

العنوان:	دور الإجتهااد القضائي في تحقيق الأمن العقاري
المصدر:	مجلة محاكمة
الناشر:	عز الدين الماحي
المؤلف الرئيسي:	وتاب، الرافة
المجلد/العدد:	ع13
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2017
الشهر:	سبتمبر
الصفحات:	140 - 121
رقم MD:	888830
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	القوانين والتشريعات، الأحكام القضائية، الإجتهااد القضائي، الأمن العقاري، محكمة النقض الإداري، المغرب، المجتمع المغربي
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/888830

دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن العقاري

ذ. الرافة وتاب

قاض بالمحكمة الابتدائية بسلا

تضطلع المحاكم وبخاصة محكمة النقض بدور فعال في ضمان العدالة دون محاباة أو تمييز ، فالمؤسسات القضائية يقع على عاتقها مسؤولية الاجتهاد القضائي و سد الثغرات بالنسبة للأمر الطارئ ومواكبة التحولات التكنولوجية الحديثة. لأن من خصائص القاعدة القانونية العمومية والتجريد نصوصها متناهية ومحددة لا تعطي حولا فرديا لما يمكن أن يثار من نزاعات ، ومن تم تولد الاجتهاد القضائي الذي يبقى ضامنا لاستمرارية القواعد بملاءمتها ووقائع النزاع المعروض ، وهو ما يجعل منه مصدرا مستقلا من مصادر القاعدة القانونية .

لذلك فدور محكمة النقض لا يقتصر على النظر في الأحكام والقرارات المطعون فيها أمامها ، بل يتعداه إلى مناقشة ما تقف عليه من سوء فهم في تطبيق القانون وما ترصده من فراغ تشريعي ، من خلال التوفيق بين النصوص القانونية المتعارضة والعمل على استنباط القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض عليها لما ينعلم النص التشريعي بما يناسب روح التشريع وروح المبادئ العامة المبنية على قواعد العدالة والإنصاف.

فعملها على هذا النحو يسعى لتعزيز الأمن القانوني في المجتمع ، لأهمية الاجتهاد القضائي في ضبط العلاقات والمعاملات بتمكين المتقاضين دون أدنى جهد من تحديد المباح والمحظور بموجب القوانين المعمول بها ، فبات مطلبا حقوقيا لما يكفله من توحيد للحلول القانونية و توقعها على نحو يرسخ الأمن القانوني .

على اعتبار أنه غاية دستورية ، كما نصت على ذلك المادة 117 من الدستور الجديد لسنة 2011 بقولها بأنه : « يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات و حرياتهم وأمنهم القضائي و تطبيق القانون ».

وأخيرا أصبح الحديث عن الأمن القضائي في مجال العقار بما يطلق عليه ب « الأمن العقاري » من خلال إسهام القضاء العقاري في تطوير القواعد الموضوعية و الإجرائية على الدعاوى العقارية المعروضة عليه و تعامله مع القيود الواردة على اختصاصه خاصة قضايا التحفيظ العقاري، وكذا مواجهته لقاعدة التطهير و تحصين الحقوق العينية المكتسبة في إطار التحفيظ و ما قد ينجم عنها من أضرار حين صدور قرار التحفيظ.

وبذلك تبرز أهمية هذا الموضوع العلمية في أن القضايا العقارية أصبحت في حاجة ملحة و مستعجلة وقبل أي وقت مضى إلى أحكام قضائية متكاملة و تشريع موحد يساهم في تطهيرها من الشوائب التي تحول و الانتفاع بالعقار و بين تحقيق تنمية حقيقة ببلادنا. و بالتالي الوصول إلى تفعيل حقيقي للأهمية التي يكتسبها الأمن العقاري في تحقيق المقاصد الدستورية ، التي لا تقل عن الترسيع لوطن امن تسوده العدالة والمساواة، أمن عقاري يحصننا من مخاوف الوقوف في كبوات الكساد العقاري.

على هذا الاعتبار سنشير في هذه الدراسة لأهم مظاهر تدخل اجتهاد القضاء وبخاصة محكمة النقض في توحيد العمل، و من خلال التعرض لأهم مواقف محكمة النقض التي ساهمت في توضيح لقواعد قانونية و العمل على استقرارها و تيسير فهمها للمخاطبين بأحكامها، بما يحقق أمنا عقاريا يكون حافزا على الاستثمار والرخاء الاقتصادي ، ولا يزال قطاع العقارات المحفظة المجال الخصب والأنسب للاستثمار لما يوفرها من ضمانات في هذا المجال.

وهو ما يدفعنا لطرح التساؤلين التاليين والذين سيشكلان الإشكالين المحوريين لهذه الدراسة، و المتمثلين في :

هل استطاع القضاء المغربي تحقيق الأمن العقاري ؟
وما هو دور محكمة النقض في توحيد العمل القضائي في القضايا العقارية و ضبطه ؟
وهو ما يقتضي منا معالجته على الشكل التالي :

المطلب الأول : مكانة الاجتهاد القضائي العقاري في المنظومة القانونية.
المطلب الثاني : دور الاجتهاد القضائي في إرساء الصفة النهائية للرسم العقاري.

المطلب الأول

مكانة الاجتهاد القضائي العقاري في المنظومة القانونية

يبقى الاجتهاد القضائي⁽¹⁾ من أهم العوامل المؤثرة على مبدأ الأمن القانوني، وكل تراجع عن اجتهاد قضائي قار بتبني اجتهاد قضائي جديد مخالف لما استقر عليه قد يهدد استقرار المعاملات و عاملا من عوامل انعدام الأمن القانوني، لأن استقرار المعاملات تبقى إحدى أهدافه وغاياته التي يسعى المشرع إلى ضمانها داخل المجتمع ومن تم توفير المناخ الملائم لموه و تطوره.

لأن خلق قواعد قانونية و اجتهادات قضائية متواترة هو قيمة قانونية مضافة ومساهمة في تحقيق الأمن القضائي واستقرار الحقوق، مما يجعل القضاء فعلا في خدمة المواطن.

وأصبح الاجتهاد القضائي في المادة العقارية من أهم المطالب الحقوقية لما يكفله من توحيد للحلول القضائية وتوقعها على نحو يرسخ الأمن القانوني ويحقق الوضوح والاستقرار والتوقع.

ووعيا من المشرع لأهمية قطاع العقار في جلب الاستثمارات الاقتصادية وسعيا لتحقيق الأمن القانوني، عمل على تحديث ترسانته القانونية المتعلقة بالمجال العقاري مواكبة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، كالقانون رقم 90-25 المتعلق بالتجزئات العقارية و القانون رقم 00-44 المتعلق ببيع العقار

1- الاجتهاد القضائي هو مجموع الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها. فالعملية تفترض إذن جانبين :

أولا : تفسير القانون متى كان غامضا وثانيا : تكميله متى كان ناقصا مادام القاضي ملزما بإصدار حكم في كل نزاع يعرض عليه ولا يجوز له الامتناع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني ينطبق على النزاع .

لأنه لما تعرض قضية على محكمة ما فإنه يتجه أولا إلى النصوص التي يمكن أن تعطيها الحل المناسب ، وفي الكثير من الأحيان تكون هذه النصوص واضحة فلا تحتاج إلى تفسير وكافية فلا تحتاج إلى تكميل . لكن يحدث أحيانا أن يكون النص غامضا فلا بد آنذاك من تفسيره أو ناقصا أو غير موجود فلا بد من استنباط قاعدة تكمله أو تعوضه لأن القاضي لا يمكنه أن يمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو نقصه . موسى عبود : « الاجتهاد القضائي و دوره في النظام القضائي المغربي » مساهمة في المؤتمر الثامن لهيئات المحامين بالمغرب بمكناس ، منشور بمجلة المحاماة العدد 8 / السنة 1969 ، ص : 16 و 17 .

و يختلف الاجتهاد القضائي عن العمل القضائي من حيث مصدره وشكله ومضمونه ، فمعظم التشريعات تجعل من العمل القضائي عملية منظمة قانونا لحسم كل نزاع يثور بين الأفراد ، سواء فيما يتعلق بإجراءات تقديم الدعوى أو فيما يتعلق بطرق التحقق ووسائل الإثبات وطرق الطعن في الأحكام الصادرة بخصوصها ، بينما لا ينخص المشرع الاجتهاد القضائي بقواعد قانونية محددة بشكل مسبق ، بل إن الاجتهاد القضائي نفسه يساهم في خلق قواعد وأعراف تؤطر العملية القضائية .

محمد عبد النبوي « تعميم الاجتهاد القضائي : مساهمة في خدمة العدالة » مقال منشور بمجلة سلسلة الاجتهاد القضائي العدد 2 .

في طور الإنجاز و القانون رقم 00-18 المتعلق بالملكية المشتركة و القانون رقم 00-51 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار و التي كان لها الأثر في تعديل ظهير التحفيظ العقاري⁽²⁾ والظهير المتعلق بالحقوق العينية⁽³⁾ و قانون التوثيق العصري⁽⁴⁾.

وعليه سنعمل في هذا المطلب على تبيان دور الاجتهاد القضائي العقاري في خلق القاعدة القانونية (تحسين جودة مشاريع القوانين / تحقيق جودة القوانين و تطويرها ...) مبرزين لنماذج لمظاهر و تجليات و مكانة الاجتهاد في ظل القانونين رقم 07-14 المغير و المتمم لظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913 و رقم 09-38 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتاريخ 22 نونبر 2011 .

بإبراز هذه المكانة من خلال فقرتين :

أتطرق في الأولى لمساهمة الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية ، من خلال نماذج لتجليات قضاء محكمة النقض في النص التشريعي .

بينما أخصص الفقرة الثانية لأثر تحولات الاجتهاد القضائي على الأمن القضائي والأمن القانوني من خلال إبراز ذلك على ضوء قرارات نفس الجهة القضائية.

الفقرة الأولى

مساهمة الاجتهاد القضائي

في خلق القاعدة القانونية

للأمن القضائي ارتباطا وثيقا و جدلا بمفهوم الأمن القانوني و اللذان يفتقدان معا لتعريف تشريعي كما لم يضع له الفقهاء تعريفا مباشرا .

ويعرف الأمن القانوني على أنه مجموعة من المبادئ و الحقوق الواجب احترامها لتحقيق هذا

2- الظهير الشريف رقم 177-11-1 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق 22 نونبر 2011 القاضي بتنفيذ القانون رقم 07-14 المغير والمتمم بمقتضاء الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1431 الموافق ل 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري ، الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادرة بتاريخ 24 نونبر 2011 ، ص : 5575 وما يليها .

3- الظهير الشريف رقم 178-11-1 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق 22 نونبر 2011 القاضي بتنفيذ القانون رقم 09-38 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغير و المتمم لظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1433 الموافق ل 02 يوليوز 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات غير المحفظة الملفى ، الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادرة بتاريخ 24 نونبر 2011 ، ص : 5587 وما يليها .

4- الظهير الشريف رقم 179-11-1 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق 22 نونبر 2011 القاضي بتنفيذ القانون رقم 09-32 المتعلق بقانون التوثيق ، الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادرة بتاريخ 24 نونبر 2011 ، ص : 5611 وما يليها .

الأمن من خلال : المساواة / قاعدة قانونية واضحة / الحرص على تجاوز التناقض في القواعد القانونية / الحفاظ على استقرار العلاقات التعاقدية / الحفاظ على استقرار العلاقات التعاقدية / قابلية القانون للتوقع / سهولة الولوج إلى القانون و العدالة و المحكمة / ضمان قواعد المحاكمة العادلة / عدم رجعية القانون / الشفافية⁽⁵⁾ .

و القضاء هو الذي ينقل القواعد القانونية المجردة من حالة الجمود إلى الحركة بتطبيق هذه القواعد على الوقائع المادية المعروضة عليه ، على اعتبار أن طبيعة عمل القضاء و جوهره تطبيق أحكام القانون على مختلف النزاعات المعروضة عليه⁽⁶⁾ بتدبر مختلف وقائع القضايا المثارة أمامه و الاجتهاد في سبيل إيجاد الحلول المناسبة لها .

ووظيفة القضاء تعتبر الأسبق تاريخا عن فكرة القاعدة القانونية على اعتبار أن خلق القواعد القانونية هو جزء من وظيفة القضاء ، لأن صعوبة إلمام التشريع بمختلف النوازل التي يتصور أن تثار و محدوديته تجعل من القضاء مصدرا للقانون .

لأن القاضي لم يعد يكتفي بتطبيق القانون و ترجمته على أرض الواقع بل أصبح يشارك عمليا في إنتاجه و صنعه عن طريق اجتهاده⁽⁷⁾ .

غير أن ينبغي استحضار أن تحقيق القضاء للأمن القانوني لن يتصور إلا بالأخذ بعين الاعتبار المعطيات الأولية التالية :

- بحسب المتاح للقاضي قانونا : نوعية صياغة النصوص (واضحة، غامضة، مبهمة جيدة، رديئة، عامة أم دقيقة) .
- بحسب خبرة القاضي وحسن اطلاعه على القوانين المقارنة و الاجتهاد القضائي سواء منه الوطنية أو المقارن و رأي الفقه .

5- محمد الخضراوي : « الأمن القضائي من خلال اجتهاد المجلس الأعلى » مساهمة في المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية الدار البيضاء 17-18 / 9 / 2011 حول محاور : الأمن القضائي - استقلال القضاء - التحكيم و الوساطة - الوسائل الالكترونية الحديثة في إدارة القضاء (منشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض عدد 19 ص : 74 و 75 .

6- محمد المجذوبي الإدريسي : « تحولات الاجتهاد القضائي و متطلبات ضمان الأمن القضائي » نفس المرجع ، ص : 48 .

7- F. Geny : * Méthode d interprétation et sources en droit prive positif * tome 2 n : 147 ; p : 44

أورده : محمد المجذوبي الإدريسي : « تحولات الاجتهاد القضائي و متطلبات ضمان الأمن القضائي » نشرة قرارات المجلس الأعلى (الغرفة الجنائية) الجزء 8 السلسلة 2011/2، ص : 35 .

- بحسب جراءة القاضي على بدل مجهود بالاجتهاد لملء النقص أو الفراغ الذي يعتري النص القانوني بربطه مع الواقع المتغير.

- تنفيذ الأحكام كعنوان و حقيقة صدور الحكم القضائي لأنه لا غاية ترجي من صدور حكم لا نفاذ له، و يدق الأمر هنا لما تكون الإدارة معنية بالتنفيذ وأبرز ما في هذا المقام مؤسسة المحافظ على الأملاك العقارية الموكل إليه مهمة تنفيذ المقررات القضائية بالسجلات العقارية لتنتج آثارها في مواجهة الأطراف و الغير.

مما ذكر فالاجتهاد القضائي يتمتع بقوة ذاتية خلاقة للقاعدة القانونية، لا تقل عما تتمتع به قواعد القانون الناشئة عن مصادرة الرسمية، وخاصة إذا ما ارتقى هذا الاجتهاد إلى درجة العرف واكتسب قدرا معتبرا من صيغة الإلزام، غير أنه يجب ملاحظة أن القاعدة التي يخلقها الاجتهاد ليست قاعدة قانونية عامة وملزمة و مجردة كالتشريع، وإنما قاعدة اجتهادية خاصة بالحالات الفردية المعروضة على القضاء⁽⁸⁾.

فماذا عن أهم تجليات و مظاهر الاجتهاد القضائي في ظل ظهيري التحفيظ العقاري و الحقوق العينية ؟

سؤال صعب معالجته في ظل هذه المساهمة لأن مقالة لا يتسع المجال لاستعراض أهم التجليات فيه ، لذلك سنقتصر على أهم تلك المظاهر ، من خلال :

- تقعيد المشرع لضابطي ممارسة الشفعة عند تراحم الشفعاء⁽⁹⁾ وهما ضابطي الأولوية وضابط تنزيل المشتري منزله الشريك، فنصت المادة 296 من مدونة الحقوق العينية على أنه : « إذا باع شريك حصته لأجنبي في ملك مشاع ، فيجب على الشريك أن يأخذ الحصة المباعة بكاملها أو تركها.

8- محمد المجدوبي الإدريسي : « تحولات الاجتهاد القضائي و متطلبات الأمن القضائي » مقال منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى (الغرفة الجنائية) العدد 8 / 2011 ، ص : 36.

9- يتصور تراحم الشفعاء إذا توفر سبب الشفعة لأكثر من شخص و رغب هؤلاء في ممارسة حق الشفعة كلهم أو بعضهم ، فلمن تعطى الأولوية في ممارستها .

و حول مراتب مختلف الشفعاء ، يراجع :

سيدي الفاطمي بن محمد الشراي « تسهيل النجعة في مراتب الشفعة » ضبط و تعليق محمد القدور ، المطبعة الوطنية و الوراقة الوطنية مراكش ، الطبعة الأولى 2007 ، ص : 53 و ما يليها .

إذا تعدد الشفعاء كان لكل واحد منهم الأخذ بالشفعة بقدر حصته في الملك المشاع يوم المطالبة بها ، فإذا تركها البعض وجبت على من رغب في الشفعة من الشركاء الحصة المبيعة بكاملها .
إذا كان المشتري أحد الشركاء فكل شريك في الملك أن يأخذ من يده بقدر حصته في الملك ويترك للمشتري نصيبه بقدر حصته ما لم يعرب عن رغبته في التخلي عنها .

كما نصت المادة 297 من نفس القانون على أنه : إذا اختلفت مراتب الشفعاء فيقدم من شارك في السهم الواحد في الميراث من عداه ، فإن لم يأخذ انتقل الحق إلى باقي الورثة ثم الموصى لهم ثم الأجانب ، و يدخل كل واحد من هؤلاء مع من يليه في شفيعته دون العكس و سنزل المشتري منزله البائع و الوارث منزله مورثه في الأخذ بالشفعة .

وبيان الضابطين المذكورين ، الأول أن الشفعاء أربع مراتب بالأولوية : أصحاب الفروض ، والعصية ، والموصى لهم وباقي الشركاء . فلو باع أصحاب المرتبة الأولى فلا يشفع معهم ممن هم أدنى منهم ، وإذا باع أصحاب المرتبة الثانية دخل معهم أصحاب المرتبة الأولى لا يدخل معهم من أدنى منهم من الموصى لهم وباقي الشركاء وهكذا .

والضابط الثاني هو أنه لو اشترى مشتر من شريك في مرتبة من المراتب و تنازل له عن الشفعة من هم في مرتبة البائع له فكل من مارس الشفعة من غير هؤلاء احتفظ المشتري بقدر نصيب البائع له ولو كان المشتري أجنبيا على العقار (10) .

فعلى منوال هاذين الضابطين كان يسير اتجاه محكمة النقض (11) ، لأن ظهير 19 رجب في الفصل 30 منه كان يحيل على الشريعة الإسلامية في موضوع الأولوية في الشفعة بنصه على أن : « حقوق الأولوية في ممارسة الشفعة يبقى العمل جاريا بها بين المسلمين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية (الفقه المالكي) » .

ومن القرارات الواردة في هذا الإطار :

« كون المدعية شقيقة للبائع لا يبرر أولويتها في الأخذ بالشفعة طالما أنها لا تشاركه في السهم دون المشتريين (12) .

10- محمد المهدي الوزاني : « النوازل الصغرى » وزارة الأوقاف ، الجزء الثالث ، ص : 565 .

11- القرار عدد 37 منشور بمجلة القضاء و القانون عدد مزدوج 35-36 ، ص : 254 .

12- القرار عدد 1425 الصادر بتاريخ 25/10/1983 ملف أحوال الشخصية عدد 99626 ، منشور بقرارات المجلس الأعلى (غرفة الأحوال الشخصية و الميراث) ، ص : 77 .

« أن ما عابه الطاعن عن القرار من كونه لم يتأكد من تنازل باقي الشركاء في الملك عن ممارسة حقهم في الشفعة ، فإنه لا ينتج أثره إلا عند تعدد طالبي الشفعة من الشركاء ويكون بينهم القريب والبعيد أو ذوي الفروض و ذو التعصيب . و ليس على المحكمة أن تبحث عن الأشخاص الذين لم يتقدموا لديها بطلب الشفعة ولو كانوا أولى ممن تقدم »⁽¹³⁾.

« إن سكوت الشريك الأقرب عن المطالبة بحقه في الشفعة لا يمنع من هو أبعد منه في الدرجة عن المطالبة بها طبقاً للقواعد الفقهية المعمول بها في ذلك »⁽¹⁴⁾.

« إن قاعدة الوارث بالفرض يقدم على الوارث بالتعصيب ، لا يمكن إثارتها إلا في حالة تراحم الشفعاء ، أي عند تقديم عدة طلبات لشفعة حصة واحدة ، أما إذا تقدم بطلب الشفعة مشتري من وارث بالفرض أو التعصيب دون بقية الشركاء فإن تراحم الشفعاء و مرتبة كل واحد منهم في طلب الشفعة لا تكون محل مناقشة »⁽¹⁵⁾.

« الزوجة وارثة بالفرض كالبنات الباتعة ، لها حق الأولوية بالشفعة على الأخ لقول المختصر : و دخل الأخص على غيره كذي سهم على وارث »⁽¹⁶⁾.

- تحديد مدونة الحقوق العينية اجل الشفعة من خلال الإبقاء على التفرقة بين العقار المحفظ و العقار غير المحفظ و الذي في طور التحفيظ ، غير أنها ألحقت هذا الأخير بالعقار المحفظ بالنسبة للأجل مع إلغاء أجل الشهرية مع سببه و هو حضور الشريك لعقد التفويت و الإبقاء على آجال العقار العادي حسب الوارد بالمادة 304 من مدونة الحقوق العينية .

فبالنسبة للعقار المحفظ والذي في طور التحفيظ أجلا : ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الشريك بالبيع و أجل السنة من تاريخ التقييد بالرسم العقاري ، و من تاريخ إيداع رسم الشراء بالمطلب . و بالنسبة للعقار العادي ثلاث آجال : السنة من تاريخ البيع بالنسبة للقائم الذي ثبت علمه و أجل أربع سنوات بالنسبة للقائم المنكر علمه ما لم يثبت عكس ذلك و أجل الغائب أو من في حكمه من ذوي الأعذار الذي لا حد له إلى أن يعلم فأجله سنة من تاريخ قرينة حصول علمه ما لم يثبت العكس .

13- القرار المدني الصادر بتاريخ 26/10/1986 عدد 1617 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 33-34 ، ص : 52.

14- القرار الصادر بتاريخ 02/07/1985 عدد 918 منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 129 ، ص : 212 .

15- قرار عدد 18/4/02/1426 موضوع الملف المدني عدد 2621/1/7/01 منشور بمجلة القصر العدد 5 ، ص : 194 .

16- قرار عدد 196 موضوع الملف عدد 99630 بتاريخ 11/02/1986 منشور بمجلة المجلس الأعلى العدد 39 ، ص : 128 .

غير أن الأجل الذي سنقف عنده هو أجل الأربع سنوات الذي نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 304 من مدونة الحقوق العينية بقولها : « وإن لم يتحقق العلم بالبيع فبمضي أربع سنوات » .
فهذا أجل خاص بالحاضر المنكر لعلمه بالتفويت ، و هو من قبيل ما جرى به العمل في الفقه المالكي وعند المغاربة بالخصوص⁽¹⁷⁾ .

ومضي الأربع سنوات حالة عدم تحقق العلم المستفادة من سياق المادة المذكورة ، جرى بها عمل القضاء قديما، كما في الحكم الشرعي الصادر بتاريخ 1917 عن محكمة النقض (المجلس الأعلى)⁽¹⁸⁾ . كما تبناه قرار صادر حديثا عن نفس الجهة الذي جاء فيه بأن : « الغائب عن البلد قبل البيع أو بعده قبل علمه باق على شفيعته ما لم يمض العام على علمه به ، و أما تقييد أجل العلم بالبيع في الفقه المالكي بأربع سنوات من تاريخ العلم الذي يفترض فيها علم الشفيع فإنه يتعلق بمنكر العلم و هو حاضر بالبلد »⁽¹⁹⁾ .

والجلي من هذا فالقضاء يساهم في إنشاء القواعد القانونية ، مرد ذلك للاعتبارات التالية :

- أن القضاء هو من يعمل على تطبيق القواعد القانونية بإخراجها من حالة الجمود إلى حالة التطبيق ، و التي لا تستطيع مجازاة التطور المتلاحق للوقائع و القضايا فيتدخل لسد ثغرات النصوص المتناهية كما بينا ، و هو ما كان ينطبق على قواعد ظهيري 1913 و 1915 .
- استقرار محكمة النقض على قضاء معين هو في حكم قاعدة قانونية ، عمليا تكون محاكم الموضوع ملزمة باحترامه لأن قضاءها على خلافه سيكون ماله النقض .

الفقرة الثانية

أثر تحولات الاجتهاد القضائي

على ضمان الأمن القضائي

تحولات الاجتهاد القضائي بغض النظر عن مسبباتها و شرعيتها و وجاهتها من شأنها خلق جو من الاضطراب و لا استقرار في تطبيق القاعدة القانونية ، كما أنها تجهز عن الثقة المشروعة للمواطن

17- بوشعيب الناصري : « الشفعة و الإشكالات : مع التأصيل من خلال مدونة الحقوق العينية » مقال منشور بمجلة الدفاع العدد 7 / دجنبر 2013 ، ص : 72 .

18- ورد ذكره بنفس المرجع و بنفس الصفحة .

19- القرار الصادر بتاريخ 2008/01/26 عدد 358 منشور بمجلة ملفات عقارية العدد الأول، ص : 154 .

و التي تولدت لديه في سياق استتباب الأوضاع القانونية التي أجرى تصرفاته في ظلها ، و الأخطر من ذلك أنها قد تسطو في غفلة منه و دون توقعه على حقوقه المكتسبة في ظل الاجتهاد السابق⁽²⁰⁾.

وتبعاً لذلك ولما لتحول الاجتهاد القضائي من اثر على الأوضاع القانونية وعلى المراكز القانونية للخصوم، فقواعد الاجتهاد القضائي المستقرة تعطي رؤية واضحة وإطاراً محدداً للمعالم للفاعلين، يضمن الحقوق المكتسبة للمتقاضين وتحقيق الأمن القضائي المنشود.

ومن القواعد التي حددها المشرع في ظل ظهيري التحفيظ و الحقوق العينية، وكانت تشكل محور تحول نظر القضاء بخصوصها، نذكر :

- تحديد المشرع في ظل المادة 306 من مدونة الحقوق العينية لزوم العرض العيني الحقيقي في جميع أنواع العقار مقيداً بطلبه بشروط ، إنهاء للخلاف الذي ظل سائداً في ظل غياب نص صريح ، فقد جاء في قرارات سابقة لمحكمة النقض بأنه : « تمارس الشفعة بكل إجراء يعبر الشفيع بواسطته عن رغبته في ممارستها »⁽²¹⁾.

و في قرار آخر على أنه : « لا محل لإثارة الدفع المنصوص عليه في الفصل 974 من ق ل ع لأن العقار موضوع الشفعة ، فالفقه الإسلامي هو الواجب التطبيق حيث لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن إلا عندما يطلب منه ذلك »⁽²²⁾.

فكانت تسيير محكمة النقض في اتجاه واحد هو أن أداء ثمن البيع و المصاريف لا يقع إلا بعد الحكم بالشفعة في العقار العادي و الذي في طور التحفيظ على خلاف العقار المحفوظ⁽²³⁾.

فورد في قرار بأن : العقارات في طور التحفيظ تخضع لأحكام الفقه الإسلامي الذي لا يوجد من ضمن نصوصه ما يوجب تسبيق المبلغ الواجب أدائه على الشفيع أو وضعه داخل الأجل المحدد لممارسة حق الشفعة⁽²⁴⁾.

20- محمد المجذوبي الإدريسي : « تحولات الاجتهاد القضائي ومتطلبات الأمن القضائي » مرجع سابق ، نشرة قرارات المجلس الأعلى، ص: 38.

21- القرار عدد : 1617 الصادر بتاريخ أكتوبر 1983 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى سنوات 1983-1991 ، ص : 114 .

22- القرار عدد : 131 بتاريخ 1989/05/29 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى 1989-1965 ، ص : 406 .

23- بوشعيب الناصري : « الشفعة و الإشكالات : مع التأصيل من خلال مدونة الحقوق العينية » مرجع سابق ، ص : 83 .

24- القرار عدد 2709 موضوع الملف مدني عدد 92260 بتاريخ 1985/11/20 منشور بمجلة الندوة عدد 2 ، ص : 41 .

كما جاء في قرار مماثل أنه : « لما كان من الثابت أن دعوى الشفعة قدمت و العقار مازال في طور التحفيظ ، فإن القانون الواجب التطبيق هي أحكام الفقه المالكي التي لا دون اعتبار لما آل إليه العقار من كونه أصبح محفظا بالفعل⁽²⁵⁾ .

ولعل في إنهاء الخلاف المذكور تشجيعا على تداول العقار و الإقبال عليه و تحقيقا للرواج الاقتصادي ، و ما فيه من مصلحة موازية للمشتري على الشيع و تحقيقا للأمن العقاري .

- و في الحوز في التبرعات كان القضاء يربط اثر حيازة المتبرع له على نقل الملكية إلا بعد التسجيل كما في القرارين التاليين :

« إذا كان العقار محفظا فإن حيازة المتبرع له لا تنقل الملكية إلى هذا الأخير و لا تنتج أي اثر قبل تسجيل العقد على الرسم العقاري عملا بأحكام الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري ... »⁽²⁶⁾ .

« إن تطبيق مقتضيات التحفيظ العقاري و خصوصا المواد 66 و 67 و 106 يؤدي إلى أن تكون الحيازة المادية المشترطة في قواعد الفقه الإسلامي ، غير كافية وحدها حين تقع الهبة على عقار محفظ ، باعتبار أن مقتضيات هذا القانون ، تفيد أن انتقال الملكية لا يتم إلا بالتسجيل ... »⁽²⁷⁾ .

وهما القرارين اللذين عدلت عنهما غرفة الأحوال الشخصية بمحكمة النقض بالاستناد إلى مقتضيات الفصل 80 من ظهير 9 رمضان 1331 حيث اعتبرت : الحيازة الشرعية كافية لصحة الصدقة و لو لم تسجل بالرسم العقاري⁽²⁸⁾ .

وكذا القرار الصادر بغرفتين الذي اعتبر ثبوت حيازة المتصدق عليه للمتصدق به بمعانة البينة الشاهدة كالتبرع كاف لصحته و لو لم يسجل ، و الذي ورد فيه بأن : « ... عقد الصدقة المستدل به من لدن الطالبة عاين شهيداه حيازتها للمتصدق به فارغا من شواغل المتصدق و عدم تسجيله بالرسم العقاري في حياة المتصدق لا اثر له على صحته و لا يؤدي إلى بطلانه مادام قد نشأ صحيحا ... »⁽²⁹⁾ .

25- القرار عدد 375 موضوع الملف مدني عدد 90566 بتاريخ 18/03/1986 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40 ، ص : 108 .

26- القرار منشور بمجلة المرافعة العدد 5 ، ص : 216 .

27- القرار عدد 3304 الصادر بتاريخ : 25/12/1991 موضوع الملف عدد 90/1903 ، منشور مجلة المحاكم المغربية العدد 74 / أبريل 1995 ، ص : 79 و ما يليها .

28- القرار عدد 149 الملف الصادر بتاريخ 24/03/2004 ، غير منشور .

29- قرار بغرفتين عدد : 565 الصادر بتاريخ 14/11/2004 موضوع الملف عدد 261 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 63 ، ص : 368 .

- بالنسبة لأجال الشفعة في العقارات المحفظة الواردة بالفصلين 31 و 32 من ظهير 1915، ذهبت محكمة النقض أحيانا إلى أنها أجال سقوط وأحيانا أخرى إلى أنها أجل تقادم والحال أن هناك فرقا بين التقادم و السقوط ؟

فذهب إلى أن أجال الفصلين المذكورين ذات طبيعة واحدة و أنها أجال سقوط لا أجال تقادم وبالتالي لا تخضع للانقطاع طبقا للفصل 381 من ظهير الالتزامات و العقود ، لأن العبرة في هذا الشأن لا بالألفاظ وإنما بمقاصد التشريع⁽³⁰⁾.

وذهب في قرار آخر إلى أن أجل الشفعة هو أجل تقادم⁽³¹⁾، هذا و إن كان الصحيح أنه أجل سقوط وليس تقادم.

- بقي أن نشير إلى أن آثار التقييد الاحتياطي على طلب الشفعة هي الأخرى أثارت عدة نقاشات فقهية وقضائية ، حول ما إذا قام المشتري بتقييد احتياطي في انتظار الحصول على تسجيل نهائي ، فهل ينطلق أجل السنة من تاريخ التقييد النهائي أم من تاريخ التقييد الاحتياطي ؟

جاء في قرار لمحكمة النقض بأن : « التسجيل الذي يحرك أجل السنة هو التسجيل النهائي للحق، الذي يتخذه المحافظ العقاري بمقتضى الفصل 75 من ظهير 12 غشت 1913 لإشهار الحق النهائي، أما التقييد الاحتياطي للحق فلا يعطي لصاحبه إلا حقا محتملا ولهذا فلا يلزم الشفيع بممارسة حق الشفعة ضده، ولا بأن يستصدر قيدا احتياطيا بحق الشفعة »⁽³²⁾.

غير أنه تراجع عن هذا الموقف من خلال القرار الصادر عن غرفتين الذي اعتبر أن : «طالب الشفعة يكون قد باشر إجراءاتها خارج الأجل القانوني الذي بدأ عمليا من تاريخ التقييد الاحتياطي⁽³³⁾.

- ونصت مدونة الحقوق العينية على عدم الشفعة في البيع بالمزاد العلني (المادة 302)⁽³⁴⁾ و يبرر موقف المشرع من عدة نواح⁽³⁵⁾ :

30- القرار عدد 748 الصادر بتاريخ : 1990/07/4 موضوع الملف المدني عدد : 88/3018 ، غير منشور .

31- القرار عدد 3669 الصادر بتاريخ : 1999/07/14 موضوع الملف عدد : 93/3855 ، غير منشور .

32- القرار عدد 1703 بتاريخ 1987/07/15 موضوع الملف المدني عدد : 85 / 783 ، منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 139 ، ص: 85.

33- القرار عدد 929 بتاريخ 2006/03/22 ، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 139 ، ص: 111 / 2007.

34- سبق للقانون المصري أن اعتبر على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفق إجراءات رسمها القانون .

35- بوشعيب الناصري : « الشفعة و الإشكالات : مع التأصيل من خلال مدونة الحقوق العينية » مرجع سابق ، ص: 65 و 66 .

- أنه يمكن للشركاء التنافس في استرجاع العقار بالشراء بالمزاد العلني خاصة وأن هذا البيع سمي علنيا لمزيد إشهاره و الإعلان عن تاريخ بيعه و مكانه .
 - أن من حق المشرع أن يتدخل في منع المباح إذا رأى في ذلك مصلحة و الشفعة من قبيل حكم المباح شرعا .
 - ومن جملة المصالح المرجحة ضمان حق الدائن في الحصول على دينه بتشجيع المشتريين في المزاد على الإقبال و هم غير مهددين بالشفعة .
- وكذا سرعة تخلص أحد الشركاء ممن لا يتمتع بحقه بحصوله على حقه من البيع إذا دعت الضرورة إلى ذلك و البيع هنا قسمة و لا شفعة مع القسمة .

وفي ظل غياب نص سابق كان الشريك الشفيع غالبا ما يعدل عن المشاركة في البيع في المزاد العلني حتى لا يرتفع ثمن المبيع ، فيتمكن من الحصول عليها بنفس ثمن عن طريق الشفعة، جاء في قرار لمحكمة النقض « متى كانت الشفعة هي الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشيع عقارات أو حقوقا عقارية في أن يأخذ الحصة المباعة بدلا من مشتريها ، فيكفي لممارستها و لصحة البت فيها ، توافر الشروط التي حددها القانون، و من بينهما وجود الشراء دون استثناء ما تم شراؤه بالمزاد العلني »⁽³⁶⁾.

غير أن تغير الاجتهاد يظل أمرا مشروعا يضمن للقاعدة القانونية استمرارها وصلاحيتها في الزمان، لكنه يبقى محفوفًا بالمخاطر لذلك عملت محكمة النقض على حماية الثقة المشروعة في القضاء و القابلية لتوقع الأحكام على توحيد الاجتهاد القضائي - في الكثير من مواقفها - و استقرار محكمة النقض في قضائها عليه و التصدي لسلبات تغيير الاجتهاد ، و سلبات نظام تعدد الغرف و تعدد أقسام الغرفة الواحدة ، بوضع حد لتضارب الاجتهاد القضائي نتيجة إعطاء حلول مختلفة للمسألة الواحدة ، و التي تدخل ضمن صلاحيات عدة غرف على تفعيل مسطرة الغرف المجتمعة وفقا لنص الفصل 371 من ق م م⁽³⁷⁾.

كما أنه يساهم تعميم الاجتهاد القضائي في نشر الفكر القانوني و استقرار الاجتهاد القضائي و توحيد الإجراءات و العمل القضائي في المحاكم و ضمان وحدة الاجتهاد القضائي داخل المحكمة

36- القرار عدد 22 بتاريخ 1981/01/24 ملف مدني عدد: 17021 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 36، ص: 74 .

37- حسن منصف : « دور الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن العقاري » مداخلة في الندة الوطنية حول موضوع : « الأمن العقاري » منشور بدفاتر محكمة النقض العدد 26، ص: 211 .

الواحدة ، فضلا على أن تعميمه يساهم في استقرار العمل القضائي لمحاكم الموضوع، كما يحقق اطمئنانا في نفوس المتقاضين ويخلق ثقة لدى دفاع الأطراف بسبب استقرار العمل القضائي للمحاكم وهو ما يعطي انطباعا إيجابيا عن أداء مرفق العدالة⁽³⁸⁾.

المبحث الثاني دور الاجتهاد القضائي في إرساء الصفة النهائية للرسم العقاري

قرار التحفيظ العقاري هو نتاج لمختلف إجراءات مطلب التحفيظ المؤسسة على رسم وبالتالي إخراج العقار موضوع هذا القرار من وضعية إلى وضعية أخرى تلحقه بخانة العقارات المحفوظة التي لها حصانة استثنائية، بتطهير العقار ونهائية الرسم العقاري الذي يعتبر عنوانا للحقيقة.

ولقاعدة التطهير وجه إيجابي يتمثل في نهائية الرسم العقاري وعدم قابلية الطعن فيه ونقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق المترتبة على العقار⁽³⁹⁾، ووجه سلبي يظهر في تطهير العقار من جميع الحقوق التي لم تثر أثناء مسطرة التحفيظ، حيث تتلاشى وتعدم بمجرد صدور القرار. ولم تحد محكمة النقض عن هذه القاعدة في أي من اجتهاداتها، لكن بعض اجتهادات محكمة الموضوع على قلتها ذهبت إلى أن قرار المحافظ العقاري قرار إداري يجوز الطعن فيه لكن تم نقضه من محكمة النقض⁽⁴⁰⁾.

38- محمد عبد النبوي « تعميم الاجتهاد القضائي : مساهمة في خدمة العدالة » مرجع سابق .

39- هذا مع الإشارة أن تلك القاعدة لا تسري في مواجهة : الأملاك الحبسية / الأملاك العامة / الأملاك الجماعية / الأملاك الغابوية / الحقوق المنجمية والحقوق المائية . و للتوسع حول هذه الاستثناءات يراجع :

عمر أزوكار : « مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 07/14 ومدونة الحقوق العينية (دراسة عملية ورصد للمواقف القضائية) لمحكمة النقض » منشورات دار القضاء بالمغرب ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 2012 ، ص : 296 وما يليها .

40- عبد السلام بوعسل : « دور القضاء في تحقيق الأمن العقاري » (مسطرة التحفيظ نموذجاً) ، رسالة لدبلوم الماستر في العقار والتنمية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة ، السنة الجامعية 2014-2015 .

في هذا الصدد : ورد في قرار للفرقة الإدارية لمحكمة النقض بأن : « قرار التحفيظ كما استقر عليه اجتهاد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وحسب مقتضيات ظهير 12 غشت 1913 حول التحفيظ العقاري يعتبر قراراتها لا رجعة فيها ومن هذا المنطلق فإنه لا يقبل أي طعن سواء أمام القضاء الإداري أو أمام جهة القضاء العادي ، وأن المحكمة الإدارية أخطأت عندما أخضعت قرار التحفيظ باعتباره صادرا عن سلطة إدارية في شخص المحافظ لمراقبة القضاء الإداري ، والحالة أن القرار المذكور لا يخضع لأية رقابة وأن عملية التحفيظ التي تنطوي على تطهير العقار المذكور تعتبر عملية نهائية لا رجعة فيها » .

قرار عدد 420 صادر بتاريخ : 11/04/2002 موضوع الملف الإداري عدد : 24/1/99 ، أورده :

حسن منصف : « دور الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن العقاري » مرجع سابق ، ص : 200 .

هذا وإن حاول القضاء في اجتهادات نوعية تجاوزا للنصوص الجامدة ووفق مبررات التلطيف من تلك القاعدة، لكن هذه المبررات لم تحدث في غالبيتها توجهها قضائيا رصينا سعيا لإرساء الصفة النهائية للرسم العقاري تحديدا منه لآثار هذه القاعدة باعتبارها مناط التحفيظ العقاري.

وعليه سنبرز ذلك من خلال : مبررات قاعدة التطهير ونهاية الرسم العقاري (الفقرة الأولى) وتدخلات القضاء للتلطيف من صرامة التطهير ودوره في إرساء نهاية الرسم العقاري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى

مبررات قاعدة التطهير ونهاية الرسم العقاري

التطهير يطهر العقار من جميع الحقوق التي كانت عالقة قبل التحفيظ والتي لم يشر إليها بالرسم العقاري، فهو يشكل بذلك نقطة الانطلاق الوحيدة لهذا العقار ولا يقبل أي طعن كيفما كان نوعه، ينص في هذا الصدد الفصل 62 من ظهير 14-07 على أنه : « إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة ».

في هذا الصدد ورد في قرار لمحكمة النقض أنه : « بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 الواجب التطبيق، فإن التحفيظ يطهر العقار المحفظ من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ ويشكل نقطة الانطلاق الجديدة في حياة العقار، حيث يقطع صلته نهائيا بالماضي »⁽⁴¹⁾.

كما ورد في قرار مماثل بأن : « التحفيظ يطهر العقار من كل تكليف سابق طبقا لمقتضيات الفصلين 2 و 62 من ظهير 12 غشت 1913 »⁽⁴²⁾.

وبذلك تبرز أهمية هذه القاعدة و ضرورة وجودها ضمن قواعد التحفيظ العقاري لأهميتها في تشجيع الاستثمارات التي لن تتأتى في إطار وضعية عقار تظل مهزوزة في كل حين مهددة بالإلغاء.

على هذا الأساس اعتبر البعض أن التطهير يكسب الرسم العقاري مناعة مطلقة ومشروعة، على اعتبار أن عملية التحفيظ تواكبها وسائل للإشهار والعناية، ويبقى صاحب الحق ساكتا عن حقه، أقل ما يقال عنه أنه مهممل فيتحمل وزر هذا الإهمال⁽⁴³⁾.

41- القرار عدد 1025 الصادر بتاريخ : 09/05/1990 منشور بمجلة الإشعاع العدد الرابع، ص : 113 وما بعدها.

42- القرار عدد 61 بتاريخ 04/01/2006 موضوع الملف عدد : 4229/04، منشور بمجلة محاكمة العدد الأول، ص : 119 وما يليها.

43- مامون الكزبري : « التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي » الجزء الأول، شركة الهلال للطباعة والنشر الرباط، الطبعة الثانية 1987، ص : 84.

كما اعتبر البعض الآخر قاعدة التطهير ضرورة انطلاق العقار في وضع جديد من نقطة الصفر⁽⁴⁴⁾.

و بذلك يضيفي الرسم على العقار الصفة النهائية و يشكل نقطة الانطلاق لإثبات الحقوق العينية، تكسب الحقوق المضمنة به حصانة استثنائية ، فأكد قضاء محكمة النقض الصفة النهائية للرسم العقاري على أساس أن عملية التحفيظ نهائية لا رجعة فيها كونه بعد عملية التحفيظ يصبح لرسم الملكية الصفة النهائية و لا يقبل الطعن. لتنفيذ هذه القاعدة أن الرسم العقاري لا يقبل مسطرة العدول عنه و لا التراجع عنه .

غير أن تشجيع الاستثمار لا يحتاج إلى قاعدة للتطهير جامدة ، بقدر ما يحتاج إلى قواعد عادلة و منصفة تبث الاطمئنان في نفوس المستثمرين ، و تجعلهم يشعرون بأن تحقيق الإنصاف هو مبدأ أسمى ، لأن المستثمر الذي يعتقد أن قاعدة التطهير تكفل له الحماية لمشاريعه هو نفسه الذي قد يتضرر من آثارها و من صرامتها⁽⁴⁵⁾.

الفقرة الثانية

تدخلات القضاء للتلطيف من صرامة التطهير ودوره في إرساء نهائية الرسم العقاري

سنتحدث عن دور الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض في إرساء الصفة النهائية للرسم العقاري، مبرزين أهم تدخلاته للتلطيف من قاعدة التطهير ، من خلال تحديده لمدى هذه القاعدة و آثارها و دوره كذلك في حماية الرسم القضائي من الغصب.

من حيث مدى القاعدة :

قضت محكمة النقض بأن الرسم العقاري المستخرج عن طريق التجزئة لا يتمتع بالصفة النهائية، فورد في هذا الصدد بأن :

- «الرسم العقاري المستخرج عن طريق التجزئة لا يتمتع بالحصانة المنصوص عليها في الفصلين 2 و 62 من ظهير 12 غشت 1913 الذين يضيفان الصفة النهائية و القطعة على رسم التملك ، بل يكون قابلا للتغيير و خاضعا لمقتضيات الفصلين 69 و 91 من الظهير»⁽⁴⁶⁾.

44- Paul Decrous : *Droit foncier marocain *Imprimerie el marif el jadida Rabat ; édition 2007 p : 103et 104

45- يوسف مختري : «حماية الحقوق الوارد على العقار في طور التحفيظ » سلسلة أعمال جامعية ، مجلة القضاء المدني ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط ، الطبعة الأولى 2016 ، ص : 218.

46- القرار عدد : 2421 بتاريخ : 1995/04/27 ، منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 81 ، ص : 114 .

• «الملك الذي تكون له الصفة النهائية ولا يقبل الطعن و يظهر الملك من جميع الحقوق السالفة غير المسجلة بالرسم العقاري طبقاً للفصلين 2 و 62 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري ، إنما هو الرسم الذي ينشأ و يترتب عن مسطرة التحفيظ المحمية بالإشهار و العمومية ، و بأجل التعرضات من طرف من له الحق في ذلك بدأ من مطلب التحفيظ و ما يعقبه من مساطر قضائية و إدارية إلى أن ينشأ رسم عقاري ، أما الرسم العقاري المستخرج عن طريق التجزئة كما بالنازلة فإنه لا يتمتع بالحصانة المنصوص عليها بالفصلين 2 و 62 من الظهير المذكور»⁽⁴⁷⁾.

كما أنه يحق لذوي الحقوق الخاصة الذين لم يتدخلوا في مسطرة التحفيظ الذين تم إغفال ذكرهم في الرسم العقاري المؤسس رغم إعلان حقوقهم خلال عملية التحفيظ ، فلهم اللجوء لمسطرة تصحيح الإغفالات التي تسربت إلى الرسم العقاري .

لأنه من واجب المحافظ العقاري استدراك الأخطاء التي وقع فيها ، حرصاً منه على مصداقية البيانات التي يشهرها و كذا حفظاً للحقوق التي تتضرر نتيجة لهذه الأخطاء و لأن إصلاح الأخطاء المتسربة إلى الرسم العقاري يظل على علاقة وطيدة بنهاية الرسم العقاري و مبدأ التطهير ، لكن ما هو نطاق الأخطاء التي يمكن إصلاحها و ما حدود سلطة المحافظ العقاري في هذا المجال ؟⁽⁴⁸⁾.

في هذا الصدد تدخل القضاء في العديد من مواقفه محددا مجموعة من المعايير حول ما يبرر إصلاحه⁽⁴⁹⁾ لتكون بذلك غاية إصلاح الأخطاء التخفيف من حدة الآثار المترتبة عن مسطرة التحفيظ . لكن نطاق أعمال ذلك ينصب على الإغفالات دون غيرها و المرتبطة بالرسوم العقارية دون مطالب التحفيظ المستثناة من ذلك .

غير أن من لم تسعفه طريق إصلاح الأخطاء المذكورة ، يبقى من حقه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن حقوقه كمقابل للضرر الحاصل من جراء التحفيظ . جاء في قرار لمحكمة النقض بأن : « التحفيظ يظهر العقار من كافة الحقوق التي قد يدعى بها قبل التحفيظ و لا تكون مسجلة بالرسم العقاري .

47- القرار عدد : 2421 بتاريخ : 1995/04/27 ، منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 81 ، ص : 114 .

48- يوسف مختري : « حماية الحقوق الوارد على العقار في طور التحفيظ » مرجع سابق ، ص : 222 .

49- القرار عدد 2586 بتاريخ 1995/05/16 منشور بمجلة المحامي العدد 27/1996 ، ص : 143 .

- القرار عدد : 66 بتاريخ 21/01/1980 منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 28 العدد ، ص : 39 .

- القرار عدد 5247 بتاريخ 17/11/1999 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج 57 و 58 ، ص : 28 .

لا يسكن أن تقام دعوى عينية عقارية بالمخارجة التي كانت قائمة وقت عملية التحفيظ لم يقه بها التعرض وإنما يمكن أن تقام بها دعوى تعويض إذا ثبت تدليس في عملية التحفيظ»⁽⁵⁰⁾.

لأنه خلافا لما هو معمول به في ظل القواعد العامة التي تخول لأصحاب الحقوق إرجاعها بعينها ، أعطى ظهير التحفيظ العقاري لأصحاب الحقوق جراء فقدانهم لها حق المطالبة بالتعويض عن طريق انتضاء ، وهو طريق قلما يتم اللجوء إليه إلا بعد تعذر استرجاع تلك الحقوق قضائيا .

كما تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت قاعدة التطهير تلحق الحقوق العينية القابلة للتسجيل في الرسم العقاري ، فإنه لا يحتج بها في مواجهة الحقوق الشخصية و بالتالي لا يعمل بهذه القاعدة ، فاعتبرت محكمة النقض الوعد بالبيع من الحقوق الشخصية التي لا تنشأ عن الحق العيني يمكن للمستفيد التعرض أو ممارسة مسطرة الإيداع . فجاء في قرارها بأن : « التزام المطلوب في وعد البيع للطالبة يتعلق بحث شخصي غير قابل للتسجيل في الرسم العقاري و غير خاضع لا إحلالا و لا إيداعا كما نظم مسطرتها الفصلان 83 و 84 من ظهير التحفيظ العقاري ، لذلك لا يكون على الطالبة أن تنقيد بالفصلين المذكورين في الاحتفاظ بحقها الشخصي قبل المطلوب الذي يلزمه وعد البيع لها باعتباره التزاما شخصيات لا حقا عينيا يخضع لقاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 2 من ظهير التحفيظ العقاري وهي قاعدة خاصة بالحقوق العينية القابلة للتسجيل في الرسم العقاري و لا تنسحب على المالك للعقار المراد تحفيظه و تبقى لذلك ملزمة له و لو حفظ العقار و كانت قد نشأت قبل التحفيظ أو أثناءه و المحكمة لما اعتبرت قاعدة التطهير سارية حتى على عقد الوعد بالبيع خرقت الفصلين 83 و 84 المحتج بهما ... »⁽⁵¹⁾.

كما جاء في قرار آخر بأن : « قاعدة التطهير لا تنسحب على الحقوق الشخصية على المالك للعقار المراد تحفيظه و تبقى لذلك ملزمة له و لو حفظ العقار ، و قد نشأت قبل التحفيظ أو أثناءه ، و المحكمة لما اعتبرت قاعدة التطهير المذكورة سارية حتى على عقد الوعد بالبيع لم تركز قضاءها على أساس ... »⁽⁵²⁾.

50- القرار عدد 1401 بتاريخ 1987/06/17 موضوع الملف عدد 99219 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 41 العدد ، ص : 23 و ما بعدها ، أورده :

محمد بفقير : « القانون العقاري و العمل القضائي » منشورات دراسات قضائية 7 ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الثانية 2010 ، ص : 8 .

51- القرار عدد 1467 بتاريخ 2002/02/02 موضوع الملف عدد : 4477 / 1 / 5 / 2006 أورده :

عمر أزوكار : « مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 07/14 و مدونة الحقوق العينية » مرجع سابق ، ص : 330 .

52- القرار عدد : 1467 بتاريخ 2007/05/02 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 69 ، ص : 63 .

من حيث الآثار :

سريان هذه قاعدة التطهير في مواجهة الخلف الخاص (كالمشتري أو الموهوب له لملك معين) الذي تلقى حقوقه مباشرة من طالب التحفيظ ، ستشكل استثناء عن القاعدة المذكورة. حيث ورد في قرار لمحكمة النقض على أنه : « ثبت صحة ما عابه الطاعن على القرار المذكور ، ذلك أن الطالب بصفته مشتري (خلفا خاصا) من نفس طالب التحفيظ المطلوب الذي تحولت مطلبه للتحفيظ إلى رسم عقاري ، لا يواجه كالخلف العام (الورثة) بمقتضيات الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري ، ولذلك فإن القرار غير مرتكز على أساس و معرضا بالتالي للنقض و الإبطال » (53) .

فرأى البعض في قراءته لهذا القرار بكون محكمة النقض (المجلس الأعلى) رأى بأن مقتضيات الفصلين 2 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري من شأنها أن تفرز كثيرا من الظلم لأن صياغة هذه المقتضيات قد ارتبط بسياسة الاستيطان بالمغرب ، بدءا من سنة 1912 التي كان من شأنها تسهيل الاستحواذ على أراضي الفلاحين البسطاء (54) .

بينما ذهب رأي آخر أن هذه القاعدة ليس لها أي نص يؤديها في ظهير التحفيظ العقاري وأنه استناد محكمة النقض على الفصل 62 من هذا الظهير رغم عدم تنصيبه على أي تمييز في آثار التحفيظ من حيث مصدر الحقوق و من حيث أصحابها فيه نوع من التلطيف الذي يحمل النص ما لا يحتمل ما دام واضح الصياغة و المضمون» (55) .

فيكون هذا القرار قد حاول التأسيس لقاعدة جديدة مضمونها أن الخلف الخاص غير مشمول بقاعدة التطهير ، بعللة أنه لا يجوز تطبيق هذه القاعدة إلا على الغير و ليس على الخلف الخاص و أن طالب التحفيظ لا يمكنه التحلل من تصرفه و التزامه بنقل الملكية و لو تم تأسيس الرسم العقاري (56) .

و من القرارات التي سارت في نفس الاتجاه معتبرة أن مشتري العقار من طالب التحفيظ الذي تحول مطلبه إلى رسم عقاري يعتبر خلفا خاصا لا يواجه كالخلف العام بنهاية الرسم العقاري، نذكر :

• « قاعدة التطهير لا يحتج بها على الخلف الخاص الذي اشترى العقار من طالب التحفيظ

53- القرار عدد 5925 بتاريخ 1999/12/29 موضوع الملف المدني عدد : 1151/1994 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد ، ص : 451.

54- محمد الكشور : « التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي » (تعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ : 1999/12/29 ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة 1 ، ص : 5 و ما يليها .

55- حسن البكري : « تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 5925 » منشور بمجلة المجلس الأعلى عدد 61 ، ص : 454 و ما يليها .

56- أنظر في هذا الصدد : يوسف مختري : « حماية الحقوق الوارد على العقار في طور التحفيظ » مرجع سابق ، ص : 243 و 245 .

الذي أصبح مالكا للرسم العقاري و الذي لم يزد هذا الرسم إلا تدعيما و تثبيتا لملكيته ، فلا يسوغ التحلل من تصرفاته و اتفاقاته التي أبرمها بشأنها»⁽⁵⁷⁾.

• « قاعدة التطهير قاصرة على الحقوق و الاتفاقات المحتج بها من طرف الغير لا على الخلف الخاص الذي اشترى العقار من طالب التحفيظ »⁽⁵⁸⁾.

• « قاعدة التطهير لا يحتج بها على الخلف الخاص الذي اشترى العقار من طالب التحفيظ الذي أصبح مالكا للرسم العقاري و الذي لم يزد هذا الرسم إلا تدعيما و تثبيتا و تدعيما لملكيته و يبقى ملزما بتنفيذ التزاماته التي أنشأها على هذا العقار و من حق خلفه الخاص أن يطالبه بتنفيذها رضاء أو قضاء و من هذه الالتزامات نقل ملكية المبيع و تسجيل العقد بالرسم العقاري و الحصول على حكم قابل للتسجيل يقوم مقام العقد »⁽⁵⁹⁾.

بقي أن نشير إلى أنه سعيا لإرساء حصانة الرسم العقاري و حماية له من الاعتداء و الغصب، تدخل القضاء الاستعجالي في العديد من مواقفه لإرساء هذه الحصانة بطرد كل محتل لعقار محفظ الغير مسجل بالرسم العقاري و لو احتج بأية وثيقة ، فجاء في قرار لمحكمة النقض بهذا الشأن بأنه : « يتضح من مقال دعوى المطلوبين فيه أن الدعوى ترمي إلى طرد الطالبين من عقار محفظ و قد ثبت للمحكمة من خلال معاينتها للمدعى فيه هو نفسه موضوع الرسم العقاري و الذي له ميزة خاصة تجعل كل متواجد به بدون سند قانوني محتلا و رتبت على ذلك ما توصلت إليه من نتيجة »⁽⁶⁰⁾.

وورد في قرار آخر بأنه : « من حق المالك الذي ثبت ملكه برسم عقاري أن يرفع أمره إلى قاضي المستعجلات ليجعل حدا لكل تعدد يمس بحقه و أن ذلك تدبير مؤقت مستعجل تحتمه الميزة الخاصة بالرسم العقاري الذي يلزم الجميع مضمونه »⁽⁶¹⁾.

57- القرار عدد : 374 الصادر بتاريخ 2014/06/24 موضوع الملف عدد : 2969 / 7 / 1 / 2013 ، أورده :

حسن منصف : « دور الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن العقاري » مرجع سابق ، ص : 207 .

58- القرار عدد : 4149 الصادر بتاريخ 2012/09/25 موضوع الملف عدد : 3487 / 7 / 1 / 2011 ، ورد ذكره بنفس المرجع ، ص : 206 .

59- القرار عدد : 14 الصادر بتاريخ 2013/01/15 موضوع الملف عدد : 3258 / 7 / 1 / 2012 ، ورد ذكره بنفس المرجع ، ص : 207 .

60- القرار عدد 3372 بتاريخ 2006/11/15 موضوع الملف المدني عدد : 05 / 1943 أورده :

حسن منصف : « دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن العقاري » مرجع سابق ، ص : 208 .

61- لقرار عدد 140 بتاريخ 1971/04/21 منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ، الجزء الأول ، ص : 461 و ما بعدها .