

العنوان:	آثار نظام التحفيظ على تحقيق الأمن العقاري
المصدر:	منشورات مجلة دفاتر قانونية - سلسلة دفاتر عقارية
الناشر:	محمد لشقار
المؤلف الرئيسي:	الكلعي، عبد
المجلد/العدد:	ع1
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2016
الشهر:	ديسمبر
الصفحات:	101 - 123
رقم MD:	815418
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	القوانين والتشريعات، التشريع القانوني، نظام التحفيظ العقاري، الأمن العقاري، الملكية العقارية، المغرب، المجتمع المغربي
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/815418

آثار نظام التحفيز على تحقيق الأمن العقاري

ذ. عبد الكلعي

باحث في صف الدكتوراه

جامعة عبد المالك السعدي

مقدمة

يعد نظام التحفيز العقاري من الأنظمة الأكثر تطوراً، والوسيلة الحضارية الفعالة لحماية الملكية العقارية وتقوية مناعتها، بهدف إدماجها في صلب التنمية الاقتصادية والاجتماعية، عبر تيسير عملية تداول العقار وتشجيع الاستثمار، وتمكين الدولة من المعطيات الكفيلة بإنجاز المخططات الاقتصادية والاجتماعية على المستوى المتوسط والبعيد، عبر توفير وعاء عقاري عادل وسليم، يستجيب للحاجيات المتزايدة في مجال السكن، وتأمين ضمانات التملك، بما يحد من النزاعات ويحمي الحقوق ويضمن استقرار المعاملات العقارية، وهي الشروط الكفيلة بضمان الأمن العقاري.⁽¹⁾

وإذا كان ظهير التحفيز العقاري وما لحقه من تعديلات، يعد بمثابة الإطار القانوني لنظام التحفيز العقاري، فإن هذا القانون الإطار لا يعد بمثابة القانون الشرعي الوحيد، بل أن جل

(1) مداخلة السيد مصطفى فارس، الرئيس الأول لمحكمة النقض، بمناسبة الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، منشورة بمجلة دفاتر محكمة النقض، عدد: 26، ص: 10.

القوانين والمراسيم تساهم في حماية الملكية العقارية من قريب او بعيد، وهذا راجع لكون العقار هو الأرضية الأساس التي تنبني عليها كل المشاريع، سواء كانت اقتصادية اجتماعية، سياحية، فلاحية، تجارية... والمشرع الدستوري أولى عناية بالغة للملكية بوجه عام، والملكية العقارية بوجه خاص، واعتبرها من اهم الحقوق المحمية دستوريا، (2) وهذا أن دل على شيء، فإنما يدل على المكانة التي يحتلها العقار في نفوس الناس، كما انه يعتبر الركيزة الأساس لانطلاق المشاريع الاقتصادية والاجتماعية، فلا تنمية بدون أرضية عقارية صلبة وخالية من النزاعات. ومن هنا عمل المشرع المغربي في العشرة الأخيرة على إصدار مجموعة من التشريعات العقارية، توخى من ورائها توفير حماية قانونية للملكية العقارية، فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي ضمان الحماية الفعالة للملكية العقارية، وما هي الآثار المترتبة عن التحفيز العقاري، وما دور القضاء في هذا المجال باعتباره الساهر الأول على تفعيل النصوص القانونية؟

للأجابة عن هذه التساؤلات، ارتأينا تقسيم الموضوع إلى محورين: نتناول في الأول قاعدة التطهير ودورها في تعزيز الأمن العقاري، ونخصص الثاني لبحث حجية الرسم العقاري والتقييدات المضمنة به.

(2) ينص الفصل 35 من دستور المملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص: 3600 على ان: ((يضمن القانون حق الملكية. ويمكن ان يحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك المتطلبات الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون)).

المحور الأول: قاعدة التطهير ودورها في تعزيز الأمن العقاري

مما لا شك فيه أن الكتمان وسرية المعاملات العقارية تشكل مصدر النزاعات وانعدام الثقة واستقرار الملكية العقارية، إذ تعتبر مرتعا خصبا للاعتداء والاعتصاب والسطو على حقوق الغير، مما يؤثر بشكل سلبي على تداول الملكية العقارية، ويحد من فعاليتها على مستوى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والعقارية.

ويعتبر نظام التحفيظ العقاري اهم وسيلة لإشهار الملكية العقارية، وذلك عن طريق إدراجها في السجل العقاري، بعد إجراء بحث دقيق في شأن حقوق المالك، وذلك من خلال القيام بتحديد العقار قانونا وجغرافيا⁽³⁾، بهدف إشهار الحقوق المتعلقة بالعقار على نطاق واسع، ومن ثم تحقيق مبدأ العلنية والإشهار الواسع لمختلف التغيرات التي تطرأ على العقار، باعتبارهما ركيزتان من ركائز نظام التحفيظ العقاري.

ولعل الهدف من وراء ذلك هو تطهير العقار من جميع الحقوق التي لم يتم التصريح بها أثناء سريان مسطرة التحفيظ العقاري، وهذا ما دعمه القضاء المغربي، في العديد من القرارات الصادرة عنه، حيث جاء في أحد قراراته: ((قاعدة التطهير تسري على الجميع بمن فيهم خلف البائع، ومن ثم لا يجوز الادعاء بالحقوق العينية السابقة))⁽⁴⁾

(3) أحمد ادريوش: أصول نظام التحفيظ العقاري بحث في مصادره المادية والرمزية وفي توجيه الفقهاء لنظر الشرع الإسلامي عليه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية 1424 / 2003 م، مطبعة الأمانة الرباط، الطبعة الأولى، ص: 88.

(4) قرار صادر عن محكمة النقض عدد 37 بتاريخ 20 يناير 2015 في الملف المدني عدد 2812 / 1 / 1 / 2014، منشور بملفات عقارية، قضايا التحفيظ العقاري، العدد 5، السنة 2015، ص: 215.

وهو نفس المقتضى الذي أكدته الغرفة الإدارية في قرار لها جاء فيه: ((... أن قرار التحفيظ كما استقر عليه اجتهاد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وحسب مقتضيات ظهير 12 غشت 1913 حول التحفيظ العقاري يعتبر قرارا لا رجعة فيه، ومن هذا المنطق فانه لا يقبل أي طعن سواء أمام القضاء الإداري أو أمام جهة القضاء العادي... وان المحكمة الإدارية أخطأت عندما أخضعت قرار التحفيظ باعتباره صادرا عن سلطة إدارية في شخص المحافظ لمراقبة القضاء الإداري، والحال أن القرار المذكور لا يخضع لأي رقابة وان عملية التحفيظ التي تنطوي على تطهير العقار تعتبر عملية نهائية لا رجعة فيها...⁽⁵⁾.

وهو نفس المقتضى الذي كدت عليه الغرفة المدنية، حيث قضت انه ((طبقا للفصل 62 من نفس الظهير بعد عملية التحفيظ يصبح لرسم الملكية الصفة النهائية ولا يقبل الطعن))⁽⁶⁾.

الفقرة الأولى: إشهار الحقوق المتعلقة بالملكية العقارية كضمان أساسية لتعزيز الأمن العقاري

إن وضعية العقار القانونية والمادية لا تجمد طبعاً خلال مسطرة التحفيظ، حيث يمكن أن يكون العقار المطلوب تحفيظه موضوع كل المعاملات العقارية، كيفما كان نوعها.⁽⁷⁾

(5) قرار عدد 420 بتاريخ 4/11/2002 ملف إداري عدد 99/1/4/24، أشار إليه حسن منصف، دور الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن العقاري، مقال منشور بالندوة الوطنية حول موضوع: الأمن العقاري، دفاتر محطة النقض عدد 26، ص: 200.

(6) قرار عدد 61 بتاريخ 206/1/4 ملف مدني عدد 204/1/1/4229، نقلا عن حسن منصف، مرجع سابق، ص: 201.

(7) محمد ابن الحاج السلمي: سياسة التحفيظ العقاري في المغرب بين الإشهار العقاري والتخطيط الاجتماعي -الاقتصادي، منشورات عكاظ الرباط، طبعة 2011، ص: 77.

ومن هنا تشكل عملية إشهار الحقوق المتعلقة بالعقار المراد تحفيظه، عملية محورية وأساسية تبدأ منذ إيداع مطلب التحفيظ العقاري بالمحافظة العقارية إلى غاية تأسيس الرسم العقاري، أو إلغاء مطلب التحفيظ، وإلى إحالته على المحكمة جراء ظهور تعرضات، مروراً بعملية التحديد من قبل المهندس الطبوغرافي، ونشر خلاصة مطلب التحفيظ وإعلان انتهاء التحديد، وقد يتطلب الأمر نشر خلاصة إصلاحية طبقاً لما جاء في الفصل 83 من ظ. ت. ع (8)، وإعلان جديد عن انتهاء التحديد ووضع الأنصاب في عملية التحديد واستدعاء المجاورين في عملية التحديد، والهدف من وراء كل هذه العمليات هو شهر العقار المراد تحفيظه على نطاق واسع، وإتاحة الفرصة لكل من يدعي حقاً على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض.

ومن هذا المنطلق فإن عملية الإشهار تشكل في حد ذاتها ضماناً قوية بالنسبة لمختلف الأطراف المتدخلة في مسطرة التحفيظ، باعتبارها العمود الفقري لمسطرة التحفيظ العقاري، فعلى ضوءها يتم تحديد المالك الحقيقي للعقار، وضبط حدود العقار الجغرافية ووضعيتها القانونية.

وخلاصة القول: أن عملية الإشهار في التحفيظ العقاري تحظى بأهمية خاصة، إذ تعد بمثابة جسر يربط ما بين انطلاق عملية التحفيظ العقاري وإعلام الجمهور، وكل من له مصلحة لإبداء التعرضات والاحتجاجات وإبداء الملاحظات (9)، وذلك حتى تتم إحاطة كل من يعنيه الأمر بالعقار المراد تحفيظه، والدفاع عن حقوقه قبل خضوعها لمسطرة التطهير.

(8) ينص الفصل 83 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمغير بموجب القانون رقم 14-07 على أنه: ((بغض النظر عن المسطرة المقررة في الفصل 84 من هذا القانون، يمكن لصاحب حق وقع إنشاؤه أو تغييره أو الإقرار به أثناء مسطرة التحفيظ يطلب نشره بالجريدة الرسمية بعد إيداع الوثائق المثبتة للحق بالمحافظة العقارية)).

(9) إدريس الفاخوري: نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة دار النشر الجسور-وجدة 2000، الطبعة الأولى، ص: 24.

وبهذا يكون المشرع المغربي اخضع عملية التحفيظ لإجراءات شهر واسعة تبتدئ من وقت إيداع مطلب التحفيظ إلى حين الانتهاء من عملية التحديد ووضع خريطة للعقار وتأسيس الرسم العقاري. (10)

ومن هنا، تتضح مدى أهمية عملية إشهار إجراءات مسطرة التحفيظ، ودورها المحوري في تعزيز الأمن العقاري، إذ لا يمكن الحديث عن أمن عقاري في ظل سرية إجراءات مسطرة التحفيظ، بل أن ضمانات نظام التحفيظ العقاري تكمن في مبدأ العلنية والإشهار الواسع لمختلف العمليات التي تمر منها مسطرة التحفيظ، بدء بإيداع مطلب التحفيظ وإلى حين تأسيس الرسم العقاري. والمحصلة أن التحفيظ يطهر العقار من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ، ويشكل نقطة الانطلاقة الجديدة في حياة العقار، حيث يقطع صلته نهائيا بالماضي.

الفقرة الثانية: مسطرة تحفيظ العقار ومبدأ التطهير كآلية أساسية لتعزيز الأمن العقاري

ترتبط مسطرة التحفيظ العقاري بقاعدة التطهير ارتباطا وثيقا بحيث لا يمكن الفصل بينهما، فمسطرة التحفيظ تعني تطهير العقار من جميع الحقوق العينية المترتبة على العقار قبل تحفيظه، التي لم يتم التصريح بها أثناء سريان مسطرة التحفيظ، فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) مفاده أن: ((التحفيظ يطهر العقار من كافة الحقوق التي قد يدعى بها قبل التحفيظ ولا تكون مسجلة بالرسم العقاري.

(10) المختار بن احمد العطار: التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى: 2008، ص: 51.

لا يمكن أن تقام دعوى عينية عقاري بالمخارجة التي كانت قائمة وقت عملية التحفيظ لم يقع بها التعرض وإنما يمكن أن تقام بها دعوى تعويض إذا ثبت تدليس في عملية التحفيظ". (11)

وقد مفاد التطهير عند احمد ادريوش (12) هو أن الحقوق العينية المترتبة على العقار قبل تحفيظه، التي بقي مسكوتا عنها أثناء عملية التحفيظ، ولم تثر، يطهر العقار المحفظ منها ولا يمكن بعثها بعد التحفيظ، فهي تتلاش نهائيا ولم يعد بالإمكان الاعتداد بها، وبالتالي فإن كل صلة بين العقار المحفظ وماضيه قبل التحفيظ تنقطع، والمالك الذي حفظ العقار على اسمه لا يعتبر مالكا له إلا نتيجة قرار المحافظ المتضمن تحفيظ العقار على اسمه، ويعتبر القرار الصادر عن المحافظ العقاري بتحفيظ العقار على اسم مالكة قرارا نهائيا غير قابل للطعن فيه.

وقد جاء في الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون المشار إليه أعلاه انه: "تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به".

ومن هنا، فإن مفاد قاعدة التطهير هو أن إقامة الرسم العقاري تطهر الملك من جميع الحقوق السابقة التي لم يعلن عنها أثناء مسطرة التحفيظ. (13)

فقرار تأسيس الرسم العقاري قرار يطهر العقار من الحقوق غير الظاهرة وقت تحفيظه ولو كانت مشروعة، ويعترف في نفس الوقت بالوجود القانوني للحقوق الظاهرة وقت التحفيظ، ويضفي

(11) قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 17/ 6/ 87 تحت عدد 1401 في الملف المدني عدد 99219، أشار إليه محمد بفقير، ظهير التحفيظ العقاري والعمل القضائي، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، العدد السابع، الطبعة الأولى 1432 هـ 2011 م، ص: 106.

(12) أحمد ادريوش، مرجع سابق، ص: 93 و94.

عليها صبغة المشروعية ولو كانت غير مشروعة، وهو قرار ينتج عنه تأسيس الرسم العقاري الذي يشكل دليلاً قطعياً على الملكية العقارية والحقوق العينية والتحملات العقارية المعلن عنها أثناء سريان مسطرة التحفيظ والمقيدة بالرسم،⁽¹⁴⁾ وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) في قرار لها جاء فيه: ((يترتب عن التحفيظ إقامة رسم الملكية وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة بالكناش العقاري، وهو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة))،⁽¹⁵⁾ وجاء في قرار آخر: ((... التحفيظ يطهر العقار من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ ويشكل نقطة انطلاقاً جديدة في حياة العقار يقطع صلته نهائياً بالماضي، وإن هذا التطهير لا يترك مجالاً لتطبيق القواعد العامة للالتزام، وإن تأسيس الدعوى على المسؤولية العقارية لا يمنع المحكمة من تطبيق القانون الواجب التطبيق في الدعوى)).⁽¹⁶⁾

ويتضح من كل هذا، أن قضاء محكمة النقض يسير في اتجاه اعتبار ربط القوة المطلقة للرسم العقاري بالنظام العام، بحيث لا يمكن المطالبة بأي حق لم يتم التصريح به أثناء جريان مسطرة التحفيظ، ومن ثم فهو يعترف فقط بالحقوق المقيدة في السجل العقاري. وفي قرار حديث صادر عن محكمة النقض، مفاده أن قاعدة التطهير قاعدة عامة وأمرة ولا مجال معها لإعمال الاستثناء المتعلق بكون المشتري من طالب التحفيظ لا تسري عليه قاعدة التطهير لعدم وجود نص قانوني

(13) إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة الأملاك العامة والأملاك الحسبية والحقوق المائية والمنجمية والملك الغابوي والأراضي الجماعية.

(14) محمد خيرى: حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري، ص: 181.

(15) قرار عدد 61 بتاريخ 04/01/2006 ملف مدني عدد 44229 /1/1/2004، أشار إليه، حسن منصف، مرجع سابق، ص: 204.

(16) قرار عدد 1025 صادر بتاريخ 9-5-90 ملف عدد 186-187 أورده حسن منصف، مرجع سابق، ص: 204.

يقضي بذلك،⁽¹⁷⁾ لكن الا يعد هذا حيفا في حق المشتري (الخلف الخاص) خصوصا إذا لجأ طالب التحفيظ إلى طرق تدليسية لاستخراج رسم عقاري في اسمه، وهذا ما يعكس بشكل واضح قصور النصوص التشريعية في تحقيق العدالة، ففي الوقت الذي كنا ننتظر من قانون 07 - 14 أن يعيد النظر في قاعدة التطهير ونهائية الرسم العقاري، وذلك من خلال استثناء الخلف الخاص من قاعدة التطهير، نجده تبنى التطبيق الشامل والصارم لمقتضيات الفصلين 1 و 62 المؤسسين للقاعدة المذكورة. واعتقد انه كان يتعين على المشرع المغربي وقضاء محكمة النقض أن يعامل طالب التحفيظ بنقيض قصده.

ومن هنا، فان اعتبار قاعدة التطهير من النظام العام هو اتجاه كرسه محكمة النقض ولا تزال عليه، ومن ثم فانه لا يحق للأطراف التي تضررت من جراء مسطرة التحفيظ العقاري أن ترفع أي دعوى قضائية بخصوص العقار الذي أصبح محظا وله رسم عقاري نهائي باستثناء الحالة التي يتم فيها إثبات التدليس، حيث يحق للمتضرر المطالبة بالتعويض، ولا يمكنه استرجاع العقار المحفظ، طبقا لما جاء في الفصل 64 من ظ ت ع⁽¹⁸⁾.

وتجدر الإشارة في الأخير أن قاعدة التطهير لا تسري على أملاك الدولة العامة، إذ لا يمكن الاحتجاج بنهائية الرسم العقاري، من اجل الاستيلاء عليها، ولا تسري على أملاك الأحباس، فقاعدة التطهير لا تسري على هذه الأملاك، إلى جانب أملاك أخرى حددها المشرع المغربي، وذلك نظرا لطبيعتها الخاصة، حيث أحاطها المشرع بضمانات، وهذا راجع لخصوصيتها.

(17) قرار عدد 447/8 المؤرخ في 21/07/2015 ملف مدني عدد 849/8/1/2015، غير منشور.

(18) ينص الفصل 64 من ظ ت ع على انه:

المحور الثاني: حجية الرسم العقاري والتقييدات المضمنة به.

إذا كان الرسم العقاري يشكل شهادة ميلاد النظام القانوني للعقار بنقله من مرحلة ما قبل التحفيظ إلى نظام العقار المحفوظ، وهو القرار الذي يتخذه المحافظ العقاري بعد مرور العقار المراد تحفيظه بجميع إجراءات مسطرة التحفيظ، فإن هذا الرسم العقاري يعتبر الضمانة القانونية لحماية الحقوق والتحملات على العقار، إلا أن حجية الرسم العقاري تختلف عن حجية التقييدات المضمنة بالرسم العقاري، فما دور الاجتهاد القضائي في إرساء الضفة النهائية للرسم العقاري؟

الفقرة الأولى: قاعدة حجية الرسم العقاري.

من بين القواعد التي تشكل أساس نظام التحفيظ العقاري، نجد قاعدة الحجية والقوة الثبوتية التي منحها المشرع المغربي للرسم العقاري، وذلك طبقاً للفصلين 1 و 62 من ظ ت ع المعدل والمتمم بموجب القانون 07-14 حيث اُضفى على هذا الرسم الصفة النهائية، وجعله نقطة الانطلاق الوحيدة في ثبوت الحقوق العينية والادعاءات المالية المترتبة على العقار حين تحفيظه ولا تعتبر سائر الحقوق التي لم تقيد.

ومن هنا فإن جميع الحقوق المضمنة به تكتسب حجية مطلقة ومناعة ضد أي منازعة، وهذا التوجه هو الذي سار عليه القضاء المغربي في العديد من القرارات الصادرة عنه، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) ما يلي: ((إنه طبقاً للفصل 69 من نفس الظهير بعد عملية التحفيظ يصبح لرسم الملكية الصفة النهائية ولا يقبل الطعن))⁽¹⁹⁾

(19) قرار عدد 61 بتاريخ 04/01/2006 ملف مدني عدد 4229 / 1 / 1 / 2004، أشار إليه حسن منصف، دور الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن العقاري، منشور بدفاتر محكمة النقض عدد 26، مطبعة الأمانة الرباط، ص: 201.

وجاء في قرار آخر: ((حيث إنه وإن كان المحافظ العقاري سلطة إدارية وما يصدر عنه من مقررات يمكن الطعن فيها بطريقة الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، فإن المقرر الصادر بتحفيظ العقار مطلقاً ومقرراً نهائياً بمفهوم الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري... ولا يخضع للمراقبة عن طريق الشطط في استعمال السلطة)) (20)

يتضح من كل هذا أن القضاء المغربي ذهب في اتجاه إضفاء قاعدة الصفة النهائية للرسم العقاري، وعدم قبول قرار المحافظ العقاري لأي طعن قضائي، وإذا كان هذا التوجه يهدف إلى ضمان استقرار الملكية العقارية وتثبيتها، فإنه في نفس الوقت يتعارض مع ما جاء به دستور 2011 (21) الذي لم يستثن أي قرار قضائي من الطعن خصوصاً الطعن بالإلغاء، وذلك بهدف إضفاء مبدأ الشرعية على القرارات الإدارية وترسيخ دولة الحق والقانون، حيث جاء في الفصل 118 من الدستور المغربي أن "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون".

كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيمياً أو فردياً، يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة".

ومن هذا المنطلق، لا يمكن لأي قرار إداري، كيفما كانت الجهة المصدرة له، الإفلات من رقابة الشرعية أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة حتى ولو كان محصناً بمقتضى القانون، كما لن

(20) قرار عدد 100 صادر بتاريخ 10/10/2002 ملف إداري عدد 1460/4/1/2002، نقلاً عن حسن منصف، نفس المرجع، ص: 201.

(21) الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011 جريدة رسمية عدد 5964 بتاريخ 30 يوليوز 2011، ص: 3600.

يكون في مقدور أي سلطة إدارية الاحتجاج بالتحصين التشريعي لقراراتها من أجل الدفع بعدم قبول دعوى الإلغاء، وهذا ما ينطبق على قرار التحفيظ الصادر عن المحافظ العقاري، الذي يجد سنده في ظهير التحفيظ العقاري،⁽²²⁾ وهذا ما يعكس بوضوح أهمية الرقابة القضائية ودورها الفعال في حماية الملكية العقارية، وتأمين ضمانات التملك.

إلا أن هناك من ذهب إلى اعتبار مبدأ التطهير الناتج عن التحفيظ على إطلاقه مخالفاً لإطلاقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية في ميدان الحقوق العقارية، حيث يجب أن لا تنبني الحياة على الاغتصاب، في حين يمكن أن تكون الحياة مصدراً للتحفيظ، ثم أن حقوق الملكية في الشريعة الإسلامية لا ينالها التقادم المسقط ولا تضيع ولو تقادمت، في حين أن مبدأ التطهير يشكل سداً منيعاً في وجه المطالبة بأي حق من الحقوق التي لم يقع إشهارها خلال جريان مسطرة التحفيظ⁽²³⁾.

وقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى مفاده أن: ((الدفع بالشراء لا يحول دون اختصاص قاضي المستعجلات بالبت في طلب الإفراغ، لأن الشراء غير المسجل لا يشكل دفعاً جدياً علاوة على أن امر قاضي المستعجلات بالإفراغ إجراء وقي تقتضيه حالة الاستعجال، وهو الاحتلال بدون سند قانوني مادام عقد الشراء غير مسجل في الرسم العقاري))⁽²⁴⁾.

وتأسيساً على ذلك لا وجود لأي حق عيني يتعلق بعقار محفظ، حتى بين المتعاقدين إذا لم يكن مقيداً بالرسم العقاري، فشهادة الموثق لا تكفي ولو بين المتعاقدين، لإثبات تملك حق عيني لم

(22) نورا الحجاجي: الطعن في قرار التحفيظ بين النص القانوني واجتهاد القضاء الإداري، منشورات مجلة العلوم القانونية، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى: 2015، ص: 12.

(23) محمد ابن الحاج السلمي، مرجع سابق، ص: 21.

(24) قرار رقم 1290 صادر بتاريخ 24 ماي 1989 في الملف رقم 83/2531، منشور بمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، إصدارات المجلس الأعلى، السنة 2009، ص: 94.

يتم تقييده بالرسم العقاري لعقار محفظ، إلا انه تعفى من الإشهار الارتفاقات الناشئة عن الوضعية الطبيعية للعقارات المتجاورة.

وهكذا، فانه لا يمكن التمسك بإبطال التقييدات ما لم يتم التشطيب عليها، كما انه لا يمكن التمسك بإبطال التقييدات في مواجهة الغير حسن النية.

جاء في المادة 13 من مدونة الحقوق العينية انه ((إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا)).

يتضح مما سبق أن المشرع المغربي يسعى من وراء إقرار هذه القواعد، توفير حماية قانونية وقضائية للملكية العقارية وللحقوق المترتبة عليها، بهدف جعل العقار رافدا أساسيا من روافد التنمية، فلا تنمية بدون تحقيق امن عقاري، ولا عقار بدون سند قانوني وقضائي، وبما أن الاستثمار يشبهه البعض بالطائر المهاجر، فانه دائما يبحث عن الأرضية المناسبة الخالية من النزاعات لكي يحط رحاله، إلا أن هذا يبقى صعب المنال إذا لم تتضافر جهود كل المتدخلين في المجال العقاري من فقهاء وقضاة وباحثين، بهدف وضع إطار قانوني يجمع النصوص المتفرقة التي تهتم بالعقار في مدونة واحدة، كما هو الأمر بمدونة الحقوق، ووضع آليات لمراقبة وتتبع وتقويم هذه الأعمال، مع العمل مستقبلا على القضاء على الازدواجية التي تميز المنظومة العقارية المغربية.

الفقرة الثانية: حجية التقييدات كضمانة أساسية لتعزيز الأمن العقاري.

يفهم من حجية الحقوق المقيدة، تلك القيمة التي يمكن إعطاؤها لتلك التقييدات، بحيث يعتد بها كوسيلة لإثبات الحقوق العينية العقارية، وكذا القيود التي تترتب عنها. (25)

ولهذه الغاية لا يتم إشهار التصرفات العقارية في الرسم العقاري، إلا بعد التأكد من صحتها والتثبت من خلوها من كل الشوائب التي تحول دون تقييدها، ومن ثم فإن أي تصرف يتم تقييده يتخذ قوة ثبوتية تجاه الجميع، وهذا ما يميز نظام التحفيظ العقاري عن باقي الأنظمة الأخرى.

ومن هنا، فإن مبدأ القوة الثبوتية للتقييدات يعتبر بمثابة العمود الفقري لنظام التحفيظ العقاري، على أساس أن الحقوق المقيدة في الرسم العقاري هي التي تستفيد من قرينة الشرعية، سواء في مواجهة المتعاقدين أو الغير.

ولقد تطرق المشرع المغربي لحجية التقييدات في الرسم العقاري في الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمغير بموجب القانون رقم 07-14، الذي ينص على أن ((كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

لا يمكن التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة)).

(25) محمد خيرى: مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، طبعة 2013، ص: 580.

كما جاء في الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ المتمم والمغير بمقتضى القانون رقم 07-14 انه: ((إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي اثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض، وكذا بإمكانية إقامة دعاوي فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم)).

وجاء في المادة 2 من م ح ع: ((إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها.

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن النية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه))⁽²⁶⁾

ولأجل ذلك فالتقييد يحمي الحق الذي ينص عليه ويضمنه لفائدة صاحبه لا فقط في مواجهة المتعاقد معه، ولكن وخاصة في مواجهة الأغيار بمفهوم الكافة والذين لا يتوفرون على تقييدات إسمية لفائدتهم.⁽²⁷⁾

(26) ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادرة بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011).

(27) محمد ابن الحاج السلمي: التقييد والتشطيب بالسجلات العقارية (وفق مستجدات القانون رقم 14.07)، مطبعة دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2015 ص: 264.

وبهذا يكون المشرع المغربي قد منح قوة ثبوتية للتقييدات المضمنة في الرسم العقاري، على أساس أن هذه الحجية تشكل إحدى وسائل إثبات ملكية العقارات المحفوظة والحقوق العينية المترتبة عليها، لكن شريطة أن يكون التصرف مشروعاً، وأن يتم تقييده بحسن نية.

وبمفهوم المخالفة فإن الغير سيئ النية لا يمكنه أن يستفيد من هذه الحجية المطلقة للتقييدات، على أساس أن هذه الأخيرة مقررة فقط للغير حسن النية، بل أن الغير سيئ النية يجب أن يعامل بنقيض قصده، ومن ثم يحرم من أي حق آل إليه ولا يمكنه التذرع بحجية التقييد.

إلا أنه مقابل هذه القوة الثبوتية المطلقة التي تكتسيها التقييدات بالنسبة للغير حسن النية، فلقد منح المشرع لصاحب الحق المتضرر، بسبب تدليس أو الزور إمكانية المطالبة بإلغاء التقييد كلياً، لكنه اشترط القيام بذلك داخل أربع سنوات يبتدئ من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو التشطيب عليه.

نستنتج مما سبق أن إعمال قاعدة ما بني على باطل فهو باطل، أصبحت محددة في فترة زمنية، وذلك حفاظاً على استقرار المعاملات العقارية (28).

ومن هذا المنطلق، فإن كل ما ضمن في الرسم العقاري يعتبر حجة في مواجهة الغير، في حين أن الحقوق التي لم تقيد في الرسم العقاري لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير، إذ تعتبر هي والعدم سواء (ف 66 من ظ ت ع) مع حفظ حق الأطراف المتنازعة في إقامة الدعوى بسبب عدم تنفيذ اتفاقهم (المادة 67 ظ ت ع).

(28) عبد المجيد أسويق: التقييدات على الرسوم العقارية، وفق مستجدات القانون رقم 07-14، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، طبعة 2015، ص: 90.

جاء في قرار لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا): ((يستنتج من الفصلين 65 و 67 من ظ 12 غشت 1913 في المتعلق بالتحفيظ العقاري انه يجب أن تستقر بواسطة تسجيل في السجل العقاري جميع الاتفاقات والأعمال ممن كان موضوعها تأسيس حق عقاري او نقله إلى الغير او إقراره او تغييره وانه لا ينتج عنها أي اثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التسجيل..)).⁽²⁹⁾

وجاء في قرار آخر لنفس الجهة: (لا يحق للمشتري أن يضع يده على العقار ما لم يسجل العقد الذي بمقتضاه اشترى العقار بالرسم العقاري)).⁽³⁰⁾

ومن هذا المنطلق فان التقييد هو قرينة قانونية على وجود الحق وعلى أن الشخص المعين باسمه في هذا التقييد هو فعلا وقانونا صاحب هذا الحق، وانه لا حاجة للإتيان بدليل آخر خارج مندرجات الرسم العقاري. بحيث ينطوي التقييد في حد ذاته على قرينة قانونية لفائدة المستفيد من التقييد الإسمي بوصفه طرفا أولا وقبل كل شيء في التزام تعاقدى لا يمكن للطرف الآخر أن ينكره.⁽³¹⁾

والمحصلة أن المشرع المغربي سعى من وراء إقرار قاعدة حجية التقييدات بالنسبة للغير حسن النية، ضمان استقرار المعاملات العقارية بين الأفراد، وتأسيسها على أساس الثقة وحسن النية، وكذا تجنب التدليس والغش وسوء النية الذي يفسد المعاملات العقارية. ومن هنا فان الغير سيئ النية

(29) قرار عدد 301 الصادر بتاريخ 13/4/1966، منشور بمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، السنة 2009، ص: 92 و 93.

(30) قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) رقم 1290 بتاريخ 24 ماي 1989، في الملف رقم 2531 / 83، منشور بمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، مركز التوثيق محكمة النقض، السنة 2009، ص: 93 و 94.

(31) محمد ابن الحاج السلمي: التقييد والتشطيب بالسجلات العقارية (وفق مستجدات القانون رقم 07-14)، ص: 264.

يجب أن يعامل بنقيض قصده، حتى لا يتم الإثراء على حساب الغير بطرق غير مشروعة، ومن ثم توفير وعاء عقاري سليم وعادل خال من النزاعات والمشاكل، يشكل منطلقاً أساسياً للإقلاع الاقتصادي والاجتماعي.

الفقرة الثالثة: الحماية القضائية للرسم العقاري.

استقر قضاء محكمة النقض أن الرسم العقاري يتمتع بحصانة مطلقة، وقوة ثبوتية، فهو يشكل عنواناً للحقيقة، ويحول ماله حق الاستفادة من المسطرة الاستعجالية ضد أي غصب أو سطو أو ترامي.

فقد جاء في قرار لمحكمة النقض مفاده ان: ((قاضي الأمور المستعجلة يختص بطرد من يحتل عقاراً محظاً دون أن يكون مسجلاً برسمه العقاري ولو استظهر بعقد أو أي وثيقة أخرى...)). (32)

وهكذا، فإن المتمتع برسم عقاري يحق له اللجوء إلى قاضي المستعجلات، لوضع حد لكل تعدّ يمس بحقه أو الترامي عليه.

وتبرز الحماية القضائية للملكية العقارية في تدخل القضاء الاستعجالي لرد ووقف مختلف أشكال الاعتداء التي قد تطال الملكية العقارية، سواء تعلق الأمر بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أو وضع حد لكل تعدّ يمس حق مقيد في الرسم العقاري، فسلطات قاضي المستعجلات تتوسع،

(32) قرار عدد 688 الصادر بتاريخ 1978/1/8 ملف مدني عدد 66942 أشار إليه حسن منصف، في مقاله دور الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن العقاري، منشور بدفاتر محكمة النقض عدد 26، تحت عنوان، الأمن العقاري، مطبعة الأمنية الرباط، ص: 208.

وهو ينظر في دعاوى الاعتداء المادي، إذ لا تقف عند حد التحقق من وجود الاعتداء أو الكشف عنه، بل تصل إلى حد توجيه مجموعة من الأوامر إلى الإدارة، سواء بوقف أو رد أعمال التعدي أو الحكم على الإدارة بالطرد وأحيانا الهدم والغرامة التهديدية، وكلها سلطات لا يلجأ إليها قاضي المستعجلات إلا في حالات التعدي الواضحة. ⁽³³⁾ وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قرار له، جاء فيه: ((احتلال ملك الغير بدون حق ولا سند من طرف الجماعة المحلية يعطي لدعوى الإفراغ صبغة استعجالية يختص قاضي المستعجلات بالنظر فيها)). ⁽³⁴⁾

وجاء في قرار آخر: ((من حق المالك الذي ثبت ملكه برسم عقاري أن يرفع أمره إلى قاضي المستعجلات ليجعل حدا لكل تعد يمس بحقه، وإن ذلك تدبير مؤقت مستعجل تحتّمه الميزة الخاصة بالرسم العقاري الذي يلزم الجميع مضمونه.

بما أن الرسم العقاري ينص على أن المالك الحقيقي للقطع المطلوب رفع الحجز عنها هو صندوق الإيداع والتدبير وأنه لا يتضمن أي تسجيل لحق اكتسبه طالب الحجز وسجله بالرسم العقاري، فإن حصوله رغم ذلك على حجز ملك الغير يعد تعديا كان يتعين على قاضي المستعجلات أن يضع له حدا على الفور نظرا للحرمة الواجبة للرسم العقاري)). ⁽³⁵⁾

(33) أحمد أجعون: المنازعات العقارية بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، السنة 1437 هـ/ 2016 م، ص: 242.

(34) قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 1-7-1983 عدد 155 ملف مدني عدد 85764، أشار إليه أحمد أجعون، مرجع سابق، ص: 243.

(35) قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 21/4/1971 تحت عدد 140 أورده محمد بفقير، مرجع سابق، ص: 105 و105.

وتأسيسا على ذلك، فالعقار المحفظ يتمتع بحماية قضائية تجعله في منأى عن أية منازعة أو مطالبة قضائية بعد تأسيس الرسم العقاري، وهذا ما يجعله رافدا أساسيا من روافد التنمية الاقتصادية والاجتماعية والعقارية، وفضاء مناسباً لجلب الاستثمارات الأجنبية، وعامل أساسي في استقرار المعاملات العقارية.

وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من بعض المحاولات التي يتخذها القضاء المغربي بين الفينة والأخرى، بهدف زعزعة هذه القاعدة التي يتمتع بها الرسم العقاري، تبقى هذه القاعدة الأساس قوي والحماية الفعالة للرسم العقاري ضد أي سطو أو اغتصاب للعقار المحفظ، معتبرا أن هذه القرارات تبقى غير دستورية، ولا تخضع لمبدأ الشرعية، على أساس أن القضاء هو الحامي الطبيعي للحقوق والحريات، ومن ثم فإن تحصين الرسم العقاري، يشكل ضربا في العمق لمبدأ الشرعية ومفهوم دولة القانون والمؤسسات.

وبالتالي فإن ترسيخ دولة القانون والمؤسسات يقتضي خضوع جميع القرارات الإدارية، سواء كانت فردية أو تنظيمية للرقابة القضائية، كما نص على ذلك الفصل 118 من دستور 2011.

واعتقد أنه في هذا الإطار يجب على محكمة النقض والمحاكم الإدارية أن تعيد النظر في هذه الحصانة التي يتمتع بها الرسم العقاري، وتجعله خاضعا للرقابة القضائية، التي تعد إحدى الضمانات الأساسية لممارسة الحقوق والحريات المعترف بها قانونا للمواطنين.

والحصول أن حجية الرسم العقاري لا تكون فقط في مواجهة أطراف النزاع، بل تشمل أيضا الغير والمحافظ العقاري، فالمحافظ العقاري بعد تأسيس الرسم العقاري، لا يحق له الرجوع فيه أو إلغائه

لأي سبب من الأسباب لكونه أكتسب حجية مطلقة وقوة تبوتية، لكن هناك حالات تخرج عن قاعدة الصفة النهائية للرسم العقاري، التي كرستها محكمة النقض، وتتمثل في الحالة التي يتم فيها استخراج الرسم العقاري عن طريق التجزئة العقارية، حيث لا تتمتع بالصفة النهائية المنصوص عليها في نظام التحفيظ العقاري، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في أحد قراراته، حيث جاء فيه: ((إن الملك الذي له الصفة النهائية ولا يقبل الطعن ويظهر العقار من جميع الحقوق السالفة غير المسجلة به طبقاً للفصلين 2 و 62 من ظهير 1913/8/12 إنما هو للرسم الذي ينشأ ويترتب عن مسطرة التحفيظ المحمية بالإشهار والعمومية وآجال التعرض، إلى أن ينشأ رسم عقاري.

أما الرسم العقاري المستخرج عن طريق التجزئة كما في النازلة، فلا يتمتع بالحصانة المنصوص عليها في الفصلين 2 و 62 المشار إليهما والذين يضيفان الصفة النهائية على رسم التملك بل يكون قابلاً للتغيير وخاضعاً لمقتضيات الفصلين 69 وفي 91 من الظهير (1331)).

(36)

يستفاد من القرار المشار إليه أعلاه، أن الرسم العقاري الذي يتم استخراجه عن طريق التجزئة لا يتمتع بالصفة النهائية المنصوص عليها في الفصلين 1 و 62، بل يستفيد منها الرسم الذي ينشأ ويترتب عن مسطرة التحفيظ التي تمت بطريقة قانونية، كما هو منصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري.

(36) قرار عدد 5292 بتاريخ 2010-12-6 ملف 2009-4-1-2566، أشار إليه حسن منصف، مرجع سابق، ص: 202.

خاتمة

وخلاصة القول: إنه على الرغم من أهمية نظام التحفيز العقاري ودوره الفعال في استقرار الملكية العقارية، وتأمين شهر جميع المعاملات العقارية والتصرفات الواردة على العقار المحفظ، وكذا القوة الثبوتية للتقييدات المضمنة في الرسم العقاري، إلا أن هذا النظام لازال بحاجة ماسة إلى إعادة النظر في بعض المبادئ التي يقوم عليها، وأخص بالذكر قاعدة التطهير التي تشكل دعامة أساسية من دعائمه.

ولأجل التخفيف من الآثار المترتبة عن هذه القاعدة لابد من إبداء الملاحظات التالية:

- تفعيل الرقابة القضائية على مختلف القرارات الإدارية، وأيا كان مصدرها، مادام ان القضاء هو الحارس الأمين والساهر الطبيعي على ضمان حقوق الأفراد والجماعات، وهذا يقتضي إعادة النظر في بعض النصوص القانونية المنظمة للتحفيز العقاري، التي تقيد سلطات القضاء في هذا الإطار، وخصوصا الفصل 62 من ظهير التحفيز العقاري المغير والمعدل بموجب القانون 07-14، حيث أصبح مقتضى غير دستوري في ظل صدور دستور 2011.

- إشهار إجراءات مسطرة التحفيز على نطاق واسع، اعتمادا على وسائل حديثة وتقليدية، تكون في متناول الجميع، وحتى تؤدي الدور المنوط بها على أحسن وجه، مادام أن الهدف منها هو إشعار الأطراف المتدخلة في عملية التحفيز بهذا الإجراء.

- توعية المواطنين بأهمية عدم التراخي في التقييد والمشاكل التي قد تنجم عن ذلك، مع الرفع من قيمة الغرامة المالية المفروضة على كل من تراخى في تقييد حقوقه بالرسم العقاري، وذلك بهدف تحيين الرسوم العقارية، وتفادي العديد من النزاعات التي يمكن أن تثور جراء التراخي في تقييد الحقوق.