 نجدها تخول للمتضرر من عملية التحفيظ حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء التدليس لإقامة دعوى شخصية على مرتكبه وليس المطالبة بالحق العيني.

ويدخل في إطار أعمال التدليس في مجال التحفيظ العقاري كل طلب رام إلى التحفيظ مع علم الطرف الذي أجراه بأن العقار لا يخصه، فيكفي أن يتوافر سوء النية، بحيث يعطى التدليس تفسيراً واسعاً ولا يشترط لقيامه الالتجاء إلى الطرق الاحتيالية، بل كل تصرف صادر عن سوء نية بقصد الإضرار بالغير أو الحصول على منفعة شخصية يعد تدليسا⁴.

¹ - تنص المادة 52 على ما يلي: "التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حداً بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر".

² - عالي طوير، مركز حسن النية في النظام العقاري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، السنة الجامعية 2013-2014، ص 93.

³ - عصام عطياوي، أثر التدليس والتزوير على تقييدات الغير حسن النية دراسة في ضوء المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، م.س، ص 145.

⁴ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2018، ص 189 و 190.

وعلى مستوى القضاء، قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بأنه¹: "وحيث إن مفهوم التدليس في الفصل 64 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بمقتضى القانون رقم 14.07 هو مفهوم واسع لا يتوقف على استعمال وسائل احتيالية، بل يشمل كل عمل يكون نتيجة تقييد عقار أو حق عيني آخر على اسم غير مالكة الحقيقي مع علم من أجري التحفيظ لمصلحته بأن هذا الحق ليس ملكا له".

وإذا كان للتدليس مفهوم واسع حسب مقتضيات الفصل 64 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بمقتضى القانون رقم 14.07، إلا أنه لا يحقق الغاية المرجوة وهي المطالبة بالحق العيني، وبالتالي فهو لا يسقط الحماية المطلقة التي يتمتع بها المستفيد من قرار التحفيظ، على خلاف التدليس الوارد في المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية والذي يؤدي إلى إسقاط الحماية المطلقة للمقيد عن حسن نية.

بالإضافة إلى آلية التدليس التي تسقط الحماية المطلقة التي يتمتع بها المقيد عن حسن نية وتكرس الحماية القانونية للمالك الحقيقي، نصت المادة 2 من مدونة الحقوق العينية على آلية التزوير واستعماله.

فثبوت التزوير أو استعماله يعد بمثابة استثناء على الحجية المطلقة لتقييد الغير حسن النية، وكان هدف المشرع هو حماية المالك الحقيقي للعقار، وإن كان الغير حسن النية لا يعد لا فاعلا أصليا ولا مساهما ولا مشاركا في جريمة التزوير، فإن الأمر اقتضى في هذه الحالة تغليب مبادئ العدل والإنصاف على استقرار المعاملات العقارية، أي حماية الحقيقة الواقعية على حساب الحقيقة القانونية ما دام حق الملكية مضمونا بمقتضى الدستور والمواثيق الدولية، وفي هذه الحالة فإن حسن النية لا يمكنه أن يضيف الوجود على عقد غير موجود، وما بني على باطل فهو باطل، بغض النظر عن عدم التوافق بين النصين، لأنه مجرد عيب تنظيمي فالعقار المحفظ يخضع من حيث القانون الواجب التطبيق أساسا لمدونة الحقوق العينية ثم لقواعد الموضوع المتعلقة بالتقييدات

¹ - قرار عدد 832 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2005/03/23، ملف مدني عدد 2333-1-1-2003، أشار إليه حسام الظافر، م س، ص 143.

الواردة في ظهير التحفيظ العقاري¹.

وعلى مستوى القضاء المغربي ذهبت استثنائية وجدة في أحد قراراتها إلى أنه²:
"وأن الدعوى موضوع إبطال العقدين قدمت داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 2
من مدونة الحقوق العينية... وأن الوكالة المذكورة لزوريته أصبحت وألغيت، ومن
ثم فإن البيع المنصب عليها انصب على ملك الغير الذي لا يعتد به إلا بإجازة المالك
والحال أنه طعن بزوريته، وبالتالي فإنها لا تنتج أي أثر، وأن القاعدة أن ما بني على
باطل فهو باطل، وأن التمسك بحسن النية لا أثر له ولا مجال لمناقشته لكون المالك
الحقيقي والأصلي للأرض هو الأولى بالحماية تحقيقاً للأمن العقاري".

وعلى هذا المنوال، سارت محكمة النقض بتأييد إبطال عقد في أحد قراراتها حيث
جاء فيه: "لكن حيث إن البيع، وحسبما يتبين من العقد موضوع الإبطال، تعلق بحقوق
مشاعة من الرسم العقاري... وهو ما يعني أن البيع انصب على عقار محفظ مما لا محل
معه للتمسك بالفصل 62 من ق.ت.ع الذي يتعلق بأثر التحفيظ، وهو ما اعتمدته المحكمة
عن صواب في تحليلها المنتقد، وكان ما ينهيه الطاعنون على غير أساس"³.

ويبدو أن القضاء المغربي كان متأثراً ببعض التوجهات القضائية المقارنة
خصوصاً القضاء الفرنسي الذي أخذ بقاعدة "الغش يفسد كل شيء"، مما كان له أثر سيء
على حسن تطبيق قواعد الشهر العيني الذي يقر ضمانات للغير المقيد عن حسن نية⁴.
إذ قضت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية على أنه⁵: "... السند الذي تضمن
إمضاء مفتعلاً لا يعد سبباً صحيحاً".

وفي هذا الإطار ذهب الفقيه داکو ميشيل إلى انتقاد موقف القضاء الفرنسي الذي

¹ - عصام عطياوي، حجية اكتساب الحقوق العينية بنية حسنة بين استقرار المعاملات العقارية ومبادئ العدالة، م.س، ص 121.

² - قرار عدد 623 صادر في 15/11/2018، ملف عدد 23/1404/2018، غير منشور.

³ - قرار عدد 4444، صادر في 18/10/2011، ملف مدني عدد 112، 2011/2/1، غير منشور.

⁴ - عالي طوير، م.س، ص 90.

⁵ - Cass civ 3 novembre 1977, revue trim de droit civil 1978, p 678.

اعتمد أحكام القواعد العامة في المسؤولية وإلى مقتضيات المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي في مجال الشهر العقاري الذي ينفرد بخصوصيات معينة تتجلى في حماية الغير في المعاملات العقارية موضوع الشهر العيني، الأمر الذي يستوجب عدم التوسع في تفسير الخطأ¹.

والجدير بالإشارة، إلى أن مراقبة الوثائق والتأكد من صحتها شكلا وجوهرا من قبل المحافظ على الأملاك العقارية لا تعدو أن تكون مراقبة ظاهرية أثبت الواقع العملي أنها لا تعكس حقيقة صحة السند المعتمد في التقييد دائما، وهذه المراقبة لا يمكنها أن تكشف التزوير الذي أصبحت أساليبه أكثر تطورا ودقة.

ولذلك كان بديها إيجاد حماية للمالك الحقيقي - مستهلك العقار - في حالة وجود تدليس أو زور أو استعماله على حساب المقيد عن حسن نية، وبعبارة أوضح ترجيح مبادئ العدالة التي تصب في اتجاه حماية المستهلك العقاري على حساب استقرار المعاملات العقارية بغية تحقيق أمن عقاري.

المطلب الثاني: الفسخ والتعويض

إن المصالح العامة هي مصالح اقتصادية واجتماعية ومن ثم تأخذ صفة النظام العام؛ وبعبارة أدق أن هذا المفهوم - النظام العام - يتميز بالصبغة الاقتصادية والاجتماعية، فمتى كان عقد البيع مخالفا لإحدى هذه القواعد يكون قابلا للفسخ بطلب أحد المتعاقدين أو بتدخل القضاء²، بل الأكثر من ذلك يمكن للقضاء الحكم بالتعويض في حالة إثارته من قبل أحد الأطراف.

وبذلك، سيتم الحديث عن دعوى الفسخ والشروط الواجب توفرها (الفقرة الأولى) على أن يتم التطرق لحق المستهلك العقاري في التعويض بعد ذلك (الفقرة الثانية).

¹ -Dagot Michel, la publicité foncier, puf coll, thémis, 1ère édition, 1981, p 152.

² - محمد الحياي، م.س، ص 80.

الفقرة الأولى: دعوى الفسخ

يعد الفسخ بمثابة جزاء مدني يهدف إلى وضع حد للعلاقة العقدية عندما يحصل الإخلال بمقتضيات الاتفاق الرابط بين المتعاقدين، ولما كان الفسخ في أصله هو حل للعقد نتيجة لعدم التنفيذ، فهو بذلك يختلف عن الجزاءات المدنية الأخرى التي ترتبط بمرحلة تكوين العقد كالإبطال والبطالان وعدم النفاذ، إذ إن هذه المؤيدات القانونية تلحق العقد الذي لم يستكمل عناصر تكوينه من الأركان والشروط اللازمة لصحته¹.

وقد نظم المشرع دعوى الفسخ من خلال الفصل 259² من ق.ل.ع الذي أكد أن فسخ العقد لا يكون بقوة القانون وإنما يجب أن تحكم به المحكمة، وعليه فإن الفسخ لا يتم إلا باللجوء إلى المحكمة قصد الحصول على حكم يقضي بالفسخ، وعلى هذه الأخيرة قبل الفصل في طلب الفسخ أن تنظر إلى مدى تحقق شروط رفع هذه الأخيرة³.

وفي هذا الإطار، يمكن طرح تساؤل عن مدى توفير الحماية القانونية والقضائية لمستهلك العقار في إطار المقتضيات التشريعية المنظمة للفسخ؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل؛ لابد من الإشارة إلى وجوب توفر بعض الشروط لكي تصدر المحكمة قرارا بالفسخ، حيث يجب إثبات كون المدين في حالة مطل ووفاء المطالب بالفسخ بالتزاماته وكذا استحالة تنفيذ هذا الالتزام.

أولاً: أن يكون المدين في حالة مطل:

لقد نص المشرع المغربي في الفصل 254 من ق.ل.ع على أنه: "يكون المدين في

¹ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الخامسة، 2016، م.س، ص 398.

² - ينص الفصل 259 من ق.ل.ع على ما يلي: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، ما دام تنفيذه ممكناً، فإن لم يكن ممكناً جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين: إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي ما زال ممكناً، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين.

وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة.

لا يقع فسخ العقد بقوة القانون وإنما يجب أن تحكم به المحكمة".

³ - محمد لشقار، م.س، ص 151.

حالة مطل، إذا تأخر عن تنفيذ التزامه، كلياً أو جزئياً، من غير سبب مقبول".

وهكذا فإن المدين لا يعتبر متماطلاً إلا إذا تأخر في تنفيذ التزامه كله أو في جزء منه فقط وذلك دون سبب مقبول، إذ لا يجوز للمدين أن يتأخر في التنفيذ إلا إذا كان له العذر الشرعي قانوناً أو اتفاقاً أو قضاء¹.

ولا يعتبر مستهلك العقار في حالة مطل ما لم يثبت للمحكمة أنه توصل بإنذار بالوفاء من البائع الدائن سواء إليه أو لنائبه القانوني إذا كان الأجل غير معين، أما إذا كان الأجل معيناً فإنه يعد في حالة مطل بمجرد حلول الأجل طبقاً لمقتضيات الفصل 255 من ق.ل.ع.

وعلى مستوى التطبيقات القضائية، ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها إلى ما يلي: "كما أن المحكمة اعتبرت أن لا وجود لما يفيد توصل المطلوب برسالة الإنذار الموجه إليه من طرفه مع أن مرور أكثر من سنتين على تحرير العقد يعتبر قرينة قوية يمكن الاعتماد عليها للقول بأن الإنذار استوفى أثره، حيث صح ما نعتة الطاعنات، ذلك أن المستفاد من مقتضيات الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ التزامه إذا كان ممكناً، ومحكمة الاستئناف بالرغم من أن الدعوى أقيمت في إطار الفصل المذكور لم تبحث في ما إذا كانت الطاعنات في حالة مطل حتى يمكن الاستجابة للطلب وأنها بذلك قد خرقت مقتضيات الفصل المذكور وعرضت قرارها للنقض"².

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أنه لا يمكن لمستهلك العقار إجبار البائع على تنفيذ التزامه قضاء إلا إذا كان في حالة مطل وفق الفصل 259 من ق.ل.ع، وإلا ستكون

¹ - جواد جدي، النظام القانوني لمطل المدين في قانون الالتزامات والعقود، رسالة لنيل دبلوم ماستر في القانون الخاص، ماستر قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2017-2018، ص 25.

² - قرار عدد 2512، صادر في 2012/05/22، ملف مدني عدد 2678/1/7/2010، أشار إليه مولاي رشيد العلوي ميروك، المرجع العملي لقضاء محكمة النقض في البيوع العقارية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2017، ص 472.

الدعوى غير مسموعة.

وهذا ما جاء في قرار لاستئنافية الناظر حيث قضت بأنه¹: "وحيث أن الطلب مؤطر بالفصل 259 من ق.ل.ع الذي يعطي الحق للدائن في حالة مطل المدين في إجبار هذا الأخير على التنفيذ ما دام التنفيذ ممكناً فإن لم يكن كذلك، فله أن يطلب فسخ العقد".

كما جاء في قرار لمحكمة النقض بأنه: "ومحكمة الاستئناف بالرغم من الإطار الذي أقيمت عليه الدعوى هو إلزام البائع بتنفيذ التزامه بتحرير عقد بيع نهائي لتمكينه من المبيع وهي دعوى أساسها القانوني الفصل الموماً إليه أعلاه (259) فإنها لم تبحث فيما إذا كان البائع متماطلاً من عدمه حتى يتأتى لها اتخاذ الموقف المناسب لها فكان قرارها غير مرتكز على أساس²".

وفي هذا السياق إذا ثبت مطل البائع في تنفيذ التزامه فإن مستهلك العقار يكون له الخيار بين المطالبة بإجباره على الوفاء بالتزامه (إتمام عقد البيع) أو بفسخ العقد، وهو ما قضت به محكمة النقض³ في أحد قراراتها بأنه: "لكن، فطبقاً للفصل 259 من ق.ل.ع، للدائن في حالة مطل المدين، الخيار في أن يجبره على تنفيذ التزامه أو أن يطالب بفسخ العقد، كما أنه بموجب الفصل 275 من نفس القانون إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وجب على المدين أن يقوم بعرضه على الدائن عرضاً حقيقياً، فإذا رفض قبضه كان له أن يبرئ ذمته بإيداعه في مستودع الأمانات، ولما ثبت لمحكمة الموضوع من الوثائق المعروضة عليها أن الطرفين اتفقا على أداء باقي الثمن عند إبرام العقد النهائي وأن الطالبة رفضت إبرامه على الرغم من إنذارها، فإن استخلاص القرار المطعون فيه من ذلك ثبوت تماطل الطالبة في تنفيذ التزامها بأداء باقي الثمن وعدم ثبوت مطلب المطلوب في قبضه ما دام ذلك يستلزم اتباع مسطرة قانونية خاصة، ورتب عليه أحقية

¹ - قرار عدد 27، صادر في 06/02/2019، ملف رقم بعد النقض 18/1401/339، غير منشور.

² - قرار عدد 612، صادر في 31/01/2012، ملف مدني عدد 2010/7/1/3068، أشار إليه مولاي رشيد العلوي مبروك، م.س، ص 580.

³ - قرار عدد 138، صادر في 13/01/2010، ملف مدني عدد 2008/5/1/2391، أشار إليه مولاي رشيد العلوي مبروك، م.س، ص 571.

المطلوب في طلب فسخ العقد، يكون قد جاء معللا تعليلا سليما. ويبقى ما أورده من أن ثبوت مطل الطالب وعدم استعدادها لأداء باقي الثمن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا تعليلا زائدا لا يؤثر في سلامته، والوسيلتان بدون جدوى".

وفي قرار آخر لمحكمة النقض قضت بأن بيع العقار الذي نتج عنه نقص في المساحة لا يخول للمشتري رفع دعوى تكملة المساحة الناقصة أو المطالبة بالتعويض وإنما يحق له المطالبة بفسخ العقد أو قبول المبيع على حالته حيث جاء فيه: "إن النقص في مساحة الأرض المبيعة بثمن إجمالي لا يخول للمشتري المطالبة بالتعويض المادي عن ذلك النقص أو تكملة عينه، وإنما يحق له المطالبة بفسخ العقد أو قبول المبيع على حالته"¹.

وفي المقابل من ذلك، يجب على مستهلك العقار عدم التأخر في تنفيذ التزامه من غير سبب معقول حتى لا يكون في حالة مطل، فإذا تأخر في أداء باقي الثمن مثلا فقد يعد متماطلا مما قد يؤدي إلى فسخ العقد والتشطيب عليه من السجلات العقارية.

وهكذا قضت محكمة النقض في أحد قراراتها على أنه²: "لكن، حيث إن تسجيل عقد بالرسم العقاري لا يحول دون المطالبة بفسخ هذا العقد إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه المقابل والتشطيب عليه منه، لأن التسجيل مرهون بالتصرف (العقد) الذي كان سبب هذا التسجيل تصرفا صحيحا لا يطاله الفسخ أو الإبطال أو البطلان، لأن قيمة التسجيل تدور مع قيمة العقد وجودا وعدما".

ومن أجل تكريس حماية أكثر لمستهلك العقار، فإن الاتفاق على أن العقد يفسخ بقوة القانون في إطار الفصل 260 من ق.ل.ع عند عدم أداء مستهلك العقار لثمن المبيع داخل أجل معين، وقيام البائع بمراسلة المستهلك بعد حلول الأجل يعد تنازلا عن حق الفسخ المقرر لمصلحته ويفيد تنازله عن الأجل الموجب للفسخ.

¹ - قرار عدد 347، الصادر في 07 يوليوز 2015، ملف مدني عدد 2014/7/1/2828، غير منشور.

² - قرار عدد 1053، صادر في 08/03/2011، ملف مدني عدد 2009/7/1/3848، أشار إليه مولاي رشيد العلوي مبروك، ص 504.

ثانيا: وفاء المطالب بالفسخ بالتزامه

بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 234 من ق.ل.ع نجدها تنص على أنه: "لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام، إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به من جانبه حسب الاتفاق أو القانون أو العرف".

ومن ثم فإن الدائن وقبل أن يطالب المدين بتنفيذ ما التزم به عليه أن يفي بما ألزمه به العقد؛ إذ أن مستهلك العقار يتعين عليه القيام بجميع الالتزامات الملقاة على عاتقه في العقد كي تكون المحكمة مختصة للفصل في دعوى الفسخ.

وفي هذا الإطار ذهبت استئنافية وجدة في أحد قراراتها إلى ما يلي¹: "وحيث إنه علاوة على ما ذكر ولما كان من آثار فسخ عقد الوعد بالبيع يقتضي إرجاع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فقد كان ينبغي على المعني بالأمر الإدلاء بما يفيد عرض الثمن المتوصل به أو إيداعه رهن إشارته بصندوق المحكمة عند رفضه".

وفي هذا الاتجاه، سارت محكمة النقض حيث قضت في أحد قراراتها بأنه²: "... ذلك أنه طبقا لمقتضيات الفصل 234 المحتج به لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن تنفيذ الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به من جانبه حسب الاتفاق أو القانون أو العرف، والبين من أوراق الملف أن المطلوب في النقض لم يؤد باقي الثمن المترتب في ذمته إلا بعد رفع الدعوى حيادا عن الفصل المذكور، فإن المحكمة لما اعتبرت هذا الأداء مجزيا ورتبت عليه الاستجابة لطلب إتمام إجراءات البيع بعلّة أن المطلوب في النقض قام بمحاولات الاتصال بالطالبيين من أجل ذلك دون جدوى، في الوقت الذي كان يجب عليه أن يقوم بعرض حقيقي وإيداع الثمن طبقا لمقتضيات الفصل 275 من قانون المسطرة المدنية لأن مطل الدائن لا يكفي لإبراء ذمة المدين تكون قد أساءت تطبيق الفصل 234 وعرضت قرارها للنقض".

¹ - قرار صادر في 10/05/2018، ملف عدد 17/1404/355، غير منشور.

² - قرار رقم 4524، صادر في 18/10/2011، ملف مدني عدد 2552/1/2010، أشار إليه مولاي رشيد العلوي مبروك، م.س، ص 345.

ويتضح أن مستهلك العقار الذي لم يتم بتنفيذ التزامه أو عرضه على البائع، فإن من حق هذا الأخير بدل أن يطلب فسخ العقد، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، والسبب في ذلك يرجع إلى فكرة الارتباط الموجودة بين التزامات الأطراف المتقابلة والتي تشكل معياراً جوهرياً يميز هذا النوع من الالتزامات¹.

وفي المقابل من ذلك، إذا تقدم البائع بطلب يرمي إلى فسخ الوعد بالبيع فإن ذلك بمثابة رفض تنفيذ الالتزام، وبالتبعية اعتبار مستهلك العقار معفى من القيام بواجب العرض العيني لباقي الثمن طبقاً لمقتضيات الفصل 277 من ق.ل.ع، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في أحد قراراتها الذي جاء فيه²: "حقاً، ذلك أنه بموجب الفصل 277 من ق.ل.ع لا ضرورة للعرض الحقيقي من جانب المدين إذا كان الدائن سبق أن صرح له بأنه يرفض قبول تنفيذ الالتزام،... وهو الرفض الذي يعفي الطالب من واجب العرض الحقيقي لباقي الثمن".

ثالثاً: أن يكون التزام البائع بالتسليم مستحيلاً

لا يمكن رفع طلب الفسخ إلى المحكمة إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام من جهة المدين أمراً مستحيلاً من الناحية القانونية والواقعية، أما إذا كان تنفيذ الالتزام ممكناً فإنه على الدائن أن يطالب بتنفيذ الالتزام عينا لا بفسخ العقد³.

وهكذا تكون للبائع مكنة التمسك باستحالة التنفيذ شريطة أن يكون محل عقد البيع نشأ ممكناً ثم بعد ذلك أصبح محله مستحيلاً كما هو الشأن مثلاً لو تم نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

أما إذا كان محل عقد البيع مستحيلاً منذ البداية، فإننا نكون في هذه الحالة أمام

¹ - محمد البعديوي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود التبادلية، مقال منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد 7 و8، السنة 2008، ص 100.

² - قرار عدد 272، صادر في 20/01/2010، ملف مدني عدد 3174/5/1/2008، أشار إليه مولاي رشيد العلوي ميروك، م.س، ص 495.

³ - محمد لشقار، م.س، ص 154.

التزام باطل وليس التزاما مستحيل، لأن من شروط قيام الالتزام كون محله ممكنا¹.

وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بأنه: "في حين أنه بمقتضى الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود، إنما يحق للدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه إذا كان في حالة مطل، وليس له في هذه الحالة فسخ العقد إلا إذا كان ذلك التنفيذ غير ممكن، وأن الفسخ لا يقع بقوة القانون وإنما يجب أن تحكم به المحكمة"².

وفي نفس السياق قضت استئنافية وجدة في أحد قراراتها بأنه³: "... ما يدل على أن هناك نقصا في المساحة، وأنه تبعا لذلك فإن تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه وأنه للدائن إما أن يطلب تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي ما زال ممكنا وإما فسخه طبقا للفصل 259 من ق.ل.ع وهو نفس المقتضى المنصوص عليه في الفقرة الثانية من الفصل 528 من ق.ل.ع المتعلق بالبيع".

ومن خلال قراءة هذا القرار يتبين أنه لم يكتف بمقتضيات الفصل 259 من ق.ل.ع وإنما استند على مقتضيات الفصل 528⁴ من ق.ل.ع الذي يندرج في الفرع الثاني المتعلق بالتزامات البائع - وبالأخص التزام التسليم - وذلك في إطار تعليل أحقية المستهلك العقاري في الخيار بين طلب تنفيذ العقد وبين ممارسة حق الفسخ.

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أنه وإن كان تسليم الشقة مستحيلا لعدم إتمام البناء؛ فإنه لا يمكن اللجوء إلى دعوى الفسخ إلا بعد الإدلاء بما يفيد توجيه الإنذار بذلك للمدعى عليه وبقائه دون جدوى، إضافة إلى ضرورة الإدلاء بمحضر معاينة المشروع موضوع الوعد بالبيع لمعرفة المرحلة التي وصلت إليها أشغال البناء.

¹ - هشام آيت الصديق، م.س، ص 104.

² - قرار عدد 3022، صادر في 2003/10/22، ملف مدني عدد 2002/3476، أشار إليه مولاي رشيد العلوي مبروك، م.س، ص 500.

³ - قرار صادر بتاريخ 2018/02/08، ملف عدد 17/1401/526، غير منشور.

⁴ - ينص الفصل 528 من ق.ل.ع على أنه: "... كان للمشتري الخيار بين أن يفسخ العقد، وبين أن يقبل القدر المسلم، مع دفع الثمن بنسبته".

وهكذا قضت المحكمة التجارية بوجوده في أحد أحكامها بأنه¹: "وحيث إن المدعين أكدا في مقالهما أنهما يستحيل عليهما اقتناء الشقة لعدم إتمام البناء، دون أن يدلّيا بما يفيد توجيه الإنذار بذلك للمدعى عليها وبقائه دون جدوى، كما أنهما لم يدلّيا بأي محضر للمعينة يثبت ما وصلت إليه أشغال البناء بالإضافة إلى كون أنهما لم يبيّنا الأجل الذي اتفق معه مع المدعى عليها من أجل تسلم الشيء المبيع، وأن توجه دعوى فسخ عقد الوعد بالبيع يتطلب القيام بالإجراءات المذكورة قبل رفع الدعوى للمحكمة، هذا بالإضافة إلى أن الجهة المدعية لم تدل ولو بمحضر معينة للمشروع موضوع الوعد بالبيع لمعرفة المرحلة التي وصلت إليها أشغال البناء".

وعلى مستوى التشريع المقارن، نجد الفصل 1184² من القانون المدني الفرنسي ينص على إمكانية لجوء الأطراف إلى القضاء قصد فسخ العقد في حالة إخلال أحد الأطراف بالالتزامات الملقاة عليه، وكذا إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وذلك بأثر رجعي³.

وتجدر الإشارة إلى أن دعوى الفسخ تجد كذلك أساسها في إطار مقتضيات الفصل 556 من ق.ل.ع - التي تدرج في إطار ضمان عيوب الشيء المبيع-، التي تخول لمستهلك العقار في حالة ثبوت الضمان بسبب العيب أو بسبب خلو المبيع من صفات معينة أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن، وإذا فضل المشتري الاحتفاظ بالمبيع لم يكن له الحق في إنقاص الثمن.

ومجمل القول، فإنه بمجرد توفر الشروط السالفة الذكر، يمكن لمستهلك العقار التحلل من العقد عن طريق دعوى الفسخ بعد اللجوء إلى القضاء. وهذا ما يتّقل كاهله؛ مما حدا بالمشروع إلى التدخل بقوانين خاصة لحماية المستهلك بصفة عامة، وهو ما جاء

¹ - حكم عدد 2019/356، صادر في 2019/03/21، ملف رقم 8201/18/440، غير منشور.

² - art 1184 stipule que: " lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs causes du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces causes ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles.
- le contrat est maintenu lorsque la loi répute la cause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien."

³ - Bénédict Cartuyvels, op.cit, p 105.

في المادة 13 من القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، حيث منح للمستهلك في حالة تجاوز الأجل المحدد للتسليم بسبعة أيام ولم يعز التأخر إلى قوة القاهرة، الحق في فسخ الالتزام داخل أجل أقصاه خمسة أيام بعد انصرام أجل السبعة أيام دون اللجوء إلى القضاء قصد إقراره، مما يشكل إخلالا وخروجا عن الفصل 259 من ق.ل.ع.

وعلى مستوى التشريعات العقارية الخاصة، نجد الفقرة الثانية من الفصل 618/14 من القانون رقم 44.00 كما غير وتمم بالقانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز ينص على إمكانية المشتري فسخ عقد التخصيص¹ أو العقد الابتدائي دون تحمل أي تعويض إذا تجاوز البائع الأجل المتفق عليه لتسليم العقار، كما أنه في حالة رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل ستين يوما من تاريخ التوصل، فإنه يحق للطرف المتضرر فسخ العقد بقوة القانون وذلك طبقا للفصل 618/19 من القانون رقم 44.00 كما غير وتمم بمقتضى القانون رقم 107.12.

وما يمكن ملاحظته أن الفسخ الوارد في الفصل 618/14 الموما إليه أعلاه، يتعلق بعقد التخصيص أو العقد الابتدائي، ويتميز هذا الفسخ بأنه غير مقيد بشروط، ويمكن أن يصدر عن إرادة منفردة شريطة أن يتحمل نسبة من التعويض؛ باستثناء الفسخ الناتج عن عدم تسليم العقار داخل الأجل والذي يستوجب شرط عدم التسليم. على خلاف الفسخ الوارد في الفصل 618/19 المذكور أعلاه والمتعلق برفض أحد الطرفين إتمام البيع، حيث يجب أن يتم الرفض داخل أجل ستين يوما ابتداء من تاريخ التوصل بالإشعار، ناهيك عن ضرورة إخبار البائع للمشتري بحصوله على رخصة السكن أو شهادة المطابقة داخل أجل ستين يوما. تبتدئ من تاريخ الحصول عليهما طبقا للفصل 618/18 من القانون 44.00 كما غير وتمم بمقتضى القانون رقم 107.12.

¹ - عقد التخصيص يتم تحريره قبل إبرام العقد الابتدائي، ويشترط إبرامه كتابة دون فرض نوع معين منها ويبقى إبرام هذا العقد مجرد مرحلة اختيارية. يراجع عبد الرحمان الشرقاوي: تنظيم بيع العقار في طور الإنجاز في القانون المغربي بين تشجيع الاستثمار وضرورة حماية الطرف الضعيف. مقال منشور في أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و26 نونبر 2016، تكريما للأستاذ الحسين بلحساني، بعنوان: العقار والتعمير والاستثمار، الطبعة الأولى 2017، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص: 141.

أما على مستوى الإيجار المفضي لتملك العقار، فقد نصت المادة 20 على أنه: "في حالة فسخ العقد لأسباب منسوبة إلى البائع، يحق للمكثري الممتلك استرداد المبالغ المؤداة بالتسبيق، عند الاقتضاء، والوجيبة المؤداة مسبقا لاقتناء العقار مع تعويض قدره 10% من المبالغ المسترجعة.

يتم إرجاع هذه المبالغ داخل أجل أقصاه ثلاثة أشهر بعد فسخ العقد، ولا يجوز للبائع المطالبة بإفراغ المحل إلا بعد سداد المبالغ المشار إليها في الفقرة الأولى أعلاه". بل أكثر من ذلك، يمكن للمكثري الممتلك أو ذوي حقوقه لأسباب منسوبة إليه أن يطلب فسخ العقد سواء قبل أو عند حلول تاريخ الخيار، وله الحق في استرداد المبالغ المدفوعة بغرض اقتناء العقار، مع خصم تعويض قدره 10% من هذه المبالغ طبقا للمادة 21 من القانون 51.00.

ويتضح أن تطبيق آلية الفسخ في إطار الإيجار المفضي لتملك العقار يتسم بالمرونة؛ إذ أنه لا يتطلب الأمر شروطا من قبيل مثلا إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، وإنما يكفي أن يكون للمكثري الممتلك أي سبب كان مع التزامه بأداء التعويض المذكور أعلاه.

الفقرة الثانية: التعويض

هناك الكثير من الحالات التي يلزم فيها البائع بأداء التعويض للمشتري عن الضرر الذي لحق به¹، وقد ورد النص على أهم الحالات التي يستحق فيها المشتري التعويض عن الأضرار والخسائر في الفصلين 556² و 561³ من ق.ل.ع.

¹ - عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، م.س، ص 225.

² - ينص الفصل 556 من ق.ل.ع على أنه: "وللمشتري الحق في التعويض:

أ- إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع أو يعلم خلوه من الصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يبيع بغير ضمان، ويفترض هذا العلم موجودا دائما إذا كان البائع تاجرا أو صانعا، وباع منتجات الحرفة التي يباشرها؛

ب- إذا صرح البائع بعدم وجود العيوب ما لم تكن العيوب قد ظهرت بعد البيع أو كان يمكن للبائع أن يجعلها بحسن نية؛

ج- إذا كانت الصفات التي ثبت خلو المبيع منها قد اشترط وجودها صراحة أو كان عرف التجارة يقتضيها".

³ - ينص الفصل 561 من ق.ل.ع على أنه: "- أن يرد الثمن الذي قبضه ومصرفات العقد؛

- أن يعرض للمشتري الخسائر التي قد يسببها له الشيء المبيع إذا كان وقع تدليس من البائع".

وهكذا فإن الإخلال بالالتزام التعاقدي، يخول للمستهلك العقاري الحق في التعويض جبرا للضرر الحاصل له نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، وذلك عن طريق إثبات قيام عناصر المسؤولية العقدية التي تتطلب توافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

ويبدو أن التعويض الذي يلتزم به المسؤول المتسبب في الضرر نوعان؛ فهو إما يكون تعويضا عينيا إذا كان ذلك ممكنا أو ماليا عندما يستحيل ذلك¹.

وفي إطار دعوى الفسخ، فعند فسخ البيع واسترداد المشتري لثمن المبيع فإن تعويض هذا الأخير بثلث المبيع لا يدخل في تقديره ثمن المبيع الحقيقي وقت الاستحقاق، إذ أن الزيادة في قيمة الشيء المستحق وفق الفصل 541 من ق.ل.ع لا تدخل في مقدار التعويض إلا بعد ثبوت تدليس من جانب البائع، وهو ما قضت به محكمة النقض في أحد قراراتها حيث جاء فيه²: "حقا فقد صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه بمقتضى الفصل 541 من ق.ل.ع فإن الزيادة في قيمة الشيء المستحق تدخل في مبلغ التعويض إذا صدر تدليس من طرف البائع الشيء الذي لم تناقشه المحكمة حينما رفعت ثمن المبيع ومصروفات العقد والمصروفات القضائية التي أنفقها المشتري على دعوى الضمان والخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق ومن بينها ثمن المبيع بتاريخ استحقاقه والذي ارتفع ثمنه لتقلب الأسعار، وبقضائها على النحو المذكور تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا ولم تركزه على أساس قانوني سليم معرضة إياه للنقض".

وإذا كان هذا التعويض يندرج في إطار ضمان الاستحقاق عند الفسخ، فإن هنالك تعويضا آخر يندرج في إطار دعوى إتمام إجراءات البيع، حيث يمكن للمتضرر من عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ من الاستفادة من التعويض عن الضرر الذي لحق به، وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية التي أكدت على أنه "يمكن للمستفيد من الحكم أن يطلب علاوة على ذلك التعويض من المحكمة التي أصدرته".

¹ - عبد العزيز حضري، أحكام المسؤولية المدنية، بدون ذكر الطبعة، مطبعة طه حسين، وجدة، 2018، ص 43.

² - قرار عدد 1919، صادر في 2010/04/27، ملف مدني عدد 2008/5/1/3248، أشار إليه مولاي رشيد العلوي مبروك، م.س، ص 298.

وقد نص المشرع المغربي على نوع آخر من التعويضات في الفصل 263 من قانون الالتزامات والعقود، حيث أقر على أنه يستحق التعويض إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام وإما بسبب التأخر في الوفاء به، حتى ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين.

وفي هذا الإطار، قضت المحكمة التجارية بوجدة بتعويض قدره 80.000,00 درهم في أحد أحكامها حيث جاء في حيثياته¹: "وأن المدعى عليها عمدت إلى عدم تنفيذ التزامها تجاه المدعية والمتمثل في تسليم الشقتين المذكورتين محل العقد رغم مرور أكثر من عشر سنوات على تاريخ إبرام عقد الواعد بالبيع، مما يكون معه طلب فسخ العقدة المذكورة في إطار الفصل 259 لها ما يبررها، ويحق للمدعيتين إرجاع المبلغ المدفوع عند التعاقد والمقدر في مبلغ 1.296.065,10 حسب الثابت من العقدين المدلى بهما من طرفها وليس بالمبلغ المطالب به في مقال الدعوى، لكون أن العقد شريعة المتعاقدين طبقاً للفصل 230 من ق.ل.ع.

وحيث إن طلب التعويض عن التماطل له ما يبرره في نازلة الحال ما دام أن التزام المدعى عليها وفق ما سبق ذكره في الحيثيات أعلاه محدد الأجل، وتحدده المحكمة وفق سلطتها التقديرية وفق ما سيورد في منطوق هذا الحكم".

والضرر الذي يعرض عنه المحكوم له في نطاق دعوى إتمام البيع هو الضرر المباشر الذي يكون نتيجة لخطأ أو لفعل المسؤول، أي ما كان نتيجة طبيعية للإخلال بالالتزام².

وتكريساً لحماية المستهلك العقاري، قضت المحكمة التجارية بوجدة³ في أحد أحكامها بتعويض إضافي قدره 150.000,00 درهم إضافة إلى التعويض عن الضرر اللاحق به بمبلغ قدره 1.700.000,00 درهم حيث جاء فيه: "مما يعني أن طرفي الدعوى

¹ - حكم عدد 2019/1410، صادر في 2019/12/26، ملف رقم 8201/19/1001، غير منشور.

² - مصطفى الكيلة، التقدير القضائي للتعويض، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة دراسة قضائية، العدد الأول، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008، ص 105.

³ - حكم عدد 2019/358، صادر في 2019/03/21، ملف رقم 8201/18/846، غير منشور.

قد قاما بفسخ عقد الوعد بالبيع المشار إلى بياناته أعلاه، ويبقى للمدعي المحال له الحق في الحصول على المبلغ المضمن في محضر الصلح المنجز بين الطرفين، والذي يبقى ديناً في ذمة المدعى عليهما اتجاه المدعي الأول الذي انتقل إليه الحق من المدعية الثانية، مما يكون معه طلب أدائه مؤسسا ويتعين الاستجابة له بنفس المبلغ المحدد في محضر الصلح والمقدر في 1.700.000,00 درهم.

وحيث إن طلب التعويض عن التماطل له ما يبرره في نازلة الحال طبقاً للفصل 255 من ق.ل.ع ما دام أن المدعى عليها توصلت بإنذار بإتمام إجراءات البيع وكذا بحوالة الحق بقيا بدون جدوى، وتحدده المحكمة حسب ما لها من سلطة تقديرية وفق ما سيرد في منطوق الحكم، وذلك مع مراعاة مبلغ المديونية وتاريخ الوعد بالبيع والشئ المبيع.

وفي هذا السياق، نجد المشرع المغربي نص في الفصل 264 من ق.ل.ع على أنه: "الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام، وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكل لفطنة المحكمة، التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه".

وهكذا ذهب أحد الباحثين¹ إلى القول بأن الضرر الذي يمكن تعويضه، يتكون من عنصرين؛ الأول هو ما لحق المشتري من خسارة نتيجة عدم التنفيذ العيني، والثاني هو ما فات المشتري من كسب نتيجة عدم تنفيذ البائع لالتزامه بتحرير العقد النهائي، كما إذا فقد المشتري ربها مؤكداً نتيجة فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان سيرمها لو قام البائع بتنفيذ التزامه وسلمه العقار موضوع عقد البيع.

وعلى مستوى القضاء، فقد ذهبت محكمة الاستئناف بطنجة في أحد قراراتها إلى أنه: "... وحيث أن المحكمة وبرجوعها لوثائق الملف واستقرائها لوقائع النزاع القائم بين الطرفين تبين لها أن الدعوى قدمت في إطار التعويض عن الضرر الناجم عن إخلال

¹ - إدريس اليحياوي، م.س، ص 114.

الشركة المستأنف عليها بالتزامها العقدي والمتمثل في بناء العقار المبيع بصفة غير قانونية... وحيث أنه وتبعاً لذلك فإن الضرر المطلوب التعويض عنه يبقى ثابتاً في النازلة واسترداد المستأنف لثمن المبيع لا يعد تنازلاً منها عن هذا التعويض المستحق عن حرمانها من مبلغ ثمن المبيع لمدة طويلة جاورت الثلاث سنوات. وحيث أن التعويض عن الضرر تراعي فيه المحكمة الخسارة اللاحقة بالمتضرر وما فاتته من كسب ربح¹.

فدعوى التعويض وفق القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود تختلف عن دعوى التعويض في قضايا التحفيظ العقاري²، إذ أن هذه الأخيرة تشكل ضماناً وحماية أساسية من بين الضمانات التي تفرد بها ظهير التحفيظ العقاري لحماية حق الملكية من أي ضرر يلحق المتعاملين في المجال العقاري من جراء مسطرة التحفيظ العقاري أو التقييد بالسجل العقاري، ولهذا الغرض تبنى الظهير المذكور ازدواجية مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية³.

ولعل الأساس القانوني لدعوى التعويض في قضايا التحفيظ العقاري، يجد أساسه في خصوصية التشريع المنظم له والذي يقوم على عدة مبادئ أهمها قاعدة التطهير التي لا تعطي للأطراف المتضررة من جراء مسطرة التحفيظ إلا الحق في المطالبة بالتعويض من المدلس ولا يمكن استرجاع العقار المحفظ طبقاً للفصل 64 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم من قانون 14.07.

إضافة إلى ذلك، فإن دعوى الفسخ من الدعاوى التي تهدف إلى الطعن في التصرف، والتي لا يجوز أن تمس ببيانات السجل العيني لتعارضها مع مبدأ القوة الثبوتية، وبذلك فإنه يستحيل تنفيذ حكم الفسخ عينياً، ولا يكون لمن صدر لصالحه إلا أن

¹ - قرار رقم 876 صادر بتاريخ 2015/08/26، ملف مدني عدد 1201/225/15، أشار إليه فؤاد الخضير، م.س، ص 97.

² - سيتم التطرق بتفصيل لهذا الموضوع في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني.

³ - سعيد أبرباش، دعوى التعويض في نظام التحفيظ العقاري بين مسؤولية المحافظ الشخصية والمرقية، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض، عدد 26، مطبعة الأمانة الرباط، طبعة 2015، ص 570.

يقوم بتنفيذه عن طريق التنفيذ بمقابل، أي التعويض¹.

أما على مستوى التشريعات العقارية الخاصة، فقد نصت الفقرة الثانية من الفصل 618/12 من القانون 44.00 كما غير وتم بمقتضى القانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز على أنه: "في حالة تأخر البائع عن إنجاز العقار في الأجل المحدد، فإنه يتحمل تعويضا بنسبة 1% عن كل شهر من المبلغ المؤدى على أن لا يتجاوز هذا التعويض 10% في السنة".

فإذا كان هذا التعويض يترتب عن تأخر البائع عن إنجاز العقار في الأجل المحدد؛ فإن هناك تعويضا آخر يترتب عن فسخ عقد التخصيص أو العقد الابتدائي، حيث نصت الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 618/14 من القانون المذكور أعلاه على أنه: "في حالة فسخ عقد التخصيص أو العقد الابتدائي من لدن أحد الطرفين، يستحق المتضرر من الفسخ، مع مراعاة مقتضيات الفصل 618/19 أدناه، تعويضا محددا في:

- 15% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال الكبرى لمجموع العقار؛
- 20% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال النهائية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة".

إضافة إلى ذلك، فإن المستهلك العقاري يستفيد من نسبي التعويض المذكورتين في الفصل أعلاه؛ وذلك في حالة رفض البائع إتمام البيع داخل أجل ستين (60) يوما حسب مقتضيات الفصل 618/19 كما غير وتم بالقانون 107.12.

أما على مستوى الإيجار المفضي إلى تملك العقار، فقد نصت المادة 20 من القانون رقم 51.00 على أنه: "في حالة فسخ العقد لأسباب منسوبة إلى البائع، يحق للمكثري الممتلك استرداد المبالغ المؤداة بالتسبيق، عند الاقتضاء، والوجيبة المؤداة مسبقا لاقتناء العقار مع تعويض قدره 10% من المبالغ المسترجعة".

ويتضح من خلال المقتضيات السابقة وعملا بالأحكام العامة، أن طالب التعويض

¹ - ويس فتحي، م س، ص 437.

ألزمه المشرع أن يوجه إنذارا بإحدى الطرق المنصوص عليها في الفصل 37 وما بعده من قانون المسطرة المدنية للطرف الذي أخل بتنفيذ التزامه.

وفي ختام هذا الفصل، يمكن القول بأن الضوابط الإجرائية المكرسة في قانون الالتزامات والعقود المغربي سواء دعوى إتمام إجراءات البيع أو إنهاؤها تتسم بنوع من التنوع والتعدد.

ومع ذلك، فإن دعوى إتمام إجراءات البيع سواء الهادفة إلى تحرير عقد نهائي أو القائمة على عقد نهائي وإن لم تحظ بتنظيم قانوني مستقل، فهي تشكل بحق ضمانات قانونية لحماية المستهلك العقاري وتحقيق استقرار المعاملات العقارية على حد سواء، وخصوصا تلك التي تمارس في إطار التشريعات العقارية الخاصة، والتي نظمها بشكل يحقق مفهوم الأمن العقاري سواء على مستوى مناط دعوى إتمام إجراءات البيع أو الآثار الناتجة عن الحكم الصادر فيها.

أما دعوى إنهاء عقد البيع - سواء المتعلقة بالبطلان أو الإبطال أو تلك المتعلقة بالفسخ والتعويض - فهي تشكل آلية قانونية لحماية المستهلك العقاري على حساب استقرار المعاملات العقارية، وذلك بغية منع أو محو الآثار القانونية لتصرفات باطلة أو قابلة للإبطال باعتبارهما جزاءين قانونيين - في حالة عدم الخضوع للشكليات الواجب اتباعها أو في حالات خاصة -، مع التأكيد على أحقيته في الحصول على التعويض وخصوصا أمام محدودية تنفيذ حكم الفسخ عينيا في إطار ظهير التحفيظ العقاري وذلك للتعارض الحاصل مع مبادئه.

الباب الثاني

تجليات تحقيق الأمن العقاري في ظهير التحفيز العقاري

إن التحولات الاقتصادية والتغيرات التكنولوجية أثرت على القواعد القانونية بشكل يستوجب إعادة النظر في صياغتها لكي تتلاءم والواقع غير المتناهي والمنتج لعدة إشكالات واقعية، وتزداد هذه الأخيرة عند الحديث عن مفهوم الأمن العقاري الذي أصبحت قواعده القانونية عاجزة عن مواكبة المستجدات والتطورات التي يعرفها مجال المعاملات العقارية، مما حدا بالمشروع إلى المسارعة بتغيير ظهير التحفيز العقاري، وكذا القرارات الوزارية وإصدار مجموعة من المراسيم التطبيقية المتعلقة به.

ويعد المغرب من الدول التي لها نظرة استباقية في تشريع القوانين بهدف القضاء على الثغرات القانونية في ظل مسلسل الإصلاحات التي نهجها والتي همت مراجعة مجموعة من القوانين وعلى رأسها التشريع العقاري¹.

فالقانون العقاري رقم 14.07 المغير والمتمم لظهير 12 غشت 1913 جاء كردة فعل على الصعوبات التي يعرفها المجال العقاري ومسطرة التحفيز بشكل خاص، ولأننا نعيش في زمن تتعالى فيه الأصوات بالعمل على تشجيع الاستثمار العقاري؛ فإن القاعدة القانونية لن تهدف إلى تحقيق العدالة المطلقة بقدر ما ستهتم باستقرار المعاملات وتطوير الاقتصاد².

إلا أن مركزية الأمن العقاري تستوجب نوعا من الموازنة بين ضمان استقرار

¹ - سارة الدراق، الأمن القانوني والقضائي في التشريع العقاري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص - ماستر القانون المدني والأعمال - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة عبد المالك السعدي طنجة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 9.

² - يونس معاطا، الأمن العقاري في ضوء قانون 14.07، رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص العلوم الأمنية وتدبير المخاطر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الأول سطات، ص 6.

المعاملات العقارية من جهة؛ عن طريق آليات قانونية أقرها المشرع سواء أثناء سريان مسطرة التحفيظ أو ما بعدها، وبين حماية المستهلك العقاري الذي يعد الفاعل الأساس في المعاملات العقارية من جهة أخرى.

ونجاح تحقيق هذه الموازنة لن تتأتى إلا من خلال نجاعة الإطار القانوني لتحقيق الأمن العقاري؛ حيث يقوم ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى قانون 14.07 على نظام الإشهار العقاري والذي يعتبر من بين أفضل ما اكتشفته التشريعات القانونية ليحقق الاستقرار ويعمل على دعم الائتمان بفضل ما يقوم به من إضفاء العلانية على التصرفات العقارية وإعلام كافة¹.

وعلى هذا الأساس، أوجد هذا القانون العديد من الآليات القانونية التي تهدف إلى تحقيق الأمن العقاري سواء على مستوى العقار في طور التحفيظ أو العقار المحفظ، فعلى الصعيد الأول أقر باليتي نشر الخلاصة الإصلاحية والإيداع للمستهلك العقاري مع إيجاد قواعد خاصة لحفظ حقوق الأغيار عن طريق إمكانية التعرض، أما على صعيد العقار المحفظ فقد أقر العديد من المبادئ الهادفة إلى استقرار المعاملات العقارية وإيجاد ضمانات قانونية لمستهلك العقار من قبيل إمكانية الطعن في قرارات المحافظ العقاري وإثارة مسؤوليته وكذا إجراء التقيد الاحتياطي.

وبناء عليه سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: العقار في طور التحفيظ وآليات تحقيق الأمن العقاري.

الفصل الثاني: العقار المحفظ وآليات تحقيق الأمن العقاري.

¹ - سمية الشيخ علي، إشكالية التوفيق بين استقرار المعاملات وحماية الملكية العقارية رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص -العقار والتنمية-كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة عبد المالك السعدي طنجة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 10.

الفصل الأول

العقار في طور التحفيظ وآليات تحقيق الأمن العقاري

لقد طوق المشرع المغربي العقار في طور التحفيظ بنظام قانوني خاص هادف إلى تحقيق الأمن العقاري، وذلك عن طريق التنصيص على العديد من الضمانات الوقائية والحماية التي تروم تحقيق نوع من الموازنة بين استقرار المعاملات العقارية من جهة، وحماية المستهلك العقاري من جهة أخرى.

وبذلك نجد العقار في طور التحفيظ يخضع لمسطرة التحفيظ والتي هي بمثابة سيف ذي حدين، فهي مسطرة وقائية تقي العقار من كل حق مزعوم كما تعترف بالوجود القانوني للحقوق الظاهرة وقت التحفيظ دون الحقوق التي لم تعلن أثناء جريان مسطرة التحفيظ، على اعتبار أن وضع مطلب للتحفيظ بالمحافظة العقارية يؤدي إلى بداية مرحلة جديدة لوضعية قانونية ذات طبيعة خاصة تأخذ اسم عقار في طور التحفيظ، حيث يستمر هذا الوصف إلى حين صدور قرار التحفيظ أو رفضه أو إلغائه¹.

ومحاولة من المشرع العقاري لتحقيق غايته المتمثلة في الأمن العقاري، أوجد عدة آليات قانونية قصد حماية المستهلك العقاري عن طريق وضع مجموعة من الالتزامات على عاتقه، من قبيل اللجوء إلى نشر خلاصة إصلاحية وفق الفصل 83 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 أو الإيداع وفق الفصل 84 من نفس القانون بغية إشهار حقه (المبحث الأول)، كما سمح بإمكانية التدخل في مسطرة التحفيظ عن طريق آلية التعرض، والتي تؤسس لمبدأ استقرار المعاملات العقارية وخصوصاً أنها تقف في وجه كل من يريد الاستيلاء على عقارات الغير، ولكن استعمال هذه الآلية لا يجب أن يتم بطريقة تعسفية (المبحث الثاني).

¹ – Paul Decroux, droit foncier marocain, tome 3, édition la porte, Rabat 1972, p 89.

المبحث الأول: آليات نشر الخلاصة الإصلاحية والإيداع

تشير الحقوق الناشئة خلال مسطرة التحفيظ العقاري العديد من الإشكالات القانونية سواء على مستوى العمل الإداري أو القضائي، لذلك أوجد المشرع أبرز الآليات القانونية لحماية المستهلك العقاري وترتيب آثار في مواجهة طالب التحفيظ والغير من خلال إعلام وإشهار العموم بالتصرفات الواردة على العقار في طور التحفيظ.

وهكذا نجد ظهير التحفيظ العقاري أقر آليتين توخى من خلالهما تمكين المفوت إليه صاحب حق عيني وارد على عقار في طور التحفيظ من الحفاظ على الحق الذي انتقل إليه أثناء مسطرة التحفيظ، ما دام أن تقديم مطلب التحفيظ لعقار وإخراجه من زمرة العقار غير المحفظ إلى نظام التحفيظ العقاري لا يمنع صاحبه من القيام بمختلف التفويطات.

ولا مرأ أن إشهار حقوق مستهلك العقار لا يتحقق إلا من خلال آلية نشر الخلاصة الإصلاحية وفق الفصل 83 من ظ.ت.ع (المطلب الأول) أو آلية الإيداع وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نشر الخلاصة الإصلاحية

تعد مسطرة نشر الخلاصة الإصلاحية طبقاً لمقتضيات الفصل 83 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 من أهم وأنجع الآليات القانونية التي أحدثها ظهير التحفيظ العقاري من أجل حماية صاحب الحق المنشأ أو المعدل أو المقر به خلال عملية التحفيظ وتمكينه من التدخل خلال المسطرة ومواصلة إجراءات التحفيظ باسمه وذلك في حدود الحق المنشأ أو المغير أو المقر به.

وإذا كان المشرع لم يقر بتحديد طبيعة الحقوق القابلة للنشر في الفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، فإن الفصل 65 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 حدد هذه الحقوق التي ينبغي أن تخضع للإشهار بكيفية دقيقة ومحكمة.

وعلى هذا الأساس، سيتم التطرق إلى المناط القانوني لمسطرة الخلاصة الإصلاحية في (الفقرة الأولى)، على أن أخصص (الفقرة الثانية) للآثار المترتبة عن نشرها.

الفقرة الأولى: المناط القانوني لمسطرة الخلاصة الإصلاحية

إن اكتساب حق معين على عقار في طور التحفيظ قد يقتضي من المستفيد سلوك مسطرة النشر للحفاظ عليه، حتى يستطيع هذا الأخير الاحتجاج به أمام الغير وذلك نظراً للصفة التي تمنحها مسطرة الخلاصة الإصلاحية للمستفيد بحيث يصبح مسؤولاً عن مسطرة التحفيظ عوض طالب التحفيظ الأصلي الذي قدم المطلب لأول مرة¹.

ومسطرة النشر أو الخلاصة الإصلاحية كما يسميها الممارسون حظيت بالتنظيم سواء في النص القديم أو الجديد ل.ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 من خلال الفصل 83 منه²، كما تم تنظيمها من خلال الفصل 8 من القرار الوزيري

¹ - وثيل أوعيسى، الخلاصة الإصلاحية ودورها في حماية حقوق الأطراف خلال مسطرة التحفيظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2017-2018، ص 8.

² - ينص الفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 على ما يلي: "بغض النظر عن المسطرة المقررة في الفصل 84 من هذا القانون، يمكن لصاحب حق وقع إنشاؤه أو تغييره أو الإقرار به أثناء مسطرة التحفيظ أن يطلب نشره بالجريدة الرسمية بعد إيداع الوثائق المثبتة للحق بالمحافظة العقارية. تتابع مسطرة التحفيظ بصفة قانونية مع أخذ الحق المنشأ أو المغير أو المقر به بعين الاعتبار. يكتسب صاحب الحق المنشأ أو المغير أو المقر به صفة طالب التحفيظ في حدود الحق المعترف له به. إذا كان الإعلان عن انتهاء التحديد قد تم نشره بالجريدة الرسمية فيجب أن يعاد نشره من جديد ليفتح أجل شهرين للتعرض، يبتدئ من تاريخ الإعلان عن الحق المنشأ أو المغير أو المقر به. وفي هذه الحالة لن تقبل إلا التعرضات المنصبة مباشرة على الحق المذكور. يؤخذ بعين الاعتبار عند التحفيظ الحق المنشأ أو المغير أو المقر به خلال المسطرة".

في ظل عدم وجود انسجام بين الفصل 83 من ظ.ت.ع القديم الذي كان يلزم المستهلك العقاري الذي انتقل إليه الملك كلياً سلوك مسطرة الفصل 83 وبين الفصل 8 من القرار الوزيري 3 يونيو 1915 من جهة، وعدم تلاؤم مضمون الفقرة الأولى من الفصل 83 من ظ.ت.ع القديم مع طبيعة العقار في طور التحفيظ والغاية من سلوك مسطرة النشر من جهة أخرى حرصت الجهة الواضعة لمضمون القانون 14.07 على تجاوزه؛ حيث استغنت عن مضمون الفصل 83 من ظ.ت.ع القديم لعدم فائدته؛ وأبقت على مضمون الفصل 8 من القرار الوزيري 3 يونيو 1915 بعد تعديله، وتبنته بالفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07؛ مما جعل الفصل 8 من القرار الوزيري لا

الصادر في 3 يونيو 1915، الذي تم نسخه بمقتضى المادة 35 من المرسوم المتعلق بإجراءات التحفيظ العقاري¹.

إذن فمسطرة الخلاصة الإصلاحية هي تقنية قانونية، يمكن بواسطتها لمكتسب حق عيني أثناء مسطرة التحفيظ (المستهلك العقاري) أن يشهره بالجريدة الرسمية، وعبر تعليق الملخص لها بالجهات المنصوص عليها في الفصل 18 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07، فمثلا لو اقتنى شخص ما - المستهلك العقاري - عقارا كليا أو جزئيا في طور التحفيظ فيمكنه أن يطلب من المحافظ على الأملاك العقارية أن تتابع المسطرة في اسمه عوض طالب التحفيظ الأول إذا ما اقتنى العقار كليا، أو تتابع المسطرة مجزأة في اسمه بشأن القطعة المقتناة، وفي اسم طالب التحفيظ الأصلي فيما تبقى من الملك².

فالمستهلك حينما يشتري عقارا في طور التحفيظ له الحق في أن يطلب نشره بالجريدة الرسمية وذلك بعد أن يعمل على إيداع الوثائق المثبتة لحقه بالمحافظة العقارية؛ وفي هذه الحالة فإن مسطرة التحفيظ تتابع بصفة قانونية ويكتسب المستهلك صفة طالب التحفيظ في حدود الحق المعترف له به، أما إذا كان الإعلان عن انتهاء تحديد ذلك العقار قد تم نشره في الجريدة الرسمية؛ فيجب أن يعاد نشر ذلك الإعلان من جديد من أجل فتح باب التعرضات داخل أجل شهرين، تحسب ابتداء من نشر الإعلان عن الحق المنشأ أو المغير أو المقر به بالجريدة الرسمية، إلا أن التعرضات لن تقبل إلا إذا انصبت مباشرة على الحق المذكور أو الحق المعترف به لصاحب الحق، ويؤخذ بعين الاعتبار عند

==

جدوى من الإبقاء عليه، حيث تم نسخه بمقتضى المادة 35 من المرسوم المتعلق بإجراءات التحفيظ العقاري؛ مع التأكيد على تحديد الحق موضوع مسطرة الخلاصة الإصلاحية قبل تأسيس الرسم العقاري في المادة الثالثة.

¹ - محمد الحداد، دور الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية في تفعيل التشريع العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مختبر قانون الالتزامات والعقود، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2015-2016، ص 158.

² - شكيب حيمود، وسائل حماية الحقوق الناشئة خلال مساطر التحفيظ العقاري، مقال منشور في الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاثر محكمة النقض، عدد 26، مطبعة الأمنية الرباط، سنة 2015، ص: 522.

التحفيظ الحق المنشأ أو المغير أو المقر به خلال المسطرة¹.

ويتضح أن لجوء المستهلك العقاري لهذه الآلية القانونية تتطلب مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية:

فعلى مستوى الموضوع؛ يتعين أن تتحقق الشروط التالية:

أولاً: يجب أن يتلقى - مستهلك العقار - الحق أثناء مسطرة التحفيظ:

إذا تلقى المستهلك العقاري حقاً وارداً على عقار في طور التحفيظ، فإنه يجب أن يتضمن العقد موضوع نشر الخلاصة الإصلاحية رقم مطلب التحفيظ وكذا اسم العقار وتحديد المساحة سواء المصرح بها عند إيداع مطلب التحفيظ أو المساحة التي أظهرها التصميم العقاري إذا كان العقار محدداً..

ثانياً: أن يكون الحق عينياً سواء كان كلياً أو جزئياً ناشئاً عن طريق تصرف إرادي.

يقصد من هذا الشرط أن يكون العقد المنشئ أو المعدل أو المقر للحق موضوع مسطرة الخلاصة الإصلاحية قد أبرم بين شخصين حيين وفق تصرف قانوني صحيح، وهو ما يستبعد الوقائع المادية كالوفاة².

ثالثاً: ألا يكون ملف مطلب التحفيظ قد أحيل على أنظار المحكمة قصد البت في التعرضات.

إن إعلان حق نشأ خلال مسطرة التحفيظ عن طريق الخلاصة الإصلاحية يستوجب أن لا يكون ملف التحفيظ قد أحيل على أنظار القضاء للبت في التعرضات، لأنه ليس هناك أساس قانوني يرغم المحكمة بإرجاع الملف للمحافظ قصد نشر الحق المودع

¹ - عادل المعروف، الآليات القانونية لحماية مستهلك العقار، مقال وارد بمؤلف جماعي حول حماية المستهلك منشور في المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مطبعة فاريير سطات، الطبعة الأولى 2020، ص 24 و25.

² - عمر أزوكار، الدليل العملي للعقار في طور التحفيظ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011، ص 121.

طبقا للفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07، وبالتالي فإن تطبيق مسطرة الخلاصة الإصلاحية تبقى مفتوحة إلى أن يتم اتخاذ قرار التحفيظ وتأسيس الرسم العقاري في حالة عدم وجود تعرضات أو إلى حين إحالة الملف على القضاء للفصل في التعرضات¹.

رابعا: أن يرد الحق موضوع مسطرة النشر وفق الشكلية المنصوص عليها في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية:

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية على أنه: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك".

إلا أن هذا النص ترد عليه بعض الاستثناءات، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للرهن الرسمي الذي تقل قيمته عن 250.000 درهم؛ حيث يمكن أن يرد في محرر عرفي طبقا للمادة 174 من مدونة الحقوق العينية.

أما على مستوى الشكل، فيجب توفر الشرطين التاليين:

أولا: يجب على مستهلك العقار أن يودع السندات المثبتة لحقه بالمحافظة العقارية: يتعين على كل من اكتسب حقا عينيا على عقار في طور التحفيظ أن يودع جميع الوثائق والمؤيدات المثبتة للحق المزعوم كالإدلاء برسم الشراء بالنسبة للمشتري أو رسم الصدقة بالنسبة للمتصدق عليه أو برسم الهبة بالنسبة للموهوب له أو رسم الملكية المحدد للفرق بين المساحة الواردة في أصل التملك المودع بمطلب التحفيظ والمساحة التي أظهرها التصميم العقاري بالنسبة لطالب التحفيظ.

ثانيا: يتعين على المستهلك أداء الوجيبة القانونية قصد إشهار حقه وإجراء تحديد

¹ - حدو معسو، حماية الحقوق الواردة على مطلب التحفيظ عن طريق مسطرتي النشر والإيداع طبقا للفصلين 83 و84 من ظهير التحفيظ العقاري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2018، ص 27.

تكميلي عند الاقتضاء:

عندما يقوم المستهلك العقاري بأداء الرسوم المفروضة قانوناً، يقوم المحافظ العقاري بإعداد خلاصة إصلاحية يدرج فيها اسم المستفيد ضمن طالبي التحفيظ إذا كان انتقال الملك جزئياً أو إحلاله محلهم إذا كان انتقال الملك كلياً وفق ما تم الاتفاق عليه، ويتم بعثها إلى المديرية المركزية قصد العمل على نشرها، ويتم إرفاقها بالإعلان عن انتهاء التحديد إذا اقتضى الأمر¹.

وفي بعض الأحيان، يكون المحافظ العقاري ملزماً بالتنسيق مع مصلحة المسح العقاري قصد الانتقال لإجراء تحديد تكميلي وتوجيه الاستدعاءات للمعنيين بالأمر²؛ وذلك في حالة الإدلاء بوثائق تبرر الفرق بين المساحة المصرح بها عند مطلب التحفيظ والمساحة الزائدة والتي أظهرها التصميم العقاري.

ولا يتم اللجوء إلى مسطرة الخلاصة الإصلاحية في كل التصرفات التي يمكن أن تنصب على العقار موضوع مسطرة التحفيظ، بل إن هناك حالات محددة أفرزها العمل الإداري على مستوى المحافظة العقارية من قبيل:

- تغيير أسماء طلاب التحفيظ سواء عن طريق تفويت الحق العيني (حق الملكية، السطحية...) كلياً أو جزئياً، أو عن طريق تغيير أسمائهم في حالة وجود أخطاء فيها أو عن طريق صدور حكم قضائي لفائدة المتعرض.

- تدارك إغفالات مهمة في البيانات المنشورة بالجريدة الرسمية؛ كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لإغفال أحد السندات المدلى بها تدعيماً لمطلب التحفيظ، أو تصحيح نسب الشركاء على الشياخ أو تجاوز المساحة التي أظهرها التصميم العقاري خمس المساحة المصرح بها.

¹ - عبد الرزاق زايد، إشكالات الإيداع في مطلب التحفيظ، رسالة بحث لنهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء بالرباط، سنة 2011-2013، ص 72 وما بعدها.

² - محمادي لمعكشاوي، الدليل العملي في التحفيظ العقاري، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2014، ص 35.

- تقسيم العقار أو المسطرة عند تضمين العديد من القطع في مطلب واحد، وتكون إحدى القطع موضوع مطلب التحفيظ مثقلة بالتعرض، بحيث يمكن للقطع الأخرى أن تكون موضوع مسطرة الخلاصة الإصلاحية قصد تأسيس رسم عقاري لها.

وفي هذا السياق، ذهب أحد الباحثين¹ إلى القول بأن المشرع حدد حالة اللجوء إلى مسطرة الخلاصة الإصلاحية في تأسيس حق عيني، كإنشاء حق الانتفاع أو حق السطحية أو تغييره، ومثاله تغيير حق السكنى الوارد على عقار قيد التحفيظ إلى كراء طويل الأمد أو الإقرار به كإقرار طالب التحفيظ بحق الورثة إذا كان ملكا مشاعا بينهم.

واعتقد أن تحديد نطاق تطبيق مسطرة الخلاصة على هذه الشاكلة من شأنها تقزيم الدور المنوط بهذه المسطرة والمتمثل في حماية مستهلك العقار من جهة، واستقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى، وهو الذي لن يتأتى في ظل إغفال أحد أهم الحقوق العينية - حق الملكية- والتي تكون الدافع الأساس للمستهلك العقاري في إبرام التصرف القانوني.

وفي جميع الأحوال، فإن الحقوق العينية العقارية² القابلة للإشهار أثناء جريان مسطرة التحفيظ هي ذاتها الحقوق العينية سواء الأصلية أو التبعية والقابلة للتقييد بالرسم العقاري والتي نص عليها المشرع في مدونة الحقوق العينية بمقتضى المادتين التاسعة³

¹ - خير الدين الطاوس، إشهار الحقوق المكتسبة خلال مسطرة التحفيظ وآثارها في ضوء مستجدات القانون 14.07، مطبعة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، 2015، ص 65.

² - نصت المادة 8 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصليا أو تبعيا".

³ - نصت المادة 9 من مدونة الحقوق العينية على أنه: ".... والحقوق العينية الأصلية هي:

- حق الملكية؛
- حق الارتفاق والتحملات العقارية؛
- حق الانتفاع؛
- حق العمرى؛ - حق الاستعمال؛
- حق السطحية؛
- حق الكراء الطويل الأمد؛
- حق الحبس؛

والعاشرة¹، إلى جانب الحقوق الشخصية العقارية الواردة في الفصل 65 من القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع². ويتبين من خلال قراءة الفصل 65 السالف الذكر، أن المشرع لم يمنح الحرية للمحافظ على الأملاك العقارية أو غيره لتقدير الحقوق التي يجب تقييدها والحقوق غير الخاضعة للتقييد³.

وما يؤكد ذلك، أن إجراء الخلاصة الإصلاحية لا يقيد في سجل التعرضات وإنما يتم تقييده في بطاقة المراقبة لمطلب التحفيظ والتي يتم نشرها في الجريدة الرسمية، وبعد ذلك يعتمد المحافظ إلى توجيه إعلان جديد لدى السلطة المحلية والمحكمة والمجلس الجماعي قصد التعليق.

والغاية التي يهدف المشرع تحقيقها من النشر في الجريدة الرسمية والتعليق هي ضمان علم كل شخص يمكن له أن يتعرض على هذا الحق أو الشراء الذي قام به المستهلك العقاري بغية إضفاء نوع من الاستقرار في المعاملات العقارية⁴.

==

- حق الزينة؛

- حق الهواء والتعليق؛

- الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

¹ - نصت المادة 10 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "... الحقوق العينية التبعية هي:

- الامتيازات؛

- الرهن الحيازي؛

- الرهون الرسمية".

² - نص الفصل 65 من القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع على أنه: "يجب أن تشهر، بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء أو الإبراء منه".

³ - محمد خير، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 381.

انظر كذلك:

- Paul Decroux, droit foncier marocaine, imp El Maarif Al Jadida, Rabat 2002, p 166.

⁴ - Picard Jean, Technique de la vente d'immeuble avant contrat, l'acte de vente, préface de michel dagot libraire, technique de la cour de cassation, Paris, p 86.

وفي هذا الإطار، يطرح تساؤل حول أوجه الحماية القانونية المقررة لحماية المستهلك العقاري من أجل إشهار حق نشأ خلال مسطرة التحفيظ إذا كان ملف مطلب التحفيظ قد أحيل على أنظار المحكمة قصد البت في التعرضات؟

إجابة على هذا التساؤل، ذهب أحد الباحثين إلى أن الخلاصة الإصلاحية تتعطل إذا أحيل الملف على محكمة التحفيظ ويفتح الباب لمسطرة الإيداع المقررة في الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07، لأن من شأن اللجوء إلى آلية الخلاصة الإصلاحية تجزيء الملف بين المحافظة العقارية من جهة، ومحكمة التحفيظ من جهة ثانية¹.

في حين يرى أحد الباحثين أنه من أجل حماية مكتسب الحق - المستهلك العقاري - على عقار في طور التحفيظ، ينبغي على المحافظ العقاري أن يقبل هذا الطلب لأن الفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07، يتحدث عن اكتساب الحق من غير أن يحدد مرحلة من مراحل المسطرة لتطبيق مضمونه². كما أنه لم يحدد أجل النشر في الجريدة الرسمية³.

واعتقد بأن الرأي الأخير - وإن كانت غايته حماية مستهلك العقار - فإنه لم يراع خصوصية مسطرة التحفيظ أثناء المرحلة القضائية، إذ بعد إحالة الملف على أنظار المحكمة يكون النزاع محصوراً بين طرفين طالب التحفيظ (المدعى عليه) والمتعرض (المدعى)، وحيث أنه بفتح المجال لتطبيق الخلاصة الإصلاحية سيؤدي لا محالة إلى ظهور طالب تحفيظ ثانٍ مما سيجعلنا نتساءل عن الفائدة من هذا الوضع الذي سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات العقارية في ظل اكتساب شخصين لصفة واحدة وهي (طالب التحفيظ)، ناهيك عن وجود مذكرة صادرة عن السيد المحافظ العام تنص على عدم قبول

¹ - عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012، ص 206.

² - محمد الحداد، م.س، ص 163.

³ - حميد العمري، الزمن في مسطرة التحفيظ وعلاقته بالأمن القانوني، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، ماستر القانون العقاري والحقوق العينية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2016-2017، ص 91.

طلب تطبيق مقتضيات الفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07 عند إحالة ملف مطلب التحفيظ على أنظار المحكمة¹.

وعلى هذا الأساس، فإن الواجب من أجل تحقيق أمن عقاري تعطيل تطبيق آلية الخلاصة الإصلاحية في حالة عرض النزاع على أنظار المحكمة، ومن أجل تفادي زعزعة استقرار المعاملات العقارية من جهة، ومن جهة أخرى أن الحماية القانونية لمستهلك العقار قد تتحقق من خلال اللجوء إلى آلية الإيداع وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07.

والجدير بالذكر، أن شراء العقار موضوع مطلب التحفيظ، لا يخول لمستهلك العقار الذي مارس مسطرة الخلاصة الإصلاحية من ممارسة دعوى الضمان ضد البائع في حالة ظهور التعرضات على مطلب التحفيظ، ويقع تحت طائلة عدم القبول كل دعوى للضمان رفعت قبل الحسم في التعرضات².

وهذا ما جاء في أحد قرارات محكمة النقض التي قضت: "لكن ردا على الوسيطتين معا لتدخلهما، فإن الطاعنة اشترت عقارا في طور التحفيظ، وهو معرض بطبيعة الحال للتعرضات من كل طرف يدعي حقا في العقار المطلوب تحفيظه أو لحق عيني عليه وإن التعرض على المطلب في حد ذاته لا يمنع من التسليم المنصوص عليه في الفصل 499 من قانون الالتزامات والعقود، وأنه لا مجال للحديث عن الضمان ما دام لم يثبت حرمان المشتري من الاستغلال أو استحقاق العقار من يدها، ولذلك ولما للمحكمة من سلطة تقديرية في تقييم الأدلة واستنتاج قضائها منها، فإنها حين عللت قرارها بأنه وما دام عقد البيع لم يشر فيه إلى الحالة التي يتم فيها تقييد تعرض جزئي أو كلي على المطلب، فلا يمكن مساءلة البائع عن هذه التعرضات مع العلم بأن المشتري ... هي مشتري لعقار في طور التحفيظ المفروض فيه العلم بأن يسجل التعرض في أي وقت، والحال أن المسطرة

¹ - مذكرة رقم 458، صادرة بتاريخ 10/02/1998.

² - بوشعيب الإدريسي، التطهير في نظام التحفيظ العقاري وفق القانون رقم 14.07، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 2، 2014، مكتبة دار السلام، الرباط، ص 109.

أمام المحافظ لا زالت جارية، فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار معللاً تعليلاً كافياً¹.

وأعتقد أنه من الأجدر البحث عن توليفة قانونية قصد التوفيق بين ما ورد في ق.ل.ع من آليات هادفة لحماية المستهلك العقاري - الضمان - وبين الآليات القانونية الواردة في ظهير التحفيظ العقاري - الخلاصة الإصلاحية - إذ ما المانع من تطبيق قاعدة الضمان ولو بشكل استثنائي ومحدود في إطار مسطرة التحفيظ خصوصاً أن بعض عقود البيع المتعلقة بالعقار في طور التحفيظ تتضمن بندا مفاده ضمان البائع لأي تعرض وذلك تحت طائلة متابعته قضائياً.

الفقرة الثانية: آثار نشر الخلاصة الإصلاحية

يبدو أن مستهلك العقار الذي لجأ إلى مكنة الخلاصة الإصلاحية يستفيد من العديد من المزايا أبرزها، أن يطلب من المحافظ العقاري أن يعمل على إحلاله في مسطرة التحفيظ محل طالب التحفيظ في كافة حقوقه أو في بعضها فقط حسب ما إذا كانت ملكية العقار موضوع مطلب التحفيظ قد انتقلت إليه كلياً أو جزئياً²، وباكتساب صفة طالب التحفيظ يصبح هو المعني بمتابعة إجراءات مسطرة التحفيظ وأداء الرسوم الخاصة بالمحافظة العقارية، وكذا حضور عملية التحديد ومواجهة المتعرضين للدفاع عن حقوقه بصفة شخصية، وكذا الاستفادة من مركز طالب التحفيظ باعتباره مدعى عليه.

وفي هذا الإطار، قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بأنه: "حيث يستفاد من مستندات الملف، أنه بمقتضى مطلب تحفيظ قيد بالمحافظة العقارية بإنزكان بتاريخ 1991/09/11 تحت عدد ... طلبت... تحفيظ الملك المسمى "دور الخربت" حددت مساحته في 6 هكتارات و68 آر و09 سنتيات بصفتها مالكة له حسب رسم الاستمرار المؤرخ في 1997/09/29 وأنه بمقتضى خلاصة إصلاحية مؤرخة في 2000/01/19، فإن مسطرة تحفيظ الملك المذكور أصبحت تتابع في اسم بصفتهم مالكين على الشيع

¹ - قرار محكمة النقض، عدد 3487، صادر في 2004/12/1، ملف مدني عدد 2003/1/1/2396، أشار إليه عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية، م.س، ص 203.

² - حدو معسو، م.س، ص 32.

حسب النسب المشار إليها بالمطلب..¹.

كما قضت في قرار آخر لها بأنه: "وحيث إن طرفي النزاع في قضايا التحفيظ العقاري هما طالب التحفيظ والمتعرض، وأن من انتقلت إليه ملكية العقار بإحدى التصرفات الناقلة للملكية من قبل طالب التحفيظ، لا يعتبر طرفاً في مسطرة التحفيظ إلا إذا أنشأ مطلباً إصلاحياً حل بموجبه محل طالب التحفيظ، أما المودع الذي يكفي بإيداع السند الذي بموجبه انتقلت إليه ملكية العقار فإنه لا يعتبر طرفاً في مسطرة التحفيظ"².

إلا أن أحد الباحثين³ اعتبر هذا الأمر ليس إيجابياً للمستهلك العقاري، لأن من شأن ذلك حرمانه بالاستفادة من خدمات طالب التحفيظ الذي قام بتقويت العقار له، وخصوصاً متى كانت بحوزته حجج قوية في مواجهة المتعرضين.

وفي نظري، فإن آلية نشر الخلاصة الإصلاحية تعد ميزة إيجابية لصاحبها؛ وأن إمكانية حرمانه بالاستفادة من خدمات طالب التحفيظ الذي قام بتقويت العقار له يجابه بالقواعد القانونية المؤطرة للعقد والتي تستوجب تنفيذه بحسن نية، كما أن المستفيد من هذه الآلية يتضمن مراجع أصول التملك في العقد الذي يربطه بطالب التحفيظ والتي من الممكن الحصول عليها.

فنقديم الخلاصة الإصلاحية لمطلب التحفيظ ليس من شأنها أن تفقد مستهلك العقار مركز المدعى عليه في الإثبات في حالة وجود مطلب آخر انصب على نفس العقار في حالة التعرض المتبادل؛ لأن طالب التحفيظ صاحب المطلب الأسبق تاريخاً في التقديم من المطلب اللاحق يأخذ مركز طالب التحفيظ ولو كان المطلب التالي أسبق إلى التحديد⁴.

وعليه، فإنه في حالة وجود منازعة في الملك أو على الحقوق الواردة على هذا

¹ - قرار عدد 1/63، صادر بتاريخ 2014/02/11، ملف مدني عدد 2003/1/1/3728، غير منشور.

² - قرار عدد 78، صادر في 2015/02/03، ملف عدد 2014/8/1/5341، غير منشور.

³ - بوجمعة زافو، أثر نظام التحفيظ على تداول الملكية العقارية، 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 24.

⁴ - بوشعيب الإدريسي، م.س، ص 108.

الملك فإنه يصبح المالك الجديد أي المستفيد طرفاً أصلياً في الدعوى؛ إذ تستدعيه المحكمة مباشرة لحضور الجلسات بحيث تمنح له صفة المدعى عليه أمام القضاء كما سلف الذكر¹.

وعلى هذا المنوال، سارت محكمة النقض في أحد قراراتها الذي جاء فيه: "إن أطراف النزاع في مسطرة التحفيظ هم طالبوا التحفيظ والمتعرضون، وأنه بمقتضى الفصلين 24 و 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون رقم 14.07، فإن من يدعي تملك عقار في طور التحفيظ عليه لكي يكون طرفاً في النزاع المعروض على القضاء أن يتدخل كطالب تحفيظ ليحل محل الطالبين في حالة موافقتهم، وإما أن يتعرض على المطلب في حالة النزاع، وعليه فإن المحكمة عندما قضت بعدم قبول استئناف الطاعنة بعلّة أنها لم تكن طرفاً في الحكم المستأنف فإنها تكون قد عللت قضاءها تعليلاً صحيحاً ولم تخرق أية قاعدة مسطرية"².

ومع ذلك، لا يؤخذ هذا الأمر على أنه فيه مصلحة للمستهلك المستفيد من نشر الخلاصة الإصلاحية، لأن هذه الأخيرة إذا كانت ترنو في ظاهرها إلى مرامي سامية من خلال إعطاء المستهلك العقاري صفة طالب التحفيظ، فإنها في باطنها لا تخلو من خطورة في حالة بروز تعرضات على العقار موضوع نشر خلاصة إصلاحية.

فأي حماية قانونية سيتم توفيرها للمستفيد من نشر الخلاصة الإصلاحية؟ وهل يمكن له التراجع عن التصرف القانوني كلما تبين أن المتعرض قد أدلى بحجج قوية وأنه كان ضحية لطالب التحفيظ سيء النية؟ أم أنه سينتظر إلى حين صدور حكم قضائي نهائي يقضي بصحة التعرض؟

قبل الإجابة عن هذه الأسئلة، لابد من الإشارة إلى أنه في ختام الفقرة السالفة الذكر، أشرت إلى ضرورة إيجاد توليفة قانونية قصد التوفيق بين ما ورد في ق.ل.ع وبين ما ورد في ظهير التحفيظ العقاري وخصوصاً ما يتعلق بتطبيق قاعدة الضمان ولو

¹ - ونيل أو عيسى، م.س، ص 50.

² - قرار عدد 1396، صادر في 16/06/1987، ملف مدني عدد 24/2916، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية، ما بين سنتي 1958-1996، ص 125 وما بعدها.

بشكل استثنائي ومحدود في إطار مسطرة التحفيظ خصوصا، فإنني أقترح ضرورة إيجاد توليفة قانونية بين ما ورد في القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والذي يتضمن العديد من الآليات القانونية لحماية المستهلك العقاري، ومن أهمها حق التراجع، وبين ما ورد في ظهير التحفيظ العقاري.

فبالرجوع إلى المادة 36 من القانون 31.08 المذكور أعلاه، نصت على أنه: "للمستهلك أجل: - سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع؛ - ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32. وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

تسري الآجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات".

فخيار الرجوع في التعاقد يعكس قدرة المستهلك المتعاقد بعد إبرام العقد على التراجع عنه، حيث ينصب خيار الرجوع على عقد سبق إبرامه باتفاق إرادتي عاقيه وتلاقيها ثم تأتي إرادة المستهلك فقط لتهدم ذلك العقد الذي يتكون من اتحاد إرادتين وليس إرادة واحدة، أما إذا لم يكن العقد قد جرى إبرامه أي كان في مرحلة التكوين، فإن الخيار هنا يقع في غياب اكتمال التعاقد أي العدول عن إبرامه، وفي الحالتين النتيجة واحدة هي عدم وجود العقد أو هدمه وإزالته بعد وجوده¹.

وقد أورد المشرع بعض الاستثناءات من تطبيق حق التراجع في المادة 38 من القانون 31.08² وذلك إما لخصوصية بعض العقود وإما بسبب منع المستهلك من التعسف

¹ - رشا علي جاسم العامري، الرجوع في التعاقد - دراسة مقارنة -، مطبعة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، طبعة 2017، ص 24.

² - نصت المادة 38 من القانون 31.08 على أنه: "لا يمكن أن يمارس حق التراجع، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، في العقود المتعلقة بما يلي:

- 1- الخدمات التي شرع في تنفيذها بموافقة المستهلك قبل انتهاء أجل السبعة أيام كاملة؛
- 2- التوريد بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يكون ثمنها أو تعريفها رهنيا بتقلبات أسعار السوق المالية؛
- 3- التوريد بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة له خصيصا أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة

في استعمال هذا الحق.

ويذهب البعض إلى أن العقود الواردة على العقارات تخرج عن نطاق حق العدول، وذلك بسبب الشكلية التي يفرضها المشرع في تحرير هذه العقود والتي تكفل منح المستهلك الفرصة الكافية للتفكير¹.

إلا أن الأستاذ مصطفى أحمد أبو عمرو² ذهب إلى القول بأن حق العدول يدور مع حكمته وجودا وعدما، بقطع النظر عن محل العقد؛ إذ يستوي أن يرد على منقولات أو عقارات أو خدمات..

والرأي فيما أعتمد، أن حق التراجع يمكن تطبيقه على العقود المتعلقة بالعقارات؛ وبالتبعية إمكانية المستهلك المستفيد من نشر الخلاصة الإصلاحية من الاستفادة من هذه الضمانة القانونية وذلك إلى غاية انتهاء أجل التعرض بدل سبعة أيام أو ثلاثين يوما وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

أولها: وجود مقتضيات في القانون المدني تسمح لأحد المتعاقدين بالتراجع عن العقد بصفة فردية؛ وذلك في إطار بيع الثنيا حيث نص الفصل 585 من ق.ل.ع على أنه: "البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع أو بيع الثنيا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن. ويسوغ أن يرد بيع الثنيا على الأشياء المنقولة أو العقارية"، فإذا كان البائع له إمكانية التراجع عن العقد سواء كان الشيء منقولاً أو عقاراً؛ فما المانع من تعميم هذه الآلية على الطرف الآخر -

==

إرسالها أو تكون معرضة للفساد أم سريعة التلف؛

4- التزويد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك؛

5- التزويد بالجرائد أو الدوريات أو المجلات".

1 - أيمن مساعدة، علاء خصاونه، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 46، أبريل 2011، ص 177.

انظر كذلك:

ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، المكتب المصري الحديث، القاهرة، طبعة 2000، ص 588.

2 - مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، طبعة 2016، ص 115.

المستهلك العقاري - على حد سواء.

ثانيها: تطبيق حق التراجع من طرف شخص ثالث وهو الشفيع الذي يكون خارج العلاقة التعاقدية، وذلك من أجل عدم السماح لشخص أجنبي عن العقار في تملك جزء منه على الشياخ، حيث نصت المادة 292 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة والمصرفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء". ويتم تطبيق الشفعة على العقار في طور التحفيظ من خلال التعرض على مطلب التحفيظ المتعلق به طبقا للمادة 305 من مدونة الحقوق العينية.

ثالثها: تطبيق حق التراجع من خلال آلية الاعتصار في عقد الهبة والتي يراد بها رجوع الواهب في هبته طبقا للمادة 283 من مدونة الحقوق العينية، ويترتب عليها فسخ عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب طبقا للمادة 287 من مدونة الحقوق العينية.

رابعها: تطبيق حق التراجع في عقد التخصيص¹ الوارد في القانون 107.12 المعدل والمتمم للقانون المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، حيث نص الفصل 3 مكرر ثلاث مرات على أنه: "يحق للمشتري التراجع عن عقد التخصيص داخل أجل لا يتعدى شهرا ابتداء من تاريخ إبرام عقد التخصيص.

يجب على البائع في حالة تراجع المشتري عن عقد التخصيص، أن يرجع للمشتري المبلغ المدفوع كاملا داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام ابتداء من تاريخ ممارسة هذا الحق".

وتجدر الإشارة، إلى أن إمكانية الرجوع في الوعد بالتعاقد تختلف اختلافا بينا عن الحق في الرجوع الممنوح للمستهلك، ذلك أن الأولى وإن كانت تهدف إلى إزالة التزام أحد الأطراف بعد تبادل الرضا حول جميع عناصر العقد كما هو الشأن أيضا في الحق

¹ - نص الفصل 3 مكرر مرتين من قانون 107.12 على أنه: "يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز يحزر إما في محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ وفقا للشكل المتفق عليه من الأطراف.

لا يجوز إبرام عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز تحت طائلة البطلان، إلا بعد الحصول على رخصة البناء".

في الرجوع الذي يوجد بحوزة المستهلك، فإن إعلان الرغبة (Le lever de l'option) في الوعد بالتعاقد يؤدي إلى إنشاء العقد وليس إزالته¹.

خامسها: لقد أجاز المشرع لمجلس الوصاية المركزي في حالة عدم الشروع في إنجاز المشروع أو عدم إنجازه بالكامل، اتخاذ قرار بفسخ عقد التمليك الذي تم إيداعه لدى المحافظة العقارية؛ وذلك قصد التشطيب على المستفيد وإعادة تقييد الجماعة السلالية المعنية كمالكة للعقار موضوع التمليك، وهو ما يشكل إحدى تجليات حق التراجع في المعاملات العقارية التي تتم على مستوى المحافظة العقارية، وذلك طبقاً للمادة 25² من المرسوم المتعلق بتطبيق أحكام القانون 62.17 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتدبير أملاكها.

سادسها: إقرار قانون البناء والتعمير الفرنسي بحق العدول لمشتري الوحدات السكنية تحت الإنشاء، وهي بلا شك تدخل في نطاق العقارات، حيث حددت المادة L271-1 منه مهلة العدول في سبعة أيام، ويبدأ سريان هذه المهلة من اليوم التالي لاستلام المستهلك للخطاب المتضمن بيانات العقد³.

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك في إطار القانون المغربي - دراسة في إشكالية الطبيعة القانونية للحق في الرجوع - مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 150/1-2/2016، ص 45.

² - نصت المادة 25 منه على أنه: "بعد انتهاء الأجل المذكور تعين اللجنة المشروع من جديد، بحضور المعني بالأمر الذي يتم استدعاؤه بواسطة رسالة تبلغ إليه بإحدى طرق التبليغ القانونية. فإذا نفذ هذا الأخير مشروعه تقترح اللجنة منحه شهادة رفع اليد، وفي حالة العكس تقترح فسخ عقد التمليك، ويحال الملف من طرف عامل العمالة أو الإقليم على مجلس الوصاية المركزي قصد اتخاذ القرار.

يتم إيداع قرار مجلس الوصاية المركزي القاضي بفسخ عقد التمليك بالمحافظة على الأملاك العقارية قصد التشطيب على المستفيد وإعادة تقييد الجماعة السلالية المعنية".

مرسوم رقم 2.19.973 صادر في 09 يناير 2020، بتطبيق أحكام القانون رقم 62.17 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتدبير أملاكها، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6849 المؤرخة في 20/01/2020، ص 324.

³ - Article L271-1 code de la construction et de l'habitation. Modifié par Loi N°2006-872 du 13 Juillet 2006- art 79(V)-96 JORF 16 Juillet 2006 Stipule que : « Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jour à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte ».

وعطفا على هذه الاعتبارات، حبذا لو تدخل المشرع من أجل تكريس حق التراجع في المعاملات العقارية لما له من دور في تحسين حماية المستهلك. وبالتبعية استفادة المستهلك المستفيد من نشر الخلاصة الإصلاحية من هذه الآلية القانونية؛ رغم أنني مستوعب لمدى تشعب المشرع العقاري بهاجس استقرار المعاملات العقارية والذي يجعله لا يكثر كثيرا لتقلبات الإرادة، وإنما يكتفي بالشروط المتعلقة بتبادل الرضا بين الطرفين وإفراغها وفق الشكلية القانونية.

واستكمالا لسرد مزايا اللجوء إلى الخلاصة الإصلاحية، نجد استفادة مستهلك العقار من صدور رسم عقاري نهائي باسمه يكتسي حجية مطلقة وقاطعة تجاه كافة طبقا لمقتضيات الفصلين 1 و 62 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07.

إذن، فكل الحقوق التي تم نشرها وفقا لمقتضيات الفصل 83 من قانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع تحظى بالقوة الثبوتية وقوة في التطهير¹، مما يبقى للمتضرر فقط المطالبة بالتعويض وفقا لمقتضيات الفصل 64 من القانون المذكور أعلاه.

وتقتضي الحكمة على الأقل، الإشارة إلى أن سلوك مسطرة الخلاصة الإصلاحية من طرف مستهلك العقار للإعلان عن الحق المكتسب على العقار في طور التحفيظ في ظل استيفاء جميع إجراءات التحفيظ وانتهاء أجل الإعلان عن التعرضات دون إفراز المسطرة لأي تعرض؛ لا يحقق له المصلحة بقدر ما سيطيل أمد مسطرة التحفيظ التي من شأنها أن تبرز لنا ظهور متعرضين؛ لذلك من الأفضل اللجوء إلى آلية الإيداع وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بمقتضى القانون رقم 14.07، والتي ستكون موضوع الدراسة في الفقرة الموالية.

وجامع القول، إن آلية الخلاصة الإصلاحية تعد ركيزة أساسية لتحقيق مفهوم الأمن العقاري، حيث تحقق لنا استقرار المعاملات العقارية من خلال إشهار الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ من جهة، ومن جهة أخرى تبليغا إلى غاية حماية مستهلك العقار عن طريق استئنائه بمزايا هذه الآلية.

¹ - بوجمعة زفو، م.س، ص 29.

المطلب الثاني: آلية الإيداع

تعتبر مسطرة الإيداع تقنية قانونية تخول للمستهلك العقاري صاحب الحق القابل للإشهار في الرسوم العقارية والذي نشأ على عقار في طور التحفيظ، وذلك بعد استيفاء جميع الشروط الموضوعية والشكلية من إيداع للوثائق المتعلقة بالحق لدى المحافظة العقارية واستخلاص الرسوم والوجيبة المتعلقة بها، - تخول له - حفظ الرتبة في التقييد بعد إعطاء رقم ترتيبي جديد له عند تأسيس الرسم العقاري والتمسك به في مواجهة طالب التحفيظ إن اقتضى الحال أو كل شخص تلقى منه هذا الحق بوصفه خلفا خاصا.

وعليه، سأحاول التطرق في البداية إلى تجليات آلية الإيداع في الأساس التشريعي (الفقرة الأولى)، على أن أعالج الآثار الناجمة عن سلوك هذه المسطرة بعد ذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تجليات آلية الإيداع في الأساس التشريعي

من المعلوم أن إيداع مطلب التحفيظ لا يحول مانعا والتصرف في العقار بمختلف أنواع التصرفات الجائزة قانونا من بيع وهبة ورهن رسمي أو غيره، وقد أوجد المشرع المغربي مسطرة خاصة لتنظيم تداول ملكية العقار الجارية بشأنه مسطرة التحفيظ ألا وهي مسطرة الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، أو ما يعرف بمسطرة الإيداع التي تخول صاحبها تقييد حقه بسجل التعرضات ليأخذ رتبته أثناء تأسيس الرسم العقاري¹.

وبالرجوع إلى الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 نجده ينص على أنه: "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات.

يقيد الحق المذكور عند التحفيظ بالرسم العقاري في الرتبة التي عينت له إذا

¹ - حميد العمري، م.س، ص 92.

سمحت إجراءات المسطرة بذلك¹.

ويبدو من خلال قراءة هذا الفصل أن كل حق وقع إنشاؤه على العقار في طور التحفيظ وبأي كيفية كانت، بعوض أو بدون عوض، بالتصرفات الناقلة للملكية كحق عيني أصلي، أو أحد الحقوق المتفرعة عنها يخضع لمسطرة الإيداع شريطة أن يكون من الحقوق القابلة للتقييد في الرسم العقاري².

وعليه فإن المستهلك يقوم بإيداع العقود لدى المحافظ العقاري وكافة الوثائق الأخرى اللازمة للتسجيل عموماً، ثم يقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات إلى أن يتم تحفيظ العقار ويكون حق المستهلك في هذه الحالة بأثر رجعي³.

وتتجلى أهمية الإيداع للحقوق القابلة للتقييد بالمحافظة العقارية أثناء مسطرة التحفيظ فيما تقرر له لصاحبها - المستهلك العقاري - من رتبة في التقييد والتمسك بها في مواجهة الغير والذي يكون تلقى الحق من طالب التحفيظ⁴.

وهكذا، فإن إيداع العقود التي تسجل التصرفات التي تجرى على العقار في طور التحفيظ في ظل الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 تختلف اختلافاً كلياً عن مسطرة النشر، حيث إن مسطرة الإيداع لا يتم إشهارها بنفس الكيفية، وإنما يكتفي المحافظ بتسجيل العقد وكذا معلومات المستهلك العقاري الذي انتقل له الحق في سجل التعرضات، وهذا يعني أن مستهلك العقار (المالك الجديد) لا يتمتع بصفة طالب التحفيظ⁵، وهذا ما قضت به ابتدائية الدار البيضاء في أحد أحكامها بأنه: "... وأن المدعي

¹ - يتبين من الفصل أعلاه أنه لم يشمل أي تعديل بصدور قانون 14.07 باستثناء استبدال عبارة التسجيل بالتقييد، وهو ما ينم عن اقتناع المشرع بهذه الآلية التي كانت مؤطرة من خلال الفصل 84 من ظ.ت.ع وكذا الفصلين 6 و 7 من القرار الوزيري 3 يونيو 1915 اللذين قاما بتكرار مقتضيات الواردة في الفصل 84 من ظ.ت.ع قبل التعديل مما أدى إلى نسخهما بمقتضى المادة 35 من المرسوم المتعلق بإجراءات التحفيظ العقاري والإبقاء فقط على الفصل 48 من قانون 14.07 بإطار تشريعي لآلية الإيداع.

² - عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية، م.س، ص 165.

³ - عادل المعروف، م.س، ص 25.

⁴ - بوشعيب الإدريسي، م.س، ص 113.

⁵ - عبد العزيز التهامي، م.س، ص 80.

لم يدل بما يثبت التملك على الشياخ، علماً أن شهادة مطلب التحفيظ لا تثبت لوحدها ملكية عقار غير محفظ خاصة وأن المدعي مقيد في إطار مسطرة الإيداع المنصوص عليها في الفصل 84 من ظهير 1913/08/12 ولا يعتبر طالبا للتحفيظ وإنما فقط صاحب حق رتبة بعد انتهاء مسطرة التحفيظ¹.

وعليه، فمسطرة الإيداع تقنية قانونية تمكن مستهلك العقار من أن يطلب ترتيبه بملف فرعي داخل مطلب التحفيظ، ويعطى له رقم ترتيبى بسجل التعرضات؛ في انتظار ما ستسفر عنه المسطرة، فإن انتهت بدون عوارض يتخذ المحافظ العقاري قرار التحفيظ في اسم طالب التحفيظ الأصلي ويقيد المودع مستهلك العقار كمالك منتقل له حق الملكية، ويعطى للإيداع المذكور رقماً ترتيبياً جديداً بسجل الإيداع بعد صيرورته رسماً عقارياً².

ولاستفادة المستهلك العقاري من هذه الآلية؛ يقتضي الأمر تقديم طلب بذلك والإدلاء بالحجج المثبتة لهذا الحق وأداء الرسوم الواجبة لدى المحافظة العقارية؛ وفي حالة وجود تعرضات واردة على مطلب التحفيظ يقوم المحافظ العقاري بإشعار صاحب الحق المكتسب أثناء مسطرة التحفيظ - المستهلك العقاري - بوجود تعرض ويطالبه بالإدلاء بتصريح بالشرف يبين فيه بأنه على علم بالتعرض المثار على العقار في طور التحفيظ، وذلك عند عدم ذكر السند المنشئ للحق المكتسب بوجود تعرض³.

وأعتقد بأن إجراء إشعار المستهلك العقاري من قبل المحافظ العقاري ما هو إلا تحصيل حاصل بعد تحرير العقد ولن يفيد المستهلك في شيء، وإنما يجب على محرر العقد - وفي إطار الالتزام بالإعلام الملقى على عاتقه - أن يشعره بوجود تعرضات واردة على العقار حتى يتسنى له إما قبول أو رفض القيام بالتصرف العقاري. وخلافاً لما سبق ذكره من قيام المحافظ العقاري بإشعار المستهلك العقاري بوجود تعرض والإدلاء

¹ - حكم عدد 78، صادر بتاريخ 2010/04/13، ملف عدد 2379/21/09، أشار إليه يوسف الغوناجي، صعوبة القيد بالسجلات العقارية بين مسببات الاستشكال وآفاق الحلول، دراسة معمقة وفق آخر المستجدات، سلسلة استشارات عقارية، العدد 1، الطبعة الأولى، 2013، ص 44.

² - شكيب حيمود، م.س، ص 524 وما بعدها.

³ - محمد الحداد، م.س، ص 167.

بتصريح بالشرف يبين فيه بأنه على علم بالتعرض المثار، قد يفاجأ مستهلك العقار برفض إيداعه من طرف المحافظ العقاري؛ وذلك بعلّة عدم تعيين محل العقد بشكل تام وإغفال تضمين التعرض الذي يعدّ تحملاً عقارياً ذي طبيعة خاصة.

وفي هذا السياق، يمكن للمستهلك العقاري اللجوء إلى آلية الإيداع قصد إيداع عقده وإن انتقلت مسطرة التحفيظ إلى المرحلة القضائية؛ إذ ليس هناك ما يمنع المحافظ العقاري من تلقي جميع الطلبات باستثناء البعض كالتعرضات خارج الأجل أو نشر خلاصة إصلحية أو تحفيظ جزئي؛ لأن من شأن ذلك أن يعرض حقوق الزبناء للمخاطر التي تنتجم عن عدم التضمين¹.

ومن بين حسنات آلية الإيداع بالنسبة للمستهلك العقاري، نجد إمكانية طلب تصحيح خطأ شاب إيداعه؛ وكذا تفويت جزء من حقه أو كله؛ كما يمكن أن ينشأ حقا عينياً عليه كالرهن الاتفاقي، ناهيك عن إمكانية المطالبة بإجراء تحديد تكميلي للقطعة موضوع تفويت جزئي².

وفي هذا المقام، نشير إلى أن السيد المحافظ العام نص في الدورية عدد 376³ على أنه: "وانسجاماً مع المقتضيات القانونية الواردة أعلاه، فإن قرار تحفيظ المطالب المتضمنة لبيوعات جزئية أو ما يماثلها من تفويّات أو اقتطاعات مودعة في إطار مقتضيات الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، يتوقف على القيام بعمليات التحديد التكميلي لكافة القطع المعنية؛ وذلك حتى يترتب عن قرار التحفيظ تأسيس رسوم عقارية لقطع محددة بكيفية صحيحة ونهائية.

وألفت انتباهكم إلى أن إمكانية التحفيظ الجزئي تظل متاحة، ضمن الشروط التي تنص عليها المقتضيات القانونية الجاري بها العمل، وخاصة منها وجوب إجراء التحديد التكميلي قبل اتخاذ قرار التحفيظ".

¹ - مذكرة المحافظ العام تحت عدد 458.

² - شكيب حيمود، م.س، ص 525.

³ - دورية عدد 376، صادرة بتاريخ 2009/11/03، منشورة بـ

- Recueil des principales circulaires, p 426- 427.

ومسايرة لهذا المنحى، نصت المادة 17 من المرسوم الإجرائي ل ظ.ت.ع على أنه يمكن للمستهلك العقاري إعداد ملف تقني¹ ينجزه مهندس مساح طبوغرافي ينتمي إلى القطاع الخاص؛ وذلك في حالة المطالبة بتقسيم أو تجزئة أو تطبيق نظام الملكية المشتركة أو الإدماج أو مطابقة التصميم للحالة الراهنة للعقار أو إعادة الأنصاب بالنسبة للعقار المحفظ أو في طور التحفيظ، الذي تم إنجاز تصميمه العقاري، مما يستفاد منه أن المستهلك العقاري الذي قام بإيداع عقده وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 بالنسبة لعقار في طور التحفيظ الذي تم إنجاز تصميمه العقاري أن يعد ملفا تقنيا بدل إجراء تحديد تكميلي من طرف المحافظة العقارية وذلك بغية ربح الوقت.

وعلى مستوى التشريع المقارن، فإن التشريع الجزائري أعطى مفهوما مخالفا لآلية الإيداع حيث اعتبرها مجرد طلب للإشهار، إذ أن تاريخ الإيداع يكون هو المعتبر به إذا تم الشهر، أما إذا لم يتم هذا الأخير فإن الإيداع لا يكون له أي قيمة قانونية، وقد يقبل المحافظ العقاري الإيداع ويرفض الشهر عن طريق إجراء لاحق يسمى قرار رفض الإجراء، وقد يرفض منذ البداية الإيداع عن طريق قرار يطلق عليه قرار رفض الإيداع يكون كلاهما قابلا للطعن فيه أمام القضاء وفق الإجراءات والشروط القانونية².

وهكذا فإن عملية إيداع الوثائق قصد شهرها، هي إجراء قانوني أولي يتم على مستوى المحافظة العقارية بقسم الإيداع وعمليات المحاسبة وتودع الوثائق المراد شهرها في شكلها³ طبقا لمقتضيات المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم التي نصت على أنه: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

¹ - يتضمن الملف التقني تصميمين عقاريين ومحضر التحديد.

² - ويس فتحي، م س، ص 353 و 354.

³ - فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص - القانون العقاري - كلية الحقوق والعلوم السياسية قسنطينة - جامعة الإخوة منتوري الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، ص 108.

ولعل هذا المفهوم الخاص لآلية الإيداع في التشريع الجزائري، يرجع إلى تعدد طرق الشهر العقاري وعدم ضبطها، حيث نجده استعمل عبارة "التسجيل" الذي اعتبره إجراء تخضع له كل التصرفات القانونية المنشئة والناقلة والمصرحة والمعدلة والمزيلة للحق العيني على العقار، وكذلك الأحكام القضائية المتعلقة بها، ويتم ذلك عن طريق تدوينها في سجل الإيداع¹ المشار إليه في المادة 41 من المرسوم 63/76 السالف الذكر.

أما الإيداع كطريقة من طرق الشهر الخاصة، فهو يتعلق بالعقود العرفية التي لها تاريخ ثابت وفق ما نصت عليه المادة 328 من ق.م. الجزائري، وكذلك الأحكام القضائية النهائية، لكن بخصوص العقود العرفية فإنها تدخل في الاستثناء الوارد على قاعدة الأثر النسبي للشهر، وبالتالي يعفى محرر العقد من ذكر أصل ملكية العقد التوثيقي المتضمن إيداع العقد العرفي الثابت تاريخه قبل الفاتح من يناير 1971، ويرجع سبب سن المشرع الجزائري لهذه الطريقة إلى تدارك ما تم من معاملات عقارية عرفية قبل صدور الأمر رقم 91.70 المتعلق بقانون التوثيق والذي حددت المادة 53 منه بداية سريانه ابتداء من 1971/01/01².

ويتضح أنه من أجل قبول الإيداع شكلا لا بد أن يتم بتقديم ذوي الشأن المؤهلين بالإيداع صورتين رسميتين أو نسختين من العقد أو القرار القضائي المطلوب إظهاره، وذلك في آن واحد بعد تحرير المحرر على ورقة نموذج وليس على ورقة بيضاء عادية ليقوم بعد ذلك المحافظ العقاري بالتأشير على هاتين النسختين وإرجاع إحدهما لطالب الشهر والاحتفاظ بالثانية التي تحمل تأشيرة التصديق على الهوية وتأشيرة الشرط

¹ - لبيض ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 21.

² - منقار هواري، الشهر العقاري وآثاره على نقل الملكية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أدرار، السنة الجامعية 2014-2015، ص 12 وما بعدها.

لقد أشار هذا الباحث إلى طرق أخرى للشهر من قبيل:

- القيد: هو طريقة لشهر الحقوق العينية التبعية، وهو يختلف عن التسجيل الذي يتم إظهار المحرر المودع؛ على خلاف القيد الذي لا يتم إظهار المحرر بل يكون مستندا مرفقا لمستندات الشهر.

- التأشير: هو طريقة لشهر بعض الدعاوى القضائية العقارية، يتم ذلك بتقديم العريضة الافتتاحية للمحافظة العقارية من أجل شهرها في البطاقات العقارية عن طريق قيدها في سجل المحررات المتضمنة العقار موضوع المطالبة القضائية.

الشخصي للأطراف عند الاقتضاء وحفظها وترتيبها على مجموعة البطاقات العقارية حسب ترتيب حجمها ورقمها، إذ يعطى لكل محرر تم إشهارة رقم وحجم يعرفان به وهذا في حالة قبول الإيداع وتنفيذ إجراء الإشهار¹.

ومن خلال ما تقدم يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يجعل لإرادة الأطراف أية علاقة بإجراء شهر العقود أو القرارات القضائية الخاصة بهم، بل جعل هذه المهمة على عاتق من خول لهم تحريرها وتحت مسؤوليتهم ومسؤولية الدولة تجاه موظفيها فيما ترتب عن ذلك من أضرار لأصحاب هذه الحقوق بسبب عدم شهرها².

ولإثبات الإيداع يقوم المحافظ العقاري بتسجيل بيانات المحرر المطلوب إيداعه فور تسلمه، وبعد مراقبته وتأكدته من قابلية إيداعه، وذلك على إحدى صفحات سجل الإيداع يسلم طالب الشهر وصلا يثبت ذلك يبين فيه نوع السند المطلوب شهره والوثائق المرفقة به وتاريخ الإيداع باليوم والساعة لاستعماله للغرض المطلوب تحقيقه³.

وقد نصت المادة 41 من المرسوم 63/76 المذكور سالفًا على أنه: "ينبغي على المحافظ العقاري أن يكون لديه سجل للإيداع يسجل فيه يوما بيوم وحسب الترتيب العددي تسليمات العقود والقرارات القضائية، وبصفة عامة جداول الوثائق المودعة قصد تنفيذ إجراء خاص بالإشهار، ويسلم إلى الملتمس سندا يشار فيه إلى مراجع سجل الإيداع التي سجل بموجبه كل تسلم".

وفي هذا الصدد صدرت مذكرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بالجزائر⁴ تفرض على المحافظين العقاريين التقيد بنص المادة 41 المذكورة أعلاه جملة وتفصيلا، نظرا لما قد ينتج عن عدم مراعاتها من مخاطر على حقوق الأفراد وما يترتب عنها من مسؤوليات تجاه المحافظة العقارية.

¹ - ويس فتحي، م س، ص 354.

² - حمدي باشا عمر وليمي زروقي، المنازعات العقارية، مطبعة دار هومة الجزائر، الطبعة العاشرة، 2008، ص 67.

³ - ويس فتحي، م س، ص 353.

⁴ - المذكرة رقم 1251، المؤرخة في 1994/03/29.

وبناء على ما سبق، يتضح أن عملية الإيداع تحظى بأهمية كبيرة نظراً لما قد يترتب عليها من أضرار لأصحاب الحقوق العينية المودعة في حالة عدم تسجيلها وفق ترتيبها التسلسلي في سجل الإيداع، إذ تثار مثل هذه المنازعات في حال تصرف المالك لأكثر من شخص في نفس العقار؛ وفي هذه الحالة يكون المرجع الفاصل هو أولوية الترتيب في سجل الإيداع، وهذا ما سيحقق حماية للمستهلك العقاري من جهة، واستقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى¹.

الفقرة الثانية: الآثار الناجمة عن سلوك مسطرة الإيداع

تقتضي الحكمة في بداية الأمر، الإشارة إلى أنه إذا كانت الغاية من إشهار الحقوق التي تكتسب على عقار في طور التحفيظ هي إعلام الجمهور ليتمكنوا من إيداع تعرضاتهم قبل مفاجأتهم بوجود حقوق عند إنشاء الرسم العقاري، فإن استعمال الإيداع في إطار الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 قد لا يحقق هذه الغاية².

ويتضح أن إخفاء صفة المستهلك العقاري المستفيد من آلية الإيداع بديهي جداً؛ وتعد من أبرز الآثار الناتجة عنها لأنه لا يتمتع بصفة طالب التحفيظ، مما يؤدي ذلك إلى آثار سلبية في حالة كون مطلب التحفيظ مثقلاً بتعرضات. فهل يمكن أن ينتصب كطرف أصيل أو متدخل في الدعوى أمام المحكمة لكي يدافع عن حقوقه؟

إجابة على هذا التساؤل، ذهب بعض الباحثين³ إلى القول بأحقية المستهلك العقاري (صاحب الإيداع) أن يدافع عن حقوقه الناشئة له، دون أن تكون له صفة طالب التحفيظ؛ إذ يمكن له أن يدافع عن طروحات طالب التحفيظ ويتمسك بالوثائق المودعة تأييداً لطلب التحفيظ سواء كان مستفيداً من انتقال الحق كلياً أو بعضاً استناداً إلى مقتضيات الفصل 37 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 الذي نص على أنه: "... إذا قبل التعرض أثناء جريان الدعوى من طرف طالب التحفيظ أو المستفيد من حق تم التصريح به طبقاً

¹ - منقار هوارى، م.س، ص 63.

² - بوشعيب الإدريسي، م.س، ص 115.

³ - شكيب حيمود، م.س، ص: 527.

- بوجمعة زفو، م.س، ص 38.

للفصل 84، أو تنازل المتعرض عن تعرضه فإن المحكمة المعروض عليها النزاع تشهد بذلك القبول أو التنازل وتحيل الملف على المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقوم عند الاقتضاء بالتحفيظ مع اعتبار اتفاقات الأطراف أو تصالحهم...".

في حين ذهب بعض الباحثين إلى عدم الاتفاق مع الرأي القائل بأن المشرع أعطى بموجب الفقرة الرابعة من الفصل 37 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 الصفة للمودع من أجل الدفاع عن حقه أمام القضاء؛ لأن الصفة المعترف بها للمودع بموجب هذه الفقرة إنما هي لقبول التعرض على الإيداع لا على مطلب التحفيظ الذي يبقى محصوراً بين طالب التحفيظ من جهة، والمتعرض من جهة أخرى¹.

أما القضاء المغربي فقد استقر على قاعدة أساسية تعتبر من خصوصيات نزاعات التحفيظ العقاري وهي أن صفة المدعي تكون للمتعرض وصفة المدعى عليه لطالب التحفيظ وليس لصاحب الإيداع وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 الذي يرتبط حقه بمآل حق طالب التحفيظ؛ مما يجعل المودع لا يكتسب صفة الانتصاب أمام المحكمة كطرف أصيل في النزاع لفقدانه صفة طالب التحفيظ (المدعى عليه)، أو أن ينتصب كمتدخل أو مدخل في الدعوى ولا أن يطعن بالاستئناف أو النقض؛ لأنه يواجه بقاعدة بقاء النزاع على حاله².

وهكذا قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بأنه: "لكن رداً على الوسيلة فإن الإيداع في إطار الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 في حد ذاته

¹ - محمد الحداد، م.س، ص: 171.

- حميد العمري، م.س، ص 95.

² - للتوسع أكثر يراجع: بكوري محمد رضا، خصوصية المسطرة في مادة التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 28.

- عادل العشابي، مدى فعالية المرحلة القضائية لمسطرة التحفيظ العقاري في تحقيق العدالة وتشجيع الاستثمار - دراسة نقدية للفصلين 32 و37 من الظهير المتعلق بتحفيظ الأملاك العقارية-، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف وحدتي التكوين والبحث لنيل الدكتوراه ودبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، 19 - 20 ماي 2006، بعنوان "العقار والاستثمار"، ص 71.

لا يعطي لصاحبه لا صفة المتعرض ولا صفة طالب التحفيظ.

وبذلك فإن ما عللت به المحكمة قرارها المطعون فيه بهذا الخصوص لا يعد خرقاً للفصلين المدعى خرقهما والوسيلة غير كاملة¹.

حقاً، ينطوي جوهر مسطرة الإيداع على مخاطر كبيرة تهدد حقوق المستفيد من الإيداع؛ فقد يحكم القضاء بصحة التعرض ولا يجد المودع وسيلة للدفاع عن حقوقه إذ لا صفة له في هذه الحالة، كما قد يتراخى طالب التحفيظ عن متابعة إجراءاته، كما قد لا يستمر في متابعة إجراءات التحفيظ أو يرفض المحافظ التحفيظ أو يصدر قراراً بإلغائه².

وأمام هذا الوضع المتمثل في تقاعس طالب التحفيظ عن متابعة إجراءات مسطرة التحفيظ وعدم الاستجابة لمراسلات وإنذارات المحافظ العقاري للقيام بما هو مطلوب منه لمتابعة مسطرة التحفيظ، يعمل المحافظ من أجل حماية المستهلك العقاري - صاحب الإيداع - بإعلامه بهذا الأمر، ويتم نصحه بالحصول على وكالة من طالب التحفيظ تسمح له بالإجابة عنه في حضور إجراءات مسطرة التحفيظ³.

لكن قد يتفاجأ المستهلك العقاري بامتناع طالب التحفيظ عن منحه وكالة صحيحة للقيام بذلك؛ وخصوصاً أن المشرع لم يرتب أي جزاء عن تقاعسه عن متابعة إجراءات التحفيظ أو في حالة إلحاق الضرر بالمستهلك العقاري (صاحب الإيداع) سوى إلغاء مطلب التحفيظ، فهل يحق له اللجوء إلى آلية الخلاصة الإصلاحية من أجل اكتساب صفة طالب التحفيظ وإن كان قد أودع حقه وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07؟

إجابة على هذا التساؤل، ذهب البعض إلى القول بأن الركون إلى مسطرة الإيداع المنصوص عليها في الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07، مانع من اللجوء إلى مسطرة الخلاصة الإصلاحية المقررة في الفصل 83 أو التعرض المقرر

¹ - قرار محكمة النقض عدد 2775، مؤرخ في 2008/07/16، ملف مدني عدد 2006/1/1/3708، أشار إليه عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية، م.س، ص 168.

² - حميد العمري، م.س، ص 95.

³ - محمد الحداد، م.س، ص 171.

في الفصل 24 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، إذ متى وقع الخيار امتنع الرجوع فيه¹.

إلا أن البعض يرى أنه يمكن للمستهلك العقاري - صاحب الإيداع - أن يطلب من المحافظ على الأملاك العقارية التشطيب على ذلك الإيداع وينتصب بصفته طالبا للتحفيظ تطبيقاً لمقتضيات الفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 ما دام لا يوجد مسطريا ما يحول دون ذلك².

وإن كان لي من رأي في هذا المقام، فإن التوجه الأخير هو الذي يشكل حماية للمستهلك العقاري، وخصوصا أن العمل الإداري داخل المحافظة العقارية دأب على تطبيق هذه المكنة في الخيار ولو تم اللجوء إلى آلية الإيداع وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07. والقول بأنه متى وقع الخيار بين آليتي الخلاصة الإصلاحية طبقاً للفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 والإيداع وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 سيؤدي إلى الامتناع عن الرجوع فيه؛ ينحصر فقط في حالة اختيار آلية الخلاصة الإصلاحية وليس آلية الإيداع؛ لأنها تعد وسيلة إشهار للحق وأن العدول عنها واللجوء إلى آلية الإيداع ليس فيه أي مصلحة للمتعاملين في مجال العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري.

وإذا كان الإيداع هو مجرد تضمين لحفظ الحق حين اتخاذ قرار التحفيظ، فإن الإيداعات طبقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 لا تكون لها أية قوة ثبوتية قبل تأسيس الرسم العقاري، وأن الوجود الحقيقي لهذا الحق لا ينشأ في الحقيقة إلا بتقييده في الرسم العقاري سواء بالنسبة للأطراف المتعاقدة أو للأغيار. وإن التقييد هو وحده الذي يعطي الحجية القانونية للعقود وليس مجرد إبرامها أو حتى

¹ - عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية، م.س، ص 167.

- عبد العزيز التهامي، م.س، ص 80.

² - شكيب حيمود، م.س، ص 528.

- بوجمعة زفو، م.س، ص 31.

إيداعها¹.

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أنه لا يحق للمستهلك العقاري - صاحب الإيداع- أن يطالب بتقييده في إطار الفصل 67 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07؛ لأن هذا الأخير لا ينصرف إعماله إلا على الاتفاقات التي ترد على العقار المحفظ لا التصرفات الواردة أثناء مسطرة التحفيظ².

ويتضح أن عدم استغلال المدة الفاصلة بين نشوء حق المستهلك العقاري (صاحب الإيداع) وبين تأسيس الرسم العقاري من طرف صاحب الحق قد ينتج عنه مس صاخر بحقوقه بحجة نهائية الرسم العقاري وبطلان باقي الحقوق التي لم تضمن أثناء مسطرة التحفيظ³.

وفي هذا الإطار، يثار تساؤل حول مدى استفادة الحقوق التي تم الإعلان عنها بمقتضى مسطرة الإيداع طبقا للفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 من الحجية المطلقة بعد اتخاذ قرار التحفيظ؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل يجب التمييز بين الحقوق المقيدة والحقوق المحفوظة، فالحق المقيد قد تكون له حجية مطلقة إذا توفرت بعض الشروط وقد تكون له حجية نسبية، أما الحق العيني الذي وقع تحفيظه فيكتسب مناعة مطلقة تحول دون الطعن فيه طبقا للفصلين 1 و 62 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07⁴.

وفي سياق الحديث، ذهب اتجاه⁵ إلى القول بعدم استفادة الحقوق التي تم الإعلان

1 - حدو معسو، م.س، ص 54.

2 - عبد العزيز التهامي، م.س، ص 83.

3 - حميد العمري، م.س، ص 94.

4 - المختار عطار، المخاطر المهددة لمشتري العقار عند عدم تقديم حقه بالرسم العقاري، مجلة الأملاك، عدد 1-2006، ص 70.

5 - محمد فلجي، قرار التحفيظ بين صحة السندات وسلامة الإجراءات، مقال منشور بمجلة جمعية المحافظين، العدد 6 أبريل 1997، ص 66.

- بوجمعة زفو، م.س، ص 29.

- فاطمة حروف، م.س، ص 184.

عنها بمقتضى مسطرة الإيداع طبقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 من الحجية المطلقة بعد اتخاذ قرار التحفيظ؛ لأنها لم تكن موضوع مسطرة الإشهار والإعلان للعموم؛ حيث إنها تتم في سرية تامة، مما يجعلها لا تندرج في إطار الحقوق التي تكتسب الحجية المطلقة والتي خضعت لمسطرة الإشهار استناداً إلى مبدأ الشهر العيني، وبالتالي لا يجب الأخذ بكون جميع الحقوق المضمنة بالرسم العقاري تكتسي حجية مطلقة، بما في ذلك الحقوق المودعة أثناء سريان مسطرة التحفيظ طبقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 ولا يمكن الأخذ أيضاً بعدم اكتساب هذه الحقوق المصاحبة لقرار التحفيظ صبغة الحجية المطلقة، والقول بإمكانية التشطيب عليها بأي موجب كان، على اعتبار أنها حقوق تتمتع بحجية مطلقة ونسبية في نفس الوقت وحسب الأحوال، شأنها في ذلك شأن الحقوق المقيدة بالرسم العقاري بعد تأسيسه، وهذا كله من أجل تفادي نشوء أوضاع متذبذبة ستؤثر بشكل سلبي على استقرار المعاملات العقارية¹.

في حين ذهب اتجاه² آخر إلى القول بأحقية المستهلك العقاري - صاحب الإيداع -

==

- عبد الغاني بولنوار، مسطرة الإيداع والتعرض عليها وفق الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2014-2015، ص 49.

- AZAMI Mohammed, Portée de l'effet constitue et de force probante des inscriptions sur les livres fonciers, M.D.S, Université Mohammed V, Faculté des sciences juridique et économique et sociales, Rabat, 1987, p 56.

¹ - وئيل أو عيسى، م.س، ص 118 وما بعدها.

² - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، مطبعة العربية للطباعة والنشر بالرباط، الطبعة 3، الجزء الثاني، سنة 1987، ص 95.

- محمد ابن الحاج السلمي، سياسة التحفيظ العقاري في المغرب بين الإشهار العقاري والتخطيط الاجتماعي الاقتصادي، منشورات عكاظ، ماي 2012، ص 120-121.

- محمد مهدي الجم، التحفيظ العقاري بالمغرب، دار الثقافة للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، سنة 1986، ص 271.

- رشيد حمداوي، الإشكالات العملية للإيداع طبقاً للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، عدد خاص - قضايا العقود والعقار بين الفقه والقضاء، العدد السابع، يناير - ماي، 2016، مطبعة دار القلم، الرباط، ص 164.

==

الاستفادة من الحجية المطلقة لحقوقه بعد تأسيس الرسم العقاري مستنديين في ذلك على مقتضيات الفصل 52 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 والتي تنص على أنه: "كل تحفيظ يقتضي من المحافظ على الأملاك العقارية تأسيس رسم عقاري يتضمن لزوماً.

1- وصفا مفصلاً للعقار مع حدوده وبيان الأملاك المجاورة والملاصقة له ونوعه ومساحته؛

2- الاسم الشخصي والعائلي للمالك ومحل سكناه وحالته المدنية وجنسيته وإن اقتضى الحال اسم الزوج والنظام المالي للزوج أو كل اتفاق تم طبقاً لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة.

ويتضمن في حالة الشياخ نفس البيانات المذكورة أعلاه بالنسبة لكل شريك مع التتبع على نصيب كل واحد منهم، وإذا كان المالك شخصاً اعتبارياً فيجب بيان تسميته وشكله القانوني ومقره الاجتماعي وكذا ممثله القانوني؛

3- الحقوق العينية العقارية المترتبة على العقار.

يحمل هذا الرسم العقاري رقماً ترتيبياً واسماً خاصاً به ويبقى تصميم العقار ملحقاً به".

وفي نفس السياق، انتهى أحد الباحثين¹ إلى أن مقتضيات الفصل 62 من ظ.ت.ع. كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 تعتبر الرسم العقاري نهائياً ونقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة عليه وقت تحفيظه دون سواها من الحقوق غير المقيدة، ما يستفاد منه أن جميع الحقوق المعلنة وقت التحفيظ يسري عليها وصف النهائية باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من الرسم العقاري، فالذي يهم هو الإعلان عن هذه الحقوق أثناء جريان مسطرة التحفيظ دون تمييز بين تلك التي تضمنها المطلب أو التي

==

- حدو معسو، م.س، ص 107.

¹ - خير الدين الطاوس، م.س، ص 157 وما بعدها.

اكتسبت أثناء التحفيظ وتم إيداعها طبقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07.

وعلى مستوى القضاء، فقد ذهب إلى اعتبار التقييدات المصاحبة لقرار التحفيظ-الإيداعات وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07- تتمتع بالحصانة القانونية والقوة التطهيرية طبقاً للفصلين 1 و62 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 شأنها في ذلك شأن التقييد الأصلي وقرار التحفيظ.

وهكذا قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بما يلي: "لكن حيث إن الفصل 91 المحتج به إنما يتعلق بالحقوق التي يقع إشهارها بالرسم العقاري بعد أن يكون العقار قد حفظ وخصص له رسم عقاري. فهذه هي الحقوق التي يمكن أن يشطب عليها بمقتضى عقد أو حكم يثبت انعدام أو انقضاء أو عدم صحة تلك الحقوق، بينما أن حقوق المطلوبين في النقض على العقار موضوع النزاع لم تسجل بالرسم العقاري بعد تحفيظه حتى ترد عليها مقتضيات الفصل 91 المذكور التي جرت وقام بها الرسم العقاري. فهي لهذا محمية بمقتضيات الفصل 2 و62 من الظهير المذكور التي اعتمدتها المحكمة لرد دعوى الطاعنين والتي تفيد أن إقامة الرسم العقاري للملك طهر من كافة الحقوق السابقة عليه وغير المضمنة بالرسم الذي تكون له صفة نهائية لا تقبل الطعن"¹.

ومهما استطرنا في ذكر حسنات آلية الإيداع، فإن مساوئها جعلت بعض الباحثين² ينادون بضرورة إلغاء الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 والإبقاء على الفصل المتعلق بنشر الخلاصة الإصلاحية طبق الفصل 83 من ظ.ت.ع كما

¹ - قرار صادر بتاريخ 1987/06/17، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، سنة 1988، ص 24-25. وعلى مستوى قضاء الموضوع، فقد قضت استئنافية الرباط بتاريخ 1935/03/02 بما يلي: "إن الصفة النهائية للتحفيظ لا تقتصر على حقوق المستفيد من التحفيظ، وإنما تشمل أيضاً الحقوق الموازية للتحفيظ التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من قرار التحفيظ". قرار صادر بتاريخ 1935/03/02، بدون ذكر المراجع، أشار إليه هشام المراكشي، دور مسطرة إشهار العقار في طور التحفيظ والتصرفات الواردة عليه في حماية حقوق الأغيار، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 25، نونبر 2014، ص 132.

² - عبد الكريم السباعي، الجوانب الإيجابية للتحفيظ العقاري، مقال منشور بمجلة صلة الوصل، العدد الأول، يناير 1985، ص 17.

عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 وتجنباً لتمديد مسطرة التحفيظ يقترح تقسيمها إلى مرحلتين:

- مرحلة أولى: تختص بإيداع الحقوق المنشأة أو المعدلة، وتبتدئ من تاريخ إيداع مطلب التحفيظ إلى غاية اختتام آجال التعرضات.
- مرحلة ثانية: تختص بنشر الإنشاءات والتعديلات والتغييرات للحقوق بالجريدة الرسمية.

إلا أن هذا التوجه قد لقي انتقادات من أحد الباحثين¹ بعلّة أنه سيؤدي إلى تجميد التصرف في العقار خلال المرحلة الثانية من مسطرة التحفيظ التي تختص فقط بنشر الإنشاءات والتعديلات بالجريدة الرسمية، لأنه حتى وإن جرى التصرف في العقار خلال هذه المرحلة، فإنه سيتعذر إيداع هذا التصرف بالمحافظة لانتهاء الأجل المخصص لذلك بنهاية المرحلة الأولى.

ولتفادي هذا كله، أقترح الإبقاء على تطبيق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 في حيز زمني معين أثناء مسطرة التحفيظ لما فيه من ربح للوقت للمستهلك العقاري مع الأخذ بعين الاعتبار بعض التصرفات كالحجوز والرهون، وممارسة حق الشفعة التي لا يمكن حصرها زمنياً أثناء مسطرة التحفيظ. وذلك بالزامية اللجوء إلى آلية إيداع الحق كلما كانت مسطرة التحفيظ قد انتهى أجل التعرض فيها، أما إذا لم يكن أجل التعرض قد انتهى فلا يكون أمام المستهلك العقاري إلا اللجوء إلى آلية الخلاصة الإصلاحية وفق الفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، والكل في فلك منح حجية مطلقة للحقوق المكتسبة أثناء مسطرة التحفيظ بمجرد تأسيس الرسم العقاري، وهذا ما سيؤدي إلى تحقيق الموازنة المنشودة والمتمثلة في حماية المستهلك من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق استقرار المعاملات العقارية الواردة على العقار في طور التحفيظ.

¹ - بوشعيب الإدريسي، م.س، ص 116.

المبحث الثاني: آلية التعرض

إن الطابع الإشهاري والعلمي لمسطرة التحفيظ يجعل منها مسطرة متميزة بحيث تحفظ حق الأغيار وتمنحهم فرصة التدخل فيها عن طريق آلية التعرض، وهذه الآلية إذا كانت تحقق حماية الأغيار - المستهلكين العقاريين - فإنها تؤسس لمبدأ استقرار المعاملات العقارية بعد إعماله والحكم بصحة التعرض من عدمه. وبما أن التعرض كآلية للموازنة بين حفظ الحقوق وتكريس استقرار المعاملات العقارية، فإنه يترتب عليه وقف إجراءات التحفيظ كلما توافرت شروطه وشكلياته وآجاله، وما دامت هذه الآلية تقف في وجه الترامي على الحقوق فإنه لا يجب استعمالها بطريقة كيدية.

فاستعمال حق التعرض بطريقة كيدية يعد فعلا خطيرا له أثر بليغ يؤدي إلى المساس بمفهوم الأمن العقاري، إذ أنه أصبح بعض الملاك وأصحاب الحقوق العينية يعزفون عن إيداع مطلب تحفيظ حقوقهم خشية إثارة تعرضات تعسفية تروم إلى التعسف عليهم فقط. وهو ما يؤثر بشكل سلبي على سياسة الدولة الهادفة إلى تعميم نظام التحفيظ العقاري من خلال فتح عدة مناطق للتحفيظ الجماعي بشكل مجاني.

وعلى هذا الأساس، سيتم في بداية الأمر معالجة خصوصية مؤسسة التعرض باعتبارها آلية توفر حماية لكل مستهلك وقع الترامي على ملكه من خلال إيداع مطلب تحفيظ لعقاره من طرف الأغيار (المطلب الأول)، على أن أتطرق بعد ذلك للحد من التعرضات الكيدية كآلية للموازنة بين حقوق طالب التحفيظ من جهة وحقوق المتعرض من جهة أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصوصيات مؤسسة التعرض

إن مسطرة التحفيظ العقاري تعد وبحق، إحدى أهم المساطر القانونية الأكثر تعقيدا وتشابكا، وذلك بالنظر لأهمية العقار الذي تتضارب فيه المصالح بشكل قوي نظرا لترابطها من جهة؛ ولاختلافها بكثرة من جهة أخرى، ومن أجل حماية هذه المصالح وتحقيق مفهوم الأمن العقاري؛ حاول المشرع إيجاد آليات قانونية محققة للغاية المطلوبة

والهدف المنشود مما حدا به إلى إقرار خصوصيات لمؤسسة التعرض التي تعد وسيلة قانونية يمارسها الغير للحيلولة دون استكمال إجراءات التحفيظ.

ولأخذ فكرة على خصوصيات مؤسسة التعرض، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين وذلك من خلال الحديث بداية عن تحديد ماهية التعرض (الفقرة الأولى)، ثم معالجة التطبيقات العملية لآلية التعرض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحديد ماهية التعرض وخصوصيته

من بين النواميس القانونية التي أوجدها المشرع لحماية الحقوق نجد دعوى التعرض، وهي آلية وميزة من مميزات نظام التحفيظ العقاري والتي منحها المشرع لكل مستهلك عقاري يدعي حقا على عقار في طور التحفيظ.

ويمكن تعريف التعرض بأنه: "ادعاء في مواجهة طالب التحفيظ من أجل منازعته في حق ملكيته للعقار أو في مدى هذا الحق، أو في حدود العقار، أو مطالبته بحق عيني على عقار أنكره طالب التحفيظ"¹.

فهو وسيلة قانونية يمارسها الغير للحيلولة دون إتمام إجراءات التحفيظ، وذلك خلال الآجال القانونية المقررة، وهو بهذا المعنى يهدف إلى توقيف إجراءات التحفيظ من طرف المحافظ وعدم الاستمرار فيها إلى أن يرفع التعرض ويوضع حد للنزاع عن طريق المحكمة أو إبرام صلح بين الأطراف².

فعملية التعرض يمكن أن تتم أمام المهندس المساح الطبوغرافي أثناء إجراء عملية التحديد، ويعمل على تضمين هذا التعرض في محضره مع تحديده، إذا تعلق الأمر بتعرض جزئي طبقا للمقتضيات التشريعية، كما يمكن أن يمارس التعرض أمام المحافظ العقاري وذلك قبل انتهاء أجل التعرض المحدد في شهرين الموالية لنشر الإعلان عن

¹ - المختار بن أحمد عطار، التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2008، ص 54.

² - محمد خير، م س، ص 209.

انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية¹.

ولهذا نجد بأن أشد سلاح يواجه به طالب التحفيظ هو التعرض، حيث يتتبع باهتمام مسطرة التحفيظ منتظرا انتهاءها بكامل الحذر والتبصر، باحثاً ومستفسراً عن كل جديد يتعلق بمطلبه، والجديد بالنسبة لطالب التحفيظ ليس شيئاً آخر سوى التعرض².

إلا أن المحكمة لا تناقش حجج طالب التحفيظ إلا إذا أدلى المتعرض بحجة على تعرضه، وهو ما قضت به محكمة النقض في أحد قراراتها حيث جاء فيها: "وأن المحكمة غير ملزمة بمناقشة حجة طالب التحفيظ إلا إذا أدلى المتعرض بحجة على تعرضه"³.

وتقتضي الحكمة على الأقل، أن نشير إلى استقرار الاجتهاد القضائي منذ أمد طويل على جعل المتعرض في مركز المدعي وبالتالي يقع عليه عبء الإثبات، وهو اجتهاد تبلور قبل تعديل الفصل 37 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07⁴. وفي المقابل من ذلك؛ يأخذ طالب التحفيظ في حالة التعرض صفة المدعي عليه، حيث يكون معفى من تقديم الحجج والأدلة ما لم يقدم المتعرض كمدعي حججاً قوية⁵.

ومن التطبيقات القضائية لاعتبار المتعرض بمثابة مدعي، ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها بأنه: "لكن، رداً على الوسيطتين أعلاه معا لتداخلهما، فإن المتعرض يظل هو المدعي وعليه يقع عبء إثبات ما يدعيه. وأنه خلافاً لما يدعيه الطاعنون من كون العقار موضوع النزاع يكتسي صبغة جماعية وأن الملكية التي اعتمدتها طالبة التحفيظ لا تتضمن مراجع الشهادة الإدارية التي تنفي عن العقار المذكور الصبغة الجماعية أو

¹ – Amina Mabrouk ép, Mahlaoui, Introduction Au foncier Marocain, Ministère de la Culture, 2015, p 229.

² – محمد خيرى، التعرضات أثناء التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، الشركة الجديدة، دار الثقافة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1983، ص 165.

³ – قرار عدد 1/93، صادر في 2018/02/13، ملف مدني عدد 2016/1/1/3635، غير منشور.

⁴ – السكتاني عمر، الجوانب الإجرائية لمسطرة التعرض في نظام التحفيظ العقاري الجديد، دراسة في تطور الاجتهاد القضائي المغربي، مقال منشور بمجلة الملف العدد 21 أكتوبر 2013، ص 68.

⁵ – أحمد أجعون، المنازعات العقارية بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية، منشورات دار الأمان، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2016، ص 49.

الحبسية أو الغابوية، فإنه يتجلى من وثائق الملف ومستنداته أن الملكية المذكورة تتضمن مراجع الشهادة الإدارية المسلمة من عمالة وجدة..."¹.

كما قضت محكمة النقض في قرار آخر لها بأنه: "لكن رداً على الوسيلة أعلاه، فإن الطاعن بصفته متعرضاً عليه يقع إثبات تعرضه بالحجة الكافية شرعاً وقانوناً وأن الطاعن يستند في تعرضه على أن العقار آل إليه عن طريق الإرث وأنه يتجلى من رسم الملكية المدلى به من طرفه عدد 306 أنها لا تتضمن حدود وخصائص ومميزات العقارات..²".

وفي قرار آخر قضت بأنه: "لكن رداً على السبب أعلاه فإن المحكمة غير ملزمة بمناقشة حجج طالبي التحفيظ إلا بعد إدلاء المتعرضين بالحجة الكافية قانوناً وشرعاً لإثبات تعرضهم"³.

وفي هذا المقام، يطرح تساؤل حول مدى إمكانية مناقشة حجج طالب التحفيظ إذا كان المستهلك العقاري - المتعرض - حائزاً للعقار موضوع مطلب التحفيظ؟

إجابة على هذا التساؤل، ذهب أحد الباحثين⁴ إلى القول بأن المتعرض هو من يتحمل عبء الإثبات ولو كانت حيازة العقار بيده.

وفي نظري أن هذا التوجه محل نظر، فإذا ثبتت الحيازة للمتعرض؛ تكون المحكمة ملزمة بمناقشة حجج طالب التحفيظ ومقارنتها مع هذه الحيازة، وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها حيث جاء فيه: "في حين أنه إذا ثبتت الحيازة للطاعنين، فإن ذلك يستلزم من المحكمة مناقشة حجة المطلوب ومقارنتها مع هذه الحيازة، وترتب الأثر

¹ - قرار عدد 614/1، صادر في 2020/12/29، ملف مدني عدد 2019/1/1/898، غير منشور.

² - قرار عدد 1594 صادر في 2012/03/27، ملف مدني عدد 2010/1/1/1412، منشور في توجهات محكمة النقض في المادة العقارية (عدد خاص بالملفات المتعلقة بالدائرة الاستئنافية بالناظور)، سلسلة الريف للاجتهاد القضائي، العدد الأول، مطبعة الأمنية، سنة 2018، ص 211.

³ - قرار عدد 2889 صادر في 2012/6/12، ملف مدني عدد 2010/1/1/2902، منشور في توجهات محكمة النقض في المادة العقارية، م.س، ص 56.

⁴ - يونس معاطا، م.س، ص 15، ص 11.

القانوني على الدعوى بشأن ذلك، إما نفيًا أو إيجاباً¹.

لكن ثبوت الحيازة للمتعرض يؤدي فقط إلى قلب عبء الإثبات على طالب التحفيظ الذي عليه أن يدلي بما يفيد الملك، وبالتالي إذا أدلى هذا الأخير بالوثائق التي تثبت انطباقها على عقار النزاع، فإن الحائز المتعرض هو الذي يجب أن يسأل عن وجه حيازته ويدلي بحجة مضاهية للملكية ليقع الترجيح بينهما أو بما يثبت السبب الناقل للملك له من طالب التحفيظ.

وهكذا قضت محكمة النقض² في أحد قراراتها بما يلي: "فضلا على أن المتعرضين لا ينازعون طالبي التحفيظ إلا في الجزء المتعرض عليه دون باقي الأجزاء مما لا يبقى هناك مجال لمناقشة حجة طالبي التحفيظ عملا بالقاعدة المذكورة؛ في حين، أن ثبوت الحيازة للمتعرض إنما يقلب فقط عبء الإثبات على طالب التحفيظ الذي عليه أن يدلي بما يفيد الملك، وأن الطاعنين باعتبارهم طلاب تحفيظ أدلوا بالملكية المضمنة تحت عدد 553 والمؤرخة في 2004/03/19، التي ثبت انطباقها على عقار النزاع، ومن ثم فإن الحائز هو الذي يجب أن يسأل عن وجه حيازته ويدلي بحجة مضاهية للملكية ليقع الترجيح بينهما أو بما يثبت السبب الناقل للملك له من طالب التحفيظ، وأنه يتجلى من وثائق الملف أن المطلوبين لم يدلوا إلا برسم تركة موروثهم المضمنة تحت عدد 505، والذي لا حجة له إلا بالنسبة لمن حضر إنشاءه وأقر به ولا يتعدى ذلك إلى الغير".

ولا تقتصر محدودية صلاحيات محكمة التحفيظ على موضوع الدعوى، حيث تكون رهينة بالحكم بصحة التعرض من عدمه، وإنما تتجاوز إلى محدودية الأطراف، حيث تكون المحكمة مقيدة بالأطراف الذين حددت مراكزهم القانونية أمام السيد المحافظ العقاري سواء لمركز المدعي الذي يأخذه المتعرض أو لمركز المدعى عليه الذي ينفرد

¹ - قرار عدد 13 صادر في 2013/01/08، ملف مدني عدد 2012/8/1/561، منشور بمجلة ملفات عقارية، العدد 3، منشورات محكمة النقض، مطبعة الأمانة، الرباط، 2013، ص 78.

² - قرار عدد 367، صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2017/07/04، ملف مدني عدد 2016/8/1/7006، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 84، السنة 2018، ص 43.

به طالب التحفيظ¹.

وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بما يلي²: "تبليغ الحكم إنما يتم لأطرافه، والطاعة لم تكن طرفاً في النزاع سواء أمام المحافظ أو أمام المحكمة المصدرة للحكم المبلغ. وأن مجرد صدور ظهير 1973/03/02 لا يجعلها طرفاً في النزاع، إذ أن أطراف النزاع في مسطرة التحفيظ تحدد أمام المحافظ، في طالبي التحفيظ والمتعرضين".

كما قضت في قرار آخر لها بأنه³: "لكن، رداً على الأسباب أعلاه مجتمعة لتدخلها فإنه طبقاً لمقتضيات الفصول 9 و 37 و 45 من ظهير التحفيظ العقاري المطبق على النازلة، فإن أطراف دعوى التحفيظ تنحصر في طالبي التحفيظ والمتعرضين، وخلافاً لما دفعت به الطاعة فإنه لا يستفاد من وثائق الملف أن أخاها المتعرض... كان ينوب عنها في تعرضه على المطلب أعلاه بل يتجلى منها أنه قدم تعرضه لوحده ولم يشركها فيه، وأنها إنما تدخلت في المرحلة الابتدائية في الدعوى لتسانده في تعرضه وفي حججه التي أدلى بها".

والأكثر من ذلك، فبالإضافة إلى المحدودية في الموضوع والأطراف؛ فإنه يستشف من القرار السالف الذكر أن كل تعرض على مطلب تحفيظ يشكل دعوى مستقلة من طرف صاحبه عن باقي التعرضات الأخرى المسجلة على نفس المطلب اتجاه طالب التحفيظ، حيث إن باب التدخل أو الإدخال في الدعوى غير ممكن في دعوى التحفيظ العقاري⁴.

وجامع القول، يتضح أن هذه القواعد التي أنتجتها محكمة النقض والتي تروم إلى

¹ - هروال ياسين، القواعد الإجرائية لدعوى التحفيظ العقاري وتضارب العمل القضائي، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء فوج 41، سنة 2015-2017، ص 10 و 11.

² - قرار عدد 1918 الصادر بتاريخ 2006/06/14، مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، منشورات المجلس الأعلى بتعاون مع المحافظة العقارية، طبعة 2009، ص 23.

³ - قرار عدد 8/431، صادر في 2015/07/14، ملف مدني عدد 2015/8/1/1486، منشور بتوجيهات محكمة النقض في المادة العقارية (عدد خاص بالملفات المتعلقة بالدائرة الاستئنافية بالناظور)، م س، ص 218.

⁴ - هروال ياسين، م س، ص 11.

تقويض صلاحية المحكمة للبت في الموضوع وعدم جواز إمكانية التدخل أمام المحكمة ولو ابتدائياً، وعدم إمكانية الفصل بين المتعرضين، لا تسعف في تحقيق الهدف المنشود والمتمثل في الأمن العقاري الذي يتطلب نوعاً من المرونة والخصوصية في قضايا التحفيظ العقاري من قبيل إمكانية الفصل بين المتعرضين وجواز التدخل أمام المحكمة الابتدائية على الأقل.

وتجدر الإشارة إلى أن دعوى التعرض يمكن أن تقدم سواء أمام المحافظ على الأملاك العقارية أو أمام المهندس المساح الطبوغرافي المنتدب أثناء عملية التحديد؛ وذلك إما في قالب مكتوب أو شفوي يتم تضمينه في محضر أعد لهذا الغرض¹، وفور توصل المحافظ بالتصريح بالتعرض، يقوم بإيداعه بسجل التعرضات وبمطلب التحفيظ المعني، وهذا الإجراء فيه حماية لحقوق المتعرض من الضياع².

والتعرض يجب أن يصدر من طرف شخص له الأهلية والصفة والمصلحة³، ويتحقق المحافظ من ذلك اعتماداً على مقتضيات الفصل 24 من القانون 07.14 المعدل والمتمم لظ.ت.ع الذي يحدد حالات قبول التعرض، والفصل 25 من القانون 07.14 المعدل والمتمم لظ.ت.ع الذي بعد تعديله بمقتضى القانون السالف الذكر أصبح يفرض على المحافظ عدم قبول أي تصريح بالتعرض إذا لم يتضمن البيانات المشار إليها في الفصل الموماً إليه سابقاً⁴.

فالمشرع العقاري قد منح آلية التعرض لكل شخص متضرر من جراء إيداع

¹ - Fassi Fehri boubker et belkhatat abdessalam: le pourquoi de l'immatriculation foncière; 200 questions réponses, sans imprimerie, Edition 1985, p 75.

² - عبد الإله المرابط، حميد الربيعي، الدور الرقابي للمحافظ في حماية حق الملكية العقارية، المنازعات العقارية، دراسات وأبحاث في ضوء نظام التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية والمستجدات التشريعية في المادة العقارية، الجزء الثالث، مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2017، ص 121.

³ - إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، - دراسة لنظام التحفيظ العقاري والفقه الإداري والعمل القضائي - مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2018، ص 75.

⁴ - لقد حدد المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 25 من ظ.ت.ع البيانات التي يجب أن يتضمنها طلب التعرض وهي هوية المتعرض، حالته المدنية، عنوانه الحقيقي أو المختار، اسم الملك، رقم مطلب التحفيظ، طبيعة ومدى الحق موضوع النزاع، بيان السندات والوثائق المدعمة للطلب.

مطلب للتحفيظ، أو يدعي حقا عينيا عليه، وذلك رغبة منه في تحقيق أكبر قدر من الضمانات القانونية للمتعاملين في المجال العقاري عن طريق تيسير ممارسته.

وغالبا ما تصدر التعرضات من أفراد عائلة طالب التحفيظ بدعوى أن لهم معه حقوقا في الملك ورثوها معا من مورثهم الأصلي، ويكون من حقهم في مثل هذه الحالة المطالبة بحقوقهم بعد إبراز صفتهم كورثة والحجج المؤيدة لذلك¹.

أما إذا كان التعرض باسم الغير فإنه وفقا للفصل 26 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 يلزم الشخص المقدم للتعرض أن يثبت هويته، وإذا كان وصيا أو نائبا قانونيا أو وكلا أن يبرر ذلك بالإدلاء بوثائق صحيحة وأن يعطي البيانات المقررة في الفصل 25 المذكور وأن يدلي برسوم الإراثات إذا تعلق الأمر بشركاء في الإرث².

لكن، تجدر الإشارة إلى أن الوصي والمقدم غير ملزمين بالحصول على إذن من قاضي شؤون القاصرين لإقامة تعرض لفائدة القاصر، ذلك أن مدونة الأسرة استغنت عن اشتراط الإذن بالتقاضي لمصلحة القاصر، كما هو الحال في البيع بالنسبة للولي حسب المادة 240 من مدونة الأسرة، حيث قدر المشرع أن هذا التعديل يكفل الحماية اللازمة لأموال المحجور التي توجد في عهدة نائبه، من جانبه يجوز لوكيل الملك والقاضي المكلف بشؤون القاصرين والقيم التدخل في إطار التعرض لحماية أموال الغائبين والمفقودين³. والتعرض ليس وفقا على الأشخاص الطبيعيين بل يمكن مباشرته حتى من طرف الأشخاص المعنويين الذين يتمتعون بالشخصية القانونية، فالدولة لها حق التعرض على كل مطلب تحفيظي يمس أحد الأملاك الخاصة بها، كما يمكن للغير التعرض عليها وبشأنها إما من طرف سلطة الوصاية أو وزارة الداخلية، وإما من طرف أحد الخواص⁴.

¹ - محمد خيرى، التعرضات أثناء التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 170.

² - كمال عون، م س، ص 133-134.

³ - يوسف مختري، حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط، الطبعة الأولى 2016، ص 342.

⁴ - محمد خيرى، التعرضات أثناء التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 170.

وفي هذا الإطار، قضت ابتدائية طنجة¹ في أحد أحكامها بما يلي: "بما أن الطرق العمومية تدخل في عداد الأملاك العمومية بمقتضى ظهير 01-07-1914 وتسد مهام وتدبير هذه الأملاك للسيد المدير العام للأشغال العمومية، أو من يفوض له في ذلك طبقاً للقانون، تخول الصفة في التقاضي بشأن هذه الأملاك إلى السيد وزير الأشغال العمومية أو من يفوضه ذلك".

وفي جميع الأحوال، نص المشرع العقاري على أجل محدد لتقديم التعرض سواء من طرف الأشخاص الذاتيين أو المعنويين، يبتدئ من تاريخ إيداع مطلب التحفيظ إلى غاية انتهاء أجل الشهرين من تاريخ الإعلان عن انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية وذلك طبقاً للفصل 24 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07.

وفي هذا الإطار نص المشرع في الفقرة الرابعة من الفصل 31 من القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع على أنه: "يمكن للمحافظ على الأملاك العقارية أثناء جريان المسطرة وقبل توجيه الملف إلى المحكمة الابتدائية، أن يعمل على تصالح الأطراف ويحرر محضراً بالصلح يوقع من قبلهم".

ورغم أن المشرع منح للمحافظ العقاري إمكانية إجراء الصلح بين أطراف النزاع وتحرير محضر بذلك قبل إحالة الملف إلى المحكمة المختصة، فإن ذلك غير ملزم له؛ على اعتبار أن صياغة النص لم تأت بالأمر والوجوب وإنما من باب الاختيار الذي يندرج في إطار القواعد المكملّة، حيث جاءت العبارة كما يلي: "يمكن للمحافظ".

أما إذا كان الملف قد أحيل على أنظار المحكمة؛ فآنذاك لا مجال للحديث عن الصلح، وإنما سيتم التنازل عن التعرض والإشهاد عليه من قبل المحكمة وإحالة الملف على أنظار المحافظ العقاري وذلك طبقاً لمقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل 37 من قانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع.

¹ - حكم عدد 995، صادر في 12/10/1999، ملف عقاري عدد 5423-23، منشور في مجلة الإشعاع العدد 21 يونيو 2000، ص 95.

وفي هذا الإطار قضت ابتدائية الناظور في أحد أحكامها بما يلي¹: "حيث إنه بمقتضى الفصل 37 من ظهير 1913/08/12 المتعلق بالتحفيظ العقاري، فإنه إذا تنازل المتعرض عن تعرضه أثناء جريان الدعوى، تقتصر المحكمة المعروض عليها النزاع على الإشهاد بذلك، وتحيل الملف على المحافظ الذي يقوم عند الاقتضاء بالتحفيظ مع اعتبار اتفاقات الأطراف أو تصالحهم".

الفقرة الثانية: التطبيقات العملية لآلية التعرض

لقد حدد المشرع نطاق التعرض في الفصل 24 من القانون 07. 14 المعدل والمتمم لظهير التحفيظ العقاري حيث نص على ما يلي: "يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض في مسطرة التحفيظ خلال أجل شهرين يبتدئ من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية إن لم يكن قام بذلك من قبل، وذلك:

1- في حالة المنازعة في وجود حق الملكية لطالب التحفيظ أو في مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار؛

2- في حالة الادعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه؛

3- في حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقا للفصل 84 من هذا القانون".

ومن خلال استقراءنا لهذا الفصل، فإنه يمكن تصور التعرض في الحالات التالية:

أولاً: الشخص الذي ينازع طالب التحفيظ في حق الملكية سواء كانت هذه المنازعة كلية بموجبها يدعي المتعرض ملكيته لكافة العقار محل المطلب - التعرض الكلي - أو منازعة جزئية ينحصر نطاقها في جزء معين من العقار - التعرض الجزئي - وقد أوجب الفصل 20 من القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع على المهندس المساح الطبوغرافي المنتدب وضع الأنصاب لتحديد المحيط الذي عينه طالب التحفيظ أو لضبط

¹ - حكم عدد 647، صادر بتاريخ 2013/04/08، ملف عقاري عدد 11/7/109، غير منشور.

القطع المشمولة به والتي تكون محل تعرضات من طرف الغير وأن يضع تصميمًا موجزاً يسمى التصميم المؤقت للتحديد¹.

ثانياً: المنازعة في مدى حق ملكية طالب التحفيظ: كما لو كان العقار مملوكا على الشياع، وصرح طالب التحفيظ بملكيته المنفردة للعقار، أو تصريحه بتملكه على الشياع وفقاً لحصص غير صحيحة، أو إقصاء أحد الشركاء على الشياع في التملك، فالتعرض المقام في هذه الحالة يسمى تعرضاً على حقوق مشاعة².

ثالثاً: المنازعة في شأن حدود العقار: ومثال ذلك قيام طالب التحفيظ بتجاوز المساحة الواردة في أصل تملكه لتتصب على تطاول الملك المجاور، وتظهر هذه المنازعات بشكل جلي في حالة كون المجاور غائباً أو غير مقيم، أو أن أصل تملك طالب التحفيظ لا يتضمن المساحة الدقيقة للعقار؛ وقد يكون تعرضاً كيدياً من أجل ابتزاز طالب التحفيظ فقط لا غير، ويعد هذا النوع من النزاعات تعرضات جزئية.

رابعاً: التعرض من أجل المطالبة بحق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه³، ويقصد بالمطالبة بحق عيني؛ المطالبة بجميع الحقوق العينية الواردة في المادتين 9 و10 من مدونة الحقوق العينية، وليس فقط الحقوق العينية الواردة في الفصل 10 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07، كحق الارتفاق وحق الانتفاع والزينة والرهن وغيرها من الحقوق الواردة في المادتين 9 و10 من مدونة الحقوق العينية.

خامساً: التعرض من أجل المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07، ويعتبر من أهم المستجدات التي جاء بها قانون رقم 14.07، وهكذا أصبح المتدخل في مسطرة التحفيظ عن طريق آلية الإيداع

¹ - أحمد دحمان، تلقي التعرضات وشروط تقديمها وقرارات المحافظ بشأنها، نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية - قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 21، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015، ص 108.

² - كمال عون، م.س، ص 123.

³ - آيت أحمد الغازي، التعرضات في المسطرة العادية والمساطر الخاصة للتحفيظ العقاري، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض، عدد 26، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015، ص 405.

وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 معرضاً للمنازعة في حقوقه المودعة إلى غاية تأسيس الرسم العقاري، وهذا الأمر من شأنه وضع حد للحالات التي كان يستتر فيها المستفيد من الإيداع المذكور عن طريق عدم إشهار حقوقه بمقتضى الخلاصة الإصلاحية، وبالأخص عند بداية مسطرة التحفيظ واقتناء جميع العقار موضوع مطلب التحفيظ.

إن الفقرة الأخيرة من الفصل 24 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 المؤطرة لهذه الحالة؛ خلقت وضعية قانونية من شأنها التأثير أحياناً على مصلحة طالب التحفيظ، وذلك في حالة كون التعرض موجه ضد أصحاب الحقوق المعلن عنها طبقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، فقط، دون وجود أي تعرض على المطلب، بحيث إن إجراءات المطلب تتوقف في انتظار البت في التعرض المقدم ضد صاحب الحق العيني¹.

وهذا المقتضى جعل أحد الفقهاء² يبيد بعض التحفظات خصوصاً إذا تم ربط هذا التعديل الجديد بالسياق الذي صاحبه، ونخص بالذكر هنا المادة 304 من مدونة الحقوق العينية التي اشترطت للمطالبة باستشفاع الحظ المشاع المبيع في العقار الذي هو في طور التحفيظ؛ أن يتم ذلك عن طريق التعرض وهو ما يعني مباشرة التعرض على الإيداع الذي تم وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 (مع استبعاد سلوك المشتري للجزء المشاع لمسطرة الفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 لعل عديدة أهمها ضرورة موافقة جميع الشركاء)، علماً أن مطالب التحفيظ لا تتسم بطبيعتها بالجمود، فيمكن أن يتم البيع والملف محال على المحكمة الابتدائية، أو وصل درجته الاستئنافية، فكيف سيتم التعامل مع هذا التعرض الجديد الذي أنشأه الإيداع وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07؟ وهل يعتبر في حالة المطالبة بشفعته "دعوى للتعرض" بمفهومها الأصيل، وكيف سيتم تطبيق الأحكام القضائية التي ستصدر في التعرضات الصادرة في الموضوع؟ وكيف سيتم موازنتها مع التعرض

¹ - أحمد دحمان، م.س، ص 110.

² - أستاذنا إدريس الفاخوري، م.س، ص 77.

الذي أنشأه طالب التحفيظ، علماً أننا نتحدث عن مراكز قانونية سيتم استتباعها بقرار للتحفيظ يكتسي الصفة التطهيرية¹؟

وإذا كانت هذه الأسئلة تظهر بجلاء وجود إشكالات عديدة، فإن الواقع العملي أفرز صعوبات في كيفية التعامل مع آلية التعرض على الإيداع من أجل استشفاع الحظ المشاع المبيع، ففي إحدى النوازل التي صادفتها والتي عمد - المستهلك العقاري - المالك على الشياح إلى تقديم مقال افتتاحي للدعوى قصد الحكم له بأحقية في استشفاع الحظ المشاع المبيع بالنسبة للعقار في طور التحفيظ مع المصادقة على العرض العيني دون إقامة التعرض على الإيداع وفق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07؛ وأثناء الفصل في النزاع أمام القضاء فطن المالك على الشياح إلى ضرورة إقامة تعرض على الإيداع من أجل المطالبة باستحقاق الحظ المشاع المبيع داخل الأجل القانوني المسطر في مدونة الحقوق العينية، وهو ما جعل المحافظ على الأملاك العقارية يعمل على قبوله وإيداعه ثم إحالة الملف على أنظار المحكمة للبت فيه، وبذلك سيكون القضاء أمام قضيتين لهما وحدة الأطراف والنزاع؛ مع العلم أن المالك في الشياح حصل على حكم نهائي باستحقاق شفعة الحصة المبيعة بعلّة أن دعوى الشفعة تم تقديمها داخل الأجل القانوني وتم احترام الشكليات المنصوص عليها رغم أنها مفتقدة لشرط جوهرية وأساسي يتجلى في عدم إمكانية ممارسة دعوى الشفعة بالنسبة للعقار في طور التحفيظ إلا من خلال التعرض على الإيداع².

¹ - تجدر الإشارة إلى أن هناك صوراً أخرى للتعرضات على الإيداع كما هو الشأن مثلاً: - حالة التعرض للمطالبة بإبطال عقد البيع وفقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع، كأن يدعي المتعرض بطلان العقد المبرم بمقتضى وكالة مزورة، أو أن يدعي المتعرض بطلان العقد لوقوعه من طرف طالب التحفيظ وهو مريض مرض الموت.

- حالة التعرض للمطالبة بإبطال رسم الإرث المودع وفقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع، كأن يدعي المتعرض أنه وارث شرعي لطالب التحفيظ وأن الإرث المودعة في مطلب هذا الأخير لم تتضمن المتعرض كوارث لطالب التحفيظ.

يراجع: كمال عونة، م.س، ص 127-128.

² - ترجع وقائع هذه القضية إلى لجوء مالك على الشياح بالنسبة لعقار في طور التحفيظ لإقامة دعوى الشفعة أمام الغرفة العقارية دون اللجوء إلى التعرض على الإيداع، وأثناء سريان الدعوى أمام القضاء قام بتعرض على الإيداع من أجل المطالبة باستحقاق الحصة المبيعة، وحصل على قرار نهائي يقضي باستحقاقه الحصة المبيعة بالرغم من إحالة الملف من طرف المحافظ على الأملاك العقارية على المحكمة قصد البت فيه.

وتفاعلا مع هذا الواقع العملي، يمكن أن نتساءل عن موقف المحافظة العقارية بعد إدلاء المالك على الشياح بالأحكام النهائية القاضية باستحقاق شفعة الحصة المبيعة بالرغم من أن دعوى الشفعة المقامة أمام المحافظة العقارية والتي تم إحالتها على القضاء لازالت راجحة؟

إجابة على هذا التساؤل، أعتقد بأن المحافظ على الأملاك العقارية عليه انتظار صدور حكم في التعرض على الإيداع من أجل المطالبة باستحقاق شفعة الحصة المبيعة، لأن ممارسة دعوى الشفعة بالنسبة للعقار في طور التحفيظ لا يقتضي توفر الأجل القانوني لممارستها وثبوت حصول العرض والإيداع فقط، وإنما يجب ممارسة هذه الدعوى في إطار تعرض على الإيداع وفق الفقرة الأخيرة من الفصل 24 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 أمام المحافظ العقاري الذي يحدد مجال النزاع مما يستوجب تدخلا تشريعيا ينص صراحة على هذا الشرط، والكل تحت طائلة عدم قبول الدعوى، وليس الاكتفاء بما ورد في المادة 305 من م.ح.ع¹، وذلك لما لهذا الأمر من ميزة في حماية مستهلك العقار بصفة عامة وكذا استقرار المعاملات العقارية وهو ما سيؤدي إلى تفادي العديد من الإشكالات على مستوى المحافظة العقارية.

==

لقد قضت محكمة النقض في قرارها بما يلي: لكن حيث إن الحق في الشفعة بالنسبة للعقار في طور التحفيظ يسقط بمضي سنة من تاريخ إيداع المشتري عقده في مطلب التحفيظ عندما لا يقع من جانبه أي تبليغ لنسخة عقد شرائه إلى من له الحق في الشفعة طبقا للمادة 304 من مدونة الحقوق العينية ولما تبين للمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لا وجود ضمن أوراق الملف ما يدل على حصول الإيداع بالتاريخ المشار إليه في الوسيلة وكون ممارسة حق الشفعة تم بعد مرور سنة عن ذلك التاريخ وأن الطاعن لم يتمسك بذلك أمامها وثبت لها حصول العرض والإيداع بتاريخ 16 يونيو 2015 حسب محضر المفوض القضائي وهو ما يعتبر حجة على أن المبالغ كانت مودعة لدى المفوض المذكور وهذا كاف لصحة العرض والإيداع من طرف المطلوبين بعدما أثبتوا ملكيتهم السابقة للمشتري على الشياح بما استدلوا به من حجج تثبت ذلك واعتبرت شروط ممارسة الشفعة قائمة وحكمت باستحقاق المطلوبين".

قرار عدد 45/9 صادر في 2019/01/17، ملف مدني 2017/9/1/9018، غير منشور.

¹ - تنص المادة 305 من م.ح.ع على أنه: "إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشافع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به".

- حالة التعرض للمطالبة بإبطال رسم الإرث المودع وفقا للفصل 84 من ظ.ت.ع، كأن يدعي المتعرض أنه وارث شرعي لطالب التحفيظ وأن الإرث المودعة في مطلب هذا الأخير لم تتضمن المتعرض كوارث لطالب التحفيظ.
يراجع: كمال عونة، م.س، ص 127 - 128.

وفي خضم هذا الكلام، ذهب البعض¹ إلى اعتبار التعرض على الإيداع بمثابة نص ولد ميتا، ذلك أن أجل ممارسته حدده الفصل 24 في شهرين من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية، والحال أن التصرفات على العقار في طور التحفيظ تباشر في حقيقة الأمر بعد انقضاء أجل التعرضات.

في حين رأى البعض² أن هذا التوجه محل نظر؛ لأن إمكانية التعرض على الإيداع أو على الحق موضوع الإيداع يمكن تصورها منذ أول يوم من إيداع مطلب التحفيظ؛ والأجل المنصوص عليه في الفصل 24 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 يسري في حالة إيداع التصرف وفقا للفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 قبل انتهاء أجل الشهرين من تاريخ نشر الإعلان عن انتهاء التحديد، أما إذا تم إيداع الحق بعد فوات هذا الأجل وتم التعرض عليه، فهنا تسري مقتضيات الفصل 29 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07³ والمتعلق بالتعرض خارج الأجل الذي ينفرد المحافظ العقاري باختصاص تلقيه لوحده بعد الإدلاء بالوثائق المبينة للأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل.

والواقع أن نص الفصل 29 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 يشكل ثورة في مجال التحفيظ العقاري، وينم عن مدى الجرأة والشجاعة التي تحلى بها مشرع القانون 14.07 الصادر في 22 نوفمبر 2011، خصوصا فيما يتعلق من جهة بنزع

¹ - عمر أزوكار، التعرض على مسطرة الإيداع، الفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، ع 1، بعنوان "قانون التحفيظ العقاري بين روح ظهير 1913 ومستجدات قانون 14.07"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2012، ص: 46.

² - كمال عونة، م.س، ص 129.

³ - نص الفصل 29 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 على أنه: "بعد انصرام الأجل المحدد في الفصل 27 أعلاه يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق، شريطة أن لا يكون الملف قد وجه إلى المحكمة الابتدائية. يتعين على المتعرض أن يدلي للمحافظ على الأملاك العقارية، بالوثائق المبينة للأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل، وبالعقود والوثائق المدعمة لتعرضه. كما يتعين عليه أن يؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يثبت حصوله على المساعدة القضائية.

يكون قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التعرض غير قابل للطعن القضائي".

اختصاص تلقي التعرضات خارج الأجل من السادة وكلاء الملك، ومن جهة ثانية بعدم إخضاع قرار المحافظ برفض التعرض الاستثنائي للطعن القضائي¹.

وأعتقد أن التعرض على الإيداع يتميز بطبيعة خاصة، تجعله ينفرد بميزات عن التعرض على مطلب التحفيظ، ومن بينها نطاق سريان أجل التعرض؛ حيث يجب إعمال مقتضيات الفصل 29 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 بشكل واسع أثناء تلقي التعرض على الإيداع وتجاوز الفصل 24 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 الذي يبقى حكرا على التعرضات الواردة على مطلب التحفيظ.

وبذلك يعد التعرض خارج الأجل نعمة بالنسبة للمتعرض؛ لأنه يرمي إلى ضمان الحقوق التي يدعيها في العقار موضوع مطلب التحفيظ، كما يعد نقمة بالنسبة لطالب التحفيظ؛ لأنه يؤدي إلى إطالة أمد مسطرة التحفيظ خاصة إذا لم يتم التوافق والصلح بينه وبين المتعرض لإنهاء النزاع خلال المرحلة الإدارية، لكن التعرض الاستثنائي بالنسبة للمحافظ كسلطة إدارية محايدة يعتبر إعماله خيرا من إهماله متى توفرت شروطه القانونية التي تعتبر بمثابة قيود قانونية تحد من سلطة المحافظ في قبول التعرض المقدم خارج الأجل، وتمنع المتعرض من التعسف في استعمال هذه الرخصة وبالتالي عدم الإضرار بحقوق طالب التحفيظ².

ومن الأهمية بمكان أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للتعرض، هل يعتبر دعوى أم مجرد إجراء إداري؟

إجابة عن هذا التساؤل اختلف القضاء المغربي، حيث ذهب محكمة النقض في بعض قراراتها إلى اعتبار التعرض على مطلب التحفيظ مجرد إجراء إداري وليس دعوى وبالتالي لا يمكن اعتباره بداية لاكتساب التعويض³.

¹ - فاطمة السحاسح، مدى نجاعة مؤسسة التعرضات من خلال القانون 14.07، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني العدد الأول بعنوان "قانون التحفيظ العقاري بين روح ظهير 1913 ومستجدات قانون 14.07"، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2012، ص 67.

² - عبد الإله المرابط، حميد الربيعي، م.س، ص 122.

³ - قرار عدد 3371 صادر في 30/06/1999، ملف مدني عدد 96/1195.

في حين ذهبت قرارات أخرى إلى اعتبار التعرض بمثابة دعوى استحقاقية يحدد موضوعها المحافظ، ويوضح المتعرض حدود ومدى تعرضه وتبت المحكمة فيها كما أحيل عليها، وكل تعرض على طلب تحفيظ يشكل دعوى مستقلة من طرف صاحبه عن باقي التعرضات الأخرى المسجلة على نفس المطالب تجاه طالبي التحفيظ فقط¹.

واعتقد بأن التوجه الأخير هو عين الصواب؛ لأن شهادة التعرض التي تنجز من قبل المحافظ وتحال على المحكمة بمعينة باقي وثائق الملف تعتبر بمثابة مقال افتتاحي وتؤدي عنه الوجيبة القضائية أمام المحافظة العقارية؛ مما يجعل التعرض المقام أمام المحافظ العقاري بمثابة دعوى من طبيعة خاصة.

وفي جميع الأحوال، يمكن القول بأن التعرضات التي ترد على العقار في طور التحفيظ تنحصر فقط على الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية مع ضرورة ممارسته بدون كيد أو سوء نية.

المطلب الثاني: الحد من التعرضات الكيدية

يعمد المستهلك العقاري في حالة اقتناء عقار غير محفظ إلى إيداع مطلب تحفيظ لملكه يروم الاستفادة من المزايا العديدة التي يوفرها ظهير التحفيظ العقاري، وذلك عن طريق إخضاعه لمسطرة التحفيظ التي تقوم على الإشهار بغية الاستفادة من نهائية التطهير، إلا أنه قد يفاجأ بوجود تعرضات كيدية غايتها الابتزاز والإضرار به.

ووعيا من المشرع بخطورة هذا الأمر، أفرد فصولا توضح الشروط الواجب توافرها لإقامة التعرض والآثار المترتبة عن عدم توفرها في إطار الفصلين 25 و32 من

==

- قرار عدد 2926 صادر في 19/09/2007، ملف عدد 06/410،

أشار إليهما محمد بفقير، ظهير التحفيظ العقاري الجديد والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2014، ص 37 و38.

¹ - قرار عدد 1353 صادر في 18/04/2007، ملف شرعي عدد 05/2087.

- قرار عدد 6124 صادر في 13/10/1998، ملف مدني عدد 98/1405.

أشار إليهما محمد بفقير، م.س، ص 37 و38.

ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07، كما أوجد نصا خاصا لنظرية التعسف في استعمال الحق بالنسبة للعقار في طور التحفيظ ويتعلق الأمر بالفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 المعدل والمتمم بالقانون 07-14.

وعلى هذا الأساس، سيتم التطرق إلى صلاحيات المحافظ للحد من التعرضات الكيدية في الفقرة الأولى، على أن أتناول دور الاجتهاد القضائي في الحد من التعرضات الكيدية في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: صلاحيات المحافظ للحد من التعرضات الكيدية

يجب أن يستند المتعرض في تعرضه على أدلة يدحض بها حجج طالب التحفيظ، ولا يمكنه ممارسة هذه المكنة قصد عرقلة مسطرة التحفيظ والسمسرة في طالب التحفيظ واعتبارها حرفة يجني منها المال¹.

وفي هذا الإطار، نص المشرع في الفصل 25 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 على أنه: "تقدم التعرضات عن طريق تصريح كتابي أو شفوي إما للمحافظ على الأملاك العقارية..."، وبقراءة هذا النص التشريعي يمكن القول بأن التعرض هو ادعاء سواء كان مكتوبا أو شفويا يتقدم به الغير ضد طالب التحفيظ²، على أن يتولى المحافظ على الأملاك العقارية تضمينه في سجل التعرضات وبمطالب التحفيظ المعنية³.

وقد أشادت إحدى الباحثات⁴ بهذا المقتضى حيث اعتبرت أن المشرع أحسن فعلا حينما لم يجعل من الكتابة شرطا ضروريا لتقديم التعرض، بحيث يمكن أن يقدم شفويا أو

¹ - محمد صالح، الحد من التعرضات الكيدية كآلية لتحقيق الأمن العقاري، مقال منشور بمجلة المعرفة القانونية والقضائية، عدد مزدوج 2 و 3، 2018، مطبعة الجسور، وجدة، ص 222.

² - Fassi Fehri Boubker et belkhaty Abdessalam : Le pourquoi de l'immatriculation foncière, 200 questions réponses, sans imprimerie, édition 1985, p : 75.

³ - آيت أحمد الغازي: م س، ص: 400.

⁴ - فاطمة الداودي، دور المحافظ العقاري وتدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية على ضوء مستجدات القانون رقم 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 2014-2015، ص 36 و 37.

كتابة، إذ يتقدم المتعرض ويدلي بتصريحاته ومزاعمه مباشرة أمام المحافظ أو أمام المهندس أثناء قيامه بعمليات التحديد، وإذا كان الأمر على هذا المنوال فإنه يقتضي تحرير محضر بذلك في نسختين، تسلم للمتعرض إحداها ويحتفظ بالثانية مع الوثائق والحجج ووسائل الإثبات المؤيدة للتعرض بالمحافظة العقارية بعد إيداعها من طرف المحافظ بكناش التعرضات.

وهذا ما أكدته القضاء المغربي في العديد من تطبيقاته حيث قضت المحكمة الابتدائية بوجدة على أنه: "إن تقديم التعرض لا يخضع لشكليات معينة، بل يمكن أن يحصل بمجرد تصريح شفوي بصريح الفصل 25 من ظ.ت.ع"¹.

وفي المقابل من ذلك، نجد المشرع قد حدد بدقة، البيانات التي يجب أن يتضمنها طلب التعرض في الفقرة الثانية من الفصل 25 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 وهي هوية المتعرض، حالته المدنية، عنوانه الحقيقي أو المختار، اسم الملك، رقم مطلب التحفيظ، طبيعة ومدى الحق موضوع النزاع، بيان السندات والوثائق المدعمة للطلب، كما اشترط الفصل 26 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 على كل شخص تقدم بطلب التعرض باسم الغير أن يثبت هويته، أو يدلي بالوثائق التي تثبت نيابته القانونية على الأشخاص الذين ينوب عنهم مع بيان حالتهم المدنية².

وفي سياق الحديث، يرى أحد الباحثين³ أنه إذا تعذر على المتعرض الحضور إلى المحافظة العقارية أو أمام المهندس المساح لتقديم التعرض، فيمكنه تحرير التصريح بالتعرض بالبيانات الإلزامية وأن يصادق فيه على توقيعه أمام السلطات المحلية وأن يرفقه بالوثائق المثبتة لهويته والحجج المؤيدة للتعرض وأن يرسله إلى المحافظة العقارية المفتوح أمامها المطلب على أن تتوصل به داخل الأجل لتقييده بسجل التعرضات.

¹ - حكم ابتدائية وجدة عدد 937، صادر بتاريخ 1997/03/25، ملف عقاري رقم 90/3461، أشار إليه محمد عسولي، الحماية الوقائية لحقوق الغير خلال المرحلة الإدارية للتحفيظ، 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 2006-2007، ص 83.

² - آيت أحمد الغازي، م.س، ص 399.

³ - أحمد دحمان، م.س، ص 112.

وغني عن البيان، أن المشرع قبل صدور القانون رقم 14.07 كان ينص في الفصل 32 على إلزام المحافظ العقاري بإنذار المتعرض قصد إيداع الحجج والوثائق المثبتة لتعرضه داخل أجل ثلاثة أشهر، وذلك تحت طائلة اعتبار التعرض كأن لم يكن، مع إمكانية الطعن في قرار المحافظ العقاري أمام المحكمة الابتدائية التي تبنت فيه انتهائيا. إلا أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 32 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 نجده ينص على أنه يعتبر التعرض لاغيا وكأن لم يكن إذا لم يقدم المتعرض الوثائق المؤيدة لتعرضه دون الإشارة إلى ضرورة إنذاره.

وفي هذا الإطار ذهب الأستاذ آيت أحمد الغازي إلى اعتبار إلغاء التعرض دون إنذار وعلم المتعرض من شأنه الإضرار بحقوق هذا الأخير وعدم تمكينه من الدفاع عن مطالبه والإدلاء بالأسباب التي تبرر موقفه¹.

وقد اعتبرت إحدى الباحثات أن المشرع حسم بصفة واضحة حول تقرير جزاء الإلغاء حيث أقر اعتبار التعرض لاغيا وكأن لم يكن، وهو ما جاء متناقضا تماما مع الصيغة السابقة للفصل 32 الذي كان يعطي للمحافظ السلطة التقديرية بالإلغاء أو الإبقاء، واستطردت قائلة بأن المشرع لم يكن موفقا حينما نص في الفصل 32 ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 على أن قرار إلغاء التعرض قرار نهائي وغير قابل للطعن بل وأنه مشوب بالشطط بالنسبة للمتعرض الذي لم يستطع أداء الوجيبة القضائية أو لم يطلب المساعدة القضائية لأنه لا يعلم بوجودها أو بإجراءاتها².

ويبقى هذا التوجه محل نظر على اعتبار أن أداء الوجيبة القضائية محدد في مبلغ 160 درهما وهو ثمن لا يتقل كاهل المتعرض؛ أما بخصوص الحجة الثانية التي استندت إليها الباحثة بالقول إن المتعرض قد لا يعلم بوجود نظام المساعدة القضائية أو إجراءاتها، فإنه يواجه بقاعدة "لا يعذر أحد بجهله للقانون".

¹ - آيت أحمد الغازي، مرجع سابق، ص: 408.

² - ليلي بوشواري: الحد من الدعاوى الكيدية بين صلاحيات المحافظ العقاري والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة العقار والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 45 وما بعدها.

وأعتقد أن المشرع ثار على المكتسبات التي كانت قبل صدور القانون رقم 14.07، إذ إنه اشترط لإلغاء التعرض عدم كفاية الحجج واقتترانه بعدم أداء الوجيبة القضائية، وإن كان حسنا فعل حينما اعتبر قرار المحافظ نهائيا وغير قابل للطعن حتى ولو لم يتم إنذار المتعرض.

وأمام هذه الانتكاسة التشريعية، يجد المحافظ العقاري نفسه في موقف سلبي لا يخول له إلغاء التعرض بعلّة عدم كفاية الحجج، وبالتالي يكون مضطرا لإحالة الملف على أنظار المحكمة في حالة أداء الوجيبة القضائية، مما سيصعب مهمة القضاء للبت في التعرضات غير المستندة على حجج وأدلة ما دام المحافظ غير ملزم بتقييم حجج المتعرض والاكتفاء فقط بوجودها.

وفي سياق الحديث، قضت ابتدائية الناظور¹ في أحد أحكامها بعدم صحة التعرض وذلك لعدم ارتكازه على أساس قانوني حيث جاء فيه: "وحيث وجب التأكيد بداية على أن المتعرض يعد مدعيا ملزما بالإثبات وطالب التحفيظ مدعى عليه لا تقيم ولا تناقش حججه إلا بعد إدلاء المتعرض بحجة صحيحة ومقبولة شرعا وسليمة من المأخذ والقوادح. وعلى هذا الأساس فإن المتعرضين أعلاه لم يعززوا تعرضهم بما يثبت تملكهم في العقار موضوع المطلب، حتى يصار إلى تقدير القيمة الإثباتية للشهادة الإدارية بالملك المستدل بها من قبل طالب التحفيظ في إطار نظام التحفيظ الجماعي، هذه الشهادة التي تجد أساسها في الفصل 51-6 من قانون التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه، وعليه فإن ثبوت كل ما ذكر أعلاه يجعل التعرض المقام ضد المطلب السالف غير ثابت وغير مؤسس، ويتعين الحكم بعدم صحته".

وعلى هذا الأساس، يمكن القول بأن المحافظ لو كانت له مكنة إلغاء التعرض لعدم كفاية الحجج دون اشتراط عدم أداء الوجيبة القضائية، لما تم إيقال كاهل القضاء بهذا النوع من التعرضات التي لا تستند على أساس، ويكون الغرض منها استفزاز طالب التحفيظ فقط.

¹ - حكم رقم 431، صادر بتاريخ 2015/05/18، ملف عدد 2014/08/26، غير منشور.

ومن الأهمية بمكان، التساؤل حول الصلاحيات القانونية المخولة للمحافظ على الأملاك العقارية للحد من التعرضات الكيدية عن طريق التحقق من توفر الشروط الأساسية لإقامة التعرض، وخصوصا بيان السندات والوثائق المدعمة للتعرض؟

إجابة على هذا التساؤل يرى أحد الفقهاء بأن المحافظ على الأملاك العقارية لا يملك سلطة واسعة لتقييم أدلة المتعرض خصوصا عندما يجد هذا الأخير صعوبة في الإدلاء بكافة الوثائق المثبتة للحق موضوع التعرض¹. وهو ما سيجعل المحافظ العقاري يقتصر دوره على تلقي الحجج والوثائق وإرفاقها بملف التعرضات، إذ لا يمكنه أن يبت فيها أو يتخذ قرارا بشأنها قصد تصفية النزاع لأنه لا يعتبر سلطة قضائية، وليست له أي صلاحية للقيام بذلك ما دام دوره محصورا فقط في تسلمها وبعثها مع مطلب التحفيظ إلى المحكمة دون إبداء رأيه².

ويمكن القول بأن المحافظ على الأملاك العقارية يحق له التحقق من الشروط الشكلية ومدى صحة إجراءات إقامة التعرض من قبيل هوية المتعرض، حالته المدنية ورقم المطلب...، أما الشروط الموضوعية والتمثلة أساسا في تقييم أدلة المتعرض فهذا من اختصاص القضاء، وهذا ما يجعل دور المحافظ العقاري مقتصرًا على تلقي الحجج والوثائق وإرفاقها بملف التعرضات، إذ لا يمكنه أن يبت فيها أو يتخذ قرارا بشأنها قصد تصفية النزاع.

وعلى هذا المنوال قضت استئنافية الناظور في أحد قراراتها بأنه: "حيث إن ما عاب به الطاعنون الحكم لا يستقيم مع قاعدة أن محكمة التحفيظ لا تنظر في مدى صحة إجراءات قبول التعرض من عدمه وهي مسألة تدخل في نطاق صلاحيات السيد المحافظ

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون رقم 14.07، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2013، ص 60.

² - لحسن عبد العظيم: تدخل القضاء في ميدان التحفيظ العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2011-2012، ص: 70.

وإنما تنتظر في مدى صحة التعرض أو عدم صحته"¹.

وفي خضم هذا الحديث، ذهب أحد الباحثين² إلى اعتبار المستجدات التي جاء بها القانون رقم 14.07، من أجل حماية طالب التحفيظ أو صاحب الحق المعلن عنه وفق الفصل 84 منه من التعرضات الكيدية وتسريع وتبسيط مسطرة التعرض تبقى بدون جدوى، إذ إن المراقبة ينبغي أن تمتد إلى مضمون الحجج للتأكد من مدى ملاءمتها مع الحق المتعرض عليه، حيث إن لفظي "المدعمة" الواردة بالفصل 25 من القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع وكذا "المؤيدة" الواردة بالفصل 32 من نفس القانون يشملان مضمون وجوهر الحجج المدلى بها، لا الحجج في حد ذاتها أي الوثيقة المحتوية لهذا المضمون، وبالتالي على المحافظ التأكد من انطباق الحجج المدلى بها على الحق المتعرض عليه دون الخوض في مدى قوتها الثبوتية لأنه من اختصاص القضاء.

ورغم وجهة وأحقية هذا التأويل يمكن التأكيد على مسألة أساسية بامتياز، مفادها أن المحافظ على الأملاك العقارية يبقى دوره عاجزا عن الحد من التعرضات الكيدية التي لا تستند على حجج وأدلة، ولذلك كان على المشرع العقاري أن يحدد نوعية وطبيعة المراقبة التي يجب أن تشمل الحجج والوثائق المؤيدة للتعرضات، والنص صراحة على وجوب تحقق المحافظ العقاري من صحتها شكلا وجوهرًا، على غرار المادة 48 من مسودة مشروع قانون التحفيظ العقاري لسنة 1977³، وكذا الفصل 72 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07.

وأمام استفحال ظاهرة التعرضات الكيدية، ونظرا للقفزة النوعية التي عرفتتها أئمة العقار في السنوات الأخيرة سواء في الحواضر أو البوادي⁴، فإن المحافظ العقاري أصبح

¹ - قرار رقم 98، صادر في 2013/10/30، ملف رقم 13/14/3/52، غرفة قضايا الأسرة والعقار، غير منشور.

² - محمد الحداد، م.س، ص 196.

³ - نصت المادة 48 من مشروع 1997 على ما يلي: "يجب أن ترفق الرسائل أو التصريحات بالتعرض بكل المستندات والوثائق المؤيدة لموضوعه، حيث يتحقق المحافظ على الملكية العقارية من صحتها شكلا ومن وجود ترابط فيما بينها وكذا من مدى علاقتها بموضوع التعرض".

⁴ - عبد العزيز التهامي، حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية

من اللازم عليه القيام بالدور المنوط به فيما يخص تلقي التعرضات بشكل سليم وخاصة فيما يتعلق بطلب توضيح المساحات المتعرض عليها في حالة التعرض الجزئي، وكذلك في حالة التعرض على حقوق مشاعة حيث يجب توضيح الحصة موضوع التعرض ولم لا تفحص الوثائق المدعمة للتعرض من حيث موقع الملك على الأقل، ذلك أن بعض المتعرضين يعمدون إلى الإدلاء بوثائق لا تمت بصلة إلى المطلب بل قد يتعرضون بنفس الوثائق على عدة مطالب¹.

وغني عن البيان أن المشرع قبل صدور القانون رقم 14.07 كان ينص الفصل 32 من ظ.ت.ع على إلزام المحافظ العقاري بإنذار المتعرض قصد إيداع الحجج والوثائق المثبتة لتعرضه داخل أجل ثلاثة أشهر، وذلك تحت طائلة اعتبار التعرض كأن لم يكن، مع إمكانية الطعن في قرار المحافظ العقاري أمام المحكمة الابتدائية التي تبنت فيه انتهائيا. إلا أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 32 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 نجده ينص على أنه يعتبر التعرض لاغيا وكأن لم يكن إذا لم يقدم المتعرض الوثائق المؤيدة لتعرضه دون الإشارة إلى ضرورة إنذاره.

وقد حصر المشرع العقاري اعتبار التعرض لاغيا وكأن لم يكن في حالة واحدة؛ وذلك إذا لم يقدم المتعرض الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه، ولم يؤد الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو لم يثبت حصوله على المساعدة القضائية² حسب الفصل 32 من القانون رقم 14.07 المعدل لظهير التحفيظ العقاري.

وفي هذا الإطار، ذهبت إحدى الباحثات إلى القول³ بأن ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 قد أوجب شرطين لاعتبار قرار إلغاء التعرض نهائيا وغير قابل

==

2015-2016، ص 123.

¹ - فاطمة السحاح، م س، ص 66.

² - المساعدة القضائية تدبير أقره المشرع لمصلحة المتداعين الذين لا تمكنهم حالتهم المادية من دفع نفقات الدعوى، فيستطيعون بموجبه من رفع هذه الدعوى والسير فيها، وإتمام جميع إجراءات التحقيق فيها حتى صدور الحكم، دون إلزامهم بدفع الرسوم والنفقات المقررة في القانون أو من قبل المحكمة. يراجع محمد خيرى: مرجع سابق، ص: 231.

³ - فاطمة السحاح، م س، ص: 64 و 65.

للطعن وهما:

- عدم الإدلاء بالرسوم والوثائق المؤيدة للتعرض.
 - عدم أداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو عدم إثبات الحصول على المساعدة القضائية وذلك قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاء أجل التعرض.
- أما ظهر 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري فكان يعتبر التعرض لاغيا إذا لم يؤد المتعرضون، الذين لم يحصلوا على المساعدة القضائية أو لم يطلبوها على الأقل، الوجيبة القضائية وحقوق المرافعة، وبالتالي فإن قرار المحافظ في هذه الحالة نهائي وغير قابل للطعن.

وفي هذا المنوال ذهب الأستاذ محمد خيرى¹ إلى اعتبار قرار المحافظ بإلغاء التعرض لعدم أداء الوجيبة القضائية نهائيا وغير قابل للطعن، فيه شيء من الشطط بالنسبة للمتعرض الذي لم يستطع أداء الوجيبة القضائية أو لم يطلب المساعدة القضائية لأنه لا يعرف إجراءاتها، وبالتالي كان حريا بالمشروع أن يوجد استثناء لهذه القاعدة تخول للمحافظ قبول التعرض في الحالة التي يتأكد فيها بأنه يستحيل على المتعرض أداء المصاريف القضائية الواجبة، وذلك حتى لا تكون هذه المصاريف رغم ضآلتها عرقلة في وجه المعسرین الذين يريدون المطالبة بحقوقهم ولا يجدون إلى ذلك سبيلا.

والرأي فيما أرى، أن ما ذهب إليه الأستاذ محمد خيرى منطقي ومقبول قبل صدور القانون رقم 14.07 المعدل والمتمم لظهير التحفيظ العقاري، أما بعد، فهذا محل نظر، على اعتبار أن المشروع العقاري لم يجعل قرار إلغاء التعرض لعدم أداء الرسوم القضائية نهائيا إلا بتوفر شرط ثان وهو عدم الإدلاء بالحجج والمستندات المؤيدة للتعرض، وذلك بسبب استعمال المشروع حرف الواو الذي يفيد المعية وليس من أجل الترتيب، مما يعني أن نهائية قرار إلغاء التعرض لا يمكن أن يتحقق إلا بتحقق الشرطين السابقين وهذا أمر نادر الوقوع، كما أن أداء الوجيبة القضائية محدد في مبلغ 160 درهما وهو ثمن لا يثقل كاهل المتعرض.

¹ - محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 244 و245.

ويبدو أن المشرع ثار على المكتسبات التي كانت قبل صدور القانون رقم 14.07، إذ يجد المحافظ العقاري نفسه في موقف سلبي لا يخول له الحد من التعرضات الكيدية، وبالتالي يكون مضطرا لإحالة الملف على أنظار المحكمة في حالة أداء الوجيبة القضائية وإن لم يتم الإدلاء بالحجج والسندات، ما سيصعب مهمة القضاء للبت في التعرضات غير المستندة على حجج وأدلة ما دام المحافظ غير ملزم بتقييم حجج المتعرض والاكتفاء فقط بوجودها.

وفي سياق الحديث قضت ابتدائية الناظور في أحد أحكامها بما يلي: "... غير أنه تخلف عن الإدلاء بأية حجة مثبتة لزعمة رغم إنذاره بذلك، مما يبقى معه تعرضه مجردا من الأساس القانوني، ويتعين بالتالي التصريح بعدم صحته"¹.

ولتجاوز هذه الإشكالية اقترح أحد الباحثين² وجوب أداء الرسوم القضائية خلال المرحلة القضائية وليس الإدارية، وذلك من أجل السماح للمتعرض بالامتنال أمام القضاء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى يتسنى تحريك مقتضيات الفصل 48 من ظ.ت.ع كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07 متى تبين أن تعرضه نابع عن سوء نية.

والجدير بالذكر، أن بعض رؤساء كتابة الضبط بالمحاكم الابتدائية كانوا يرفضون تلقي المبالغ المالية المستخلصة كواجبات قضائية وحقوق مرافعة مؤداة بصندوق المحافظة العقارية عن التعرضات المضمنة بمطالب التحفيظ، وذلك بعلّة عدم توفره على وعاء محاسباتي يمكنه من تحصيلها.

وفي هذا الصدد صدرت مذكرة رقم 3241 من المحافظ العام إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية نص فيها على ما يلي³: "يشرفني أن أنهي إلى علمكم أنني راسلت السيد وزير العدل للتدخل في الموضوع، وقد رد علي برسالة مؤرخة في

¹ - حكم رقم 526، صادر بتاريخ 2012/7/23، ملف عقاري عدد 06/08/06، غير منشور.

² - عبد الكريم عبو، التعسف في استعمال حق التعرض والتقييد الاحتياطي في ضوء قانون رقم 14.07، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2014-2015، ص 58.

³ - Recueil des Notes de service 2000-2010, ANCFCC, conservateur général, p : 358.

2006/05/29 أخبرني فيها بأنه قام بمكاتبة رئيس كتابة الضبط بالمحكمة المذكورة للتقيد بالمقتضيات القانونية التي تلزمه باستخلاص الواجبات القضائية وحقوق المرافعة".

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المقتضيات القانونية تجد أساسها في الفصل 30 من القانون المالي لسنة 1984، الذي يلزم المحافظ العقاري باستخلاص هذا النوع من المداخل¹.

ويبدو أن المشرع العقاري اعتبر التعرض لاغيا وكأن لم يكن إذا لم يقدم ولم يؤد ما سبق ذكره خلال الأجل المنصوص عليه في الفصل 25 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، وذلك قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاؤ أجل التعرض، دون الإشارة إلى وجوب إعدار المتعرض من أجل أداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة.

إلا أن الأستاذ آيت أحمد الغازي ذهب إلى القول بأن الإعدار من أجل دفع الرسوم القضائية وحقوق المرافعة، وإن لم ينص عليه الفصل 32 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، فقد نصت عليه مقتضيات الفصل 30 من الأحكام الملحقه لقانون المالية لسنة 1984 المتعلقة بالمصاريف القضائية²، وبذلك يمكن التأسيس على هذا المقتضى لإنذار المتعرض لأداء الوجيبة القضائية وتقديم حجج التعرض والتأسيس على ذلك أيضا لتعليل قرار هذا الإلغاء³.

وتأييدا للتوجه السابق، ذهب جانب من الفقه الإداري إلى القول بأنه يتعين على المحافظ تبليغ قرار الإلغاء إلى المتعرض في محل المخابرة المدلى به للمحافظة العقارية، وفتح المجال أمامه للطعن فيه أمام القضاء الإداري الذي يراقب مدى مشروعية قرار إلغاء التعرض من خلال التحقق من توفره على الشروط المتطلبة قانونا، وإن كان إلغاء

¹ - ينص الفصل 30 من ظهير رقم 1-48-54 الصادر في 27-04-1984 الذي يعد بمثابة قانون المالية لسنة 1984 على ما يلي: "يستوفى عن إيداع التعرض على طلب التحفيظ علاوة على رسم المرافعات المقرر في الفصل 68 بعد رسم ثابت قدره 150 درهما وذلك وفق الشروط المبينة في ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري. يقوم المحافظ على الأملاك العقارية بدفع الرسوم المذكورة إلى مكتب تسجيل الإجراءات القضائية التابع له مقر إقامته".

² - "ويوجه المحافظ إعدارا إلى المتعرضين على طلب التحفيظ لأداء الرسم المنصوص عليه في أجل لا يمكن أن يقل عن شهر".

³ - آيت أحمد الغازي: مرجع سابق، ص: 408 و 409.

التعرض قرره المشرع لتحقيق المصلحة العامة وهي حماية حق الملكية العقارية ومنع التعسف في استعمال التعرض ثم الإسراع في إجراءات التحفيظ¹.

وفي نظري أن مقتضيات الفصل 30 من قانون المالية لسنة 1984 التي تنص على ضرورة إنذار المتعرض لأداء الوجيبة القضائية في أجل لا يمكن أن يقل عن شهر كانت منسجمة ومتلائمة مع الفقرة الرابعة من الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري القديم الذي كان يعتبر التعرض لاغيا إذا لم يؤد المتعرض الذي لم يحصل على المساعدة القضائية أو لم يطلبها على الأقل، الوجيبة القضائية ورسم المرافعة داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ توصله بإنذار من المحافظ العقاري بشأنها، وأنذاك يكون قرار هذا الأخير نهائيا غير قابل للطعن.

فبقراءة متأنية للفصلين 30 من قانون المالية لسنة 1984 وكذا 32 من ظهير التحفيظ العقاري القديم نجدهما كانا يشترطان واقعة إعدار المتعرض لأداء الرسوم القضائية - بغض النظر عن اختلاف الأجل الوارد في الفصلين الذي لا يؤثر في شيء - وذلك من أجل استفادة قرار المحافظ بإلغاء التعرض لعدم أداء الوجيبة القضائية من الميزة النهائية.

وكانت الحكمة تقتضي على الأقل، أن يسير القضاء المغربي في هذا المنحى، وهو ما جاء في أحد قرارات محكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا - الذي أقر أنه: "لا يجوز إلغاء تعرض المستأنفة لعدم أداء الرسوم بسبب وقوع التبليغ بصفة غير صحيحة..."².

وبواقعة التبليغ يكون المحافظ العقاري قد اطمأن في قرار إلغائه للتعرض، وذلك

¹ - عبد الإله المرابط - حميد الربيعي، الدور الرقابي للمحافظ في حماية حق الملكية العقارية، المنازعات العقارية دراسات وأبحاث في ضوء نظام التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية والمستجدات التشريعية في المادة العقارية، الجزء الثالث، مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2017، ص: 121.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 780، صادر بتاريخ 1998/11/10، أورده إلياس الطاوس، دور المحافظ في تنفيذ الأحكام العقارية بين متطلبات الاختصاص والصعوبات القانونية - دراسة في مستجدات القانون رقم 14.07 - رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2011-2012، ص: 23.

إما لتخلي المتعرض عن ممارسة حقه أم لانتفائه وانعدامه.

أما الفصل 32 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 فإنه لم يشترط إعدار المتعرض في حالة عدم أداء الوجيبة القانونية لاعتبار التعرض لاغيا وكأن لم يكن، وإنما اشترط عدم الإدلاء بالحجج والوثائق المؤيدة لتعرضه، وهذا ما يشكل تعارضا بين الفصل المذكور أعلاه والفصل 30 من قانون المالية لسنة 1984.

وأمام تعارض النص الخاص واللاحق المتمثل في الفصل 32 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 مع النص العام السابق المتمثل في الفصل 30 من قانون المالية لسنة 1984، فإن الأولى بالتطبيق هو الفصل 32 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 استنادا إلى قاعدتي "النص الخاص أولى بالتطبيق من النص العام"، وكذا "اللاحق يلغي السابق"، وهذا النص خال من أي مقتضى يفيد إنذار المتعرض لأداء الوجيبة القضائية، وبالتالي لا يمكن للمحافظ العقاري إلغاء التعرض لليلة أعلاه وإن تم إنذار المتعرض، وذلك تفاديا للطعن في قراره بإلغاء التعرض دون الالتزام بعدم تقديم الوثائق المؤيدة للتعرض ولم يؤد الرسوم القضائية.

وإن كان لي من رأي في هذا المقام، فإنه لن يحيد عن المطالبة بإلغاء الفصل 30 من قانون المالية لسنة 1984، سواء في شقه المتعلق بمنح المحافظ العقاري اختصاص استقاء الوجيبة القضائية وجعل ذلك من اختصاص المحكمة ووجوب أدائها خلال المرحلة القضائية، أم في شقه المتعلق بضرورة توجيه المحافظ إعدارا إلى المتعرضين قصد أداء الرسم المنصوص عليه في أجل لا يمكن أن يقل عن شهر، مع ضرورة تعديل مقتضيات الفصل 32 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 وحصر قرار المحافظ العقاري بإلغاء التعرض في حالة واحدة وهي عدم تقديم الرسوم والوثائق المؤيدة للتعرض مع وجوب تحقق المحافظ من صحتها شكلا وجوهرا بغية الحد من التعرضات الكيدية.

وعلى مستوى التشريعات المقارنة، نجد المشرع التونسي على خلاف المشرع المغربي، قد رتب جزاء رفض التعرض تطبيقا لمقتضيات الفصل 325 من مجلة الحقوق العينية التي نصت على أنه: "يرفض الاعتراض وجوبا إذا قدم بعد الأجل المضروب بالفصل السابق أو لم يكن مرفوقا بالوثائق المستند إليها، على أنه يمكن للدولة والجماعات

المحلية أن تقدم مستنداتها خلال أجل لا يتجاوز الثلاثة أشهر من تاريخ تقديم اعتراضها. وخلافا لمقتضيات الفقرة السابقة يمكن قبول الاعتراض ممن كان طرفا في قضية استحقاقية، ثم نشرها قبل تقديم مطلب تسجيل في موضوعها إلى نهاية شهرين من تاريخ الحكم بالتخلي¹.

وقد ذهب الأستاذ حامد النعاعوي² إلى القول بأن مؤدى هذا النص يفيد تقييد معارضة مطالب التسجيل العقاري بأجل محدد وبشرط إرفاقها بالمؤيدات المستند إليها وتستثنى الدولة والجماعات المحلية من واجب تقديم الحجج مع واجب الإدلاء بتلك الحجج والمؤيدات في ذات الوقت الذي تقدم فيه المعارضة بعد منحها أجلا إضافيا لأسباب معروفة قوامها تعدد المكاسب والمصادر وعدم القدرة على توفير المؤيدات قبل القيام بأبحاث إدارية للتأكد من وجود الحق للدولة أو الجماعة المحلية من عدمه.

وحسنا فعل المشرع التونسي حينما أجاز إمكانية رفض التعرض في حالتين اثنتين وهما:

- إذا قدم التعرض بعد مرور الأجل المنصوص عليه في الفصل 324³ من مجلة الحقوق العينية التونسية.

- إذا لم يكن التعرض مرفوقا بالوثائق المستند إليها.

الفقرة الثانية: دور الاجتهاد القضائي في الحد من التعرضات الكيدية

من النواميس القانونية التي أوجدها المشرع المغربي للحد من التعرضات الكيدية التي تزرع استقرار المعاملات العقارية وتؤثر بشكل كبير في نفسية المتعاملين في

¹ - الفصل 325 من مجلة الحقوق العينية كما نقحت بالقانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/01/23.

² - حامد النعاعوي، مؤاخذات قانونية حول الفصل 325 من مجلة الحقوق العينية، منشور بتاريخ 2016/04/03 في موقع www.asabah.com.tn، تاريخ الزيارة 2019/06/28، على الساعة 22:31.

³ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 324 من مجلة الحقوق العينية التونسية على أنه: "ابتداء من يوم إدراج مضمون مطلب التسجيل بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وإلى انتهاء أجل قدره شهران ابتداء من تاريخ إدراج الإعلام المتعلق بختم عمليات التحديد بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية فإن الاعتراضات على التسجيل يتولى قبولها كاتب المحكمة العقارية".

الميدان العقاري، نجد مقتضيات الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 والذي نص على أنه: "كل طلب للتحفيظ أو تعرض عليه ثبت للمحكمة صدوره عن تعسف أو كيد أو سوء نية يوجب ضد صاحبه غرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لا يقل مبلغها عن عشرة في المائة من قيمة العقار أو الحق المدعى به، والكل دون المساس بحق الأطراف المتضررة في التعويض.

إن المحكمة التي أحيل عليها مطلب التحفيظ لها صلاحية الحكم تلقائيا بالغرامة والبت، عند الاقتضاء في طلبات التعويض".

إن الأخذ بحرفية النص يستلزم أن تكون حجج المتعرض قوية وترقى إلى درجة الاعتبار الشرعي، وأن عدم تقديم مثل هذه الحجج يترتب عليه الحكم بعقوبة الغرامة لفائدة المحافظة العقارية بشكل تلقائي والتعويض للأطراف المتضررة إن اقتضى الحال، وذلك إذا ثبت للمحكمة أن التعرض صدر بشكل تعسفي وتكديري.

فالقاضي العقاري واستنادا إلى الفصل السابق الذكر إذا تأكد من وجود تعسف أو سوء نية من طرف المتعرض؛ فإنه يكون ملزما بالحكم بتوقيع غرامات وأداء تعويضات، إلا أن مقدار الغرامة في النص الأصلي لظهير 12 غشت 1913 كان محددا في مائة فرنك، ثم ارتفع ليصبح مائة ألف فرنك بموجب ظهير 25 أكتوبر 1916 إلى أن وصلت 10% من قيمة العقار والحكم بالتعويض عند الاقتضاء¹.

وفي هذا المقام، ذهب الأستاذ محمد خيرى إلى القول بأنه كان لزاما على المشرع أن يفرض عقوبات مماثلة ليس فقط على المتعرض وإنما على كل من يشهد شهادة زور بقصد تعقيد ادعاءات المتعرض وهو يعلم أن ليس للمتعرض مطالب جدية على ذلك العقار².

وتقتضي الحكمة على الأقل، أن نطرح تساؤلا مفاده هل يجب على المحكمة أن تحكم بالعقوبتين معا - الغرامة والتعويض في حالة ثبت لها أن التعرض كيدي؟

¹ - ورده غزال: دور الاجتهاد القضائي في مسطرة التحفيظ العقاري، 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: 214.

² - محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص: 374.

إجابة على هذا التساؤل، ذهبت إحدى الباحثات¹ إلى أن الجزاءين يختلفان عن بعضهما البعض وليس هناك ما يفيد أن الحكم بأحدهما سيترتب عنه بالضرورة الحكم بالآخر.

وأعتقد بأن هذا التوجه وإن كان على صواب في حالة ما إذا ثبت للمحكمة صدور تعرض عن تعسف ولم يطلب الطرف المتضرر الحكم بالتعويض، إذ أن المحكمة ملزمة بالبت في حدود طلبات الأطراف حسب الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، فإن هذا التوجه يعد محل نظر في حالة ما إذا قضت المحكمة بالتعويض لفائدة المتضرر إذا ثبت أن التعرض كيدي دون أن تحكم بالغرامة، على اعتبار أن إثبات وجود تعرض كيدي وطلب للتعويض يؤدي بشكل تلقائي الجمع بين العقوبتين، مما يدفعنا إلى القول بأن الأصل هو الجمع بين العقوبتين في حالة ثبوت التعرض الكيدي، والاستثناء هو الحكم بالغرامة لفائدة المحافظة العقارية إن لم يتم الإدلاء بطلبات تعويض من طرف المتضرر.

وعلى هذا المنوال، قضت ابتدائية الناظور في أحد أحكامها بما يلي: "... وحيث أن المتعرض بإقدامه على التعرض على مطلب التحفيظ دون أي إثبات لما يدعيه من تجاوز وتعطيله بذلك لمسطرة التحفيظ الذي سجل بتاريخ 1991/07/26 وبعد أن باع قطعة أرضية لطالبي التحفيظ، فيكون بذلك تعرضه تعسفيا مما ارتأت معه المحكمة الحكم عليه بأدائه غرامة قدرها 10.830 درهم لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، إعمالا لمقتضيات الفصل 48 من ظهير التحفيظ العقاري"².

وفي حكم آخر لها، قضت ابتدائية الناظور في أحد أحكامها بما يلي³: "... وبذلك فإن التعرض غير مرتكز على أساس ويتعين الحكم بعدم صحته، ولما كانت سمة التعسف ظاهرة في التعرض من خلال الأسباب المذكورة أعلاه خصوصا أن المتعرضين لم ينازعوا

¹ - ليلي بوشواري، م س، ص 101.

² - حكم رقم 444، صادر بتاريخ 2014/04/24، ملف مدني عدد 13/147، غير منشور.
هذا الحكم تم تأييده على مستوى محكمة الاستئناف بقرار رقم 188، صادر بتاريخ 2014/10/01، ملف عدد 2014/1403/198 غرفة العقار، غير منشور.

³ - حكم بدون رقم، صادر بتاريخ 2014/12/11، ملف عقاري رقم 2013/08/51، غير منشور.

في تحفيظهم لعقارهم حسب...، فإن ذلك يوجب الحكم عليهم بغرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية تحددها المحكمة تطبيقاً للفصل 48 من قانون التحفيظ العقاري في ستة عشر ألف درهم تعادل عشر قيمة العقار الثابتة من رسم الملكية عدد 516".

يتضح من خلال هذين الحكمين؛ أن المحكمة لما ثبت لها وجود تعرض كيدي دون طلبات التعويض، فإنها قضت فقط بالغرامة لفائدة المحافظة العقارية ما دامت سمة التعسف ظاهرة في التعرض.

ولكن إذا تم إثبات السمة التعسفية في التعرض مع وجود طلبات للتعويض، فإن المحكمة تكون ملزمة بالحكم بالعقوبتين معاً؛ وهو ما جاء في حيثيات لحكم صادر عن ابتدائية الناظور حيث قضت بما يلي¹: "2- في طلب التعويض والغرامة:

حيث إنه بمقتضى الفصل 48 من قانون التحفيظ العقاري، فإن لمحكمة التحفيظ صلاحية الحكم تلقائياً بالغرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والبت في طلبات التعويض إذا ثبت صدور التعرض عن تعسف أو كيد أو سوء نية، وحيث ثبت من أساسات الحكم المذكورة أعلاه أن المتعرضين قدما تعرضاً انصب على غير القطعة الأرضية التي تملكها بموجب عقد القسمة وأن ما اختصا به لا ينطبق تماماً على أرض المطلب حدوداً ومساحة وهو يقع شرق العقار المتنازع عليه مما يجعل تعرضهما مشوباً بتعسف واضح يبرر الحكم عليهما بالتضامن بأداء تعويض لفائدة طالبي التحفيظ تحدده المحكمة وفقاً لعناصر التقدير المحددة في الفصل 98 من الظهير المكون لمدونة الالتزامات والعقود في مبلغ ثلاثين ألف درهم مع تحميلهما المصاريف طبقاً للفصل 124 من قانون المسطرة المدنية، كما تحكم عليهما بغرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية محددة في مبلغ 7051 درهما تمثل عشر قيمة العقار المذكور في سند تملك طالب التحفيظ".

وأمام هذه الأحكام القضائية التي قضت بغرامة لفائدة المحافظة العقارية، يمكن أن نتساءل مع العديد من الفقهاء حول الأسباب والمبررات التي دفعت بالمشروع العقاري إلى

¹ - حكم رقم 635، صادر بتاريخ 2015/07/09، ملف عقاري عدد 2013/08/23، غير منشور.

النص بأداء هذه الغرامة لفائدة المحافظة العقارية؟

إجابة على هذا التساؤل، ذهب أحد الباحثين¹ إلى القول بأنه قد يكون المبرر لإقرار هذه الغرامة لفائدة المحافظة العقارية في كون الادعاء بسوء النية في مسطرة التحفيظ يؤدي إلى عرقلة هذه المسطرة، ويجعل عددا لا يستهان به من مطالب التحفيظ عالة، وتطول تبعا لذلك مسطرة التحفيظ لسنوات.

في حين، ذهب رأي آخر² إلى اعتبار عدم وجود ما يبرر النص على غرامة لفائدة المحافظة العقارية، ما دامت هذه الأخيرة ليست طرفا في الدعوى، وكذلك لم يحصل لها أي ضرر من خلال تقديم التعرض الكيدي، كما أنه بالرجوع إلى المادة 11 من القانون رقم 58.00³ القاضي بإحداث الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لا توجد موارد مالية من قبيل الغرامة المنصوص عليها في الفصل⁴. وفي نظري، ولئن كانت المحافظة العقارية ليست طرفا في الدعوى فإنها هي

¹ - يسير قيشوش: المقتضيات الزجرية في ظهير التحفيظ العقاري، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة دراسات قضائية، الإصدار الخامس، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2016، ص: 31.

² - رشيد الفيداح: الادعاء بسوء النية في قضايا التحفيظ وفق مستجدات قانون 14.07، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 100.

³ - ظهير رقم 1.02.125 الصادر بتاريخ 13 يونيو 2002 القاضي بتنفيذ القانون رقم 58.00 المتعلق بإحداث الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5032 بتاريخ 22 يونيو 2002، ص: 2405.

⁴ - تنص المادة 11 من القانون رقم 58.00 على ما يلي: "أ- في باب الموارد:

- رسوم المحافظة على الأملاك العقارية.
- مداخيل بيع المعطيات والوثائق العقارية والطبوغرافية والخرائطية.
- المداخيل المتعلقة بالأشغال الطبوغرافية والجيوديزية والخرائطية المنجزة لفائدة الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العامة والأغيار.
- مداخيل كراء المعدات.
- المداخيل المتعلقة بالدراسات القانونية أو التقنية أو هما معا المنجزة لفائدة الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العامة والأغيار.
- الهبة والوصايا والاقتراضات المرخص بها طبقا للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل.
- جميع المداخيل وأرباح الاستغلال الناتجة عن عملياتها وممتلكاتها".

الجهاز الوحيد المختص بتتبع مسطرة التحفيظ، وأن المحكمة لا تضع يدها على النزاع إلا بعد إحالته من المحافظ العقاري، وتتضرر في حالة تقديم التعرضات الكيدية نظرا للمجهودات التي سيبدلها أطر المحافظة العقارية قصد إحالة الملف على أنظار المحكمة للبت فيه، وهو مجهود لا يستهان به، أما بخصوص العلة المتعلقة بعدم وجود مورد مالي للوكالة الوطنية من قبيل الغرامة المنصوص عليها في الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، فإنه يمكن القول بأن تاريخ صدور القانون رقم 58.00 كان في 22 يونيو 2002، وهذا النوع من الغرامة كانت الخزينة العامة هي التي تستفيد منها، لأن هذا الفصل لم يكن ينص في صيغته القديمة¹ بصريح العبارة على اختصاص الوكالة في استخلاص هذا النوع من المداخل، على خلاف المقتضيات الجديدة التي تنص بشكل صريح على عبارة "غرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية".

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن المحافظ العقاري باعتباره محاسبا عموميا وله صلاحية استخلاص الرسوم والتعريفات المتطلبة قانونا حسب الفصل 4 من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يونيو 1915 المتعلق بتنظيم مصلحة المحافظة على الأملاك العقارية، فإن الغرامة المنصوص عليها في الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 تدخل في زمرة الرسوم المتطلبة قانونا.

وفي هذا الإطار ذهبت إحدى الباحثات إلى القول بأنه يجب على الوكالة الوطنية للمحافظة على الأملاك العقارية أن تتدخل كطرف في حالة ثبوت التعسف للحفاظ على حقوقها، لأن في ذلك فائدة كبيرة حيث سيتم ردع ممارسي هذه السلوكات الدنيئة والماسة بالنظام العام الاقتصادي ككل².

والرأي فيما أعتمد أن الغرامة المنصوص عليها في الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 لفائدة الوكالة الوطنية يتم الحكم بها تلقائيا وإن لم تقدم هذه الأخيرة أي طلب ما دامت صفة التعسف جلية في التعرض، وبعبارة أوضح، إن هذه

¹ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 48 من ظهير التحفيظ العقاري في صيغته القديمة على ما يلي: "إن المحكمة التي أحيل عليها طلب التحفيظ لها صلاحية الحكم بالغرامة وبالبت في طلبات التعويض".

² - فاطمة السحاس: مرجع سابق، ص: 70.

الغرامة تعد من النظام العام إذ يمكن للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها كلما ثبت لها أن التعرض كيدي، وبذلك فإن تدخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية كطرف في حالة ثبوت التعسف يعتبر من قبيل الزيادة في مهام هذه الأخيرة، لأن حقوقها في جميع الأحوال محفوظة بنص القانون.

وجامع القول، إن تطبيق مقتضيات هذا الفصل من قبل القضاء سيلعب دوراً مهماً في التقليل من التصرفات التي قد لا يكون أساسها إلا الأحقاد والنزعات القبلية أو الحزبية أو النقابية أو الابتزازات المادية، أو غير ذلك من الأمور التي تخرج عن قواعد العدالة والإنصاف، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فإن هذه الغرامة أراد لها القانون -وعن صواب- أن تكون من جملة الموارد المالية لمؤسسة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، التي تقوم بدور كبير ذي نفع عام أساسه التنمية الاقتصادية الوطنية بمختلف مجالاتها¹.

وفي المقابل من ذلك، قد يكون للقضاء دور محدود في الحد من التعرضات الكيدية كما هو الشأن مثلاً:

أولاً: عدم انطباق بيئة المتعرض مع الملك موضوع مطلب التحفيظ

يعتمد بعض المتعرضين إلى استفزاز طلاب التحفيظ وذلك بإقامة تعرضات كيدية يكون الغرض منها الحصول على مبالغ مالية فقط لا غير، وقد يستند في تعرضه إلى وثائق ورسوم واهية لا ترقى إلى درجة الاعتبار، بل قد لا تنطبق أصلاً على الملك موضوع مطلب التحفيظ.

إلا أنه يستتبع من بعض الأحكام القضائية عدم تفعيل مقتضيات الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 في مثل هذه الحالة، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للحكم الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة الابتدائية بالناظور حيث قضت: "... وأن ملك

¹ - علي الهلالي، البت القضائي في التعرضات على مساطر التحفيظ، دفاتر محكمة النقض عدد 21، عدد خاص بعنوان "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية"، قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07، مطبعة الأمنية الرباط 2015، ص 131.

المتعرض المبني يحد مباشرة أرض مطلب آخر تحت عدد... جهة الجنوب ثم يليه المطلب المتعرض عليه كحد جنوبي، مما يعني بأن أرض المطلب تحد على المتعرض بشكل غير مباشر، وهو ما يبقي مسألة الترامي على الحدود مسألة مستبعدة في الواقع، زيادة على أن مطالب المتعرض متناقضة..¹.

وفي حكم آخر قضت : "حيث يتجلى من وثائق الملف أن القطعتين الأرضيتين اللتين يوثق لهما رسم ملكية المتعرضين يقع... بجماعة إيكسان في حين أن العقار موضوع مطلب التحفيظ يقع بجماعة سلوان مما يثبت عدم انطباق الرسم المذكور على العقار الجاري تحفيظه، وفي جميع الأحوال فإن المتعرضين تخلفوا عن الحضور وتقديم مستنتاجاتهم في القضية رغم استدعاء وكيلهم مما تعذر معه إجراء تحقيق في عين المكان لتطبيق حججهم بواسطة الخبرة أو المعاينة، لذلك فإن التعرض غير مرتكز على أساس ويتعين الحكم بعدم صحته وتحميل المتعرضين المصاريف"².

وقد نحت محكمة الاستئناف بالناظور نفس المنحى حيث اكتفت في قضية أخرى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بعدم صحة التعرض ما دامت الخبرة المنجزة على المرحلة الابتدائية قد أكدت على أن بيئة المتعرض لا تتعلق بالعقار الجاري فيه التحفيظ من أصله لا موقعا ولا حدودا وهو معطى كاف لإسقاط تعرضه³.

يتضح جليا من الأحكام السابقة الذكر أنها قضت بعدم صحة التعرض فقط، دون اعتبار التعرض كيديا وهو ما يشكل تحفيزا للمتعرضين ذوي النيات السيئة في إقامة تعرضات كيدية، ما دام التعرض قد استند على وثائق لا تتعلق أصلا بالملك موضوع المطلب، مما سيؤدي إلى الإخلال بمفهوم الأمن العقاري.

¹ - حكم رقم 122، صادر بتاريخ 2016/03/28، ملف عقاري رقم 2015/8/61، غير منشور.

² - حكم رقم 751، صادر بتاريخ 2013/4/19، ملف عقاري رقم 2012/8/239، غير منشور.

³ - قرار رقم 61، صادر بتاريخ 2012/01/25، رقم الملف 11-11-123، غرفة قضايا الأسرة والعقار، غير منشور.

ثانيا: الاكتفاء بالإدلاء ببينة الإرث

إن المشرع العقاري لم يمنح للمحافظ على الأملاك العقارية صلاحية فحص حجج المتعرض، وإن أدلى فقط برسم الإرث، حيث أن الجهة الوحيدة المخول لها إمكانية اعتبار التعرض كيديا وبتطبيق مقتضيات الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 هو القضاء.

وفي هذا الصدد جاء في أحد أحكام المحكمة الابتدائية بالناظور ما يلي: "وحيث إنه في نازلة الحال تعرضت المتعرضة على الملك المذكور طالبة بنصيبها الذي تملكه إرثا من والدها...، لكنها لم تدل بأي حجة تثبت تملك موروثها في العقار موضوع مطلب التحفيظ رغم أنها هي الملزمة بالإثبات وفق الفصل أعلاه، وزيادة على ذلك ادعت أن اسمها لم يدرج سهوا ضمن قائمة طالبي التحفيظ إلى جانب اسم أخيها...، مستدلة على ذلك برسم الإرث.

وبالتالي فإن ثبوت كل ما ذكر أعلاه يجعل التعرض المقام على مسطرة تحفيظ المطلب... غير ثابت وغير مؤسس، ويتعين الحكم بعدم صحته"¹.

وقد قضت في حكم آخر لها بما يلي: "... وحيث إن تعرض المتعرضين... لم يعضد بأي إثبات وجاء مرفقا برسوم الإرث والفريضة فقط وبحجج لا تفيد الحق ولا تثبت أن المتعرضين المذكورين محقون على جزء مشاع من العقار المطلوب تحفيظه، إذ ليس هناك بالملف ما يستشف منه أن الملك المذكور خاص بموروثهم وأنه والحالة هذه يتعين التصريح بعدم صحة تعرضهما مع تحميلهما صائره"².

يتضح مما سبق أن قاضي التحفيظ العقاري لا يثير مسألة حسن نية المتعرض من عدمه في إقامة التعرض، وإن كان المتعرض في القضيتين السابقتين اكتفى بتدعيم تعرضه برسم الإرث فقط دون الإدلاء بالحجج المثبتة للملك، وإنما قضى بعدم صحة التعرض.

¹ - حكم رقم 327، صادر بتاريخ 20/04/2015، ملف رقم 03/1703، غير منشور.

² - حكم رقم 1034، صادر بتاريخ 10/08/2014، ملف رقم 2014/08/10، غير منشور.

وفي نظري، فإن التساهل مع المتعرضين ذوي النية السيئة سيؤدي إلى الإضرار بطالب التحفيظ، حيث ستطول مسطرة التحفيظ وذلك بالانتقال إلى المرحلة القضائية دون الاكتفاء بالمرحلة الإدارية، وأن إدلاء المتعرض برسم الإرادة لدليل قاطع على سوء نيته في إقامة التعرض، استنادا إلى القاعدة التي تنص على أن الإرادة لا تثبت الملك، إنما هي دليل لإثبات النسب، فكيف يمكن تحويل دور الإرادة من دليل لإثبات النسب إلى دليل للحسم في نزاع حول حق الملكية؟

ثالثا: عدم الإدلاء بأي وثيقة

بالرجوع إلى بعض الأحكام القضائية، نجدها قد اتخذت موقفا سلبيا بالحكم بعدم صحة التعرض غير المؤيد بالحجج فقط، وهذا لا يسعف لتحقيق الهدف المنشود والمتمثل في الأمن العقاري، إذ قضت ابتدائية الناظور في حكم لها بما يلي: "... وحيث لم يعزز المتعرض تعرضه بأي حجة لإثبات تعرضه مما يبقى تعرضه مجردا، وغير مؤسس ويتعين الحكم بعدم صحته"¹.

وفي حكم آخر قضت ابتدائية الناظور بما يلي: "وحيث إن المتعرض... الذي يعتبر بمثابة طالب الاستحقاق في نازلة الحالة، ملزم بإثبات تملكه للملك المتعرض عليه بالحجة المستوفية للشروط، كما جاء في التحفة:

المدعي استحقاقا شيء يلزم بينة مثبتة ما يزعم
من غير تكليف لمن تملكه من قبل ذا بأي وجه ملكه

غير أنه تخلف عن الإدلاء بأية حجة مثبتة لزعمة رغم إنذاره لذلك، مما يبقى معه تعرضه مجردا من الأساس القانوني، ويتعين بالتالي التصريح بعدم صحته"².

وتأكيدا لنفس توجه المحكمة السابق الذكر قضت في أحد أحكامها بما يلي: "حيث إن الثابت من أوراق الملف أن المتعرض قد أشعر للإدلاء بمذكرة بيانية لأسباب التعرض إلا أنه لم يدل بشيء وأفيد أنه غير معروف مما ارتأت معه المحكمة أن المتعرض

¹ - حكم رقم 108، صادر بتاريخ 2016/03/21، ملف عدد 08/255، غير منشور.

² - حكم رقم 526، صادر بتاريخ 2012/7/23، ملف عقاري عدد 06/08/06، غير منشور.

تمتاطل عن متابعة الدعوى فيتعين اعتبار هذا التراخي بمثابة تنازل ضمني عن التعرض¹.

إن القارئ لهذا الحكم القضائي يلاحظ أن المحكمة أسست حكمها في النقطة الأولى بأن المتعرض لم يدل بشيء وأفيد أنه غير معروف، ثم انتقلت في النقطة الثانية لتستنتج تماطل المتعرض، وفي الأخير تكييف هذا التراخي بمثابة تنازل ضمني عن التعرض.

فكيف يمكن للمحكمة أن تستببط تماطل المتعرض دون الحكم عليه بالعقوبة المنصوص عليها في الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07؟ وهل تراخي المتعرض مع وجود تماطله يؤدي بالمحكمة إلى تكييف ذلك بأنه تنازل ضمني عن التعرض؟ أم أن الأجدر هو تطبيق مقتضيات الفصل 48 المذكور أعلاه؟

إن عدم الإدلاء بأي وثيقة في إقامة التعرض، هو سبب لوحده يكفي للقضاء من أجل الاستناد عليه واستنباط سوء نية المتعرض، وبالتالي تطبيق مقتضيات الفصل 48 من ظهير التحفيظ العقاري يكون أولى وأجدر من عدم تطبيقه.

رابعاً: انعدام السبب في إقامة التعرض

أمام غياب نص تشريعي في القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع يلزم المحافظ بمراقبة حجج ووثائق وأدلة المتعرض، يجعل مسؤولية الحد من التعرضات الكيدية وتطبيق مقتضيات الفصل 48 من القانون السالف الذكر ملقاة على عاتق المحكمة وحدها سواء الابتدائية والاستئنافية، وفي هذا الإطار، ذهب أحد رؤساء غرفة محكمة النقض² إلى القول بأن المحكمة سواء الابتدائية أو الاستئنافية ملزمة - عندما يظهر لها أن التعرض - صدر عن تعسف أو كيد أو سوء نية وجب عليها أن تحكم ضد صاحبه بغرامة لا يقل مبلغها عن عشرة في المائة من قيمة العقار أو الحق المدعى به لفائدة المحافظة العقارية، مع الإشارة إلى بعض الملاحظات ومن بينها:

¹ - حكم رقم 2076، صادر بتاريخ 1998/07/27، ملف رقم 98/11، غير منشور.

² - علي الهلالي، م س، ص: 130 و 131.

- أن الحكم بالغرامة المذكورة واجب، فلا خيار فيه للمحكمة إذا كان سببه قائماً.

- يجب على المحكمة عند الحكم بالغرامة، أن تورد في حكمها تعليلاً مستقلاً تبرز فيه، العناصر القانونية الموجبة للحكم بالغرامة ضد المخالف.

على ضوء هاتين الملاحظتين يمكن طرح تساؤل عن مدى إثارة المحكمة للعناصر القانونية والأسباب القائمة الموجبة للحكم بالغرامة المالية ضد المخالف؟

إجابة على هذا التساؤل قضت ابتدائية الناظر في أحد أحكامها بما يلي: "وحيث يتجلى من تصريح المتعرضين أمام الخبير، وهو تصريح مكتوب وموقع عليه طبقاً للفصل 63 من قانون المسطرة المدنية، أنهم لا يؤسسون تعرضهم على أحد الأسباب المذكورة حصراً في الفصل 24 المذكور وإنما ينازعون في تسمية المالك المجاور للعقار موضوع مطلب التحفيظ عدد... من جهة الجنوب والغرب، لذلك فإن تعرضهم غير صحيح ومشوب بالتعسف لعدم تأسيسه على سبب يقره قانون التحفيظ العقاري، مما يبرر الحكم على المتعرضين بغرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية..."¹.

إن المنازعة في تسمية المالك المجاور للعقار موضوع مطلب التحفيظ؛ دليل قاطع وسبب قائم وعنصر قانوني محض لاستنباط سوء نية المتعرض، وهو موجب للحكم بالغرامة المالية المنصوص عليها قانوناً في إطار الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، فهو ما استندت عليه المحكمة في إصدار الحكم بعدم صحة التعرض والحكم بالغرامة معاً.

إلا أنه وللأسف الشديد، قضت محكمة الاستئناف² بإلغائه فيما قضى به من الحكم على المتعرضين من غرامة مالية لفائدة المحافظة العقارية والحكم تصدياً بعدم فرض هذه

¹ - حكم رقم 650، صادر بتاريخ 2014/06/05، ملف عقاري رقم 2013/08/18، غير منشور.

² - قرار رقم 241، صادر بتاريخ 2015/07/22، ملف عقاري رقم 2014/1403/325، غير منشور، حيث جاء فيه: "وحيث إن المحكمة من خلال وثائق الملف لم تثبت لها أن المتعرضون قد سجلوا تعرضهم عن تعسف أو كيد أو بسوء نية مما يبقى معه الحكم المستأنف قد خالف مقتضيات القانونية المذكورة وبالتالي وجب إلغاؤه في هذا الشق والحكم تصدياً بعدم فرض هذه الغرامة".

الغرامة وتأييد نفس الحكم في باقي ما قضى، وذلك بعلّة أن وثائق الملف لم تثبت أن المتعرضين قد سجلوا تعرضهم عن تعسف أو كيد.

إن الملاحظة الجوهرية على هذا القرار هو عدم تطبيق مقتضيات الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 بعلّة أن وثائق الملف لم تثبت سوء نية المتعرض؛ وكأن المحكمة أرادت أن يظهر التعسف والكيد في الوثائق وهو أمر غير منطقي، إذ أن سوء نية المتعرض وإن كانت مسألة داخلية نفسية ينفرد القضاء في تقييمها، إلا أنها قد تظهر بشكل جلي من خلال تصرفات وأفعال المتعرض وهو الثابت في هذه النازلة.

فليس من الحكمة عدم استنباط سوء نية المتعرض، وهو يستند في تعرضه إلى المنازعة في تسمية المالك المجاور للعقار موضوع مطلب التحفيظ؛ ولم ينازع كحد أدنى في اسم الملك موضوع مطلب التحفيظ وإن كان غير مبرر ما دامت المنازعة لم تتصرف إلى ما أشار إليه الفصل 24 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، وهو ما شكل تعسفا في حق طالب التحفيظ، وخروجا عن قواعد العدالة والإنصاف.

وجامع القول، إن الحد من التعرضات الكيدية كركيزة أساسية من ركائز الأمن العقاري، يستوجب على المشرع أن يعيد النظر في المقتضيات التشريعية، والتي من شأنها أن تجعل من مؤسسة التعرض آلية لتحقيق الأمن العقاري وذلك من خلال بلورة مهام المحافظ العقاري ومنحه سلطة أوسع في مراقبة الوثائق المؤيدة للتعرض، وعدم حصر مهامه كجهة إدارية جامدة تنحصر في تلقي وثائق المتعرض والقيام بإرسالها مع باقي الوثائق المتعلقة بالملف إلى المحكمة.

وهذا المقتضى سيؤدي بلا شك إلى التخفيف على القضاء من خلال إحالة الملفات التي يظهر المتعرض فيها جديته، مع التتبع مع التتبع على ضمانة الطعن في قرار المحافظ في حالة رفض التعرض.

كما أن تطبيق القضاء لمقتضيات الفصل 48 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 كلما تبين له وجود العناصر القانونية والأسباب القائمة لاستنباط سوء نية المتعرض من شأنه الحد من التعرضات الكيدية وهو ما سيؤدي إلى تحقيق أمن عقاري.

الفصل الثاني

العقار المحفظ وآليات تحقيق الأمن العقاري

يمثل نظام التحفيظ العقاري ركيزة أساسية لتحقيق مفهوم الأمن العقاري، إذ يعد من بين الأنظمة القانونية الأكثر تنظيماً وتحقيقاً للحماية المنشودة للملكية العقارية وإعطائها مناعة وقوة تجعلها في منأى من زعزعة ثقة المتعاملين في المجال العقاري، وهو ما سيؤدي إلى حماية حقوقهم وإلى استقرار المعاملات العقارية.

والمتمثل في ظهير التحفيظ العقاري، يلاحظ أنه يقوم على مجموعة من المبادئ الأساسية التي تشكل جوهر نظام الشهر العيني¹، فالتحفيظ العقاري يظهر العقار من كل الحقوق التي نشأت قبل تأسيس الرسم العقاري ولم يتم تقييدها به، على اعتبار أن هذا الأخير هو المنطلق الوحيد لكل الحقوق، إذ من خلاله يمكن معرفة الوضعية المادية والقانونية للعقار الذي سيكون محل تصرفات لاحقا مما سيؤدي إلى بروز أهمية التقييد المتسم بمجموعة من الخصائص والمميزات التي تهدف إلى إرساء الثقة والطمأنينة في الميدان العقاري.

وإذا كان نظام التحفيظ العقاري يركز على مجموعة من المبادئ الأساسية الهادفة إلى استقرار المعاملات العقارية، فإن هذا النظام يكرس مجموعة من القواعد والوسائل القانونية التي تعد بمثابة ضمانات ترمي إلى حماية مستهلك العقار من احتمال ضياع حقوقه.

وعلى هذا الأساس، سيتم التطرق لدور مبادئ التحفيظ العقاري في استقرار المعاملات العقارية (المبحث الأول)، على أن أعالج بعد ذلك الضمانات القانونية المخولة لمستهلك العقار (المبحث الثاني).

¹ - لقد ظهر هذا النظام في استراليا على يد واضعه "روبر تورانس" « Robert Torrens »، الذي كان يشغل مهمة مدير التسجيل بأستراليا الجنوبية.

- للتوسع أكثر يراجع: محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 36.

المبحث الأول: دور مبادئ التحفيظ العقاري في استقرار المعاملات العقارية

مما لا شك فيه أن نظام التحفيظ العقاري من حيث المبدأ يعتبر خطوة هامة في إصلاح البنية العقارية وذلك من خلال المبادئ المتينة التي يقوم عليها، وهو ما سيجعلني أقف عند هذه المحطة الهامة من محطات القانون العقاري المتسمة بالإشهار.

ويتميز نظام الشهر العيني عن نظام الشهر الشخصي بمجموعة من الخصائص التي يعبر عنها بعض الشراح بمبادئ الشهر العيني، على أساس أنها قواعد راسية لدى جميع الأنظمة التي تتبع نظام السجل العيني، والتي من كثرة التقيد بها صارت مبادئ وأسس أنظمة الشهر في هذه الدول.

ويعتبر التقيد بالرسم العقاري بكيفية قانونية بمثابة حق ثابت لأصحابه، إذ له أهمية بالغة في حفظ الحقوق العقارية والحد من النزاعات الناشئة عنها، ويجعل وضعية العقار القانونية مطابقة للواقع، ناهيك على أنه يعد الأساس الذي تستنبط منه مختلف مبادئ ظهير التحفيظ العقاري، فما مدى نجاعة مبادئ ظهير التحفيظ العقاري في استقرار المعاملات العقارية، و هل الواقع أدى إلى اختراق هذه المبادئ من أجل التلطيف من شدتها وقوتها.

للإجابة عن هذين السؤالين، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ حيث سأعالج في (المطلب الأول) نجاعة مبادئ ظهير التحفيظ العقاري، على أن أتحدث في (المطلب الثاني) عن اختراق بعض مبادئه.

المطلب الأول: نجاعة مبادئ ظهير التحفيظ العقاري

يعتبر الإشهار إجراء قانونيا وشكلية جوهرية للاعتراف بالحقوق موضوع التقيد، وهو ما يؤدي إلى إعطائه حجية وقوة ثبوتية.

ويعد مبدأ حجية القيد أهم مبدأ من مبادئ السجل العيني، حيث أن المبادئ الأخرى تكون وظيفتها إما تأييد هذا المبدأ أو نتيجة منطقية له¹، ولأهمية هذه المبادئ ومركزيتها

¹ - فاطمة الحروف، م.س، ص 13.

في تحقيق الأمن العقاري حاول المشرع تكريسها وتحسينها من كل محاولة اختراق لها، وهو ما سيتم ملاحظته عند عرض هذه المبادئ.

ولذلك سيتم الحديث عن مبدأي التنظيم العيني والمشروعية في (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك التطرق لمبدأي تسلسل التقييدات وعدم سريان التقادم في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مبدأي التنظيم العيني والمشروعية

يتسم نظام الشهر العيني بأن أساس التقييد والشهر به هو العقار محل التصرف، فكل عقار رسم عقاري خاص به يتميز بالدقة والتنظيم، ويشكل مبدأ التنظيم العيني (أولاً)، ولخطورة مبدأ القوة الثبوتية التي يتمتع بها التقييد؛ كان لزاماً الأخذ بمبدأ له علاقة وطيدة به ألا وهو مبدأ المشروعية (ثانياً).

أولاً: مبدأ التنظيم العيني

يقوم الإشهار العقاري على أساس فكرة التنظيم الدقيق للعقارات وهو ما كرسه ظهير التحفيظ العقاري؛ وهذا على خلاف نظام التسجيل الشخصي الذي يعتمد على أسماء الأشخاص المالكين، الأمر الذي يجعل من الصعب تتبع الحالة القانونية للعقار¹.

إن نظام السجل العيني يتخذ من العقار أساساً للقيّد في السجل العقاري حيث تخصص صفحة لكل عقار تحدد حالته المادية والقانونية، وهكذا فإن المتعامل بشأن هذا العقار لا يمكن أن يفاجأ بحقوق أخرى مسجلة على سجلات أخرى ما دام أنه يخصص سجل واحد لكل عقار ينص على مساحته وحدوده وشكله الهندسي والحقوق التي يتمتع بها والتكاليف التي تنقله، فيجب أن يكون المتعامل بشأن هذا العقار مطمئناً إلى حقيقة ملكية من يتعامل معه وأن لا يكون مهدداً بحقوق أخرى وهذا ما يؤيد إعطاء هذا السجل حجية قانونية².

ويجد هذا المبدأ أساسه التشريعي في الفصل 52 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم

¹ - عبد العلي لعديري، الإشهار العقاري بين النظرية والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم ماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 9.

² - فاطمة الحروف، م.س، ص 13.

بالقانون رقم 14.07 الذي نص على أن التحفيظ يستوجب من المحافظ العقاري تأسيس رسم عقاري يتضمن لزوما وصفا مفصلا للعقار مع حدوده وبيان الأملاك المجاورة والملاصقة له ونوعه ومساحته، وبعبارة أدق يعتبر هذا الرسم بمثابة الحالة المدنية للعقار حيث يتضمن جميع البيانات سواء المادية أو القانونية، وكذا جميع التعديلات الطارئة عليه، حتى يكون هناك تطابق بين ما هو مقيد بالرسم العقاري والواقع.

ولهذا فهو نظام عيني يتسم بالتنظيم الدقيق للعقار ذاته، خلافا لنظام التسجيل الشخصي الذي يعتمد على أسماء الأشخاص المالكين للعقارات من ناحية الترتيب، إذ التسجيل فيه أو القيد يكون وفقا لأسماء الأشخاص وبهذا سمي بالنظام الشخصي، لأن صاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذي تصرف في العقار، ولا يفيد هذا حتما كل ما وقع على عقار معين من تصرفات، فقد يتصرف شخص في عقار غير مملوك له فيسجل التصرف باسمه، ثم يتصرف المالك الحقيقي في العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك، ويكون التصرفان متفرقين في موضعين متباعدين تحت اسمين مختلفين¹.

وعلى مستوى التشريع المقارن، نجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 38 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي: "كل إشهار للعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء اتفاقات أو حقوقا مشتركة، يجب أن يكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار".

فكل تصرف وارد على عقار سواء كان هذا التصرف منشئا أو معدلا أو ناقلا لحق الملكية تخصص له بطاقة عقارية عينية، تقيد فيها جميع التصرفات الواردة على هذا العقار ومجموعة هذه البطاقات تكون ما يعرف بالسجل العيني الذي استند منه نظام الشهر العيني تسميته².

وقد جاء في المادة 12 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 والمتعلق

¹ - محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 38 و39.

² - جميلة زايدي، م.س، ص 131.

بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أن: "السجل العقاري المحدد بموجب المادة 3 أعلاه، يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية..."، وبالتالي يتضح أن مجموع البطاقات العقارية التي تعرف بالحقوق والالتزامات والارتفاقات التي تثقل العقار، هي التي تشكل السجل العقاري في التشريع الجزائري.

وبهذا يستند نظام السجل العيني إلى العنصر الثابت في المعاملات العقارية ألا وهو العقار، حيث لا يؤخذ في الاعتبار إلا بصفة عرضية اسم المالك أو صاحب الحق العيني أو ما يطلق عليه العنصر المتغير في المعاملة أو التصرف¹.

ومجمل القول، إن مبدأ التنظيم العيني الذي يقصد به كذلك التخصيص يقوم على أساس واحد وهو أن يخصص للعقار صحيفة بالسجل العقاري وتسمى هذه الصحيفة بالرسم العقاري، وهو الذي تدون به جميع العمليات المتعلقة بالعقار الذي يصبح هو المحور الذي تدور حوله تلك العمليات².

ثانيا: مبدأ المشروعية

يهدف نظام التحفيظ العقاري إلى تثبيت الملكية وإحاطتها بثقة كاملة تدفع عنها الريب وتؤمنها من المنازعات، لذلك أوجب المشرع على أصحاب الحقوق العينية أن يعلنوا عنها بتقييدها في السجلات العقارية المعدة لهذا الغرض. وقد ألزم المشرع المحافظ على الأملاك العقارية بإجراء مراقبة مسبقة لكل السندات التي يطلب منه تقييدها بالسجلات العقارية، وذلك حتى لا يتم تقييد إلا الحقوق الثابتة التي تستند إلى سبب مشروع وصحيح³.

فالمحافظ على الأملاك العقارية يكون ملزما باحترام المقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتحفيظ العقاري، عن طريق التأكد من العقود المدلى بها قصد تقييدها

¹ - إبراهيم أو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، بدون دار الطبع، سنة 1978، ص 41. أشار إليه ويس فتحي، م س، ص 157.

² - رياض الجمل، دراسات في قانون التحيين العقاري، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس الطبعة الأولى، 2015، ص 10.

³ - عبد الرحيم حزيكر، مراقبة المحافظ على الأملاك العقارية للسندات المؤيدة لطلبات التقييد م.س، ص 203.

بالرسم العقاري ومدى مطابقتها للبيانات الواردة به، فالمحافظ العقاري لا يمكن له قبول وتقييد جميع العقود المدلى بها وإنما قد يرفضها لمختلف الأسباب طبقاً لمبدأ المشروعية¹. فهذه المراقبة المسبقة أو ما يسمى بمبدأ المشروعية تتم من أجل ضمان صحة كل ما قيد في السجل العقاري، إذ لا يعقل إعطاء الحجية القانونية إلا لحقوق مشروعة فعلاً². فالتصرفات التي يطلب تقييدها وفقاً لهذا النظام لا تقيد إلا بعد التأكد من صحتها، حيث يستقصى عن موقع العقار وحدوده ومساحته، ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهليتهم، ثم يقع بحث عن التصرف ذاته هل هو صحيح يتعين تقييده، أم أنه ناقص يتعين رفضه³.

ولعل الغاية من إقرار هذا المبدأ في نظام التحفيظ العقاري، إعطاء مشروعية للحقوق والتصرفات التي تقع على العقارات وإصباغها بنوع من الاستقرار والثبات من خلال إقرار مجموعة من المبادئ الأساسية بمجرد تقييدها وذلك بغية استقرار المعاملات العقارية.

ويظهر جلياً مبدأ المشروعية من خلال المراقبة الواسعة التي يجريها المحافظ على مختلف مستندات التقييد، وهو ما جاء في التعليمات الصادرة بتاريخ 6 يونيو 1915 والمتعلقة بسير نظام التحفيظ العقاري بأنه: "يجب أن لا تستفيد من الإشهار في السجلات العقارية إلا الحقوق المشروعة، ولذلك يجب على المحافظ إجراء مراقبة مسبقة ودقيقة وواسعة جداً لكل المستندات والوثائق المدلى بها أمامه تدعيماً لمطالب التقييد أو التشطيب... كما أن هذه المراقبة عامة، وتجري تحت مسؤولية المحافظ"⁴.

وقد تم تكريس هذا المبدأ في الفصول 72 وما يليه من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، حيث ألزم المشرع المغربي من خلال مقتضيات الفصل 72 من

¹ – Amina Mabrouk ép. Mahlaoui, op cit, p 163.

² – فاطمة الحروف، م.س، ص 14.

³ – محمد خيرى، مستندات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 43.

⁴ – Recueil des textes relatifs au régime de l'immatriculation foncière, réalisé par la direction de la conservation foncière, édition Août 1999, p 119.

ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بالقانون 14.07؛ المحافظ من التحقق من هوية وأهلية المفوت وذلك حرصا على استقرار المعاملات العقارية وتلافيا لأي غش وتزوير أو تقييد حق بدون سند قانوني صحيح، فيقوم المحافظ على الأملاك العقارية بمراقبة دقيقة للبيانات الواردة في الرسم العقاري المتعلقة بالشخص المفوت ومقارنتها بالبيانات الواردة في طلب التقييد الجديد، وملاحظة ما إذا كانت هذه البيانات تنطبق على نفس الشخص المفوت أم لا من خلال التأكد من صحة الاسم الشخصي والعائلي وتاريخ الازدياد ورقم بطاقة التعريف الوطنية وصحة التوقيع...¹.

فالمراقبة التي يلزم المحافظ بإجرائها توصف بأنها "عامة"، فهي ليست منحصرة في أمور محددة، وعدم التحديد هذا يجعل المحافظ مطالبا عند تلقيه لمستندات التقييد سواء كانت عرفية أو رسمية باستحضار جميع قواعد القانون العقاري والقوانين الأخرى ذات الصلة لحماية الملكية العقارية، وهذا ما يخول له سلطات واسعة في قبول أو رفض تقييد أي مستند يخالف هذه القواعد.²

ولهذه الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها المحافظ العقاري بشأن مراقبة سندات التقييد أساس قانوني يتجلى في الفصل 70 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 الذي ينص على أنه: "إذا كان الطلب مؤسسا على وثيقة اتفاقية وطلب المحافظ على الأملاك العقارية بشأنه بيانات أو توضيحات إضافية، فإنه يجب أن يكون مؤرخا وموقعا من قبل الأطراف المعنية"، مما يفيد أن المحافظ العقاري لا يكتفي بتحقيق حماية المالك المقيد من خلال مراقبة تصرفه وإنما يمكن أن يثير مسائل تتعلق بالنظام العام، والتي من شأنها أن تمس بمصالح لا يمكن الاتفاق على مخالفتها أو خرقها.

وعلى مستوى التشريع المقارن، نجد المشرع الجزائري نص في المادة 105 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه: "يحقق المحافظ بمجرد إطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة بأن موضوع سبب العقد ليس غير

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، م.س، ص 296 وما بعدها.

² - كمال عون، دور المحافظ على الأملاك العقارية في حماية الملاكين المقيدين من الاستيلاء على عقاراتهم، مقال منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، العدد الأول، 2018، ص 87.

مشروع أو مخالف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح".

فهذا المبدأ يقتضي وجوب التحقق والمراقبة والمراجعة الدقيقة السابقة لإجراء القيد في السجل العيني حتى لا يقيد أي حق عيني إلا بعد تنقيته من كل شائبة، فطالما أن الحق العيني يتحصن بقيده في السجل العيني ضد كل الطعون، فيجب ألا يتم القيد إلا بعد التأكد التام من أن الحق مطابق للحقيقة وعنوان لها، وأن التصرف صحيح ويستند إلى أساس قانوني سليم بحيث يصبح قيد الحق في السجل العيني دليلاً أكيداً على شرعية هذا الحق¹.

إلا أن دور المحافظ العقاري يقتصر على مراقبة وإثبات ما إذا كان هناك نقص في البيانات التي يجب أن يحتوي عليها السند المراد شهره، أو أن محتوى التصرف مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويقرر رفض إجراء عملية الشهر دون أن يتعدى ذلك المساس بأصل السند أو تعديله².

ويعتبر هذا الأمر بديهياً لأن الحكمة تقتضي عدم المساس بأصل السند أو تعديله، وما دام المحافظ العقاري، لا يعتبر طرفاً في العلاقة التعاقدية، فإنه لا يمكنه تحويل إرادة الأطراف من خلال المس بأصل السند أو تعديله، وإنما يكفي باجتتاب شهر الحقوق المشكوك فيها والتي لا تستند إلى أساس قانوني سليم.

ومجمل القول أن مبدأ الشرعية يفترض قيام الإدارة بدراسة الحجج المقدمة إليها والتثبت منها شكلاً وأصلاً، وذلك بغية استقرار المعاملات العقارية وتحقيق حماية المستهلك العقاري³.

الفقرة الثانية: مبدأي تسلسل التقييدات وعدم سريان التقادم

لا يمكن تقييد حق موضوع تصرف عقاري إلا إذا كانت له صلة مباشرة بالحق المقيد بالرسم العقاري، وهو ما يشكل مبدأ أساسياً في نظام التحفيظ العقاري ألا وهو مبدأ

¹ - ويس فتحي، م.س، ص 161.

² - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2003، ص 25.

³ - رياض الجمل، دراسات في قانون التحيين العقاري، م.س، ص 10.

تسلسل التقييدات (أولاً)، ويترتب على قيد الحقوق في السجل العقاري أن صاحبه يكون في مأمن من كسب الغير لها وهو ما يسمى بمبدأ عدم سريان التقادم (ثانياً).

أولاً: مبدأ تسلسل التقييدات

يعتبر مبدأ تسلسل التقييدات إحدى المبادئ الأساسية التي تقوم عليها التقييدات في التشريع العقاري المغربي بحيث أن كل شخص اكتسب حقاً معيناً على عقار محفظ لا يمكنه القيام بتقييده إلا بتقييد الحقوق الأخرى السابقة بشكل متسلسل، وكأن الأمر يتعلق بسلسلة مترابطة الحلقات¹.

وقد كرس المشرع المغربي هذا المبدأ الجوهري في نظام التحفيظ العقاري من خلال المادة 19 من المرسوم الإجرائي لظهير التحفيظ العقاري التي تنص على أنه: "يقيد في الرسم العقاري الحق المكتسب مباشرة من يد آخر مالك مقيد في اسمه، وإذا كان الحق العيني أو التحمل العقاري موضوع تفويطات متتالية لم يسبق تقييدها، فإن التقييد في اسم المستفيد الأخير لا يتم إلا بعد تقييد التفويطات السابقة".

وقد توخت الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية تطبيق هذا المبدأ عن طريق آليات جد متطورة، من خلال نظام معلوماتي يطلق عليه «LOGICF»، إذ بمجرد خضوع التصرف القانوني للعقار المحفظ للمراقبة من طرف المحافظ العقاري ووضع عبارة "جاهز للأداء" والتوقيع عليه، تؤدي المستحقات اللازمة لهذه العملية ويتم إرسال الملف لقسم التقييدات قصد إدخال جميع المعلومات الأساسية المتعلقة بالمشتري وحلوله محل البائع في النظام المعلوماتي «LOGICF»، وأنداك يتم استخراج أوراق يومية تتضمن جميع العمليات المودعة في كل يوم ويوقع عليها المحافظ العقاري والتي تشكل سجل الإيداع الإلكتروني أو ما يسمى «Registre de dépôt R4».

وعليه، فإنه يتضح أن المشرع من خلال النظام المعلوماتي لتحيين الرسوم العقارية

¹ - أسماء بوحمد، دور نظام التحفيظ العقاري في تحقيق الأمن العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر: العقار والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، جامعة مولاي إسماعيل، السنة الجامعية 2016-2017، ص 28.

حرص على إيجاد الوسائل والآليات الفعالة لتجسيد مبدأ تسلسل التقييدات على المستوى العملي، وسعى من خلال إحداث أنظمة إيداع وتحيين معلوماتية إلى تجويد العمل اليدوي للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، وجعله أكثر فعالية في الشق الثاني لنظام التحفيظ العقاري المتعلق بالتقييدات¹.

ولا يعزب عن الأذهان، أن هذا المبدأ يؤدي إلى تحيين الرسوم العقارية، وعملية التحيين هذه لها دور مهم في حماية الحقوق المترتبة على العقار المحفظ، ذلك أن التغييرات المادية التي تطرأ عليه تبقى خارج الاعتراف القانوني إلى أن يتم تقييدها في الرسم العقاري، كما أن صاحب الحق الوارد على العقار المحفظ يبقى أجنبياً على العقار ما دام لم يقيد اسمه في الرسم العقاري².

وصفوة القول، أن مبدأ تسلسل التقييدات هو حجر الزاوية لتحيين الرسوم العقارية والتي تساهم بشكل كبير في تحقيق مفهوم الأمن العقاري، عن طريق تكريس حماية لمستهلك العقار من جهة، وتبني استقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى.

وإذا كان المشرع المغربي قد أقر مبدأ التحيين حتى تظل الرسوم العقارية وسيلة موثوق بها في تقديم المعلومات الصحيحة حول العقار في إطار ما يعرف بمصادقية الرسوم العقارية، فإن الواقع قد أبان عن وجود عدد من الرسوم العقارية الجامدة والتي أضحت تثير أكثر من إشكالية، وذلك بسبب جهل المتعاملين بمخاطر عدم التحيين والتراضي في تقييد حقوقهم في ظل عدم إلزامية كل محرري العقود من تقييد التصرفات بالرسم العقاري وكذا في حالة انتقال الحقوق عن طريق الإرث³.

ولكن تقتضي الحكمة على الأقل، الإشارة إلى الثورة الإلكترونية في مجال المعاملات العقارية والتوجه نحو تكريس إلزام محرري العقود بإيداعها عن طريق البوابة

¹ - كريمة جعفر، مبدأ تسلسل التقييدات وأثره على حقوق الأغيار، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 9.

² - أسماء بوحمد، م.س، ص 31.

³ - للتوسع أكثر في إشكالية عدم تحيين الرسوم العقارية، يراجع بوبكر حمدون، م.س، ص 60.

الإلكترونية وأداء وجيبات المحافظة العقارية، والتي ستشكل لا محالة سبيلا كفيلا لتجاوز ظاهرة عدم التحيين بالرسوم العقارية، وبالتبعية تطبيق مبدأ تسلسل التقييد بشكل جلي.

وعلى مستوى التشريع المقارن، نجد المشرع التونسي قد نص في الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 392 من مجلة الحقوق العينية على أنه: "على أنه لا يقع ترسيم هذا الحق إلا إذا كان منجرا مباشرة ممن سبق ترسيمه باسمه. أما إذا كان الحق العيني موضوع عدة نقل أو اتفاقات متوالية فإن النقل أو الاتفاق الأخير، لا يقع ترسيمه قبل ترسيم ما سبقه من نقل واتفاقات".

كما نص الفصل 17 من قانون 34 المؤرخ في أبريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية على أنه: "تجري دائرة الرسوم المجمدة وقاضي السجل العقاري التخليصات اللازمة ويأذن كل فيما يخصه بما يراه من الوسائل التحضيرية كالاختبار والبحث والتوجه على العين وأخذ رأي إدارة الملكية العقارية".

ويتضح من هذه الخيارات الممنوحة أنها تمكن من التثبت من إحدى الحلقات التي يكتنفها الغموض، خاصة من خلال التوجه إلى العين (العقار) للتأكد من استقرار الملكية بيد المالك الحقيقي ولسماع البيئة لتحديد مدى وجود الحلقة المنقوصة كأن يتضح أن التصرف القانوني قد صدر بالفعل من صاحب الحق إلا أنه تم بشكل ذكري أو أن الكتاب المجسم له قد أُلّف، ففي هذه الصورة تكون الحلقة موجودة ولكن غير ثابتة بآليات القانون المدني، فيتم تأكيدها بالأبحاث الاستقرائية التي يجريها القاضي المقرر، وعندئذ يتحقق التسلسل السليم لانجرار الملكية ويقع الحكم لصالح المطلب (التقييد) عبر استعمال صلاحيات التنصيص على حصول هذا التصرف القانوني¹.

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أن الوسائل الموما إليها في الفصل 17 من التشريع التونسي سابقا قد تم ذكرها على سبيل المثال وليس الحصر، مما يعني أن قضاء التحيين له سلطة مطلقة في اتخاذ الإجراءات المناسبة دون الوقوف عند ما وقع تعدادها

¹ - رضا بنكريم، الخصوصيات الإجرائية أمام المحكمة العقارية، مقال منشور في مجلة بحوث في القانون العقاري الجزء الأول، جمعية الحقوقيين بصفافس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى 2015، ص 25 وما بعدها.

بالنص المذكور سواء عند التحقق من التسلسل السليم لانجرار الملكية أو عند معالجة عوائق الترسيم، وقد ذهب القضاء التونسي إلى اعتبار أنه في حالة إذا لم تقض الأبحاث إلى مفيد بخصوص الحلقة المنقوصة فإن تسلسل انجرار الملكية يكون مختلا ونكون إزاء حلقة مفقودة ويغلب عن الظن أن التصرف القانوني الذي يمثل همزة الربط بين الوضعية السابقة والوضعية اللاحقة لا وجود له ويكون مصير المطلب الرفض¹.

وبخصوص التشريع الجزائري، فقد نص على هذا المبدأ الذي سماه ب "الشهر المسبق" في المادة 88 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي جاء فيها: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه...".

ويعد هذا المبدأ من الضمانات الأساسية لتسلسل انتقال الحقوق العقارية، كما أنه يمنع احتمال قيام تصرفات موازية على نفس الحق ومن نفس الشخص، مما يسمح بتتبع انتقال الملكية العقارية بين الملاك المتتاليين ويوفر الحماية لصاحب الحق الجديد، وعلاوة على هذا فإن فرض احترام قاعدة الشهر المسبق في القانون الجزائري يدعم ويقوي الطابع الإلزامي للشهر العقاري، ذلك أن كل صاحب حق سيجد نفسه مضطرا إلى إشهار حقه؛ لأنه يعلم بأن إغفال ذلك سيمنعه من التصرف فيه عندما يرغب في التصرف، وهذا طبعا دون المساس بالحالات التي خرج فيها المشرع عن القاعدة وقرر استثناء عدم اشتراط الشهر المسبق².

وإذا كان المشرع الجزائري قد زود المحافظ العقاري بأدوات الرقابة القانونية وذلك تكريسا لحماية المتعاملين في المجال العقاري واستقرار المعاملات العقارية من خلال المادة 101 من المرسوم 63/76 التي منحت له صلاحية رفض طلب الشهر كلما تبين له أن أصل السند لم يتم إشهاره سابقا بالمحافظة العقارية، فإنه - المشرع الجزائري

¹ - حكم تحيين عدد 2093، صادر عن المحكمة العقارية بصفافس في 2006/06/01، أشار إليه رضا بنكريم، م.س، ص 27.

² - ويس فتحي، م.س، ص 334.

- أوجد استثناءات لهذا المبدأ في المادة 89 من المرسوم 63/76 وكذا في المراسيم المعدلة للمرسوم 63/76 وهي كالتالي:

1- العقود العرفية التي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل 1971/01/01¹.

2- الإجراء الأول الخاص بالشهر في السجل العقاري وذلك طبقا للمادة 89 من المرسوم 63/76 المعدلة بموجب المرسوم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 إذ نصت على أنه: "تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة أعلاه...

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد 8 إلى 18 من هذا المرسوم...".

3- عقود الشهرة التي تمنح للمواطنين الذين يحوزون الأراضي وذلك من خلال إجراءات بسيطة لتكون سندات للتملك، فالمرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 يبين إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن لاعتراف بالملكية².

4- شهادة الحياة وذلك بمقتضى القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتعلق بتأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري³.

5- عقود الاستصلاح وذلك بمقتضى المادة الأولى من القانون 18/83 المؤرخ في 1983/08/03 المتعلق بحياسة الملكية العقارية الفلاحية.

ومجمل القول، يتضح أن المشرع الجزائري قام بخرق هذا المبدأ وذلك بغية التلطيف منه وإيجاد حماية قانونية للمتعاملين في المجال العقاري، على خلاف المشرع

¹ - نصت المادة 3 من المرسوم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 على أنه: تعدل المادة 89 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المذكور أعلاه، وتتم وتستبدل بما يلي: ...

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول مارس 1962".

² - المرسوم 352/83 الصادر في 1983/05/21 المتعلق بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 1983/05/24.

³ - القانون 02/07 الصادر في 2007/02/27، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 2007/02/28، ص 1.

المغربي الذي كان صارما في تطبيق هذا المبدأ دون فتح مجال لأي استثناء.

أما المشرع التونسي فقد أناط للقضاء عدة آليات من أجل تكريس مبدأ تسلسل التقييدات عن طريق التأكد من استقرار الملكية بيد المالك الحقيقي (مستهلك العقار)، على خلاف المشرع المغربي الذي أناط هذا الاختصاص للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية من خلال اعتماد تقنية الإيداع الإلكتروني وتكريس التوجه نحو إلزام محرري العقود من إيداعها، مما سيؤدي إلى تحصين وتطبيق مبدأ تسلسل التقييدات على أحسن وجه، وهو سيؤدي إلى تحقيق حماية المستهلك العقاري وتكريس استقرارات المعاملات العقارية.

ثانيا: مبدأ عدم سريان التقادم

لقد أكد المشرع المغربي على هذا المبدأ في الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 حيث نص صراحة على أنه: "إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري".

وعلى هذا الأساس، فالتقادم لا ينشئ أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد؛ ولا يسقط أي حق عيني مقيد بالرسم العقاري، ويصبح هذا الحق بمنأى عن كل منازعة في المستقبل ولو كان من طرف شخص حائز له مهما طالت حيازته وهو ما نصت عليه مدونة الحقوق العينية في المادة 261¹ التي أخرجت العقار المحفظ من دائرة الأملاك التي يمكن اكتسابها بالحيازة.

فإذا كان هذا أمر يقتضيه تحقيق الحماية للرسم العقاري وينسجم مع طبيعة صحة

¹ - تنص المادة 261 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "لا تكتسب بالحيازة:

- أملاك الدولة العامة والخاصة؛
- الأملاك المحبسة؛
- أملاك الجماعات المحلية؛
- العقارات المحفظة؛
- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون".

البيانات الثابتة بهذا الرسم، فيكون معه المالك المسجل اسمه كمالك للعقار (المستهلك العقاري) في طمأنينة من أي ادعاء يزعم صاحبه بأنه تملك هذا العقار بوضع اليد بالتصرف فيه، حيث قد يقع التخلي على عقار وتركه مهجورا من طرف مالكة الذي غاب أو توفي، ويقوم شخص بوضع يده عليه، والتصرف فيه تصرفا هادئا من دون أن ينازعه أحد، ومن دون أي مانع يمنع الغير من القيام ضد الحائز مدة الحيازة المعتبرة شرعا، إلا أنه يواجه بمقتضيات الفصل والمادة المذكورين سابقا¹.

وعلى مستوى القضاء، ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها إلى تفعيل هذا المبدأ في شقه المتعلق بالتقادم المكسب بحيث قضت: "مقتضيات الفصل 63 تنص على أن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل اسمه"².

أما فيما يتعلق بالتقادم المسقط، فقد قضت محكمة الاستئناف بوجدة في أحد قراراتها على أنه: "... ذلك أن دعوى تقييد رسم الهبة بالرسم العقاري لا يخضع للتقادم وفقا للفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري ولما استقر عليه الاجتهاد القضائي (قرار محكمة النقض عدد 3531 الصادر بتاريخ 2011/08/23 في الملف المدني عدد 2010/7/1/1098 المنشور بمجلة محكمة النقض العدد 75 الصفحة 41)..."³.

ويتضح من خلال هذين القرارين أن مبدأ عدم سريان التقادم يشكل آلية أساسية للمتعاملين في المجال العقاري (العقار المحفظ)، وهو ما يؤدي إلى تثبيت الطمأنينة في نفوسهم وتحقيق الهدف المنشود المتمثل في الأمن العقاري، وإن كان القرار الثاني قد أغفل مقتضيات الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري لتدعيم علله.

وعليه، فإن ظهير التحفيظ العقاري لا يخضع للقواعد العامة المتعلقة بالتقادم سواء منه المسقط أو المكسب، وذلك باعتباره قانونا موضوعيا وإجراءيا يتميز بخصوصيات

¹ - رشيد العراقي، بعض المشاكل التي تنشأ عن التحفيظ والتسجيل والتي لها انعكاسات على الإنعاش العقاري والتعمير، مقال منشور في المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 12، 1986، ص 10.

² - قرار صادر عن المجلس الأعلى، عدد 1447 المؤرخ في 2005/05/18، ملف مدني عدد 04/3095 منشور بمجلة القصر عدد 13 يناير 2006، ص 191.

³ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2018/01/18، ملف رقم 17/1404/443، غير منشور.

معينة.

وبخصوص التشريع المقارن، نجد الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية التونسية تنص على أنه: "لا يسري مرور الزمن على الحق المرسم، وليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طالت مدته. ويختص قاضي الناحية بالحكم بكف الشغب الحاصل في الانتفاع بالعقار المسجل".

وقد كرس القضاء التونسي هذا المبدأ من أجل حماية مالك العقار، لكن شريطة عدم طرد الحائز بالقوة حيث قضى بما يلي: "لا يجوز افتكاك حوز العقار بقوة ممن ثبت يده عليه ولو كان العقار مسجلاً أو كان المفتك هو مالك العقار، لأن الفصل 255 من المجلة الجنائية يحجر على الشخص أن يقتص لنفسه بنفسه وذلك محافظة على النظام العام والأمن العام.

والفصل 307 من مجلة الحقوق العينية ولئن نفى إثبات أي حق عيني لحائز العقار المسجل مهما طال حوزة، فإنه لم يسمح لمالك العقار المسجل بطرد الحائز له بالقوة"¹.

وفي هذا السياق، ذهب أحد الباحثين² التونسيين إلى القول بأن مقصد المشرع هو حماية الحائز والمتصرف في العقار، وذلك بإصدار حكم بكف الشغب الحاصل له وهو الحق الذي خوله له المشرع باشتغاله للعقار بالرغم من عدم ملكيته له على أن يتعهد بالمحافظة على عينه، وأن اختصاص قاضي الناحية ينحصر فقط في حماية المنتفع بالعقار بالكيفية المشار إليها والحكم بكف الشغب الحاصل له، فلو كان مقصد المشرع هو حماية مالك العقار لجاء الفصل بالصيغة التالية: "الحكم بكف الشغب الحاصل في ملكية العقار المسجل".

والرأي فيما أعتمد أن الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية يجب أن يقرأ بشموليته، حيث أن الفصل المذكور جاء من حيث الأصل لحماية المالك (المستهلك

¹ - قرار تعقيبي جزائي عدد 29976، مؤرخ في 1989/12/08، صادر عن الدوائر المجتمعة، منشور بموقع إلكتروني. www.ispavocat.tn، تاريخ الزيارة 2019/10/05 على الساعة 13:51 دقيقة.

² - خليفة كويري، الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية واختصاص قاضي الناحية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني، www.turess.com، تاريخ الزيارة 2019/10/06 على الساعة 15:38 دقيقة.

العقاري) في مواجهة الحائز مهما طالّت مدته، لكن إذا عرف مدخل الحيازة كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للحائز المستفيد من حق الانتفاع أو الكراء، فهنا المشرع وفي إطار التوفيق بين حماية مالك الحق والحفاظ على استقرار المعاملات العقارية الواردة عليه (كحق الانتفاع)، أوجد آليات قانونية للمالك عليه إتباعها وذلك من أجل المحافظة على النظام والأمن العقاري.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فإن الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري الذي يعد النص المرجعي في مادة المسح والشهر، لم يتضمن أي إشارة لمبدأ حظر التقادم رغم أنه قانون يكرس الأخذ بنظام الشهر العيني، وكذلك المرسومين 62/76 و 63/76 المتعلقين على التوالي بالمسح العام للأراضي، وبالسجل العقاري اللذين لم ينصا صراحة بتبني مبدأ كسب الحقوق العينية العقارية التي تم إشهارها بالتقادم المكسب.

ولكن إذا كان التقادم المكسب شرع بغرض استقرار المعاملات وليس بغرض تشجيع أخذ أموال الغير بالبطل وهي الوظيفة التي يؤديها التقادم المكسب في غياب السجل العيني، فإن الأخذ بالتقادم بعد إقامة السجل العيني يؤدي إلى إهدار هذا الاستقرار، وبالتالي الابتعاد عن الهدف الذي تقرر التقادم لأجله، فيصبح صاحب الحق المشهر في غير مأمن من الحفاظ على حقه؛ مما يحول دون تحقيق نظام السجل العيني لهده¹.

وهذا ما حدا بالمشرع الجزائري للتدخل بمقتضى المرسوم 352/83 والمتعلق بشروط اكتساب الملكية بالتقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: "كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المذكور أعلاه عقارا من نوع الملك حيازة مستمرة غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلائية ولا لبس فيها طبقا للأمر

¹ - محمدي فردية، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، طبعة 2004، ص 126. أشارت إليه؛ جبار جميلة، دفتر العقاري في النظام القانوني الجزائري، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، ع27 يناير 2015، ص 25 وما بعدها، منشورة بالموقع الإلكتروني www.isamveri.org، تاريخ الزيارة 2020/03/27 على الساعة 19h03mn.

58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليمياً عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية".

وقد علق أحد الباحثين¹ على هذه المادة بقوله أنها يمكن أن تفهم على وجهين، فإما أن يكون المقصود منها هو عدم جواز الاحتجاج بالحيازة والتقدم المكسب كسبب لكسب الملكية والحقوق العينية العقارية في المناطق الممسوحة؛ لأن في تلك المناطق يكون العقار المطلوب كسبه مسجلاً ومشهراً باسم شخص آخر وبذلك فإن الشهر يجعله في منأى من التقدم المكسب. وإما أن يكون المقصود بالنص أنه لا حاجة للتمسك بالحيازة والتقدم المكسب من طرف الحائز، لأن المسح يغني عن ذلك طالما أنه يؤدي إلى تسجيل العقار باسمه حتى لو لم يتم مدة الحيازة المطلوبة قانوناً المتمثلة في إحدى المديتين 15 سنة أو 10 سنوات إذا اقترنت الحيازة بسند صحيح طبقاً للمادة 828 من القانون المدني الجزائري.

ومجمل القول أن مبدأ عدم سريان التقدم يعد آلية قانونية لتحقيق مفهوم الأمن العقاري، على اعتبار أنه يشكل حماية لمستهلك العقار من جهة، ومن جهة ثانية يهدف إلى استقرار المعاملات العقارية. وهو ما جعل المشرع والقضاء يكرس هذا المبدأ ويتبناه ويحد من أي محاولة لاختراقه.

المطلب الثاني: اختراق بعض مبادئ ظهير التحفيظ العقاري

تعتبر مبادئ ظهير التحفيظ العقاري صمام الأمان واللبنة الأساسية لتحقيق الأمن العقاري، وذلك عن طريق توفير جو آمن لاستقرار المعاملات العقارية، إلا أن قوة هذه المبادئ قد تؤدي إلى ضرب حقوق المتعاملين في المجال العقاري (المستهلكين العقاريين) عرض الحائط، وذلك في إطار ترجيح قوة هذه المبادئ على حساب حماية المستهلك العقاري.

وقد فطن المشرع والقضاء إلى هذه المسألة، مما حدا بهما إلى التدخل من أجل التلطيف من شدتها وقوتها قصد تحقيق الموازنة المنشودة بين استقرار المعاملات العقارية

¹ - ويس فتحي، م س، ص 427 و 428.

وحماية المستهلك العقاري، فهل كان تدخل المشرع موفقاً في تحقيق هذه الموازنة؟
إجابة على هذا التساؤل سيتم عرض المبادئ التي طالها الاختراق أو هي محل محاولة له، كما هو الشأن مثلاً لمبدأ العلنية (الفقرة الأولى)، ومبدأ التطهير (الفقرة الثانية)، ومبدأ حجية التقييد (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مبدأ العلنية

إن نظام التسجيل العيني يعتمد على مبدأ العلنية في تسجيل الحقوق، فالسجلات العقارية موضوعة رهن إشارة العموم بقصد الاطلاع عليها، ويحق لكل من يريد إبرام تصرف عقاري أن يستند إلى محتويات السجلات العقارية، فليس هناك أي حق يجري تقييده في الكتمان أو يمنع ذوي الشأن من الاطلاع عليه¹.

وهذا من شأنه أن يمكن المتعاملين في المجال العقاري من الاستعلام بسهولة عن المركز القانوني لأي عقار، بحيث لا يحتاج هذا الاستعلام إلى إجراء أبحاث وتحريات طويلة في السجلات والفهارس الأبجدية، كما هو متبع في ظل نظام الشهر الشخصي، بل يكفي مجرد تقديم طلب استعلامات إلى المكلف بمسك السجلات العقارية والذي يكون ملماً بكل ما يتعلق بهذا العقار، حيث يسلم لصاحب الطلب وثيقة تتضمن الوضعية القانونية الحقيقية للعقار - شهادة أو شهادة الملكية - وذلك جواباً على طلب المعلومات التي تقدم به².

وقد نص الدستور المغربي في الفقرة الأولى من الفصل 27 منه على أنه:
"للمواطنين والمواطنين حق الحصول على المعلومات، الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام".
وفي هذا الإطار، أصدر المشرع قانوناً تحت رقم 31.13³ المتعلق بالحق في

¹ - محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 42.

² - ويس فتحي، م.س، ص 173 و 174.

³ - ظهير شريف رقم 1.18.15 صادر في 2018/02/22 بتنفيذ القانون رقم 31.13 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6655 في 2018/03/12، ص 1438.

الحصول على المعلومات حيث نص في المادة الثانية على أنه: "يقصد بما يلي، في مدلول هذا القانون:

أ- المعلومات: المعطيات والإحصائيات المعبر عنها في شكل أرقام أو أحرف أو رسوم أو صور أو تسجيل سمعي بصري أو أي شكل آخر، والمضمنة في وثائق ومستندات وتقارير...

ب- المؤسسات العمومية وكل شخص اعتباري من أشخاص القانون العام".

كما نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 27 من المرسوم رقم 2.13.18 المتعلق بإجراءات التحفيظ العقاري على أنه "يمكن لكل شخص، بعد التعريف بهويته أن يحصل بناء على طلب على المعلومات المضمنة بالسجلات العقارية أو الواردة في تصاميم العقارات المحفوظة أو في طور التحفيظ أو المودعة بملفات الرسوم العقارية ومطالب التحفيظ، شريطة الإدلاء برقم مطلب التحفيظ أو الرسم العقاري المعني".

من خلال هذه المادة الأخيرة، يتضح على أنه للاستفادة من مبدأ العلنية - الذي لا يتم إلا من خلال إشهار جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات والمحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري والأحكام المكتسبة لقوة الشيء المقضي به والمتعلقة بالحقوق العينية عن طريق التقييد طبقاً للفصل 65 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 - يجب أن تتوافر بعض الشروط من بينها:

1- تقديم طلب من أجل الحصول على المعلومات المضمنة بالسجلات العقارية.

2- الإدلاء برقم مطلب التحفيظ أو الرسم العقاري - المرجع العقاري -.

ولذا فإن هذا الاعتبار، أصدر السيد المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية مذكرة في شأن المرسوم رقم 2.13.18 المتعلق بإجراءات التحفيظ العقاري تنص في أحد فقراتها¹:

"ثانياً: المقتضيات المتعلقة بتسليم المعلومات:

¹ - مذكرة عدد 8863 مؤرخة في 2014/08/07.

- إمكانية الحصول بناء على طلب على المعلومات المضمنة بالسجلات العقارية أو الواردة في تصاميم العقارات المحفوظة أو في طور التحفيظ أو المودعة بملفات الرسوم العقارية ومطالب التحفيظ شريطة التعريف بهوية الطالب، وكذا الإدلاء برقم مطلب التحفيظ أو الرسم العقاري، وفي حالة عدم الإدلاء بالمراجع العقارية، فإنه لا يمكن الحصول على المعلومات المذكورة إلا بناء على طلب مشفوع بأمر قضائي.

- تمكين الإدارات العمومية والسلطات القضائية من المعلومات المضمنة بقاعدة المعطيات المعلوماتية بناء على طلب يقدم إلى مصالح الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية".

بيد أنه في حالة عدم الإدلاء بالمراجع العقارية، فإنه لا يمكن تسليم المعلومات المذكورة إلا بناء على طلب مشفوع بأمر قضائي حسب الفقرة الثانية من المادة 27 من المرسوم السابق الذكر، ولعل الغاية من ذلك عدم فتح الباب لذوي النيات السيئة للحصول على المعلومات الأساسية التي تمكنهم من القيام بالاستيلاء على عقارات الملاك.

وعلى مستوى التشريع المقارن، نجد المشرع التونسي أناط مهمة الإشهار والعينية للمحاكم العقارية على اعتبار أن مسطرة التحفيظ تبتدئ قضائياً، ويقوم الإشهار في مادة تحيين الرسوم العقارية حسب الفصل 12 من قانون عدد 34 لسنة 2001¹ على قاعدتين:

¹ - ينص الفصل 12 من قانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 2001/04/10 على ما يلي: "يتولى كاتب المحكمة العقارية توجيه نظير من المطلب ومضمون منه مع نسخ من المؤيدات المقدمة إلى الإدارة الجهوية للملكية العقارية الواقع بدائرتها العقار ويوجه في نفس الوقت إلى مركزي محكمة الناحية والمعتمدية الكائن بدائرتهما العقار مضمونا من المطلب المذكور.

وتتولى الإدارة الجهوية للملكية العقارية خلال الأسبوع الموالي لاتصالها بذلك التنصيص على مضمون المطلب بالرسم العقاري أو الرسوم العقارية المعنية ووضع المطلب ومؤيداته على ذمة العموم بقصد الاطلاع عليها دون مقابل، ويجب أن يتضمن ذلك التنصيص تاريخ إجراءاته والمحكمة المتعده وعدد المطلب وتاريخ تقديمه وموضوعه واسم الطالب ولقبه ومقره وبيان الحقوق والعمليات المطلوب إدراجها.

وعلى الإدارة الجهوية للملكية العقارية إعلام المحكمة بإتمام التنصيص المذكور وإفادتها بالحالة القانونية الأخيرة للرسم العقاري.

كما يتولى قاضي الناحية والمعتمد كل فيما يخصه تعليق مضمون المطلب حيث يلزم بقاؤه بمدخل محكمة الناحية وببهو المعتمدية مدة شهرين وعليهما إعلام كاتب المحكمة العقارية بوقوع ذلك في ظرف ثمانية وأربعين ساعة".

الأولى: تعتمد الأسلوب التقليدي المتمثل في توجيه مضمون المطلب إلى مركزي محكمة الناحية والمعتمدة الكائن بدائرتيها العقار، ولم يندرج ضمن إجراءات الإشهار الأصلي ما دأب عليه المشرع من توكي آلية الإدراج بالرائد الرسمي. بيد أن هذه الآلية خولها الفصل 17 من نفس القانون للهيئة الحكيمة في معرض تعدادها للوسائل التحضيرية على سبيل الذكر والتي من الممكن أن تتخذها من أجل تهيئة القضية للفصل.

الثانية: وتعتمد مبدأ الالتزام القانوني المتبادل بين المحكمة وإدارة المالية العقارية في الإعلام، فالمحكمة على معنى الفصل 12 من قانون التحيين توجه للإدارة نظيرا من المطلب ومضمون منه مع نسخ من المؤيدات. وفي مقابل ذلك وبعد التنصيص على المطلب بالرسم العقاري لإعلام كل من يطلع عليه أنه موضوع تحيين مؤسس على مؤيدات وحجج معلنة تعلم الإدارة المحكمة بعملية التنصيص وتمدها بالحالة القانونية الأخيرة للرسم العقاري¹.

وما فتئ المشرع التونسي يؤكد على مبدأ العلنية، حيث رتب في الفصل 13 من قانون التحيين أثرين من شأنهما دعم هذا المبدأ وهما:

1- منع إدارة الملكية العقارية من تاريخ التنصيص على مضمون المطلب بالرسم العقاري مباشرة أي عملية في موضوعه وعليها إحالة الملف على المحكمة.

2- التزام الإدارة بتضمين شهادات الملكية التنصيص على مطلب التقييد.

إن ما يمكن ملاحظته من خلال ما سبق، أن مبدأ العلنية وإن كانت غايته إخبار العامة بكل التصرفات الواقعة على العقار، إلا أنها تختلف من مشرع لآخر، فالمشرع المغربي يمكن الأشخاص من الحصول على المعلومات المضمنة بالرسم العقاري من طرف المحافظة العقارية بعد توفر الشروط السالفة الذكر وأداء وجبية المحافظة العقارية قصد الاطلاع، على خلاف المشرع التونسي الذي أوجب على الإدارة الجهوية للملكية العقارية خلال الأسبوع الموالي لتوصلها بمطلب التقييد من طرف المحكمة التنصيص على مضمون المطلب بالرسم العقاري المعني ووضع المطلب ومؤيداته على ذمة العموم

¹ - رضا بنكريم، م.س، ص 15.

بقصد الاطلاع.

وتقتضي الحكمة على الأقل، الإشارة إلى أن قانون 31.13 قد أوجد استثناءات للحصول على المعلومات في المادة 7 حيث نص على أنه: "بهدف حماية المصالح العليا للوطن،...تستثنى من الحق في الحصول على المعلومات،...وتلك المتعلقة بالحياة الخاصة للأفراد أو التي تكتسي طابع معطيات شخصية، والمعلومات التي من شأن الكشف عنها المس بالحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور، وحماية مصادر المعلومات".

وفي هذا السياق، وتفعيلاً لمضامين الرسالة المولوية السامية الموجهة إلى السيد وزير العدل بتاريخ 20 دجنبر 2016 في شأن مواجهة ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير، وتطبيقاً لمقتضيات القانون 108.09¹ المتعلق بحماية الأشخاص تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي والهادف إلى حماية الأفراد - المستهلكين العقاريين - إزاء الاستعمال المفرط من طرف المؤسسات العمومية لمعطياتهم الشخصية، فإنه أقر مجموعة من المقتضيات عن طريق تعريف بعض المصطلحات في المادة الأولى التي نصت على أنه:

1- «معطيات ذات طابع شخصي»: كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسمى بعده بالشخص المعني، ويكون الشخص قابلاً للتعرف عليه إذا كان بالإمكان التعرف عليه، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولاسيما من خلال الرجوع إلى رقم تعريف أو عنصر أو عدة عناصر مميزة لهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية؛

2- «معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي» («معالجة»): كل عملية أو مجموعة من العمليات تنجز بمساعدة طرق آلية أو بدونها وتطبق على معطيات ذات

¹ - ظهير شريف رقم 01.09.15، الصادر في 18/02/2009 بتنفيذ القانون رقم 09.08 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5711 بتاريخ 2009/02/23، ص 552.

طابع شخصي، مثل التجميع أو التسجيل أو التنظيم أو الحفظ أو الملاءمة أو التغيير أو الاستخراج أو الاطلاع أو الاستعمال أو الإيصال عن طريق الإرسال أو الإذاعة أو أي شكل آخر من أشكال إتاحة المعلومات، أو التقريب أو الربط البيئي وكذا الإغلاق أو المسح أو الإتلاف؛

4- «ملف معطيات ذات طابع شخصي» («ملف»): كل مجموعة مهيكلة من المعطيات ذات الطابع الشخصي يمكن الولوج إليها وفق معايير معينة سواء كانت هذه المجموعة ممرزة أو غير ممرزة أو موزعة بطريقة وظيفية أو جغرافية، مثل المحفوظات وبنوك المعطيات وملفات الإحصاء؛...».

وعلى هذا الأساس، أصبح هناك نقاش قانوني حول عدم إمكانية تسليم شواهد الملكية؛ صور العقود؛ الوثائق المودعة بالرسوم العقارية؛ الاضطلاع على ما ضمن بالرسوم العقارية، إلا من طرف من له الحق في ذلك وهم:

- المالك أو أحد الملاك على الشياخ؛

- صاحب حق عيني أو تحمل عقاري مقيد بصفة نهائية؛

- كل حامل لوكالة رسمية صريحة تنص على القيام بالإجراء المعين؛

- المهنيين الممارسين: محامين - موثقين - عدول.

مع تقديم طلب موقع ومصادق على توقيعه من لدن السلطات المختصة مرفوق بصورة شمسية تحت طائلة رفض الطلب.

فإذا تم تفعيل هذه المقتضيات على مستوى الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية وذلك لمجابهة ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير فإنه سيؤدي إلى خرق إحدى القواعد الأساسية لظهير التحفيظ العقاري ألا وهو مبدأ العلنية.

الفقرة الثانية: مبدأ التطهير

إن الهدف الأسمى من إخضاع عقار لنظام التحفيظ العقاري، هو تطهيره من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري تطبيقاً للفقرة الثانية من الفصل الأول من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم

14.07، ويكون هذا الرسم نهائيا ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة بحسب الفصل 62 من قانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع.

وتأسيسا على ذلك، فهذان الفصلان متكاملان يفيد ترابط مضمونهما إلى أن قرار التحفيظ يعد بمثابة صمام الأمان لطلاب التحفيظ - المستهلك العقاري - من كل منازعة أو ادعاء في حق من الحقوق الواردة على العقار والذي لم يتم الإعلان عنه أثناء مسطرة التحفيظ، فهو بحق يطهر العقار ويكسب رسم الملكية صفة نهائية غير قابلة لأي طعن.

فهذا المبدأ يفيد بأنه لا يمكن تأسيس رسم عقاري إلا بعد إتباع إجراءات معينة بقصد تصفية كل نزاع محتمل على العقار موضوع التحفيظ، أي تطهيره من كل تعرض قد يثار من طرف الغير، وهي فرصة تجعل المحافظ يتأكد من صحة مزاعم طالب التحفيظ الذي يدعي الملكية، بحيث إذا لم يظهر خلال مسطرة التحفيظ أي معترض فإنه يصار إلى تأسيس الرسم العقاري الذي تصبح له حجية مطلقة إزاء الكافة مع وجود بعض الاستثناءات¹.

وعلى مستوى التشريع المقارن، فإن المشرع الجزائري أعطى الحق للأطراف المتعاقدة الطعن قضائيا في الحقوق العينية المشهرة؛ مما يفيد بوضوح عدم أخذه بمبدأ الأثر المطهر للشهر وذلك من خلال المادة 85 من المرسوم 63/76 التي تنص على أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 4/14 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري أو إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار، كما تم تأكيد عدم الأخذ بهذا المبدأ من خلال المادة 86 من نفس المرسوم التي نصت على أنه: "إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط

¹ - محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 39.

الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقاً للقانون".

وعلى هذا فإنه يظهر جلياً بأن الطعن في التصرفات والحقوق المشهورة جائز في القانون الجزائري بدون أي قيد موضوعي أو تحديد أو حصر طرق الطعن، فكل دعاوى الطعن جائزة سواء أكانت ترمي لنفي وجود التصرف كدعوى البطلان أو ترمي إلى إلغاء أو نقض الحقوق المشهورة لأي سبب كان، كما أنه لا يشترط أن يكون التصرف المطعون فيه قد تم بسوء نية أو بالغش أو التدليس، إنما يجوز الطعن حتى ضد الغير حسن النية¹.

أما المشرع التونسي فنجدته يكرس المفعول التطهيري للحكم العقاري - الرسم العقاري - حيث كرس قاعدة التطهير من خلال الفصول 350 و337 وخصوصاً الفصل 308 من مجلة الحقوق العينية الذي ينص صراحة على أنه: "جميع الحقوق العينية المرتبة على العقار في تاريخ التسجيل ترسم برسم الملكية والحق غير المرسم يعتبر لاغياً".

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أن مسطرة تحفيظ العقار في القانون التونسي هي مسطرة قضائية بامتياز تختتم بصدور حكم عقاري يعد بمثابة رسم نهائي للملكية العقارية، وهذا على خلاف المشرع المغربي الذي ينص على أن الأصل في مسطرة التحفيظ تكون إدارية واستثناء قضائية في حالة وجود تعرضات أثناء مسطرة التحفيظ.

وبذلك فإن المفعول التطهيري للحكم العقاري يعني أن هناك حقوقاً إذا لم تطهر في الوقت المناسب أو سبق رفضها من المحكمة، ستلغى بصدور ذلك الحكم وتنقطع كل علاقة لها بالعقار المعني بحيث لا يبقى للمتضرر إلا القيام برفع دعوى تعويض الأضرار إذ لا يحق له الرجوع على العقار².

¹ - ويس فتحي، م س، ص 463 و464.

² - نرجس كريم، المفعول التطهيري للحكم العقاري، مقال منشور في مجلة بحوث في القانون العقاري، الجزء الأول، جمعية الحقوقيين بصفاقس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى 2015، ص 35.

فاستنادا لقاعدة التطهير فإنه لا يحق للأطراف التي تضررت من جراء مسطرة التحفيظ أن ترفع أي دعوى قضائية في العقار الذي أصبح محفظا وله رسم عقاري نهائي، ما عدا في حالة إثبات التدليس فقط، حيث لا يمكن للمتضرر سوى المطالبة بالتعويض من المدلس ولا يمكنه استرجاع العقار المحفظ¹ طبقا للفصل 64 من قانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع².

وفي هذا الإطار، ذهب الأستاذ أحمد ادريوش إلى القول بأن: "يكاد الفقه المغربي المعني بنظام التحفيظ العقاري يجمع على استثناء التدليس والزور من قاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري. ويقصد بها أن الحقوق العينية المترتبة على العقار قبل تحفيظه والتي بقي مسكوتا عنها أثناء عملية التحفيظ ولم تنثر، يظهر العقار المحفظ منها ولا يمكن بعثها بعد التحفيظ"³.

وعلى هذا المنوال، صار الأستاذ محمد خيرى إلى القول بأنه في حالة ثبوت تدليس أو تزوير أثناء عملية التحفيظ ينبغي وضع استثناءات لمبدأ نهائية الرسم العقاري حتى لا يستفيد مستعمل التزوير أو التدليس من هذا المبدأ وإلا اعتبر ذلك بمثابة نزع للملكية وتعدُّ على حقوق الغير. وفيه خروج عن مبدأ العدالة والإنصاف، ومن جهة أخرى لا ينبغي أن يكون هذا المبدأ متنافيا مع المبدأ المقرر في الدستور المغربي والذي يقضي بأن حق الملكية مضمون⁴ وفقا للفصل 15 من الدستور⁵.

¹ - جواد كموني، أهم آثار التحفيظ العقاري من خلال النص القانوني والعمل القضائي، مقال منشور في مجلة الملف، العدد 23، نونبر 2015، ص 116.

² - ينص الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه: "لا يمكن إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ.

يمكن للمتضررين في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء تعويضات.

في حالة إعسار المدلس تؤدي التعويضات من صندوق التأمينات المحدث بمقتضى الفصل 100 من هذا القانون."

³ - أحمد ادريوش، تأملات نظرية حول مدونة الحقوق العينية، الكراسة الثانية، إشكالية التوفيق بين استقرار المعاملات وبين حماية الملكية العقارية، دراسة حول أصل وأصالة المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى 2014-2015، ص 28.

⁴ - محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري، م.س، ص 199.

⁵ - ينص الفصل 15 من الدستور المغربي على أنه: "للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية، ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفيات ممارسة هذا الحق."

فحماية لذوي الحقوق (مستهلك العقار) من التدليس والتزوير، سيكون من المستحسن أن يلطف المشرع من حدة هذا المبدأ ويقبل دعوى صاحب الحق الذي يدعي أن ضياع حقه بفعل مبدأ التطهير كان نتيجة تدليس أو زور، وهذا ما ينسجم مع المبادئ العامة للقانون، ويستقيم مع هذا القياس لأن المقيس عليه يقبل مثل هذه الاستثناءات كما هو منصوص عليه صراحة في قوانين المسطرة¹، كما هو الشأن مثلاً في مدونة الأوقاف أو أملاك الجماعات السلالية.

وأعتقد أن اختراق مبدأ التطهير بهذه الطريقة السالفة الذكر له ما يبرره تشريعاً وقضاء وواقعاً، إذ أن المشرع قام بخرق قاعدة القوة الثبوتية والمطلقة للمقيد عن حسن نية المنصوص عليها في الفصلين 66 و67 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07²، من خلال إيراد استثناء التدليس والزور أو استعماله، حيث تتحول الحجية المطلقة للمقيد عن حسن نية إلى حجية نسبية قابلة للهدم طبقاً للمادة الثانية من مدونة الحقوق العينية. وأمام هذا الاختراق الذي طال مبدأ الحجية المطلقة للمقيد عن حسن نية في حالة ثبوت تدليس أو زور أو استعماله، كان الفقه منتقداً بشدة لعدم تعميم هذا الاستثناء على قاعدة التطهير وذلك من أجل حماية مستهلك العقار من التدليس أو الزور أو استعماله.

وغني عن البيان أن المشرع التونسي لم يكتف بالنص على مبدأ التطهير عند التحفيظ فقط، وإنما كرس ذلك بالنسبة للتحيين - التقييد - حيث أنه نص في صلب الفصل 28 من قانون التحيين لسنة 2001 على ما يلي: "الأحكام الصادرة تطبيقاً لهذا القانون لا تقبل الطعن بالاعتراض ولا بالاستئناف ولا بالمراجعة ولا بأية وسيلة أخرى...".

وإن كل شخص تضررت حقوقه من جراء حكم صادر عن دائرة الرسوم المجمدة أو قاضي التسجيل العقاري لا يمكن له أصلاً أن يرجع على العقار وإنما له في صورة الخطأ الحق في القيام على المستفيد برفع دعوى شخصية، وهو ما يؤكد على أن قانون

¹ - أحمد ادريوش، م.س، ص 29.

² - سيتم الحديث عن هذا المبدأ بتفصيل عند التطرق لمبدأ حجية التقييد.

2001 أقر بقاعدة التطهير أثناء التقييدات وإن اكتفى بتنظيم آثار قاعدة التطهير دون التعرض لموضوعها¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي قد أحدث وسيلة للطعن بالتعقيب في الأحكام الصادرة، بالتسجيل بموجب القانون 67 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/11/03، إذ أن الفصل 357 من مجلة الحقوق العينية قد نص بوضوح على أنه: "محكمة التعقيب تقتصر على النظر في خصوص موضوع الطعن وتقرر قبوله أو رفضه، وفي صورة القبول تقرر نقض الحكم كليا أو جزئيا وتصرح في كل الحالات بإرجاع القضية إلى المركز الأصلي أو الفرعي للمحكمة العقارية الذي أصدر الحكم المطعون فيه لإعادة النظر فيما تسلط عليه النقض بواسطة هيئة أخرى"، وهذا على خلاف ما كان في السابق، حيث كان بإمكان من له المصلحة طلب مراجعة حكم التسجيل الذي اعتمد الدليل المرمي بالزور أو التدليس، ويمكن للدوائر المجتمعة لدى المحكمة العقارية بمناسبة مباشرتها لمطلب المراجعة النظر في الأصل والحكم بالتشطيب على جميع الترسيمات التي أذن بها الحكم الواقع طلب مراجعته².

وفي سياق الحديث، نجد أنه من أبرز التجليات التشريعية لاختراق قاعدة التطهير مدونة الأوقاف الصادرة في 2010، حيث إنه إذا ثبت للقضاء بأن الملك التابع للأوقاف والذي لم يتم التصريح به كان موضوع رسم عقاري لشخص ما، فإنه بعد استصدار حكم نهائي؛ يتم إحالته على المحافظ العقاري قصد التشطيب على الحقوق موضوع تأسيس الرسم العقاري، وتحويلها لفائدة الأوقاف دون اتخاذ قرار إلغاء الرسم العقاري³.

وهذا الأمر، إن دل على شيء إنما يدل على اختراق واضح لقاعدة التطهير؛ غايته حماية الملك الحبسي من التناول والاستيلاء عليه من طرف الأغيار، عن طريق ترجيح قواعد شرعية متينة لا يمكن تجاوزها وهي واردة في مدونة الأوقاف على حساب

¹ - نرجس كريم، م.س، ص 36.

² - رياض الجمل، المفعول الزمني للتطهير بالنسبة لأحكام التسجيل العقاري، مقال منشور في مجلة بحوث في القانون العقاري، الجزء الأول، جمعية الحقوقيين بصفافس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى 2015، ص 87 و 88.

³ - Amina Mabrouk ép, Mahlaoui, op.cit, p 225.

مقتضيات مبادئ ظهير التحفيظ العقاري.

وعلى مستوى القضاء، فإن المنتبع للاجتهاد القضائي بمختلف درجاته بخصوص قاعدة التطهير، يستنبط فكرة واحدة مفادها وجود اختلاف وتضارب كبير سواء من حيث نطاق قاعدة التطهير أو من حيث تطبيقها على الأطراف، حيث قضت محكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا - في أحد قراراتها بأنه: "قواعد الفصول 2 و62 من قانون التحفيظ العقاري.. قواعد آمرة لها صلة بالنظام العام يجب أن تثيرها المحكمة تلقائيا كلما تبين لها أن الحق المدعى به قد طهر العقار بالتحفيظ"¹.

وفي قرار حديث لمحكمة النقض كرست هذه القاعدة حيث قضت بأنه: "قاعدة التطهير تسري على الجميع بمن فيهم خلف البائع، ومن ثم لا يجوز الادعاء بالحقوق العينية السابقة"².

كما قضت محكمة الاستئناف بالناظور في أحد قراراتها بأنه: "والثابت من وثائق الملف أن رسم الشراء العرفي موضوع طلب التسجيل في الرسم العقاري عدد...، أبرم والعقار المتعلق به في طور التحفيظ، وأن المشتري الطاعن لم يتعرض على المطلب ولم يسلك المقتضيات المتعلقة بالإيداع المنصوص عليه في الفصل 84 من القانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري، ولذلك فإنه يواجه بقاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 62 من نفس القانون التي هي قاعدة عامة تسري سواء بالنسبة لأطراف مسطرة التحفيظ أو غيرهم، وباعتبار ذلك فإنه لم يعد له أي حق في المطالبة بتسجيل شرائه"³.

وفي قرار آخر لها قضت بأنه: "وأن البين من رسم التسليم المستدل من طرف المستأنفين أنه سابق لتاريخ تأسيس الرسم العقاري وبالتالي تطاله قاعدة التطهير التي هي

¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1992/01/29، ملف مدني عدد 2075-87، منشور بمجلة الإشعاع عدد 6، السنة 1991 ص 69 وما بعدها.

² - قرار عدد 37 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2015/01/20، ملف مدني عدد 2014/1/2812، منشور بملفات عقارية، قضايا التحفيظ العقاري، العدد 5، 2015، ص 215.

³ - قرار رقم 353، صادر في 2018/09/26، ملف رقم 2018/1401/94، غير منشور.

قاعدة عامة"¹.

ويتضح من هذا، أن قضاء الموضوع ومحكمة النقض يسيران في اتجاه اعتبار ربط القوة المطلقة والنهائية التي يتسم بها الرسم العقاري من النظام العام ولا يمكن مخالفتها.

إلا أنه يمكن طرح تساؤل جوهري حول مدى إمكانية اعتبار ذلك حيفا في حق الخلف الخاص - المستهلك العقاري - خصوصا إذا لجأ طالب التحفيظ إلى طرق تدليسية لاستخراج رسم عقاري في اسمه؟

إجابة على هذا التساؤل، يمكن القول أن بعض المحاكم قد تبنت موقف التلطيف من مبدأ التطهير حماية للمستهلك العقاري، وهو ما ذهبت إليه ابتدائية وجدة في قضية ارتأت من خلالها بأن الرسم العقاري أنشئ بصفة غير قانونية قبل استيفاء اليمين المعلق عليها الحكم، وذهبت إلى عدم إمكانية مواجهة المدعي (بمقتضيات الفصلين 2 و 62 من ظ.ت.ع، وبذلك استجابة لطلب المدعي) وتوجيه الأمر إلى المحافظ العقاري قصد القيام بالتشطيب على الرسم العقاري².

وهذا ما كرسته محكمة النقض في بعض قراراتها، حيث قضت بأن المشتري باعتباره خلفا خاصا لنفس طالب التحفيظ الذي أصبح مطلبه رسما عقاريا لا يواجه كالخلف العام بقاعدة التطهير اعتمادا على الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري³.

وفي هذا السياق، صدر قرار حديث لمحكمة النقض حيث جاء فيه⁴: "حيث تبين صحة ما عابه الطاعنون على القرار، ذلك أن المحكمة عللت قضاءها "بأن المستأنفة...

¹ - قرار رقم 268، صادر في 13/06/2018، ملف رقم 113/1401/2018، غير منشور.

وفي قرار آخر لها قضت بأنه: "قد اتضح لها أن الحكم المذكور حيث صرح بعدم قبول الطلب قد صادف الصواب اعتبارا لحجية الرسم العقاري والأثر التطهيري للرسم العقاري بخصوص السابقة غير المتعرض بها في وقتها ولا يسعها سوى تأييده". قرار رقم 147، صادر في 11/04/2018، ملف رقم 143/1401/2018، غير منشور.

² - حكم ابتدائية وجدة رقم 93/1464، صادر بتاريخ 4/5/1993، ملف مدني رقم 89/1362، غير منشور.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 5925 صادر بتاريخ 29/12/1999، ملف مدني 94/1151 مجلة الأملاك عدد 1، ص 200.

⁴ - قرارا عدد 2/189، صادر بتاريخ 30/06/2020، ملف مدني عدد 226/2/1/2018، غير منشور.

وابنها الهالك.... اشترى من ... المطلب عدد الذي تملكه بعقد معاوضة مع نظارة الأوقاف بسلا، وأن المطلب تم تحفيظه تحت الرسم العقاري الأم عدد... واستنادا للفصل 62 فإن الرسم العقاري يبقى نقطة الانطلاق الوحيد في الحقوق والتحملات ومبدأ التطهير مطلق، لذلك أجاز المشرع لذوي الحقوق سواء كانوا غيرا أو خلفا مباشرة مسطرة التعرض أو الإيداع طبقا للفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري"، في حين أن معاوضة سلف الطاعنين... مع نظارة الأوقاف بتاريخ... انصبت على قطعة محددة ومعرفة بالرقم 19 من تجزئة.... موضوع مطلب عدد الذي تحول إلى الرسم العقاري الأم، واستخرجت منه القطعة رقم 19 موضوع الدعوى ذات الرسم الفرعي عدد في اسم المتعاوضة نظارة الأوقاف مساحتها..... وهي أرض عارية...، وأن عدم تمكن المفوت له... من تسجيل رسم المعاوضة لا يجيز للمطلوبة والحال أنها لا تنازع في هذه المعاوضة التي استفادت منها أن تحول دون تمكين من تعاوض معها بالعقار موضع النزاع بعدما قام بحيازته وبنائه والتصرف فيه وأن تمتنع من تقييد المعاوضة بالرسم العقاري كما لا يحق لها التمسك بمبدأ التطهير بشأن تصرف أجرته في مرحلة التحفيظ التي أحاطها المشرع بخصوصية غايتها حماية حقوق من تلقى الحق عنها، وتبعا لذلك فإن المعاوضة تسري في حقها وتلزمها. ويمكن تقييدها باسم المتعاوض بالرسم العقاري. وخلفه الطاعنين من بعده، استنادا إلى مبدأ تسلسل التقييدات وتحيين الرسوم العقارية، والمحكمة لما عللت قضاءها على النحو المبين أعلاه، دون أن تأخذ بعين الاعتبار ما أثاره الطاعنون بخصوص تمام المعاوضة بين الطرفين طبقا للقانون وحيازة كل طرف الشقص المتعاوض به، مما كان معه القرار فاسد التعليل وعرضة للنقض".

وأعتقد بأن هذا القرار، وإن أوجد استثناء للخلف الخاص حماية لمستهلك العقار من قاعدة التطهير، فإن هذا الاستثناء ليس عاما وإنما أوجد له شرط عدم المنازعة من طرف البائع؛ إذ بمفهوم المخالفة يتضح أنه في حالة وجود نزاع أو معارضة من البائع فإن قاعدة التطهير لا تستثني الخلف الخاص.

ورغم ذلك فإن هذا القرار كرس نوعا من الحماية القضائية لمستهلك العقار، وذلك تحقيقا لمفهوم الامن العقاري عن طريق استحضار قواعد العدالة وترجيحها على حساب

قاعدة التطهير.

وبناء على هذا، ذهب أحد الباحثين إلى القول بأنه يتعين على المشرع المغربي وقضاء محكمة النقض أن يعامل طالب التحفيظ بنقيض قصده، وذلك من خلال استثناء الخلف الخاص من قاعدة التطهير ونهائية الرسم العقاري¹.

إذ أنه ليس من العدل في شيء أن يحرم أصحاب الحقوق الذين يتلقونها مباشرة من طالب التحفيظ لا لشيء إلا لكونهم تعذر عليهم لسبب أو لآخر طلب إيداعها أثناء مسطرة التحفيظ².

بل أكثر من ذلك، ذهب أحد الباحثين، إلى القول بأن مراقبة قرار تحفيظ العقار - بغض النظر عن حالتي الخلف الخاص والتدليس - من طرف المحاكم الإدارية سيخفف من حدة وغلو قاعدة التطهير وينسجم مع فلسفة دولة الحق والقانون، ويحقق نوعاً من التوازن بين المصلحة العامة التي تتمثل في إنعاش الاقتصاد الوطني وتحفيز الاستثمار والمصلحة الخاصة التي تتمثل في حماية الملكية العقارية، غير أن هذه الرقابة لا تمتد لتشمل ما استعمله طالب التحفيظ من وسائل احتيالية لتحفيظ عقاره³.

وجامع القول، أن استثناء الخلف الخاص وحالتي التدليس والزور من قاعدة التطهير، سيشكل بحق صورة جوهرية من تجليات مفهوم الأمن العقاري الذي يضمن لنا حماية للمستهلك العقاري من جهة، ويحقق استقرار المعاملات العقارية المبنية على أساس مشروع.

¹ - عبد اللطيف الكلعي، آثار نظام التحفيظ على تحقيق الأمن العقاري، مقال منشور بمجلة دفاتر قانونية عقارية - محكمة النقض -، العدد 1، دجنبر 2016، ص 109.

² - مراد عامر، نهائية الرسم العقاري بين ثوابت النص ومتطلبات الواقع، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية شعبة القانون الخاص، مركز دراسات الدكتوراه في القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2018-2019، ص 217.

³ - محمد المقوم، قاعدة التطهير بين متطلبات إنعاش الاستثمار وضرورة تحقيق العدالة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2010-2011، ص 64-65.

الفقرة الثالثة: مبدأ حجية التقييد

إن هذا المبدأ يكاد يمثل حجر الزاوية في هذا النظام وهو يفيد أن كل ما هو مقيد في السجل العقاري يمثل الحقيقة - بل الحقيقة نفسها - فالتصرف الذي يتم تسجيله بعد التحري عن صحته تكون له حجية كاملة، والتصرفات التي تتم في الرسم العقاري تمثل الحقيقة سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، وبذلك يصبح من يتعامل مع من سجل اسمه كمالك للعقار في حماية من كل مفاجأة أو دعوى محتملة¹.

فتقييد الحقوق العينية بالسجلات العقارية تكون حجته فيما بين الأطراف مرتبطة بقيمة العقد الذي نتج عنه التقييد، حيث إن غياب شروط صحة العقد تؤدي إلى بطلانه أو الحكم بإبطاله وبالنتيجة بطلان التقييد الذي بني عليه، "فالتقييد لا يصح العقد الباطل ولا يجيزه ولا يؤثر على صحة التصرف ولا يؤدي إلى إزالة العيوب التي تشوب العقد، وبذلك يكون التقييد فيما بين أطراف العقد مبنيا على قرينة بسيطة بالصحة يمكن دحضها بدليل مخالف، وهو مرتبط بصحة التصرف الذي كان أساسا له، حيث إن التقييد لا يخلق بين الأطراف سنداً جديداً غير الذي كان أساسا له ولا يحصنه من أسباب الفسخ والطعن"².

فلو فرضنا أن شخصا طلب تقييد عقد شرائه لعقار محفظ وتبين أن هذا العقد يشمل كل الشروط التي تجعله صالحا للتقييد، ثم بعد تقييده أثبت البائع أنه كان مصابا بعيوب الرضا مثلاً فإنه في هذه الحالة يكون للطرف المتضرر الطعن في هذا التقييد عن طريق التشطيب عليه تطبيقاً للفصل 91 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07³.

ومع ذلك، فإن التقييد يحمي الحق الذي ينص عليه ويضمنه لفائدة صاحبه لا فقط في مواجهة المتعاقد معه، وكذا مواجهة الأغيار والذين لا يتوفرون على تقييدات في اسمهم، وذلك استناداً على مبدأ القوة الثبوتية التي يتمتع بها التقييد باعتباره أحد الآثار

¹ - محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 44.

² - أستاذنا إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، م.س، ص 250.

³ - بوبكر حمدون، م.س، ص 19.

الجوهرية المترتبة على حجية التقييد.

ومبدأ القوة الثبوتية للترسيمات في التشريع التونسي هو مبدأ مرتبط بالمبدأ الحفظي للترسيم الذي يعني أن الترسيم يحفظ الحق من السقوط والضياع مهما طال مدته، والقوة الثبوتية هي إما مطلقة تتعلق بأحكام التسجيل (التحفيظ) الصادرة عن المحكمة العقارية والترسيمات المزامنة لها أو نسبية تتعلق بالترسيمات الإدارية اللاحقة التي تجريها إدارة الملكية العقارية (التقييدات)¹.

أما المشرع الجزائري، فلم يتبن مبدأ القوة الثبوتية المطلقة حسب ما يفهم من نص المادة 85 من المرسوم 63/76 الذي سبق الإشارة إليه عند التطرق لمبدأ الأثر المطهر للشهر، حيث أجاز إمكانية الطعن في التصرفات التي سبق شهرها وطلب إلغائها أو إبطالها أو فسخها.

وهو نفس الأمر بالنسبة للتشريع المغربي، حيث أن "حجية التقييد ليست سوى مجرد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، خلافاً للتحفيظ الذي يعتبر ذا حجة مطلقة، وهذا يفيد بأن التصرف الذي بني عليه التقييد يمكن الطعن فيه بسبب عيب في الشكل أو الجوهر، بحيث إذا تبين للمحكمة بأن الطعن يستند إلى سبب صحيح وقررت الأخذ به فإن ذلك ينهض سبباً لتشطيب التقييد"².

وقد تطرق المشرع المغربي لمبدأ حجية التقييد في الرسم العقاري في الفصلين 66 و67 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07³، حيث أن كل حق لم يتم تقييده

¹ - رياض الجمل، دراسات في قانون التحيين العقاري، م.س، ص 10.

² - إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، م.س، ص 250.

³ - ينص الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07 على أنه: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بنقيده 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".

ينص الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07 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

في الرسم العقاري لا يمكن الاحتجاج به على الغير، مع الحفاظ على حق إقامة الدعوى بين أطراف النزاع بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم.

وفي هذا الإطار، قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بأنه¹: "من المقرر قانوناً 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، والمحكمة لما اعتبرت أن تواجد المكتري بملك محفظ له ما يبرره رغم أن عقد شراء المكترية له غير مسجل بالرسم العقاري موضوع النزاع، تكون قد عللت قرارها تعليلاً سيئاً ينزل منزلة انعدامه".

وتختلف حجية التقييد بين الأطراف عن حجية التقييد في مواجهة الغير، فإذا كانت حجية التقييد بين الأطراف حجية مطلقة ونسبية في ذات الوقت، فهي تكون مطلقة عندما يكون التقييد صحيحاً مبنياً على عقد مستوف لشروطه القانونية الشكلية منها والموضوعية، حيث يصبح التقييد في هذه الحالة قرينة قاطعة بين الأطراف لا يمكن دحضها، وتكون نسبية في حالة ما إذا كان التصرف أو العقد الذي على أساسه تم التقييد قد شابه خلل قد يؤدي إلى بطلانه، فالقاعدة تقضي أن التقييد لا يساوي بين طرفي العقد إلا إذا نص على ذلك العقد نفسه المؤسس لذلك التقييد².

أما حجية التقييد في مواجهة الغير فهي مرتبطة بحسن أو سوء النية، فالغير سيء النية لا يستفيد من تقييده القابل للتشطيب عليه بناء على مبدأ "الغش يفسد كل شيء"، أما تقييد الغير حسن النية فهو يكتسب حجية مطلقة مبدئياً ويكون محصناً من أي إبطال، أو تغيير أو تشطيب وذلك حماية للظاهر في المعاملات العقارية بشكل يضمن الثبات والاستقرار لها³.

==

البعض، وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم".

¹ - قرار عدد 231، صادر في 2016/03/22، ملف مدني عدد 2015/3/1/1724، غير منشور.

² - بوبكر حمدون، م.س، ص 19 و 20.

³ - عصام عطياوي، أثر التدليس والتزوير على تقييدات الغير حسن النية - دراسة في ضوء المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، مقال منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، العدد 1، 2018، ص 166.

وفي هذا السياق، قضت محكمة الاستئناف بالجديدة في أحد قراراتها بأنه: "وحيث أن القرار الاستئنافي المتعرض عليه وإن اعتمد في تعليقه على العلة الواردة بقرار المجلس الأعلى الصادر في الملف عدد 4477/1/5/2006 بتاريخ 2007/05/02 "يكون الوعد بالبيع الصادر عن... يتعلق بحق شخصي غير قابل للتسجيل في الرسم العقاري موضوع النزاع طبقا لمقتضيات الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بمقتضى القانون 14.07، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن كل حق عيني يتعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله وابتداء من يوم التسجيل، ولا يمكن بأي حال من الأحوال إبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير حسن النية.

وحيث إنه ليس من بين وثائق الملف لا من قريب ولا من بعيد ما يفيد أن المتعرض الذي اشترى موضوع الرسم المذكور وقام بتسجيل شرائه وفق ما يقتضيه القانون كان سيء النية، ذلك أنه وفور شرائه عمد إلى إشهار البيع بعد أن كان العقار خاليا من أي تقييد احتياطي أو حق عيني أو أي محل عقاري آخر حسب الثابت من الشهادة المستخرجة من الرسم العقاري المذكور والمؤرخة في 2006/11/21 وأن أي تقييد احتياطي آخر من المتعرض ضدها يعد ذلك لا أثر له"¹.

فقاعدة حسن النية بالنسبة للعقار المحفظ، تطبق عند المطالبة بإبطال التقييد لا بإبطال الشراء المقيد بالرسم العقاري، إذ بمقتضى الفصل 66 من قانون التحفيظ العقاري لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال التسجيل².

إلا أن المادة الثانية³ من مدونة الحقوق العينية حاولت التلطيف من الحجة

¹ - قرار رقم 193/08، صادر بتاريخ 2008/05/19، ملف عدد 4/516/07، غير منشور.

² - قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 4697، مؤرخ في 2012/10/23، ملف رقم 3286-1-8-2011، غير منشور.

³ - تنص المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية على أنه: "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

المطلقة للغير المقيد عن حسن نية، وذلك من خلال إيجاد حالات استثنائية تحد من هذه الحجية المطلقة، كما هو الشأن مثلاً في حالي التدليس والزور، في أفق إيجاد توازن عادل بين غاية استقرار المعاملات العقارية من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق حماية للمستهلك العقاري والكل تحت مظلة مفهوم الأمن العقاري.

وفي هذا الإطار، ذهب الأستاذ أحمد ادريوش إلى اعتبار هذا المقتضى من النظام العام، وبالتالي فهو القابل للتطبيق بأثر فوري، ليسد ذريعة استغلال مفهوم "حسن النية" المنصوص عليه في القانون العقاري الجديد لأكل أموال الناس بالباطل، أي بالتزوير والتدليس، وسيشكل سنداً تشريعياً للقضاء من أجل الحسم بشكل نهائي في إمكانية الحكم ببطلان التقييد المستند على التزوير أو التدليس، ومن ثم فإن التصدي لمختلف المشاكل العملية التي سيطرحها تطبيقه في المستقبل المنظور، يتوقف على استحضار الغاية التي توخاها المشرع منه، وهي التوفيق بين استقرار المعاملات وبين حماية الملكية العقارية، فهو في الوقت الذي حرص فيه على تدعيم حجية التقييد في الرسم العقاري، وجد أن مصداقية هذه المؤسسة ينبغي أن تقوم على وثائق وتصرفات سليمة من التزوير والتدليس، أي حماية المالك الحقيقي (المستهلك العقاري) الذي يمكن أن يكون ضحية ذلك¹.

وتقتضي الحكمة على الأقل، الإشارة إلى أن مبدأ حجية التقييد يتفرع عنه مبدأ أساسي وهو مبدأ الأثر الإنشائي، باعتباره يشكل استثناء من القواعد العامة التي تركز على مبدأ الرضائية، حيث أنه لا بد من الخضوع لشكلية التقييد بالرسم العقاري، وإلا اعتبر الحق هو والعدم سواء في حالة التراخي عن القيام به، مما يوحي أن الحق لا ينتقل ولا يكون موجوداً بفعل القانون إلا بتقييده.

وعلى مستوى التشريعات المقارنة، نجد أن مبدأ المفعول المنشئ للترسيم في

==

استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه.

¹ - أحمد ادريوش، تأملات نظرية حول مدونة الحقوق العينية الكراسية الثانية، م.س، ص 43.

القانون التونسي غاب عنه لمدة تفوق القرن من سنة 1886 تاريخ صدور الأمر المنقح لأمر غرة جويلية 1885 المتعلق بالقانون العقاري إلى حدود سنة 1992 تاريخ صدور القوانين المؤرخة في 04 ماي 1992 التي تبنت لأول مرة هذا المبدأ حرصا من المشرع التونسي تقادي وجود حياتين للعقار (حياة بين طرفي العقد وحياة إزاء الغير) وحث المتعاملين على العقار على ترسيم الكتائب، وكذلك لتيسير تحديد المالك الحقيقي للعقار¹.

وهو مبدأ حدد الفصل 373 من مجلة الحقوق العينية مجال انطباقه في الصكوك الإدارية (أي الاتفاقات) أو القضائية والإدارية مع استبعاد جملة من الحالات من مجال انطباقه والتي يمكن إجمالها في: انتقال الملكية بموجب الميراث والهبة لأن العبرة بما يلي: - الوفاة - الحقوق الشخصية - القيود الاحتياطية - الاعتراضات التحفظية - الإنذارات التي تقوم مقام عقلة عقارية - الارتفاقات الطبيعية والقانونية - الامتياز وحق الحبس.

وجامع القول أن مبدأ حجية التقييد قد طاله اختراق قانوني واضح وجلي، الهدف منه إيجاد توازن وتوفيق بين استقرار المعاملات العقارية وحماية مستهلك العقار في فلك تحقيق أمن عقاري.

وبناء على ما سبق، فإن شيوع مبادئ ظهير التحفيظ العقاري في نظام الشهر العيني، لا يجوز تفسيره على أن نفس هذه المبادئ بأكملها مسلم بها في كل دول العالم التي تنهج هذا النظام، بل إنه يمكن التخلي عن مبدأ من المبادئ أو اختراقه عندما تقتضي المصلحة التوفيق بين استقرار المعاملات العقارية من جهة وحماية المستهلك العقاري من جهة أخرى، وذلك من أجل تحقيق الهدف الأسمى والمتمثل في مفهوم الأمن العقاري.

¹ - رياض الجمل، دراسات في قانون التحيين العقاري، م.س، ص 10.

المبحث الثاني: الضمانات القانونية المخولة لمستهلك العقار

لقد أوجد المشرع العقاري آليات قانونية لمستهلك العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري من أجل توفير حماية له، إذ أمام الصلاحيات القانونية الواسعة التي منحها للمحافظ العقاري قصد تفعيل مبدأ المشروعية، من خلال إمكانية رفض كل تقييد لا تسمح بيانات الرسم العقاري أو مقتضيات النصوص القانونية من تقييده، فإنه في مقابل ذلك نص على إمكانية الطعن في قرارات المحافظ العقاري وكذا إثارة مسؤوليته، كما أن المحافظ العقاري قد يتعذر عليه إجراء التقييد بالسجلات العقارية لموانع قانونية وجيهة، وأنذاك يكون للمستهلك العقاري إمكانية إجراء تقييد احتياطي.

وما دام أساس تدخل المحافظ العقاري في المجال العقاري هو تحقيق مفهوم الأمن العقاري من خلال التطبيق الصارم لظ.ت.ح؛ والذي يقوم على مجموعة من المبادئ الهادفة إلى استقرار المعاملات العقارية من جهة، وحماية المستهلك من جهة أخرى، فإن القرارات التي يتخذها بشأن الطلبات المودعة له لن تلقى القبول من طرف الجميع، فقد يقبل التصرف القانوني، إلا أنه في بعض الأحيان قد يرفضه، وأنذاك يكون قراره قابلاً للطعن في جميع الأحوال مما قد يترتب عن ذلك إثارة مسؤوليته (المطلب الأول).

إضافة إلى ذلك، ومن أجل تحصين ضمانات حماية المستهلك أوجد المشرع آلية التقييد الاحتياطي حتى يتسنى حماية حقه المحتمل من الضياع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطعن في قرارات المحافظ وإثارة مسؤوليته

إن مسطرة الطعن في قرارات المحافظ العقاري برفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيب تتميز بعدة خصوصيات، حيث نجدها منظمة بعدة قوانين من قبيل الفصلين 37 مكرر و 96 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بمقتضى القانون 14.07، وكذا مقتضيات الفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/03 المتعلق بتفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري (الفقرة الأولى)، والمحافظ باعتباره مسؤولاً إدارياً فإن قراراته تبقى خاضعة لرقابة الهيئة القضائية؛ وهو ما قد يؤدي إلى إمكانية إثارة مسؤوليته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الطعن في قرارات المحافظ العقاري

لم يحدد المشرع الحالات التي يجوز فيها للمحافظ رفض التقييد، ولكن يمكن استنتاج حالات كثيرة بالاستناد إلى الفصل 72 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بالقانون 14.07، حيث أوجب على المحافظ أن يتحقق - تحت مسؤوليته - من هوية المفوت وأهليته وكذا صحة الوثائق المدلى بها تأييدا للمطلب شكلا وجوهرا، فالمسؤولية الملقاة على المحافظ العقاري في هذا المجال هي التي تبرر له اتخاذ قرار رفض كل تقييد أو تشطيب لا يستجيب للمقتضيات المنصوص عليها في قانون التحفيظ العقاري¹.

وفي جميع الأحوال، تقتضي الحكمة على الأقل تعليل قرار الرفض من طرف المحافظ العقاري في ظل الصلاحيات الواسعة المخولة له، حيث نص الفصل 96 من ظ.ت.ع على أنه: "يجب على المحافظ على الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها تقييد حق عيني أو التشطيب عليه أن يعلل قراره ويبلغه للمعني بالأمر".

فالمشرع العقاري أوجد ضمانا قانونية جد مهمة تتمثل في تعليل قرار المحافظ وتبليغه للمعني بالأمر، قبل اللجوء إلى الطعن في قراره، وذلك حتى يتسنى له معرفة الأسباب القانونية والواقعية التي أسس عليها المحافظ قرار الرفض.

وفي نفس السياق، نص الفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/03 المتعلق بتفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري على أنه: "في حالة ما إذا رفض المحافظ أن يحفظ عقارا كلا أو بعضا أو أن يسجل حقا عينيا أو يشطب عليه بالسجلات العقارية فإن قراره يجب أن يكون معللا وأن يبلغ للطالب بدون تأخير...".

فقرار الرفض يجب أن يكون معللا من الناحية الشكلية والموضوعية؛ كما هو الشأن مثلا في حالة وجود غلط في العقد أو عدم الدقة في تحريره أو غياب البيانات أو المعلومات الأساسية الواردة فيه أو عدم مطابقتها لما هو مضمن بالرسم العقاري، فالمحافظ العقاري يجد نفسه في حالات مستعصية لاتخاذ قرار الرفض أو القبول؛ وأنذاك

¹ - محمد خير، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 661.

يمكن له استشارة المحافظ العام قصد إبداء رأيه¹.

ونظرا لأهمية تعليل قرار المحافظ برفض التقييد أو التشطيب مهما كان موضوعهما فقد عدل وتم المشرع الفصل 96 من ظ.ت.ع بموجب القانون 14.07، حيث أصبح ينص صراحة على ضرورة التعليل وتبليغ المعني بالأمر، وبالتالي أضفى الطابع التشريعي على مقتضى تنظيمي كان وما زال موجودا في الفصل 10 المذكور أعلاه².

ومن نافلة القول، الإشارة إلى أن إلزامية تعليل قرار المحافظ وتبليغه للمعني بالأمر (المستهلك العقاري) لا يجد أساسه في النصوص القانونية السابقة الذكر فقط، وإنما أيضا في القانون 03.01³ المتعلق بالإلزامية الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية الذي نص في المادة الأولى على أنه: "تلتزم إدارات الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عام بتعليل قراراتها الإدارية الفردية السلبية الصادرة لغير فائدة المعني المشار إليها في المادة الثانية بعده تحت طائلة عدم الشرعية، وذلك بالإفصاح كتابة في صلب هذه القرارات عن الأسباب القانونية والواقعية الداعية إلى اتخاذها".

فبخصوص تعليل قرار المحافظ العقاري ذهبت محكمة الاستئناف بالناظور في أحد قراراتها بأنه⁴: "وحيث أن المستخلص من وثائق الملف وخاصة كتاب السيد المحافظ القاضي برفض طلب تقييد حق عيني بالرسم العقاري... أن هذا الرفض كان بمبرر أن العقد العرفي محل التقييد طاله التطهير عملا بمقتضيات الفصل 1 و62 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07، وفي هذا يكون السيد المحافظ قد مارس صلاحيته المخولة له قانونا".

¹ - Amina Mabrouk ép. Mahlaoui, op.cit, p 164.

² - عبد الرحيم حزيكر، مراقبة المحافظ على الأملاك العقارية للسندات المؤيدة لطلبات التقييد، م.س، ص 233 و234.

³ - ظهير شريف رقم 1.02.202 صادر في 23 يوليوز 2002 بتنفيذ القانون 03.01، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5029 بتاريخ 2002/08/12، ص 2282.

⁴ - قرار رقم 180، صادر في 2018/04/25، ملف رقم 2018/1401/117، غير منشور.

وعلى مستوى التبليغ، ذهبت المحكمة الابتدائية بوجدة في أحد أحكامها إلى أنه¹: "وحيث أن المدعى عليه المحافظ العقاري أصدر قرارا أشير إليه أعلاه... تبعا للفصلين 49 و 96 من ظهير 1913/08/12...، وحيث إنه من جهة فإنه ليس بالملف ما يفيد توصل طالب التحفيظ أو ورثته بالرسالة... وحيث أنه بذلك يكون قرار المحافظ المذكور أعلاه غير مبني على أساس سليم ويتعين إلغاؤه".

ويتضح من خلال هذا الحكم، أن أهمية تبليغ القرار للمعني بالأمر - لمستهلك العقار - يعد شكلية أو إجراء جوهريا يهدف إلى حمايته، وفي حالة مخالفة هذا الإجراء قد يؤدي ذلك إلى إلغاء القرار الصادر عن المحافظ العقاري وذلك بغية تكريس مفهوم الأمن العقاري.

وفي جميع الأحوال، إذا صدر قرار المحافظ معللا وتم تبليغه للمعني بالأمر، فإن المشرع أوجد له ضمانات ووسائل قانونية أخرى للدفاع عن حقوقه، بحيث يمكن له أن يسلك إحدى الوسيلتين للطعن في قراره، وهما:

الوسيلة الأولى إدارية وتتجلى في إمكانية لجوئه إلى مؤسسة المحافظ العام في إطار تظلم ولائي بالنظر إلى ما لهذا الأخير من صلاحيات تتعلق بضمان توحيد الفقه الإداري في مادة التحفيظ العقاري، وما له كذلك من سلطة في مراقبة عمل المحافظين على الملكية العقارية طبقا لما هو منصوص عليه في المادة الأولى من ظهير 29 دجنبر 1953 المحدد لدور واختصاصات المحافظ العام.

أما الوسيلة الثانية فتتجلى في اللجوء إلى مسطرة الطعن القضائي² والتي وردت

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة رقم 950، صادر في 20/06/2007، ملف رقم 2006/1522، غير منشور.

² - تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض القرارات غير القابلة للطعن القضائي كما هو الشأن بالنسبة لقرار التحفيظ أو رفض التعرض الاستثنائي، أما القرارات القابلة للطعن فهي إما بإلغاء أو رفض مطلب التحفيظ، أو رفض تقييد حق عيني أو التشطيب عليه، أو رفض تصحيح التضمينات المدرجة بالسجلات العقارية أو عدم قبول التصحيحات المنجزة تلقائيا من قبل المحافظ أو قرار عدم الاستجابة لطلب تسليم نظير جديد للرسم العقاري أو نسخة شهادة التقييد الخاصة.

- ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن المشرع ميز بين حالة رفض التحفيظ الذي ورد النص عليه في الفصل 37 مكرر وبين حالة رفض التقييد الذي ورد النص عليه في الفصل 96 من نفس القانون.

الإشارة إليها من خلال الفصلين 37 مكرر و96 من قانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع، والفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/03¹.

ويمكن إجمال قرارات المحافظ العقاري القابلة للطعن القضائي فيما يلي:

أولاً: رفض تقييد حق عيني أو التشطيب عليه

لقد منح المشرع للمحافظ العقاري صلاحيات واسعة في اتخاذ القرارات، وترك له سلطة تقديرية لقبول التقييد أو رفضه؛ وذلك نظراً للمسؤولية الجسيمة الملقاة على عاتقه والتي تتطلب منه التدقيق والتحري قبل الإقدام على مباشرة عملية التقييد.

فالملاحظ إذن، أن المراقبة التي ألزم المحافظ بإجرائها توصف بأنها عامة وليست محصورة في أمور محددة، وعدم التحديد هذا جعل المحافظ العقاري مطالباً عند تلقيه لمستندات التقييد أو التشطيب عرفية كانت أو رسمية باستحضار جميع قواعد القانون العقاري والقوانين الأخرى ذات الصلة بحماية الملكية العقارية²، ويمكن اعتبار ما ورد في الفصل 72 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 تجسيدا لمبدأ المشروعية الذي يخول له رفض التقييد حيث نص على ما يلي: "يتحقق المحافظ على الأملاك العقارية، تحت مسؤوليته، من هوية المفوت وأهليته وكذا من صحة الوثائق المدلى بها تأييداً للطلب شكلاً وجوهراً".

- ومن بين الأسباب الرامية لرفض تقييد حق عيني وجود مانع قانوني أو اتفاقي، فالمانع القانوني يحتم على المحافظ رفض التسجيل بسبب وجود حجز تحفظي على العقار أو أمر بالحجز التنفيذي يمنعه من مباشرة التسجيل، كما يمكنه أن يرفض تسجيل عدة حقوق في آن واحد؛ يتنافى بعضها مع البعض الآخر، أما المانع الاتفاقي كاتفاق الطرفين على عدم تفويت المبيع إلا بعد مرور مدة معينة ولا ينبغي للمحافظ أن يكتفي برفض

¹ - إدريس لزرق، مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية والطعن في قراراته على ضوء مستجدات القانون رقم 14.07 المغير والمتمم لظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 21 المعنون بـ "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07"، طبعة 2015، ص 344 و345.

² - إدريس لزرق، م س، ص 347.

الطلب اعتمادا على سبب عام. بل يتعين عليه بيان أسباب الرفض بوضوح لأن هذه الأسباب هي التي ستبين للمعني بالأمر السبب المباشر للرفض وإصلاحه إن ارتأى ذلك أو الطعن في قرار المحافظ¹.

والمناط التشريعي لرفض تقييد حق عيني يتجلى في الفصلين 274² و 376³ من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 وهي كثيرة سيتم ذكر بعض منها وهي:

- تعارض التقييد مع البيانات المتضمنة بالرسم العقاري؛
- تعارض التقييد مع ظهور التحفيظ العقاري بصفة خاصة، ومع مختلف النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة بالمجال العقاري.
- إذا كانت الوثائق المدلى بها لا تجيز التقييد، من قبيل مثلا عدم تسجيل العقود والأحكام القضائية أو عدم صيرورة هذه الأخيرة نهائية.

ثانيا: قرار رفض طلب تسليم نظير جديد للرسم العقاري أو نسخة شهادة التقييد الخاصة

من بين الأسباب الموجبة لرفض التقييد عدم الإدلاء بنظير الرسم العقاري في الحالة التي يكون فيها الطلب متعلقا بحق يقتضي إنشاء موافقة المالك المسجل اسمه

¹ - الإدريسي بوشعيب، التقييدات على الرسوم العقارية وقرارات المحافظ بشأنها، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 02 يونيو 2012، ص 216 و 217.

² - نص الفصل 74 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون 14.07، على ما يلي: "يجب على المحافظ على الأملاك العقارية أن يتحقق من أن التقييد موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المتضمنة بالرسم العقاري ومقتضيات هذا القانون وأن الوثائق المدلى بها تجيز التقييد".

وقد ذهبت محكمة الاستئناف بالجديدة في أحد قراراتها إلى أنه: "وحيث أنه فضلا عن ذلك، فإنه استنادا إلى الفصل 74 من ظهير التحفيظ العقاري نص على أنه يجب على المحافظ أن يتحقق من أن العملية التي أصبحت قابلة للتقييد لا تتعارض مع التقييدات المضمنة في السجل العقاري...". قرار رقم 97/08، صادر في 10/03/2008، ملف 4/33/08، غير منشور.

³ - نص الفصل 76 من ظ.ت.ع كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07 في فقرته الثانية على ما يلي: "إذا قدمت في آن واحد عدة طلبات متعلقة بنفس العقار فإنه ينص على ذلك بسجل الإيداع وتقييد الحقوق بنفس الرتبة، فإن تنافى بعضها مع البعض رفض المحافظ على الأملاك العقارية التقييد".

والحائز لنظير الرسم العقاري طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 89 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07.

إلا أنه في حالة ضياع أو سرقة أو تلف نظير الرسم العقاري أو شهادة التقييد الخاصة، أجاز المشرع للمحافظ على الأملاك العقارية في الفقرة الثانية من الفصل 101 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 إذا ما ظهر له صدق التصريح أن يسلم للمعني بالأمر نظيرا جديدا للرسم العقاري أو نسخة من شهادة التقييد الخاصة بعد انصرام خمسة عشر يوما من تاريخ نشر إعلان بذلك في الجريدة الرسمية.

لكن إذا رأى المحافظ على الأملاك العقارية أنه لا داعي لتلبية الطلب المقدم إليه بهذا الشأن، أو إذا وقع تعرض على تسليم نظير جديد للرسم العقاري أو نسخة من شهادة التقييد الخاصة، فيمكن للمعني بالأمر - المستهلك العقاري - أن يرفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المعنية طبقا لمقتضيات الفصل 103 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، رغم أن هذا الفصل المذكور لم يحدد بكيفية صريحة مسطرة الطعن في حالة عدم الاستجابة للطلب، إلا أنه أحال على الإجراءات المقررة في قانون المسطرة المدنية¹.

ثالثا: قرار رفض تصحيح الإغفالات والأخطاء المادية

يتسم العمل العقاري بنوع من الخطورة والكثرة وهو ما يجعل المحافظ العقاري في حل من عدم الوقوع في إغفالات أو أغلاط أو مخالفات، مما حدا بالمشرع العقاري إلى إعطائه صلاحية تصحيحها سواء بطلب من الأطراف المعنية بالأمر أو تلقائيا من طرف المحافظ وذلك قصد حمايتهم من جهة؛ وتحقيق استقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى.

وقد نص الفصل 29 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/03 المتعلق بتفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري² على أنه: "يمكن لأصحاب الحقوق أن يطلبوا

¹ - إدريس لزرق، م س، ص 348 و 349.

² - نشر هذا القرار في صيغته الأصلية بالنشرة الفرنسية للجريدة الرسمية عدد 137 بتاريخ 7 يونيو 1915، ص 333، وصدر بالنشرة العربية للجريدة الرسمية (العدد 109 بتاريخ 07 يونيو 1915)، ظهير شريف مؤرخ في 20 رجب 1333 (3 يونيو 1915)، يقضي بإجراء العمل بالنص المدرج بالنشرة الفرنسية من تاريخ نشره.

إصلاح ما وقع من السهو والغلط والخلل في الرسم العقاري أو في التضمينات الملحقة به، كما يمكن للمحافظ أن يصلح من تلقاء نفسه ما ذكر بمجرد معاينته في الرسوم أو الحجج والخرائط التي اتخذت أساسا في تحرير الرسم أو سائر التضمينات الملحقة به، وحينئذ يعلم حائز نظير الرسم بالإصلاحات المذكورة ويلزم بالإتيان بالنظير المذكور ليقع تطبيقه مع الرسم. وعلى كل حال فإن التقييدات الأولى تبقى على حالها وتضمن الإصلاحات بعدها في التاريخ الجاري".

يستفاد من هذا الفصل أنه في حالة ما إذا وقعت إغفالات أو أغلاط أو مخالفات في التضمينات المدرجة في الرسم العقاري أو في التقييدات اللاحقة، فللأطراف الحق في المطالبة بتصحيحها، كما يمكن للمحافظ مباشرة إصلاحها بشكل تلقائي وتبلغ هذه التصحيحات عند الاقتضاء لحامل نظير الرسم العقاري مع إنذاره قصد جعله مطابقا للرسم العقاري، لكن إذا رفض المحافظ العقاري التصحيحات المطلوبة من طرف الأطراف أو عند عدم قبول التعديلات المنجزة من قبل المحافظ العقاري، فإنه يمكن لكل من يعنيه الأمر الطعن في قرار هذا الأخير أمام القضاء¹.

إلا أن ما يجب الإشارة إليه، أن التصحيحات سواء كانت بطلب من الأطراف أو تلقائيا من المحافظ العقاري تنحصر بتصحيح البيانات المضمنة بالرسم العقاري كأن يتم أثناء إنجاز البيان إغفال التنقيص على تبيان حظوظ المشترين على الشياخ بالرغم من أن العقد يتضمن أنصبة كل واحد منهم وأيضا إذا ما لوحظ وجود خطأ في التصاميم الهندسية في احتساب المساحة، وهذه الحالة في الحقيقة تطرح عدة مشاكل عملية، وقد تعرض المحافظ العقاري إلى المساءلة الشخصية ومطالبته بالتعويض إذا ما تم اكتشاف لدى مصلحة المسح العقاري أن هناك أخطاء في احتساب مساحة ملك ما خاصة إذا كانت بالنقص، بالرغم من أن الخطأ المرتكب لا يكون صادرا عنه بصفة شخصية، لأنه يبقى المسؤول الأول قانونا وقضاء عن مسك وحفظ ما ضمن بالسجلات العقارية من حقوق².

واعتقد أن وجود خطأ في التصاميم الهندسية المحددة للمساحة الدقيقة للعقار؛ دون

¹ - إدريس لزرق، م س، ص 348.

² - الإدريسي بوشعيب، م س، ص 218.

أن يكون للمحافظ العقاري يد مباشرة فيه، لا يؤدي إلى إثارة مسؤوليته الشخصية والمطالبة بالتعويض، إنما يمكن إثارة المسؤولية المرفقية ما دام الأمر يتعلق باكتشاف خطأ مادي بين مصلحة المحافظة العقارية ومصلحة المسح العقاري.

كما أن إصلاح هذا الخطأ له ما يبرره من الناحية القانونية، وبالتالي لا تثار مسؤولية المحافظ العقاري إذا اتخذ قرار إصلاح الخطأ المادي الذي تسرب إلى الرسم العقاري، وإنما يتم إثارة مسؤوليته في حالة الطعن في قرار رفض تصحيح التضمينات المدرجة بالسجلات العقارية أو عدم قبول التصحيحات المنجزة تلقائياً من قبله بسوء نية، وترتب عن ذلك ضرر بين لحق طالب الطعن.

فالمحافظ العقاري ومن أجل تحقيق مفهوم الأمن العقاري، يتخذ هذا القرار إما في حالة وجود بيع كلي، وتبين أن التصرف القانوني تم تقييده على أساس بيع على حقوق مشاعة في السجلات العقارية، أو تم تقييده في صورة هبة كلية أو صدقة، مما سيؤدي إلى تغيير طبيعة التصرف القانوني، أو أن التصرف القانوني يهدف إلى استخراج ثلاثة رسوم عقارية، في حين أنه تم استخراج رسمين عقاريين فقط من الرسم العقاري الأم.

وأعتقد أن الشروع الرسمي في الاعتماد على سجل الإيداع الإلكتروني الذي تقرر بالنسبة للعمليات الواردة على الرسوم العقارية ابتداء من 18 أكتوبر 2017، وذلك تطبيقاً للفصل 106¹ من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 كما وقع تغييره وتتميمه في المادة 24² من المرسوم المتعلق بإجراءات التحفيظ العقاري سيؤدي لا محالة إلى تفادي العديد من الأخطاء المادية التي تتسرب إلى الرسوم العقارية، مما سيجعل تطبيق الفصل 29 المذكور آنفاً في سجل الإيداع الإلكتروني يتم بشكل ضيق وهو ما سيؤدي إلى التقليل من الطعون في قرارات المحافظ العقاري في هذا الشأن.

¹ - نص الفصل 106 من ظ.ت.ع على أنه: "يمكن للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية أن تؤسس بأساليب إلكترونية مطالب التحفيظ والرسوم العقارية ونظائرها والشواهد الخاصة بالتقييد والسجلات المنصوص عليها في هذا القانون، وذلك وفق الشروط والشكليات المحددة في نص تنظيمي".

² - نصت المادة 24 من المرسوم المؤرخ في 2014/07/14 على أنه: "يمسك المحافظ على الأملاك العقارية سجلي الإيداع والتعرضات في نسختين ويقوم يومياً بحصر وتوقيع الإجراءات المقيدة بهما".

وفي جميع الأحوال، فالرقابة القضائية تشكل ضماناً أساسياً وجوهرياً لتحقيق الأمن العقاري، حيث إنه في حالة رفض المحافظ العقاري تقييد عقد بسبب عدم صحته، فإنه يمكن اللجوء إلى المحكمة قصد استصدار حكم لفائدة المستهلك العقاري¹ يقضي بإلغاء قرار المحافظ والحكم بتقييد عقده.

ويجب أن يكون الطعن موجهاً مباشرة ضد المحافظ دون غيره، ودون إدخال أي طرف آخر، وإلا فسيكون طلب الطعن مرفوضاً، لأن الطعن يجب أن يكون موجهاً ضد قرار المحافظ لا ضد تصرفات أشخاص آخرين، ولهذا يجب على المستهلك العقاري أن يتأكد بداية من الموقف الذي يجب اتخاذه، فإذا تبين له بأن قرار المحافظ بالرفض لا يستند على أساس وأن كل الوثائق المقدمة إليه صحيحة فسيكون من حقه الطعن في هذا القرار ضد المحافظ ملتصقاً من المحكمة بإلغاء².

وقد نظم الفصل 10 من القرار الوزيري السابق الذكر، مسطرة الطعن في قرار المحافظ حيث نص على أنه: "ويكون هذا القرار قابلاً للطعن القضائي المنصوص عليه في الفصل 96 من ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 غشت 1913 المذكور وذلك داخل أجل شهر واحد من تبليغه..."

والحكم الصادر في هذه الحالة يمكن استئنافه عند الاقتضاء داخل أجل شهر واحد من تبليغه للمحافظ ولجميع الأطراف، ويقوم بذلك التبليغ كاتب الضبط تلقائياً وبدون تأخير..

... وتقع جميع المصاريف القضائية على كاهل الطرف المعني بالأمر إلا إذا صدر عن المحافظ خطأ جسيم الأمر الذي يجب تبياناه من طرف المحكمة، وفي هذه الحالة تحدد المحكمة قدر الصوائر التي يتحملها المحافظ".

إن ما يمكن ملاحظته من خلال ما ذكر، أن المشرع العقاري أوجد آليات قانونية لحماية المستهلك العقاري من قبيل ضرورة تعليل قرار المحافظ وتبليغه إليه، مع

¹ - Amina Mabrouk ép. Mahlaoui, op.cit, p 164.

² - محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 662.

التنصيب على إمكانية الطعن فيه وتحمل المصاريف القضائية في حالة صدور خطأ جسيم من المحافظ العقاري.

وتجدر الإشارة إلى أن المستجدات التي جاء بها ظ.ت.ع قد وضعت حدا للجدل الذي كان مثارا حول الجهة القضائية المختصة نوعيا للبت في الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ بالرفض، حيث نص الفصلان 37 مكرر و96 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 على أن قرارات المحافظ في جميع الحالات برفض طلب التحفيظ أو تقييد حق عيني أو التشطيب عليه يكون قابلا للطعن أمام المحكمة الابتدائية أي القضاء العادي، وذلك دون الإشارة إلى ضرورة تعليل قرار الرفض بعدم صحة الطلب أو عدم كفاية الحجج¹.

والمشرع من خلال القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع تعمد عدم الإشارة في الفصلين 96 و37 مكرر منه لعبارتي "عدم صحة الطلب" أو "عدم كفاية الرسوم" الوارديتين في الفصل 30 منه، ولعل الغاية من ذلك هو توسيع دائرة اختصاص القضاء العادي للنظر في جميع الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ العقاري برفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيب أيا كان سبب الرفض حتى وإن تعلق الأمر بتنفيذ مقررات قضائية².

إلا أنه وبقراءة فاحصة وتمعنة لتعديلات ظ.ت.ع الصادرة بموجب القانون 14.07 على مستوى توزيع الاختصاص بين المحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية، نجد أن المشرع حافظ على التوازن في الاختصاص بين الجهتين وإن قام بنقل بعض الاختصاصات لجهة على حساب جهة أخرى كما أشرت سابقا، وذلك بغية توحيد جهة الاختصاص في بعض القضايا، لكن مع تمسكه باختصاص القضاء الإداري كاختصاص أصيل في مادة المنازعات الإدارية بصرف النظر عن محلها، واختصاص المحاكم الابتدائية كاختصاص استثنائي ومحصور فيما وقع التنصيب عليه³.

¹ - إدريس لزرق، م.س، ص 352.

² - كمال عون، تنفيذ المحافظ على الأملاك العقارية للمقررات القضائية، م.س، ص 315.

³ - محمد الهيني، تقييم لنظام الطعن في قرارات المحافظ العقاري بين القضاء العادي والقضاء الإداري على ضوء

وأعتقد أنه حسنا فعل المشرع من خلال تحديد القضاء العادي كجهة وحيدة للطعن في جميع الحالات المتعلقة برفض طلب التحفيظ أو التقييد أو التشطيب، وذلك حتى لا يتيه المستهلك العقاري بين اللجوء إلى القضاء العادي أو الإداري؛ فيتفاجأ بالحكم بعدم الاختصاص.

الفقرة الثانية: إثارة مسؤولية المحافظ العقاري

في إطار سرد الضمانات القانونية المخولة للمستهلك العقاري، نجد مكنة إثارة مسؤولية المحافظ العقاري في حالة تسبب بإلحاق أضرار له وذلك بسبب إغفال أو خطأ بمناسبة القيام بصلاحياته.

وبذلك لم يعد بإمكان المحافظ الاقتصار على مراقبة توفر البيانات والشروط التي نص عليها نظام التحفيظ العقاري والتأكد من عدم تعارض السند المدلى به مع مقتضياته¹ فقط بل أصبح ملزماً بأن يتأكد من أن السند لا يتعارض مع أحكام القانون بصفة عامة كما أنه ملزم أيضاً بمراعاة ما تتضمنه المنشورات والدوريات من أحكام وتوجيهات، بالإضافة إلى وجوب إلمامه بالاجتهاد القضائي والفقه حتى يستعين بهما فيما يدعى إليه من تفسير أو اجتهاد، وبالتالي أصبح يعمل ملتزماً بقواعد متعددة دون حصر ومتفرقة دون جمع، ويجد نفسه ملزماً بالإلمام بها جميعاً إمام المتمكن القادر على استحضار ما يلزمه منها لرقابة كل الطلبات على تعددها وتنوع مضمونها وشكلها وهذا يجعل عملية الاستحضار عسيرة إلى جانب عسر جمع كافة القواعد والإلمام بها².

==

مستجدات قانون التحفيظ العقاري، مقال منشور بمنشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، أشغال الملتقى الدولي الذي نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية وماستر التوثيق والعقار بتعاون مع شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بمراكش يومي 23 و24 مارس 2012، العدد 41 السنة 2013، ص 69.

¹ - وفي هذا الإطار، صدر قرار لمحكمة النقض قضت فيه: "إن التزام المحافظ قانوناً تحت مسؤوليته بالتحقق من صحة الوثائق المدلى بها تأييداً لطلب التقييد شكلاً وجوهرًا مؤداه ألا تكون هذه الوثائق المعتمد عليها في الطلب تتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري".

قرار عدد 38، الصادر في 2016/01/19، ملف مدني عدد 2015/8/1/103، غير منشور.

² - فلجي محمد، مسؤولية المحافظ وأثرها في مراقبته للسندات المدلى بها أمله، مقال منشور بالأيام الدراسية التي نظمتها مديرية المحافظة العقارية والأشغال الطبغرافية وجمعية المحافظين والمراقبين على الملكية العقارية، المعنون ب

==

إن إثارة مسؤولية المحافظ العقاري من طرف المستهلك العقاري تقتضي من حيث المبدأ وجود علاقة سببية بين الخطأ الصادر عنه بمناسبة قيامه بمهامه وبين الضرر المترتب عن هذا الخطأ، ومن هذا المنطلق فإن مسؤوليته يجب أن تخضع لنفس القواعد العامة المنظمة للمسؤولية بوجه عام، غير أن بعض مقتضيات القانون 14.07 المتمم والمعدل لظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري جعلت المسؤولية الملقاة على عاتق المحافظ تتسم بنوع من الخصوصية¹.

وفي سياق الحديث، نجد الفصل 5 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/04² المنظم لمصالح المحافظة العقارية قد جعلت مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية مسؤولية إدارية بالدرجة الأولى، واعتبرت أن المسؤولية الإدارية هي الأصل وأن الاستثناء هي المسؤولية الشخصية حيث أن مسؤولية المحافظ العقاري تخضع لمقتضيات المادة 79 و80 من قانون الالتزامات والعقود، باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 97 من ظهير 12 غشت 1913³.

وبالرجوع إلى المادة 79 من قانون الالتزامات والعقود نجدها تنص على أن: "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها".

ولذلك، فإن المحافظ العقاري باعتباره مستخدماً في إطار مؤسسة عمومية يجب أن يسأل في إطار المسؤولية المرفقية باستثناء ما تم النص عليه صراحة من إثارة مسؤوليته الشخصية.

==

"التوثيق وآثاره على التنمية العقارية"، أيام 12-13-14 ديسمبر 1986 الجديدة، ص 59.

¹ - إدريس لزرق، م.س، ص 338.

² - نص الفصل 5 من القرار الوزيري المذكور أعلاه على أنه: "تكون العهدة جارية على المحافظين طبق الفصلين 79 و80 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات ما عدا ما استثنى في الفصل 97 من الظهير الشريف المؤرخ بتاسع رمضان عام 1131 الموافق لثاني عشر غشت سنة 1913 المتعلق بتقييد العقارات".

³ - بوشعيب شاهي، دعاوى التعويض ودور صندوق التأمين، مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 21 المعنون ب "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية - قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07"، طبعة 2015، ص 368.

ولإثارة المسؤولية المرفقية، يجب أن يصدر عن المحافظ العقاري خطأ مرفقي يتمثل في عدم أداء مهمته أو أدائها بشكل سيء، وينتج عن هذا الخطأ ضرر للمستهلك العقاري مع وجود علاقة سببية بين الخطأ المرتكب من قبل المحافظ والضرر الحاصل للمستهلك العقاري.

وفي هذا الإطار، ذهبت المحكمة الإدارية بوجدة¹ في أحد أحكامها إلى اعتبار إحالة المحافظ العقاري عقد هبة موثق بفرنسا على وزارة العدل للتحقق من أصالته بسبب شكه في صحة المعاملة لا يعتبر خطأ مرفقيا من طرفها بقدر ما هو تفعيل لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل الثالث من البروتوكول الإضافي لاتفاقية التعاون والملحق بها المؤرخين في 1957/10/05 حيث قضت بأنه: "ومن ثم فإنه لما تبين لمصلحة المحافظة على الأملاك العقارية أن العقد المراد تقييده هو نسخة طبق الأصل من العقد الأصلي المبرم بفرنسا ومن طرف موثق فرنسي، وهذه النسخة تتضمن عدة إقامات بخط اليد، ورأت ضرورة تفعيل مقتضيات البروتوكول الإضافي المشار إليه لاستجلاء مكامن الشك لديها في صحة الوثيقة والمعاملة على حد سواء، وذلك بمراسلة السيد المحافظ العام على الأملاك العقارية الذي قام بإحالة الأمر على وزارة العدل المخاطبة بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل الثالث من البروتوكول الإضافي المذكور والموكول لها صلاحية وسلطة التحقق من أصالة الوثائق المبرمة بالخارج والمشكوك فيها عبر مراسلة السلطات الأجنبية المختصة طبقا للاتفاقيات الدولية المعتمدة، فإن ذلك لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يشكل خطأ موجبا للتعويض من جانب المحافظة على الأملاك العقارية، وليس هناك ما يدل على أي صورة من صور هذا الخطأ، وعلى خلاف ذلك فالمحافظة على الأملاك العقارية طبقت المقتضيات القانونية المشار إليها في البروتوكول المذكور والكل في ضوء مضامين الرسالة الملكية السامية الموجهة لوزير العدل والحريات بتاريخ 2016/12/30 حول ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير وضرورة اتخاذ تدابير عاجلة للقضاء عليها".

ومن الأهمية بمكان، القول بأن قرار المحافظ كان سليما وهادفا إلى تحقيق مفهوم الأمن العقاري في أبعد تجلياته من خلال حرصه على عدم الاستجابة لأي تقييد يكون فيه

¹ - حكم عدد 780، صادر بتاريخ 2019/03/27، ملف عدد 2018/7112/256، غير منشور.

شك مبرر في صحة المعاملة خاصة بالنسبة للعقود المبرمة بالخارج، فهو يهدف إلى حماية المالك الحقيقي للعقار من جهة، ومن جهة أخرى إلى استقرار المعاملات العقارية من خلال التأكد من سلامة التصرف القانوني.

وسردا لوقائع هذه القضية، نجد أن وزارة العدل الفرنسية قد أفادت وزارة العدل المغربية بعدم وجود عقد الهبة في أرشيف الموثق مما يوحي بأن هذا العقد مزور أو غير موجود في الواقع، وبذلك فإن قرار المحافظ شكل سدا منيعا وهادفا لتحقيق مفهوم الأمن العقاري.

وفي المقابل من ذلك، يمكن للمستهلك العقاري إثارة المسؤولية الشخصية للمحافظ العقاري؛ حيث نص الفصل 80 من ق.ل.ع على أنه: "مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.

ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار إلا عند إفسار الموظفين المسؤولين عنها".

وهكذا فإن الفصل 80 المذكور أعلاه يتحدث عن الأخطاء الشخصية للموظفين، والمحافظ على الأملاك العقارية يلتقي مع باقي الموظفين ويشترك معهم في كونه مسؤولا مسؤولية شخصية إذا ارتكب خطأ من شأنه الإضرار بالآخرين، وكان هذا الضرر نتيجة تدليسه¹.

وفي هذا السياق نجد الفصل 97 من القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع يعد من أهم وأبرز تجليات أوجه المسؤولية الشخصية للمحافظ العقاري حيث نص على أنه: "إن المحافظ على الأملاك العقارية مسؤول شخصيا عن الضرر الناتج عن:

1- إغفال التضمين بسجلاته لكل تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب طلب منه بصفة قانونية؛

¹ - محمد الحياي، المحافظ العقاري والمسؤولية التقصيرية واقع وآفاق، مطبعة مؤسسة النخلة للكتاب، طبعة 2003، ص 73.

2- إغفال التضمين بالشهادات أو نظائر الرسوم العقارية المسلمة والموقعة من طرفه لكل تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب مضمن بالرسم العقاري؛

3- فساد أو بطلان ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب ماعدا الاستثناء المذكور في الفصل 73.

والكل مع مراعاة مقتضيات الفصولين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود".

وعلى هذا الأساس فالمحافظ على الأملاك العقارية يكون مسؤولاً شخصياً عن الأضرار الناتجة عن التدليس الذي يرتكبه أثناء جريان مسطرة التحفيظ طبقاً للفصل 64 من الظهير المذكور، وكذا الإغفالات التي قد تطال السجلات والشهادات وعدم شرعية وبطلان التقييدات والبيانات والتقييدات الاحتياطية والتشطيبات المضمنة بالسجل العقاري طبقاً للفصل 97 من الظهير المذكور¹.

وتقتضي الحكمة على الأقل، الإشارة إلى أن واجب المحافظ في التحقق من صحة السندات المدلى بها أمامه وارد في أكثر من نص؛ لكن الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري لا يترك إلا مجالا ضيقا لتطبيق مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود على أخطاء المحافظ حيث تصبح جل أخطائه جسيمة ومسؤوليته فيها شخصية².

وفي هذا الإطار ذهب أحد الفقه الإداري³ إلى القول: بما أن هذه الصلاحيات الممنوحة للمحافظ العقاري تكتسي أهمية خاصة لارتباطها بمجال حماية حق الملكية وحقوق عينية أخرى، فقد ارتأى المشرع ضرورة التشديد من حجم المسؤولية الملقاة على عاتقه، وأن عدم التطرق لتعريف دقيق لمفهوم الخطأ الجسيم الوارد في الفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود يعتبر سببا إضافيا لتشديد المسؤولية الشخصية للمحافظ من خلال الفصل 97 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، غير أنه وبالرغم من

¹ - Amina Mabrouk ép. Mahlaoui, op.cit, p 226.

- أنظر كذلك: سعيد أبرباش، دعوى التعويض في نظام التحفيظ العقاري بين مسؤولية المحافظ الشخصية والمرفقية، مقال منشور في الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض، عدد 26، 2015، ص 571.

² - فلجي محمد، مسؤولية المحافظ وأثرها في مراقبته للسندات المدلى بها أمامه، م.س، ص 59.

³ - إدريس لزرق، م.س، ص 339.

هذه الازدواجية التي تتيح إمكانية مساءلة المحافظ شخصيا في حالة ارتكابه لخطأ جسيم، وأمام الجدل الفقهي والقانوني المتمثل في صعوبة تكييف الخطأ الذي يمكن أن يصدر عن المحافظ، فإن المشرع اعتبره من حيث المبدأ خاضعا لقواعد المسؤولية الواردة في الفصلين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود، واستثناء لتلك المنصوص عليها في الفصل 97 من القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع، وذلك بهدف دفع المحافظ إلى أن يكون أكثر حرصا ويقظة أثناء ممارسته لمهامه من جهة وإعطاء المتضررين من قراراته - المستهلك العقاري - عند الاقتضاء مزيدا من الضمانات والوسائل القانونية لمساءلته في حالة حصول الضرر من جهة أخرى.

إلا أن الواقع العملي، يبين بجلاء أن المتضرر من قرارات المحافظ على الأملاك العقارية - المستهلك العقاري - بمناسبة أداء مهامه يثير المسؤولية الشخصية دون المسؤولية المرفقية، مع العلم أن هذه الأخيرة هي الأصل وجعل المسؤولية الشخصية استثناء في حالتي التدليس والخطأ الجسيم فقط¹.

والرأي فيما أعتمد، أن المستهلك العقاري يجب عليه اللجوء إلى إثارة المسؤولية المرفقية من حيث الأصل، لما توفره من ضمانات قانونية وكذا سهولة إثباتها، على خلاف المسؤولية الشخصية التي تتطلب إثبات تدليس المحافظ العقاري وهو نادر الوقوع، أو لخطأ جسيم صادر منه مع وجود ضرر وعلاقة سببية بينهما.

وفي سياق الحديث، فإنه في حالة ثبوت خطأ المحافظ وتسبب ذلك في إلحاق ضرر للغير - المستهلك العقاري - فإنه يكون ملزما بأداء تعويض مادي عن الضرر بعد صدور حكم قضائي نهائي في الموضوع، وفي حالة عسره يحل صندوق التأمين محله² طبقا للفصل 100 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 الذي ينص على أنه: "يؤسس صندوق للتأمين الغاية منه أن يضمن، في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية، أداء المبالغ المالية التي يحكم بها عليهم لصالح الطرف المتضرر من جراء خطأ في التحفيظ أو في تقييد لاحق".

¹ - بوشعيب شاهي، م.س، ص 369.

² - سعيد أبرباش، م.س، ص 571.

ويستشف من عبارة "في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية" أنه يتعين على المتضرر تجريد المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية من أموالهم وممتلكاتهم أولاً قبل مراجعة الصندوق، أي أن المتضرر يصبح أمام مدينين بالتعويض، ولكنهما غير متضامنين، وبالتالي فلا يجوز للمتضرر أن يطالب صندوق التأمين بالأداء إلا بعد تجريد المحافظ أولاً وإثبات أن ليس لديه ما يمكن مباشرة إجراءات التنفيذ بخصوصه¹.

وما دام صندوق التأمين بمثابة صندوق احتياطي لتأدية التعويضات المحكوم بها ضد المحافظ العام أو المحافظ العقاري، فإنه يتعين إدخال هذا الصندوق بصفة احتياطية في الدعوى منذ تقديم مقال دعوى التعويض من طرف المستهلك العقاري ضد المحافظ العقاري².

فالمشرع أوجد هذه الضمانة الاحتياطية للمتعاملين في الميدان العقاري - المستهلك العقاري - وذلك لغاية الضمان في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية، إذ أنه في حالة رفع دعوى أصلية على المحافظ العقاري وتم الحكم عليه بالتعويض وثبت عسر حالته، يتم اللجوء إلى صندوق التأمين حتى لا يخرج المستهلك العقاري المتضرر خاوي الوفاض، وهذا ما يعد آلية أساسية في تحقيق مفهوم الأمن العقاري.

المطلب الثاني: آلية التقيد الاحتياطي

تكتسي آلية التقيد الاحتياطي أهمية بالغة في مجال التحفيظ العقاري؛ على اعتبار أنها تحد من الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها المحافظ على الأملاك العقارية، فهي ضمانة قانونية تهدف إلى حماية المستهلك العقاري من خلال التخفيف عليه من صرامة إجراء التقيد النهائي للحق في الرسوم العقارية من جهة، ومن جهة أخرى إلى الحفاظ

¹ - محمد بحماني، دعاوى التعويض ودور صندوق التأمين، مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 21 المعنون بـ "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية - قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07 -"، طبعة 2015، ص 357.

² - بوشعيب شاهي، م.س، ص 379.

على الحق بشكل مؤقت إلى حين اندثار المانع من التقييد النهائي.

ولاستيعاب أهمية هذه الآلية القانونية، سأحدث عن خصوصيات التقييد الاحتياطي في (الفقرة الأولى)، ثم أتطرق بعد ذلك لأنماطه والآثار المترتبة عنه في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خصوصيات التقييد الاحتياطي

يشكل التقييد الاحتياطي آلية قانونية وإجراء تحفظيا وضمانة قانونية للمتعاملين في المجال العقاري، منحه المشرع لكل من يدعي حقا على عقار محفظ، وذلك من أجل حفظ رتبة حقه موضوع الادعاء، حيث نص الفصل 85 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 على أنه: "يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا.

يضمن طلب التقييد الاحتياطي من طرف المحافظ بالرسم العقاري إما:

- بناء على سند يثبت حقا على عقار ويتعذر على المحافظ تقييده على حالته؛
- بناء على أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع العقار في دائرة نفوذها؛

- بناء على نسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء.

إن تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يحدد رتبة التقييد اللاحق للحق المطلوب الاحتفاظ به.

تبقى التقييدات الاحتياطية الواردة في نصوص تشريعية خاصة خاضعة لأحكام هذه النصوص".

ونفس المقتضى الحمائي لآلية التقييد الاحتياطي أشارت إليه المادة 13 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية حيث نصت على أنه: "إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا".

فإذا كان التقييد الاحتياطي هو بيان مؤقت يضمن بالسجل العقاري للحفظ على

الحقوق القابلة للتقييد النهائي مستقبلاً¹، فإنه يعد في المقابل من ذلك نوعاً من الإشهار لحق احتمالي وإعلاناً ضمناً للعموم والمستهلكين العقاريين بالتعامل بحيطه وحذر مع المالك المسجل، لأن حق الملكية أصبح محل منازعة من طرف الغير الذي أعلن عن نفسه للعموم².

فوظيفة مؤسسة التقييد الاحتياطي بعد تضمينه في السجل العقاري، تتجلى بالأساس في إعلام الأغيار عن وجود نزاع بشأن الرسم العقاري المتعلق به، كما أنه يضمن للمستفيد منه رتبة الحق الموجود والمتنازع فيه أو الحق المحتمل، وفي المقابل يسقط قرينة حسن نية الغير المقيد بالرسم العقاري بعد تضمين التقييد الاحتياطي به³.

ويتضح أن المشرع المغربي لم يعرف التقييد الاحتياطي؛ وإنما اكتفى بالتتبع عليه تاركاً مهمة إعطاء التعريفات للفقهاء، حيث عرفه الأستاذ بول دكرو⁴ بأنه: "بيان يثبت بالرسم العقاري بصفة مؤقتة ومشروطة وينبئ بالحق المطالب به والذي يعتبر وقتئذ غير قابل للتقييد بالسجلات العقارية بطريقة قانونية...".

كما عرفه الأستاذ محمد خيرى بأنه⁵: "إمكانية دخولها القانون لكل من يدعي حقاً عينياً عقارياً على عقار محفظ قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق وذلك بالإشارة إليه في الرسم العقاري في انتظار تحويل هذا التقييد الاحتياطي إلى تقييد نهائي أو التشطيب عليه".

وقد عرفه أحد الفقهاء الإداريين بأنه: "وسيلة مؤقتة أوجدها المشرع المغربي

¹ - عبد العالي دقوقي، دور الاجتهاد القضائي في إعادة صياغة القاعدة القانونية العقارية، مقال منشور بالمجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية العدد 11، دجنبر 2016، ص 44.

² - حسن فتوخ، التقييد الاحتياطي وعلاقته بالحجوز والإنذارات العقارية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008، ص 41.

³ - هشام بلخير، إشكاليات التقييد الاحتياطي في ظل القانون 14.07، المغير والمتمم لظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913، مقال منشور بالندوة الوطنية في موضوع: الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض عدد 26-2015، ص 599.

⁴ - Paul Decroux, Droit foncier Marocain, Editions la porte, Rabat, Tome 3, 1972, p 169.

⁵ - محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م.س، ص 504.

لمعالجة إشكالية مؤقتة قصد تقييده بالرسم العقاري، فهو حل مؤقت لإشكالية آنية مرتبطة بتصرف يتعذر تقييده نهائياً¹.

وهكذا، فإن التقييد الاحتياطي هو آلية تحفظية وضمانة قانونية مؤقتة تهدف إلى حماية حق يتعذر تقييده على حالته لتخلف شروطه أو لوجود نزاع حوله معروض على القضاء، وذلك من أجل الحفاظ على مرتبته إلى حين تقييده نهائياً.

وبذلك يمكن للمستهلك العقاري الذي تعذر عليه تقييد حقه بالتسجيلات العقارية ونظير الرسم العقاري لسبب من الأسباب أن يقوم بهذا الإجراء التحفظي ضد كل عقود التصرف التي يمكن أن يقوم بها البائع².

وعلى مستوى القضاء، ذهبت محكمة الاستئناف بسطات إلى إعطاء تعريف له بأنه: "وحيث أن التقييد الاحتياطي هو إمكانية يخولها القانون لكل من يدعي حقا على عقار محفظ قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق. وذلك بالإشارة إليه في الرسم العقاري في انتظار تحويل هذا التقييد إلى تسجيل نهائي أو إلغائه، ومن تم فهو ذو طبيعة خاصة..³".

إلا أنه في حالة عدم إجراء تقييد احتياطي للحق إذا كانت المنازعة مرتبطة بالعقار المحفظ؛ يترتب عنه عدم قبول الدعوى، حيث نصت المادة 13 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا".

وفي هذا الإطار قضت محكمة الاستئناف بوجدة في أحد قراراتها بأنه⁴: "كما أنه طالما تعلق الأمر بنزاع متعلق بعقار محفظ خاضع لمدونة الحقوق العينية، فإنه وفقا للمادة 13 منها، فالدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير

¹ - Amina Mabrouk ép. Mahlaoui, op cit, p 141.

« La prénotation est une astuce trouvée par le législateur dans le but de déjouer l'effet irréversible de la purge résultant de l'enchaînement des inscriptions sur les TF. Le procédé a été introduit par les articles 85 et 86 du dahir du 12 Aout 1913 sur L'IF, comme solution provisoire à un problème temporaire. Il s'est révélé d'une efficacité remarquable et fait de nombreux adeptes, d'où la multiplication des cas d'espèce ».

² - عبد السلام بلخياط، التقييد الاحتياطي في سؤال وجواب، مجلة صلة وصل، العدد 3 يوليوز 1985، ص 13.

³ - قرار محكمة الاستئناف بسطات رقم 010/154 بتاريخ 2012/07/01، أشار إليه هشام بلخير، م.س، ص 600.

⁴ - قرار صادر بتاريخ 2015/04/23، ملف عدد 114/1401/14، غير منشور.

لحق عيني لا مفعول لها إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا، ومن ثم فإنه في غياب ما ذكر، يكون الطلب سابقا لأوانه، وأن الحكم المستأنف لما قضى بعدم قبول دعوى المستأنفة كان مؤسسا قانونا ويتعين تأييده".

وبناء على ما سبق، فإن التقييد الاحتياطي لا يعتبر قيда من القيود المانعة من التصرفات في حق الملكية العقارية، غير أن جميع التصرفات القانونية أو الإجراءات التحفظية المقيدة بالرسم العقاري في الرتب الموالية للتقييد الاحتياطي لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة صاحب التقييد الأخير لأنه يعتبر حجة اتجاه الغير على صحة الوقائع الواردة ويعتبر تحذيرا له¹.

وعليه، يتضح بأن التقييد الاحتياطي يعتبر إجراء مهما يكفل حق المستهلك من الضياع ويعطيه الأفضلية في حماية هذا الحق، وذلك انطلاقا من تاريخ التقييد الاحتياطي².

وعلى هذا الأساس، ومن أجل حماية المستهلك العقاري - صاحب التقييد الاحتياطي - أقر المشرع بعدم تطهير تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري من كل تقييد احتياطي به طبقا للمادة 220 من مدونة الحقوق العينية، حيث نصت في الفقرة الثانية على أنه: "يترتب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزاد وتطهيره من جميع الامتيازات والرهن ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن".

وتكريسا لهذه الحماية التشريعية، ذهبت استئنافية وجدة في قرار لها بأنه³: "وحيث إن هذه المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف والحكم المطعون فيه ودراستها لأسباب الطعن وتمسكا بالنقطة القانونية التي أثارته محكمة النقض للتأكد من وضعية

¹ - إدريس المصلح، الفعالية القانونية لمؤسسة التقييد الاحتياطي وانعكاسها على الاستثمار في ظل المستجدات، تطهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بالقانون 14.07، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية سلسلة فقه القضاء العقاري، مستجدات القوانين العقارية على ضوء الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، الطبعة الأولى، ص 65.

² - عادل المعروف، م س، ص 24.

³ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2014/04/24، ملف عدد 133/1401/13، غير منشور.

العقار وفق القانون 25/90 المتعلق بالتجزئات العقارية، فإنه ثبت من خلال الاطلاع على شهادة الملكية المتعلقة بالعقار موضوع الرسم العقاري عدد... أنه متقل بعدة تقييدات احتياطية لفائدة الغير، وهو ما أكدته الأطراف، والتمسوا مراعاة حقوق الأغيار الذين استفادوا من التقويات في إطار مشروع تجزئة غير كاملة يعود لسنة 1969 كما جاء في تقرير الخبير، مما يدل على وجود منازعة في العقار وأن العقار القابل للقسمة هو الخالي من النزاع، وبذلك فإنه وأمام هذه الوضعية فإن من شأن المصادقة على تقرير الخبرة خرق قانون التجزئات العقارية، كما أن بيعه بالمزاد العلني سيؤدي إلى الإضرار بأصحاب الحقوق الثابتة حقوقهم بالبيوعات والأحكام القضائية بإتمام إجراءات البيع وغير المدرجين في الدعوى، طالما أن دعوى القسمة لا تقبل التجزئة وتثار ضد جميع أصحاب الحقوق وهو شرط منتف في النازلة".

ولعل غاية المشرع من استثناء التقييد الاحتياطي من دائرة الحقوق العينية التي يطالها التطهير من جراء تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري، تتجلى في نطاق الحق موضوع التقييد الاحتياطي الذي ينصرف إلى الحق العيني الأصلي دون الحق الشخصي، مما يستوجب حماية المستهلك العقاري لكي يتحقق مفهوم الأمن العقاري الذي ننشده، أما الامتيازات والرهن التي يطالها التطهير فهي تتدرج في إطار الحقوق العينية التبعية، حيث يمكن لأصحابها حماية حقوقهم من خلال حصولهم على الثمن المستحق لكل صاحب حق عيني تبعي.

والجدير بالذكر أن التقييد الاحتياطي ليس على نوع واحد، بل هناك ثلاثة أنواع منظمة في النص الأساسي للتحفيظ العقاري المتمثل في ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بمقتضى القانون 14.07، وهي التقييد الاحتياطي بناء على سند والتقييد الاحتياطي بناء على أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية، والتقييد الاحتياطي بناء على مقال افتتاحي للدعوى، بالإضافة إلى أنواع أخرى من التقييدات الاحتياطية منظمة في نصوص خاصة، وهو ما يوحي بأن المشرع منح رؤساء المحاكم الابتدائية سلطات

واسعة في مادة التقييدات الاحتياطية بصفة عامة¹.

وقبل الحديث عن أنواع التقييد الاحتياطي لابد من الحديث عن شروط إجراء التقييد الاحتياطي حتى يتسنى للمستهلك العقاري - صاحب الحق - الاستفادة من مزاياه. إذ أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 69² من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بمقتضى قانون 14.07، نجدها تنص على أن طلب التقييد الاحتياطي يجب أن يتضمن بيان وتعيين المقتضيات التي يتطلبها كل تقييد وهي:

- 1- العقار الذي يعنيه التقييد وذلك ببيان رقم رسمه العقاري.
- 2- نوع الحق المطلوب تقييده، مثلاً حق ملكية أو انتفاع أو استعمال.
- 3- أصل التملك وكذا نوع وتاريخ العقد الذي يثبته.
- 4- الحالة المدنية للمستفيد من التقييد المطلوب إنجازه.
- 5- وعند الاقتضاء بيان ما يطلب تقييده في نفس الوقت الذي يطلب فيه تقييد الحق الأصلي، من أسباب الفسخ أو قيد على حق التصرف أو أي تقييد خاص آخر، والكل مع بيان الحالة المدنية للمستفيدين من التقييد المذكور، ويرفق بالطلب كل حكم مكتسب لقوة

¹ - عبد العالي دقوقي، دور الاجتهاد القضائي في إعادة صياغة القاعدة القانونية العقارية، م.س، ص 44.

² - نص الفصل 69 من ظ.ت.ع على أنه: "يجب على كل شخص يطلب تقييداً أو بياناً أو تقييداً احتياطياً بالرسم العقاري أن يقدم للمحافظ على الأملاك العقارية طلباً مؤرخاً موقعاً من طرفه أو من طرف المحافظ في حالة جهله أو عجزه عن التوقيع.

يجب أن يتضمن هذا الطلب بيان وتعيين ما يلي:

- 1- العقار الذي يعنيه التقييد وذلك ببيان رقم رسمه العقاري؛
- 2- نوع الحق المطلوب تقييده؛
- 3- أصل التملك وكذا نوع وتاريخ العقد الذي يثبته؛
- 4- الحالة المدنية للمستفيد من التقييد المطلوب إنجازه؛
- 5- وعند الاقتضاء بيان ما يطلب تقييده، في نفس الوقت الذي يطلب فيه تقييد الحق الأصلي، من أساس الفسخ أو قيد على حق التصرف أو أي تقييد خاص آخر، والكل مع بيان الحالة المدنية للمستفيدين من التقييد المذكور. ويرفق بالطلب كل حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به أو كل عقد أو وثيقة أدلى بها تدعيماً لهذا الطلب".

الشيء المقضي به أو كل عقد أو وثيقة أدلي بها تدعيما لهذا الطلب¹.

وفي خضم معالجة آلية التقييد الاحتياطي باعتبارها أحد الضمانات القانونية لتحقيق مفهوم الأمن العقاري، عن طريق التوفيق بين حماية مستهلك العقار من جهة، واستقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى، فإن المحافظ العام أصدر دورية يحث فيها المحافظين العقاريين على التأكد من توفر بعض الشروط حيث نصت على أنه " .. كما لا يفوتني، فيما يخص الأمر بالتقييد الاحتياطي ومقال الدعوى في الموضوع اللذين يتم الاستناد إليهما في طلب إجراء التقييد الاحتياطي أو تمديده، أن أطلب منكم الحرص على ما يلي:

- أن يتضمنا مراجع الرسم العقاري المعني؛
 - أن يكونا صادرين في مواجهة المالك المقيد بالرسم العقاري المعني؛
 - أن يتعلقا بحق قابل للتقييد النهائي بالسجلات العقارية؛
 - أن يكون الأمر بالتقييد الاحتياطي صادرا عن المحكمة الابتدائية المختصة؛
 - أن يكون مقال الدعوى مقدما إلى المحكمة المختصة ومؤشرا عليه من طرفها².
- ويتضح جليا بأن دورية السيد المحافظ العام جاءت أمرة للسادة المحافظين العقاريين، وذلك بغية الحرص وتوخي الدقة والضبط ورفض جميع طلبات التقييد الاحتياطي إذا كانت تتعلق بحقوق غير قابلة للتقييد النهائي أو أنها أصلا غير قابلة للتقييد بصفة عامة سواء أكانت حقوقا شخصية كالمطالبة بالدين أو حقوقا تم اكتسابها بطريقة غير قانونية، وهذا ما سيشكل قاعدة أساسية لتكريس مفهوم الأمن العقاري في مقابل التصدي لكل ما من شأنه أن يؤثر على حماية مستهلك العقار من جهة، أو زعزعة استقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى.

وتقتضي الحكمة على الأقل، الإشارة إلى أن نطاق التقييد الاحتياطي يمكن حصره مبدئيا في الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية التي أوجد لها المشرع وسائل أخرى

¹ - إبراهيم بحماني، أحكام التقييد الاحتياطي على ضوء مستجدات القانون 14.07 مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 21 الموسومة بعنوان "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية"، 2015، ص 261.

² - دورية عدد 389 في شأن تطبيق مقتضيات الجديدة المتعلقة بالتقييد الاحتياطي، مؤرخة في 2011/12/20.

لحمايتها والحفاظ عليها كما هو الأمر مثلا في حالة عدم أداء المدين ما عليه من ديون فيلجأ الدائن إلى استيفاء دينه بإيقاع حجز على ممتلكات المدين والتي يمكن أن تترتب على المنقول والعقار¹.

وعلى مستوى القضاء، ذهبت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء إلى أنه: "وحيث إن الثابت من وثائق الملف أن الطاعنين يملكون الرسم العقاري... وأن جميع الدعاوى التي وضعوها ضد المستأنف عليهم لم تنصب على هذا العقار وأنهم لم يسبق لهم أن نازعوا أو ادعوا حقا عينيا على الرسم العقاري... الذي فوتته السيدة... إلى... ولم يتقدموا بأي دعوى لاستحقاق هذا العقار ثم إن المساطر التي سلكها الطاعنون إنما كانت في الأصل ترمي إلى الحصول على حق شخصي..."².

وفي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة قضت بأنه³: "وحيث ثبت من طلب التقييد الاحتياطي أن المستأنفين التمسوا من السيد المحافظ على الأملاك العقارية والرهون سيدي بنور تسجيل تقييد احتياطي على الرسم العقاري عدد... بوجود نزاع بينهم وبين الشركاء على الشياخ موضوع شكاية مباشرة عدد 236/04 مدرجة بجلسة 25/6/2007، وثبت من الشكاية المباشرة المقدمة من طرف المستأنفين في مواجهة المستأنف عليه والمسماة... من أجل النصب والاحتياطي طبقا للفصلين 540 و 541 من القانون الجنائي.

وحيث وبمقتضى الفصل 85 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق.

وحيث أن تقديم شكاية مباشرة للمطالبة بإدانة المشتكى بها من أجل جنحة النصب

¹ - أحمد الشحيبي، أحكام التقييد الاحتياطي على ضوء مستجدات القانون 14.07، مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 21-2015، الموسومة بعنوان "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية"، ص 279.

² - قرار رقم 567، صادر في 2013/06/23، ملف رقم 32-2014، أشار إليه عمر أزوكار، التقييد الاحتياطي في ضوء العمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2015، ص 33.

³ - قرار رقم 89، صادر بتاريخ 2010/03/22، ملف عدد 4/470/09، غير منشور.

والاحتيايل، وليس من أجل المحافظة على حق عيني عقاري على عقار محفظ يجعل ما ينعاه الطرف المستأنف على الحكم لا سند له ووجب رده وبالتالي تأييد الحكم المستأنف لصوابيته".

غير أنه أحيانا يمكن أن يكتسي الحق موضوع التقييد المؤقت طابعا مختلطا، بمعنى أن صاحب الحق يمكن أن يجمع بين الصفتين العينية والشخصية وكمثال لذلك في حالة الوعد ببيع عقار محفظ قد يكون موضوع تقييد احتياطي لحماية الحق العيني أملا في إتمام البيع موضوع الوعد بالبيع، كما يمكن أن يكون موضوع حق شخصي بإيقاع الحجز ضمنا لاسترداد تسبيق ثمن البيع في حالة عدم إتمام البيع¹.

وعلى خلاف المشرع المغربي، نص المشرع التونسي على بعض أمثلة التقييد الاحتياطي، حيث نص الفصل 366 من مجلة الحقوق العينية على أنه: "يمكن أن تقيد قيادا احتياطيا كذلك:

- 1- كل ما يتم إنشاؤه وإحالاته من حقوق عينية ويكون مقترنا بشرط تعلقي وكذلك الوعود بالبيع ما عدا الحق الممنوح للمكثري أو صاحب الأمفيتيز² في شراء العقار.
- 2- التفويت في قطع مستخرجة من رسم ملكية والتخصيص بها وكذلك حقوق الارتفاق الموظفة على قطع غير محددة بشرط الإدلاء بما يثبت تقديم مطلب في التقسيم.
- 3- عقود المغارسة والدعاوى الرامية إلى الاعتراف بحق المغارس أو قسمة الأرض المغروسة".

ويتضح بأن الفصل 366 المذكور لم يضبط الشروط الواجب توافرها لإنشاء التقييد الاحتياطي، وأعطى لحافظ الملكية العقارية سلطة موسعة لقراءة واستنتاج مثل هذه الشروط بناء على ذكر بعض الحالات على سبيل المثال فقط.

وإذا كان المشرع التونسي لم يشترط في الفصول 365-366-367 من م.ح.ع

¹ - حسن فتوخ، التقييد الاحتياطي وعلاقته بالحجوز والإنذارات العقارية، م.س، ص 39.

² - يقصد بالأمفيتيز الإجازة الطويلة، أشارت إلى هذا المعنى نبيلة الكراي الوريبي، حائز العقار، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس، طبعة 2015، ص 26.

أجلا محددا لطلب ترسيم القيود الاحتياطية على اختلاف أنواعها سواء كانت بموجب صك اتفاقي أو صك قضائي¹، فإنه نص في الفصل 370 على أنه: "ويسقط القيد الاحتياطي ويصبح غير ذي مفعول بمضي ثمانية عشر عاما بالنسبة لعقود المغارسة، وثلاثة أعوام في جميع الصور الأخرى إلا إذا وقع تجديده بإذن على عريضة يصدره رئيس المحكمة الابتدائية التي بدأرتها العقار".

ومن ثم يمكن القول أن المشرع المغربي أوجد وسيلتين لحفظ وضمان حق عيني على عقار محفظ، فالوسيلة الأولى تتجلى في التقييد النهائي الذي ينجز في حالة توفر شروط ذلك فينتج كل آثاره ابتداء من تاريخ تقييده فيصبح بذلك للحق المضمن بالسجلات العقارية الأثر التأسيسي والحجية والقوة الثبوتية، وأما الوسيلة الثانية فتكون عن طريق تقييد مؤقت باستعمال التقييد الاحتياطي الذي يعتبر إجراء تحفظيا ليست له أية حجية أو قوة ثبوتية ولا قرينة ولا دليل على وجود الحق، فهو لا ينشئ الحق المقيد احتياطيا ولا يقره ولا يصرح به ولا يعترف به ولا يغيره ولا يسقطه².

وتقتضي الحكمة الإشارة إلى أنه رغم المزايا العديدة التي يتسم بها التقييد الاحتياطي باعتباره آلية قانونية وضمانة تهدف لحماية المستهلك العقاري، فإنه لا يخول له وضع اليد على العقار، وهو ما قضت به محكمة الاستئناف بالجديدة في قرار لها حيث جاء فيه³: "وحيث أن الثابت من شهادة الملكية المؤرخة في 14/07/08 الصادرة عن الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بالمحافظة العقارية بسيدي بنور أن المدعى فيه المسمى "كدية" في اسم...".

وحيث أن تضمين الرسم المذكور تقييدا احتياطيا من لدن المستأنف حاليا لا يشفع له من وضع يده على المدعى فيه خاصة وأن الشراء وما شاكله يبقى والعدم سواء ما دام

¹ - لطيفة التبيني، القيود الاحتياطية والسجل العقاري، دراسات قانونية، مقال منشور بمعلومات واستفسارات قانونية، الصفحة التونسية في 2018/09/01، تاريخ الزيارة 2020/05/25 على الساعة 16 و 53 دقيقة.

² - محمد ابن الحاج السلمي، التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2002، ص 67.

³ - قرار عدد 387، صادر بتاريخ 2009/12/07، ملف رقم 4/307/09، غير منشور.

التحفيظ يطهر العقار من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به وتشكل نقطة الانطلاق الجديدة في حياة العقار ويقطع صلته النهائية بالماضي".

وحاصل القول، إن التقييد الاحتياطي بحق؛ وسيلة وآلية قانونية لتنبية الأغيار باحتمال وجود حق قد تتحقق شروط تقييده وقد لا تتم، وغايته حماية الحق من الضياع عن طريق حفظ الرتبة من تاريخ تضمين التقييد الاحتياطي بالسجل العقاري الذي تنتج عنه آثار قانونية هامة¹.

الفقرة الثانية: أنماط التقييد الاحتياطي وآثار التشطيب عليه

قبل الحديث عن الآثار القانونية للتشطيب على التقييد الاحتياطي، لابد من الإشارة إلى حالاته² وهي:

أولاً: التقييد الاحتياطي بناء على سند

يستفاد من مقتضيات الفصول 85³، 86⁴، مكرر من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، أن التقييد الاحتياطي المتخذ بناء على سند لم يطله أي تغيير وحافظ على إطاره القانوني كما كان معمولاً به سابقاً ماعدا إمكانية تمديده التي لم تعد قائمة لكون مقتضيات الفصل 86 المذكور لم تنص على ذلك، ولكنه احتفظ بكل مقوماته حيث يتم تقييده بطلب يرفق بالسند أي العقد الذي يتضمن حقا تعذر على المحافظ تقييده نهائياً على حالته لعدم توفر بعض الشكليات البسيطة التي يمكن إنجازها وتحقيقها خلال مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على سند وهي عشرة أيام، ومن ذلك مثلاً عدم المصادقة على

¹ - أحمد الشحيتي، أحكام التقييد الاحتياطي على ضوء مستجدات القانون 14.07، م.س، ص 283.

² - تتنوع حالات التقييد الاحتياطي المنصوص عليها في النص العام المتمثل في ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، وبين تلك الواردة في نصوص قانونية خاصة لكن سنكتفي في هذه الفقرة عن حالات التقييد الاحتياطي الواردة في ظهير التحفيظ العقاري الذي هو موضوع دراستنا.

³ - ينص الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه: "... بناء على سند يثبت حقا على عقار ويتعذر على المحافظ تقييده على حالته".

⁴ - ينص الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه: "تحدد في عشرة أيام مدة صلاحية التقييد الاحتياطي المطلوب بناء على سند ولا يمكن خلال هذه المدة قبول أي تقييد آخر لحق يقتضي إنشاؤه موافقة الأطراف. لا يمكن إجراء أي تقييد احتياطي بناء على سند إذا كانت مقتضيات القانون تمنع تقييده النهائي.

صحة توقيع أحد الأطراف من طرف السلطات المختصة أو نقصان المعلومات المتعلقة بالحالة المدنية لأحد أطراف العقد إلى غير ذلك من النواقص البسيطة التي قد تشوب السند المدلى به¹.

فالمشرع العقاري في الفصل 85 من القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع أعطى للمحافظ على الأملاك العقارية إمكانية إجراء تقييد احتياطي بناء على سند كلما تعذر إجراء التقييد النهائي، وللمحافظ على الأملاك العقارية سلطة تقديرية واسعة في تقدير الحالات التي يتعذر فيها تقييد السند، إلا أن ذلك يجب أن يرتبط بشكالية بسيطة يمكن تداركها خلال مدة عشرة أيام².

وفي هذا السياق، قضت محكمة الاستئناف بمراكش في أحد قراراتها بأنه³: "إن التقييد الاحتياطي الذي يمنحه المحافظ على الأملاك العقارية لمدة لا تتعدى 10 أيام خاضع لسلطته التقديرية..".

وأمام هذه السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها المحافظ العقاري، تدخل المحافظ العام في دوريته عدد 389 لتوجيهه حيث جاء فيها: "يتم إجراء التقييد الاحتياطي بناء على سند إذا كان هذا الأخير يتضمن حقا يتعذر على المحافظ تقييده على حالته، وحالت شكالية بسيطة دون إجراء التقييد النهائي.

- لا يمكن إجراء أي تقييد احتياطي بناء على سند إذا كانت مقتضيات القانون تمنع تقييده النهائي.

- تحدد مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على سند في عشرة أيام، لا يمكن خلالها إجراء أي تقييد يقتضي إنشاؤه موافقة الأطراف".

فإذا كان المشرع لا يسمح بقبول أي تقييد آخر خلال مدة 10 أيام لحق يقتضي

¹ - Amina Mabrouk ép. Mahlaoui, op.cit, p 145.

- أنظر كذلك: أحمد الشحيبي، أحكام التقييد الاحتياطي على ضوء مستجدات القانون 14.07، م.س، ص 288.

² - إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، م.س، ص 274.

³ - قرار عدد 971 صادر في 23/04/1990، ملف مدني عدد 89/3510، منشور في مجلة المحامي عدد 19، ص 263.

إنشاؤه موافقة الأطراف، فإن ذلك يعني حتما أن المحافظ على الأملاك العقارية يمكنه قبول خلال هذه المدة باقي طلبات التقييد بالنسبة للحقوق التي لا تقتضي موافقة الأطراف كالحجز التحفظي، الإنذار العقاري، الرهن الجبري أو حتى التقييد الاحتياطي بناء على نسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء ولفائدة طرف آخر¹.

ويتضح أن المشرع العقاري قد توخى تحقيق نوع من التوافق بين تحقيق استقرار المعاملات العقارية من خلال منع المحافظ العقاري من إجراء أي تقييد يتطلب موافقة الأطراف، وبين حماية المتعاملين في المجال العقاري من خلال جواز إجراء أي تقييد لا يتطلب موافقة الأطراف.

ثانيا: التقييد الاحتياطي بناء على أمر

لقد نص الفصل 86 في فقرته الخامسة من القانون 14.07 المعدل والمتمم لظ.ت.ع على أنه: "يحدد مفعول التقييد الاحتياطي الصادر بناء على أمر من رئيس المحكمة الابتدائية في ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدوره، ما لم ينجز التقييد النهائي للحق، وتكون هذه المدة قابلة للتמיד بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية، شريطة تقديم دعوى في الموضوع، ويستمر مفعول هذا التمديد إلى حين صدور حكم نهائي".

فرئيس المحكمة أو من ينوب عنه، هو صاحب الاختصاص في إصدار الأمر بتقييد المدعى به تقييدا احتياطيا، والذي يتعين عليه أن يتأكد من جدية الطلب²، والأمر القضائي الصادر بناء على طلب لا يخضع لأي شكل معين، فالقاضي المختص يصدر أمره بناء على طلب يقدم له ودون حاجة لحضور الأطراف أو الخصوم، ولا يشترط تنصيب محام، كما أن حضور كاتب الضبط لا يكون ضروريا³.

فرئيس المحكمة يتأكد من مدى جدية النزاع وذلك بالاطلاع على المراحل التي

¹ - هشام بلخير، م.س، ص 602.

² - Amina Mabrouk ép. Mahlaoui, op.cit, p 145.

³ - عمر عمر، دور القضاء الاستعجالي في مادة العقار المحفظ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 25.

قطعتها الدعوى أمام محكمة الموضوع، وفي حالة عدم تمديد هذا التقييد الاحتياطي فإن المحافظ العقاري يشطب عليه تلقائيا من بيانات الرسوم العقارية طبقا لمقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل 86 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بالقانون 14.07.

ولعل الغاية من ذلك، هي حماية المتعاملين في المجال العقاري - المستهلك العقاري - من خلال الإسراع باتخاذ الإجراء اللازم وبطريقة مستعجلة مخافة ضياع حق من الحقوق من جهة، ومن جهة ثانية مباغته الخصم بهذا الإجراء حتى لا يقوم بالإضرار به، ويتم تنفيذه فورا من طرف المحافظ العقاري الذي يعمل على تقييده بالسجل العقاري. إلا أنه ومن أجل الحفاظ على استقرار المعاملات العقارية، قد تثار بعض الإشكالات والصعوبات القانونية تحول دون تضمين الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية المختص.

وفي هذا الإطار، صدر أمر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط¹، قضى بإجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري... لفائدة الجهة صاحبة الطلب وذلك لضمان حقوقها إلى حين صدور حكم نهائي في موضوع دعوى القسمة في مواجهة المدعى عليه.

إذ أن المحافظ على الأملاك العقارية بالرباط - حسان - تعذر عليه تضمين الأمر القضائي بعله وجود صعوبة قانونية تتمثل في كون المدعى عليهم ليسوا مالكين على الشياخ مع المدعين وفق ما يستلزمه الفصل 314 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، بل أنهم مالكون لحق هواء جزئي تنظمه مقتضيات المادة 138 من نفس القانون، إضافة إلى أن دعوى القسمة تفترض وجود مالكين على الشياخ في حق من نفس الطبيعة².

وجامع القول، أن الأوامر القضائية بالتقييد الاحتياطي يتم إصدارها من قبل رئيس المحكمة بناء على مقتضيات الفصلين 85 و 86 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم

¹ - أمر قضائي صادر عن رئيس محكمة الرباط عدد 2014/1883، بتاريخ 2014/03/12، أشار إليه هشام بلخير، م.س، ص 606.

² - هشام بلخير، نفس المرجع، ص 607.

14.07، وليس بصفته قاضيا للمستعجلات.

وعلى مستوى التشريع المقارن، نجد المشرع التونسي قد نص في الفصل 365 من مجلة الحقوق العينية على أنه: "يمكن أن تقيد قيда احتياطيا.

1- الدعاوى الرامية إلى استصدار حكم ببطالان الحقوق العينية المرسمة أو إبطالها أو نسخها أو الرجوع فيها أو إدخال تعديلات على الترسيمات الواقعة بموجب نقل وفاة أو إبطال التشطيب أو القيام بشفعة أو إصلاح الترسيم أو التشطيب.

2- الدعاوى الرامية إلى ترسيم جميع الأعمال التي تقتضي النفويت في عقار أو التخصيص به".

وفي هذا الإطار، ذهب أحد الباحثين¹ إلى القول بأن هذه النوعية من الدعاوى تقتضي مبدئيا احترام مبدأ التسلسل الذي ورد ضمن أحكام الفصل 382 من م ح ع التونسية حيث دأب اتجاه إدارة الملكية العقارية على أن من استفاد بحق عيني بموجب عقد نفويت أو اختص به ولم يتحصل على ترسيم ذلك الحق بالرسم العقاري لسبب من الأسباب فإنه يقوم بقيد دعواه قيда احتياطيا قصد إشهارها، ويتطلب ترسيم القيد الاحتياطي لقضية منشورة أمام المحكمة الإدلاء بأصل الإذن على عريضة أو نسخة منه مشهود بمطابقتها للأصل تكون ممضاة من طرف السلطة القضائية المختصة وعليها ختم المحكمة وكذلك نسخة من شهادة نشر في الدعوى المأذون بقيدها احتياطيا.

وتقيد الدعاوى قيда احتياطيا لا يجري إلا بإذن يصدره رئيس المحكمة الابتدائية بمكان العقار بناء على عريضة تحال على مدير الملكية العقارية لإبداء رأيه فيها حسب مقتضيات الفصل 367 من مجلة الحقوق العينية التونسية.

ثالثا: التقيد الاحتياطي بناء على مقال

لقد نص المشرع العقاري في الفصل 86 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 في فقرته الثالثة على أنه "تتصر في شهر مدة صلاحية التقيد الاحتياطي بناء

¹ - عمر الوسلاتي، دراسة قانونية: القيود الاحتياطية والسجل العقاري، مقال منشور بموقع www.assabah.com.tn تاريخ الزيارة 2019/10/20 على الساعة 23:30.

على إدلاء الطالب بنسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء".

ولإجراء التقييد الاحتياطي بناء على مقال لدى المحافظة العقارية، يستوجب رفع مقال للدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة والتي يوجد في دائرة نفوذها العقار موضوع التقييد الاحتياطي¹. ويتم التقييد الاحتياطي في هذه الحالة بناء على طلب موجه إلى المحافظ على الأملاك العقارية مرفق بنسخة من مقال الدعوى الذي سبق للمعني بالأمر أن وضعه بكتابة ضبط المحكمة وأشرت عليه. ويعمل المحافظ على الأملاك العقارية على دراسة الطلب من خلال التأكد بأن المقال يتضمن جميع البيانات الأساسية المحددة للعقار أو للحق المعني وكذا التأكد من تحقق جميع الشروط التي سبق ذكرها آنفاً².

فالمشرع استعمل مصطلح نسخة من مقال دعوى كمصطلح عام ودون تخصيص، ولم يحصر ذلك في جهة القضاء الذي ترفع إليه الدعوى هل القضاء المدني أو القضاء الجنائي، أو الدرجة، هل المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف أو محكمة النقض، وهكذا فإن الدعوى الافتتاحية والاستئناف، وتعرض الخارج عن الخصومة والتدخل الإرادي ومواصلة الدعوى والطعن في قرارات المحافظ على الأملاك العقارية أو المحافظ العام تبقى قابلة لتقييدها احتياطياً مع التقييد بالمقتضيات التي أصبحت تحكم التقييد الاحتياطي المتخذ بناء على نسخة من مقال الدعوى من حيث مدة سريان مفعوله وتمديده وجديته والتشطيب عليه³.

إلا أن رأياً آخر⁴ ذهب إلى القول بأن المقال المقصود في الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري هو المقال الافتتاحي للدعوى وليس المذكرات الجوابية أو الطعون في الأحكام والقرارات القضائية، ويدخل في حكمه التدخل الإرادي في الدعوى.

¹ - Amina Mabrouk ép. Mahlaoui, op.cit, p 145.

² - ادريس الفاخوري: الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، م.س، ص: 278.

³ - أحمد الشحيتي: أحكام التقييد الاحتياطي على ضوء مستجدات القانون 14.07 م.س، ص: 293 و 294.

⁴ - العربي محمد مباد: مستجدات التقييد الاحتياطي على ضوء القانون رقم 14.07 المغير والمتمم لقانون التحفيظ العقاري، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السادس، ماي 2012، ص: 35.

فآلية التقييد الاحتياطي بناء على مقال توفر لنا نوعاً من الحماية القانونية لكل من يدعي حقاً عينياً على عقار محفظ - المستهلك العقاري- من خلال إشهار المنازعة عن طريق تقييده في السجلات العقارية لكل الأسباب التي سبق ذكرها.

وتبرز لنا جلياً هذه الحماية عند الحديث عن أثر تقييد الأحكام القضائية الصادرة في إطار مقال الدعوى المقيد احتياطياً، حيث ينصرف بأثر رجعي إلى تاريخ تضمين التقييد الاحتياطي طبقاً للفقرة الثالثة من الفصل 85 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07.

إلا أنه قد يثار إشكال بخصوص تعذر تقييد الأحكام المذكورة لوجود أسباب قانونية؛ مما يضطر معه طالب التقييد إلى رفع دعوى قضائية ثانية ترمي إلى استصدار أحكام قضائية تسمح بالتقييد، الأمر الذي يطرح معه السؤال حول مدى إمكانية تقييد الأحكام القضائية الصادرة في إطار النزاع المعني بأثر رجعي ينسحب إلى تاريخ تضمين التقييد الاحتياطي لمقال الدعوى الأولى.

إجابة على هذا السؤال، أصدر المحافظ العام دورية¹ تنص على أنه: "يشرفني أن أنهي إلى علمكم أنه إذا تأكد لكم من خلال الأحكام القضائية الواردة عليكم أن الدعوى الثانية ترمي إلى تقييد الأحكام القضائية الصادرة في إطار مقال الدعوى الأولى المقيد احتياطياً، وأن الدعويين مرتبطتين بحيث إن الدعوى الثانية ليست دعوى مستقلة ولا يمكن أن تنتج أي أثر بدون الاستناد إلى الأحكام القضائية الصادرة في إطار الدعوى الأولى، فإنه يمكن إعمال الأثر الرجعي للتقييد الاحتياطي لمقال الدعوى الأولى بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة في إطار الدعويين، وذلك متى كانت هذه الأحكام مستوفية لباقي الشروط المتطلبة قانوناً".

وفي هذا الإطار يطرح التساؤل حول تاريخ سريان انطلاق أجل الشهر، فهل يتم الاعتماد على تاريخ التقييد بالرسم العقاري؟ أم بتاريخ رفع المقال أمام المحكمة المختصة؟

¹ - دورية عدد 420، الرقم الترتيبي 16990، صادرة بتاريخ 2019/12/26.

إجابة على هذا التساؤل، ذهب أحد الباحثين¹ إلى القول بأن سكوت المشرع عن بيان تاريخ انطلاق أجل الشهر، لا يمنع من تحديده وفق المبدأ العام الذي تقوم عليه التقييدات بصفة عامة لا على الاستثناء الفريد المتمثل في حالة التقييد الاحتياطي بناء على أمر والذي أصبح ينتهي لزوماً خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره، بمعنى أن الغير حسن النية لا يمكن مواجهته إلا بالتقييدات المضمنة بالرسم العقاري، ولا شأن له بالوقائع غير المضمنة، لذلك فلا يمكن الحديث عن تقييد احتياطي بناء على مقال ما لم يقيد فعلاً بالرسم العقاري.

وقد تدخل المحافظ العام بدوريته عدد 389 حيث جاء فيها²: "تم حصر مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على مقال دعوى في الموضوع في شهر ابتداء من تاريخ تقييده بالرسم العقاري"

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أن الأصل في مؤسسة التقييد الاحتياطي هو التمديد قبل نهاية أجل كل حالة من حالات التقييد الاحتياطي وذلك تحت طائلة التشطيب عليه- إلا ما استثنى بنص خاص كما هو الشأن مثلاً للتقييد الاحتياطي بناء على مقال دعوى القسمة الذي يستمر مفعوله إلى غاية نهاية النزاع طبقاً للمادة 316 من مدونة الحقوق العينية المعدلة بمقتضى القانون 13.18.³

وحسناً فعل المشرع حينما عدل مقتضيات المادة 316 المذكورة آنفاً، حيث حسمت النقاش السائد قبل التعديل بين رأي يستوجب تمديد التقييد الاحتياطي بناء على مقال

¹ - يوسف مختري: التقييد الاحتياطي بين تقييد حق الملكية وحمايته، منشورات مجلة الحقوق سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السادس، ماي 2012، ص: 107.

² - دورية عدد 389، الرقم الترتيبي 12663، صادرة بتاريخ 2011/12/20.

³ - نصت المادة 316 من القانون 13.18 المتعلق بتعديل المادة 316 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها تقييداً احتياطياً إذا تعلقت بعاهر محفظ. يستمر مفعول التقييد الاحتياطي المذكور إلى حين صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به".

ظهير شريف رقم 1.18.18 صادر في 05 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 13.18 القاضي بتعديل المادة 316 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 12 مارس 2018، ص 1448.

دعوى القسمة وبين رأي لا يتطلب ذلك، حيث رجع الرأي الأخير لما فيه من حماية للمتعاملين في المجال العقاري وكذا عدم إيقالهم بإجراءات ومصاريف قانونية هم في غنى عنها.

وفي هذا الإطار، أصدر السيد المحافظ العام مذكرة يلفت انتباه المحافظين على الأملاك العقارية بهذا التعديل الجوهري، حيث جاء فيها¹: "وبناء عليه، وابتداء من 12 مارس 2018 تاريخ صدور القانون رقم 13.18 المذكور بالجريدة الرسمية ودخوله حيز التنفيذ، فإن التقييدات الاحتياطية التي يتم تضمينها بالرسوم العقارية المعنية ببناء على دعوى القسمة، يستمر مفعولها إلى غاية صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به بشأنها".

وعطفا على ما ذكر، فإن قسمة جميع العقارات المحفظة لها شروطها الخاصة المنصوص عليها في المادة 316 المذكورة آنفاً، وذلك من قبيل ضرورة إجراء تقييد احتياطي لقبولها، وأن الحكم القضائي الصادر بشأنها يخضع لمراقبة المحافظ على الأملاك العقارية من أجل تقييده في حالة القسمة العينية، وهذه الشروط غايتها تحقيق استقرار تام للمعاملات العقارية الواردة على العقار المحفظ².

ويستفيد من التقييد الاحتياطي بناء على دعوى القسمة جميع الملاك على الشياخ ولو كانت الدعوى تم تقييدها من طرف مالك واحد، وهو ما قضت به محكمة الاستئناف بوجوده حيث جاء في قرار لها ما يلي³: "وحيث إن المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف ومحتوياته ودراستها لعلل الحكم المستأنف ثبت لها صحة ما نعاه الطاعنون أصليا

¹ - مذكرة عدد 2018/04، الرقم الترتيبي 3729، صادرة بتاريخ 20/03/2018.

² - وفي هذا الإطار، قضت محكمة الاستئناف بوجوده في أحد قراراتها بما يلي: "... إذ إن قسمة العقارات المحفظة لها شروطها الخاصة المنصوص عليها في المادة 316 من مدونة الحقوق العينية من ضرورة إجراء تقييد احتياطي لقبول القسمة، وأن الحكم القضائي الصادر بشأنها يخضع لمراقبة المحافظ على الأملاك العقارية من أجل تقييده في حالة القسمة العينية، ولخضوعها لقانون التحفيظ العقاري وما يتطلبه وفقا للفصول 65 و66 و67 منه، بخلاف العقارات غير المحفظة، هذا من جهة".

قرار صادر بتاريخ 05/10/2017، ملف عدد 66/1402/17، غير منشور.

³ - قرار صادر بتاريخ 11/05/2017، ملف عدد 141/1402/15، غير منشور.

وفرعيا عن الحكم المستأنف، ذلك أنه لما ثبت إجراء التقييد الاحتياطي على العقار موضوع القسمة فإنه لا مجال للقول بأن الدعوى قدمت خلافا للمادة 316 من مدونة الحقوق العينية، إذ إن أي طرف أجرى تقييدا احتياطيا وفق المادة المذكورة يستفيد منه الطرف الآخر، كما أن الدولة الملك الخاص أثبتت حسب شهادة الملكية المستدل بها أنها احترمت مقتضيات المادة 316 المذكورة، ومن ثم فإن الحكم المستأنف لما قضى بعدم قبول باقي الطلب بعلّة مخالفتها للمادة المشار إليها أعلاه لم يكن مؤسسا ويتعين إلغاؤه في هذا الشق والحكم من جديد بقبولها".

إضافة إلى حالة التقييد الاحتياطي بناء على مقال دعوى القسمة المستثنى من ضرورة تمديده قبل حلول أجله، هناك التقييد الاحتياطي في إطار التشريعات العقارية الخاصة، حيث نص الفصل 618/10 من القانون 44.00¹ المغير والمتمم بالقانون 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز على جواز طلب إجراءاته من طرف المشتري بناء على عقد البيع الابتدائي إذا تجاوزت التسبيقات 50% من ثمن البيع دون اشتراط موافقة البائع كما كان في السابق، وهو ما يشكل حماية للمستهلك العقاري، مع التأكيد أن هذا التقييد الاحتياطي يبقى ساريا إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي، وأن كل شرط مخالف يعتبر باطلا.

وآنذاك، يمنع على المحافظ عند تقييد هذا النوع من التقييد الاحتياطي أن يمنح للبائع نظير الرسم العقاري وذلك حتى لا يقوم ببيع العقار لأكثر من مشتري، وذلك طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 10 المذكور سالفًا، وهو ما يشكل تكريسا لحماية المستهلك العقاري من جهة، واستقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى.

وهذا المقتضى جعل أحد الباحثين يذهب إلى القول بأن هذا النوع من التقييد الاحتياطي يؤدي إلى تجميد العقار وحرمان البائع من إجراء أي تصرف طيلة المدة

¹ - نص الفصل 10 من القانون 107.12 على أنه: "يجوز للمشتري، إذا كان العقار محفظا، أن يطلب إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع الابتدائي إذا تجاوزت التسبيقات 50% من ثمن البيع. ويبقى التقييد الاحتياطي ساريا إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوق المشتري. وكل شرط مخالف يعتبر باطلا".

الفاصلة بين العقد الابتدائي وإبرام العقد النهائي¹.

إضافة إلى الحالتين السابقتين، نجد التقييد الاحتياطي الوارد في القانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار يبقى ساري المفعول إلى غاية تقييد البيع النهائي، حيث نصت المادة 5 منه على أنه: "يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي في الرسم العقاري.

يتم تعيين رتبة تقييد العقد النهائي بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي".

وفي جميع الأحوال، فإن هذه الحالات من التقييد الاحتياطي التي لا تتطلب تمديدتها؛ ما دام المشرع حدد تاريخ سريانها وأخرجها من دائرة الآجال المحددة للتقييد الاحتياطي في القواعد العامة الواردة في الفصل 86 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، لأن الأصل هو التمديد وذلك تحت طائلة التشطيب عليها تلقائياً من طرف المحافظ العقاري.

وقد نص الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون 14.07 في فقرته الرابعة على أنه: "يشطب على هذا التقييد الاحتياطي تلقائياً، بعد انصرام الأجل المذكور، ما لم يدل طالب التقييد بأمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية طبقاً لأحكام الفصل 85 أعلاه".

وهكذا جاء في أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط أنه "... ورغبة منهم في إتمام إجراءات البيع تقدموا بدعوى في الموضوع ، وبناء عليه تقدموا بطلب لدى المحافظ على الأملاك العقارية بالرباط من أجل إجراء تقييد احتياطي ثم تسجيله بتاريخ 2014/05/06 تحت عدد 1863 سجل 268، لذا يلتمسون الأمر بتمديد التقييد الاحتياطي المسجل على الرسم العقاري المذكور أعلاه وذلك إلى حين صدور حكم في الدعوى الراجعة أمام هذه المحكمة في الملف العقاري رقم 2014/1402/157 ، معززين

¹ - محمد الهنوني، التقييد الاحتياطي وإشهار المعاملات العقارية على ضوء القانون 44.00-18.00، مداخلة في أعمال ندوة العقار والإسكان المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية والمدنية والعقارية بكلية وبلدية المنارة جليز يوم 2003/04/24، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 20، منشورات كلية الحقوق التابعة لجامعة القاضي عياض بمراكش، 2003، ص 108.

طلبهم بنسخة من عقد شراء ومن مقال افتتاحي وصورة من شهادة الملكية... لهذه الأسباب نوافق على الطلب فنأمر :

السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالرباط - حسان - بتمديد مفعول التقييد الاحتياطي الذي تم تسجيله على الرسم العقاري عدد... المقيد بتاريخ 2014/05/06 تحت عدد 1863 سجل 268 بناء على مقال افتتاحي للدعوى عدد 2014/1402/157¹.

وفي هذا الإطار، ذهب أحد الباحثين² إلى أن ممارسة اختصاص تمديد التقييد الاحتياطي لرئيس المحكمة لا ينجو من الشوائب المحيطة به، إذ سيتكلف رئيس المحكمة بالبحث والتحري في مدى مصداقية النزاع الذي تنتظر فيه الهيئة الحاكمة قبل قبول أو رفض تمديد مفعول التقييد الاحتياطي، الأمر الذي يعتبر بمثابة حكم قبل الأوان وأغلب الظن أن علم الهيئة الحاكمة بقرار رئيس المحكمة أمر وارد بقوة، وهو معطى ويكون له تأثير غير مباشر على توجه المحكمة وقناعتها.

وفي اعتقادي أن هذا القول محل نظر، إذ أن إصدار رئيس المحكمة لأمر بتمديد التقييد الاحتياطي لا يتطلب البحث والتحري في مدى مصداقية النزاع الذي تنتظر فيه هيئة المحكمة، وإنما يتأكد من أن ملتمس التمديد قد تم داخل أجل سريان التقييد الاحتياطي وذلك بناء على الاطلاع على شهادة الملكية المسلمة من المحافظة العقارية وكذا المقال الافتتاحي الذي كان موضوع إجراء التقييد الاحتياطي.

وإذا كان التقييد الاحتياطي لا يؤدي إلى عرقلة تداول العقار إلا أن جميع التصرفات اللاحقة له المقيدة بالرسم العقاري تظل معلقة فعلا على مآل التقييد الاحتياطي ومهددة بالتشطيب في حالة إجراء التقييد النهائي للحق موضوع التقييد الاحتياطي.

وهذا الأمر جعل أحد الباحثين يعتبر أن مؤسسة التقييد الاحتياطي لها آثار قوية على المعاملات العقارية المتعلقة بالعقار المعني به، ويجعل هذه المعاملات تقل إن لم نقل

¹ - أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط بالنيابة عدد 2014/3459 بتاريخ 2014/05/14 أشار إليه هشام بلخير، إشكاليات التقييد الاحتياطي في ظل القانون 14/07 المغير والمتمم لظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 1913/08/12 م.س. ص: 612

² يوسف مختري، م.س، ص: 108.

تتعدم بالنسبة للعقار المثقل بتقييد احتياطي نظرا لخطورة آثاره وقوته القانونية¹.

وفي نظري أن ميزة التقييد الاحتياطي باعتبارها آلية تهدف لتحقيق الأمن العقاري، تتجلى في الآثار القانونية المترتبة عليه، والهادفة إلى حماية المستهلك العقاري الذي يتم تبصيره بأنه مقبل على اقتناء عقار مثقل بتقييد احتياطي مما يجعله يتراجع عن ذلك، كما أن قلة أو انعدام التصرفات العقارية عليه يشكل صورة من صور استقرار المعاملات العقارية.

وتتجلى قوة آثار التقييد الاحتياطي بشكل واضح من خلال استقراء مقتضيات المادة 220 من مدونة الحقوق العينية التي تنص في فقرتها الثانية على أنه: "...يترتب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزداد وتطهيره من جميع الامتيازات والرهن ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن"، وهو ما يفيد أن التقييد الاحتياطي لا يدخل في زمرة المادة السالفة الذكر ولا يطاله التطهير.

وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها إلى أنه²: "وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه كان مطلوبا منها أن تتأكد مما قضى به الحكم لفائدة المدعي وفيما إذا أصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به وفيما إذا كان التقييد الاحتياطي للطاعن سابقا لتقييد البيع بالمزاد العلني أم لا، وذلك بصرف النظر عن مآل ذلك البيع، وأنها لما لم تفعل جاء قرارها فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه وغير مرتكز على أساس قانوني، مما عرضه بالتالي للنقض والإبطال".

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أن التقييد الاحتياطي يستمر مفعوله طيلة الآماد المحددة قانونا ويشطب عليه من طرف المحافظ العقاري إما تلقائيا أو بقوة القانون بعد انتهاء الآجال المرتبطة به، وإما بطلب صاحب الرسم العقاري المالك المقيد بعد حصوله على تنازل المستفيد من التقييد الاحتياطي أو بحصوله على حكم قضائي نهائي مكتسب

¹ - إدريس المصلح، م س، ص 74 و 75.

² - قرار عدد 1/522، صادر بتاريخ 2014/10/28، ملف مدني عدد 2014/1/1560، غير منشور.

لقوة الشيء المقضي به بالاعتراف أو عدمه بالحق المقيد احتياطياً¹.

وعلى مستوى القضاء، أصدر رئيس المحكمة الابتدائية بالحسيمة أمراً بتشطيب التقييد الاحتياطي حيث جاء فيه²: "وحيث إن مفعول هذا الإجراء ينتهي بقوة القانون بمرور المدة المحددة له بمقتضى الفصل 86 من نفس القانون أي بعد مرور شهر، ما لم يدل طالب التقييد بأمر صادر عن رئيس المحكمة...".

وحيث أنه وحسب الشهادة العقارية المدلى بها، فإن الجهة طالبة التقييد الاحتياطي لم تقم بأي إجراء من إجراءات التمديد المفصلة في الفصل 86 المذكور، مما ينتج عنه قانوناً أن مدة صلاحية التقييد الاحتياطي قد انتهت بتاريخ أي بعد مرور شهر على هذا الإجراء".

لكن وفي بعض الأحيان؛ قد يكون طلب التشطيب غير مؤسس قانونياً مما يستوجب عدم قبول الطلب، وهو نفس المقتضى الذي تبنته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في أحد أحكامها حينما قضت بأنه³: "... وحيث تأكد للمحكمة بالرجوع إلى الوثائق المدلى بها أن هناك فعلاً دعوى راجعة متعلقة بالتشطيب على اسم من رسم عقاري رفعت بناء على مقال مؤرخ ... من طرف...، وأنه سجل تبعاً لذلك تقييد احتياطي بالرسم العقاري....".

لكن وحيث إن المدعية لم تدل للمحكمة بما يفيد انتهاء المسطرة المنجزة التقييد بمناسبتها مما يبقى معه طلب التشطيب على التقييد سابقاً لأوانه ويتعين الحكم بعدم قبوله".

كما جاء في أمر أصدره رئيس المحكمة الابتدائية ببركان أنه⁴:

"في الموضوع: حيث تهدف الجهة المدعية من طلبها إصدار أمر بالتشطيب على التقييد الاحتياطي المقيد بالرسم العقاري أعلاه.

¹ - أسماء بوحمد، م.س، ص: 65 و 66.

² - أمر رقم 59، صادر في 04/03/2015، ملف عدد 15/1101/345، غير منشور.

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 30/08/2006، ملف عدد 2141/2006، غير منشور.

⁴ - أمر رقم 47، صادر بتاريخ 27/02/2018، ملف رقم 14/1101/2018، غير منشور.

وحيث أسست الجهة المدعية الطلب على أساس أن بقاء التقيد الاحتياطي المشار إليه لم تعد له فائدة بعد انتهاء التقاضي بين الطرفين مدلية بصورة من قرار استئنافي.

...وحيث أنه لما كان مناط وأساس الطلب هو الحكم الصادر انتهائيا بتأييد الحكم الابتدائي القاضي برفض الطلب، فإن مقتضيات الفصل 91 من قانون التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون 14.07 هي الواجبة التطبيق من خلال المسطرة المحددة في الفصل 93 من نفس القانون، ذلك أن مقتضيات الفصل 86 من القانون أعلاه تخول إمكانية اللجوء إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات كلما كانت الأسباب المستند عليها غير جدية أو غير صحيحة، وهو ما لم يثبت في نازلة الحال التي صدر بشأنها حكم انتهائي".

ويتضح من هذا الأمر القضائي، ضرورة احترام القواعد القانونية المؤطرة للتشطيط على التقيد الاحتياطي، حيث أنه لا يمكن اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لاستصدار أمر بالتشطيط إلا إذا كانت هناك أسباب غير جدية أو غير صحيحة تم الاستناد إليها، أما في حالة صدور أحكام انتهائية في الموضوع؛ فإنه يجب على المستهلك العقاري تقديم طلب مؤرخ وموقع من طرفه يتم تقديمه إلى المحافظ العقاري يتضمن تعيين أو بيان ما يلي:

1- العقار الذي يعنيه التشطيط وذلك ببيان رقم رسمه العقاري؛

2- التقيد الاحتياطي المطلوب التشطيط عليه؛

3- سبب التشطيط والحكم الانتهائي المثبت لذلك.

فالتشطيط على التقيد الاحتياطي هو إجراء مقابل للآثار القوية التي يتمتع بها، فإذا كان يؤدي إلى عرقلة المعاملات العقارية المبرمة بشأنه، من خلال امتناع المؤسسات البنكية عن منح قروض وتمويلات وعدم إيداء الرغبة في شرائه من قبل المستهلك، فإنه في بعض الأحيان قد يكون بسوء نية، مما حدا بالمشروع للتدخل بمقتضى الفصلين 86 و 86 مكرر من ظهير التحفيظ العقاري والنص على إمكانية التشطيط عليه بناء على أمر من رئيس المحكمة كلما كانت الأسباب غير جدية أو غير صحيحة مع إمكانية المطالبة

بالتعويض.

وفي هذا الإطار أصدر رئيس المحكمة الابتدائية بوجدة أمرا برفع التقييد الاحتياطي حيث جاء فيه¹: "...وحيث تبين لنا أن التقييد الاحتياطي المقيد.... والذي مدد بناء على عريضة النقض التي تقدم بها المطلوب... ضد....، مع أن هذا الأخير هو من الغير يكون سببا غير جدي. ومن هذا المنطلق فإنه يتعين التشطيب عليه خاصة وأن عنصر الاستعجال متوافر في الدعوى ويتمثل في عرقلة حركية عقار المدعية مع ما يترتب على ذلك من تأخير على حرية التصرف والاستغلال للملك العقاري بل وقد يؤثر على تحديد قيمته المالية بالسوق العقارية".

كما جاء في أمر آخر² برفع التقييد الاحتياطي لكونه تعسفيا حيث جاء فيه: "وأنه منذ صدور الحكم المشار له أعلاه لم تعمل الجهة المدعى عليها على تنفيذه بل تقاعست في ذلك رغم إنذارها وتوصلها الشخصي في شخص ممثلها القانوني وتبليغها الحكم وانقضاء أجل الاستئناف، وأنه سبق للمدعى عليها أن ضربت تقييدا احتياطيا على الرسم العقاري المشار إليه أعلاه، وذلك بناء على مقال دعوى إتمام إجراءات البيع. وأنه ما دامت الجهة المدعى عليها لم تنفذ التزامها أو تعبر عن نيتها في تنفيذ مقتضيات الحكم المشار إليه أعلاه فإن التقييد الاحتياطي يبقى مجرد تقييد كيدي وعن سوء نية ومن شأنه حرمانها من حق التصرف في نصيبها من العقار بكافة أوجه التصرف".

وجامع القول، أن المشرع العقاري أوجد ضمانات قانونية للمستهلك العقاري -المقتني لعقار محفظ- من خلال إمكانية الطعن في قرارات المحافظ وإثارة مسؤوليته، ناهيك عن آلية التقييد الاحتياطي التي تشكل إجراء فعلا ومحققا لحمايته، وذلك في ظل المبادئ التي يستند عليها ظهير التحفيظ العقاري والمحقة لاستقرار المعاملات العقارية.

¹ - أمر عدد 165، صادر في 28/03/2017، ملف رقم 17/126، غير منشور.

² - أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بوجدة رقم 351، بتاريخ 31/05/2019، ملف رقم 19/1101/314، غير منشور.

خاتمة

من خلال ما سبق، وبعد الانتهاء من البحث في موضوع: "الأمن العقاري بين تحقيق حماية المستهلك وغاية استقرار المعاملات العقارية"، يمكن القول بأن مفهوم الأمن العقاري له دور رائد وفعال، إذ يعد المكون الأساس لمجموعة من القواعد الموضوعية والإجرائية الفقهية والقانونية التي تعمل على حماية الملكية العقارية والمعاملات المنصبة عليها، وحفظ أمنيتهما القانوني والقضائي، مما يفيد إمكانية الاعتماد عليه كمبدأ جوهري سواء في القواعد العامة أو الخاصة. لاسيما أن المشرع لم يكتف بتنظيم المعاملات العقارية في نصوص خاصة؛ وإنما تطرق لذلك في إطار القواعد العامة التي تتدخل بتنوع ضماناتها واختلاف خصوصية إجراءاتها لتكون العمود الفقري للمبادئ والأنظمة المتصلة اتصال قرار بنظام ظهير التحفيظ العقاري.

ويتضح جليا وجود نوع من الترابط بين ظهير الالتزامات والعقود بكونه قاعدة عامة لكل التصرفات القانونية وبين ظهير التحفيظ العقاري باعتباره قاعدة خاصة تنظم القواعد المؤطرة للعقار المحفظ والعقار في طور التحفيظ، والكل بغض النظر عن طبيعة هذه القواعد أكانت موضوعية أو إجرائية.

ونظرا للدور البارز الذي يلعبه مفهوم الأمن العقاري باعتباره حجر الزاوية لتحقيق حماية الملكية العقارية والمعاملات المنصبة عليها، فهو يرتبط ارتباطا وثيقا بكيفية إيجاد نوع من التوازن بين تحقيق حماية المستهلك العقاري وغاية استقرار المعاملات العقارية التي تقوم على عدة مبادئ في ظهير التحفيظ العقاري.

لذلك، فما يمكن تسجيله في هذا الإطار، أن مفهوم الأمن العقاري يصطدم بركيزتين أساسيتين هما:

- حماية المستهلك العقاري

- استقرار المعاملات العقارية.

وحتى يقوم مفهوم الأمن العقاري بالدور المنوط به، يتعين عليه أن يقوم تارة

بترجيح حماية المستهلك على حساب استقرار المعاملات العقارية، وتارة أخرى ترجيح هذه الأخيرة على حساب حماية المستهلك، وتارة ثالثة استقرار المعاملات العقارية وحماية المستهلك في آن واحد وعلى حد سواء.

وفي هذا الإطار، نجد الرسالة الملكية السامية أكدت للمشاركين في المناظرة الوطنية حول السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية بتاريخ 2015/12/08 على أنه: "ويشكل الجانب التشريعي أحد التحديات التي يتعين رفعها لتأهيل قطاع العقار، وذلك لتنوع أنظمتها، وغياب أو تجاوز النصوص القانونية المنظمة له، إضافة إلى تعدد الفاعلين المؤسساتيين المشرفين على تدبيره. لذا ندعو للانكباب على مراجعة وتحديث الترسانة القانونية المؤطرة للعقار بشقيه العمومي والخاص، بما يضمن حماية الرصيد العقاري وتنميته، والرفع من فعالية تنظيمه وتبسيط مساطر تدبيره، لتمكينه من القيام بدوره في تعزيز الدينامية الاقتصادية والاجتماعية لبلادنا".

وعليه، فإنني أناشد المشرع العقاري للانكباب على مراجعة وتحديث الترسانة القانونية المؤطرة للعقار بشقيه العمومي والخاص؛ بما يضمن تحقيق مفهوم الأمن العقاري من خلال تقديم جملة من التوصيات، وذلك على النحو التالي:

- دعوة المشرع المغربي إلى مواصلة إدخال تعديلات في قانون الالتزامات والعقود -أسوة بالتشريع المصري والجزائري اللذين قاما بتعديل قانونهما المدني مرارا وأحالا على القوانين الخاصة - وذلك بطريقة تحقق لنا مفهوم الأمن العقاري عن طريق إيجاد موازنة فعالة بين حماية مستهلك العقار واستقرار المعاملات العقارية ما دام يشكل قاعدة عامة، أو التدخل بمقتضيات خاصة تكمل النقص الحاصل فيه كما حصل لقانون بيع العقار في طور الإنجاز أو المقتضيات المتعلقة بالوكالة. مع العلم أن قانون الالتزامات والعقود المغربي عند تطرقه للالتزام بالتسليم لم يستحضر ولو جزءا يسيرا من مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري بالرغم من صدورهما في يوم واحد ألا وهو 12 غشت 1913، على خلاف المشرع المصري الذي أصل لطبيعة الالتزام بالتسليم واعتبره بمثابة فرع عن الالتزام بنقل حق عيني.

- إقرار المشرع صراحة التزام ضمان الاستحقاق كآلية قانونية يستفيد منها

مستهلكو العقار الخاضع لظهير التحفيظ العقاري في نطاق معين، وهذا ما سيساهم بشكل جلي في إقرار الحماية القانونية له بصفة عامة وذلك باعتبارها آلية قانونية حمائية بعد إبرام العقد.

- توسيع دائرة تطبيق قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والذي يتضمن العديد من الآليات القانونية لحماية المستهلك العقاري، ومن أهمها قواعد الضمان التي يجب تكريسها في المعاملات العقارية لما لها من دور في تحقيق حماية للمستهلك مع التنويه بموقف المشرع - في إطار بيع العقار في طور الإنجاز المعدل لمقتضيات الفصل 618 من قانون الالتزامات والعقود - الذي وسع من قواعد الضمان لتشمل العيوب الظاهرة.

- تعزيز مفهوم الأمن العقاري، عبر إيجاد إطار قانوني ينظم دعوى إتمام إجراءات البيع سواء الهادفة إلى تحرير العقد النهائي أو بناء على عقد نهائي، باعتبارها تشكل ضماناً قانونية لحماية المستهلك العقاري؛ مع الاعتماد على المقتضيات التي جاءت بها التشريعات العقارية الخاصة لما فيها من حماية له من جهة، كما هو الشأن مثلاً بخصوص اعتبار الحكم النهائي بمثابة عقد نهائي حتى يكون هذا الأخير في معزل عن اللجوء إلى البائع الذي قد يقوم بابتزازه، ومن جهة أخرى تحقيقاً لاستقرار المعاملات العقارية على حد سواء.

- تكريس دعوى البطلان في المعاملات العقارية باعتبارها دعوى شخصية تهدف إلى منع أو محو الآثار القانونية لكل تصرف باطل، سواء تعلق بتصرف باطل لم ينفذ، أو بتصرف باطل تم تنفيذه جزئياً، وهذا التحديد لطبيعة دعوى البطلان هو تحديد منطقي ويتفق مع الواقع العملي، فالعقد الباطل وإن كان يعتبر عدماً، وأن العدم لا يحتاج من الناحية النظرية إلى حكم قضائي يقرر انعدامه، مع مراعاة بعض الحالات التي لا يمكن للمحكمة أن تثبته من تلقاء نفسها وهو ما يشكل تقييداً لسلطة المحكمة من تطبيقه على نطاق واسع حتى لا يتم إلحاق ضرر بمستهلك العقار.

- العمل على إرساء قواعد الإبطال، وذلك لما لها من آثار هامة في المعاملات العقارية، فإذا كان هو الجزاء الذي يرتبه المشرع - إما على الإخلال بشرط من شروط

صحة العقد؛ كما لو كانت إرادة أحد المتعاقدين غير سليمة لتعييبها بعيب من عيوب الرضا، وتكون الإرادة غير حرة وفيها عيب من العيوب إذا كان هناك غلط أو إكراه أو تدليس أو نقصان أهلية مستهلك العقار، أو لو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، وإما بموجب نص قانوني يمنح حق الإبطال لأحد المتعاقدين في بعض الحالات-، فإنه يهدف إلى حماية المالك الحقيقي - مستهلك العقار - في حالة وجود التدليس أو زور أو استعماله على حساب المقيد عن حسن نية، وبعبارة أوضح ترجيح مبادئ العدالة على حساب استقرار المعاملات العقارية بغية تحقيق أمن عقاري.

- توسيع نطاق تطبيق آلية الفسخ دون اللجوء إلى القضاء قصد إقراره - فإذا كان لمستهلك العقار مكنة التحلل من العقد عن طريق دعوى الفسخ بعد اللجوء إلى القضاء. فإن هذا ما يتقل كاهله-، وذلك على غرار ما نص عليه المشرع عبر التدخل بقوانين خاصة لحماية المستهلك بصفة عامة، وهو ما جاء في القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، حيث منح للمستهلك الحق في فسخ الالتزام دون اللجوء إلى القضاء قصد إقراره مما يشكل إخلالا وخروجا عن ق.ل.ع، وكذا منحه لجهة معينة كما جاء في المرسوم التطبيقي لأحكام القانون 62.17 المتعلق بالوصاية الإدارية على الجماعات الساللية وتدبير أملاكها.

- العمل على إرساء القواعد القانونية الهادفة إلى المزاوجة بين دعوى التعويض الواردة في قانون الالتزامات والعقود، وبين دعوى التعويض في قضايا التحفيظ العقاري، إذ أن هذه الأخيرة تشكل ضمانا وحماية أساسية من بين الضمانات التي تفرد بها ظهير التحفيظ العقاري لحماية حق الملكية من أي ضرر يلحق المتعاملين في المجال العقاري من جراء مسطرة التحفيظ العقاري أو التقييد بالسجل العقاري.

- البحث عن توليفة قانونية قصد التوفيق بين ما ورد في ق.ل.ع من آليات هادفة لحماية المستهلك العقاري من قبيل قواعد الضمان- خصوصا ضمان التعرض المادي وتوسيع ضمان التعرض القانوني ليشمل ذاك الصادر من الغير وما بعد التعاقد-، وبين آلية الخلاصة الإصلاحية الواردة في ظهير التحفيظ العقاري، إذ ما المانع من تطبيق قاعدة الضمان ولو بشكل استثنائي ومحدود في إطار مسطرة التحفيظ خصوصا أن بعض

عقود البيع المتعلقة بالعقار في طور التحفيظ تتضمن بندا مفاده ضمان البائع لأي تعرض وذلك تحت طائلة متابعتة قضائيا.

- ضرورة إيجاد توليفة قانونية بين ما ورد في القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والذي يتضمن العديد من الآليات القانونية لحماية المستهلك العقاري، ومن أهمها حق التراجع الذي يجب تكريسه في المعاملات العقارية لما له من دور في تحسين حماية المستهلك، وبين ما ورد في ظهير التحفيظ العقاري سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ.

- الإبقاء على تطبيق مقتضيات الفصل 84 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 في حيز زمني معين أثناء مسطرة التحفيظ لما فيه من ربح للوقت للمستهلك العقاري مع الأخذ بعين الاعتبار بعض التصرفات كالحجوز والرهن، وممارسة حق الشفعة التي لا يمكن حصرها زمنيا أثناء مسطرة التحفيظ. وذلك بإلزامية اللجوء إلى آلية إيداع الحق كلما كانت مسطرة التحفيظ قد انتهى أجل التعرض فيها، أما إذا لم يكن أجل التعرض قد انتهى فلا يكون أمام المستهلك العقاري إلا اللجوء إلى آلية الخلاصة الإصلاحية وفق الفصل 83 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، والكل في فلك منح حجية مطلقة للحقوق المكتسبة أثناء مسطرة التحفيظ بمجرد تأسيس الرسم العقاري، وهذا ما سيؤدي إلى تحقيق الموازنة المنشودة والمتمثلة في حماية المستهلك من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق استقرار المعاملات العقارية الواردة على العقار في طور التحفيظ.

- تجاوز تطبيق بعض القواعد التي أنتجتها محكمة النقض والتي تروم إلى تفويض صلاحية المحكمة للبت في الموضوع وعدم جواز إمكانية التدخل أمام المحكمة ولو ابتدائيا، وعدم إمكانية الفصل بين المتعرضين، وهذا الأمر لا يسعف في تحقيق الهدف المنشود والمتمثل في الأمن العقاري الذي يتطلب نوعا من المرونة والخصوصية في قضايا التحفيظ العقاري من قبيل مثلا إمكانية الفصل بين المتعرضين وجواز التدخل أمام المحكمة الابتدائية على الأقل.

- إعادة النظر في المقتضيات التشريعية، والتي من شأنها أن تجعل من مؤسسة

التعرض آلية لتحقيق الأمن العقاري وذلك من خلال بلورة مهام المحافظ العقاري ومنحه سلطة أوسع في مراقبة الوثائق المؤيدة للتعرض، وعدم حصر مهامه كجهة إدارية جامدة تنحصر في تلقي وثائق المتعرض والقيام بإرسالها مع باقي الوثائق المتعلقة بالملف إلى المحكمة، مع التوصية على ضمانات الطعن في قرار المحافظ في حالة رفض التعرض.

- ندعو القضاء المغربي إلى تطبيق مقتضيات الفصل 48 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 كلما تبين له وجود العناصر القانونية والأسباب القائمة لاستنباط سوء نية المتعرض، لأن من شأن ذلك الحد من التعرضات الكيدية وهو ما سيؤدي إلى تحقيق أمن عقاري.

- إمكانية التخلي عن مبدأ من مبادئ ظهير التحفيظ العقاري أو اختراقها كلما اقتضت المصلحة التوفيق بين استقرار المعاملات العقارية من جهة وحماية المستهلك العقاري من خلال تكريس ضمانات فعالة من جهة أخرى، مادام شيوع مبادئ ظهير التحفيظ العقاري في نظام الشهر العيني، لا يجوز تفسيره على أن نفس هذه المبادئ بأكملها مسلم بها في كل دول العالم التي تنهج هذا النظام.

هذا، وإن كنت قد عالجت موضوع الأمن العقاري بين تحقيق حماية المستهلك وغاية استقرار المعاملات العقارية، وخرجت بالعديد من التوصيات، فإن موضوع الأمن العقاري يبرز من خلال عدة مواضيع أخرى يمكن للباحثين الاشتغال عليها؛ كما هو الشأن مثلاً:

1- استيعاب ظهير التحفيظ العقاري للضمانات الواردة في قانون الالتزامات والعقود.

2- تطبيق النظريات الحديثة التي جاء بها قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك في ظهير التحفيظ العقاري.

3- اختراق مبادئ ظهير التحفيظ العقاري وتحقيق الأمن العقاري.

انتهى بحول الله وتوفيقه.

لائحة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب العامة والخاصة

- آمال جلال، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، مطبعة نشر دار أكدال الرباط، سنة 1985.
- أحمد ادريوش، تأملات نظرية حول مدونة الحقوق العينية، الكراسة الثانية، إشكالية التوفيق بين استقرار المعاملات وبين حماية الملكية العقارية، دراسة حول أصل وأصالة المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى 2014-2015.
- أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، الرباط، طبعة 2011.
- إبراهيم أو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، بدون دار الطبع، سنة 1978.
- إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب - دراسة لنظام التحفيظ العقاري والفقہ الإداري والعمل القضائي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2018.
- إدريس الفاخوري، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، دار النشر الجسور، سنة 1998.
- إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون رقم 14.07، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2013.
- إدريس الفاخوري، مدخل لدراسة مناهج العلوم القانونية، مطبعة الجسور، طبعة 2013-2014.

- إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2019.
- أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية - دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوربية، مطبعة دار اقرأ، طبعة 3، 1983.
- جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، مطبعة دار الهدى عين مليلة الجزائر، طبعة 2014.
- حدو معسو، حماية الحقوق الواردة على مطلب التحفيظ عن طريق مسطرتي النشر والإيداع طبقا للفصلين 83 و 84 من ظهير التحفيظ العقاري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2018.
- حسام الظافر، أحكام الوكالة في التصرفات العقارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2020.
- حسن فتوخ، التقيد الاحتياطي وعلاقته بالحجوز والإنذارات العقارية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008.
- حمدي باشا عمر وليلى زروقي، المنازعات العقارية، مطبعة دار هومة الجزائر، الطبعة العاشرة 2008.
- حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، مطبعة دار الفكر العربي، طبعة 1979.
- خير الدين الطاوس، إشهار الحقوق المكتسبة خلال مسطرة التحفيظ وآثارها في ضوء مستجدات القانون 14.07، مطبعة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى 2015.
- الطيب الفصايلي، الوجيز في المدخل لدراسة القانون، مطبعة إيزس للنشر الجامعي بالبيضاء، الطبعة الثانية، 1991.
- رشا علي جاسم العامري، الرجوع في التعاقد - دراسة مقارنة -، مطبعة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، طبعة 2017.
- رياض الجمل، دراسات في قانون التحيين العقاري، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس الطبعة الأولى، 2015.

- ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، مطبعة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2011.
- الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ علي معوض، تحقيق "الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني" الإمام أبي الحسن علي البغدادي الشهير بالماوردي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1999م، الجزء الخامس.
- عبد الحق الصافي، عقد البيع - دراسة في ق.ل.ع وفي القوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 2018.
- عبد الحق صافي، عقد البيع - دراسة في ق.ت.ع والقوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998.
- عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، دار الكتب والدراسات العربية الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى 2018.
- عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود المسماة، الكتاب الأول، العقود الناقلة للملكية، عقد البيع، مطبعة الأمانة الرباط، الطبعة الأولى 2011.
- عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2014.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000.
- عبد السلام أحمد فيغو، عقد البيع، مطبعة دار القلم، الرباط، طبعة 2002.
- عبد السلام محمد هارون، تحقيق "معجم مقاييس اللغة" للإمام أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، مطبعة دار الفكر، طبعة 1979، الجزء الثالث.
- عبد العزيز حضري، أحكام المسؤولية المدنية، بدون ذكر الطبعة، مطبعة طه حسين، وجدة 2018.
- عبد القادر العرعاري، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، منشورات دار الأمان، الرباط، مطبعة الكرامة، الطبعة الأولى 2009.

- عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة 2 / 2010، مطبعة الكرامة، الرباط.
- عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 1996.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الخامسة 2016.
- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام، دون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى، 1999.
- عصام عطياوي، حجية اكتساب الحقوق العينية بنية حسنة بين استقرار المعاملات العقارية ومبادئ العدالة في ضوء مستجدات مدونة الحقوق العينية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى 2015.
- علي عباس مراد، الأمن والأمن القومي مقاربات نظرية، دار الروافد الثقافية - ناشرون بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2017.
- عمر أزوكار، التقيد الاحتياطي في ضوء العمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2015.
- عمر أزوكار، الدليل العملي للعقار في طور التحفيظ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011.
- عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مطبعة القدس، الإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة 2008.
- عمرو لمزع، الشعاع الفائض في علم الفرائض فقها وعملا، مطبعة أنفو - برانت فاس، طبعة نوفمبر 2002.
- فاروق أحمد دسوقي، استخلاف الإنسان في الأرض، مطبعة دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، دون ذكر الطبعة، والسنة

- فؤاد الصامت، القواعد الموضوعية للأمن العقاري - دراسة مقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون الوضعي -، مطبعة دار السلام الرباط، طبعة 2015.
- ماجد الحموي، تحقيق كتاب القوانين الفقهية الإمام أبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي، مطبعة دار ابن حزم - بيروت لبنان، بدون طبعة.
- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، مطبعة العربية للطباعة والنشر بالرباط، ط3، الجزء الثاني، 1987.
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطابع دار القلم، بيروت، طبعة 1974.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2003.
- محمادي لمعكشاوي، الدليل العملي في التحفيظ العقاري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2014.
- محمد ابن الحاج السلمي، التقيد الاحتياطي في التشريع العقاري، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2002.
- محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1999.
- محمد الحياي، المحافظ العقاري والمسؤولية التصديرية واقع وآفاق، مطبعة مؤسسة النخلة للكتاب، طبعة 2003.
- محمد الحياي، عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة وراقعة الكتاب فاس، الطبعة الأولى، يناير 1994.
- محمد الكشور، بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - الطبعة الأولى 1997.
- محمد بفقير، ظهير التحفيظ العقاري الجديد والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2014.

- محمد بن الحاج السلمي، سياسة التحفيز العقاري في المغرب بين الإشهار العقاري والتخطيط الاجتماعي الاقتصادي، منشورات عكاظ، ماي 2012.
- محمد بونبات، نظام التحفيز العقاري: دراسة في القوانين المرتبطة بنظام التحفيز العقاري في المغرب، سلسلة آفاق (11)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثانية، 2005.
- محمد خيرى، التعرضات أثناء التحفيز العقاري في التشريع المغربي، الشركة الجديدة، دار الثقافة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1983.
- محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيز العقاري في التشريع المغربي، طبعة 2014، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- محمد خيرى، مستجدات قضايا التحفيز العقاري في التشريع المغربي، المساطر الإدارية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2013.
- محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002.
- محمد لشقار، الحماية للمشتري في عقود اقتناء السكن، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2012.
- محمد مهدي الجم، التحفيز العقاري بالمغرب، دار الثقافة للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، سنة 1986.
- المختار بن أحمد عطار، التحفيز العقاري في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2008.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول - دراسة مقارنة -، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، طبعة 2016.
- ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، المكتب المصري الحديث، القاهرة، طبعة 2000.
- مولاي رشيد العلوي مبروك، المرجع العملي لقضاء محكمة النقض في البيوع العقارية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2017.

- ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مطبعة دار هومة الجزائر، الطبعة الثانية 2015.
- يوسف الشيخ محمد، تحقيق "مختار الصحاح" الإمام زين الدين أبي عبد الله الراوي، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، الطبعة الخامسة 1999.
- يوسف الغوناجي، صعوبة القيد بالسجلات العقارية بين مسببات الاستشكال وآفاق الحلول، دراسة معمقة وفق آخر المستجدات، سلسلة استشارات عقارية، العدد 1، الطبعة الأولى 2013.
- يوسف مختري، حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2016.
- محمد سالم الغضبان، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي وقانون الالتزامات والعقود المغربي، مكتبة دار السلام- الرباط، الطبعة الأولى 2004.
- يسير قيشوح، المقتضيات الزجرية في ظهير التحفيظ العقاري، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة دراسات قضائية، الإصدار الخامس، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2016.

2- الأطاريح والرسائل

أ- الأطاريح

- بوجمعة زافو، أثر نظام التحفيظ العقاري على تداول الملكية العقارية، 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.
- جميلة العماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعين المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، عين الشق، السنة الجامعية 2001-2002.

- عبد العالي الحمداوي، حماية المستهلك في العقود الخاصة المتعلقة بالإنعاش العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط-أكادال، السنة الجامعية 2015-2016.

- العربي الشادلي، الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، عين الشق، السنة الجامعية 2006-2007.

- علي الرام، بيع العقار في طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2004.

- عمر عمر، دور القضاء الاستعجالي في مادة العقار المحفظ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2015-2016.

- فاطمة الداودي، دور المحافظ العقاري وتدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية على ضوء مستجدات القانون رقم 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 2014-2015.

- فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.

- كمال عون، تنفيذ المحافظ على الأملاك العقارية للمقررات القضائية - بين تطبيق القواعد العامة والخاصة وعلى ضوء مستجدات القانون رقم 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 2012-2013.

- لبيض ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2013-2014.

- لحسن عبد العظيم، تدخل القضاء في ميدان التحفيظ العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2011-2012.

- محمد الحداد، دور الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية في تفعيل التشريع العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مختبر قانون الالتزامات والعقود، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2015-2016.

- محمد زعاج، آثار تعدد التشريعات والأنظمة العقارية والتوثيقية على السياسة العقارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2015-2016.

- مراد عامر، نهائية الرسم العقاري بين ثوابت النص ومتطلبات الواقع، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية شعبة القانون الخاص، مركز دراسات الدكتوراه في القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2018-2019.

- نور الدين لعرج، الشكلية في عقد الرهن في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكدال الرباط، السنة الجامعية 1999-2000.

- ورده غزال، دور الاجتهاد القضائي في مسطرة التحفيظ العقاري، 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.

ب- الرسائل

- أسماء بوحمد، دور نظام التحفيظ العقاري في تحقيق الأمن العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر: العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل مكناس، السنة الجامعية 2016-2017.

- أسماء مصلوحي سوسي، الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، قانون منازعات الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهرار، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2013-2014.
- أمان الناجي، تأثير قانون حماية المستهلك على نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر الدراسة الميثولوجية المطبقة على الالتزام التعاقدية والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2013-2014.
- إدريس اليحياوي، حماية مستهلك العقار، رسالة لنيل دبلوم الماستر، قانون المنازعات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل، مكناس، السنة الجامعية 2016-2017.
- إلياس الطاوس، دور المحافظ في تنفيذ الأحكام العقارية بين متطلبات الاختصاص والصعوبات القانونية - دراسة في مستجدات القانون رقم 14.07 - رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2011-2012.
- بكوري محمد رضا، خصوصية المسطرة في مادة التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2011-2012.
- بوبكر حمدون، مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد بالرسم العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية، رسالة لنيل دبلوم ماستر قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012-2013.
- جواد جدي، النظام القانوني لمطل المدين في قانون الالتزامات والعقود، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2017-2018.
- الحاجة طالبي، وفاء حربة، إشكالية تنفيذ المقررات القضائية من طرف المحافظ العقاري، بحث لنهاية التدريب بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، الفوج 29، سنة 2000-2002.

- حميد العمري، الزمن في مسطرة التحفيظ وعلاقته بالأمن القانوني، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، ماستر القانون العقاري والحقوق العينية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2016-2017.
- رشيد الفيداح، الادعاء بسوء النية في قضايا التحفيظ وفق مستجدات قانون 14.07، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2012-2013.
- سارة الدراق، الأمن القانوني والقضائي في التشريع العقاري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر القانون المدني والأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2011-2012.
- سمية الشيخ علي، إشكالية التوفيق بين استقرار المعاملات وحماية الملكية العقارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص - العقار والتنمية -، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2012-2013.
- عالي طوير، مركز حسن النية في النظام العقاري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية 2013-2014.
- عبد الخالق الشرفي، دعوى إتمام البيع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2004-2005.
- عبد الرزاق زاوي، إشكالات الإيداع في مطلب التحفيظ، رسالة بحث لنهاية التمرين بالمعهد العلي للقضاء بالرباط، سنة 2011-2013.
- عبد الرزاق نافع، إشكالية ضمان العيوب الخفية في عقد البيع على ضوء ق.ل.ع المغربي، رسالة نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الرباط، 2002-2004.
- عبد العزيز التهامي، حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2015-2016.

- عبد العلي لعديري، الإشهار العقاري بين النظرية والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم ماستر قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2010-2011.
- عبد الغاني بولنوار، مسطرة الإيداع والتعرض عليها وفق الفصل 84 من ظهير التحفيز العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2014-2015.
- عبد الكريم عبو، التعسف في استعمال حق التعرض والتقييد الاحتياطي في ضوء قانون رقم 14.07، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2014-2015.
- عمر أوتيل، التوثيق ودوره في استقرار المعاملات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012-2013.
- فؤاد الخضير، دعوى إتمام البيع بين النص القانوني والمعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2018-2019.
- فاطمة الحروف، حجية القيد في السجل العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 1993-1994.
- فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص - القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسنطينة، جامعة الإخوة منثوري، الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008.
- كريمة جعفر، مبدأ تسلسل التقييدات وأثره على حقوق الأغيار، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2013-2014.

- ليلي بوشواري، الحد من الدعاوى الكيدية بين صلاحيات المحافظ العقاري والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة العقار والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2012-2013.
- مازن الجم، الحقوق الخاضعة للتسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 1990-1991.
- محمد عسولي، الحماية الوقائية لحقوق الغير خلال المرحلة الإدارية للتحفيظ، 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 2006-2007.
- محمد المقوم، قاعدة التطهير بين متطلبات إنعاش الاستثمار وضرورة تحقيق العدالة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2010-2011.
- منقار هوارى، الشهر العقاري وآثاره على نقل الملكية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة أدرار، السنة الجامعية 2014-2015.
- نفيسة أبريك، شكلية بيع العقار المحفظ في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث الضمانات التشريعية في قانون الأعمال المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 1999-2000.
- هروال ياسين، القواعد الإجرائية لدعوى التحفيظ العقاري وتضارب العمل القضائي، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، فوج 41، سنة 2015-2017.
- هشام آيت الصديق، دعوى إتمام إجراءات بيع العقار المحفظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر القوانين الإجرائية المدنية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2010-2011.

- وئيل أوعيسى، الخلاصة الإصلاحية ودورها في حماية حقوق الأطراف خلال مسطرة التحفيظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2017-2018.
- يونس معاطا، الأمن العقاري في ضوء قانون 14.07، رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص العلوم الأمنية وتدبير المخاطر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية 2014-2015.

3- المقالات

- ادزني عبد العزيز، الإيجار المفضي إلى تملك العقار - قراءة في القانون 51.00 -، مجلة الأملاك، العدد المزدوج 11 و 12، السنة 2012-2013.
- آيت أحمد الغازي، التعرضات في المسطرة العادية والمساطر الخاصة للتحفيظ العقاري، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض، عدد 26، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015.
- أبو بكر مهم، حماية المستهلك في إطار القانون المغربي - دراسة في إشكالية الطبيعة القانونية
- للحق في الرجوع - مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 1/150-2/2016.
- أحمد أجعون، المنازعات العقارية بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية، منشورات دار الأمان، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2016.
- أحمد الشحيبي، أحكام التقييد الاحتياطي على ضوء مستجدات القانون 14.07، مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 21-2015، الموسومة بعنوان "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية".
- أحمد دحمان، تلقي التعرضات وشروط تقديمها وقرارات المحافظ بشأنها، نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية - قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 21، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015.

- أمينة ناعمي، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون رقم 39.08، الإصدار الخامس، ماي 2012.
- أمينة ناعمي، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض. مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 160 السنة 2012.
- إبراهيم بحماني، أحكام التقييد الاحتياطي على ضوء مستجدات القانون 14.07، مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 21 الموسومة بعنوان "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية"، 2015.
- إدريس المصلح، الفعالية القانونية لمؤسسة التقييد الاحتياطي وانعكاسها على الاستثمار في ظل المستجدات، ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون 14.07، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية سلسلة فقه القضاء العقاري، مستجدات القوانين العقارية على ضوء الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، الطبعة الأولى.
- إدريس لزرق، مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية والطعن في قراراته على ضوء مستجدات القانون رقم 14.07 المغير والمتمم لظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 21 المعنون بـ "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07"، طبعة 2015.
- الإدريسي بوشعيب، التقييدات على الرسوم العقارية وقرارات المحافظ بشأنها، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 02 يونيو 2012.
- البشير بن إسماعيل، صور دعوى إتمام إجراءات بيع عقار محفظ على ضوء العمل القضائي، مجلة القانون المدني، العدد الرابع، مطبعة الأمانة الرباط، 2017.
- بوشعيب الإدريسي، التطهير في نظام التحفيظ العقاري وفق القانون رقم 14.07، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 2، 2014، مكتبة دار السلام، الرباط.
- بوشعيب شاهي، دعاوى التعويض ودور صندوق التأمين، مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 21 المعنون بـ "نظام التحفيظ العقاري - دعامة أساسية للتنمية - قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07"، طبعة 2015.

- بوعبيد عباسي، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 37، 2002.
- توفيق عزوزي، حماية المستهلك في المجال العقاري، مقال منشور بمجلة الدفاع العدد 06، سنة 2011.
- جبار جميلة، الدفتر العقاري في النظام القانوني الجزائري، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، ع27 يناير 2015.
- جواد كموني، أهم آثار التحفيظ العقاري من خلال النص القانوني والعمل القضائي، مقال منشور في مجلة الملف، العدد 23، نونبر 2015.
- رشيد العراقي، بعض المشاكل التي تنشأ عن التحفيظ والتسجيل والتي لها انعكاسات على الإنعاش العقاري والتعمير، مقال منشور في المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 12، 1986.
- رشيد حمداوي، الإشكالات العملية للإيداع طبقا للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، عدد خاص - قضايا العقود والعقار بين الفقه والقضاء، العدد السابع، يناير - ماي 2016، مطبعة دار القلم، الرباط.
- رضا بنكريم، الخصوصيات الإجرائية أمام المحكمة العقارية، مقال منشور في مجلة بحوث في القانون العقاري الجزء الأول، جمعية الحقوقيين بصفافس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى 2015.
- رياض الجمل، المفعول الزمني للتطهير بالنسبة لأحكام التسجيل العقاري، مقال منشور في مجلة بحوث في القانون العقاري، الجزء الأول، جمعية الحقوقيين بصفافس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى 2015.
- سعيد أبرباش، دعوى التعويض في نظام التحفيظ العقاري بين مسؤولية المحافظ الشخصية والمرفقية، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض، عدد 26، مطبعة الأمانة الرباط، طبعة 2015.

- سفيان ادريوش، الأمن القانوني في المجال العقاري، مقال منشور في أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 بوجدة، تكريما للأستاذ الحسين بلحساني بعنوان: العقار والتعمير والاستثمار، الطبعة الأولى 2017، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- السكتاني عمر، الجواني الإجرائية لمسطرة التعرض في نظام التحفيظ العقاري الجديد، دراسة في تطور الاجتهاد القضائي المغربي، مقال منشور بمجلة الملف، العدد 21 أكتوبر 2013.
- شكيب حيمود، وسائل حماية الحقوق الناشئة خلال مساطر التحفيظ العقاري، مقال منشور في الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري؛ دفاتر النقض، عدد 26، مطبعة الأمنية الرباط، سنة 2015.
- عادل العشابي، مدى فعالية المرحلة القضائية لمسطرة التحفيظ العقاري في تحقيق العدالة وتشجيع الاستثمار - دراسة نقدية للفصلين 32 و 37 من الظهير المتعلق بتحفيظ الأملاك العقارية -، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف وحدتي التكوين والبحث لنيل الدكتوراه ودبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، 19-20 ماي 2006، بعنوان "العقار والاستثمار".
- عادل المعروف، الآليات القانونية لحماية مستهلك العقار، مقال وارد بمؤلف جماعي حول حماية المستهلك منشور في المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مطبعة فاريير سطات، الطبعة الأولى 2020.
- عبد الإله المرابط - حميد الربيعي، الدور الرقابي للمحافظ في حماية حق الملكية العقارية، المنازعات العقارية، دراسة وأبحاث في ضوء نظام التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية والمستجدات التشريعية في المادة العقارية، الجزء الثالث، مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2017.
- عبد الرحمان الشرقاوي، تنظيم بيع العقار في طور الإنجاز في القانون المغربي بين تشجيع الاستثمار وضرورة حماية الطرف الضعيف، مقال منشور في أشغال الندوة الوطنية، المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016 تكريما للأستاذ الحسين بلحساني، بعنوان العقار والتعمير والاستثمار، الطبعة الأولى 2017، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.

- عبد السلام بلخياط، التقييد الاحتياطي في سؤال وجواب، مجلة صلة وصل، العدد 3 يوليوز 1985.
- عبد العالي دقوقي، دور الاجتهاد القضائي في إعادة صياغة القاعدة القانونية العقارية، مقال منشور بالمجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية العدد 11، دجنبر 2016.
- عبد الكريم السباعي، الجوانب الإيجابية للحفاظ العقاري، مقال منشور بمجلة صلة وصل، العدد الأول، يناير 1985.
- عبد اللطيف الكلعي، آثار نظام التحفيز على تحقيق الأمن العقاري، مقال منشور بمجلة دفاتر قانونية عقارية - محكمة النقض -، العدد 1، دجنبر 2016.
- عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مقال منشور بمجلة القانون المغربية، سنة 2009.
- عبد المنعم عبود، القوة الثبوتية للترسيمات العقارية، مجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد 6، جوان 2001.
- العربي محمد مباد، مستجدات التقييد الاحتياطي على ضوء القانون رقم 14.07 المغير والمتمم لقانون التحفيز العقاري، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السادس، ماي 2012.
- عصام عطياوي، أثر التدليس والتزوير على تقييدات الغير حسن النية - دراسة في ضوء المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، مجلة المعرفة القانونية والقضائية، العدد الأول 2017، مطبعة الجسور.
- عصام عطياوي، أثر التدليس والتزوير على تقييدات الغير حسن النية - دراسة في ضوء المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، مقال منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، العدد 1، 2018.
- علي الحنودي، الأمن القانون مفهومه وأبعاده، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 96، يناير - فبراير 2011.

- علي الهلالي، البت القضائي في التعرضات على مساطر التحفيظ، دفاتر محكمة النقض عدد 21، عدد خاص بعنوان "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية"، قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07، مطبعة الأمنية، الرباط 2015.
- عمر أزوكار، التعرض على مسطرة الإيداع، الفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، ع 1، بعنوان "قانون التحفيظ العقاري بين روح ظهير 1913 ومستجدات قانون 14.07"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2012.
- فاطمة السحاح، مدى نجاعة مؤسسة التعرضات من خلال القانون 14.07، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني العدد الأول بعنوان "قانون التحفيظ العقاري بين روح ظهير 1913 ومستجدات قانون 14.07"، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2012.
- فلجي محمد، مسؤولية المحافظ وأثرها في مراقبته للسندات المدلى بها أمامه، مقال منشور بالأيام الدراسية التي نظمتها مديرية المحافظة العقارية والأشغال الطبغرافية وجمعية المحافظين والمراقبين على الملكية العقارية، المعنون ب "التوثيق وآثاره على التنمية العقارية"، أيام 12-13-14 ديسمبر 1986 الجديدة.
- كمال عون، دور المحافظ على الأملاك العقارية في حماية الملاكين المقيدين من الاستيلاء على عقاراتهم، مقال منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، العدد الأول، 2018.
- لطيفة التبيني، القيود الاحتياطية والسجل العقاري، دراسات قانونية، مقال منشور بمعلومات واستفسارات قانونية، الصفحة التونسية.
- لمياء أوبوزور، دعوى إتمام إجراءات البيع، مقال منشور في مجلة القضاء والقانون، العدد 164، طبعة 2014.
- المجذوب طارق، إتمام البيع بين ق.ل.ع وظهير التحفيظ العقاري، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 25 يناير 2010.
- محمد ابن الحاج السلمي، تأملات في بعض الأحكام العامة للقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، مقال منشور في أعمال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية العقارية يومي 04 و 05 ماي 2018 تكريما للأستاذ الدكتور إدريس الفاخوري، تحت عنوان مدونة الحقوق العينية بين الواقع والمأمول، الجزء الثاني، العدد 58 السنة 2019

- محمد البعديوي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود التبادلية، مقال منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد 7 و8، السنة 2008.
- محمد الهنوني، التقيد الاحتياطي وإشهار المعاملات العقارية على ضوء القانون 44.00-18.00، مداخل في أعمال ندوة العقار والإسكان المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية والمدنية والعقارية بكلية وبلدية المنارة جليز يوم 2003/04/24، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 20، منشورات كلية الحقوق التابعة لجامعة القاضي عياض بمراكش، 2003.
- محمد الهيني، تقييم لنظام الطعن في قرارات المحافظ العقاري بين القضاء العادي والقضاء الإداري على ضوء مستجدات قانون التحفيظ العقاري، مقال منشور بمنشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، أشغال الملتقى الدولي الذي نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية وماستر التوثيق والعقار بتعاون مع شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بمراكش يومي 23 و24 مارس 2012، العدد 41 السنة 2013.
- محمد بحماني، دعاوى التعويض ودور صندوق التأمين، مقال منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 21 المعنون ب "نظام التحفيظ العقاري - دعامة أساسية للتنمية - قراءة في مستجدات القانون رقم 14.07"، طبعة 2015.
- محمد صالح، الحد من التعرضات الكيدية كآلية لتحقيق الأمن العقاري، مقال منشور بمجلة المعرفة القانونية والقضائية، عدد مزدوج 2 و3، 2018، مطبعة الجسور، وجدة.
- محمد فلجي، قرار التحفيظ بين صحة السندات وسلامة الإجراءات، مقال منشور بمجلة جمعية المحافضية، العدد 6، أبريل 1997.
- محمد كبوري، قراءة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، منشورات مجلة الحقوق سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون رقم 39.08، الإصدار الخامس، ماي 2012.
- محمدي فردية، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، طبعة 2004.
- المختار عطار، المخاطر المهددة لمشتري العقار عند عدم تقديم حقه بالرسم العقاري، مجلة الأملاك، عدد 1، 2006.

- مساعدة أيمن، علاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 46، أبريل 2012.
- مصطفى الكيلة، التقدير القضائي للتعويض، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة دراسة قضائية، العدد الأول، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008.
- المنتصر الداودي، مسطرة التحفيظ العقاري وأثرها وإشهار الحقوق العينية وتسجيلها على الرسوم العقارية، ندوة العقار المنعقدة بالرباط بتاريخ 6 و 7 دجنبر 1978، منشورات وزارة العدل.
- نبيلة الكراي الوريمي، حائز العقار، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس، طبعة 2015.
- نرجس كريم، المفعول التطهيري للحكم العقاري، مقال منشور في مجلة بحوث في القانون العقاري، الجزء الأول، جمعية الحقوقيين بصفافس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى 2015.
- نور الدين الجزولي، عقد بيع العقار المحفظ بين الشكلية والرضائية، الفصل 489 من ق.ل.ع، مقال منشور في مجلة المحامي، العدد 17، السنة 1990.
- هشام المراكشي، دور مسطرة إشهار العقار في طور التحفيظ والتصرفات الواردة عليه في حماية حقوق الأغيار، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 25، نونبر 2014.
- هشام بلخير، إشكاليات التقييد الاحتياطي في ظل القانون 14.07، المغير والمتمم لظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913، مقال منشور بالندوة الوطنية في موضوع: الأمن العقاري دفاتر محكمة النقض عدد 26-2015.
- يوسف مختري، التقييد الاحتياطي بين تقييد حق الملكية وحمايته، منشورات مجلة الحقوق سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السادس، ماي 2012.

4- التقارير:

- التقرير السنوي لمحكمة النقض 2013، مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، إعداد قسم التوثيق والدراسات والبحث العلمي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014.

1- Les ouvrages

- Amina Mabrouk ép, Mahlaoui, Introduction Au foncier Marocain, Ministère de la Culture, 2015.
- Benoît Cartuyvels, Anne – cécile de ville de Goyet, Ariane Denis, Jean – Philippe Gillain, Benoît Kahl, Gabriel Rasson, Roland Stiers et Benjamine Wilkin, la Vente Immobilière Aujourd’hui et Demain, Groupe Larcier, Editions Bruylant, 2015.
- Cécile Biguenet – Maurel, Didier Chauvaux, David Lambert, Stéphane Piédelièvre, Muriel Suquet – Cozic : Vente Immobilière 19, Edition Francis Lefebvre, 15 Juillet 2018.
- Dagot Michel, la publicité foncier, puf coll, Thémis, 1ère édition, 1981.
- Fassi Fehri Boubker et belkhatat Abdessalam : Le pourquoi de l’immatriculation foncière, 200 questions réponses, sans imprimerie, édition 1985.
- Gabriel marty et Pierre Raynaud, les suretés ; la publicité foncière, 2^{ème} éd sirey – Paris, 1987.
- MALAURIE philippe et aynes laurent : les contrats spéciaux, Defrenais, Paris, 2004.
- Mélanie Monteillet Geffroy, les contrats immobiliers, formalités et nouvelles dispositions (loi Alur – loi macron), imprimerie la ballery 28 clamercy 2017.
- Muriel Mestre-Mahler Emmanuel Béal dit Rainaldy, droit de l’immobilier dunod 2017-2018.
- Paul Decroux, Droit foncier Marocain, Editions la porte, Rabat, Tome 3, 1972.
- Paul Decroux, droit foncier marocaine, imp El Maarif Al Jadida, Rabat 2002.
- Picard Jean, Technique de la vente d’immeuble avant contrat, l’acte de vente, préface de michel dagot libraire, technique de la cour de cassation, Paris.
- Stéphane Piedalivre, La publicité foncière, libraire générale de droit et de jurisprudence, 2000.

2- Les thèses et mémoires

- AZAMI Mohammed, Portée de l’effet constitue et de force probante des inscriptions sur les livres fonciers, M.D.S, Université Mohammed V, Faculté des sciences juridique et économique et sociales, Rabat, 1987.
- Oulakhir Mouna, la validité du contrat de vente immobilier, mémoire pour l’obtention du diplôme de master en droit des affaires université Moulay Ismail, faculté des sciences Juridiques Economiques et Sociales, 2011-2012, Meknès.

- Pascol Ancel, la protection de l'acquéreur d'un Bien immobilier contre les défauts de la chose vendue, mémoire étude de contentieux, université Jean Monnet saint-Etienne, Octobre 2004.

3- Les notes

- Recueil des Notes de service 2000-2010, ANCFCC, conservateur général.
- Recueil des textes relatifs au régime de l'immatriculation foncière, réalisé par la direction de la conservation foncière, édition Août 1999.

ثالثا: المواقع الالكترونية

- www.asabah.com.tn
- www.codes.droit.org
- www.droitimmobilier.ca
- www.educaloi.qc.ca
- www.isamveri.org
- www.ispavocat.tn
- www.legavox.fr
- www.legifrance.gouv.fr
- www.lemonde.fr
- www.turess.com
- <http://fr.calameo.com/books/0008683167408a3ccdbdc>

المحتويات

لائحة فك الرموز	1
مقدمة	2
الباب الأول: مظاهر تجسيد الأمن العقاري على ضوء القواعد	
العامة	16
الفصل الأول: الضوابط الموضوعية الواردة في ق.ل.ع لتحقيق مفهوم	
الأمن العقاري	18
المبحث الأول: الالتزامات الملقاة على عاتق البائع	20
المطلب الأول: الالتزام بتسليم العقار	20
الفقرة الأولى: ماهية الالتزام بالتسليم	21
الفقرة الثانية: خصائص الالتزام بالتسليم	24
المطلب الثاني: التزام البائع بنقل الملكية	34
الفقرة الأولى: الالتزام بنقل الملكية في التشريع المغربي	35
الفقرة الثانية: التزام نقل الملكية في التشريع المقارن	45
المبحث الثاني: الضمانات القانونية المخولة للمشتري	53
المطلب الأول: ضمان التعرض والاستحقاق	53
الفقرة الأولى: ضمان التعرض	54
أولاً: ضمان التعرض الصادر عن البائع	54
1- ضمان التعرض المادي	54

56.....	2- ضمان التعرض القانوني.....
58.....	ثانيا: ضمان التعرض الصادر عن الغير
58.....	1- أن يكون تعرض الغير قانونيا.....
60.....	2- أن يكون تعرض الغير واقعا في الحال.....
61.....	3- أن يكون تعرض الغير قبل التعاقد
62.....	الفقرة الثانية: ضمان الاستحقاق
63.....	أولا: الاستحقاق الكلي للعقار المبيع
63.....	1- استرداد ثمن العقار المبيع:.....
65.....	2- المصاريف الإدارية والقضائية.....
66.....	ثانيا: الاستحقاق الجزئي للعقار المبيع
72.....	المطلب الثاني: ضمان العيوب الخفية.....
72.....	الفقرة الأولى: ماهية الالتزام بضمان العيوب الخفية.....
76.....	الفقرة الثانية: شروط ضمان العيب الخفي
76.....	أولا: أن يكون العيب خفيا في العقار
80.....	ثانيا: أن يكون العيب مؤثرا في العقار.....
82.....	ثالثا: أن يكون العيب قديما في العقار.....
	الفصل الثاني: الضوابط الإجرائية الواردة في ق.ل.ع لتحقيق مفهوم
87.....	الأمن العقاري.....
89.....	المبحث الأول: دعوى إتمام إجراءات البيع.....
89.....	المطلب الأول: تجليات دعوى إتمام إجراءات البيع.....
90.....	الفقرة الأولى: دعوى تحرير العقد النهائي.....
99.....	الفقرة الثانية: دعوى إتمام البيع بناء على عقد نهائي
105.....	المطلب الثاني: آثار صدور الحكم لصالح المستهلك العقاري.....
106.....	الفقرة الأولى: مدى اعتبار الحكم بمثابة عقد بيع نهائي

111	الفقرة الثانية: مدى اعتبار الحكم بمثابة سند للملكية.....
118	المبحث الثاني: دعوى إنهاء عقد البيع
118	المطلب الأول: البطلان والإبطال
119	الفقرة الأولى: البطلان
127	الفقرة الثانية: الإبطال
136	المطلب الثاني: الفسخ والتعويض
137	الفقرة الأولى: دعوى الفسخ
137	أولاً: أن يكون المدين في حالة مطل:
141	ثانياً: وفاء المطالب بالفسخ بالتزامه
142	ثالثاً: أن يكون التزام البائع بالتسليم مستحيلاً
146	الفقرة الثانية: التعويض

الباب الثاني: تجليات تحقيق الأمن العقاري في ظهير التحفيظ

153	العقاري
155	الفصل الأول: العقار في طور التحفيظ وآليات تحقيق الأمن العقاري
156	المبحث الأول: آليات نشر الخلاصة الإصلاحية والإيداع
156	المطلب الأول: نشر الخلاصة الإصلاحية
157	الفقرة الأولى: المناط القانوني لمسطرة الخلاصة الإصلاحية
166	الفقرة الثانية: آثار نشر الخلاصة الإصلاحية
174	المطلب الثاني: آلية الإيداع
174	الفقرة الأولى: تجليات آلية الإيداع في الأساس التشريعي
181	الفقرة الثانية: الآثار الناجمة عن سلوك مسطرة الإيداع
190	المبحث الثاني: آلية التعرض

المطلب الأول: خصوصيات مؤسسة التعرض.....	190
الفقرة الأولى: تحديد ماهية التعرض وخصائصه.....	191
الفقرة الثانية: التطبيقات العملية لآلية التعرض.....	199
المطلب الثاني: الحد من التعرضات الكيدية.....	206
الفقرة الأولى: صلاحيات المحافظ للحد من التعرضات الكيدية.....	207
الفقرة الثانية: دور الاجتهاد القضائي في الحد من التعرضات الكيدية.....	219
أولاً: عدم انطباق بيئة المتعرض مع الملك موضوع مطلب التحفيظ.....	225
ثانياً: الاكتفاء بالإدلاء ببينة الإرادة.....	227
ثالثاً: عدم الإدلاء بأي وثيقة.....	228
رابعاً: انعدام السبب في إقامة التعرض.....	229
الفصل الثاني: العقار المحفظ وآليات تحقيق الأمن العقاري.....	232
المبحث الأول: دور مبادئ التحفيظ العقاري في استقرار المعاملات العقارية.....	233
المطلب الأول: نجاعة مبادئ ظهير التحفيظ العقاري.....	233
الفقرة الأولى: مبدأ التنظيم العيني والمشروعية.....	234
أولاً: مبدأ التنظيم العيني.....	234
ثانياً: مبدأ المشروعية.....	236
الفقرة الثانية: مبدأ تسلسل التقييدات وعدم سريان التقادم.....	239
أولاً: مبدأ تسلسل التقييدات.....	240
ثانياً: مبدأ عدم سريان التقادم.....	245
المطلب الثاني: اختراق بعض مبادئ ظهير التحفيظ العقاري.....	249
الفقرة الأولى: مبدأ العلنية.....	250
الفقرة الثانية: مبدأ التطهير.....	255

265	الفقرة الثالثة: مبدأ حجية التقييد.....
271	المبحث الثاني: الضمانات القانونية المخولة لمستهلك العقار.....
271	المطلب الأول: الطعن في قرارات المحافظ وإثارة مسؤوليته.....
272	الفقرة الأولى: الطعن في قرارات المحافظ العقاري.....
275	أولاً: رفض تقييد حق عيني أو التشطيب عليه.....
	ثانياً: قرار رفض طلب تسليم نظير جديد للرسم العقاري أو نسخة شهادة التقييد
276	الخاصة.....
277	ثالثاً: قرار رفض تصحيح الإغفالات والأخطاء المادية.....
282	الفقرة الثانية: إثارة مسؤولية المحافظ العقاري.....
288	المطلب الثاني: آلية التقييد الاحتياطي.....
289	الفقرة الأولى: خصوصيات التقييد الاحتياطي.....
299	الفقرة الثانية: أنماط التقييد الاحتياطي وآثار التشطيب عليه.....
299	أولاً: التقييد الاحتياطي بناء على سند.....
301	ثانياً: التقييد الاحتياطي بناء على أمر.....
303	ثالثاً: التقييد الاحتياطي بناء على مقال.....
315	خاتمة.....
321	لائحة المصادر والمراجع.....
344	المحتويات.....