



جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم
القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس ظهر المهرار



وحدة الأنظمة العقارية
بالمغرب



عرض تحت عنوان

ماستر الأسرة والوثيق
الفوج الخامس

العقار خير المحفظ



تحت إشراف الدكتورة:
فاطمة لحروف

من إنجاز الطلبة:
سمية الأنصاري
محمد الشرقاوي
غزلان العبيد

السنة الجامعية
2019/2018

مقدمة:

لقد شكلت الارض العامل الانتاجي الطبيعي الثاني الذي يكون مع العامل الاول، عمل الانسان، العنصرين الوحيدين للانتاج، وبالرغم مما عرفه عالم الاقتصاد مع تعاقب العصور، من تطور كبير أدى الى خلق رؤوس أموال جديدة، فان عنصر الأرض بقي حتى الان يلعب دورا مهما في الانتاج بجانب العمل والعوامل الانتاجية الاخرى.

فالأرض أوالعقار بوجه عام أساس كل تنمية إقتصادية و إجتماعية و حتى سياسية، و بالتالي فهو بحاجة إلى ملكية عقارية تقوم على أساس ثابت و ذلك عن طريق حمايتها بسياسات من التنظيم و التشريع لذلك نجد أن المواثيق الدولية و الدساتير والقوانين كلها تجمع على حماية هذا الحق .

إلا أن المحلل للنظام القانوني العقاري بالمغرب، يجد أنه يتميز بخاصية أساسية تتمثل في ازدواجيته بين عقارات محفظة و أخرى غير محفظة، وكما هو معلوم أن هذا الوضع الذي ال إليه العقار بالمغرب له إرتباط أساسا بعوامل تاريخية محضة، فهو نتيجة طبيعة الوضعية القانونية التي عاشها المغرب منذ بسط الحماية عليه تطبيقا للاتفاقية المبرمة بين السلطان و الجمهورية الفرنسية بمدينة فاس بتاريخ 30/03/1912، فقبل هذا التاريخ لم يكن المغرب يعرف أي تنظيم سوى تنظيم العقار المدني بأشكاله التقليدية، ولم يكن تعبير العقار غير المحفظ متداولاً و لا معروفاً، إلا بعد الحماية. و بالتالي فإن مصطلح العقار غير المحفظ قد ظهر بعد الحماية وقد اطلقت عليه تسميات مختلفة منها العقار العادي والعقار الأصيل، وتسمية العقار الملك وهي اصطلاحات وإن كانت مختلفة من حيث المبنى إلا أنها متحدة من حيث المعنى، ويراد بها أساسا ذلك العقار الذي لم يسبق أن خضع لنظام التحفيظ العقاري المنظم بظهير 12 غشت 1913 والذي عدل وتمم بقانون رقم 14.07، وإنما هذا العقار - العقار غير المحفظ - بقي كما هو منذ فجر التاريخ يخضع قبل الإسلام للأعراف المحلية وبعد الفتح الإسلامي للفقه المالكي وأحيانا لبعض الأعراف كما أن بعض الفقه كان لا يرى مانعا من إخضاع العقار غير المحفظ لأحكام قانون الالتزامات والعقود، وبالتالي كان يثار نقاش فقهي و تضارب قضائي حول أولوية التطبيق بين أحكام الفقه المالكي و قانون الالتزامات والعقود إلا أنه بصدر القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية قد نص على إزالة الاختلاف الذي كان بين الفقه والقضاء حول الأسبقية في التطبيق بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص الالتزامات والعقود بالنسبة للعقارات غير المحفظة وهكذا نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 39.08 على ما يلي: (تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي).

فقبل فترة الحماية إذن وقبل إقرار نظام التحفيظ العقاري في 12 غشت 1913 كان المغرب لا يعرف إلا تنظيمًا واحدًا وهو العقار المدني بأشكاله التقليدية ولم يكن تعبير عقار غير محفظ متداولًا ولا معروفًا، ومع إقرار نظام التحفيظ العقاري بمقتضى ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) وظهير 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915 الملغى) المتضمن للقواعد التي تطبق على العقارات المحفوظة أصبح المغرب يتوفر على ازدواجية لنظامه العقاري، عقارات محفظة وأخرى غير محفظة، ويعتبر العقار غير المحفظ هو الأساس لأن العقار المحفظ كان أصلًا عقارًا غير محفظ فتحول وضعه القانوني والمادي بعد اتباع مسطرة التحفيظ التي هي مجموعة من الإجراءات الرامية إلى إخضاع العقار غير المحفظ للنظام المحدث بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تعديله وتتميمه.

إن العقار غير المحفظ لازال يغطي نسبة كبيرة من الأراضي الخاضعة لنظام الملكية الخاصة بالبلاد وهو يخضع على خلاف العقار المحفظ لنظام الشهر الشخصي الذي يقوم على أساس شخص مالك العقار أو أشخاص لحقوق العينية عليه، حيث لا بد لذي المصلحة لكي يحيط بالوضع المادي والحقوقى لعقار ما، ويضمن لسلامة التصرف المزمع إبرامه عليه من الرجوع إلى سائر السندات التي نظمت باسم المالكين أو أصحاب الحقوق العينية المتعاقبة، والتأكد من أن المتصرف قد قام هو نفسه أو بواسطة سلفه بحيارة العقار طيلة مدة التقادم المكسب و بالتالي لا بد من توفير الحماية القانونية و القضائية اللازمة لهذا النوع من العقارات .

و يتميز العقار غير المحفظ بتنوع المصادر المكسبة له حيث نجد أن أسباب ملكيته تتأرجح بين التصرفات القانونية المكسبة للملكية و أخرى مادية نظمها المشرع المغربي في الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية ، كما أن المشرع المغربي قد أوجب رسمية هذه التصرفات القانونية الواقعة عليه من خلال المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية ، سعيًا منه إلى تكريس مبدأ الأمن القانوني و استقرار التصرفات الواقعة على العقار غير المحفظ .

إلا أنه و بالرغم من كل هذه المستجدات التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية فيما يخص العقار غير المحفظ ، فلا زالت هناك العديد من الإشكاليات القانونية التي تتعلق أساسًا بمدى توفير الحماية اللازمة للعقار غير المحفظ خاصة في ضل نقشي ضاهرة الإستيلاء على عقارات الغير . من هنا تظهر لنا أهمية موضوع العقار غير المحفظ ، أهمية يمكن النظر إليها من زاويتين أساسيتين ، الزاوية الأولى تتعلق بأهمية الموضوع من الناحية النظرية و التي تتمثل في معرفة الإطار القانوني المنظم للعقار غير المحفظ ومميزاته ، أما الزاوية الثانية فتتمثل في أهمية الموضوع من الناحية العملية و ذلك لمعرفة مدى توفير الإطار التشريعي للحماية اللازمة للعقار غير المحفظ ، و مدى مساهمة القضاء في توفير الحماية للعقار غير المحفظ من خلال البث في المنازعات المتعلقة به .

و من هنا تبرز إشكالية هذا الموضوع و التي سنصوغها على الشكل التالي :

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي توفير الحماية اللازمة للعقار غير المحفظ و تجاوز الإشكالات التي يثيرها؟

هذه الإشكالية ا تتفرع عنها عدة تساؤلات يمكن إبرازها في الآتي :

ما هو الإطار القانوني المنظم للعقار غير المحفظ ؟

و ما هي مصادر كسب ملكيته ؟

ما هي الحماية القانوني والقضائية التي يتمتع بها العقار غير المحفظ ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية و التساؤلات المتفرعة عنها سنعتمد التصميم التالي :

المبحث الأول: الأحكام العامة للعقار غير المحفظ:

المبحث الثاني: حماية العقار غير المحفظ في ضل ظاهرة الإستيلاء على العقارات :

المبحث الأول : الأحكام العامة للعقارات غير المحفوظة:

إن العقار غير المحفوظ هو ذلك العقار الذي لم يسبق له أن خضع لنظام التحفيظ العقاري المنظم بظهير 12 غشت 1913 الذي تم تعديله و تنميته بالقانون رقم 14.07 و بالتالي فهذا العقار يخضع لنظام قانوني خاص به ، و هو مدونة الحقوق العينية الصادرة سنة 2011 هذه الأخيرة ، قد حاول المشرع المغربي من خلالها جمع النصوص التي كانت مشتتة و توحيدها ، دون أن يمنع ذلك من خضوع العقار غير المحفوظ للفقهاء المالكي و كذا قانون الإلتزامات و العقود في بعض المسائل على اعتبارا أن هذان الأخيران يعتبران مكملين لمدونة الحقوق العينية الإطار الأساس لتنظيم العقار غير المحفوظ.

وتجدر الإشارة إلا أنه من مميزات العقار الغير المحفوظ ، مايتعلق بمصادر تكوينه ، أو بمعنى أدق أسباب ملكيته التي تعتبر متعددة ، وكذا ما يتعلق بتوثيق التصرفات الواقعة على هذه العقارات التي نظمتها مدونة الحقوق العينية في مادتها الرابعة ، لذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، المطلب الأول سنخصصه للحديث عن الإطار التنظيمي للعقار غير المحفوظ بينما سنخصص المطلب الثاني للحديث عن توثيق التصرفات الواقعة على العقار غير المحفوظ.

المطلب الأول : الإطار التنظيمي للعقار غير المحفوظ:

إن الإطار المنظم للعقار غير المحفوظ قد عرف عدة مراحل تأرجحت بين خضوعه للفقهاء المالكي و قانون الإلتزامات و العقود و ما أثاره ذلك من نقاش حول حق الأولوية في التطبيق ، إلا أنه بعد صدور مدونة الحقوق العينية قد وضعت حدا لهذا النقاش حيث أصبح العقار غير المحفوظ خاضعا لها وفي حالة عدم وجود نص ينظم مسألة تتعلق بالعقار غير المحفوظ يرجع حينئذ للفقهاء المالكي أو قانون الإلتزامات و العقود.

إن مدونة الحقوق العينية باعتبارها الإطار الأساس لتنظيم العقارات غير المحفوظة قد نظمت جل المسائل المتعلقة بهذه الأخيرة و من بين هذه المسائل ما يتعلق بمصدر وجود العقار غير المحفوظ أو ما يصطلح عليها بوسائل كسب الملكية ، لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين الأولى سنخصصها للحديث عن الإطار القانوني المنظم للعقار غير المحفوظ ، بينما سنخصص المطلب الثاني للحديث عن أسباب كسب ملكية العقار غير المحفوظ.

الفقرة الأولى : الإطار القانوني المنظم للعقار غير المحفوظ:

بالرجوع إلى المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية فإننا نجد أنها تؤكد على أن مقتضياتها تطبق على العقار غير محفوظ ، فإذا لم يرد نص مؤطر للمسألة المبحوث عنها في مدونة الحقوق العينية فإن قانون الإلتزامات والعقود هو الواجب التطبيق فإن لم يوجد به نص فيرجع للفقهاء المالكي و بتالي فإن الإطار القانوني المنظم للعقار غير المحفوظ يكون هو مدونة الحقوق العينية فقانون الإلتزامات والعقود فالفقهاء المالكي و سنحاول إبراز بعض النقاط الخاصة بكل إطار.

أولاً: مدونة الحقوق و العينية:

إن القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية ، الذي يعتبر الإطار القانوني الأساس لتنظيم العقار غير المحفوظ ، قد جاء بالعديد من المستجدات القانونية التي همت تنظيم العقار غير المحفوظ ، ولعل الغاية الأساسية من صدور هذه المدونة كانت هي تحقيق قانون موحد و متكامل يطبق على العقارات غير

المحفظة ، و ينظم الحقوق العينية المتعلقة بها و ذلك لوضع حد للازدواجية القواعد والنصوص المطبقة و التي خلفت صعوبات متعددة ، تعرقل عمل القضاء ، وتعصف بمجهودات توحيدده خاصة على مستوى المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) الذي اختار نهجا بخطتين متوازيين طيلة العقود التي مرت على تأسيسه . وصارت عاملا يحد من إدارة إدماج العقار غير المحفظ في مسلسل التنمية و تنشيط الإستثمار في الأراضي الفلاحية وفي التنمية القروية¹.

فكان لابد للمشرع من أن يحسم في بعض القواعد من فقه مالك التي قننها حيث أصبحت ملزمة للجميع مع التقيد بمبدأ: «لا اجتهد مع وجود النص» واحترام التراتبية التي تقضي بتقديم القانون التشريعي الخاص ، على النص التشريعي العام وهما معا على القاعدة الفقهية التي تعتبر مصدرا للتشريع و التي لا يلجأ إليها إلا عند انعدام النص كما جاء في إحالة المدونة عليها . ويمكن إبراز النقط العريضة التي نظمتها مدونة الحقوق العينية فيما يخص العقار غير المحفظ في النقط التالية:

النقطة الأولى : حسم النقاش حول مسألة أولية التطبيق:

فبالرجوع للمادة الأولى من مدونة الحقوق العينية فإننا نجدها تنص على أنه "تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي².

وبذلك تكون مدونة الحقوق العينية قد وضعت حدا للنقاش الذي كان مثار حول أولوية التطبيق بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود و كذا التضارب القضائي الناتج عن ذلك النقاش ،حيث إنها قد أكدت من خلال هذه المادة أن مدونة الحقوق العينية هي الواجبة التطبيق و عند عدم وجود النص يرجع إلى فصول قانون الالتزامات والعقود فإن لم يكن هناك نص يرجع إلى الفقه المالكي³.

النقطة الثانية : تبني الرسمية في التصرفات الواقعة على العقار غير المحفظ:

لقد استلزم المشرع المغربي ضرورة إبرام التصرفات العقارية الواقعة على العقار غير المحفظ في شكلين اثنين من خلال مدونة الحقوق العينية فإما أن يحرر التصرف في شكل رسمي، من طرف الموثق أو العدول، وإما في شكل محرر ثابت التاريخ يحرره محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض⁴.

ويعتبر توثيق المعاملات بين الأفراد مهمة جسيمة لا يمكن أن يقوم بها إلا الأشخاص المؤهلون المتمتعون بالكفاءة القانونية الكافية والتجربة المهنية المطلوبة وينتمون إلى نظام قانوني ينظم عملهم، ويسهل عملية مراقبتهم والإشراف عليهم، ولا تتوفر هذه الشروط إلا في العدول والموثقون.

1 - محمادي لمعكشاوي ، المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39.08 ط 2013 ص 7.

2 - ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) ننتفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية . الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 2011 ص 5587

3 - محمادي لمعكشاوي ، مرجع سابق ، ص 8.

4 - القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178. صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)

فإذا كان المشرع قد منح للمهنيين المنتمين لمهنة قانونية منظمة يخول لها قانونها تحرير العقود والتصرفات العقارية في إطار القوانين العقارية الخاصة، فإنه ضيق من فئة الأشخاص المخول لهم تحرير هذه العقود حيث حصر ذلك بموجب المادة 4 من مدونة الحقوق العينية في المحرر الثابت التاريخ الذي يحرره محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض⁵.

هكذا فتوثيق العقود في التصرفات العقارية من شأنه التخفيف من حدة النزاعات المطروحة أمام القضاء وتحقيق استقرار المعاملات العقارية، والرقى بها إلى مستوى الاطمئنان، وبالتالي توفير الأمن القانوني للمتعاقدین في مجال العقار مما يشكل حماية فعالة لحق الملكية المضمون بموجب الدستور المغربي⁶.

ويعد علم التوثيق من المجالات الحيوية التي يجب الاهتمام بها، والعمل على تحديثها لأن التوثيق هو الذي يصون حقوق الناس وأعراضهم، كما أن فن التوثيق يضبط العلاقات المالية والاقتصادية من بيع وشراء وكراء ورهن... إضافة إلى دوره الفعال في إبعاد الإنسان عن العقود الباطلة، وذلك من خلال تحديد شروطه وضوابطه التي تنبني عليها الوثيقة، والمستمدة من كتاب الله وسنة رسوله الكريم⁷

النقطة الثالثة : حصر الحقوق العينية و جعلها من النظام العام:

هذا المقتضى أكدته مدونة الحقوق العينية من خلال نصها في ماتها 11 على أنه : " لا يجوز إنشاء أي حق عيني إل بالقانون " ، لذلك فإن هذه الحقوق العينية التي يمكن ترتيبها على العقار غير المحفظ محددة طبقا للقانون على سبل الحصر و ليس على سبيل المثال ، و بالرجوع لمدونة الحقوق العينية فإن الحقوق العينية تنقسم إلى حقوق أصلية و أخرى تبعية و كلاهما محددة بحكم القانون.⁸

ثانيا: قانون الإلتزامات و العقود والفقہ المالكي:

بالرجوع للفقرة الثانية من المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية فإننا نجدها تنص على أنه " تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الإلتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقہ المالكي. "

⁵ - عبد الرحيم حزيكر، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مقتضيات مدونة الحقوق العينية والظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض عدد 26 منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة الأمنية الرباط إصدار 2015، ص: 150.

⁶ - إيمان السايح: الضمانات القانونية للعقود الرسمية ودرها في استقرار الملكية العقارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2014-2015، ص: 279.

⁷ - عبد القادر بوبكري، توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية على ضوء مستجدات القانون 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والقوانين ذات الصلة، أعمال الندوة العلمية الثانية، العدالة العقارية والأمن العقاري بالمغرب، منشورات المنبر القانوني مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2004، ص: 53.

⁸ - إدريس الفاخوري ، الحقوق العينية و فق القانون رقم 39.08 ، دار نشر المعرفة ط2013 ص 65

و بالتالي عند عدم وجود النص في مدونة الحقوق العينية فإن القانون الواجب التطبيق على العقار غير المحفظ هو قانون الإلتزامات و العقود ، وعند عدم وجود نص به هو الأخير فإن الفقه المالكي هو الواجب التطبيق.

أ- قانون الإلتزامات و العقود:

إن قانون الإلتزامات و العقود يحوز المرتبة الثانية من حيث التطبيق على العقارات غير المحفظة بصريح الفقرة الثانية من المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية علي اعتبار أن قانون الإلتزامات و العقود ، يعتبر الشريعة العامة للتشريعات الوضعية المغربية كما أنه لا يتعارض مع قواعد الفقه المالكي و شموله لقواعد لا ينظمها الفقه الإسلامي.

و بالرجوع لمدونة الحقوق العينية فإننا نجد أنها لم تقم بتناول بعض المواد التي ينظمها قانون الإلتزامات و العقود و ذلك مثل : البيوع ، و المعاوضة ، و الوكالة ، و الاشتراك ، و الصلح ، و الرهن الحيازي للعقارات⁹ ...

و بما أن قانون الإلتزامات و العقود تناول هذه الموضوعات فإنه من البديهي أن تطبق قواعده لإحالة المدونة على هذا القانون صراحة فيما لم تأتي به ، ولا مجال هنا لإعمال القواعد الفقهية في هذه الحالة¹⁰.

و من هنا فإننا نجد أن مدونة الحقوق العينية قد قيدت تطبيق قانون الإلتزامات و العقود على العقارات غير المحفظة و جعلت تطبيقه محدودا ، تطبيقا للقاعدة التي تقر بكون أن النص الخاص يقيد النص العام و بالتالي فقانون الإلتزامات و العقود أصبحت قواعده في ضل المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية تطبق فقط في الحالات التي لا يوجد فيها نص بمدونة الحقوق العينية.

ب- الفقه المالكي:

تجدر الإشارة إلى أن النزاعات المتعلقة بالعقارات غير المحفظة كانت يطبق فيها الفقه المالكي منذ القدم و كان ينعقد الاختصاص في شأنها للقضاء الشرعي سواء اكان اطراف النزاع كلهم مغاربة او بعضهم فقط، و لم يكن يرفع النزاع الى المحاكم العصرية التي احدثت آنذاك الا عندما يتعلق الامر بطرفين اجنبيين و مع ذلك كان الفقه المالكي هو مصدر قضاة تلك المحاكم فيما يتعلق بجوهر النزاع ما دام موضوع الدعوى عقارا غير محفظ او في طور التحفيظ. و الآن بعد صدور مدونة الحقوق العينية قد حاولت تقنين تلك القواعد الفقهية و جعلت نفسها (مدونة الحقوق العينية) الواجبة التطبيق بينما قواعد الفقه المالكي تطبق في المرتبة الثالثة بعد قانون الإلتزامات و العقود.

فاستنادا إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 39.08 فإن الفقه المالكي أصبح يطبق في المرتبة الثالثة ففي حالة عدم وجود نص في مدونة الحقوق العينية و قانون الإلتزامات و العقود يرجع حينئذ إلى قواعد الفقه المالكي ، وإن كانت مدونة الحقوق العينية تتضمن بالأساس قواعد يتضمنها الفقه

9 - محمادي لمعشاوي ، مرجع سابق ، ص 8

10 - محمد خيري ، العقار و قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، دار نشر المعرفة ط 2014 ، ص 128.

المالكي ، و على أي ما يهمنا هنا هو أن الفقه المالكي يعتبر هو الآخر منظم للعقار غير المحفظ بإعتبار أنه كان ينظمه منذ القدم¹¹.
الفقرة الثانية : أسباب كسب ملكية العقار غير المحفظ:

لقد نظم المشرع المغربي أسباب كسب الملكية في الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية ، و قد أراد من ذلك المشرع المغربي جعلها مطبقة على جميع الحقوق العينية ، و ما يهمنا في هذا الموضوع هو أسباب كسب ملكية العقار غير المحفظ ، فبالرجوع إلى التشريع المغربي فإننا نجد هذه الأسباب كثيرة و متنوعة إلا أننا لن نتناولها كلها وإنما سنتحدث عن بعضها فقط فهذه الأسباب إما أن تكون في شكل تصرفات قانونية كالعقد و الشفعة و قد تكون وقائع مادية مثل الميراث و إحياء أراضي الموات و الحيازة.

أولا : التصرفات القانونية المكسبة للعقار غير المحفظ:

و تتمثل هذه التصرفات القانونية المكسبة للعقار غير المحفظ في العقد و الشفعة:
العقد:

أ- لم يعرف المشرع المغربي العقد ، تاركا المجال لفقهاء القانون لتعريفه ، حيث تم تعريفه بأنه توافق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني يكون عبارة عن إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه.
إن العقد المكسب للملكية يتوقف إما على إرادتين كالبيع و ما يتم بإرادة واحدة كالهبة و الصدقة.

و بالنسبة للعقار غير المحفظ فهناك آراء متناقضة بخصوص نقل ملكيته بواسطة العقد فهناك من يذهب إلى أن مجرد تراضي الطرفين في العقد يجعله قائما طالما أن الفقه الإسلامي لم يشترط شكل معين بل مجرد التراضي فضلا عن فصلي ق ل ع 488 و 491 اللذان ينصان على تمام البيع بمجرد تراضي عاقديه و اللذان لا يطبقان على العقار المحفظ و المنقولات التي ترهن رهنا رسميا إذن بالمخالفة يطبقان على المنقول والعقار غير المحفظ.¹²

لكن هناك رأي آخر يذهب إلى أن العقود التي ترد حتى على العقار غير المحفظ يجب أن تخضع للشكلية التي ينص عليها الفصل 489 و هي شكلية الكتابة لأن هذا الفصل جاء عاما { إذا كان عقارا ... } و يجب أن يجري البيع كتابة ... } و هذا هو رأي الأستاذ الكزبري حيث يقول كي تسري العقود المتضمنة نقل ملكية عقار غير محفظ أو بصورة أعم نقل الحقوق العينية المترتبة على عقار غير محفظ في مواجهة الغير يجب تضمينها في عقد كتابي ثابت التاريخ و تسجيله في السجل الخاص المعد لذلك.

و من العقود التي تعتبر سببا في كسب الملكية بالإضافة إلى عقد البيع في الفقه الإسلامي عقد المعاوضة و التصبير و الإقامة و المغارسة و المزارعة و الجعل و هبة الثواب و الصلح و التبرعات من هبة و صدقة و النحلة.

¹¹ - عبد الحق حكيم ، دور الحيازة في إثبات ملكية العقار غير المحفظ ، على ضوء مدونة الحقوق العينية ، رسالة لنيل شهادة الماستر ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية ، وجدة ، سنة 2014/2013 ص 20

¹² - ينص الفصل 488 من ق ل ع على أنه " يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقديه ، أحدهما بالبيع و الآخر بالشراء ، و باتفاقهما على المبيع و الثمن و شروط العقد الأخرى. " إن عقد البيع يكفي لوحده لنقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، وهذا ما يستخلص بوضوح من الفصل 491 ق ل ع الذي ينص على أن المشتري يكتسب بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه.

إلا أنه بصدر مدونة الحقوق العينية قد حسم هذا النقاش و بالتالي فكل التصرفات الواقعة على العقار غير المحفظ يجب أن تتم بمقتضى محرر رسمي أو ثابت للتاريخ تطبيقا للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية¹³.

الشفعة:

إن المشرع المغربي قد نظم حق الشفعة في قوانين مختلفة منها ظهير الإلتزامات والعقود، وكذا ظهير 19 رجب الموافق ل 2 يونيو 1915، و مدونة الحقوق العينية ، و قد حاول ق.ل.ع بيان أحكام حق الشفعة في الفصول 974 و 975 و 976. في حين لم يتطرق بصفة مباشرة لتعريف هذا الحق، إلا أن ظهير 2 يونيو 1915 قد أعطى تعريفا مباشرا له فنص على أن الشفعة هي : "الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياخ عقارات أو حقوقا عينية عقارية في أن يأخذ الحصة المباعة بدلا من مشتريها بعد أدائه المبلغ المؤدى في شرائها وكذا مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات وما أدي عنها من مصاريف لازمة للعقد."

و في إطار مدونة الحقوق العينية قد عرفت الشفعة بكونها " أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المباعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصروفات العقد اللازمة والمصروفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء¹⁴."

هذا و قد نظمت مدونة الحقوق العينية الشفعة كسبب من أسباب الملكية في المواد من 292 إلى 312 منها ، و خصتها بمجموعة من الشروط كي تنتج أثارها الناقل لملكية العقار غير محفظ ، و من هذه الشروط إبداء الشريك رغبته في ممارسة الشفعة و سلوكه مسطرة العرض العيني ، و أن يشفع هذا العقار الغير محفظ كله أو أن يتركه تطبيقا لقاعدة عدم تبويض الحصة المشفوعة ، كما يجب ممارسة هذا الحق في إطار العقار غير المحفظ داخل الأجل المحدد له أي أنه على الشفيع ممارسة الشفعة داخل أجل سنة يبتدأ من تاريخ العلم بالبيع، الحاصل في الملكية الشائعة أما في حالة عدم العلم بالبيع فإن الأجل هو أربع سنوات تبتدئ من تاريخ إبرام العقد تطبيقا للمادة 304 من مدونة الحقوق العينية¹⁵.

إن ممارسة الشفعة إذا ما كانت مستجمة لأركانها و شروطها ، تقوم بنقل ملكية العقار غير المحفظ من المشتري إلى شريك البائع (الشفيع) مقابل أداء الثمن و مصروفات العقد ، و بالتالي فهي تقوم على نزع الملكية جبرا على المشتري و نقلها للشفيع ، و ذلك بهدف تفادي إدخال الشريك الأجنبي في العقار المشاع و الحفاظ على وحدة الشركاء.

ثانيا : الوقائع المادية المكسبة لملكية العقار غير المحفظ:

¹³ - تنص المادة 4 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة 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"

¹⁴ - إدريس الفاخوري مرجع سابق ، ص 112

¹⁵ - محمد جباتي، دعوى الشفعة بين العقار العادي والمحفظ (أوجه التلاقي والاختلاف)، مداخلة أقيمت في الندوة الجهوية الخامسة في موضوع: النزاعات العقارية من خلال توجهات المجلس الأعلى سطات، القاعة الكبرى لولاية الشاوية.

فمن الوقائع المادية التي تكسب العقار غير المحفظ نجد الإرث الذي قد نظمت أحكامه مدونة الأسرة ، وكذا إحياء أراضي الموات و الحيابة التي تعتبر الأساس القانوني للعقار غير المحفظ و سنحاول تناول هذه الأسباب بشيء من التلخيص المركز:

أ- الإرث:

بالرجوع إل المادة 264 من مدونة الحقوق العينية فإننا نجدها قد جعلت من الميراث سببا مكسبا للملكية ، و أحالت هذه المادة على أحكام مدونة الأسرة المنظمة لمسائل الميراث في المواد من 321 إلى 368.

فبالرجوع إلى المادة 323 من مدونة الأسرة فإننا نجدها تنص على أن " الإرث انتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة¹⁶".

وهو إجمالا استحقاق شخص أو أشخاص للتركة بموت مالكة سالمة من حقوق الغير ،كلما توفرت فيهم الأسباب والشروط وانتفت الموانع. و بالتالي فالإرث يكمن أن يكون سببا مكسبا لملكية العقار غير المحفظ ، و ذلك بعد إثبات صفة الوريث عن طريق القيام بإثابة أمام عدلين منتصبين للإشهاد و خطاب قاضي التوثيق عن هذه الإثابة لإضفاء الرسمية عليها تطبيقا للمادة 35 من القانون رقم 16.03 المنظم لخطبة العدالة ، و بعد ذلك تنتقل ملكية العقار غير المحفظ من الهالك إلى الوريث الذي أثبت صفته في استحقاق التركة المشكلة من عقار غير محفظ¹⁷.

ب- إحياء أراضي الموات:

بالرجوع الى نص المادة 222 من مدونة الحقوق العينية فإننا نجد انها تنص على التالي: "الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها الا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقا للقانون."

وتضيف المادة 223 من نفس المدونة على ما يلي: " من احيا ارضا من الأراضي الموات، بإذن من السلطة المختصة، فله حق استغلالها"

وتحدثت الفصول 224 الى 226 من نفس المدونة عن حق استغلال هذه الأراضي ومن المختص بذلك الخ.

و انطلاقا مما تقدم، نجد ان المشرع المغربي اعتبر أراضي الموات هي الأملاك التي لا مالك لها، وهي بالتالي وبقوة القانون ملك للدولة، وفي توجهه هذا فان المشرع المغربي اقتصر فقط على ايراد عبارة الأراضي (أي العقارات) التي لا مالك لها، ولم يستعمل عبارة الأموال الغير المملوكة لأي أحد، عكس بعض التشريعات الأخرى ومن ذلكم القانون الجزائري، اذ تم النص في المادة 773 من قانونه المدني

¹⁶ ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

¹⁷ - بويكري عبد القادر، توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية و إشكالاتها القانونية و العملية، مقال منشور بمجلة القانون المدني، العدد الأول، 2014.

على انه:" تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث او الذين تهمل تركتهم¹⁸."

ومهما يكن من امر، فإن الأراضي الموات حسب التعريف القانوني، هي الأراضي الغير المستعملة عمليا، ولا يستغلها أي أحد، وبالتالي فهي بقوة القانون ملك للدولة، غير انه بمكان الأشخاص استغلالها وفق طرق قانونية معينة يؤدي عدم سلوكها من قبلهم الى اعتبارهم في حكم المحتلين او الغاصبين لها¹⁹.

ت – الحيازة:

الحيازة فقها هي " وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه و التصرف فيه " وأضاف الفقهاء مع شرط الحوز و التصرف و ادعاء التملك.

و لقد جعل المشرع المغربي الحيازة من أسباب الملكية لما صارت مدونة الحقوق العينية في أحكامها تشمل العقار المحفظ وغير المحفظ. بينما لم تكن من تلك الأسباب في ظهير 11 رجب 1333 لختصاصه حينها بالعقار المحفظ وهو ما لا يكسب بالحيازة لصفة التطهير الموسوم بها التحفيظ و لكون الحيازة المعروفة والممارسة هي ما كان يسمى في القانون بالحيازة العرضية وهي منظمة بمقتضى قانون المسطرة المدنية²⁰.

إن أساس الحيازة مبني في القانون على قواعد التقادم المكسب. و التقادم غير مكسب للحقوق العينية عند فقهاء المسلمين.

وبالتالي فإن أنواع الحيازة هي:

-الحيازة المكسبة للملكية مع جهل أصل الملك و مدتها 10 أشهر لقول خليل " و حوز طال عشرة أشهر " كإحياء أراضي الموات.

-الحيازة المكسبة للملكية مع علم أصل الملك و هي الحيازة الاستحقاقية و لا بد فيها للحائز أن يثبت 5 شروط:

-اليد أي وضع اليد ؛

-النسبة أي تنسب حيازة الأرض له ؛

-التصرف أن يتصرف في العقار تصرف المالك بملكه

-أن يكون التصرف بدون منازع أي أن لا ينازعه في هذه الحيازة أحد

¹⁸ - محمادي لمعكشاوي ، مرجع سابق ، ص 211.

¹⁹ - أراضي الموات كمصدر من مصادر الرصيد العقاري ، مقال منشور ب موقع : www.marocdroit.com , تاريخ الدخول :

2018/12/12. على الساعة 20:00

²⁰ - حسن القصاب ، محاضرات في مادة الحقوق العينية ، جامعة القرويين كلية الشريعة أيت ملول ، الموسم الدراسي : 2014 / 2015 ، ص 46- 47.

و المدة و هي 10 سنين المقررة شرعا بين الأجنب و 40 سنة بين الأقارب و إذا كانت بينهم عداوة و مشاحنة تنقلص إلى 10 سنوات على أن لا تكون هذه الحيازة يتخللها كراء أو عارية أو نحو أي دون تقطع وتضم مدة السلف الى مدة الخلف سواء في الحيازة او السكوت عن الحيازة²¹.

مع علم أصل الملك و مع علم مدخل الحائز: فإذا كان مدخل الحائز ناقلا للملكية فإن حيازته ستنفعه، أما إذا كان المدخل ببراء أو نحو فحيازته لا تنفعه ولو طال.

و تشتترط فيها الشروط الخمس فضلا عن شروط أخرى، فالحيازة لا تنفع صاحبها إلا إذا كان الحائز حاضرا عالما ساكتا في حيازته، حاضرا في موقع العقار الذي حازه غير متغيب، عالما بأن العقار آل إليه بسبب من أسباب الملكية، ساكتا لم يرازه أحد. فإذا اجتمعت كل الشروط تكون الحيازة قاطعة للنزاع²².

²¹ - للتوسع أكثر أنظر إدريس الفاخوري ، مرجع سابق ص من 103 إلى 111.

²² - محمد القدوري، حيازة العقار و حيازو المنافع، دار الأمان للنشر و التوزيع، الرباط، 2005، ص 57

المطلب الثاني: توثيق التصرفات العقارية الواردة على العقار غير المحفظ

يقال عادة أن التوثيق أقوى من الإثبات، إذ في التوثيق معنى الربط والإحكام، بخلاف الإثبات الذي لا يعني إلا مجرد الإقامة، فهما لا يشتركان إلا في إفادة الإقامة²³، الشيء الذي يفيد أن التوثيق هو الذي يعطي للإثبات قوته.

ومن أجل إحكام التصرفات الواردة على العقارات غير المحفظة ومساهمة هذه الأخيرة في تحقيق التنمية والأمن العقاري عمل المشرع المغربي على تعديل الترسانة القانونية المتعلقة بنظام التوثيق بشقيه "العدلي والعصري"، بإصدار قانون 16.03 المنظم لخطة العدالة والقانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق. كما عمل على إصدار تشريعات جديدة تروم لتعميم مبدأ الرسمية وتضييق اللجوء إلى العقد العرفي²⁴. لذلك فإن آخر تعديل جاء به المشرع المغربي في شأن تنظيم توثيق التصرفات المنصبة على العقار غير المحفظ هو القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتاريخ 24 نونبر 2011، وما أقرته المادة الرابعة منها، وهو ما يدل على رغبة المشرع المغربي في تعميم مبدأ الرسمية ليشمل العقارات غير المحفظة وليضع حدا فاصلا لاعتماد المحررات العرفية.

من خلال هذا المطلب إذا سنتحدث عن النظام التوثيقي التي تخضع له التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ "الفقرة الأولى" ثم نتحدث عن حجية المحررات الرسمية في "الفقرة الثانية"

الفقرة الأولى: نظام توثيق التصرفات العقارية الواردة على العقار غير المحفظ

إن التوثيق له علاقة وطيدة مع العقار فكما كانت التصرفات العقارية-الواردة على العقارات غير المحفظة موثقة ومستوفية لكافة أركانها وشروطها إلا وكانت محصنة من كل نزاع يهددها؛ وبالتالي تسهيل البث والفصل في النزاعات المعروضة على القضاء، وأيضا تحفيز رؤوس الأموال في استثمار أموالهم، وهو ما يعود فعلا على الاقتصاد الوطني بالازدهار وتسريع وثيرة التنمية وحماية حقوق العلاقة التوثيقية، ودعم مسؤولية محرر العقد وإثبات حجية المحررات الرسمية ومن ثم فإن مصالح الأفراد والمصلحة العامة تقتضي أن تنظم عملية توثيق التصرفات العقارية الواردة على العقارات غير المحفظة بشكل مركز ودقيق.

ومن أجل تفعيل العملية التوثيقية بشكل دقيق ومركز، وضمان حسن سيرها بهدف الحفاظ على حقوق أطراف العملية التوثيقية فإن المشرع المغربي أناط مهمة توثيق التصرفات الواقعة على العقار غير المحفظ بالعدول والموثقين، إذ بعيدا عن النقاشات الفقهية والقضائية المثارة حول عبارة الموظفين العموميون وكذا حول البيانات والوقائع المشمولة بالصفة الرسمية. فإن المجمع عليه أن الشخص المأذون له بكتابة المحرر

²³-محمد جميل مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 2000، ص20.

²⁴- عبد الرحيم حزيكر، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مقتضيات مدونة الحقوق العينية والظهير المتعلق بالتحفيز العقاري، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاثر محكمة النقض عدد 26 منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة الأمنية الرباط إصدار 2015، ص: 150

الرسمي الدال انعقاداً وإثباتاً على إبرام التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ هو الموثق والعدلان²⁵، وهو مأكده العمل القضائي²⁶.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 4 من مدونة الحقوق العينية 39.08 نجد أن المشرع المغربي قد استلزم ضرورة إبرام التصرفات العقارية في شكلين اثنين من خلال مدونة الحقوق العينية فإما أن يحرر التصرف في شكل رسمي، من طرف الموثق أو العدول، وإما في شكل محرر ثابت التاريخ يحرره محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض²⁷.

إلا أن الجهاز الأكثر استعمالاً في هذا المجال- مجال إثبات التصرفات العقارية الواردة على العقار غير المحفظ- هو جهاز التوثيق العدلي الذي يقوم بتحرير الوثائق العدلية وهي الرسوم العدلية المحررة من طرف العدول على اعتبار أن اختصاص التوثيق في مجال العقار غير المحفظ اختصاص أصلي بالنسبة للعدول²⁸. وقد ألزم المشرع المغربي العدول في إطار توثيق التصرفات الواقعة على العقار غير المحفظ بتحديد حدود العقار غير المحفظ تحديداً دقيقاً، وتحديد مساحته وموقعه، إلا أنه وإن كان من المفروض فيهم نظرياً القيام بهذه المهام على أحسن وجه فإن واقع الرسوم المحررة من قبلهم يفيد أن المساحة عادة ما تحدد بمقاييس متداولة عند أهل البلد (حرث يومين تقريباً ...) كما تكون الحدود المعتمدة من قبلهم عبارة عن مواقع أو منشآت أو تضاريس معينة (الشعبة، الطريق العمومية، الوادي...) وهي كلها حدود غير ثابتة وقابلة للزوال بفعل الطقس أو مرور الزمان²⁹.

وزيادة على ما سبق فإنه يتعين على العدول وصف المشهود فيه وصفاً تاماً، نوعه أرضاً كان أو داراً، وذكر عنوان العقار وموقعه، وقبل ذلك لا بد من الادلاء بشهادة الإدارية هذا الإجراء الذي يعد ضرورياً لمعرفة المالك الحقيقي من المالك الظاهر.

إذ بالرجوع إلى مقتضيات المادة 18 من المرسوم التطبيقي للقانون المتعلق بخطة العدالة نجده ينص على ما يلي: "يتعين على العدل عند تلقي الشهادات مراعاة الشروط المقررة وكذا استحضار المستندات اللازمة.

²⁵- إشكاليات توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية، محمد الخضراوي، مقال منشور بمجلة محاكمة عدد 3 ص 160، بتصرف
²⁶- جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1874 ... الورقة التي يحررها الموثق تعتبر رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزوم، منشور بمجلة المحامي عدد 29 سنة 1996 ص 359. وحول حجية الشهادة العدلية الصحيحة أقر المجلس الأعلى في قرار عدد 522 لسنة 1982-7-25 على ما يلي: يعتبر الرسم العدلي من الأوراق الرسمية استناداً إلى الفصل 418 ق ل ع، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 سنة 1983 ص 54.

²⁷ - تنص الفقرة الأولى من المادة 4 من مدونة الحقوق العينية: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو إنشاء 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 خاص على خلاف ذلك".
²⁸- العقار غير المحفظ، مقال منشور بموقع www.anibrass.com - بتصرف، تمت زيارة الموقع على الساعة 16.30 بتاريخ 2018-12-11.

²⁹ - التزامات الموثقين والعدول الخاصة بتوثيق المعاملات العقارية، مقال منشور بموقع <http://chaabinfo.blogspot.com> . تمت زيارة الموقع على الساعة 9.15 بتاريخ 2018-12-11.

إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ وجب على العدل التأكد بواسطة شهادة صادرة عن السلطة المحلية من كونه ليس ملكا جماعيا أو حبسيا وليس من أملاك الدولة وغيرها".

وضرورة التأكد من الشهادة الإدارية³⁰ هو ما أكدته الفصل السادس من المنشور الصادر عن وزير العدل عدد 14714 الذي ألزم العدول قبل تحرير عقود البيع بالتأكد من الملكية والشروط المطلوبة فيها وهي اليد، النسبة ، وطول مدة الحياة، وعدم العلم بخروج الملك من يد المشهود له بأي وجه من وجوه التقويت. وهذا ما أكدته القضاء بدوره في العديد من قراراته التي اعتبر فيها عدم تضمين سند الملكية في العقود المتعلقة بتقويت الحقوق العقارية مخالفة تستوجب متابعة العدل تأديبيا.

غير أن الفقرة الثانية من مقتضيات المادة 18 تطرح إشكالا حول الحالات التي توجب استحضار الشهادة الإدارية؛ إذ قد يفهم منها وجوب إحضار هذه الشهادة عند كل تصرف على العقار غير المحفظ مهما كان نوع هذا التصرف ومهما كان وقته.

وقد عبرت الهيئة الوطنية للعدول عن هذا الفهم بمقتضى بلاغ لها طلبت فيه: "...إيجاد حل لمشكل المادة 18 من المرسوم المتعلق بتنظيم أحكام قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة والتي قطعت بدورها الأرزاق على السادة العدول، وربطت كل عمل أو تصرف في العقارات غير المحفوظة بشهادة إدارية تسلمها السلطة المحلية³¹.

ولتوضيح ذلك صرح منشور صادر عن وزارة العدل هذا مقتطف من نصه: "...ونظرا إلى أن مقتضيات هذه الفقرة تهدف إلى حماية الأملاك الجماعية والحبسية وأملاك الدولة وغيرها من الترامي والتصرفات غير المشروعة ؛ ونظرا إلى أن الهدف المذكور يتحقق عندما يكون طالب الشهادة يتوفر على ما يفيد تملكه العقار غير المحفظ؛ وتقاديا لأي اختلاف في التطبيق العملي؛ نطلب منكم إشعار السادة العدول بالمطالبة بالشهادة الإدارية المشار إليها أعلاه ، إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ لا يتوفر المعنى بالأمر على ما يفيد تملكه له؛ وإعطاء ذلك ما يستحق من العناية والسهرة على تطبيقه بكل دقة واهتمام³²".

فبعد أن يتم الادلاء بالشهادة الإدارية يقوم العدلين بتلقي الشهادة التي لها ثلاثة أنواع: النوع الأول: الملكية العلمية "أو الشهادة العلمية": وهي عبارة عن شهادات أصلية يملئها عدلان من علمهما، يشهدان فيها لطالب الشهادة بملكته للأرض موضوع الشهادة

³⁰ -لمعرفة إجراءات الحصول على الشهادة الإدارية، انظر الدورية المشتركة" تحت عدد 50 بتاريخ 12-17-2012. وانظر كتاب

المركز القانوني للوثيقة العدلية في السجلات العقارية، سليمان أدخول، م س، ص 100-101.

³¹ - محمد الكويط، العمل الواجب الاتباع لحل إشكالية أصل التملك في العقارات غير المحفوظة. مقال منشور بموقع

www.alkanounia.com، تمت زيارة الموقع على الساعة 17.15 بتاريخ 11-12-2018.

³² - منشور عدد 40، صادر عن مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل بتاريخ 13 يوليوز 2009 تحت عنوان: "حول تطبيق مقتضيات المادة 18 من المرسوم التطبيقي للقانون المتعلق بخطة العدالة".

النوع الثاني: الملكية المختلطة "أو المثلية": وهي عبارة عن شهادة مختلطة يشهد فيها عدل واحد مع ستة من الليف.

النوع الثالث: الملكية الليفية: وهي عبارة عن شهادة اثني عشرة شاهدا شهدوا أمام عدلين منتصبين للشهادة، بأن هذا العقار ملك للمشهود له -طالب الشهادة- وفقا للشروط المقررة فقها وقانونا³³. وبعد ذلك يتم إدراجها-أي الشهادة- بذاكرة الحفظ بتحريرها وتوقيعها، والقيام بإجراءات التسجيل، ثم بعد ذلك تقديمها لقاضي التوثيق بقصد الاطلاع عليها وتأشيرها ترخيصا منه للناسخ من أجل تضمينها بسجل التضمنين المخصص لذلك، لكي يخاطب عليها كآخر إجراء تستوجبه العملية التوثيقية، لتصبح بعد ذلك الوثيقة العدلية رسمية ذات حجية قوية³⁴.

وكما يتم تحرير المحرر الرسمي من طرف العدول فإن الموثق أيضا أوكل له المشرع المغربي هذه المهمة. فالموثق العصري يختص بتلقي الإشهادات وإضفاء الرسمية على عقود الأطراف وتعاملاتهم في نطاق مكاني محدد بحكم القانون ولا يحق له مجاوزته، كما يزاول مهامه في حدود اختصاص نوعي وإلا تعرضت محرراته للبطلان كمحررات رسمية ولا يبقى لها من قيمة ثبوتية إلا في درجة الورقة العرفية إذا تضمنت توقيعات الأطراف دالة على رضاهم بمضمونها³⁵.

وفي هذا الصدد يتعين على الموثق كلما تعلق الأمر بعقار غير محفظ أن يقوم:
أولاً: أن يذكر في الرسم موقع العقار ونوعه ومساحته ومرافقه ومشتملاته وحدوده،
ثانياً: أن يذكر في الرسم أصل الملكية، وهذا يتطلب منه الإشارة في العقد الى جميع الرسوم المدلى بها بعد التأكد منها، وفي حالة عدم الادلاء بأي رسم يشار الى ذلك في العقد والى أن أصل الملكية ثبت من خلال تصريحات الأطراف فقط ، غير أن ما يعاب على المشرع المغربي أنه حينما أجاز للموثق في حالة عدم توفر رسوم تثبت أصل الملكية الاكتفاء بتصريح الأطراف بهذا الخصوص لتحرير المعاملات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، فإن ذلك يتعارض مع هدف التوثيق الذي هو إقامة المعاملات على أسس ثابتة منعا للمنازعات التي قد تنشأ بسبب غياب البيان المتعلق بأصل الملكية³⁶

وباستقراءنا لمقتضيات المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية يتضح بأن توثيق التصرفات العقارية لا يقتصر على العدول والموثقين بل أصبح أيضا للمحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض القيام بالتوثيق

-سليمان أدخول، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، الطبعة الأولى سنة 2015، دار السلام الرباط، ص97-98.

³⁴-سليمان أدخول، م س، ص 102.

³⁵-توثيق التصرفات العقارية، مقال منشور بموقع ، <http://www.droit-arab.com>، تمت زيارة الموقع على الساعة 19.12 بتاريخ 2018-12-11.

³⁶- محمد الربيعي ، المعاملات العقارية بين ظاهرة انتشار المحررات العرفية وضمانات المحررات الرسمية، الطبعة الأولى سنة 2008، ص488.

من خلال ما يسمى بالمحرر الثابت التاريخ. وحتى يعتد بصحة المحرر الثابت التاريخ لابد من توافر الشروط التالية:

* أن يتم تحريرها من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض.

* تصحيح إمضاءات الأطراف والتعريف بإمضاء المحامي من طرف رئيس كتابة ضبط المحكمة التي يمارس بدائرة اختصاصها.

* وأن يكون المحامي مسجل باللائحة السنوية المحددة من طرف وزير العدل .

غير أنه ورغم توفر هذه الشروط كلها، فإن مسألة حجية هاته المحررات الثابتة التاريخ تعد مجالا خصبا انقسم آراء الفقهاء حول طبيعتها القانونية، فهناك من اعتبرها محررات عرفية يسري عليها ما يسري على الأوراق العرفية التي ورد النص عليها في ق ل ع من حيث حجيتها وقابليتها للطعن فيها بالزور³⁷. وبين من اعتبرها، أن لها حجية المحررات الرسمية، وبالتالي لا يجوز الطعن فيها إلا بالزور لتوفرها على الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة قانونا³⁸.

لكن الغالب من الآراء يتجه نحو القول أنه محرر عرفي من نوع خاص³⁹.

وإذا كان من بين أهداف المشرع المغربي هو تكريس مبدأ الرسمية في وتضييق اللجوء للمحرر العرفي عند توثيق التصرفات الواقعة على العقار غير المحفظ، فإنه بإقراره لإمكانية تحرير المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض للمحرر الثابت التاريخ، يكون قد أقصى الجهات التي كانت تمتعنه، ولم يقص نظام التوثيق العرفي في مجال توثيق التصرفات العقارية.

الفقرة الثانية: حجية المحررات الرسمية⁴⁰

من المعلوم أن المحررات العدلية لا تصبح رسمية إلا بعد خطاب قاضي التوثيق عليها وهو ما أكدته المادة 35 من ق 16.03، أما بالنسبة للمحررات الصادرة عن الموثق فتصبح رسمية بعد توقيعه عليها وفقا لما

³⁷ -عبد المجيد بوكير، مدى حجية وثيقة المحامي الدالة على التصرفات العقارية المشمولة بالنظم القانونية، مجلة الحقوق، ط2 أبريل 2010، ص62.

³⁸ -عبد السلام التسولي، المحامي وتحرير العقود، سلسلة القانون في خدمة المجتمع، ط الأولى، سنة 2006، مطبعة وراقة الوطنية، مراكش، ص67.

³⁹ -عبد الكريم الطالب، مداخلته المعنونة "بتوثيق الإيجار المفضي إلى تملك العقار" منشورة بالمؤلف الجماعي توثيق التصرفات العقارية م. س. ص. 154

⁴⁰ -تنص المادة 218 من قانون الالتزامات والعقود على: "الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون وتكون رسمية أيضاً، الأوراق المخاطب عليها من القضاة في المحاكم المغربية والأجنبية ...

نصت عليه المادة 44 من ق 32.09، هذه الرسمية تجعل المحرر الرسمي يتصف بالحجية في الإثبات المقررة في الفصلين 419 و 420 من ق ل ع، لكن ذلك معلق على توافر الشروط الثلاث المنصوص عليها في 418 ق.ل.ع، أولها أن يقوم بكتابة المحرر موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، وثانيها أن يكون الموظف الذي حرر المحرر مختصاً بتحريره وله صلاحية التوثيق، والشرط الثالث أن تتضمن الوثيقة الرسمية البيانات القانونية اللازمة لصحة التصرف وهذه البيانات تنقسم إلى بيانات عامة تتعلق بأسماء المتعاقدين وصفاتهم وأهليتهم وتاريخ التصرف واسم محرر العقد وتوقيعات الأطراف المعنية بالتصرف، وبيانات خاصة تتعلق بنوع التصرف ومحلّه ونوعه وحدوده ومكانه.

فبعد أن يتم تحرير التصرف الواقع على العقار غير المحفظ وفق الشكلية المقررة قانوناً يصبح للمحرر الحجية المقررة في النصين 419.420 حيث تنص المادة 419 على: "الورقة الرسمية حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والإتفاقات التي شهدها الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.

إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي، فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود، وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور...".

وتنضي المادة 420: "الورقة الرسمية حجة على الإتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضاً حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصولها لمعرفتها..."

وعليه، فإنه باستقراء مضمون الفصلين المذكورين يستفاد أن المحرر الذي يتضمن اتفاقات ووقائع يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره، له حجة مطلقة ولا يطعن فيه إلا بالزور، ويسري أثره حتى في مواجهة الغير. مما يعني أن الورقة الرسمية تشكل ضماناً قوية وتمنح الثقة للمتعاملين بها، وتشجع على استقرار المعاملات العقارية وجلب الاستثمار وبالتالي تحقيق الأمن العقاري⁴¹، إذ صدر قرار عن المجلس الأعلى ورد فيه "يعتبر الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلان بأتمية المشهود عليه حجة رسمية"⁴² وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى "حيث إنه لما كانت المحررات المتضمنة للالتزامات أشخاص

⁴¹ - أحمد العلوي، مقال تحت عنوان توثيق التصرفات العقارية و دوره في تحقيق الأمن العقاري و الحد من ظاهرة الاستيلاء على العقارات- منشور بموقع المنبر القانوني.

⁴² - قرار رقم 809 الصادر بتاريخ 1982/12/25 في الملف عدد 47497 منشور بمجل قضاء المجلس الأعلى عدد 31 سنة

1981 ص: 45.

أميين التي تلقاها موثقون تعتبر حجة قاطعة يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره ولا يطعن فيها إلا بالزور⁴³،

ومن حيث اكتساب المحررات الرسمية للقوة التنفيذية فإن المشرع المغربي لم يقر بذلك، على خلاف التشريعات المقارنة حيث نجد المشرع المصري نص في المادة 2 من قانون التوثيق: على أن مكاتب التوثيق تقوم بوضع الصيغة التنفيذية على صور المحررات الرسمية الواجبة التنفيذ". كما أقر المشرع الفرنسي أيضا بالصيغة التنفيذية، وبذلك فإن المشرع المغربي لم يكرس التنفيذ الجبري للمحررات الرسمية، إذ لا بد لتنفيذها من اللجوء الى المحاكم من طرف كل من يحمل هذه المحررات لاستصدار حكم قضائي بذلك.

والمشرع المغربي حماية منه لحقوق الأطراف المتعاقدة، سعى إلى إحكام قواعد التوثيق وعززها بأحكام أهمها: وجوب كتابة الوثيقة في الصك المعد لها، بعد تلقيها وحفظها في مذكرة الحفظ مع ضرورة خلوها من أي نقص أو عيب، وذلك كله غاية واحدة تتمثل في السعي وراء استقرار المعاملات وتحقيق الأمن العقاري. ومجمل القول أن توثيق التصرفات العقارية الواردة على العقار غير المحفظ في محررات رسمية تبعث في نفوس الأطراف المتعاقدة الثقة والاطمئنان على ما قاموا به من تصرفات، وتضمن لهم استقرار معاملاتهم وحماية ملكيتهم العقارية في ظل انتشار ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير، الشيء الذي يساهم في تعزيز الأمن العقاري بالمغرب.

وبعد أن تم الحديث في هذا المبحث عن الأحكام العامة للعقار غير المحفظ، فإنه في المبحث القاني سيتم التطرق لحماية العقار غير المحفظ في ظل ظاهرة الاستيلاء

⁴³ - قرار رقم 2615 الصادر بتاريخ 2010/6/8 في الملف مدني عدد 2008/5/4/4129، أورده إيمان السايح: الضمانات القانونية للعقود الرسمية ودرها في استقرار الملكية العقارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2014-2015، ص: 279

المبحث الثاني ، الحماية القانونية والقضائية للعقار غير المحفظ في ظل ظاهرة الاستيلاء على العقارات الغير.

يعد حق الملكية حقا دستوريا وقد نص عليه الفصل 35 من دستور على أنه " يضمن القانون حق الملكية، ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون إذ اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد إلا في حالات ووفق الاجراءات التي ينص عليها القانون " ،ولعل تفريد هذه الحماية الدستورية لحق الملكية العقارية بالخصوص يرجع إلى الدور الذي يلعبه العقار على صعيد التنمية الاقتصادية والاجتماعية والبشرية ، لهذا أصبح مطمعا لذوي النيات السيئة التي ترغب في السطو عليه بشتى الوسائل من مالكيها الحقيقيين سواء المتواجدين داخل المغرب أو المغاربة في الخارج ،⁴⁴ لذلك عمل المشرع المغربي بتوفير حماية للعقار خصوصا غير المحفظ ، وتتجلى هذه الحماية في حماية قانونية (المطلب الاول) ثم حماية قضائية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الحماية القانونية .

تتجلى الحماية القانونية للعقار في الحماية المدنية كالحيازة والاستحقاق (الفقرة الاولى) ، ثم الحماية الجنائية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى الحماية المدنية للعقارات غير المحفظة .

ثانيا : الاستحقاق في العقار غير المحفظ

إن دعوى الاستحقاق تعتبر من الوسائل الحمائية التي وضعها المشرع ،يسلكها صاحب عقار غير محفظ للمطالبة باستحقاق عقاره ممن وضع يده عليها عن طريق الغصب ، والمشرع المغربي استعمل مصطلح دعوى الملكية في الفصل 169 من المسطرة المدنية فنص على أنه من قدم دعوى الملكية لا تقبل منه بعد ذلك دعوى الحيازة إلا إذا وقع إخلال بحيازته بعد تقديم دعوى الملكية بينما استعمل مصطلح دعوى الاستحقاق في الفصلان 482 من قانون المسطرة المدنية والفصل 483⁴⁵ .

دعوى الاستحقاق الأصلية:

⁴⁴-ادريس الفاخوري، ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير وسبل التصدي لها ،مقال منشور بمجلة الفضاء والمعرفة القانونية ،تم الدخول إلى الموقع على الساعة 12:00 ليلا .

⁴⁵-محمد برادة غزيول ،الدليل العملي للعقار غير المحفظ ،منشورات جمعية نشر المعلومة ، القانونية والقضائية ،العدد 2 الطبعة الأولى 2007.ص: 45.

إن المدعي الراغب في استحقاق ملكه يتعين عليه اللجوء إلى القضاء قصد المطالبة بحقه عن طريق دعوى الاستحقاق الأصلية في مواجهة المدعى عليه الحائز للعقار المدعى فيه وهذه الدعوى لها ضوابط تقوم عليها منذ تقديم الطلب أمام كتابة الضبط المحكمة المختصة ، كما أنه لا بد من إثبات الاستحقاق للعقار موضوع النزاع وهو يعد من أصعب المسائل في دعوى الاستحقاق الأصلية العقارية خاصة في العقار غير المحفظ ، وهو يعني إقامة الدليل أمام القضاء على وجود الحق المتنازع حوله لهذا يتعين على المدعي أن يرفق مقاله الافتتاحي بالدليل المثبت لملكيته من أجل تمكين المحكمة من أن تفصل في النزاع قوهي على بيينة وبرهان.⁴⁶

ومن بين وسائل إثبات الاستحقاق الأصلية للعقار نجد اليمين والخبرة والمعاينة ، كما تعتمد على الوسائل المشار إليها في الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود وقد حددها المشرع في إقرار الخصم والحجة الكتابية شهادة الشهود القرينة اليمين والنكول عنها والمدعي هو الذي يقع عليه إثبات ما يدعيه بعد تقديم وسائل إثبات الاستحقاق واقتناعها بها تحكم المحكمة في دعوى الاستحقاق الأصلية وذلك إما لفائدة المدعي وبالتالي يلتزم المدعي بالتخلي عن العقار المستحق في حال عدم ضياعه أو تعويض في حال العكس وإما لفائدة المدعي عليه وذلك إذا فشل المدعي في إثبات ملكيته.⁴⁷

دعوى الاستحقاق الفرعية :

الدعوى الهادفة إلى استحقاق عقار وتخليصه من الحجز بعد ايقاعه والوقوف في وجه أي تملك له في غفلة المالك الحقيقي حماية للملكية العقارية.

من المعلوم أنه لصحة الحجز أن ينصب على مال مملوك للمنفذ عليه إذ لا يجوز حجز أموال الغير اقتضاء للدين الثابت في ذمة المدين، وذلك اعتباراً لمبدأ استقلال الذمة من جهة ونسبة آثار السندات التنفيذية من جهة ثانية أي أنه لا يمكن أن تمس بحقوق الغير وهذه المسألة قد تنبه إليها المشرع فأعطى لمدعي ملكية العقار المحجوز حق الاعتراض على إجراءات الحجز التي تقع على ملكه وطلب إبطالها من خلال رفع دعوى استحقاق فرعية دعوى الاستحقاق الفرعية لا بد من أن تتوفر على شروط عامة التي

⁴⁶- عبد العلي عيود الحيازة فقها وقضاء، الطبعة الأولى سنة 1996، دار النشر المرطرز الثقافي العربي، ص: 141.

⁴⁷ عبد العلي عيود ، م، س، ص: 145.

سبق وأن أشرنا إليها ، بالإضافة إلى شروط خاصة وهي التي نص عليها الفصلان 482-483 من قانون المسطرة المدنية .⁴⁸

الحيازة في العقارات غير المحفظة.

تلك الدعاوى التي يراد بها صيانة حق الحائز الظاهر حفاظا على الاستقرار في استغلال الأملاك والاستفادة منها، وذلك حماية للنزاع العام في المعاملات وعلى من يدعي حقا ما على عقار أن يلتجئ إلى القضاء لعرض نزاعه في إطاره وكما هو معلوم فالحيازة منظمة بمقتضى القواعد الإجرائية ويتعلق الأمر بقانون المسطرة المدنية ، وهكذا عمل المشرع المغربي على تنظيم الأحكام المتعلقة بالحيازة في المواد من 239 إلى 263 من مدونة الحقوق العينية⁴⁹ .

وقد حدد المشرع ميعادا لرفعها حتى يستفيد الحائز من مدة حيازته السابقة على سلب الحيازة منه وتتمثل هذه الحماية المدنية في ثلاث دعاوى نتحصر في دعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأعمال الجديدة، ودعوى استرجاع الحيازة.

أ-دعوى منع التعرض :

تعتبر دعوى منع التعرض من الدعاوى الحيازية التي يقيمها حائز العقار أو الحق في العقار لمنع غيره من الاعتداء عليه والتعرض له بأي عمل مادي يتضرر منه كحرث الأرض التي في بلده مثلا والتعرض هو كل عمل مادي مباشر أو غير مباشر أو كل إجراء قانوني يعكر صفو الحيازة أو يعرقلها ولو لم يترتب عن ذلك أي ضرر للحائز ، وهناك نوعيين من التعرض التعرض المادي والتعرض الخارج عن الخصومة.⁵⁰

ب- دعوى وقف الأعمال الجديدة :

يراد بها الدعوى التي ترفع على من شرع في عمل جديد يهدف إيقاف هذه الأعمال التي شرع الغير في القيام بها أو على وشك الشروع فيها وهي دعاوى وقائية ترمي إلى منع الاعتداء على الحيازة قبل وقوعها، ومثالها البدء في بناء حائط لو اكتمل يؤدي إلى سد مطل الجار فيرفع دعوى وقف ذلك البناء .

⁴⁸ - محمد بريدة غزيول ،م،س،ص:23.

⁴⁹ -ادريس الفاخوري ، الحقوق العينية وفق القانون رقم 09-38، دار النشر المعرفة الطبعة 2013، ص:156.

⁵⁰ -محمد بريدة الغزيول ،م،س،ص: 78.

والمدعي في دعوى وقف الأعمال الجديدة هو نفسه المدعي في دعوى منه التعرض فهو الحائز للعقار ويلقى عليه عبد اثبات ما يدعيه أي ان حيازته خالية من العيوب وعلنية وهادئة ، كما يجب عليه إثبات أن حيازته أصلية لا عرضية ،ويشترط أسضا أن تكون حيازته قد دامت مدة سنة كاملة على الأقل ، ولا يشترط في الحائز أن يكون حسن النية .

ويشترط في الأعمال المبررة لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة شرطان وهما أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تنتهي وذلك لأنها لو تمت لوقع التعرض عليها فعلا وبالتالي رفع دعوى التعرض وليس دعوى وقف الأعمال الجديدة . وأن تكون هذه الأعمال قد بدأها المدعي عليه في عقاره هو لا في عقار المدعي الحائز ولا في عقار الغير⁵¹

د-دعوى استرداد الحيازة : نص المشرع على دعوى استرداد الحيازة في الإطار العام لدعاوى الحيازة لكن أضاف إلى ذلك وأفرد لها فقرة مستقلة إذا كانت منتزعة بالعنف أو الإكراه وذلك في الفقرة الثالثة من الفصل 166 من ق،م،م حيث جاء فيها "غير أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة المنتزعة بالعنف أو الإكراه إذا كانت للمدعي وقت استعمال العنف أو الإكراه حيازة مادية وخالية وهادئة وعلنية.

وسميت بدعوى استرداد الحيازة لأن المدعي يطلب إرجاع الحيازة إليه من المعتدي عليها ،وهي التي يرفعها الحائز ضد الغير من أجل استرداد الحيازة التي سلبها منه.

فهذه الدعوى يلجأ إليها الحائز الذي تسلب حيازته بفعل اعتداء إيجابي يحرمه من الانتفاع بها ويكون من شأن ذلك الإخلال بالأمن العام ، وتجدر الإشارة إلى أن المدعي في دعوى استرداد الحيازة ملزما بأن يثبت أنه كان حائزا من قبل بالكيفية المنصوص عليها قانونا .⁵²

الفقرة الثانية : الحماية الجنائية للعقارات غير المحفظة

الحماية الجنائية هي الحماية التي يمنحها القانون الجنائي للحائز نتيجة لعمل إجرامي يقع على الحيازة بقصد سلب حيازته أي بمعنى آخر عندما يقترب النزاع على الحيازة بجريمة من جرائم الاعتداء على حرمة ملك الغير .

⁵¹-ادريس الفاخوري ، الحقوق العينية وفق القانون 38-09 م،س،ص:146.

⁵²- نجيب شوقي ،حماية الحميازة على ضوء المواد 166 إلى 170 مقال منشور بمجلة القصر العدد 11، ص:45.

أولاً : أركان جريمة انتزاع عقار للغير

الركن القانوني :

لقد خصص المشرع المغربي الفرع الخامس من الباب التاسع من القانون الجنائي للجرائم التي تستهدف الأملاك العقارية، إلا أن هذا النوع من الفرع لم يتضمن إلا فصلاً وحيداً فريداً من نوعه، وهو الفصل 570 من القانون الجنائي الذي ينص على أنه : " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و غرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم، من انتزع عقاراً من حيازة غيره خلسة أو باستعمال التدليس، فإذا وقع انتزاع الحيازة ليلاً، أو باستعمال العنف أو التهديد أو التسلق أو الكسر أو بواسطة أشخاص متعددين، أو كان الجاني أو أحد الجناة يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً، فإن الحبس يكون من ثلاث أشهر إلى سنتين، و الغرامة من مائتين إلى خمسين و سبعمائة درهم⁵³

الركن المادي .

يتمثل الركن المادي في انتزاع عقار في حيازة الغير هو انتزاع الحيازة أول ما ينبغي الإشارة إليه أن الحيازة المقصودة في الفصل 570 ليست هي الحيازة بمفهومها المستقر في القانون المدني كسبب من أسباب كسب الملكية والتي يحميها بدعاوى الحيازة الثلاث الموما إليها انفا وانما يقصد بها الحيازة الفعلية بغض النظر عن احقية المتهم في ان يكون هو الحائز.⁵⁴

الركن المعنوي :

ويتحقق الركن المادي في جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير من الاستيلاء الفعلي على العقار وحرمان الحائز السابق من حيازته، ولذلك يعاقب من يتعرض للحائز الفعلي حتى ولو كانت الملكية شائعة او متنازعا عليها بين المتعرض والحائز، ولا عقاب على من يتعرض لغير صاحب الحيازة الفعلية ولو كان هذا هو المالك للعقار .

ويكفي اذن لحماية المجني عليه ان يكون صاحب سيطرة فعلية على الحق.

⁵³ - محمد القادوري حيازة العقار كدليل على الملك على ضوء الفقه المالكي والقانون المغربي، دار الأمان الرباط الطبعة الثانية

2009، ص: 56.

⁵⁴ - محمد قادوري، م، س، ص: 68.

ويرى الاستاذ احمد الخمليشي ان الحماية المحمية جنائيا يتعين ان تكون مشروعة أي يستند فيها الحائز الى مبرر معقول وان يكون حقيقيا في الواقع.

ومن الامثلة التي تدل على توافر الحيابة ان يكون العقار قد سلم فعلا الى المجني عليه بمقتضى محضر تسليم رسمي ولم يعقبه تخل عن الحيابة ذلك ان محضر التسليم واجب احترامه بوصف كونه عملا رسميا خاصا بتنفيذ الاحكام.

ولقد اصدر المجلس الاعلى قرارا ذهب فيه بان رجوع المتهم الى الارض بعد صدور الحكم عليه بشأنها وبعد تنفيذ هذا الحكم في حقه يعد تعديا على ملك الغير في مفهوم الفصل 570 من القانون الجنائي .

الركن المعنوي أو توافر النية الإجرامية في فعل انتزاع عقار من حيابة الغير لقيام جريمة انتزاع عقار من حيابة الغير، لا بد أن يتوافر الركن المعنوي ، وهو توجيه الإرادة إلى تحقيق النشاط الإجرامي ، ويعتبر هذا العنصر الأساس في قيام جريمة انتزاع عقار من حيابة الغير، فهو الذي يضفي الصفة الإجرامية على فعل انتزاع الحيابة ، بعبارة أخرى فهو الذي يخرج بالفعل من دائرة الأفعال المدنية إلى دائرة الأفعال الجنائية.

وأشير في هذا المجال إلى أن العنصر المعنوي في جريمة انتزاع عقار من حيابة الغير ، ينفرد بخصيصات تجعله مميزا عن النية الاجرامية عند الفاعل في جرائم أخرى، فأن كان الفصد الإجرامي بنوعيه الخاص والعام هو معيار تجريم عدد من الأفعال المخالفة للقانون ، فإن هذا الركن في جريمة انتزاع الحيابة ، أبرزه المشرع في الصورة منها التدليس والخلسة والعنف والتهديد ، وفي ذلك مما هو محدد في الفصل 570 من القانون الجنائي، كترجمة واقعية لنية الفاعل في الاعتداء على الحيابة، وعلى هذا الأساس فإن تعامل المحاكم مع هذه الجريمة مقيد بالبحث في هذه الصورة، لبيان مدى اتسام الفعل بالسمّة الجريمة ، وخضوعه لمقتضيات الفصل 570 من القانون الجنائي، ومؤدا هذا، أن دخول الفرد لعقار غيره واحتلاله له ، يبقى في أصله عملا خاضعا لقواعد القانون المدني، وما معلق منها بالحيابة إلى أن يثبت أن هذا الاعتداء اقترن بالخلسة أو التدليس أو غيرهما من الوسائل المحددة في الفصل 570 من القانون الجنائي.⁵⁵

الفقرة الثانية : طرق انتزاع الحيابة من الغير

⁵⁵-يوسف فكاز، جرائم الاعتداء على الحيابة العقارية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط 2010-2011، ص:79.

بالرجوع إلى الفصل 570 من القانون الجنائي نجده يبين لنا طرق التي تتم بهلا الانتزاع وبالتالي لا يمكن أن نكون بصدد جنحة الانتزاع إلى إذا كانت بإحدى الطرق التالية:⁵⁶

1- الاختلاس

لفظا "يعني الخطف بسرعة وعلى غفلة وهذا هو المعنى الذي يستعمله الفقهاء المسلمون، أما في المفهوم العام له، عبارة عن الاستيلاء على الشيء بطريقة لا يقرها الضمير الإنساني ولا أحكام الدين ولا المجتمع، وبعبارة أخرى نجد أن لفظ الاختلاس يقترن بفكرة الأخذ خلسة.

والمراد بالخلصة في الفصل 570 من القانون الجنائي هو كل صورة تتم عن خفية بدون إذن أو مباركة الحائز للعقار، كمن ينتهز غياب الحائز لزيارة أهله في نهاية الأسبوع ويقوم بعمله الإجرامي وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى عندما أقر توجه محكمة الموضوع .

2- التدليس

التدليس في اللغة مصدر دلس، والتدليس (اسم) مصدر دلس/ دلس على/ دلس في.

وفي القانون هو التضليل بطرق احتيالية، يقال كذلك على من أتى في حديثه بغير الثابت المتين، وفي مفهوم الفصل 570 من القانون الجنائي، التدليس المعتبر قانونا هو الفعل الذي يقوم به المعتدي تضليلا للتوصل إلى انتزاع الحيازة من يد الحائز الفعلي، وليس الأفعال التي يقوم بها بعد ذلك، وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى في إحدى حيثياته ، ومن الأمثلة التي ذكرها ذ أبو مسلم في مقاله ، كأن يصطنع الجاني حادثا وهميا، ويدعي كذبا أن مالك العقار (الحائز الفعلي) قد تسبب أو قد يتسبب فيه، ويقدم شكاية إلى إحدى الجهات المختصة، ثم يتفاوض مع مالك العقار على الصلح والتنازل على الشكاية، مقابل حيازة العقار.⁵⁷

3- الليل.

معنى الليل في اللغة، هو ما يعقب النهار من الظلام، وهو من مغرب الشمس إلى طلوعها، يقال آناء الليل، أي ساعته.

الليل في اللغة: عقيب النهار. ويمتد من غروب الشمس إلى طلوع الفجر. والليل: ظلام وسواد، ليلة

⁵⁶-يوسف فكار المرجع نفسه، ص:145.

⁵⁷-يوسف فكار، المرجع نفسه، ص:167.

ليلاء، أي شديدة الظلمة، والليل جمع ليلة، وقد يجمع على :ليال، وليالي، وجمعها القياسي ليالات وتصغير ليلة: ليلية.

معنى الليل في الشرع الإسلامي: اهتم الشارع الإسلامي بتحديد الليل والنهار لارتباطهما المباشر، ببعض العبادات "أحل لكم ليلة الصيام، الرفت إلى نسائكم (...) وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر، ثم أتموا الصيام إلى الليل. في حين نجد أن المجموعة الجنائية لم تعرف الليل، بخلاف ما ذهب إليه المشرع في القانون المسطرة الجنائية الفصل 62، وقانون المسطرة المدنية في الفصل 451.

وأمام هذا الاختلاف الفقهي في إعطاء مفهوم محدد بالنسبة لليل في القانون الجنائي، من الفقه ما عرفه اعتمادا على المعيار الفلكي: فالنهار، حسب هذا المعيار هو القسم من اليوم، الذي يكون فيه موقعك مواجهًا للشمس، والليل، هو القسم من اليوم، الذي ينتقل فيه موقعك متوازيًا عن الشمس.

4- العنف

انتزاع حيازة عقار حسب مقتضيات الفصل 570 من القانون الجنائي لا يستوجب الدخول إلى العقار ووضع اليد عليه، بل يتحقق بمجرد منع الحائز من الانتفاع الكامل من حيازته الفعلية وحرمانه من التصرف في عقاره بكافة أنواع التصرفات المادية في الأوجه المخصصة له، بما في ذلك تسويره سواء بالزرب، أو البناء، أو بأي شكل من الأشكال، والذي يشكل في الوقت نفسه فعلا ماديا وصورة من صور العنف التي تدرج ضمن الوسائل المنصوص عليها في الفصل المذكور.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في القرار نفسه الصادر عن غرفة الجناح الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بتاريخ 2012/3/26 في القضية الجنحية عدد 11 (3449)، ومن خلال هذا القرار نستشف أن الاجتهاد القضائي، توسع في مفهوم العنف في جنحة انتزاع حيازة عقار، بحيث لم يشترط الفعل المادي الذي يهدف إلى إيداء الشخص في جسده وإحداث ضرر مادي، بل اقتصر على القوة والإصرار.⁵⁸

5- التهديد

العنف قد يكون صريحا يوجهه المتهم علانية إلى من يحاول رده فيما عزم عليه، وقد يكون ضمنيا يستفاد

⁵⁸-يوسف بن طامة الحماية الجنائية للحيازة العقار في القانون المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا القانون الخاص ،وحدة التكوين والبحث في العقود والعقار،كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة ، السنة الجامعية 2004-202 ص:157.

من الملابس المحيطة بالانتزاع. وعليه فالتهديد بالعنف كالعنف نفسه، وقد عرفه المشرع المغربي في الفرع الثاني من الباب السابع من القانون الجنائي.

6- استعمال التسلق أو الكسر

التسلق في اللغة: تسلق: (فعل) تسلق / تسلق على يتسلق، تسلقا، فهو متسلق، والمفعول متسلق، بات يتسلق على فراشه: يتقلب فيه من أرق أو حزن أو هم أو وجع.

أما من الناحية القانونية، نجد أن القانون الجنائي المغربي عرف التسلق في الفصل " 513 يحدد تسلقا الدخول إلى منزل أو مبنى أو ساحة أو حظيرة أو أية بناية أو حديقة أو بستان أو مكان مسور، وذلك بطريقة تسور الحوائط أو الأبواب أو السقوف أو الحواجز الأخرى". وعرف الكسر في الفصل "512" يحدد كسرا التغلب أو محاولة التغلب على أي وسيلة من وسائل الإغلاق بالتحطيم أو الإتلاف أو بأية طريقة أخرى تمكن الشخص من الدخول إلى مكان مغلق، أو من أخذ شيء موضوع في مكان مقفل أو أثاث أو وعاء مغلق⁵⁹.

في حين نجد أن الفصل 441 يعاقب كذلك على "من دخل أو حاول الدخول إلى مسكن الغير، باستعمال التدليس أو التهديد أو العنف ضد الأشخاص أو الأشياء يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى مائتين وخمسين درهما.

وإذا انتهكت حرمة المسكن ليلا، أو باستعمال التسلق أو الكسر أو بواسطة عدة أشخاص، أو إذا كان الفاعل أو أحد الفاعلين يحمل سلاحا ظاهرا أو مخبأ، فالعقوبة الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات والغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم.

وبمقارنة النصين مع الفصل 570 من القانون الجنائي، نلاحظ أن هذا الأخير قابل للتطبيق على جميع الحالات التي تتعرض لانتزاع عقار من الغير، سواء تعلق الأمر بالمباني أو محلات السكنى، أو أراضي مسورة، بالاستثناء الفصل 441 الذي جاء على سبيل الحصر

7 -أو بواسطة أشخاص متعددين:

من ظروف التشديد في جميع الجرائم تعدد الجناة في الجريمة لأنه يعكس الخطورة الإجرامية للجاني أو الجناة، بدليل الاستعانة بما يفيد الإصرار على ارتكاب الجريمة، والمشرع المغربي لم يعتبر التعدد ظرفا

⁵⁹-يوسف بن طامة ،م،س،ص: 36.

مشددا للعقوبة إلا في بعض الجرائم ومنها انتزاع عقار من حيازة الغير، وقد يثار سؤال في حالة تعدد الأشخاص حول معيار التمييز بين الفاعل والشريك.

بعد التحقق من فعل انتزاع الحيازة من أهم آثار ذلك قد يحدث أحيانا أن يدعي المدعي والمدعى عليه بأنه الحائز فعلا ويؤيد كلا منهما ادعائه بأدلة لا يستطيع القاضي الترجيح بينها ليعرف لمن هي الحيازة وهذه الحالة نص عليها الفصل 170 من ق،م،م والحل الذي قرره هذا الفصل لا يخرج عن ثلاثة حلول هي كالآتي :⁶⁰

إما أن يأمر القاضي ببقاء الحيازة لهما معا وفي نفس الوقت

وإما أن يأمر القاضي بإجراء حراسة قضائية على المتنازع فيه لا وسيكون الأثر هو إعطاء الحيازة لغيرهما وإما أن يسند الحراسة لأحدهما مع إلزامه بتقديم الحساب عن الثمار إذا اقتضى الحال ذلك وتكون نتيجة الدعوى في هذه الحالة هو حرمان أحدهما من ولو مؤقتا من حق مباشرة التصرف ينتهي بانتهاء النزاع بينهما نظرا لما تقرر للقاضي من أن مصلحة النزاع تحتم تنصيب أحدهما حارسا على المتنازع فعليه .

المطلب الثاني : الحماية القضائية للعقارات غير المحفظة .

تعد السلطة القضائية أحد أهم الجهات التي خول لها الدستور المغربي حماية حقوق الأفراد وملكيته وذلك من خلال الفصل 117 على أنه يتولى القاضي حماية حقوق الاشخاص والجماعات وحياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون . غير أن استفحال ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير أصبحت تقرد على القضاء التدخل لحماية العقارات من الغصب والانتزاع من مالكيها و هذه الحماية بين القضاء العادي والاداري لهذا ارتأينا تناول في (الفقرة الأولى) دور القضاء العادي في حماية الملكية العقارية وفي (الفقرة الثانية) دور القضاء الاداري .

الفقرة الاولى القضاء العادي

أولا : دور النيابة العامة في حماية العقارات غير المحفظة ⁶¹

بعد الرسالة الملكية الموجهة إلى وزير العدل والحيات حول الاستيلاء على عقارات الغير، قام هذا الأخير بتوجيه منشور إلى جميع الوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف وكذا وكلاء الملك لدى

⁶⁰-محمد القدوري، م،س،ص:46.

⁶¹-محمد بادن مدى اختصاص النيابة العامة بمنازعات الحيازة على ضوء قانون المسطرة الجنائية، مقال منشور بمجلة المناظرة العدد 9 يونيو 2004، ص:189.

المحاكم الابتدائية يحتتم فيه على:

الإشراف الشخصي على تتبع الأبحاث المفتوحة لهذا النوع من القضايا وإعطائها الأولوية، مع اختيار وتكليف ضباط شرطة قضائية مؤهلين لانجاز الأبحاث..

السهر على تجهيز السلطات المفتوحة سواء أمام قضاة التحقيق أو هيئات الحكم مع تنفيذ المقررات القضائية الرامية إلى تجهيز الملفات الصادرة في هذا الشأن.

السهر على تقديم الملتزمات التي تقتضيها متطلبات تحقيق الأمن العقاري إلى هيئات الحكم والتحقيق. سلوك طرق الطعن التي يخولها القانون في شأن المقررات القضائية التي يبدو لكم أنها غير كفيلة بتحقيق الردع الكافي للحد من خطورة الأفعال المرتكبة.

السهر على تجهيز الملفات المطعون فيها وإحالتها بالسرعة المطلوبة على جهات الطعن⁶².

كما تمت الدعوة إلى تبليغ النيابة العامة بكل دعاوى التزوير. والحرص على التدخل في الدعاوى المدنية المرتبطة بالموضوع، وكذا في ملفات تذييل العقود الأجنبية المتعلقة بتفويت عقارات الغير بالحزم والاهتمام البالغين. ومنح النيابة العامة وقاضي التحقيق والمحكمة الصلاحية في اتخاذ تدبير عقل العقار موضوع التصرف إلى حين البت في القضية. فبالإضافة لهذه الأدوار التي تقوم بها النيابة العامة فهي أيضا تتدخل كلما تم انتزاع حيازة عقار حسب الفصل 40 من ق،م،ج يجوز لوكيل الملك إذا تعلق الأمر بانتزاع حيازة بعد تنفيذ حكم أن يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي يراه ملائما لحماية الحيازة وإرجاع الحالة إلى ماكلنت عله ، على أن يعرض الأمر على المحكمة أو هيئة التحقيق التي رفعت إليه القضية أو التي سترفع إليها خلال ثلاثة أيام على الأكثر لتأييده أو تعديله أو إلغائه .

ويتبين من خلال هذا الفصل أن النيابة العامة قد أنيط بها اختصاص جديد خول لها إرجاع الحيازة إلى الأشخاص الذين كانت لديهم بمقتضى حكم قضائي ثم انتزعت منهم بفعل اعتداء جرمي، وذلك بعد تنفيذ الحكم باسترداد الحيازة وهو إجراء يهدف إلى تلافي استمرار إثر الجريمة قائما في انتظار صدور حكم قد تطول إجراءاته على أن يقع هذا الإجراء تحت مراقبة القضاء الذي له أن يقرره أو يلغيه أو يعدله

وبذلك فإن تدخل النيابة العامة في مجال الاعتداء على الحيازة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يستلزم التقيد بشرطين هما :⁶³

⁶² محمد بادن، المرجع نفسه، ص:190.

⁶³ عبد الرحمن أبو الحسن، الحماية القانونية لحيازة العقار، في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقار كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، السنة 2010-2011 ص:180

-أن يتم انتزاع حيازة عقار بعد حكم قضائي

-أن يتم عرض الأمر على الجهات القضائية داخل 3 أيام من اتخاذ القرار

لكي تتدخل النيابة العامة يجب أن يقع الاعتداء فعليا على الحيازة العقارية طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 570 من القانون الجنائي المغربي أي أن يقع هذا الاعتداء على الحيازة العقارية إما خلسة أو بواسطة التدليس مع توافر القصد الجنائي في هذا الاعتداء .

وأن يكون الاعتداء قد تم بعد تنفيذ حكم قضائي أي يكون المقرر قد استصدر حكما من المحكمة وقضى بالحيازة وقام بتنفيذه سواء كان هذا الحكم قد صدر في إطار دعوى مدنية وتم تنفيذه كدعوى استرداد الحيازة مثلا ، وبالتالي يمكن القول بأن الحكم الغير المنفذ لا يخول المحكوم له الاستفادة من حماية النيابة العامة ولو تحقق فعل الاعتداء على حيازته العقارية القول بعكس ذلك سيجعل منالنيابة العامة جهازا لتنفيذ الأحكام غير الجنحية

أما فيما يخص المسطرة الواجب اتباعها لاصدار النيابة العامة أمرها في منازعات الحيازة فـ'ن' المشرع لم يحددها في إطار المادتين 40 و49 من ق،م،ج وفي إطار هذا القصور فإنه يمكن للنيابة العامة أن تستدعي أطراف النزاع للمتول أمامها لتوضيح ما قد يكون غامضا من ملابسات القضية كما يجوز لها القيام بإجراء تحقيق إما بصفة شخصية أو عن طريق انتداب أحد ضباط الشرطة القضائية للقيام بهذه المهمة .

-أن يتم عرض الأمر على الجهات القضائية داخل أجل 3 أيام من اتخاذ القرار

أخضع المشرع المغربي لإجراءات التي تتخذها النيابة العامة في منازعات الحيازة للرقابة القضائية حيث ألزم النيابة العامة لعرض تلك الإجراءات على الهيئات القضائية المختصة ، وذلك حسب مقتضيات المادتين 40 و49 من ق،م،ج حيث جاء في المادة 40 على أن يعرض هذا الأمر على المحكمة أو الهيئة التحقيق التي رفعت إليها القضية أو التي سترفع إليها خلال ثلاثة أيام على الأكثر لتأييده أو تعديله أو إلغائه"

قضاء الموضوع:

الاختصاص المحلي في الدعوى عموماً ينعقد للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعي عليه إذ ليس من العدل إجبار هذا الأخير على انتقال إلى مكان بعيد عن موطنه ليدافع عن دعوى قد يكون مآلها الرفض فالمدعي هو الذي يسعى وراء المدعى عليه وقد تناول المشرع المغربي الاختصاص المحلي في الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية وبخصوص الدعاوى الاستحقاق أو الحيازة فإن المحكمة المختصة تكون هي محكمة موقع العقار المتنازع فيه وذلك ما اقتضته الفقرة الأولى من الفصل 28 من ق،م،م، مهذا فيما يخص الاختصاص المكاني فماذا عن الاختصاص المحلي؟

ينص الفصل 18 من ق،م،م على أنه تختص المحاكم الابتدائية مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة إلى أقسام قضاء القرب بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة والتجارية والإدارية والاجتماعية ابتدائياً وانتهائياً مع حفظ حق الاستئناف.⁶⁴

لكن الإشكال يبقى حول ما إذا كان الاختصاص للبت في دعاوى الحيازة ينعقد لمحكمة الموضوع أم للقضاء الاستعجالي؟

هناك من يرى على أن دعاوى الحيازة الثلاثة هي من اختصاص قضاء الموضوع لما قد تتطلبه من بحث في تحقيق الحيازة وتوفر شروطه مما لا يختص به قاضي المستعجلات الذي لا يبت بصريح الفصل ر 152 من ق،م،م إلا في الأمور الوقتية ولا يمكن له أن يفصل في أي أمر يمس جوهر النزاع.⁶⁵

ويرى أيضاً الاستاذ عبد العلي العبودي أنه بقراءة القسم الرابع المتعلق بالمساطر الخاصة بالاستعجال فكل ما يمكن أن يستخلص منه بأن القضاء المختص هو القضاء العادي لكن دعاوى الحيازة لا تتعرض لحق الملكية ولكنها تقتصر على مجرد حماية الحيازة في حد ذاتها الأمر الذي يلزم معه أن تكون إجراءاتها غير طويلة وغير معقدة كدعاوى الملكية وبهذا الاعتبار تكون قريبة الشبه بالدعاوى المستعجلة التي لا يجوز التعرض فيها للموضوع.⁶⁶

الفقرة الثانية : القضاء الإداري:

⁶⁴-مصطفى التراب، القضاء الإداري وحماية الملكية العقارية، مطبعة الأمنية الرباط، 2013.

⁶⁵-حسن صليب القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى لسنة 2008 ص: 34.

⁶⁶ محمد صليب، المرجع نفسه، ص: 56.

إن القضاء الإداري له دور مهم في توفير الحماية للعقارات التي تستهدفها الدولة من أجل إستغلالها في مشاريع خاصة بها دون سلوك مسطرة نزع الملكية أو تقدير تعويض لا يمثل قيمة العقار بحيث يشكل ذلك اعتداء ماديا من طرفها

أولا القضاء الإداري الاستعجالي

بإنشاء المحاكم الإدارية أحدثت مؤسسة جديدة تتمثل في الاستعجال الإداري، في هذا الإطار ينص الفصل 19 من قانون 41/90 على ما يلي : يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوبه عنه بصفته قاض للمستعجلات والأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية ، كما ينص الفصل 24 من قانون 7/81 علنه يجب على نازع الملكية أن يودع لدى المحكمة الإدارية المختصة، أي التي يوجد بها موطن العقار محل نزع الملكية، طلبا لأجل الحكم له بحياسة العقار مقابل إيداع أو دفع مبلغ التعويض المقترح، ولا يجوز لقاضي المستعجلات أن يرفض الإذن بالحياسة إلا بسبب بطلان المسطرة. ولذلك فإن قاضي المستعجلات هو الذي يرجع له الاختصاص بشأن الإذن بالحياسة حيث يتأكد من مدى احترام الفصول 5 و 6 و 12 المتعلقة بالإعلان والنشر والإيداع والبحث ومن الإجراءات المسطرية الضرورية.⁶⁷

فمراقبة قاضي المستعجلات الإداري للإجراءات الإدارية المتعلقة بمسطرة نزع الملكية قبل أن يأمر بالإذن في الحياسة لفائدة الإدارة نازعة الملكية، يشكل ضمانا أساسية لصاحب العقار، لأن منح هذه الحياسة قبل استكمال المسطرة القضائية برمتها، يتطلب من القاضي المستعجلات إجراء فحص دقيق للوثائق المعروضة عليه ليتأكد من سلامة الإجراءات الإدارية التي سلكتها الإدارة تحت طائلة عدم قبول طلبها. وما ينبغي التأكيد عليه هو أن قاضي المستعجلات يعد قاضي الشكل لأنه لا يملك سلطة فحص جوهر مضمون المسطرة الإدارية ولا شرعية القرارات الصادرة في إطارها. فقاضي المستعجلات الإداري يأمر فقط بالإذن في الحياسة مقابل دفع أو إيداع التعويض المقترح من طرف اللجنة الإدارية للتقييم بحيث لا يملك صلاحية تحديد تعويض أكثر من التعويض المحدد سلفا من طرف اللجنة المذكورة، كأن يأمر مثلا بإجراء خبرة لتحديد التعويض المناسب لأن هذه الصلاحية يملكها قاضي الموضوع المعهود إليه بالنظر في دعوى نقل الملكية وتحديد التعويض النهائي، وإلا فإن قاضي المستعجلات الإداري يتجاوز الاختصاص المحدد له بمقتضى القانون والذي يمنع عليه البث فيما يمكن له أن يقضي به في الجوهر عملا بمقتضيات الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية.⁶⁸

⁶⁷-الدكتور عبد الله حداد، دليل الدعوى غير الادارية، مطبعة عكاظ الرباط، 2003 ص:67

⁶⁸- الدكتور عبد الله حداد، مرجع سابق، ص:89

بالإضافة إلى تدخل القضاء الاستعجالي في قضايا نزع الملكية فهو يتدخل أيضا كلما تعلق الأمر بطرد محتل دون سند قانوني فرغم أن الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية لم ينص على اختصاص قاضي المستعجلات في قضايا طرد محتل دون سند قانوني ، بخلاف قانون المسطرة المدنية الفرنسية الذي أعطى لقاضي المستعجلات في الفصلين 809 و 849 بالاختصاص بالنظر في طلبات إرجاع الحالة لرفع ضرر وشيك الوقوع أو لجعل حد لكل تعرض غير مشروع. لكن القضاء المغربي قد درج منذ أمد طويل على اعتبار قاضي المستعجلات مختصا لجعل حد لكل استيلاء غير مشروع انطلاقا من فكرة أن وضع اليد على عقار بدون سند قانوني يكتسي بحد ذاته صيغة الاستعجال⁶⁹.

وكثيرا ما يرجع للقضاء المستعجل للبحث في حالات من هذا النوع وتثبت واقعة الاحتلال بغير سند متى أقيم الدليل على أن واضع اليد يحوز العين أصلا بغير صفة أو حق قانوني كالمغتصب أو على أنه كان يحوزها أصلا بسبب قانوني ثم انتهى هذا السبب بالاتفاق أو بحكم من القضاء ورغم ذلك استمر واضعا يده على العين كحالة الوصي أو القيم الذي يستمر في وضع اليد على أموال القاصر والمحجوز عليه رغم رفع الوصاية أو القوامة كما المستأجر الذي يستمر في حيازة العين بعد انتهاء الإيجار أو بعد تحقق الشروط الفاسخ الصريح أو بعد الحكم بفسخ العقد أو بطلانه من محكمة الموضوع وكالمشتري أو الراسي عليه المزاد الذي يستمر في حيازة العين المبيعة⁷⁰.

ثانيا حماية القضاء الإداري الملكية العقارية من الاعتداء المادي .

تعتبر نظرية الاعتداء المادية كثر المسائل تعقيدا وتشابكا في القانون الإداري، هذه النظرية التي عرفت بداية تطورها بفرنسا، حيث اعتبرها الفقه والقضاء في هذا البلد ضمانا هامة وحماية كبيرة للأفراد ضد اعتداءات الإدارة غير المشروعة خصوصا على الملكية الخاصة للأفراد، وربط الفقه عمل الإدارة بالعمل المادي الذي يشبه عمل الأفراد العاديين، ومن ثم كان الاختصاص بالنظر في أعمال الاعتداء المادي من اختصاص المحاكم العادية لكونها تمثل حصن الحريات الفردية وحماية للملكية الخاصة⁷¹. أما بالنسبة للمغرب الذي كان متأثرا إلى حد كبير بالاجتهادات القضائية التي كانت سائدة بفرنسا فقد استقر على أن حالات الاعتداء المادي الصادرة عن الإدارة تخضع لاختصاص القضاء العادي. وبعد إحداث المحاكم الإدارية وصدر قانون رقم 41/90 وبعد تردد وتذبذب- انعقد الاختصاص لهذه المحاكم للنظر في حالات الاعتداء المادي وذلك لسببين رئيسيين، الأول يرتبط مع مقاصد مشرع القانون السالف الذكر الذي جعل القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي للبت في طلبات رفع الاعتداء المادي،

⁶⁹ مصطفى التراب، مرجع سابق، ص: 90.

⁷⁰ -عبد الله حداد، م، س، ص: 98.

⁷¹ -حسن صحيح، م، س، ص: 76.

وبالتالي هو القاضي الذي يحمي حقوق المواطنين من تعسف الإدارة المغربية، والثاني كون الاجتهاد القضائي بفرنسا نابع من الاعتبارات التاريخية التي مر بها هذا البلد، وبالتالي فإن تطبيقه على الواقع المغربي يبقى أمرا مستبعدا.

إن الإدارة عند قيامها بوظائفها نحو تسيير المرافق العمومية، كقيامها بإحداث منشآت عامة من قبيل مثلا المنشآت التعليمية أو الصحية أو إحداث الطرق أو المستشفيات.. إلخ ، تقوم أحيانا باحتلال أملاك الخواص دون سند قانوني أو ترخيص من الملاك وذلك تحت مبررات الاستعجال وتعقد مسطرة الاقتناء بالتراضي أو مسطرة نزع الملكية، إضافة إلى الجهل أحيانا بهذه المساطر من طرف الموظفين أو إلى جهل المواطنين بحقوقهم.

ومن تطبيقات الاعتداء المادي المتعلقة بالعقارات؛

- 1 - استيلاء الإدارة على أملاك الغير دون إتباع مسطرة قانونية
 - 2 - مد قنوات المياه على أراضي الغير دون سلوك المسطرة اللازمة
 - 3 - ضع أعمدة كهربائية في ملك الغير دون مباشرة الإجراءات القانونية
- وقد أجمع الفقه على كون "الاعتداء المادي" لا يوصف به عمل الإدارة إلا إذا كانت هناك عدم مشروعية سافرة وواضحة وانتفت أي بادرة أو نية للإدارة في احترام المشروعية، وهذا ما أكد عليه الفقيه الفرنسي "ميشال روسي" ومن معه في كتابه القانون الإداري حيث جاء في الصفحة 490 "إن أعمال التعدي عبارة عن مس خطير بحق الملكية، أو بحرية أساسية مثل حرية التجول وكرامة الشخص"..
- وعرف الدكتور عبدالله حداد الاعتداء المادي على كونه "خطأ جسيم يعتبر في حقيقته وواقعه غصبا وعندها تكون الإدارة قد تخلت بصفقتها كسلطة متمتعة بالامتيازات المخولة لها قانونا ووضعت نفسها في منزلة الخواص العاديين وتطبق عليها مقتضيات القانون الخاص"..
- كما عرف الدكتور المصري مصطفى أبو زيد فهمي الاعتداء المادي بأنه "نشاط تنفيذي تقوم به الإدارة وقد شابه عيب جسيم يمس حقا من حقوق الملكية أو حرية من الحريات العامة".
- من خلال هذه التعاريف يمكن استنباط شروط توافر الاعتداء المادي فيما يلي؛

- 1 - قيام الإدارة بإصدار قرار نافذ معدوم أو عمل مادي تنفيذي
- 2 - اتسام تصرف الإدارة بعدم مشروعية جسيم وواضح
- 3 - أن يقع الاعتداء على حق الملكية أو على الحرية الفردية.⁷²

⁷² - عبد الله حداد ،م،س،ص:58.

خاتمة

كما هو معلوم أن أغلب العقارات بالمغرب غير محفظة تحكمها حاليا مدونة الحقوق العينية والتي تستمد قواعدها من الفقه الاسلامي، وأمام غياب المعاملات العقارية والذي كان مهيمنا في مجال العقارات غير المحفظة خاصة قبل صدور المدونة اللهم ببعض الشهادات اللفيف أو أوراق عرفية لا تكتسي طابع الرسمية ولا ترقى كحجة تثبت الملك .

الأمر الذي نتج عنه العديد من النزاعات في إثبات العقار التي خولت لذوي الاطماع السيئة في الاستيلاء على عقارات الافراد المقيمين بالخارج وذلك عن طريق تزوير المحررات العرفية والرسمية، لهذا كان لزاما على المشرع أفراد حماية خاصة للعقار غير محفظ أكثر من تلك التي يفرضها للعقار المحفظ ، سواء كانت حماية قانونية في القانون المدني أو جنائية للضرب على يدي المعتدين على حياة الغير بدون موجب قانوني ومعاقبتهم بأشد العقوبات بالإضافة إلى الدور الذي يلعبه القضاء في حماية العقار من خلال النظر في المنازعات العقارية من طرق القضاء الجماعي وتدخل النيابة العامة كلما تعلق الأمر بالاعتداء على ملكية صاحب الحياة ،وأخيرا دور القضاء الاداري الاستعجالي في النظر في صحة مسطرة نزع الملكية ،والحكم بالالغاء قرارات التي تتعسف الادارة فيها في تقدير التعويض أو الاعتداء المادي على العقار .

لائحة المراجع

* محمادي لمعشاوي ، المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39.08 ط 2013 ص 7.

* ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) ننتفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية . الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 2011 ص 5587

* القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178. صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)

* عبد الرحيم حزيكر، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مقتضيات مدونة الحقوق العينية والظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض عدد 26 منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة الأمانة الرباط إصدار 2015،.

* إيمان السايح: الضمانات القانونية للعقود الرسمية ودرها في استقرار الملكية العقارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2014-2015.

* عبد القادر بوبكري، توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية على ضوء مستجدات القانون 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والقوانين ذات الصلة، أعمال الندوة العلمية الثانية، العدالة العقارية والأمن العقاري بالمغرب، منشورات المنبر القانوني مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2004.

* إدريس الفاخوري ، الحقوق العينية و فق القانون رقم 39.08 ، دار نشر المعرفة ط 2013 .

* محمد خيري ، العقار و قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، دار نشر المعرفة ط 2014 ،

* عبد الحق حكيم ، دور الحيابة في إثبات ملكية العقار غير المحفظ ، على ضوء مدونة الحقوق العينية ، رسالة لنيل شهادة الماستر ، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية ، وجدة ، سنة 2013/2014.

* محمد جباني، دعوى الشفعة بين العقار العادي والمحفظ (أوجه التلاقي والاختلاف)، مداخلة أقيمت في الندوة الجهوية الخامسة في موضوع: النزاعات العقارية من خلال توجهات المجلس الأعلى سطات، القاعة الكبرى لولاية الشاوية.

*ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

* بوبكري عبد القادر، توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية و إشكالاتها القانونية و العملية، مقال منشور بمجلة القانون المدني، العدد الأول، 2014.

¹. أراضي الموات كمصدر من مصادر الرصيد العقاري ، مقال منشور ب موقع :

www.marocdroit.com , تاريخ الدخول : 2018/12/12. على الساعة 20:00

¹. حسن القصاب ، محاضرات في مادة الحقوق العينية ، جامعة القرويين كلية الشريعة أيت ملول ، الموسم الدراسي : 2014 /2015.

¹ - محمد القدوري، حيازة العقار و حيازو المنافع، دار الأمان للنشر و التوزيع، الرباط، 2005.

¹ - محمد جميل مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 2000.

عبد الرحيم حزيكر، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مقتضيات مدونة الحقوق العينية والظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض عدد 26 منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة الأمنية الرباط إصدار 2015.

*إشكاليات توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية، محمد الخضراوي، مقال منشور بمجلة محاكمة عدد 3 .

جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1874 ... الورقة التي يحررها الموثق تعتبر رسمية لايمكن الطعن فيها إلا بالزوم، منشور بمجلة المحامي عدد 29 سنة 1996 ص 359. وحول حجية الشهادة العدلية الصحيحة اقر المجلس الأعلى في قرار عدد 522 لسنة 1982-7-25 على ما يلي: يعتبر الرسم العدلي من الأوراق الرسمية استنادا إلى الفصل 418 ق ل ع، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 سنة 1983 ص 54.

¹-العقار غير المحفظ، مقال منشور بموقع www.anibrass.com-بتصرف، تمت زيارة الموقع على الساعة 16.30 بتاريخ 11-12-2018.

*التزامات الموثقين والعدول الخاصة بتوثيق المعاملات العقارية، مقال منشور بموقع <http://chaabinfo.blogspot.com>. تمت زيارة الموقع على الساعة 9.15 بتاريخ 11-12-2018.

¹-لمعرفة إجراءات الحصول على الشهادة الإدارية، انظر الدورية المشتركة" تحت عدد 50 بتاريخ 17-12-2012. وانظر كتاب المركز القانوني للوثيقة العدلية في السجلات العقارية، سليمان أدخول، م س، ص 100-101.

¹- محمد الكويط، العمل الواجب الاتباع لحل إشكالية أصل التملك في العقارات غير المحفظة. مقال منشور بموقع www.alkanounia.com، تمت زيارة الموقع على الساعة 17.15 بتاريخ 11-12-2018.

منشور عدد 40، صادر عن مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل بتاريخ 13 يوليوز 2009 تحت عنوان: "حول تطبيق مقتضيات المادة 18 من المرسوم التطبيقي للقانون المتعلق بخطة العدالة". -سليمان أدخول، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، الطبعة الأولى سنة 2015، دار السلام الرباط، ص 97-98.¹

*توثيق التصرفات العقارية، مقال منشور بموقع ، <http://www.droit-arab.com>، تمت زيارة الموقع على الساعة 19.12 بتاريخ 11-12-2018.

* محمد الربيعي ، المعاملات العقارية بين ظاهرة انتشار المحررات العرفية وضمانات المحررات الرسمية، الطبعة الأولى سنة 2008، ص 488.

* عبد المجيد بوكير ، مدى حجية وثيقة المحامي الدالة على التصرفات العقارية المشمولة بالنظم القانونية، مجلة الحقوق، ط 2 أبريل 2010، ص 62.

* عبد السلام التسولي، المحامي وتحرير العقود، سلسلة القانون في خدمة المجتمع، ط الأولى، سنة 2006، مطبعة وراقة الوطنية، مراكش، ص 67.

* عبد الكريم الطالب، مداخلته المعنونة "بتوثيق الإيجار المفضي إلى تملك العقار" منشورة بالمؤلف الجماعي توثيق التصرفات العقارية م. س. ص 154

* أحمد العلوي، مقال تحت عنوان توثيق التصرفات العقارية و دوره في تحقيق الأمن العقاري و الحد من ظاهرة الاستيلاء على العقارات-منشور بموقع المنبر القانوني.

* قرار رقم 809 الصادر بتاريخ 1982/12/25 في الملف عدد 47497 منشور بمجل قضاء المجلس الأعلى عدد 31 سنة 1981 ص: 45.

* قرار رقم 2615 الصادر بتاريخ 2010/6/8 في الملف مدني عدد 2008/5/4/4129، أوردته إيمان السايح: الضمانات القانونية للعقود الرسمية ودرها في استقرار الملكية العقارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2014-2015، ص: 279

* أدريس الفاخوري، ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير وسبل التصدي لها ،مقال منشور بمجلة القضاء والمعرفة القانونية ،تم الدخزل إلى الموقع على الساعة 12:00 ليلا .

* محمد برادة غزيول ،الدليل العملي للعقار غير المحفظ ،منشورات جمعية نشر المعلومة ، القانونية والقضائية ،العدد 2 الطبعة الأولى 2007.ص: 45.

* عبد العلي عبود الحيازة فقها وقضاء، الطبعة الاولى سنة 1996، دار النشر المرطز الثقافي العربي .

* أدريس الفاخوري ، الحقوق العينية وفق القانون رقم 38-09، دار النشر المعرفة الطبعة 2013.

* نجيب شوقي ،حماية الحميازة على ضوء المواد 166 إلى 170 مقال منشور بمجلة القصر العدد 11.

* محمد القادوري حيازة العقار كدليل على الملك على ضوء الفقه المالكي والقانون المغربي، دار الأمان الرباط الطبعة الثانية 2009.

¹-يوسف فكار ،جرائم الاعتداء على الحيازة العقارية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي ،رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط 2010-2011.

*يوسف بن طامة الحماية الجنائية للحيازة العقار في القانون المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا القانون الخاص ،وحدة التكوين والبحث في العقود والعقار ،كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة ، السنة الجامعية 2002-2004.

*محمد بادن مدى اختصاص النيابة العامة بمنازعات الحيازة على ضوء قانون المسطرة الجنائية ،مقال منشور بمجلة المناظرة العدد 9يونيو 2004.

*عبد الرحمان أبو الحسن ،الحماية القانونية لحيازة العقار ،في التشريع المغربي ،رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ،مسلك قانون العقود والعقار كلية الحقوق ، جامعة محمد الأول وجدة ، السنة 2010-2011 .

* مصطفى التراب ،القضاء الاداري وحماية الملكية العقارية ،مطبعة الأمنية الرباط، 2013.

¹-حسن صhib القضاء الاداري المغربي ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ،سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية ،الطبعة الأولى لسنة 2008.

الفهرسة

المبحث الأول : الأحكام العامة للعقارات غير المحفظة:5

المطلب الأول : الإطار التنظيمي للعقار غير المحفظ:	5.....
المطلب الثاني: توثيق التصرفات العقارية الواردة على العقار غير المحفظ.....	14.....
المبحث الثاني ، الحماية القانونية والقضائية للعقار غير المحفظ في ظل ظاهرة الاستيلاء على العقارات الغير.....	21.....
المطلب الأول: الحماية القانونية .	21.....
المطلب الثاني : الحماية القضائية للعقارات غير المحفظة	30.....
خاتمة	37.....
لائحة المراجع.....	38.....