



بحث نهاية التمرين
حول موضوع:

دعوى إتمام إجراءات
بيع العقار المحفظ

تحت إشراف:
د. يونس الزهري
نائب رئيس المحكمة الابتدائية
بمراكش

من إعداد:
محمد صلاح الدين احتيتيش
شوقي البلاج

فترة التدريب
2011/2009 م

محمد صلاح الدين احتيتيش/شوقي البلاج

دعوى إتمام إجراءات بيع العقار المحفظ

فترة التدريب: 2009



بحث نهاية التمرين

حول موضوع:

دعوى إتمام إجراءات بيع العقار المحفظ

تحت إشراف:

د. يونس الزهري

نائب رئيس المحكمة الابتدائية

بمراكش

من إعداد:

محمد صلاح الدين احتيتيش

شوقي البلاج

الفوج 36

فترة التدريب

2011/2009 م

كلمة شكر

باسمى عبارات الاحترام والتقدير أتقدم بالشكر إلى إدارة
المعهد العالي للقضاء في شخص مديرها العام ومدير تكوين القضاة
والملاحقين القضائيين، وكذلك إلى أساتذة المعهد وجميع العاملين
بهذه المؤسسة لما بذلوه من جهود من أجل تكويننا وتأهيلنا
لممارسة مهنة القضاء.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للدكتور الكريم يونس الزهري الذي
أشرف على إنجاز هذا البحث والذي لم يبخل علينا بتجربته العملية
والعلمية باعتبارها قاضيا مكلفا بالمادة العقارية بالمحكمة الابتدائية
بمراكش وأستاذا بالمعهد العالي للقضاء و بكلية الحقوق بمراكش.
ولكل من ساهم من بعيد أو من قريب في إغناء هذا البحث.

إهداء

إلى والدي العزيزين

إلى زوجتي وابني

إلى إخواني وأخواتي

إلى أساتذتي الكرام وزملائي

أهدي هذا الجهد العلمي المتواضع

مقدمة:

يعتبر البيع من أهم وأقدم العقود المسماة، وأوسعها انتشارا في الحياة العملية، وقد عرف عقد البيع تطورا سريعا في السنين الأخيرة، وارتبط هذا التطور، بتطور موازي في قطاع العقار باعتباره من الأدوات المتحركة في ميدان المعاملات، إذ ازداد الطلب عليه بفعل تزايد عدد السكان، مما أدى إلى تنوع ملكية العقارات وطرق بيعها واستغلالها.

ونظرا لهذه الأهمية التي أصبحت لعقد البيع العقاري تولت مختلف التشريعات تنظيمه، بوضع أحكام خاصة به، والمشرع المغربي كباقي التشريعات لم يغفل هذه الأهمية لعقد البيع، فأفرد له قسما خاصا به، وهو القسم الأول من الكتاب الثني لقانون الالتزامات والعقود المغربي.

ولعل الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للملكية العقارية هي التي تفرض الاهتمام بالجوانب القانونية المرتبطة بها، لاسيما فيما يخص نقل ملكية العقار عن طريق البيع، فلا قيمة للعقار من الناحية الاقتصادية إلا بالنظر إلى قابليته للتفويت بتنقل ملكيته من شخص لآخر، غير أن تعدد النظم القانونية التي تحكم نقل ملكية العقار وصعوبة التوفيق بينها كثيرا ما يشكل قطيعة بين الثروة العقارية والتنمية، طالما أنها تحول دون تتحول استقرار المعاملات في المجال العقاري وتمنع من انتقال الملكية انتقالا هادئا.

فبيع العقار في المغرب يخضع لمجموعة من النظم القانونية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: الفقه الإسلامي، قانون الالتزامات والعقود، ظهير التحفيظ العقاري، القانون رقم 44,00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، القانون رقم 18,00 الخاص بالملكية المشتركة للعقارات المبنية...

ومع ذلك فإن معظم هذه النظم، القانونية وعلى كثرتها فإنها لا تطرح كلها مشكلة نطاق التطبيق، إما لكونها تنظم مجالا محددا أو محصورا يتم تسطيره مسبقا من طرف المشرع، وإما لكون المشرع تدخل صراحة وحدد نطاق تطبيق هذا القانون أو ذاك، ليبقى أهم إشكال يطرحه النظام القانوني لبيع العقار ما يتعلق بالازدواجية بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام قانون الالتزامات والعقود.

هذا ويتميز النظام العقاري المغربي بخاصية أساسية تمثل في ازدواجية طبيعته، بحيث يقسم عادة إلى عقارات محفظة وأخرى غير محفظة، لكل منها نظامها القانوني الخاص بها، علما بأن هذا التقسيم ترتب عليه آثار قانونية جد هامة.

ويجب لقيام عقد البيع العقاري توفر الأركان العامة للعقد من رضا وأهلية ومحلا وسبب، إضافة إلى ركن خامس يتمثل في الشكلية، أي الكتابة وفق الشكل المنصوص عليه في الفصل 489 من ق.ل.ع¹، غير أن هذا الفصل يطرح مجموعة من الإشكالات والتي تتجلى في مدى شكلية البيع العقاري وما يتعلق بشرط الكتابة، هل هو شرط صحة أم وسيلة للإثبات؟

وذلك لأن عقد البيع العقاري من أبرز العقود المدنية التي تنصب على الملكية مباشرة، فتتقلها من البائع إلى المشتري، فهو يرتب أثره المتمثل أساسا في نقل ملكية الشيء المبيع للمشتري عندما يتم الاتفاق بين المتبايعين فيلتزم البائع بنقل الملكية ويلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه مقابل الشيء المبيع، فإذا أخل أحد الطرفين بالعقد، يمكن للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء من أجل إجباره على تنفيذ منضمون الاتفاقات والإبقاء على مضمون الحق وحفظه من

¹ - ينص الفصل 489 من ق.ل.ع على: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنا رهنا رسميا، وجب أن يجرى البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ...".

الانتهيار، ومن ذلك مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ إعمال العقد خير من إهماله، والتي تستند إلى مبدأ حسن النية في التعامل، ولهم عدة سبل قانونية للإبقاء على مضمون العقد، ومنها إتمام العقد.

وموضوع العقد الذي يجمع بين الطرفين قد يكون عقد بيع مستجمع لكافة أركانه وشروطه، وقد يكون عقدا تمهيديا في انتظار إبرام العقد النهائي، نظرا لبعض الظروف التي تحول دون ذلك، كأن يكون المشتري في ظروف لا تسمح له بأداء مجموع ثمن الشراء، أو أن البائع مازال لم يحصل على الوثائق التي تمكنه من إبرام العقد النهائي.

وفي هذه الحالة يتعين على الطرفين إبرام عقد تمهيدي، الذي قد يكون في شكل عقد وعد بالبيع، أو عقد بيع ابتدائي، أو في شكل وعد بالتمصيل، أو حتى في صورة وصل يسلم البائع للمشتري في انتظار إبرام العقد النهائي واتخاذ الإجراءات القانونية التي تسمح للمشتري أو الموعود له بنقل ملكية العقار في اسمه.

وإذا ما حاول أحد الطرفين التملص من العقد الذي سبق عقده مع الطرف الآخر، فإنه يحق لهذا الخير أن يرفع دعوى في مواجهته من أجل إجباره على إتمام إجراءات البيع، وذلك من أجل إعمال مقتضيات العقد ونقل ملكية العقار إلى المشتري، مقابل أداء ما تبقى في ذمته من مبلغ الشراء.

وإذا كانت الثروة العقارية تشكل احد الدائم الأساسية في البناء الاقتصادي في العالم، فإن تنظيم أحكامها يكتسي أهمية بالغة لضمان ثباتها ولاستقرارها، كما أن نظام الإشهار العقاري يكفل للعقار حماية قانونية في مواجهة الأطراف المتعاملين بشأنه، وكذا في مواجهة الأغيار محققا بذلك الاطمئنان إلى البيانات الواردة بالرسوم العقارية، ودهم الائتمان بفضل إشهار التصرفات العقارية

وافترض العلم بها من طرف الكافة استناد إلى قرينة التسجيل، غير أن التقييدات التي تقع على الرسم العقاري بسبب التصرفات الواردة عليه كالتقيد الاحتياطي، لا تخلو من إثارة إشكالية الحماية القانونية لأصحاب الحقوق الواردة على العقار المحفظ.

أولاً: موضوع البحث ودواعي اختياره:

كما سبقت الإشارة إلى ذلك، إذا رفض أحد الطرفين تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه، فإنه يحق للطرف الآخر ومواجهته بدعوى إتمام إجراءات البيع، إذ الهدف منها هو إلزام المدعى عليه بتنفيذ موضوع الالتزام الذي يجمع بين الطرفين وذلك حسب نوع الإجراء الذي ينقص لإتمام البيع.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يتناول دعوى إتمام إجراءات البيع وفق مقتضيات قانونية خاصة، وإنما هي نتاج الاجتهاد القضائي.

وإذا كان المشرع المغربي لم يول عناية خاصة لهذه الدعوى، فإنها تخضع للشروط والقواعد العامة التي تنظم الدعاوى الأخرى المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، أما من حيث الموضوع فهي تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود وخصوصاً القسم الثالث من الكتاب الأول المتعلق بآثار الالتزامات.

وإذا كانت دعوى إتمام إجراءات البيع تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في كل من قانون المسطرة المدنية وقانون الالتزامات والعقود، فإن العمل القضائي كرس شروطاً خاصة بها، واعتبرها ضرورية قبل رفع هذه الدعوى، حيث يتعين على المدعي وقبل رفعها أن يقوم ببعض الإجراءات تحت طائلة عدم القبول، وهذا ما يجعلها تتميز ببعض الخصائص عن باقي الدعاوى.

ويمكن القول إن هذا البحث في هذا الموضوع يكتسي أهمية كبرى من الناحية العملية بالنظر للأهمية الاقتصادية للعقار وما يطرحه التعامل به من إشكالات على مستوى الواقع.

كما أن اختيارنا لهذا الموضوع أملت عدة معطيات والتي يمكن إجمالها كالآتي: أولها اقتصادي، وثانيها اجتماعي، وثالثها قانوني، ورابعها واقعي.

أ- معطى اقتصادي:

إن دعوى إتمام إجراءات البيع لها أهميته بالغة من الناحية الاقتصادية، وذلك من خلال علاقتها بالعقار وخاصة المحفظ منه، والذي يلعب دورا مهما في بناء الاقتصادي الوطني، كما أنه عنصر جوهري في تنفيذ المخططات التنموية، والأرضية الأساس في إقامة المشاريع الإنتاجية وإنشاء الوحدات السكنية وإقامة المرافق العامة، مما جعل الطلب يرتفع على العقار مقارنة مع العرض الذي يتقلص، الشيء الذي يستوجب إعادة تهيئة وتأهيله وعقلنة استغلاله سواء على صعيد الإنتاج أو الإنعاش العقاري أو التجهيز.

كما أن التعامل بشأنه، أظهر في الواقع العليم تهرب بعض المضار بين من إتمام البيع العقاري.

ب- معطى اجتماعي:

وتتمثل الأهمية الاجتماعية لدعوى إتمام إجراءات البيع، في كونها تمكن الطرق الذي قام بتنفيذ نصيبه من الالتزام من حقه والحيلولة دون ضياعه، وذلك بإجبار الطرف الآخر من أجل تنفيذ التزامه المقابل.

وبالتالي تستقر المعاملات الجارية بين الأفراد داخل المجتمع، وتشيع الثقة والطمأنينة بين المتعاملين بشأن العقار عموما، الشيء الذي سيساهم في الإقبال

المتزايد على الاستثمار في الحقل العقاري، ويكرس المصادقية المفروضة في القضاء باعتباره الجهاز الضامن للحقوق والمسؤول عن تمكين أصحابها منها داخل أجل معقول، تجسيدا للعدل السريع والفعال الذي ما فتئت الجهات المعنية بتحسين دور الإدارة القضائية العمل على تحقيقه، إيماننا منها بأن مهمة الفصل في النزاعات المعروضة على القضاء، مسؤولية جسيمة تقتضي ضرورة التوفيق بين احترام حق الدفاع المخول للطرفين وإشعارهم بإبداء وتهيئ دفاعهم لاستيفاء حقوقهم، وبين عامل الزمن لإصدار الحكم.

ج- معطى قانوني:

يتجسد هذا المعطى في كون موضوع دعوى إتمام إجراءات البيع، لم ينظمه المشرع وفق مقتضيات قانونية خاصة، فالتعامل بشأن العقار، لا يخلو من وقوع منازعات بين المتعاقدين، إذ قد يتماطل أحدهما أو يمتنع عن إتمام البيع النهائي مع الطرف الآخر، فيضطر هذا الأخير إلى مطالبته قضائيا لإجباره على الوفاء بالتزامه العقدي، مع إمكانية تقييد مقال الدعوى تقييدا احتياطيا بالرسم العقاري قصد الحفاظ على الاستفادة من الأثر الرجعي لتقييد الحكم الذي سيعترف له بالحق منذ تاريخ التقييد المؤقت، الأمر الذي يشكل ضمانا قوية توفر لأصحاب الحقوق نوعا من الاطمئنان على مراكزهم القانونية، وتكرس بالتالي مبدأ استقرار المعاملات بين الأفراد داخل المجتمع.

كما تتمثل الأهمية القانونية لهذا الموضوع في الارتباط الوثيق بين دعوى إتمام إجراءات البيع وبين كتابة عقد البيع وكذا ظهور التحفيظ العقاري الذي ألزم أن يتم تقييد عقد البيع في الصك العقاري، حتى يتم نقل الملكية إلى المشتري¹.

¹ - راجع مقتضيات الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري.

وإذا كان المشرع المغربي لم يتناول موضوع هذه الدعوى وفق مقتضيات قانونية خاصة كما أسلفنا، فإنه تبرز الأهمية القضائية لهذا الموضوع، حيث يجد القضاء نفسه أمام مجموعة من الإشكالات وهو ملزم بإبداء رأيه فيها طبقا للقانون، فالتحدي الأول للقضاء بمناسبة هذه الدعوى يتمثل في غياب التنظيم القانوني المحكم الذي يسهل عليه البت فيها بشكل يحقق العدالة ويحصى الطرف الضعيف فيها.

د- معطى واقعي:

تشكل دعوى إتمام إجراءات البيع نسبة كبيرة من الدعاوى المعروضة على المحاكم، ولقد طرحت على القضاء المغربي العديد من الإشكالات والتي دفعته إلى اتخاذ مواقف واتجاهات متباينة في تأطير هذا النوع من الدعاوى، غير أن العمل القضائي كرس بعض الإجراءات الخاصة التي يتعين على المدعي القيام بها قبل رفع هذه الدعوى.

وبالنظر إلى ندرة المراجع وقلة الدراسات القانونية التي تناولت هذا الموضوع، مقارنة مع حجم الدعاوى التي تعرض يوميا على المحاكم والتي تهدف إلى إتمام إجراءات البيع، في الواقع يفرض علينا محاولة البحث في أهم المواضيع التي تطرح إشكالات على مستوى الواقع العملي.

ثانيا، تعريف دعوى إتمام إجراءات البيع وبيان خصائصها،

أ- تعريف دعوى إتمام إجراءات البيع:

كما سبقت الإشارة إلى ذلك، لم ينظم المشروع المغربي دعوى إتمام إجراءات البيع وفق مقتضيات قانونية خاصة، وقد عرفها أحد الفقهاء¹، بأنها: "الدعوى التي يرفعها المشتري في مواجهة البائع الممتنع عن تسجيل عقد البيع، وحتى لو كان معترفا بصدور البيع منه، فشواء كان البائع منكرا للبيع أو معترفا به، ومادام ممتنعا عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد، استطاع المشتري إجباره على ذلك بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه".

كما عرفها أحد الباحثين²، بأنها: "دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا في عقد بيع صحيح نافذ". وبذلك فدعوى إتمام إجراءات البيع يمكن تعريفها بأنها تلك الوسيلة القانونية التي تمكن أحد المتعاقدين من إلزام المتعاقد الآخر بإتمام إجراءات البيع، وبالتالي فإن هذه الدعوى ليست مخولة فقط للمشتري في حالة ما إذا امتنع البائع عن القيام بالالتزام الواجب عليه لنقل الملكية إلى المشتري ولكن يمكن للبائع كذلك من التقدم بهذه الدعوى في حالة امتناع المشتري عن تنفيذ نصيبه من الالتزام إذا قام بتنفيذ الالتزام الواجب عليه.

¹ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني- العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة الجزء الرابع، منشورات الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة 200، ص: 488.

² - الجيلالي عكبي: دعوى صحة التعاقد على البيع في الميدان العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون المدني، السنة الجامعية 2005-2006 الدار البيضاء، ص: 5.

ب- خصائص دعوى إتمام إجراءات البيع:

تعتبر هذه الدعوى من بين الدعاوى العقارية والتي تری إلى حماية الحقوق العينية العقارية¹، وتتمیز دعوى إتمام إجراءات البيع بعدة خصائص من بينها:

- دعوى شخصية عقارية:

نظرا لكونها تستند إلى حق شخصي ويطلب المدعي من خلالها تمكينه من حق عيني على عقار أو اكتساب هذا الحق.

- دعوى موضوعية:

لكونها تنصب على حقيقة البيع، إذا تتفحص المحكمة المعروض عليها النزاع أمر صحة العقد، وذلك بتبيان وجود البيع من انعدامه، وكذا صحته أو بطلانه لتصدر بعد ذلك حكمها الذي يبلور إرادة أطراف العقد.

- دعوى استحقاق مآلا:

لأن القصد منها هو تنفيذ التزامات البائع وخاصة منها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذا عينيا، والحصول على حكم يقوم تقييده بالرسم العقاري مقام تقييد العقد في نقل الملكية.

ثالثا، إشكالية الموضوع،

يمكن القول إن هذا الموضوع يطرح عدة إشكالات عملية وقانونية نظرا لصعوبة التوفيق بين النصوص القانونية المنظمة لميدان العقار وذلك لتنوعها وتشعبها من جهة ولاختلاف الآثار القانونية بين القوانين المسطرية العامة والخاصة.

¹ - ونجد من أبرز الدعاوى العقارية دعوى استحقاق عقار - دعوى تثبت أحد الحقوق العينية التبعية - دعوى قسمة العقارات بشكل نهائي - دعوى الحيازة التي ترمي إلى حماية وضع اليد.

والموضوع الذي بين أيدينا يثير إشكالية أساسية متمثلة في غياب تنظيم قانوني لدعوى إتمام إجراءات البيع، يراعي مجموعة من الخصوصيات التي تميز هذه الدعوى عن غيرها من الدعاوى، ويحدد نطاق تطبيق هذا القانون، مما يجعل الباحث ملزم بإيجاد حل لإشكال التنظيم القانوني لهذه الدعوى، ولن يتأتى ذلك إلا بالإجابة على العديد من الإشكالات الفرعية المرتبطة بالموضوع، والتي تمت الإشارة إلى بعضها أعلاه، وخصوصا ما يتعلق منها بالإجراءات التي يتعين على المدعي سلوكها من أجل إتمام إجراءات البيع والحصول على العقار موضوع التصرف، وذلك في إطار مسطرة تراعي مصلحة الأطراف وتوفر حماية للمراكز القانونية القائمة.

رابعاً، نطاق البحث:

إن تناول موضوع دعوى إتمام إجراءات البيع، يفرض علينا دراسة الفصول العامة المنظمة لدعوى إتمام إجراءات البيع في قانون المسطرة المدنية وقانون الالتزامات والعقود، هذا بالإضافة إلى النصوص القانونية التي تدخل في هذا الموضوع والمنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري والظهير المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، وكذا بعض النصوص الخاصة المنظمة لهذا الموضوع، كبيع العقار في طور الإنجاز والقانون الخاص بالملكية المشترطة للعقارات المبنية.

ولمعالجة الإشكالات المذكورة أعلاه، سنحاول استعراض الكيفية التي تعامل بها الفقه والقضاء مع الموضوع وفق منهج تحليلي، وذلك من خلال القواعد المستنتجة من الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى وقضاء الموضوع

بمحكمة التدريب سواء تعلق الأمر بمحكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية بمراكش، أو قضاء باقي محاكم المملكة عند الضرورة.

خامسا خطة البحث:

تهدف دعوى إتمام إجراءات البيع إلى إلزام المدعى عليه بتنفيذ موضوع الالتزام الذي يجمع بين الطرفين، وذلك باتخاذ الإجراءات التي تسمح للمشتري بنقل الملكية إليه وذلك حسب نوع الإجراء الذي ينقص إتمام البيع.

وتأسيسا على ما سبق، سنقسم هذا البحث تقسيما ثنائيا إلى فصلين:

- الفصل الأول: أحكام دعوى إتمام إجراءات البيع.

- الفصل الثاني: آثار الحكم في دعوى إتمام إجراءات البيع.

الفصل الأول:

أحكام وعوى إتمام

إجراءات البيع

تعتبر الدعوى - بصفة عامة - وسيلة قانونية قررها القانون للأشخاص يلجؤون إليها عندما يدعون مساس الغير بحقوقهم، وذلك أمام القضاء بصفته المكلف بالنظر في كل الدعاوى التي تعرض أمامه بسبب الخلافات التي تنشأ بين الأفراد، ودعوى إتمام إجراءات البيع وسيلة قانونية تمكن أحد المتعاقدين (البائع أو المشتري) من إجبار أو إلزام المتعاقد الآخر القيام بالالتزام الواجب عليه، فهذه الدعوى ليست مخولة فقط للمشتري في حالة ما إذا امتنع البائع عن القيام بالالتزام الواجب عليه لنقل الملكية إلى المشتري مع أنها الصورة الغالبة في دعاوى إتمام إجراءات البيع المرفوعة أمام المحكمة الابتدائية بمراكش - ولكن يمكن للبائع كذلك التقدم بهذه الدعوى في حالة امتناع المشتري عن تنفيذ نصيبه من الالتزام إذا أثبت أنه قام بتنفيذ الالتزام الواجب عليه، وبذلك يمكن لأي منهما أن يقدم طلبا إلى المحكمة المختصة من أجل إجبار الطرف الآخر على القيام بتنفيذ نصيبه من الالتزام.

وتجدر الإشارة إلى أن دعوى إتمام إجراءات البيع لم يتم تنظيمها من طرف المشرع المغربي بنص خاص، وبذلك فهي تخضع كباقي الدعاوى للإجراءات العامة التي تنظم سيرها والمنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية وفيما يخص موضوع هذه الدعوى، فهو يخضع لـ ق.ل.ع والذي ينظم التزامات الأطراف والآثار المترتبة عن إخلال أحدهم بالتزاماته، غير أن القضاء المغربي كرس مجموعة من الشروط الخاصة بهذه الدعوى يتعين على الأفراد احترامها وذلك تحت طائلة عدم قبولها.

كما أن دعوى إتمام إجراءات البيع لا تتخذ صورة واحدة، بل إنها تتنوع وتختلف تبعا للغاية المرجوة منها، وبذلك يتعين على المدعي عند رفعه هذه الدعوى تحديد الإجراء المطلوب الحكم على المدعي عليه القيام به لإتمام البيع

بينهما، وإلا اعتبر الطلب غير محدد وبالتالي تعرضه لعدم القبول، ويمكن للمدعى عليه المرفوعة ضده هذه الدعوى أثناء البث فيها إثارة دفوع كوسيلة للرد ودفع مزاعم المدعى، وبالتالي ستكون دراستنا لهذا الفصل على الشكل التالي:

- المبحث الأول: شروط رفع دعوى إتمام إجراءات البيع.
- المبحث الثاني: صدور دعوى إتمام إجراءات البيع والدفوع المثارة بشأنها.

المبحث الأول: شروط رفع دعوى إتمام إجراءات البيع:

تعتبر دعوى إتمام إجراءات البيع، من أهم الدعاوى التي ترفع نتيجة عدم تنفيذ المدعى عليه لالتزامه المقابل، فهذه الدعوى تعتبر وسيلة فعالة لجبر المدعى عليه على تنفيذ التزامه، فعقد البيع حتى ولو كان نهائيا لا يعتبر ساري المفعول مادام لم يأت وفق الشكل المحدد قانونا، حيث يتعين على البائع القيام بما هو ضروري من أجل نقل الملكية إلى المشتري مقابل أداء هذا الأخير لثمن المبيع. وإذا كانت دعوى إتمام إجراءات البيع تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في كل من قانون المسطرة المدنية وقانون الالتزامات والعقود، إلا أن هذا لا يمنع من ضرورة توفر بعض الشروط الخاصة بها، التي تعتبر ضرورية قبل رفع هذه الدعوى، كما يتعين على المدعي، وقبل رفع الدعوى، أن يقوم ببعض الإجراءات تحت طائلة عدم القبول، وهذا ما يجعلها تتميز ببعض الخصائص عن باقي الدعاوى.

وإلى جانب الشروط الشكلية، يجب أن تتوفر هذه الدعوى على شروط موضوعية، منها ما يتعلق بالأطراف من أهلية ورضا ومنها ما يتعلق بالعقد. وإذا كان المبدأ السائد بشأن انعقاد البيع هو الرضائية، إذ يعتبر العقد قائما بمجرد تراضي عاقيه واتفاقهما على الشيء المبيع والثمن، وشروط العقد الأخرى، فإن أهمية بعض التصرفات وحساسية الحقوق المترتبة عنها، جعلت المشرع يورد استثناء على هذا المبدأ، ويلزم الكتابة كشرط انعقاد وصحة متى كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية، كما أن هذه الكتابة يمكن أن تأتي في صور مختلفة كالوعد بالمبيع والوصل والبيع الابتدائي والوعد بالتفضيل.

وبالتالي فإنه عند قيام أحد المتعاقدين برفع دعوى إتمام إجراءات البيع، لا بد من احترامه لمجموعة من الشروط منها ما هو شكلي ومنها ما هو موضوعي.

وسنخصص هذا المبحث لدراسة الشروط الشكلية (المطلب الأول)، ثم نخصص المطلب الثاني لدراسة الشروط الموضوعية.

المطلب الأول: الشروط الشكلية

لاشك أن دعوى إتمام إجراءات البيع تلعب دورا كبيرا في حالة ما إذا امتنع أحد المتعاقدين عن القيام بالالتزام الواجب عليه، إذ يتعين على المتعاقد الآخر أن يقدم طلبا بذلك إلى المحكمة المختصة من أجل إجبار الطرف الآخر على القيام بتنفيذ نصيبه من الالتزام.

وتعتبر هذه الدعوى وسيلة تمكن أحد المتعاقدين من إلزام المتعاقد الآخر على القيام بالالتزام الواجب عليه، غير أنه يتطلب رفع دعوى إتمام إجراءات البيع توافر مجموعة من الشروط الشكلية كباقي الدعاوى التي تخضع للمبادئ العامة لإجراءات التقاضي، حيث يشترط فيها ما يشترط في الدعوى بصفة عامة كالصفة والأهلية والمصلحة واحترام البيانات المنصوص عليها قانوناً.

وبالإضافة إلى هذه الشروط الشكلية العامة، فإنه يتعين توافر مجموعة من الشروط الشكلية الخاصة بهذه الدعوى، والتي ساهم القضاء المغربي كما سبقت الإشارة إلى ذلك في تكريسها وذلك تحت طائلة عدم قبولها.

ولدراسة هذا المطلب فسنقسمه إلى فقرتين، إذ سنخصص الفقرة الأولى لشكليات الطلب بصفة عامة، ثم نخصص الفقرة الثانية للوفاء بالالتزام المقابل كشرط لقبول الدعوى، وذلك من خلال نماذج أحكام صادرة عن المحكمة الابتدائية بمراكش، وكذا بعض قرارات المجلس الأعلى الصادرة في الموضوع.

الفقرة الأولى: شكليات الطلب

يشترط في دعوى إتمام إجراءات البيع ما يشترط في الدعوى بصفة عامة من صفة وأهلية ومصلحة، ويشير القاضي تلقائياً انعدام هذه الشروط، حيث ينص

الفصل 1 من ق.م.م بأنه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية، والمصلحة لإثبات حقوقه، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضروريا وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة، وإلا صرح القاضي بعدم قبول الدعوى".

فالصفة هي السند الذي يمكن المدعي أن يطلب من المحكمة البث في جوهر النزاع... فهي تكون حلقة الوصل بين الدعوى من جهة وجوهر النزاع من جهة أخرى، وتدخل الصفة للشخص القانوني الصلاحية في التقاضي أمام المحاكم، ولمعرفة ما إذا كان يتمتع بهذه الصفة، يتعين البحث عما إذا كان القانون قد خوله حق إثارة المصلحة الشرعية موضوع النزاع، وقد تكون هذه الصفة شخصية كما يمكن أن تستمد شرعيتها في بعض الحالات من وضعية مشروعة (ولي القاصر أو المحجور)، أو قانونية (الوكيل)، ومن الواضح كذلك، أن شخصا ما قد تكون له الصفة للقيام بعدة تصرفات، إذ يتعين عليه في كل حالة أن يبين الصفة التي يتمتع بها، كما يحق للمحكمة أن تطلب منه ذلك¹.

كما يجب على الشخص الذي يرغب في الترافع أمام القضاء أن تكون له الأهلية للقيام بذلك، أي أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لممارسة التصرفات والحقوق والتحمل بالالتزامات على وجه يعتد به قانونا، وتتدرج أهلية الأداء بتدرج الإدراك أو التمييز، وتدور معه وجودا وعدما ونقصانا، فكلما كان الإدراك أو التمييز كاملا، كانت الأهلية كاملة، ومتى كان ناقصا، كانت ناقصة، وكلما كان مفقودا أو منعدما، كانت الأهلية منعدمة أو مفقودة.

¹ - أدولف ريولط: قانون المسطرة المدنية في شروح تعريب وتحيين إدريس ملين، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 1996، ص: 5.

وبالرجوع إلى المادة 209 من مدونة الأسرة¹، يتبين أن سن الرشد هو 18 سنة شمسية كاملة، فمن بلغ هذه السن كان له أن يباشر كل التصرفات بدون قيد أو شرط، ما لم يكن محجورا عليه لسفه أو جنون، ويدخل التقاضي ضمن التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، إذ يحتمل ربح أو خسارة المتقاضي، ومن ثم كان لزاما أن يتوافر كل من أراد التداعي أمام القضاء على الأهلية الكاملة، أما إذا كان قاصرا سواء لنقصان في الأهلية كالصغير المميز والسفيه، أو لفقدانها شأن الصغير غير المميز والمجنون، فلا بد من رفع الدعوى من طرف نائبه القانوني أو الشرعي.

كما يعتبر شرط المصلحة أهم ما تقوم عليه الدعوى، إذ لا دعوى حيث لا مصلحة²، ويجب أن تكون المصلحة إيجابية ومادية كما يجب أن تكون مشروعة وقائمة وحالة إلا أنها قد تكتسي طابعا معنويا يخضع تقديره للمحكمة، كما يجب أن تكون مباشرة، وإذا تعلق الأمر بمصلحة غير مباشرة سيما في حالة التدخل الجبري، فإنه يجب على الأقل أن ترتبط بالدعوى الأصلية، وسواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية، فإنه يتعين أن تكون مشروعة مما يجعلها ترتبط بمفهوم الصفة بالنسبة لمن يكون طرفا في الدعوى التي يجب أن تكون مطابقة للقانون³.

¹ - تنص المادة 209 من مدونة الأسرة على أن "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة".

² - عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الخامسة، أبريل 2009، ص: 162-163-166.

³ - أدولف ريولط: م.س، ص: 5.

* وإذا كانت شروط الدعوى والمتعلقة بالمدعي والمدعى عليه قد تمت مناقشتها في المراجع العامة المتعلقة بشرح قانون المسطرة المدنية، فإننا لن نكرر دراستها هنا، ونحيل فيها على المراجع العامة.

وفي هذا الصدد جاء في حكم:

"وحيث إن المدعية لم تدل بما يثبت أنها تعاقدت مع المدعى عليه على أن يسلمها السيارة المشار إليها بالمقال، وينقل ملكيتها إليها رغم إغذار محاميها للإدلاء بنسخة من الاتفاق المزعوم فتبقى صفتها منعدمة ودعواها مجردة وحرية القبول لجهة الشكل"¹.

وجاء في حكم آخر: "حيث إن عقد الوعد بالبيع المطلوب إتمام إجراءاته غير موقع من قبل المدعي، وأن الإشهاد المستدل به لا يتضمن جميع أركان عقد البيع، بحيث لم يشر إلى الثمن، مما تكون معه صفة المدعي في الدعوى غير ثابتة، الشيء الذي يجعلها مخالفة لمقتضيات الفصل 401 ق.م.م."².

ولا تشترط الصفة فقط في المدعي، بل أيضا في المدعى عليه، حيث جاء في حكم صادر عن نفس المحكمة: "حيث إن المدعين لم يدلوا بما يثبت أن المدعى عليهم المذكورين والمحددin في المقال هم فعلا ورثة البائع لموروثهم، مما تكون معه صفتهم كخلف عام للبائع غير ثابتة في الدعوى"³.

كما جاء في حكم آخر بخصوص الأهلية ما يلي:

¹ - حكم رقم 1312، صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2006/04/04 في الملف المدني عدد 2005/01/1882 غير منشور.

² - حكم رقم 879، صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2006/10/09 في الملف المدني عدد 2006/09/303 غير منشور.

³ - حكم رقم 879، صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2007/02/05 في الملف المدني عدد 2006/09/339 غير منشور.

"حيث إنه على الرغم من إنذار نائب المدعي بإصلاح المسطرة على ضوء الإراءة المستدل بها من قبل نائب المدعي عليها، فإن الدعوى بقيت معيبة شكلا لكونها وجهت ضد السيد..... بصفة شخصية رغم كونه قاصرا"¹.

وإلى جانب ضرورة توفر الصفة والأهلية والمصلحة في طرفي الدعوى، والتي يثيرها القاضي تلقائيا تحت طائلة عدم قبول الدعوى، يجب سلوك عدة مساطر وإجراءات حددها القانون، واحترام مجموعة من البيانات التي يتعين الالتزام بها في الطلب الرامي إلى رفع دعوى إتمام إجراءات البيع أمام القضاء، وهي المنصوص عليها في الفصلين 31 و 32 من ق.م، وكذا المادة 32 من القانون الجديد المنظم لمهنة المحاماة، بحيث يجب رفع الدعوى بواسطة مقال مكتوب موقع عليه²، وأن يتضمن المقال الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه³، وأن يتم تقديمه بواسطة محام الذي وحده مؤهل في نطاق تمثيل الأطراف، ومؤازرتهم لتقديم المقالات والمستنتجات والمذكرات الدفاعية في جميع القضايا باستثناء تلك المنصوص عليها في المادة 32 من قانون المحاماة⁴.

¹ - حكم رقم 30، صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2009/01/12 في الملف المدني عدد 2007/09/183 غير منشور.

² - ينص الفصل 31 من ق.م. على أنه: "ترفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية بمقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح يدلي به المدعي شخصا ويحرر به أحد أعوان كتابة الضبط المحلفين محضرا يوقع من طرف المدعي أو يشار في المحضر إلى أنه لا يمكن له التوقيع....".

³ - ينص الفصل 32 من ق.م.م: "يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه والمدعي....".

⁴ - المادة 32 من القانون الجديد المنظم لمهنة المحاماة (قانون رقم 08.28) الصادر بتنفيذه ظهير شريف بتاريخ 2008/10/20 والتي تنص على:

"المحامون المسجلون بجدول هيئات المحامين بالمملكة، هم وحدهم المؤهلون في نطاق تمثيل الأطراف، ومؤازرتهم لتقديم المقالات والمستنتجات والمذكرات الدفاعية في جميع القضايا باستثناء قضايا التصريحات

وهو ما قضى به أحد الأحكام والذي جاء فيه: "حيث إن الدعوى قدمت بصفة شخصية مخالفة لمقتضيات الفصل 31 من قانون المحاماة¹ الذي يستوجب تقديم الدعوى بواسطة محام"². وجاء في حكم آخر: "حيث إن المدعية لم تدل بالعنوان الصحيح للمدعى عليها التي رجعت شواهد التسليم المتعلقة بملاحظتي عنوان غير مضبوط، وكذلك غير معروفة بالعنوان، وذلك رغم إنذار نائبها بالإدلاء بالعنوان الصحيح للمدعى عليها، مما يكون معه المقال مخالفا لمقتضيات الفصل 32 من ق.م.م"³.

وإلى جانب هذه الشروط الشكلية العامة والتي تستلزمها الدعاوى بصفة عامة، هناك شروط شكلية خاصة برفع دعوى إتمام إجراءات البيع، وهو ما سنتناوله في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: الوفاء بالالتزام المقابل كشرط الدعوى:

استلزم القضاء عند رفع دعوى إتمام إجراءات البيع الوفاء بالالتزام المقابل كشرط لقبولها، وهو من الشروط الخاصة التي كرسها العمل القضائي المغربي، إذ لا يجوز للبائع أو المشتري مباشرة دعوى إتمام إجراءات البيع إلا إذا أثبت أنه قام بتنفيذ الالتزام الواجب عليه، أو عرض تنفيذه، تأسيسا على مقتضيات الفصل 234 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه: "لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن

=المتعلقة بالحالة المدنية، وقضايا النفقة أمام المحكمة الابتدائية والاستئنافية، والقضايا التي تختص المحاكم الابتدائية بالنظر فيها ابتدائيا وانتهايا وكذا المؤازرة في قضايا الجرح والمخالفات...".

¹ - أصبح موقع هذا الفصل هو المادة 32 من قانون المحاماة الجديد المشار إليه أعلاه.

² - حكم رقم 1175 عن المحكمة الابتدائية بمراكش صدر بتاريخ 2008/10/06 في الملف عدد 2008/09/889، غ.م.

³ - حكم رقم 462 صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2007/04/16 في الملف عدد 2006/09/495، غ.م.

الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزماً به من جانبه حسب الاتفاق أو القانون أو العرف".

وهكذا فحتى إن رفعت الدعوى من المشتري فإنه يلزمه القيام بسلوك مسطرة العرض العيني، وذلك بعرض مبلغ المبيع وإيداعه بصندوق المحكمة وفق الإجراءات المنصوص عليها في الفصول من 171 إلى 178 من ق.م.م تحت طائلة عدم قبول الدعوى.

وجاء في قرار المجلس الأعلى: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه قضى بإتمام إجراءات البيع مع المدعية استناداً إلى أن المستأنف عليها أرفقت مقالها بعرض ثمن صادر عن المستأنف بتاريخ 1995/06/28 صرح فيه أنه يريد بيع القطعة الأرضية بمبلغ 250 درهماً للمتر المربع ويعرض عليها الإدلاء به عند الاقتضاء، دون أن تتأكد المحكمة مصدرته من أداء المدعية من جانبها ثمن المبيع أو إيداعه رهن إشارة البائع، إذ أنه بمقتضى الفصل 234 ق.ل.ع لا يجوز أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزماً به من جانبه حسب الاتفاق أو العرف، الأمر الذي يكون معه القرار خارقاً للفصل المستدل به، ما عرضه للنقض والإبطال"¹.

- وقد جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى أنه: "وحيث أن من جملة ما يعيبه طالبا النقض على القرار المطعون فيه ما ورد في الوسيلة الرابعة من ملاحظة كون المحكمة قبلت دعوى خصمهما الذي لم يف بعد بالترامه المقابل.

وحيث أنه حقا لقد أثار الطاعن لدى كل من محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الدرجة الثانية الدفع بقاعدة عدم إمكانية إجبارهما قانوناً على تنفيذ التزامهما قبل

¹ - قرار عدد 1340 صادر بتاريخ 2007/04/18 في الملف المدني عدد 2004/1/1/3025، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 36.

قيام خصمهما بتنفيذ التزامه المقابل أو عرضه أداء ما التزم به تلك القاعدة التي يتضمنها الفصلان 234 - 235 من قانون الالتزامات والعقود في حين اكتفت المحكمة الابتدائية التي أيدتها في ذلك محكمة الاستئناف للرد على ذلك الدفع بأن الخصم مستعد لدفع باقي الثمن مما تكون معه. قد حادت عن القاعدة والحكم والقانون المذكورين وبالتالي يكون القرار المطعون فيه معرضا للنقض¹.

كما جاء في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بمراكش ما يلي: "وحيث إنه وبمقتضى الفصل 234 من ق.ل.ع، فإنه لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام، إلا إذا ثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به حسب الاتفاق أو القانون أو العرف.

وحيث إنه - ومادام المدعي لم يدل بما يفيد أدائه أو عرضه للمبلغ المتبقي من الثمن المحدد لبيع البقعة الأرضية، فإن طلبه الرامي إلى إتمام إجراءات البيع، يكون غير ذي أساس لعلّة عدم تنفيذ ما كان ملتزما به، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطلب².

وإذا ما قام المشتري بسلوك هذه المسطرة فإن المحكمة تستجيب لطلبه بإتمام إجراءات البيع، وهذا ما جاء في حكم آخر: "وحيث ثبت من خلال باقي الوثائق المستدل بها من طرف المدعي والمشار إليها رفقة المقال الافتتاحي أن هذا الأخير قد نفذ الالتزام الواقع عليه والمتمثل في أداء باقي الثمن عن طريق مسطرة العرض العيني والإيداع بصندوق المحكمة لفائدة المدعى عليه، والذي أصبح

¹ - قرار عدد 323 صادر بتاريخ 16/02/1983 في الملف المدني عدد 84592، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية، الجزء الأول، ص: 55.

² - حكم رقم 1108 صادر بتاريخ 12/10/2009 في الملف المدني عدد 2009/09/516، غير منشور.

ملزما بتنفيذ التزامه المقابل والمتمثل في إبرام عقد بيع نهائي مع المدعي، مما يجعل طلب المدعي مرتكزا على أساس ويتعين الاستجابة إليه¹.

وكما سبقت الإشارة إلى ذلك، فيمكن للبائع كذلك مباشرة دعوى إتمام إجراءات البيع إذا قام بكافة الالتزامات المفروضة عليه، وامتنع المشتري من أداء الثمن، فإن للبائع أن يجبره على تنفيذ التزامه المقابل المتمثل في أداء الثمن.

حيث يعتبر الالتزام بأداء الثمن من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المشتري، إذ يتوجب عليه أداء هذا الثمن في التاريخ والمكان المحددين في عقد البيع، وعند سكوت العقد فإن البيع يعتبر أنه قد أبرم معجل الثمن ويلتزم المشتري بدفع للبائع في الوقت الذي يحصل فيه التسليم.

وإذا ما أثبت البائع الالتزام المترتبة على المشتري بمقتضى عقد البيع، وجب على هذا الأخير بدوره أن يثبت الوفاء بالثمن، وإلا كان من حق البائع أن يطالبه بالوفاء، طبقا للمبادئ العامة، ومن ثم كان للبائع والحالة هذه أن يتمسك بالتنفيذ العيني للالتزام، عملا بمقتضيات الفصل 235 من ق.ل.ع²، أما إذا تعذر الوصول إلى هذه الغاية فإن المحكمة ستقضي بفسخ البيع مع التعويض إن كان له محل³.

- وجاء في قرار للمجلس الأعلى: "وحيث إنه حقا لقد أثار الطاعن لدى كل من محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الدرجة الثانية الدفع بقاعدة عدم إمكانية

¹ - حكم رقم 95 صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2009/01/26 في الملف المدني عدد 1054/09/2008، غ.م.

² - محمد المحجوبي: الوجيز في العقود المسماة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي - الكتاب الأول - عقد البيع وعقد المعاوضة، الطبعة الأولى، دجنبر 2002، ص: 112-113.

³ - عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة - الكتاب الأول - عقد البيع، مطبعة الكرامة، الرباط، الطبعة الثانية 2010، ص: 234-241-242.

إجبارهما قانونا على تنفيذ التزامهما المقابل قبل قيام خصمهما بتنفيذ التزامه المقابل أو عرضه أدائه ما التزم به تلك القاعدة التي يتضمنها الفصلان 234-235 من ق.ل.ع في حين اكتفت المحكمة الابتدائية التي أبدتها في ذلك محكمة الاستئناف للرد على ذلك الدفع بأن الخصم مستعد لدفع باقي الثمن، مما تكون معه قد حادت عن القاعدة وحكم القانون المذكورين¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين على المحكمة التي تبث في النزاع مراعاة مقتضيات ف 235 من ق.ل.ع²، حيث يحق لكل متعاقد أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما حسب الاتفاق أو العرف بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولا، فالمشتري لا يكون دائما ملتزما بعرض باقي الثمن في دعوى إتمام إجراءات البيع، إذ قد يكون البائع هو الملزم بنقل الملكية أو القيام بما هو ضروري لنقل الملكية للمشتري أو لا، وذلك حسب الاتفاق أو العرف، تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في الفصل 230 من ق.ل.ع³، وهو ما جاء في أحد الأحكام من أن: "وحيث إنه بالرجوع إلى حيثيات القرار يتضح أن المدعي الواعد بالبيع قد تحمل بعدة التزامات من بينها ضمان حصول المدعى عليهما على قرض... من أجل استكمال بقية الثمن باعتباره - أي المدعي - معتمدا من طرف البنك المذكور، وأن المدعي

¹ - قرار رقم 323 صدر بتاريخ 1983/02/06 في الملف المدني عدد 84592، ذكره ذ. عبد الفتاح بنوار في كتابه قانون الالتزامات والعقود، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1996، ص: 123.

² - ينص ف 235 من ق.ل.ع على "في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما حسب الاتفاق أو العرف بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أو لا".

³ - ينص ف 230 من ق.ل.ع على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

عليهما استدلا بعقد قرض تنفيذًا للالتزامهما، إلا أن المدعي رفض الإضاء على هذا العقد رغم أن منح القرض يتوقف على ذلك، وحيث بذلك اتضح للمحكمة مصدره القرار أن المدعي مطالب بتنفيذ نصيبه من الالتزام وإتمام إجراءات البيع مقابل استخلاص باقي الثمن المتفق عليه... إذ يتعين على المدعي اتخاذ التدابير اللازمة لإنجاز عقد البيع النهائي وهو ما لم يثبت قيامه به... فلا يحق له بالتالي مطالبتهما بتنفيذ التزامهما المقابل المتمثل في أداء باقي الثمن وذلك استناداً إلى مقتضيات الفصل 234 من ق.ل.ع... ما لم يثبت المدعي أنه نفذ نصيبه من الالتزام أولاً قبل أن ينفذ المدعي عليهما التزامهما المقابل بأداء باقي الثمن...¹.

وإذا كان الملزم بتنفيذ الالتزام أولاً هو المشتري، فإنه لا يجوز له رفع دعوى إتمام إجراءات البيع إلا إذا أدى أو عرض أن يؤدي ما بذمته وإذا كان العرض بواسطة المحكمة لا يثير إشكالا حقيقياً، فإن العرض عن طريق الموثق يطرح إشكالا، فهل تعد المحكمة بالشهادة التي يسلمها الموثق للمشتري والتي تثبت أنه وضع المبلغ لديه وتقوم مقام العرض الذي يكون بسندوق الأمانات بالمحكمة؟

بالرجوع إلى الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الابتدائية بمراكش والتي تسنى لنا الاطلاع على بعضها، نجدها تعدد بالعرض الذي يكون أمام أو بين يدي الموثق، ومنها على سبيل المثال الحكم التالي: "أنه يرجوع المحكمة لوثيقة الوعد بالبيع، وفي إطار تقييمها للحجج المعروضة عليها وإعمالها متى ثبت موجب لذلك، اتضح أن كلا الطرفين اتفقا على أنه لا يجوز للحائزة مدعية نازلة الحال أن تفرض تحقيق عقد البيع النهائي إلا بعد دفع باقي الثمن بديوان

¹ - حكم رقم 1396 صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2007/11/15 في الملف عدد 2007/09/504.

الموثق...، وحيث ما يؤكد هذا الطرح أي اتفاق الطرفين على مكان وزمان الأداء في البند المتعلق بالثمن وطريقة التسديد هو أنه كذلك تم الإحالة عليه بطريقة مباشرة في البند المتعلق بالشرط...، وحيث إن مقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع تنص على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، وحيث إن مقتضيات الفصل 231 من ق.ل.ع تنص على أن كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وحيث إن مقتضيات الفصل 461 من ق.ل.ع تنص على أنه إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها، وحيث إعمالاً لما ذكر، يتضح أن كلا الطرفين اتفق على مكان وزمان أداء باقي الثمن بمقتضى عقد الوعد بالبيع الرابط بينهما، فالأداء يجب أن يكون بديوان الموثق...¹.

وهذا يعني أن العرض العيني الذي يتم بين يدي الموثق محرر العقد الابتدائي إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك في عقد الوعد بالبيع هو عرض قانوني يعتد به، طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتأخذ المحكمة المعروض عليها النزاع بعين الاعتبار، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن مجرد الحضور عند الموثق لا يعتبر بمثابة عرض عيني، بل يتعين أن يكون هذا العرض قد وقع فعلاً حتى يمكن أخذه بعين الاعتبار، وهو ما سار عليه العمل القضائي لدى محكمة الاستئناف بالرباط في تقدير الشهادة الصادرة عن الموثق التي يشهد من خلالها بحضور المشتري لديه وتردده عليه لإتمام إجراءات البيع غير كاف لإثبات واقعة الوفاء بالالتزام أو عرض الوفاء، ولا يغني عن القيام بالإجراءات المنصوص

¹ - حكم رقم 78 صادر بتاريخ 2008/01/22 في الملف المدني عدد 2008/09/546.

عليها في ف 234 من ق.ل.ع¹، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط أن: "وحيث لا دليل بالملف على سلوك المستأنف عليه بصفته مشتريا لمسطرة العرض العيني والإيداع لقيمة المبيع المتفق عليه بعقد البيع، وأن مجرد الحضور والتردد على الموثقة لا يغني عن القيام بالإجراءات المذكورة قبل مباشرة دعوى إتمام إجراءات البيع"².

ومن بين الإشكالات التي تطرح كذلك إشكالية الوفاء بالشيك، هل تدل على براءة ذمة المشتري من باقي الثمن، ويغني عن مسطرة العرض العيني؟ اتجاء المحكمة الابتدائية بمراكش لا يعتد بالوفاء بالشيك، حيث جاء في حكم أن: "المدعية لم تدل فعلا بما يفيد براءة ذمتها من باقي الثمن لفائدة المدعى عليها، وأن صور الشيكات المستدل بها لا تنهض دليلا على براءة ذمتها لعدم الإدلاء بما يفيد تسليمها أو سحب قيمتها من طرف المدعى عليها... ويجعل طلب المدعية قدم سابقا لأوانه، ويتعين التصريح بعدم قبول الدعوى"³.

¹ - قرار عدد 63 بتاريخ 2007/02/22 في الملف رقم 467/2006/22 ذكره جيلالي بوحبص في مداخلته في الندوة المنظمة بكلية الحقوق مولاي إسماعيل مكناس يومي 11 و 12 ماي 2007 في موضوع: دعوى إتمام إجراءات البيع بين النصوص العامة والخاصة.

² - قرار عدد 133 مؤرخ في 2006/11/12، في ملف رقم 13/06/12، أورده جيلالي بوحبص، م.س، ص: 166.

³ - حكم رقم 614 صدر بتاريخ 2007/05/21 في الملف المدني عدد 2006/09/591.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية:

بعد أن تطرقنا إلى الشروط الشكلية لدعوى إتمام إجراءات البيع، سنحاول في هذا المطلب تناول الشروط الموضوعية، والتي تستلزم لرفع هذه الدعوى توافر مجموعة من الشروط، منها ما يلزم توافرها في أطراف العلاقة التعاقدية، ومنها ما يلزم توافرها في العقد.

ولدراسة هذا المطلب، فسنقسمه إلى فقرتين، إذ سنخصص الفقرة الأولى للشروط المتعلقة بالأطراف، ثم نخصص الفقرة الثانية للشروط المتعلقة بالعقد.

الفقرة الأولى: الشروط المتعلقة بالأطراف:

لما كان الهدف من الوعد بالبيع أو البيع الابتدائي هو إبرام عقد البيع النهائي، فإن المحكمة المرفوع إليها طلب إتمام إجراءات البيع تقوم بمراقبة توفر العقد على الأركان المتطلبة لإنشائه مثل أي تصرف تعاقدي آخر، وخاصة تلك التي ترجع لطرفيه من أهلية ورضى، فالواعد يتعين أن يكون أهلا للالتزام وغير مكره على التعاقد، حيث إن الوعد بالبيع يتعين أن يكون خاليا من عيوب الرضى المنصوص عليها في ق.ل.ع وهو ما سنتعرض له من خلال نقطتين: الأولى تتعلق بالأهلية، والثانية بالرضى.

أولا، الأهلية

تعتبر الأهلية من أهم الشروط الواجب توافرها في المتعاقدين حتى يمكن لاتفاقاتهما أن تنتج أثرا قانونيا، ويعتبر بيع العقار من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للبائع والمشتري، شأنه في ذلك شأن جميع العقود الملزمة للجانبين، لذلك اشترط المشرع أن يكون لكل من البائع والمشتري كامل الأهلية أي

أهلية الأداء¹، وهي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية على الوجه السليم لنفسه، وهذا النوع من الأهلية هو الذي يتصل بصحة العقد فعندما يكون المتعاقد كامل أهلية الأداء، فإن العقد يقوم صحيحا، أما إذا كان الإنسان ناقص الأهلية، فإن العقد يكون قابلا للإبطال، وإذا انعدمت عد العقد باطلا².

ثانيا. الرضى

الرضا هو الركن الجوهري في كل عقد من العقود وخاصة عقد البيع، حيث يجب أن تتجه إرادة الطرفين إلى أن العقد الذي يريدان إبرامه هو عقد بيع عقار، أي أن ملكية ذلك العقار سوف تنتقل من البائع إلى المشتري في مقابل ثمن يلتزم المشتري بتأديته إليه وفقا لمقتضيات الفصلين 488³ و 491⁴ من ق.ل.ع، وهو ما سارت عليه الأحكام القضائية، نذكر من بينها حكما جاء فيه: "وحيث إن عقد البيع متى كان تاما بتراضي عاقيه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما في المبيع والثمن وباقي شروط العقد الأخرى، فإنه ينتج أثره في مواجهة الطرفين ويصبح كل واحد منهما ملتزما في مواجهة الآخر بمجموعة من الالتزامات تولى معالجتها ق.ل.ع في الفصول 488 وما يليه، ومن أهمها التزام البائع بنقل ملكية

¹ - مولاي عبد العزيز بوفارس العلوي: إتمام بيع العقار المحفظ في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، نوقشت بكلية الحقوق بمراكش، السنة الجامعية 1999-2000.

² - المختار عطار: قانون الالتزامات والعقود - مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1999.

³ - ينص ف 488 من ق.ل.ع على: "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى".

⁴ - ينص ف 491 من ق.ل.ع على: "يكسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه".

الشيء المبيع لفائدة المشتري وضمان حوزة والتصرف فيه بدون منازع ولا معارض¹.

"فالأصل في عقد البيع تراضي عاقيه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، أي اقتراب الإيجاب والقبول، لأن العقد الرضائي هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين واتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى²، فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى: "لا ينعقد البيع إلا بتراضي الطرفين على محل العقد وتحديد تحديد يبعد كل التباس في معرفة الشيء المبيع"³، وحتى ينتج الرضا أثره يجب أن تكون إرادة الطرفين حرة غير مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه، فإذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب⁴، طبقاً لما نص عليه من ف 39 من ق.ل.ع⁵، وتجدر الإشارة إلى أن رضائية عقد البيع لا تحول دون أن يشترط في إثباتها شكل مخصوص⁶، ولكن هل يكفي مجرد تراضي الطرفين؟ لقد سبق أن تطرقنا إلى هذا التساؤل عند مناقشة الوعد بالبيع، وقلنا على أن الرضا غير كاف وإنما يجب أن يفرغ في الشكل المنصوص عليه في ف 39 من ق.ل.ع، لأنه ركن من أركان انعقاد البيع، وإذا تخلف يعتبر هذا العقد باطلاً، وهو ما حسم فيه المجلس

¹ - حكم رقم 1120 بتاريخ 2009/10/12 في الملف عدد: 2009/09/294.

² - إبراهيم فكري: مداخل في موضوع تمام بيع العقار وما يترتب عليه من حقوق وأشياء في ق.ل.ع والتوثيق العصري والتوثيق العدلي والعقود العرفية في نظر قضاء الأصل والاجتهاد القضائي وآراء الفقه الحديث - ندوة توثيق التصرفات العقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005.

³ - قرار رقم 658 صادر بتاريخ 1982/11/3 في الملف المدني عدد 90812، ذكره إبراهيم فكري في مداخلته المذكورة أعلاه.

⁴ - ينص ف 39 من ق.ل.ع على: "يكون قابلاً للإبطال الرضا الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس، أو المنتزع بإكراه".

⁵ - مولاي عبد العزيز بوفارس العلوي: م.س، ص: 25.

⁶ - إبراهيم فكري: م.س، ص: 190.

الأعلى في قراره الصادر بغرفتين، والذي جاء فيه: "لكن حيث إنه إذا كان المبيع عقارا وجب طبقا للفصل 489 من ق.ل.ع أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكفي مجرد تراضي عاقديه على فرض ثبوته لينعقد البيع بل لابد من الكتابة التي تعتبر بمقتضى الفصل المذكور شكلية لازمة لانعقاد التصرف، فإذا اختلفت فإن البيع لا يقوم"¹.

الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بالعقد:

بعد مراقبة المحكمة للشروط الشكلية المتطلبة في دعوى إتمام إجراءات البيع، والتي تثيرها من تلقاء نفسها تحت طائلة عدم قبول الدعوى، ننقل إلى البحث في مضمون العقد موضوع دعوى إتمام البيع، إذ يجب لقيام العقد العقاري من توفر الأركان العامة للعقد من رضا وأهلية ومحل وسبب، إضافة إلى ركن رابع يتمثل في الشكلية أي الكتابة وذلك وفق الشكل المنصوص عليه في الفصل 489 من ق.ل.ع والذي أوجب إجراء بيع العقار في شكل محرر كتابي الذي قد يأتي في صورة وعد بالبيع أو بيع ابتدائي أو وعد بالتفضيل، والتي تعتبر من صور الوعد بالتعاقد ينشأ بإرادتين ولا تلتزم فيه سوى إرادة واحدة، والإرادة الثانية تبقى بالخيار بين طلب إتمام البيع أو العدول عنه، كما تبحث المحكمة في كل صورة من هذه الصور في مدى توافر أركان عقد البيع، إذ يلزمها أن تبحث عن الرضا والمبيع والتمن في العقد المعروض عليها.

وهذا ما سنقوم بمناقشته، بعد التعرض لشرط الكتابة المتطلبة في البيوع العقارية والإشكالات المتعلقة بها (أولا)، ثم سنعالج بعد ذلك أحكام مرتبطة ببعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة للوعد بالبيع (ثانيا)، وما يتعلق بالوصل (ثالثا)، وكذا البيع الابتدائي (رابعا)، وأخيرا حق الأفضلية أو الوعد بالتفضيل (خامسا).

¹ - قرار عدد 2744 صادر بتاريخ 2008/07/16 في الملف المدني عدد 2006/5/4512 غير منشور.

أولاً، شرط الكتابة في البيوع العقارية

يعتبر البيع من أبرز العقود المدنية التي تنصب على الملكية مباشرة فتتقلها من البائع إلى المشتري، وهو عقد رضائي يكفي لانعقاد توافق الإيجاب والقبول بين كل من البائع والمشتري، ولقد كان البيع في الفقه الإسلامي يكفي أن يستجمع أركانه وشروط صحته حتى يرتب كافة آثاره لقول الشيخ خليل "ينعقد البيع بالمرضاة وإن بمعطاة".

غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتمدوا على القول بالكتابة من خلال القرآن والسنة ولكنهم اختلفوا في مدى وجوبه اعتماداً على الأساس الذي بني عليه التوثيق الإسلامي وهو الآية الكريمة من سورة البقرة: (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه، وليكتب بينكم كاتب بالعدل، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله، فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه، ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يملل فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل واحد وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله، ذلكم أقسط عند الله...) ¹.

هاته الآية من القرآن هي أصل ومصدر الكتابة في الإسلام ودستورها، وفي معرض تفسيرها اختلف الفقهاء، حيث قال بعض المفسرين إنها نزلت في بيع السلم فقط، بينما رأى البعض الآخر أنها تطبق على كل أنواع البيوع، لأن الدين كلمة تعني الالتزامات التي يتعهد بها أطراف العقد وتكون في جميع العقود، لأن

¹ - الآية 281 من سورة البقرة.

الله سبحانه وتعالى أورد تحريم الربا في الآيات التي سبقت آية الدين، وأراد أن يبين للمسلمين الطريقة المثلى لتجنب نكران حقوقهم أو الزيادة فيها أو النقص منها، ألا وهي التوثيق بالكتابة والإشهاد.

فالآية أعلاه تحث المؤمنين على كتابة معاملاتهم (فاكتبوه) وتضع مسؤولية هذه الكتابة على عاتق كل من هو ملم بقواعدها شرط أن يكون عدلا (وليكتب بينكم كاتب بالعدل) ونهاه عن رفض القيام بهذه المسؤولية (ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله)، ولم تستثن الآية من الكتابة حتى السفیه والضعيف ومن لا يستطيع الإملاء، وأمر سبحانه بأن ينوب عنه وليه أو وصيه بالإملاء بالعدل، وكل هذا دليل على حث المؤمنين على الحرص على كتابة معاملاتهم وتوثيقها عند كاتب عدل حفظا لأموال المؤمنين.

غير أن العلماء ومفسري القرآن اختلفوا في بيان حكم الأمر بالكتابة، فمنهم من ذهب إلى أن الأمر الوارد بالكتابة هو للنّدب والإرشاد وليس للوجوب، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: "فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته"، وإقرار هذه الحالة دليل على عدم استلزام الكتابة، بل منهم من رأى أن هذه الجملة ناسخة للأمر بالكتابة والإشهاد بالبيع، كما رأوا أن في الكتابة حرجا، والحرج مرفوع شرعا لقوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج"، كما أن الرسول (صلعم) باع وكتب وباع ولم يكتب، وكذلك فعل مسلمو صدر الإسلام.

ومنهم من ذهب إلى أنه أمر للوجوب، وأن قوله تعالى: "فإن أمن بعضكم بعضا..."، هي حالة خاصة وحكم خاص يطبق عند عدم وجود الكاتب، كما أن الأصل في الأمر أن يكون للوجوب ما لم يصرفه عنه صارف ولا يوجد في آية الدين ذلك، بل إن تكرار الأمر بالكتابة بأساليب متنوعة والخروج عن المؤلف في أساليب القرآن من الإيجاز إلى الإطناب، وعدم إعفاء السفیه والضعيف ومن لا

يستطيع الإملاء، والتحذير من السأم والملل من الكتابة حتى ولو كان الدين قليلا، كل ذلك يعتبر قرينة على أن الأمر بالكتابة للوجوب، ويؤكد هذا قوله عز وجل: "لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ عِنْدَ اللَّهِ"، كما أن الحرج هو في ترك الكتابة لأن ذلك تترتب عليه منازعات ومشاكل لا حصر لها، أما حرج الكتابة فهو مدفوع بالفائدة التي تجنى منها من اطمئنان على المعاملات¹.

وظلت العقارات في المغرب خاضعة لقواعد الفقه المالكي والأعراف المحلية إلى عهد الحماية الفرنسية، حيث سنت قانون الالتزامات والعقود الذي يعتبر قانونا عاما، وكذلك ظهير 12 غشت 1913 الخاص بالتحفيظ العقاري.

فبعد أن كان بيع العقار وخاصة الغير المحفظ يثير بعض الإشكاليات من بينها: ما هو القانون الواجب تطبيقه؟ هل هو قانون الالتزامات والعقود وخاصة الفصل 489 منه، أم الفقه المالكي والذي كان سائدا من قبل؟

لقد كان للإصلاحات القانونية والقضائية التي باشرتها سلطات الحماية الفرنسية بالمغرب أثرها البالغ على وضعية العقار بالمغرب، والذي أصبح خاضعا لنظامين قانونيين مختلفين متميزين عن بعضهما البعض.

فهناك النظام القديم الذي كان يعتمد على قواعد الفقه المالكي، ومن جهة أخرى هناك النظام الحديث الذي فرضته الحماية الفرنسية، والذي يعرف بنظام 12 غشت 1913، والخاص بمسطرة التحفيظ وظهير 2 يونيو 1915 الذي يتضمن القواعد الموضوعية الخاصة بالعقارات المحفوظة.

¹ - فاطمة هرياز: إشكالية بيع العقار المحفظ (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بجامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة، السنة الجامعية 1995-1996، ص: 27 وما يليها.

ولقد تضاربت الاجتهادات القضائية في هذا الشأن، إلا أنه وبعد الاستقلال وخاصة بعد توحيد القضاء ومغربته وتعريبه بموجب المرسوم الملكي المؤرخ في 1965/01/26، زاد الإشكال تعقيدا بعدما نص الفصل 3 منه على:

"النصوص الشرعية والعبرية وكذلك القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل تبقى سارية المفعول إلى أن تتم مراجعتها لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول".

ومما زاد الإشكال تعقيدا كذلك هو عدم تفسير المقصود من النصوص الشرعية، مما دفع بالمجلس الأعلى إلى تفسير النصوص الشرعية بالفقه المالكي الواجب التطبيق في مجال العقارات غير المحفظة بالخصوص، لكن رغم هذا التفسير فإن إشكالية التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال بيع العقار غير المحفظ، لازالت مطروحة حتى على صعيد المجلس الأعلى، حيث نجد العديد من القرارات التي أكدت على تطبيق قانون الالتزامات والعقود بدل الفقه المالكي.

حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى من أنه:

"تكون المحكمة على صواب، حيث استبعدت تطبيق قواعد الفقه الإسلامي المتعلق بالنزاع حول أداء الثمن وألزمت المشتري بإثبات ادعائه عملا بالفصلين 400 و 443 من ق.ل.ع"¹.

كما جاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف بمراكش:

"حيث إن الفصل 488 من ق.ل.ع نص على أن البيع يكون تاما بمجرد تراضي عاقيه... كما نص في الفصل 489 من ق.ل.ع على أنه إذا كان المبيع عقارا...

¹ - قرار صادر بتاريخ 1978/04/18 تحت رقم 717 أورده عبد الرحمان اللمتوني.

وحيث تبين من وثائق الملف المستأنف عليه يدعي وقوع البيع من المستأنف الدار الواردة في المقال والمستأنف نكر ذلك، وحيث إن المستأنف عليه لم يدل بما يفيد تراضي المستأنف على هذا البيع ولا ما يفيد مبلغ الثمن الذي وقع عليه التعاقد، وحيث إنه بذلك تخنل مقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع.

وحيث إن الاعتماد في إتمام البيع على شهادة شاهد واحد ولو كان عدلا لم يكتب شهادته لا يعتمد عليها طبقا للفصل 443 من ق.ل.ع، وحيث إن الحكم الابتدائي لما اعتمد شهادة شاهد في القضية يكون مخالفا للنصوص المشار إليها أعلاه، ويصح الحكم بإلغائه¹.

كما اختلف الفقه المغربي بخصوص وسيلة إثبات انعقاد البيوع الواردة على العقارات أو على الحقوق العقارية، فهناك من يتشبث بتطبيق الفصل 489 من ق.ل.ع سواء كان العقار محفظا أو غير محفظ، وهناك من يقول بعدم تطبيق الفصل 489 إلا إذا كان العقار محفظا، أما إذا كان العقار غير محفظ فيبقى خاضعا للفقه المالكي².

إذ يعتمد أنصار تطبيق الفقه الإسلامي في البيوع العقارية على معيار تاريخي، بحيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الفقه الإسلامي هو الذي كان يطبق في جميع الميادين، وحتى في عهد الحماية فإنه وإن كان الاختصاص ينعقد للمحاكم العصرية فيما يخص العقار المحفظ والذي في طور التحفيظ، فإن الفقه الإسلامي كان مع ذلك هو المطبق أمام هذه المحكم إلى حين صدور ظهير 19 رجب 1333 الذي حدد التشريع المطبق على العقارات المحفظة، وأبقى على الفقه الإسلامي كإطار قانوني للعقارات غير المحفظة، ويستنتج هذا الرأي تبعا لذلك أن

¹ - قرار عدد 341 صادر بتاريخ 1988/04/01 غير منشور.

² - مولاي عبد العزيز بوفارس العلوي: م.س، ص: 43 وما يليها.

قانون الالتزامات والعقود لم يطبق في يوم من الأيام على العقارات، لأن الفقه الإسلامي هو الذي كان يطبق عليها سواء كانت من اختصاص القضاء الشرعي أو المحاكم العصرية.

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن المعيار التاريخي المعتمد عليه لترجيح كفة الفقه الإسلامي، يجد سنده في قانون التوحيد والفقه القضائي الذي فهم به القضاء المغربي هذا النص، حيث اعتبر المجلس الأعلى في إحدى قراراته أن القضايا الشرعية المتعلقة بالبيع والأشربة في المبادلات والمخارجات والمقاسمات وغيرها تخضع للقواعد الشرعية والنصوص الفقهية ولا تطبق عليها فصول قانون الالتزامات والعقود، ليخلص إلى أن الفقه الإسلامي يطبق على الحقوق الشخصية المتعلقة بعقار غير محفظ، كما يطبق على الحقوق العينية والمختلطة.

وعلى مستوى القضاء نجد مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية التي تنتمي لهذا الاتجاه الذي يعطي الاختصاص للفقه الإسلامي عندما يكون العقار غير محفظ، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى: "لما كان موضوع عقد البيع المبرم بين الطرفين هو 25 دقيقة من الماء الجاري التابع لعقار غير محفظ، فإنه لا مجال لتطبيق الفصل 443 من ق.ل.ع، وذلك لأن قواعد الفقه المالكي هي الواجبة التطبيق في هذا المجال"¹.

وفي نفس السياق طبق المجلس الأعلى الفقه الإسلامي بخصوص إثبات عقد البيع، حيث جاء في قرار له:

"ومن جهة أخرى فإن الأمر يتعلق ببيع عقار وإن كان غير محفظ فإنه يخضع في الجوهر لأحكام الفقه المالكي التي تقرر كما أشار إلى ذلك الشيخ

¹ - قرار عدد 1650 صادر بتاريخ 1990/07/25 في الملف المدني عدد 3940 منشور بمجلة المعيار. عدد 17، ص: 98.

مياراً، أنه حتى بالنسبة لشهادة اللقيف فإنه لا يلجأ إليها فيما يخص المعاملات إلا عندما قد تدعو إلى ذلك الضرورة¹، أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن قانون الالتزامات والعقود هو الواجب التطبيق على البيوع العقارية، وذلك لكون هذا القانون هو الذي يطبق على الالتزامات والحقوق الشخصية، وهو يمثل الشريعة العامة بالنسبة لباقي فروع القانون الأخرى، لاسيما وأن أحكامه لا تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي، ومن تم يطبق قانون الالتزامات والعقود من باب أولى، ولا يتم اللجوء إلى الفقه الإسلامي إلا في حالة قصور فصوله عن تغطية النازلة المعروضة على المحكمة.

ومن القرارات والأحكام القضائية التي تسير في هذا الاتجاه، ما جاء في قرار للخرقة الإدارية بالمجلس الأعلى من أن قواعد الفقه الإسلامي هي أحكام ذات طابع مكمل يمكن الاتفاق على ما يخالفها وبالتالي تطبيق قانون الالتزامات والعقود عن طريق شرط مضمن في العقد، وأيضاً ما جاء في قرار للمجلس الأعلى والذي سبقت الإشارة إليه من أنه:

"تكون المحكمة على صواب حين استبعدت تطبيق قواعد الفقه الإسلامي المتعلقة بالنزاع حول أداء الثمن وألزمت المشتري بإثبات ادعائه عملاً بالفصلين 400 و 443 من ق.ل.ع".

وذهب أحد الباحثين² إلى أن الفقه عندما تعرض لمشكلة التنازع بين الفقه الإسلامي وقانون الالتزامات والعقود أعطى للمسألة حكماً مطلقاً وجعل المعيار الفاصل بين مجال تطبيق ق.ل.ع ومجال تطبيق الفقه الإسلامي هو معيار طبيعة

¹ - قرار عدد 2950 صادر بتاريخ 1991/12/04، في الملف المدني عدد 1230-85 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ع 46، ص: 32.

² - عبد الرحمان اللمتوني، النظام القانوني لبيع العقارات في المغرب، مقال منشور في المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية - الرباط، طبعة 2007، ص: 340 وما يليها.

العقار (عقار محفظ وعقار غير محفظ)، في حين أن هذا المعيار أثبتت الممارسة أنه معيار غير منضبط ولا يسعف في كثير من الأحيان في حل بعض الإشكالات التي يطرحها موضوع البيوع العقارية، كما أنه أدى إلى تطبيق قانون الالتزامات والعقود تارة والفقہ الإسلامي تارة أخرى رغم تشابه النوازل.

واستنتج من مجموع القواعد القضائية التي وضعها القضاء في مادة بيع العقار، أن هناك قانونا للعقد يطبق عندما يتعلق بالالتزام سواء في الشق المتعلق بتكوين العقد وصحته وإثباته، أو في الشق المتعلق بآثاره ولاسيما نقل ملكية العقار، وهناك قانون للحق يطبق عندما يتعلق الأمر بالمنازعات المرتبطة بالحق العيني من حيث وجوده وإثبات ملكيته وقسمته وغير ذلك، ويقصد بقانون العقد قانون الالتزامات والعقود كإطار قانوني أصلي والفقہ الإسلامي كمصدر احتياطي، ويقصد بقانون الحق الفقہ الإسلامي عندما يكون العقار غير محفظ، وظهير التحفيظ العقاري عندما يكون العقار محفظا.

ومن تم كانت مشكلة الكتابة في بيع العقار من أهم المواضيع التي اختلف بشأنها الفقہ والقضاء كتطبيق من تطبيقات مشكلة ازدواجية التنظيم في البيوع العقارية.

فبينما يرى البعض أن بيع العقار تشترط فيه الكتابة بغض النظر عن طبيعة العقار أكان محفظا أم غير محفظ، لكون الفصل 489¹ من ق.ل.ع جاء بصيغة عامة ودون تمييز من حيث نوعية العقار، فضلا عن أنه يشكل استثناء من القاعدة

¹ - ينص الفصل 489 من ق.ل.ع على: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنًا رسميًا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ..."

العامّة المنصوص عليها في الفصل 488¹ من ق.ل.ع والتي تجعل البيع عقدا رضائيا، ومن تم إذا كان الأصل هو الرضائية فإن هذا الأصل يرد عليه استثناء هو شرط الكتابة متى اقترن البيع بعقار أو حقوق عقارية، وهذا الاستثناء مقيد للقاضي ولا يجوز له التوسع في تفسيره، وبالمقابل يرى البعض الآخر أنه وإن كان يجب إثبات البيع بالكتابة، فإنه متى تعذر ذلك يمكن استثناء اعتماد بداية الحجة المعززة بوسائل الإثبات المقبولة شرعا شريطة أن يقتنع القاضي بمبررات هذا الاستثناء وأن يثبت لديه حصول البيع بالوسائل المقنعة، ومن ذلك اعتماد الإقرار القضائي في إثبات البيع الوارد على عقار أو حقوق عقارية.

ولم يكن العمل القضائي بمنأى عن هذا الخلاف حول شرط الكتابة فسي البيوع العقارية، حيث اشترطت بعض القرارات القضائية الكتابة لقيام البيع الوارد على عقار، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى أن: "حقا لقد تبين صدق ما نعاه الطاعن على القرار، ذلك أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 489 المذكور، يتضح منه أن المبيع إذا كان عقارا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، وإلا فلا وجود له إذا اختل هذا الركن الشكلي..."².

في حين أجازت قرارات قضائية أخرى إثبات البيع بغير الكتابة، ومن ذلك ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار له من أن: "عدم احترام شكلية الورقة الرسمية، لا تؤدي حتما إلى بطلان عقد البيع العقاري"³.

¹ - ينص الفصل 488 من ق.ل.ع على: "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى".

² - قرار رقم 817 صادر بتاريخ 1983/4/27 في الملف المدني عدد 90228، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية، الجزء 1، ص: 75.

³ - قرار رقم 883 صادر بتاريخ 1986/4/2 في الملف المدني عدد 86/4172، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 1، ص: 75.

كما ذهبت محكمة الاستئناف بمراكش في قرار لها إلى القول بقيام البيع العقاري، وبصحته معتمدة على مجرد إشهاد مسلم للمشتري من طرف موثق يشهد فيه بحصول اتفاق الطرفين أمامه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى¹.

والحقيقة أن الاعتماد على أحكام الفصل 488 من ق.ل.ع أو على أحكام الفقه الإسلامي لاستبعاد شرط الكتابة من البيوع العقارية لا يستقيم قانوناً، فمن جهة يبقى الفصل أعلاه إطاراً خاصاً بالبيوع الواردة على المنقولات، طالما أن المشرع خصص الفصل الذي يليه للبيوع العقارية، فضلاً عن أن الفصل 489 يعتبر تخصيصاً لما ورد في الفصل 488، والمعلوم أن القاعدة تقضي بأن الخاص مقدم على العام، يضاف إلى ذلك أنه لا مجال لإعمال قواعد الفقه الإسلامي لأن قيام عقد البيع وإثباته هو مجال خاص بقانون العقد الذي يفترض أنه قانون موحد، لاسيما وأن العدل يقتضي توحيد وسائل الإثبات فيما يخص البيوع العقارية، فلا يعقل أن يستفيد البعض من حرية الإثبات ويواجه البعض الآخر بشرط الكتابة فقط لأن هذا اشترى عقاراً غير محفظ، والآخر اشترى عقاراً محفظاً مع أنه لا يوجد سند في القانون يسمح بهذه التفرقة.

وتجدر الإشارة إلى أنه على مستوى قانون الحق، فإن الفقه الإسلامي هو القانون الذي يحكم الحقوق العينية المتعلقة بعقار غير محفظ حسب الرأي القار للفقه والقضاء.

وفيما يخص العقار المحفظ فإن قانون الحق يبقى هو ظهير التحفيظ العقاري وظهير 2 يونيو 1915، وفي حالة عدم وجود نص في هذين القانونين يعتبر قانون العقود والالتزامات المصدر الاحتياطي لهما، بالإضافة إلى الفقه

¹ - قرار رقم 639 صادر بتاريخ 1989/9/12 في الملف المدني عدد 89/971، غ.م.

الإسلامي عند وجود إحالة مباشرة أو عند عدم وجود النص في ظهير التحفيظ وفي قانون العقود والالتزامات وبالنسبة للعقار غير المحفظ أو الذي في طور التحفيظ فيطبق الفقه الإسلامي على الحقوق العينية المرتبطة بها.

وأما الجانب المتعلق بقانون العقد، فإن قانون العقود والالتزامات يبقى هو القانون الأصل باعتباره وحدة لا تتجزأ تطبق على جميع النزاعات التي لها ارتباط بالعقد، وبغض النظر عن الحق موضوع هذا العقد أو الذي يشكل محلا لهذا العقد. أكان عقارا محفظا أم غير محفظ، غير أنه عند عدم وجود النص في قانون العقود والالتزامات فإنه ليس هناك ما يمنع من الرجوع للفقه الإسلامي، وذلك لكون قانون العقود والالتزامات أحال بدوره في عدة مواضع على الفقه الإسلامي، ولكون قواعد الفقه الإسلامي تعتبر من المصادر التاريخية لقانون الالتزامات والعقود¹.

وبناء على ما سبق، فإن المشرع حرص على شرط الكتابة لتمام بيع العقار، لما في ذلك من حفاظ على الملكية العقارية وضمان استقرار المجتمع، زيادة على أن كتابة المحرر تمكن من تحديد كل الشروط بإسهاب ودقة متناهية قد تقضي منذ البداية على كل خلاف أو نزاع، ومن شأنها تخفيف العبء والجهد على المحاكم، ولو صادف وقام نزاع فإنه يكون محسوما لصالح مالك الدليل الكتابي، ولكن حتى يحسم الخلاف نهائيا لأبد للمشرع المغربي أن يتدخل لوضع حد لازدواجية النظام العقاري، وينص على البطلان في حالة مخالفة شرط الكتابة في البيع العقاري².

¹ - عبد الرحمان اللمتوني، م.س، ص: 344 وما يليها.

² - جيهان بونبات: الكتابة في عقد البيع العقاري - مداخلة منشورة ضمن أشغال ندوة توثيق التصرفات العقارية، م.س، ص: 435-436-438.

وهو ما حاول المشرع المغربي القيام به من خلال القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز لحسم الجدل الفقهي والقضائي المثار بخصوص طبيعة عقد البيع المنصب على عقار أو حقوق عينية يجوز رهنها رسمياً، فجاءت مقتضيات الفصل 3/618¹ واضحة في صياغتها وفي ألفاظها مرتبة البطلان في حال عدم توثيق العقد وتحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود.

ونفس الشيء نجده في القانون رقم 18-00² المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية، وخاصة في المادة 12 منه³، ومن خلال هذين النصين، اعتبر المشرع الكتابة شكلية انعقاد وليس للإثبات فقط، كما أنه لم يكتف باشتراط الكتابة لانعقاد بعض التصرفات القانونية الواردة على العقارات بل استلزم علاوة على ذلك أن يقع تحرير العقد إما في صورة محرر رسمي أو في شكل محرر ثابت التاريخ منجز من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

هذا الجزء اعتبره بعض الفقه جزاء قاسياً، خاصة وأن هذا بطلان مطلق يجعل العقد المتصف به غير منتج لأي أثر وغير قابل للتصحيح والإجازة ويتعذر تدارك العيب الذي لحق به لأنه عقد معدوم.

¹ - ينص الفصل 618/3 من ق.ل.ع على:

"يجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان".

² - الصادر بتنفيذه ظهير 2002/10/3.

³ - تنص المادة 12 من قانون 18-00 على: "يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان".

ويمكن لكل ذي مصلحة أن يشير هذا البطلان، كما يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.

ومما يجب الإشارة إليه، أن هدف المشرع من إيجاد هذا المقتضى المتعلق بضرورة تحرير هذا النوع من العقود من لدن جهات مختصة ومحددة حصرا هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من بعض الشروط التعسفية التي تخل بالتوازن العقدي وتتمثل حمايته في التتبع على أن هذا البطلان مقرر لمصلحته وحده دون سواه، وبالتالي لا يمكن التمسك به طرف الأغيار احتراماً للتوازن العقدي بين الطرفين ولاستقرار المعاملات¹.

ومن شأن هذا المقتضى أيضا أن يضع حدا لمن يستغلون تضارب مواقف القضاء والفقه للعبث بمصالح الغير وإطالة المساطر القضائية، حيث راهن المشرع على نظام قانوني متكامل شكلا ومضمونا أساسه وقوامه "الكتابة" قصد الوصول إلى غايات وأهداف متعددة (قانونية، اقتصادية، واجتماعية)².

وتجدر الإشارة إلى أن شكلية الكتابة التي ينعقد ويثبت بها بيع العقار أو الحقوق العقارية قد ترد في شكل محرر عرفي أو رسمي، والمحرر العرفي هو المعد من قبل المتعاقدين معا أو أحدهما أو الغير الذي لا يتوفر على صفة رسمية، والمشرع لم ينظم شكايات إعداد المحرر العرفي مكتفيا بضرورة توفره على شرطين: الأول تحريره كتابة بأية لغة كانت بالخط اليدوي أو بالآلة، والثاني توقيع الأطراف الملزمين لذلك فإن الواقع العملي يبين بوضوح الانتشار الواسع

¹ - عبد الحفيظ مشمشي: توثيق التصرفات العقارية في ظل القوانين الخاصة - مقال منشور في المنازعات العقارية، م.س، ص: 394-412. (ص: 393 وما يليها).

² - محمد الخضراوي: شرط الكتابة في بيع العقار في طور الإنجاز بين غايات التشريع وإكراهات الواقع - مداخلة منشورة ضمن أشغال ندوة التوثيق، م.س، ص: 159-160.

للمعاملات العقارية عن طريق محررات عرفية نظرا لئسر وسرعة إنشائها، بالإضافة إلى انخفاض تكلفة إنشائها وتحريرها بالمقارنة مع المحررات الرسمية. أما فيما يخص المحرر الرسمي الموثق، فإنه يتم إثبات عقود البيع بمقتضى محررات مكتوبة بمعرفة موثقين مختصين وهي تكسب صفة الرسمية إذا أعدت بصورة صحيحة وفق الشكليات المتطلبة قانونا سواء أشرف على إعدادها موثق عصري أو تقليدي، وتعتبر حجة قاطعة في الإثبات دون حاجة لإقرار الطرف الملتمزم نسبتها إليه، ولا يمكن الطعن فيها إلا عن طريق الزور¹.

ثانيا، الوعد بالبيع

الوعد بالبيع التزام بالبيع دون الشراء، يتقيد فيه الواعد بالبيع ولا يتقيد فيه الموعود له بالشراء، فهو عقد ينشأ بإرادتين اثنتين، إرادة البائع وإرادة المشتري، غير أنه لا يلزم سوى إرادة البائع فيما وعد به، وقد يقع أن يجمع الأطراف في العقد الواحد ما بين أحكام الوعد بالبيع وأحكام العربون حينما يلتزم المشتري الموعود له بدفع مبلغ نقدي حسب المتعارف عليه دون أن يلتزم بالطبع بالشراء، أما لو التزم بالشراء فإن العقد يصير عقدا ابتدائيا التزمت فيه إرادتان، والوعد بالبيع عقد كسائر العقود لا يصح إلا إذا توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة، وأن يحدد فيه المبيع والتمن تحديدا كافيا مانعا للجهالة في ضوء الأحكام العامة لنظرية العقد والأحكام الخاصة لعقد البيع²، وبالتالي يجب أن تتوفر في الوعد بالبيع أركان عقد البيع المنصوص عليها في ف 488 من ق.ل.ع، خاصة

¹ - عبد الحق صافي، عقد البيع دراسة في قانون الالتزامات والعقود في القوانين الخاصة، الطبعة الأولى، 1998، ص: 175.

² - عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2001، ص: 246-247.

وأن المشرع المغربي لم ينص عليه بمقتضيات خاصة، ولما كان رفع دعوى إتمام إجراءات البيع استنادا إلى الوعد بالبيع يهدف المدعي من ورائها إبرام عقد البيع النهائي، فإنه يشترط لكي ينتج الوعد أثره أن تكون الشروط الجوهرية للعقد قد تم الاتفاق عليها، ويقصد بها أركان البيع وشروطه الأساسية من رضى ومبيع وثمان، وبالتالي يكون طلب المدعي بإتمام البيع غير مرتكز على أساس إذا اختلف شرط من هذه الشروط، وهو ما أكدت عليه العديد من الأحكام القضائية ونذكر منها الحكم الآتي: "... إذ ثبت على أن المدعي لم يثبت فعلا الشراء الذي يدعيه بحجة معتبرة شرعا وقانونا وفق ما يقضي به الفصل 489 من ق.ل.ع، خاصة وأن الأمر يتعلق ببيع عقار الذي يقتضي إثبات تاريخ الشراء وتحديد المبيع والثمان المتفق، وإذا كان العقار محفظا تحديد الرسم العقاري الذي يحمله"¹.

وجاء في حكم آخر: "تبين من خلال الاطلاع على عقد البيع المستدل به من طرف المدعين أن موروثهم اشترى من موروث المدعى عليهم مجموع قطعة أرضية تستخرج عن طريق التجزئة من العقار موضوع الرسم العقاري عدد.....، وبالتالي فنحن أمام عدم تحديد للمدعى فيه وهو يضيف جمالية في المبيع تجعل البيع باطلا، وبالتالي فلا محل لإتمام البيع لكون العقد المؤسس عليه الطلب غير ذي أثر²، فمن خلال هذين الحكمين يتضح لنا أن العقار محل عقد الوعد بالبيع يجب أن يوصف وصفا مانعا للجهالة، حيث يجب أن يتضمن الوعد بالبيع أصل ملكية العقار ورقم الرسم العقاري، على اعتبار أن العقار المحفظ يكفي فيه ذكر اسمه ورقمه، وذلك حتى يتم التعرف على العقار موضوع عقد الوعد بالبيع

¹ - حكم رقم: 1339 صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2009/11/23 في الملف المدني 149/09/2008، غير منشور.

² - حكم رقم 702 صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2010/06/17 في الملف المدني 06/09/2010، غير منشور.

موضوع البيع، كما أن الرسم العقاري هو الذي يحدد الوضعية القانونية للعقار وهو عنوانه، وكذلك ذكر الارتفاقات الموجودة عليه، وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار له من أن:

"حقاً، فقد تبين صحة ما نعتة الوسيلة على القرار، فوثيقة البيع المدلى به والمحركة بتاريخ 1971/7/13 تشير إلى أن البيع يتعلق بقطع أرضية توجد بتراب أولاد سعيد التي هي على ملك المالك الجيلالي بن رحال دون بيان حدودها ولا رسمها العقاري وأن المحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي بإلزام الطاعنات بإتمام البيع المتعلق بالعقار المحفظ بالرسم العقاري رقم 1818 دون أن تناقش الدفع المتعلق بعدم تحديد الشيء المبيع وتبين من أين استخلصت أن البيع يتعلق بالرسم العقاري المذكور يكون قضاؤها ناقص التعليل الموازي لانعدامه وعرضت قرارها للنقض"¹.

أما العقار غير المحفظ فيجب تعيينه بالذات أي في ذاته وعينه ووصفه الخارجي حتى ينفرد عما سواه، فلا يشاركه في ذلك شيء آخر، أي بعين في حدوده ومشتملاته وأوصافه وبياناته ورسوم وشواهد ملكيته². وكل ذلك من أجل تمكين الموعود له بأقصى ما يمكن من الضمانات الخاصة بمصدر ملكية العقار أو الخصائص الفنية أو الجمالية للعقار الذي يروم شراءه³.

وكذلك الحال بالنسبة للثمن الذي يجب أن يكون محددا في الوعد بالبيع، لأن هذا الأخير قد ينقلب إلى عقد نهائي قابل للتنفيذ بمجرد إعلان قبول إبرامه، فإن لم

¹ - قرار رقم 658 صدر بتاريخ 1982/11/3 في الملف المدني عدد 90812 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة، الجزء الأول، ص: 41-42.

² - عبد الرحمان بلعكيد: م.س، ص: 131.

³ - حافظ بوعصيدة: الطبيعة القانونية للوعد بالبيع، مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع، العدد 3، السنة 1999، ص: 167.

يتحدد في الوعد محل وسبب العقد النهائي فإنه يتعذر تنفيذ هذا العقد، ولا يصح أن يكون الوعد المذكور حينئذ عقدا تمهيديا، والقضاء لا يمكنه أن يتم ما ينقص التصرفات القانونية من أركان، إذا امتنع أحد طرفي هذا التعاقد عن تنفيذ التزامه، لذا فإن عقد الوعد بالبيع يجب أن يتضمن ثمنا محددا¹.

وإذا توفر عقد الوعد بالبيع على ثمن محدد فإن العقد النهائي يتم تحريره بناء على ذلك الثمن، ويكون البائع ملزما بإتمام البيع وفق الثمن المتفق عليه في الوعد بالبيع، وذلك بغض النظر عن التغييرات التي يمكن أن يدخلها البائع على الشيء المبيع²، كما لا يحق للبائع أن يطالب بالزيادة على الثمن المحدد في عقد الوعد بالبيع، وكذلك لا يحث للمشتري أن يطالب بالإنقاص من الثمن المحدد في عقد الوعد بالبيع، نتيجة لتقلبات أسعار سوق العقار، كما لو ارتفعت قيمة العقار في الفترة الفاصلة بين تحرير عقد الوعد بالبيع ووقت تحرير العقد النهائي، أو العكس كما لو انخفضت قيمة العقار خلال هذه الفترة نتيجة الظروف الاقتصادية أو صدور قانون يمنع مثلا البناء في المنطقة التي يوجد فيها العقار، واعتبارها منطقة مخصصة للفلاحة، أو استلزام الإدلاء بشهادة انتفاء الصبغة الفلاحية بالنسبة للأجانب.

وفي هذا الاتجاه قضى حكم بما يلي: "وحيث إن عقد الوعد بالبيع قد جاء معلقا على شروط واقفة في جانب عاقديه ومن أهمها التزام البائع... مقابل التزام

¹ - الطاهر القضاوي: الوعد بالبيع دراسة مركزة في العقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بجامعة محمد الخامس كلية الحقوق، الرباط، السنة الجامعية: 1993-1994، ص: 183..

² - حافظ بوعصيدة: م.س، ص: 172.

الطرف المشتري بأداء ما تبقى من ثمن البيع داخل الأجل المتفق عليه، والحصول على شهادة عدم الصبغة الفلاحية...)»¹.

وجاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش أن: "وحيث إن من شروط البيع اتفاق الطرفين على المبيع والتمن وبالتالي فإن البيع يكون منتجا لكافة آثاره القانونية، منها التزام الطرف البائع بإتمام إجراءات البيع، ولا يمكن للطرف البائع التحلل من التزامه بعهلة أن ثمن العقار قد تضاعف وبذلك تبقى دفعوعات المستأنفين غير ذي أثر"².

وعند استيفاء عقد الوعد بالمبيع للشروط المذكورة أعلاه، يثار تساؤل يتعلق بمدى إلزام الوعد للبائع، هل هو إلزام مطلق طالما لم يعبر الموعد له عن رغبته في الشراء أو العدول، أو إلزام مقيد بأجل أو شرط؟

جرى العمل على تقييد الوعود بالمبيع بالآجال أو الشروط الواصفة تبعا لنوع المعاملة وطبيعتها وظروفها، ففي الآجال يعلق البائع الوعد على أجل محدد يتعين على الموعد له أن يمارس خلاله حقه في الشراء، وإلا ضاع منه الوعد وفسخ، وليس للمحكمة أن تمدد الأجل³، ويبدأ سريان الأجل من تاريخ العقد، ما لم يحدد المتعاقدان أو القانون وقتا آخر⁴، والشرط الذي يحدد له أجل لوقوعه يعتبر متخلفا

¹ - حكم رقم 1445، صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2009/12/07 في الملف المدني 1213/09/2008 غير منشور.

² - قرار عدد 141 صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2006/01/09، رقم الملف غير مذكور، غير منشور.

³ - ينص ف 128 من ق.ل.ع في فقرته الثانية: "إذا كان الأجل محددًا بمقتضى الاتفاق أو القانون، لم يسغ للقاضي أن يمدده، ما لم يسمح له القانون بذلك".

⁴ - ينص ف 130 من ق.ل.ع: "يبدأ سريان الأجل من تاريخ العقد، ما لم يحدد المتعاقدان أو القانون وقتا آخر...".

إذا انقضى الأجل ولم يقع، وفي هذه الحالة ليس للمحكمة أن تمدد الأجل¹، وفي هذا الاتجاه قضى حكم بأنه: "وحيث إنه متى كان أجل الوفاء بالالتزام محدد بمقتضى الاتفاق أو القانون، لم يسغ للقاضي أن يمدده ما لم يسمح له القانون بذلك، وهو المبدأ الذي جسده قرار المجلس الأعلى عدد: 1931 الصادر بتاريخ 1986/08/27، وحينما نص على أن المحكمة لما حددت الأجل الذي حدده الطرفان بمحض إرادتهما في نهاية 1980/07/26 لأداء باقي الثمن، وإبرام عقد البيع، واعتبرت أن باقي الثمن الذي لم يودع إلا بتاريخ: 1984/07/08 وفاء قانونيا دون اعتماد أي نص يسمح لها بهذا التمديد تكون قد خرجت مقتضيات الفصل 128 من ق.ل.ع².

ولذلك فعقد الوعد بالبيع يجب أن يتضمن شرط المدة أو أجلا لتنفيذ التزامات المتعاقدين وفقا لإرادتهما وتطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتمتد المدة من إنشاء الوعد بالبيع إلى حين قيام العقد الموعود به، إذ يتعين حصر الوعد بالبيع في فترة محددة، وبالتالي لا يمكن للواعد أن يلتزم بوعده طوال حياته³، ويجب على الموعود له أن يمارس خلال تلك المدة حقه في الشراء، وإلا ضاع منه الوعد وفسخ، وهو ما قضى به نفس الحكم أعلاه في حثية أخرى جاء فيها: "وحيث إن الأجل الواقف ينتج آثار الشرط الواقف وفق أحكام الفصل 134 من ق.ل.ع⁴، وأنه مادام تنفيذ التزام الشركة المدعى عليها قد وقع خارج الأجل المتفق

¹ - عبد الرحمان بلعگيد، م.س، ص: 248-249.

² - حكم رقم 1445 صدر بتاريخ 2009/12/07، في الملف المدني عدد 2008/09/1213.

³ - بلعگيد كرومي: الوعد بالتعاقد في ضوء التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بجامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 1985-1986، ص: 135.

⁴ - ينص ف 134 من ق.ل.ع على: "الأجل الواقف ينتج آثار الشرط الواقف، والأجل الفاسخ ينتج آثار الشرط الفاسخ".

عليه، فقد أضحى هذا الشرط وهو الأداء متخلفا بانقضاء الأجل من غير حصول الوفاء فيه، وهو ما يترتب عنه زوال الالتزام من أصله وفق أحكام الفصلين: 107 و 117 من نفس القانون¹، ويمنح الحق لفائدة المدعي في المطالبة بفسخه وفق أحكام الفصل 259 من نفس القانون²، هذا وعلاوة على الشروط الموضوعية المذكورة أعلاه من رضى ومبيع وثمن، يطرح إشكال بخصوص ضرورة ورود عقد الوعد بالبيع في شكل مكتوب أم تكفي فيه الرضائية؟

لقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى الوعد بالبيع، وذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا تمت صياغة الوعد بالبيع في وثيقة رسمية أو عرفية وجب فيهما العمل بأحكامهما الشكلية³، وذهب أحد الباحثين إلى أنه إذا كان البيع المقصود إبرامه بالوعد عقدا شكليا، فإن الوعد الشفوي لا يؤدي إلى إبرام البيع الشكلي، فإذا تخلف الشكل كان العقد باطلا⁴.

وفي نفس الاتجاه قضى حكم بأن: "وحيث إن البيع المنصب على العقار تجب أن تجري في محرر كتابي ثابت التاريخ وفق أحكام الفصل 489 من ق.ل.ع، وهي شكلية تستمد أصلها من القانون"⁵.

¹ - ينص ف 107 من ق.ل.ع على: "الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله".

- ينص ف 117 من ق.ل.ع على: "إذا علق الالتزام على شرط حصول أمر في وقت محدد، اعتبر هذا الشرط متخلفا إذا انقضى الوقت دون أن يقع الأمر..."

² - حكم رقم 1445 صدر بتاريخ 2009/12/07 في الملف المدني عدد 2008/09/1213.

³ - عبد الرحمن بلعكيد: م.س، ص: 247.

⁴ - الطاهر القضاوي: م.س، ص: 214.

⁵ - حكم رقم 1120 صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2009/10/12 في الملف المدني عدد 2009/09/294، غ.م.

وفي حكم آخر جاء فيه: "إذ ثبت على أن المدعي لم يثبت فعل الشراء الذي يدعيه بحجة معتبرة شرعا وقانونا وفق ما يقضي به الفصل 489 من ق.ل.ع، خاصة وأن الأمر يتعلق ببيع عقار الذي يقتضي إثبات تاريخ الشراء"¹.

ومما سبق ذكره، فإن عقد بيع العقار إذا لم يفرغ في شكل مكتوب فإنه لا يؤخذ به، حيث يعتبر العقد المكتوب هو الوسيلة الوحيدة لإثبات صحة المعاملة موضوع عقد البيع، فلا سبيل إذن لإثبات البيوع العقارية بغير الكتابة الرسمية أو العرفية الصحيحة، لأن الإثبات في المواد المدنية مقيد، والكتابة في البيوع العقارية هي شكلية للانعقاد، إذ لا يعتبر عقد بيع العقار صحيحا إلا إذا جاء في شكل محرر كتابي ثابت التاريخ وفق مقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع²، الذي أوجب إجراء بيع العقار كتابة، وهذا الوجوب من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، وذو صبغة أمرة، إذ يتعين على أطراف عقد البيع إفراغ اتفاقهم في شكل مكتوب لصحة العقد، والهدف من هذا هو ضمان استقرار التعامل وتأمين حماية الطرف الضعيف في التعاقد³، خاصة بعد تراجع الوازع الديني والأخلاقي، وغلبة الطابع المادي على حياة الأفراد، وبذلك فإن عقد الوعد بالبيع يتعين أن يأتي في شكل عقد مكتوب شأنه في ذلك شأن العقد النهائي، لأن الهدف من الوعد بالبيع هو إتمام إجراءات البيع والحصول على العقار موضوع العقد، لذا يتعين أن يكون العقد في شكل مكتوب حتى يستطيع المشتري إثبات وجوده، وفي حالة رفض إتمام إجراءات البيع فإنه يكون من حق المشتري مطالبة القضاء اعتبار الحكم بمثابة عقد والسماح بتسجيله في الصك العقاري فيما يتعلق بالعقار المحفظ.

¹ - حكم رقم 1339 صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2009/11/23 في الملف المدني عدد 2008/09/149، غ.م.

² - سبقت الإشارة إليه.

³ - عبد الحق صافي: م.س، ص: 468.

ثالثاً: الوصل

إذا كان عقد الوعد بالبيع يجب أن يصدر كتابةً، فهناك إشكال مطروح فيما يخص الوصل الذي يحل في بعض الأحيان في البيوع العقارية محل الوثيقة المكتوبة، هل يخضع لمقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع. ويعتبر عقد بيع، أو وعدا بالبيع، أو لا يمكن أن يحل محلها؟

لم يعرف المشرع المغربي التوصيل رغم أنه أشار إليه في العديد من نصوص قانون الالتزامات والعقود مثل الفصول 239 و 252 و 253¹ وغيرها، ولم يكن يقصد المشرع من خلال هذه الفصول مفهوماً واحداً للتوصيل، بل إن هذا المفهوم يختلف من فصل لآخر، ولابد من الرجوع لوقائع النزاع والظروف والملابسات التي تحف بذلك الوصل من أجل تحديد مفهومه.

وهكذا قد يقصد به الاعتراف بتلقي مبلغ معين من النقود مثل ما جاء في الفصل 251 من ق.ل.ع.²، وهذه هي الحالة الغالبة في التوصيل، وقد يكون المقصود بالتوصيل هو الاعتراف بالوفاء بالالتزام قانوني أو تعاقدى سواء تعلق الأمر بعلاقات عامة أو خاصة، ومن ذلك ما يتصل بوصل إبراء الذمة الذي

¹ - ينص الفصل 239 من ق.ل.ع. على: "من قدم توصيلاً أو إبراء من الدائن أو سنداً يؤذن له بقبض ما هو مستحق له افترض فيه أنه مأذون في استيفاء الالتزام، ما لم يكن المدين في واقع الأمر قد علم أو كان عليه أن يعلم أن لا حقيقة لهذا الإذن".

- وينص الفصل 252 من ق.ل.ع.: "للمدني الذي يفي ببعض الالتزام الحق في أن يطلب إعطائه توصيل بما يدفعه وله أيضاً أن يطلب التأشير بما يفيد حصول الوفاء الجزئي على سند الدين".

- وينص الفصل 253 من ق.ل.ع.: "إذا كان الملتزم به إيراد مرتباً أو وجيبة كراء أو غيرها من الأداءات الدورية فإن التوصيل الذي يعطى من غير تحفظ عن قسط معين يقوم قرينة على حصول الوفاء بالإكسقاط المستحقة عن مدد سابقة لتاريخ حصوله".

² - ينص الفصل 251 من ق.ل.ع.: "للمدين الذي وفى بالالتزام الحق في أن يطلب استرداد السند المثبت لدينه، موقعاً عليه بما يفيد براءة ذمته. فإن تعذر على الدائن أن يرد سند الدين أو كانت له مصلحة مشروعة في الاحتفاظ به حق للمدين أن يطلب على نفقته، توصيلاً مؤقتاً مثبتاً براءته".

تحكمه مقتضيات الفصلين 745 مكرر مرتين الفقرة الأخيرة منه، وكذا الفصل 745 مكرر ثلاث مرات من ق.ل.ع.¹

وقد يعتبر قرينة على أدعاءات سابقة كما ينص على ذلك الفصل 253 من ق.ل.ع، وقد يعتبر بداية حجة كتابية، وذلك حسب الفقرة 2 من الفصل 447 من ق.ل.ع²، كما ويتضمن الوصل الاعتراف بالتوصل بعربون، وهو ما جاء في قرار للمجلس الأعلى:

"... إن الوثيقة المعنونة بـ "الالتزام" والمؤرخة في 20 نونبر 1989، والمدلى بها من المشتري والتي سماها القرار المطعون فيه التزاما بين الطرفين وهي مجرد وصل بتسلم العربون مقابل بيع منزل وأن أثرها ينحصر فقط في اعتراف البائع بتسلم مبلغ العربون من الطرف الآخر، كما أن الملحق المحرر حولها بخط اليد لا يعني سوى أن الاتفاق على البيع سيصبح لاغيا في حالة عدم قيام المشتري بدفع باقي الثمن المجهول خلال أجل محدد، دون بيان ثمن البيع الكلي، وعليه فإن هذه الوثيقة بملحقها لا تشكل لا بيعا ولا التزاما بالبيع لأن البيع من شروطه الواجبة تحديد الثمن حسبما هو منصوص عليه في الفصل 487 المذكور، وأن الالتزام لا يكون قائما إلا إذا كان المطالب عارفا بما التزم به والتمن غير معروف سواء فيما ضمن بالوثيقة الأصلية أو في الملحق الخطي، مما يكون معه القرار الذي اعتبر من غير صواب الوثيقة التزاما وعقد بالبيع

¹ - تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 745 مكرر مرتين من ق.ل.ع على: "التوصيل عن صافي كل الحسابات الذي يحصل نقضه على وجه قانوني أو ذلك الذي لم يفت بعد ميعاد نقضه، لا يكون له إلا قيمة التوصيل البسيط بالمبالغ المذكورة فيه".

² - تنص الفقرة من الفصل 447 من ق.ل.ع على: "وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال إذا كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز إليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه".

استجمع كافة شروطه، وأن القول قول المشتري في تحديد الثمن مع يمينه خارقاً لمقتضيات الفصلين 478 و 488 المذكورين ومستوجباً للنقض...¹.

ويرى بعض الفقه أنه إذا توافر الوصل على شروط العقد، فإنه يمكن اعتباره عقد بيع، إذ قد يكون عبارة عن وثيقة عرفية مكتوبة، إذا كان موقعا من طرفي العلاقة التعاقدية، أو على الأقل إذا كان موقعا بكيفية قانونية ممن يحتج به ضده، طبقاً لمقتضيات الفصل 426 من ق.ل.ع.²، فالوصل كوثيقة مكتوبة غالباً ما يهياً من جانب أحد الطرفين، ثم يتم ختمه وتوقيعه من طرفه، وإن كان ليس هنالك من الناحية القانونية ما يمنع توقيعه منهما معاً، ومن هذه الناحية، فإن الوصل يخضع للأحكام المضمنة ضمن مقتضيات الفصل 424 من ق.ل.ع.³.

كما وقد يكون وثيقة رسمية متى أنجز أو سلم من طرف موثق أو موظف عمومي، وقد يعبر عن اتفاق وقد يغبر عن تصرف بإرادة منفردة، وإن كانت هذه مسألة تتعلق بتكييف الوصل لا بطبيعته. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة غير ملزمة باتباع التكييف الذي أسبغته المتعاقدان على الوصل لأن التكييف مسألة قانونية تتصل بالنظام العام وتخضع مبدئياً لرقابة المجلس الأعلى.⁴

وقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش:

¹ - قرار صادر بتاريخ 1994/04/27، ذكره الأستاذ الكثبور في كتابه بيع العقار بين الرضائية والشكل، ص: 100.

² - ينص الفصل 426 من ق.ل.ع. على: "يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملزم بها بشرط أن تكون موقعة منه، ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملزم نفسه وأن يرد في أسفل الوثيقة".

³ - ينص الفصل 424 من ق.ل.ع: "الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانوناً في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدلائل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها...".

⁴ - محمد الكثبور: بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1997، ص: 97-98-99-100-102 و 103.

"... وأن الوصل المتمسك به من طرف المدعي، وبالإضافة إلى كونه
يفتقر إلى البيانات المحددة بمقتضى الفصل 489 من ق.ل.ع...¹."

وبمفهوم المخالفة للحكم أعلاه، فإن الوصل الذي يتوفر على البيانات
المحددة بمقتضى الفصل 489 من ق.ل.ع، أي تضمنه لاتفاق الطرفين على المبيع
والثمن وتم بتراضي الطرفين، فإنه يعتبر بمثابة عقد ويمكن للمستفيد منه أن
يطالب بإتمام إجراءات البيع.

رابعاً: البيع الابتدائي

البيع الابتدائي هو جمع بين الوعد بالبيع والوعد بالشراء، والقانون لا يمنع
الأطراف من أن يمهّدوا لعقودهم بل يستحسنه خاصة وأن المعاملة الواحدة يتفاعل
فيها جُمع من القوانين المدنية والتجارية والعقارية والجبائية، إلى جانب المعطيات
الاقتصادية والاجتماعية التي على الأطراف أن يعلموها حق العلم ليجنبوا عقودهم
الخلل والتعثر والنزاع، وهو خير وسيلة لذلك، ومن وجه آخر يفتح لهم الآفاق
للاستشارة والتشاور والبحث في التكاليف والجبايات التي قد تتحمل بها المعاملة
عند إتمامها، ثم إن البيع الابتدائي يمكن المشتري من تهيه الثمن ومن الاطلاع
على سلامة المبيع في القانون والواقع، وإذا ما نشأ صحيحاً وثبتت فيه سلامة
المبيع التزم المتبايعان بإتمامه ولأي منهما أن يطلب من الآخر إتمام البيع ولو
تحت طائلة غرامة تهديدية، والحكم القاضي بإتمام البيع إذا ما حاز قوة الأمر
المقضي فإنه يقوم مقام العقد في التحفيز وسائر الإجراءات الأخرى². فالعقد
الابتدائي يعتبر مشروعاً متكاملًا، وهو مجرد عقد مؤقت يتم به التمهيد لإبرام العقد
النهائي نظراً لأنه قد يكون المشتري غير متوفر على الضمانات الكافية لإتمام

¹ - حكم رقم 1339 صدر بتاريخ 2009/11/23 في الملف المدني عدد: 2008/09/149، غ.م.

² - عبد الرحمان دليغيد: م.س، ص: 256-257.

البيع، من أجل ذلك فالمبيع يبقى في ملكية البائع خلال الفترة الفاصلة بين العقد الابتدائي والعقد النهائي¹، هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن تتوافر في عقد البيع الابتدائي أركان وشروط العقد وأن تتوفر فيه مقتضيات الفصل 488 من ق.ل.ع السابق ذكرها، لأنه يتوفر على حجية عقد البيع النهائي، وعند استيفائه للأركان والشروط اعتبر عقدا تاما وملزما للطرفين ولا ينتظر إلا الأجل المتفق عليه من أجل أن ينقلب إلى عقد نهائي وإعمال مقتضياته، وإلى جانب البيوع العقارية العادية، فإن هناك حالات كثيرة يتم فيها إبرام العقد الابتدائي، وذلك مقل الإيجار المفضي إلى تملك العقار²، وبيع العقار في طور الإنجاز³، هذا الأخير الذي يتعين على الطرفين أن يبرما عقد البيع الابتدائي، إما بموجب محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة، ويخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان، طبقا للفقرة الأولى من الفصل 618-3 من ق.ل.ع، وهو استثناء من مبدأ ترك حرية اختيار الأطراف للمحررات التي يريدون صياغة عقودهم وفقها، فقد يأتي عقد البيع الابتدائي أو النهائي أو الوعد بالبيع في محرر رسمي أو عرفي ثابت التاريخ، ولقد أملت شيوع إبرام عقود على عقارات في طور الإنجاز نظرا للحاجة إلى السكن وإقامة المشاريع السكنية لسد هذه الحاجة - على المشرع المغربي خلق قواعد قانونية لهذا النوع الجديد من البيوع، من أجل ضمان استقرار المعاملات بين أطراف العقد، وضمان توازن المصالح المشتركة بين جميع الأطراف، ومواكبة

¹ - عبد القادر العرعاري: عقد البيع، مكتبة دار الأمان الرباط، الطبعة الثانية، 2009، ص: 74.

² - القانون رقم 51-00 الصادر في 2003/1/11 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، الجريدة الرسمية، عدد 5172.

³ - القانون رقم 44-00 الصادر في 2002/10/03 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، الجريدة الرسمية عدد 5054.

التغيرات والمستجدات في مجال الإنتاج والتوزيع ومسايرة النسق التنموي، وإيجاد النصوص القانونية التي تحكم مختلف التصرفات القانونية من ضمنها قانون 4400 المنظم لبيع العقارات في طور الإنجاز، وبالرجوع إلى نصوص هذا القانون، فإن إنشاء عقد بيع العقارات في طور الإنجاز يتم عبر مرحلتين أساسيتين: مرحلة العقد الابتدائي التي تكون بمثابة وعد ملزم لجانبين مرتب لحق تبادلي يتمثل في إبرام البيع النهائي، فالبيع الابتدائي لعقار في طور البناء يقف عند حدود إلزام أطراف العقد بالشروع في التزاماتهما بكيفية تجعل كلا من البائع يقوم ببناء العقار المبيع ودفع المشتري لجزء من الثمن، فإن هذا العقد الابتدائي ليس مقصودا لذاته، وإنما هو وسيلة هدفها الرئيسي قيام عقد بيع نهائي في إنتاج آثار أكثر فعالية بالنسبة للالتزامات البائع والتزامات المشتري¹، وعليه فعند حلول ميعاد إبرام البيع النهائي يكون طرفا البيع الابتدائي أمام فرضيتين: الأولى أن ينفذ كل واحد منهما الالتزامات التي ارتضاها حيث ينشأ عندئذ البيع النهائي بأثر فوري أي من تاريخ إبرامه، وإما أن يمتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته وفي هذه الحالة يحق للمتعاقد الآخر أن يطلب إتمام البيع تحت طائلة غرامة تهديدية، ويقوم الحكم القاضي بإتمام البيع الذي حاز قوة الأمر المقتضي به مقام العقد في تقييد الحق بالرسم العقاري وكافة الإجراءات الأخرى²، طبقا لمقتضيات الفصل 19-618 من ق.ل.ع³، والذي أعطى الحق للطرف المتضرر إذا رفض الطرف الآخر إتمام البيع داخل

¹ - علي الرام: بيع العقاري طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي أطروحة لنيل الدكتوراه في قانون الأعمال، نوقشت بجامعة محمد الأول كلية الحقوق بوجدة، السنة الجامعية 2004، ص: 169 وما يليها.

² - عبد الرحيم عدنان: دعوى إتمام إجراءات البيع بحيث نهاية الماستر نوقشت بجامعة القرويين كلية الشريعة فاس، سنة 2008-2009، ص: 19.

³ - ينص ف 19-618 من ق.ل.ع على: "إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل 30 يوما من تاريخ توصله بالإشعار المنصوص عليه في الفصل 18-618 أعلاه فيمكن للطرف المتضرر اللجوء على المحكمة لطلب إتمام البيع أو فسخ العقد الابتدائي يعتبر الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع بمثابة عقد البيع النهائي".

30 يوما من تاريخ توصله بالإشعار اللجوء إلى المحكمة لطلب إتمام البيع أو فسخ العقد، واعتبر الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع بمثابة عقد نهائي، وهذا يعني أن المشرع المغربي، قام بتنظيم دعوى إتمام البيع في هذا النوع من البيوع، بخلاف ما رأيناه بخصوص البيوع العقارية العادية والتي لم يقم المشرع بتنظيم هذه الدعوى في إطارها، وإنما العمل القضائي وكما سبقت الإشارة إلى ذلك هو الذي كرس شروطها انطلاقا من المبادئ العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود.

خامسا، حق الأفضلية أو الوعد بالترفضيل،

الوعد بالترفضيل التزام من الراغب في البيع بعدم تفضيل الغير على المشتري الموعود له، فهو التزام ينشأ بإرادتين لا تلتزم فيه سوى إرادة واحدة، هي إرادة الراغب في البيع، وأما المشتري (الموعود له) فهو بالخيار إن شاء تقدم ليطالب بإتمام البيع وإن شاء عدل، والوعد بالترفضيل شبيه بالوعد بالبيع والفارق بينهما يرجع إلى أنه في الوعد بالبيع ينشأ الالتزام بالوعد منذ التوقيع على العقد، وأما في الوعد بالترفضيل فلا ينشأ إلا عند الرغبة في البيع وأما قبلها فلا شيء على الواعد، ولذلك فحينما تحصل الرغبة في البيع ينشأ الوعد بالترفضيل، وبنشأته ينشأ معه الوعد بالبيع بالطبع في جميع أحكامه وتعلقاته وقیوده¹، وفق أشرنا إليه أعلاه.

¹ - عبد الرحمان بلعگید، م.س، ص: 255-256.

المبحث الثاني: صور دعاوى إتمام البيع العقاري والدفوع المثارة فيها

تفتح الدعوى بمقال يرفعه المدعي يوضح فيه طلباته، ويمكن أن يعدل من نطاقه إيجاباً أو سلباً عن طريق تقديم طلب إضافي لأجل تدارك ما فاتته من وقائع وأسباب وأسس مفيدة، وكما يلاحظ فإن موضوع طلبات المدعي تتنوع وتختلف بحسب نوع المعاملة السابقة التي كانت بين الأطراف، وتتنوع تبعاً للغاية من دعوى إتمام إجراءات البيع، وفي مقابل الطلب الذي يقدمه المدعي، فإن من حق المدعي عليه أن يتقدم بمجموعة من الدفوع سواء تعلق الأمر بالدفوع بعدم القبول أو بالدفوع الشكلية أو الدفوع الموضوعية.

ولمناقشة هذه النقط فسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لمناقشة صور دعاوى إتمام إجراءات البيع وسنخصص الثاني للدفوع المثارة من المدعي عليه.

المطلب الأول: صور دعاوى إتمام إجراءات البيع

تتم مباشرة الدعوى بواسطة الطلب الأصلي أو المقال الافتتاحي الذي يتقدم به المدعي، وذلك وفقاً للأحكام المنصوص عليها في الفصل 31¹، و32² من ق م م، ودعوى إتمام إجراءات البيع كباقي الدعاوى تفتح بمقال مكتوب، ويسجل المقال في سجل معد لذلك برقم، ثم يفتح له ملف ويحال على رئيس المحكمة الذي يعين قاضياً مقررًا. ولتكون هذه الدعوى صحيحة لا بد من توافر ثلاث عناصر في المقال الافتتاحي وهي:

¹ - سبقت الإشارة إليه في المبحث الأول من هذا الفصل.

² - سبقت الإشارة إليه في المبحث الأول من هذا الفصل.

أطراف الدعوى - غالبا ما يكون البائع والمشتري - وسببها وموضوعها وهو ما يطلب المدعي في مقاله الحكم به.

وتتنوع صور الدعاوى التي يمكن أن يتقدم بها المدعي باختلاف موضوع الطلبات والالتزامات الملقة على عاتق المدعى عليه.

ومن أمثلة الحالات التي ترفع فيها دعوى إتمام إجراءات البيع:

- حالة امتناع البائع عن تقديم المستندات والشهادات اللازمة للتسجيل بالرسم العقاري.

- حالة امتناع البائع عن تقديم مستندات إثبات أصل الملكية.

- حالة امتناع البائع عن المصادقة على توقيعه لدى المصالح المختصة إذا كان عرفيا رغم تسلم ثمن المبيع.

وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية بمراكش في حكم¹ لها جاء فيه:

"حيث إن طلب المدعين يرمي إلى الحكم على المدعى عليهما بإتمام إجراءات البيع.

وحيث إنه من المعلوم أن دعوى إتمام إجراءات البيع لا تتخذ صورة واحدة بل إنها تتنوع وتختلف تبعا للغاية منها، فإما أن ترمي إلى التوقيع على عقد البيع النهائي، أو إنجاز رسم عقاري فرعي، أو تظهير العقار المبيع من التحملات العالقة به من حجز أو رهن، أو تسليم للمبيع إلى غير ذلك، والمدعي لم يحدد ماذا يريد من دعواه الحالية المقدمة بشكل عام"

وسنتناول هذا المطالب من خلال دراسة أهم الدعاوى الرامية إلى رفع الموانع من التقويت (فقرة أولى) على أن نقوم بالتطرق إلى الدعاوى الرامية إلى تحرير عقد البيع النهائي في (فقرة ثانية).

¹ - حكم رقم 1460 بتاريخ 2009/12/08 ملف رقم 2009/09/128 غير منشور.

الفقرة الأولى: الدعاوى الرامية إلى رفع الموانع من التفويت

إن عقد بيع العقار المحفظ لا ينشئ أثره سواء في مواجهة الأطراف والغير إلا بتسجيله في السجل العقاري، ومشتري العقار المحفظ يكون ملزماً بتسجيله في الرسم العقاري حتى يكون له وجود قانوني، ويتم الاحتجاج به في مواجهة الكافة، ويعرف كل متعامل مع صاحب العقار المحفظ مدى حق المالك في ملكيته، ومدى خلو هذه الملكية أو ثقلها باتفاقات أو رهون أو غيرها¹، وهذا ما تؤكد مقتضيات الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري التي تنص على :

"إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التسجيل، دون الإضرار بحقوق الأطراف بعضهم على بعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم".

وعقد بيع العقار غير المسجل بالرسم العقاري ينشئ التزامات شخصية على عاتق كل من البائع والمشتري، ويمكن لهذا الأخير إذا حال مانع دون تسجيله للعقد أن يلجأ إلى القضاء عن طريق دعوى إتمام إجراءات البيع، ليلزم البائع باتخاذ الإجراءات الضرورية لرفع الموانع من التفويت تنفيذاً لالتزامه بنقل الملكية وهذا ما قرره القضاء، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى² ما يلي:

"حيث إن البائع لكل حق عيني محفظ يلتزم بنقل الحق المبيع للمشتري كما يلتزم بضمان هذا النقل ليتأتى للمشتري الحصول على النتائج القانونية المترتبة على البيع وذلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لذلك...

¹ - هشام ابن الصديق: دعوى إتمام إجراءات بيع العقار المحفظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر، ماستر القوانين الإجرائية والمدنية، جامعة القاضي عياض السنة الجامعية 2010-2011 ص 98.

² - قرار مدني عدد 265 بتاريخ 1968/6/12 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 2004، ص 7.

وحيث إن امتناع البائع من اتخاذ الإجراءات الضرورية لتقييد البيع في الرسم العقاري يكون إخلالا بالالتزامات بضمان نقل الحق المبيع ويوجب على المحاكم أن تجبر البائع على القيام بما التزم به سواء على إثر دعوى أصلية قام بها المشتري أو على إثر طلبه إدخال البائع في الدعوى بصفته ضامنا في نطاق الفصل 117 من ق م م".

ومن بين العراقيل التي يمكن للمشتري أن يطلب رفعها، حتى يتمكن من تسجيل عقد البيع وبالتالي التصرف واستعمال واستغلال عقاره نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

أولا، طلب رفع الرهن؛

عرف ابن عرفة الرهن بقوله : الرهن مال قبض توثقا به في دين ويمكننا أن نعرفه تعريفا أكثر دقة ووضوحا، بأنه عقد بين الدائن والمدين يتفقان فيه على أن يخصص المدين أو من يعمل لمصلحته شيئا ماليا معينا يضمن للدائن دينه وليكون له الحق - قبل غيره من الدائنين - في استيفاء دينه من ثمن ذلك الشيء إذا لم يوف بالدين عند حلوله.¹

ثم إذا وقع الاتفاق على أن يحوز الدائن أو من يحمل لمصلحته ذلك الشيء المرهون فإننا نكون بصدد الرهن الحيازي². وإذا وقع الاتفاق على أن يكتفي

¹ - محمد ابن معجوز: "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 1990، ص 445.

² - عرف الفصل 1170 من ق.ل.ع الرهن الحيازي بقوله: الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا لضمان الالتزام، وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف به المدين.

بتسجيل عقد الرهن في السجل الخاص بالشيء المرهون فإننا نكون بصدد الرهن الرسمي¹.

وهكذا يمكننا أن نعرف الرهن الحيازي بأنه عقد يضع بمقتضاه المدين أو من يعمل لمصلحته مالا معيناً تحت حيازة الدائن أو نائبه ضماناً لدينه، فهذا الرهن ينعقد بمجرد تراضي الطرفين ولكنه يشترط بالنسبة للرهن الحيازي الواقع على عقار -محفظ- شرطين آخرين هما:

1 - أن يكون عقد الرهن مكتوب (الفصل 100 من ظهير 19 رجب).

2 - أن يكون لمدة معينة (الفصل 100 المذكور)².

كما يمكن تعريف الرهن الرسمي: بأنه حق عيني عقاري تبقي لا يقبل التجزئة ويتعين إشهاره بالمحافظة العقارية، ولا يتطلب خروجه من حيازة المدين.

ويمكن أن يكون العقار موضوع البيع مثقلاً برهن سواء كان حيازياً أو رسمياً والصورة الغالبة أن يكون العقار مثقلاً برهن رسمي.

ولفاعلية الرهن الرسمي، نجد في الوقت الراهن يتصدر باقي الضمانات العينية والشخصية الأخرى، فتلتجئ إليه مؤسسات الائتمان العامة والخاصة على حد سواء، وفي مقدمتها مختلف الأبنك³. ويكون للمشتري إمكانية اللجوء إلى دعوى إتمام إجراءات البيع إذا التزم البائع في عقد البيع برفع الرهن داخل أجل

¹ - عرف الفصل 157 من ظهير 19 رجب الرهن الرسمي حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء التزام، وهو بطبيعته لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة له وعلى كل واحد وعلى كل جزء منها ويتبعها في أي يد انتقلت إليها.

² - محمد ابن معجوز: م.س. ص 445.

³ - محمد سلام: تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002، ص 3.

محدد ولكنه لم ينفذ ما التزم به كما لو لم يَقم بأداء الديون التي من أجلها قدم الرهن لسداد مبلغ القرض، لأن البائع ملزم بتسليم المبيع للمشتري تسليماً مادياً وقانونياً ضامناً بذلك استحقاق العقار المبيع.

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بمراكش¹ في قرار لها جاء فيه:

"وحيث إن المستأنف لم يثبت رفعه الرهون المقيّدة بمطالِب التحفيظ بشأن أسهمه وهو ما يعيق المستأنف من تسجيل شرائه في حدود الأسهم موضوع عقد البيع المدلى به بخصوص حصة المستأنف، وأن الطرف البائع ملزم بتسليم للمشتري تسليماً مادياً وقانونياً بإنجاز التسجيلات والتقييدات اللازمة، مما يبقى معه الحكم الابتدائي مؤسساً قانوناً وجديراً بالتأييد".

وفي نفس الإطار جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالبيضاء² ما يلي:

"حيث إن البائع ملزم بضمان نقل المبيع للمشتري للحصول على النتائج القانونية المترتبة عن البيع وذلك بتقييد البيع في الرسم العقاري، وأن امتناع البائع عن رفع الرهن الرسمي الواقع على الرسم العقاري يعتبر إخلالاً بالتزامه بضمان الاستحقاق (انظر قرار المجلس الأعلى منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 59 - 60 ص 82).

حيث يتعين تبعاً لذلك الحكم على المدعى عليهم بإتمام البيع وذلك باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتمكين المدعين من تسجيل مشتراهم بالرسم العقاري عدد 12 / 159782 و برفع الرهن الرسمي المسجل بالرسم العقاري المذكور....".

¹ - قرار رقم 295 صدر بتاريخ 2010/3/25 رقمه 2009/7/695 غير منشور.

² - حكم عدد 888 صادر بتاريخ 30-03-2010 ملف رقم 09/21/3375، حكم غير منشور.

بيد أنه إذا توفي البائع وترك العقار متقلاً برهن رسمي كضمانة لسداد مبلغ دين، فلا يمكن للمشتري في هذه الحالة مطالبة ورثة البائع بسداد قيمة الدين الذي كان موضوع الرهن، فلا يمكن إجبار الورثة على أداء الديون، كما أن هذه الأخيرة لا تنتقل إليهم وإنما تخرج من التركة قبل اقتسامها، وبعبارة أخرى فالورثة لا يجبرون في أموالهم الخاصة وفي هذا الصدد جاء في حكم المحكمة الابتدائية بمراكش¹:

"حيث إن طلب المدعين يرمي إلى الحكم على المدعى عليهم بإتمام إجراءات البيع وذلك بتطهير العقار من الرهنيين الواقعيين عليه والحجز الواقع عليه كذلك، وحيث إن هذا الطلب وجه إلى المدعي عليهم بصفتهم الشخصية بعلّة أنهم ورثة الهالك البائع وأنهم بهذه الصفة فهم ملزمون بتطهير الرسم العقاري من التحملات الواقعة عليه على النحو الذي يمكنهم من تسجيل شرائهم في الصك العقاري.

لكن حيث أن القيام بإجراءات التطهير تفترض قيام المدعى عليهم بأداء الديون الذي من أجلها قدم الرهن كضمانة لسداد مبلغ القرض، بمعنى تحميل الورثة المذكورين بتحملات وإلزامهم بديون مورثهم، والحال إن ذمتهم المالية مستقلة تمام الاستقلال عن ذمة مورثهم الهالك وإنه ولئن كانوا مجبرين على تنفيذ التزامهم، فإن ذلك لا يفيد كونهم ملزمون بديونهم، فالذي ينتقل هو الحق لأن من مات عن حق فوارثه، أما الديون فلا تنتقل ولا يجبر الورثة على أدائها، وإنما تخرج من تركة الذي هلك بصفة امتيازية وقبل اقتسامها، وبالتالي فلا يمكن جبر الورثة على أداء ديون مورثهم من ذمتهم المالية الخاصة، وإن كل قول بخلاف ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تداخل واختلاط في الذمم، وهي نظرية لا يعمل بها في

¹ - حكم رقم 682 بتاريخ 2007/05/31 ملف رقم 2007/09/95 غير منشور.

إطار العلاقة الشرعية التي تجمع بين السلف باعتباره المورث وبين خلفه العام الذي هو وارثه.

وحيث إنه اعتبارا لكل ما ذكر، فإن توجيه الدعوى ضد المدعى عليهم يجعلها موجهة بصفة غير سليمة، ويلزم لذلك الحكم بعدم قبولها".
وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على المدعي - المشتري - إثبات كون العقار متقلا برهن، وذلك بأن يدلي بشهادة المحافظة العقارية التي تثبت وجود الرهن بالفعل حتى تكون دعواه مقبولة.

وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية بمراكش¹ في حكم لها جاء فيه:
"حيث إن طلب المدعي يهدف الحكم على المدعى عليهما برفع الرهنين المسجلين بالصك العقاري عدد 3829 ع/22.

وحيث إن الطلب على حالته قدم معيبا شكلا لعدم الإدلاء بشهادة المحافظة العقارية، حتى نتحقق من الرهنين موضوع طلب التسطيب..."

ثانيا، طلب رفع الحجز.

نظم المشرع المغربي الحجز في الفصول 452 إلى 503 من قانون المسطرة المدنية.

ويعتبر الحجز طريقا من طرق التنفيذ الجبري يمكن الدائن من ضمان استيفاء حقه، وتختلف طرق الحجز الواجبة الاتباع باختلاف طبيعة المال المراد الحجز عليه²، وبالرجوع إلى الفصول المنظمة للحجز في قانون المسطرة المدنية، نجد أن المشرع المغربي قد عالج خمسة أنواع من الحجز وهي على

¹ - حكم رقم 485 بتاريخ 2009/04/09 ملف رقم 2009/09/56 غير منشور.

² - يونس الزهري، الحجز لدى الغير في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية سنة 2005، ص43.

التوالي: الحجز التحفظي، والحجز التنفيذي، والحجز لدى الغير والحجز الارتهاني والحجز الاستحقاقي¹.

والذي يهمننا نوعين من الحجز وهما الحجز التحفظي والحجز التنفيذي باعتبارهما يقعان على العقارات.

إلا أنه في الواقع العملي غالباً ما يلجأ الدائن إلى الحجز التحفظي نظراً ليسره، فقد سمح المشرع بإيقاعه دون الحصول على سند تنفيذي، عكس الحجز التنفيذي الذي لا يمكن إيقاعه إلا إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي.

بالإضافة إلى ذلك فالمشرع لم يشدد في الشروط المتطلبة لاستصدار الأمر بإيقاعه.^{2،3} إذ أنه أجاز إيقاع هذا الحجز لضمان أداء دين محقق وله ما يرجح جديته وتحققه⁴.

وهذا ما أكدته المجلس الأعلى⁵ في قرار له جاء فيه:

"حقاً حيث إن المحكمة حين رفضت طلب المحجوز عليهم برفع الحجز الواقع على عقارهم معللة ذلك بأن شبهة المديونية تحوم بالقضية وأن طالبة الحجز تعتبر نفسها مغبونة وأعطت أكثر مما أخذت وأن مهمة القانون الحرص على إقامة تكافؤ بين المتعاقدين في حين أن الحجز التحفظي يفترض وجود دين له ما

¹ - يونس الزهري: م.س، ص: 43.

² - يونس الزهري: م.س، ص: 75.

³ - ينص الفصل 452 ق.م.م "يصدر الأمر المبني على الطلب بالحجز التحفظي من رئيس المحكمة الابتدائية ويحدد هذا الأمر ولو على وجه التقريب مبلغ الدين الذي رخص الحجز بسببه ويبلغ هذا الأمر وينفذ دون تأخير".

تنص مقتضيات الفصل 455 على أنه "إذا تعلق الحجز التحفظي بعقار محفظ أو في طور التحفيظ فإن الأمر الصادر به يوضع بالمحافظة العقارية لتسجيله بالرسم العقاري بسعي من المستفيد منه.

⁴ - يونس الزهري، م.س، ص: 45.

⁵ - قرار المجلس الأعلى عدد 337 في الملف المدني عدد 89/359 مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية، الجزء 2، 1983 - 1991، ص: 619.

يرجح جديته وتحققه، بينما الحجز المطلوب رفعه إنما اتخذ لضمان ما قد تحكم به محكمة الموضوع من تعويض مترتب عن حقوق مازالت موضوع منازعة أمام المحكمة، مما يفيد أن الدين المراد المحافظة على الوفاء به بالحجز مازال مجرد ادعاء ولم يقم عليه ما يثبت صحته وحقيقته، وبالتالي تكون المحكمة قد خرقت مقتضيات الفصل 452 من ق.م.م وعرضت قضاءها للنقض".

ومن بين الحالات التي يمكن فيها للمشتري اللجوء إلى موضوع عقد البيع مثقلا بحجر تحفظي، وذلك من أجل إلزام البائع - المدعى عليه - برفع الحجز والسماح له بتسجيل عقده، إذ لن يتأتى له ذلك إلا بعد التشطيب على الحجز المقيد على الصك العقاري.

وجاء في حكم للمحكمة الابتدائية بمراكش¹:

"وحيث إنه بالاطلاع على شهادة المحافظة العقارية المدلى بها من طرف المدعي، والمؤرخة في 20/03/2006، يتضح أن العقار المدعى فيه مثقل بحجز تحفظي قيد بتاريخ 06/05/2005 "سجل 222 عدد 1351" ضمنا لدين قدره مليون وخمسمائة ألف درهم لفائدة السيد محسن الزبيري.

وحيث إن الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية ينص على ما يلي:

" لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها، ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه، ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعا كان أو بعوض مع وجود الحجر باطلا وعديم الأثر".

¹ - حكم رقم 420 بتاريخ 25/04/2006 ملف رقم 359/09/2005.

وحيث إن إتمام البيع بين الطرفين يتعارض إذن مع مقتضيات الفصل المذكور، ولا يمكن الاستجابة إليه إلا بعد التشطيب على الحجز التحفظي المقيد على الصك العقاري موضوع الوعد بالبيع".

وفي قرار لمحكمة الاستئناف بفاس قضت وهي تنظر في إحدى الطلبات الرامية لإرغام البائع على اتخاذ الإجراءات اللازمة لتشطيب على الحجز التحفظي بما يلي¹.

"حيث إن العلاقة التعاقدية بين الطرفين ثابتة بمقتضى عقد البيع المحرر من طرف الموثق بتاريخ ... والذي لم يكن محط أي طعن قانوني مما يجعله منتجا لأثاره القانونية بالنسبة لطرفيه.

وحيث إنه من الثابت قانونا أن البائع ملزم بنقل ملكية المبيع للمشتري وذلك بالقيام بكل الإجراءات ليتمكن المشتري من تسجيل شرائه في الرسم العقاري.

وحيث ثبت من خلال وثائق الملف ثمة شهادة من الرسم العقاري أن العقار المبيع مثقل بحجز تحفظي لفائدة الغير وهو أمر من شأنه أن يعرقل عملية تسجيل الشراء بالمحافظة العقارية مما يبقى معه الطلب الهادف إلى تطهير الرسم العقاري من ذلك الحجز أمر مؤسس ويتعين للاستجابة له"

فعدم تسجيل المشتري بالرسم العقاري، يخلق لنا وضعية قانونية متناقضة، حيث إن حالة الرسم العقاري لا تعكس حالة العقار، وهذا الاختلاف بين الحالة القانونية والحالة الواقعية هي ما يعرف بعدم تحيين الرسوم العقارية، فيكون العقار على مستوى الواقع مملوك لشخص معين، في حين على المستوى القانوني يعتبر مملوكا للبائع الذي ما زال محتفظا بملكيته، لذا يتعين على المشتري اتخاذ

¹ - قرار عدد 598 بتاريخ 2007/12/26 في الملف العقاري رقم 2008/07/110.

الإجراءات القانونية من أجل نقل الملكية إليه، وفي حالة رفض البائع، يحق له رفع دعوى إتمام إجراءات البيع من أجل تسجيل شرائه¹.

الفقرة الثانية: الدعاوى الرامية إلى تحرير عقد البيع النهائي

غالبا ما ترفع دعوى إتمام إجراءات البيع بمناسبة بعض التصرفات التمهيديّة والذي يعمل المتبايعان من خلالها على التمهيد للبيع النهائي، والغرض من التصرفات التمهيديّة -البيع التمهيدي- تأمين الصفقة أو ضمان سلامتها في القانون والواقع، والغاية دوما تختلف، باختلاف المقاصد والظروف².

ومن أهم البيوع التمهيديّة نذكر، الوعد بالبيع، والبيع المقترن بدفع عربون، والبيع الابتدائي والوعد بالتفضيل، والمتعمّن في هذه البيوع يلاحظ بأنها في منزلة وسطى بين المنزلتين فوق الإيجاب ودون البيع النهائي ليتوقف تمام البيع فيها على إرادة أحد المتبايعين أو هما معا أو تحقق الأجل أو الشرط إذا علق عليهما³.

فدعوى إتمام إجراءات البيع تأتي بعد أن تكون هناك معاملة سابقة بين الأطراف وامتنع بعدها المدعى عليه عن إتمام إجراءات البيع.

لذا فإذا امتنع البائع عن القيام بما هو ضروري لانتقال الملكية للمشتري، فمن حق هذا الأخير اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بإلزامه بتحرير عقد البيع النهائي:

ومن أمثلة الحالات التي يقوم فيها المشتري بتقديم طلب تحرير عقد البيع النهائي تلك التي يبرم مع البائع - المدعى عليه - عقد وعد بالبيع، يلتزم بمقتضاه

¹ - هشام آيت الصديق: دعوى إتمام إجراءات بيع العقار المحفظ، م.س. ص 100.

² - عبد الرحمان بلعكيد: وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2001، ص 40.

³ - عبد الرحمان بلعكيد: م.س. ص 240.

هذا الأخير بإنجاز عقد بيع نهائي عند حلول الأجل المتفق عليه أو عند أداء كامل الثمن.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية بمراكش بما يلي:¹

"حيث أمرت المحكمة تمهيداً بإجراء خبرة على موضوع التزام أجريت بواسطة الخبير امحمد المنصوري الذي خلص إلى القول أن الشقة رقم 3 عمارة رقم 2 الطابق الأول المحاميد تجزئة الراحة اسكجور تتعلق بالرسم العقاري الفرعي عدد 04/84.476 المستخرج عدد 04/75.173:

وحيث يستفاد من وثائق الملف، وخاصة نسخة طبق الأصل من عقد الوعد بالبيع أن المدعى عليهم يرتبطون مع المدعي بشأن الشقة موضوع الوعد بالبيع، والتزموا بإنجاز عقد بيع نهائي معه بمجرد أداء كامل الثمن وقدره 240.000,00 درهم

وحيث عزز الطرف المدعي مقاله بست وصولات مطابقة الأصل تحمل على التوالي المبالغ 10.000,00 درهم + 10.000,00 درهم + 10.000,00 درهم + 10.000,00 درهم + 10.000,00 درهم + 30.000,00 درهم + 30.000,00 درهم + 30.000,00 درهم.

كما أدلى أيضاً بأصل وصل إيداع مبلغ 40.000,00 درهم بصندوق المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2006/10/09 حساب رقم 57365 وصل رقم 3834.

وبذلك يكون المدعي قد أدى كامل الثمن المحدد في الوعد بالبيع، ووفى بالتزاماته العقدية، مما يجعله محقاً في مطالبة المدعي عليهم بتنفيذ التزامهم طبقاً لمقتضيات الفصل 234 من قانون الالتزامات والعقود.

¹ - حكم رقم 275 بتاريخ 2009/02/26 ملف رقم 2007/09/8 غير منشور.

وحيث من الثابت قانوناً أن كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية وبكل ملحقات الالتزام التي يعززها القانون عملاً بالفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود.

وحيث في نازلة الحال، فإن ثبوت أداء المدعي لكامل الثمن المتفق عليه يجعل المدعى عليهم ملزمون بإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية، وذلك بضمانهم لنقل ملكية الشقة المباعة إلى المدعي موضوع الرسم العقاري عدد 04/84476، المتكونة من القسمة المعززة رقم 46 - 46، أ مساحتها 94 سنتيماً المشتملة على شقة بالطابق الأول، وكذا 1000/271.756 من الأجزاء المشتركة من الملك موضوع الرسم العقاري الأصلي عدد 75173/م المتكونة من العمارة الكائنة بمراكش المحاميد واعتبار هذا الحكم بمثابة عقد بيع نهائي بين الطرفين".

وجاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالبيضاء¹ ما يلي:

"... حيث أن الثابت من الشهادة المسلمة من البنك المذكور أعلاه بصفته المانح للقرض لفائدة المدعي المشتري، بتاريخ 25 نونبر 2009 المضاف للملف أنه قام بعرض شيك بمبلغ خمسة ملايين وتسعمائة وعشرين ألف (5920000) درهم الذي يمثل باقي الثمن، بعد خصم مبلغ العربون كما هو مفصل أعلاه، في اسم الموثقة فائزة بنسليمان باعتبارها محررة الوعد بالبيع أعلاه وباعتبارها الجهة الموكلة إليها تحرير عقد البيع النهائي على هذه الأخيرة بتاريخ 23 نونبر 2009، أي داخل الأجل الجديد الممنوح للمدعي من طرف المدعى عليهم، فرفضت تسلم الشيك المذكور بيد أن عرض الثمن أو إيداعه بين يدي الموثق المكلف بتحرير العقد النهائي للبيع يعد عرضاً صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية الشيء الذي يكون معه المدعي قد نفذ ما التزم به من جانبه بمقتضى الوعد بالبيع أعلاه خلال الأجل المحدد، بيد أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام

¹ - حكم عدد 862 صدر بتاريخ 2010/03/30 ملف رقم 2010/21/106.

القانون بالنسبة إلى منشئها هذا علاوة على أن كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، ويترتب عن ذلك إلزام المدعى عليهم بتنفيذ التزامهم المقابل المضمن في عقد الوعد بالبيع أعلاه والمتمثل في إبرام عقد بيع نهائي مع المدعي بخصوص العقار موضوع الرسم العقاري المذكور بقوة الفصول 230، 231، 234، و235 من نفس الظهير أعلاه. وهذا ما أكدته المجلس الأعلى من خلال ما صدر عنه من قرارات في نفس الموضوع نذكر منها القرارات عدد 3757 الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2000 من الملف المدني عدد 9902/01/1890 وهذا القرار غير منشور ومشار إليه بكتاب قضاء المجلس الأعلى في قانون الالتزامات والعقود إلى غاية 2005 لمؤلفه توفيق عبد العزيز وعدد 2144 الصادر بتاريخ 20 يوليوز 2005...

وحيث إنه مادام قد تم الحكم بإتمام البيع موضوع الوعد بالبيع أعلاه وذلك بإبرام عقد بيع نهائي بين الطرفين والذي يخضع لإرادة المدعى عليهم فإنه لا مانع يمنع من اعتبار هذا الحكم في حالة رفض المدعى عليهم إبرام عقد نهائي مع المدعي، بمثابة عقد بيع نهائي للبيع، مما يكون معه طلب المدعي هذا هو الأخير مبررا ويتعين بالتالي للاستجابة إليه...".

ومن الأمثلة كذلك على مطالبة المشتري بإتمام إجراءات البيع وتحرير عقد نهائي حالة عقد بيع ابتدائي، فإذا حل أجل تحرير العقد النهائي وامتنع البائع عن إتمامه كان للمشتري مراجعة المحكمة للمطالبة بإتمام إجراءات البيع ويكون الحكم بمثابة عقد يرتب جميع آثاره.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمدعي - المشتري - أن يتقدم بطلب من أجل السماح له بتسجيل عقده في الرسم العقاري.

إذا كان عقد البيع نهائي، وحال مانع دون القيام بذلك: وفي هذا الإطار جاء في حكم المحكمة الابتدائية بمراكش ما يلي:¹

"حيث يروم الطلب إتمام إجراءات البيع وذلك بالتشطيب على إرادة البائع من الصك العقاري وتسجيله وأمر السيد المحافظ بهذه الإجراءات وذلك تحت غرامة تهديدية لا تقل عن 500 درهم عن كل يوم تأخير مع النفاذ المعجل.

وحيث عزز المدعي طلبه بصورة طبق الأصل من عقد بيع مصادق على توقيع البائع فيها من طرف السلطة المحلية بتاريخ 1993/6/5، تثبت قيام مورث المدعي عليهم ببيع حقوقه المشاعة وقدرها 2288/1440 في الملك موضوع الصك العقاري عدد 1546/م كما أدلى بصورة عن رسم إرادة تثبت وفاته وحق المدعى عليهم مورثة.

وحيث إن البيع لا يكون تاما وناقلا للملكية إلا بتسجيله بالصك العقاري طبقا للفصل 67 من ظهير 13 غشت 1913 المنظم لمسطرة التحفيظ العقاري.

وحيث إن الالتزامات لا تلزم المتعاقدين فقط وإنما تنتج أثر ما بين ورثتهما خلفائهما، طبقا للفصل 229 ق.ل.ع".

¹ - حكم رقم 279/6/09 صدر بتاريخ 2007/4/9 غير منشور.

المطلب الثاني: الدفع المثارة من المدعى عليه

تحقيقاً للعدالة والإنصاف مكن المشرع المغربي كغيره من التشريعات الأخرى المدعى عليه من الدفاع عن نفسه وماله أمام القضاء بواسطة الدفع، ويقصد بها جميع الوسائل التي يمكن للمدعى عليه التمسك بها ليقاوم الحكم بطلبات خصمه، كما أنه من حق المدعى تقديم دفع للرد على الطلبات العارضة للمدعى عليه سواء من حيث موضوعها أو إجراءاتها.

وتنقسم الدفع إلى ثلاثة أنواع وهي الدفع الشكلى والدفع بعدم القبول والدفع الموضوعية، وهو ما سنعمل على تناوله في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: الدفع بعدم قبول الدعوى والدفع الشكلى:

أولاً: الدفع بعدم قبول الدعوى

الدفع بعدم قبول الدعوى هو الذي لا يوجه إلى إجراءات الخصومة ولا يوجه إلى ذات الحق المدعى به بل يرمي إلى إنكار سلطة المدعى في استعمال الدعوى، فالدفع بعدم القبول توجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة¹.

وقد تبني المشرع المغربي الدفع بعدم القبول في قانون المسطرة المدنية، وأوجب طبقاً لأحكام الفصل 49 منه "أن يثار في أن واحد وقبل دفاع في الجوهر الدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو لارتباط الدعويين والدفع بعدم القبول وإلا كان الدفاع غير مقبولين".

¹ - عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية م.س، ص: 234.

يلاحظ من أحكام هذا الفصل أن المشرع المغربي قد سوى بين الدفع بعدم القبول والدفع الشكلية بخصوص الوقت الذي يجب التمسك فيه بهذه الدفع. ويثير الدفع بعدم القبول عدة صعوبات على مستوى التطبيق ويتمثل ذلك فيما يثار بصدد من نقاش فيما إذا كان يعتبر دفعا موضوعيا أو دفعا شكليا¹.

- ويخصوص موقف القضاء فكان مختلف فهناك من اعتبر هذا الدفع شكليا ملتزما بحرفية الفصل 49 من ق.م.م، وهناك موقف آخر اعتبره دفعا موضوعيا بحيث لا يطبق الفصل المشار إليه تطبيقا حرفيا.

ومن القرارات الملتزمة بحرفية نص الفصل 49 والمعتبرة أن الدفع بعدم القبول دفع شكلي قرار المجلس الأعلى²، الذي جاء فيه:

"لكن حيث إن المحكمة اعتبرت - وعن وصواب - أن الدفع بالتقادم يسقط الدعوى المتعلقة بالالتزامات ويؤدي إلى عدم قبولها نظرا لحالة البطلان التي يجب إثارتها قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر طبقا لفصل 49 من ق.م.م....

ومن القرارات المتحررة وغير الملتزمة بحرفية الفصل 49 من ق.م.م ما قام بتطبيق بعض الدفع بعدم القبول على أنها دفاع في الموضوع نذكر قرار محكمة الاستئناف بالرباط المنشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف - بالرباط الجزء الأول، ص: 212.

¹ - الجبلاي عكبي، دعوى صحة التعاقد على البيع في الميدان لعقاري م.س، ص: 246

² - قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية الأولى القسم الثاني عدد 263 وتاريخ 90/1/7 ملف مدني 84/1029 غير منشور.

ثانياً، الدفوع الشككية،

يقصد بالدفوع الشككية "الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه¹."

ويجب إبداء الدفوع الشككية قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك بها وذلك طبقاً للفصل 49 من ق.م.م الذي ينص على أنه "يجب أن يشار في آن واحد وقبل كل دفاع في الجوهر الدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو لارتباط الدعويين والدفع بعدم القبول وإلا كان الدفاع غير مقبولين."

يسرى نفس الحكم بالنسبة لحالات البطلان والإخلالات الشككية والمسטרية التي لا يقبلها القاضي إلا إذا كانت مصالح الطرف قد تضررت فعلاً". وفي دعوى إتمام إجراءات البيع يجب إثارة هذه الدفوع قبل تقديم الدفوع الموضوعية وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها جاء فيه:² "تكون محكمة الاستئناف قد صادفت الصواب عندما صرحت برفض الدفوع المثارة لأول مرة أمامها وبعد المناقشة في موضوع الدعوى لأن الدفوع المذكورة لم تكن تعارض الطاب المتعلق بجوهر الحق لمدعى به وإنما تثير بطلاناً في الشكل".

¹ - عبد الكريم الطالب م.س.ص: 219.

² - قرار عدد 63 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1967/12/13، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية 1966-1982 ص: 583.

وكقاعدة عامة تثبت المحكمة في الدفوع الشكلية قبل النظر في موضوع الدعوى إذا تبين لها أن الدفع المذكور يستلزم البحث في الموضوع على أنه للمحكمة بعد ذلك أن تفصل في الدفع الشكلي وحده¹.

وأهم الدفوع الشكلية التي تثار على مستوى الواقع العلمي نذكر.

الدفع بانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة:

فحسب مقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية²، "فإنه لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه".

من خلال هذا الفصل يتضح أن الشروط الواجب توافرها في المدعي لكي يقيم دعواه بكيفية صحيحة الصفة والأهلية والمصلحة، وإذا تخلف أحد هذه الشروط فيمكن للمدعى عليه الدفع بانعدامها وبالتالي عدم قبول الدعوى.

ويجب على المدعي أن يثبت صفته فإذا لم يفعل فمن حق المدعى عليه الدفع بعدم إثباتها.

وهذا ما أكدته حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش جاء فيه:³

"وحيث تبين للمحكمة ومن خلال تصفحها لوثائق الملف صحة ما نعتبه المدعى عليها الثانية في مواجهة طلب المدعية أعلاه، إذ أنها لم ترفق فعلا مقالها ولم تعزز دعواها بأية حجة مقبولة شرعا من حيث الإثبات تثبت صحة ادعاءاتها، مما يجعل صفتها غير قائمة في الدعوى باعتبارها موعود لها بالبيع من طرف المدعى عليه الأول".

¹ - عبد الكريم الطالب، م.س، ص: 220.

² - راجع الفقرة المتعلقة بشكليات الطلب.

³ - حكم رقم 284 بتاريخ 2009/03/02 في ملف رقم 2008/09/751، غير منشور.

وفي هذا الصدد يطرح تساؤل حول ما إذا لم يتمسك المدعى عليه بهذا الدفع وكانت الصفة غير ثابتة فهل من حق المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها؟. للجواب على هذا السؤال سنعود إلى مقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية الذي تنص "يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة والأهلية والمصلحة" فمن خلال هذا الفصل يتضح لنا أن الصفة من النظام العام باستعمال المشرع لعبارة " يثير القاضي تلقائيا" وبالتالي فإذا لم يتمسك المدعى عليه بهذا الدفع فمن حق المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.

وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية بمراكش في حكم لها جاء فيه:¹
"وحيث إنه لا يصح التقاضي إلا ممن كانت له الصفة اللازمة للإدعاء، والصفة من النظام العام تثيرها المحكمة تلقائيا".

كما يمكن للمدعى عليه أن يثير دفعا يتمثل في انعدام أهلية² المدعي في التقاضي كأن تكون سنه تقل عن 18 سنة أو مصاب بسفه أو جنون، ويمكن له كذلك الدفع بانعدام المصلحة إذ لا دعوى بلا مصلحة.

ويثار إشكال بخصوص رفع الدعوى ضد ميت، فهل تكون مقبولة أم لا تقبل لانعدام أهليته؟ وهل يلزم الدفع بذلك أم أن المحكمة تراقب تلقائيا هذه الشروط؟.

للإجابة على هذا الإشكال سنعود لاجتهاد المجلس الأعلى بخصوص تقديم الطعن بالنقص، الذي أكد أن الطعن ضد ميت يكون غير مقبول بل يجب توجيهه

¹ - حكم رقم 419 بتاريخ 25/04/2006 ملف رقم 140/09/2006، غير منشور

² - ما قبل عن شرط الصفة يقال بشأن شرطي الأهلية والمصلحة في كونهما يثاران قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك بهما كما أنهما يعتبران من النظام العام.

ضد ورثته وما يقال عن تقديم الطعن بالنقض ضد ميت. يقال عن الدفع بانعدام الصفة والمصلحة والأهلية حيث يعتبر بدوره غير مقبول.

وجاء في قرار للمجلس الأعلى¹.

"بناء على مقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية فإنه لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والمصلحة والأهلية لإثبات حقوقه ويثير القاضي تلقائياً انعدامها.

وبناء على مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 355...

وحيث إن الطاعن تقدم بمقال النقض بواسطة محاميه الأستاذ اليطفتي بتاريخ 11 دجنبر 1980 في مواجهة السيد عبد الرحيم بلغازي وقد ذكر في مقال النقض قد توفي منذ سنة 1978.

وحيث أدلى عبد الرحيم بلغازي بمذكرة جواب بواسطة الأستاذ عبد الرحيم بن بركة مرفقة بنسخة من رسم وفاة مورثهم المذكور تثبت وفاته بتاريخ 13 ماي 1979.

وحيث تأكد من ذلك أن الطعن بالنقض قدم في مواجهة ميت ولم يقدم ضد ورثته مما يعد خرقاً لمقتضيات الفصل الأول والفصل 355 ويعرض الطلب بالتالي لعدم القبول".

ويمكن للمدعى عليه كذلك أن يتمسك في دعوى إتمام إجراءات البيع بالبطلان والإخلالات الشكلية والمسטרية والتي لا يقبلها القاضي إلا إذا كانت

¹ - قرار عدد 2361 الصادر بتاريخ 19 دجنبر 1984 في ملف مدني رقم 89144، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية الجزء الثاني 1983-1991، ص: 297.

مصالح الطرف قد تضررت فعلاً¹، أما إذا لم يثبت الضرر الحاصل من الإخلالات الشكلية والمسطرية فلا يجوز له التمسك بهذا الدفع.

وهذا ما أكدته قرار محكمة الاستئناف بمراكش²، جاء فيه:

"وحيث إن ما يرد بالحكم المستأنف من معلومات وبيانات يكمله محضر الجلسة وما بالملف من موجودات، وإن الثابت من الحكم المستأنف إشارته إلى أن المدعى عليهم نصبوا عنهم في المرحلة الابتدائية دفاعاً مباشراً إجراءات الدعوى لفائدتهم وأن الحكم المستأنف وإن أغفل الإشارة إلى اسمه فقد ثبت من إعلان النيابة المؤرخ في 07/9/18 المدرج بالملف وفي مذكرة الجواب ومحضر الجلسة أن النائبة عنهم هي الأستاذة نجاة الهزوي المحامية بهيئة مراكش، فضلاً عن أن المستأنف لم يبين الضرر الحاصل له من هذا الإغفال، ومن المعلوم أن الإبطال بدون ضرر عملاً بمقتضى الفصل 49 من ق.م.م لا يصح بالتالي فإن الوسيلة المثارة بهذا الخضوع غير جديرة بالاعتبار".

ويلاحظ أن عبارة الإخلالات الشكلية والمسطرية جاءت واسعة وعامة إذا دخل فيها كل إغفال وتخلف للبيانات الشكلية التي يستلزمها القانون في الدعاوى، من ذلك مثلاً عدم احترام قواعد التبليغ المنصوص عليها في الفصل 37 و38 و39 من قانون المسطرة المدنية والإخلال بمقتضيات الفصل 50 من نفس القانون بشأن صدور الأحكام³.

¹ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 49 من ق.م.م "يسري الحكم بالنسبة لحالات البطلان والإخلالات الشكلية والمسطرية التي لا يقبلها القاضي إلا إذا كانت مصالح الأطراف قد تضررت فعلاً

² - قرار رقم 723 صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 2009/9/24 رقمه 2009/71131 غير منشور.

³ - عبد الكريم الطالب: م.س.، ص: 230.

فضلا عن ذلك يمكن أن يتمسك المدعى عليه بالدفع المتعلقة بالبيانات التي يتعين الالتزام بها في الطلب الرامي إلى رفع الدعوى والمنصوص عليها في الفصلين 31 و 32 من قانون المسطرة المدنية كعدم توقيع المقال الافتتاحي، وعدم ذكر محل إقامة المدعى عليه والمدعي، وإذا كان أحد الأطراف شركة عدم تضمين المقال أو المحضر اسمها ونوعها ومركزها، أو عدم تقديم الوسائل المثارة وإغفال إرفاق الطلب بالمستندات التي ينوي المدعي استعمالها.

وفي هذا الصدد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بمراكش ما يلي¹:
وحيث إن العناوين الصحيحة تعتبر من الشكليات المطلوبة في مقال الإدعاء وفق أحكام الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية ويترتب على تخلفها والتصریح بعدم قبول الطلب".

وفي حكم آخر لها جاء فيه:

"وحيث إن المدعي لم يثبت أنه اشترى من والدة المدعى عليه العقار المذكور بالمقال، ولم يرفق عريضة دعواه بأي مستند وقد أشعرته المحكمة بالإدلاء بالوثائق اللازمة فلم يفعل، ومن ثم تكون دعواه مخالفة لمقتضيات الفصلين 1 و 32 من قانون المسطرة المدنية"².

وإذا كانت الدعوى مستوفية لكافة الشروط المتطلبة قانونا فيمكن للمدعى عليه لرد الإدعاء المقدم ضده أن يثير دفوعا أخرى متعلقة بالجواهر وهو ما سوف نعالجه في فقرة ثانية.

¹ - حكم رقم 1117 بتاريخ 10/12/2009، ملف رقم 2009/9/118، غير منشور.

² - حكم رقم 419 بتاريخ 25/4/2006، ملف رقم 2006/09/140، غير منشور.

الفقرة الثانية: الدفع الموضوعية:

يجوز للبائع أن يبدي عدة دفعات في دعوى إتمام إجراءات البيع بخصوص الحق المتنازع فيه وهو ما يطلق عليه الدفع الموضوعية، ويقصد بها تلك التي "توجه إلى ذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده أو يزعم سقوطه أو انقضاؤه".

وتشمل الدفع الموضوعية كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي¹، وهي بذلك وسيلة موجهة مباشرة ضد طلب المدعي هدفها بيان عدم صحة هذا المطلب وعدم استناده إلى أساس موضوعي سليم وبالتالي فإن هدف المدعى عليه من الدفع الموضوعية هو تفادي الحكم للمدعي بإتمام إجراءات البيع، وتتميز هذه الدفعات بعدة خصائص نذكر منها.

أ- يمكن التمسك بالدفع الموضوعية أمام المحكمة في جميع مراحل الدعوى.

ب- يترتب على الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به.

د- تتعدد الدفعات الموضوعية بتعدد الحقوق والمطالب التي يتمسك بها الأفراد، ولا يمكن بالتالي القيام بحصرها².

ومن الدفعات الموضوعية في دعوى إتمام إجراءات البيع الدفع باستحالة التنفيذ والدفع بعدم التنفيذ والدفع بالبطلان وبالإبطال وبالتقادم والدفع بأن البيع كان

¹ - عبد الكريم الطالب: م.س.ص: 231.

² - عبد الكريم الطالب: م.س.ص: 232 و 233.

معلقا على شرط واقف لم يتحقق إلى غير ذلك من الدفوع الذي يمكن أن يتمسك بها البائع¹، وسنقوم بدراسة أهم الدفوع التي تثار على المستوى العملي.

أولا، الدفع باستحالة التنفيذ،

يحدث أحيانا أن يتراخى، تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية عن وقت انعقاد البيع كما هو الشأن في الوعد بالبيع وعقد البيع الابتدائي، حيث في هذه الحالة قد يحدث أن تزول ملكية البائع للمبيع في الفترة ما بين الوعد بالبيع وعقد البيع النهائي، أو في الفترة ما بين العقد النهائي وتسجيله في الرسم العقاري، كما إذا تعلق الأمر بإعادة البيع إلى مشتري ثان حسن النسبة وقام هذا الأخير بتسجيل شرائه قبل المشتري الأول، أو كما لو تم نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، حيث يمكن للمدعى عليه في دعوى إتمام إجراءات البيع أن يدفع باستحالة تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذا عينيا².

ويحق للبائع - المدعى عليه - الدفع باستحالة تنفيذ التزامه إذا أصبح محله مستحيلا استحالة طبيعية أو قانونية وذلك حسب مقتضيات الفصل 335 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص " ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلا استحالة طبيعية أو قانونية، بغير فعل المدين أو خطأه، وقبل أن يصير في حالة مطل".

ومن أمثلة الاستحالة القانونية، نزع الملكية للمنفعة العامة، أو أن يكون العقار محظور التعامل فيه.

¹ - ومن بين الدفوع الأخرى نذكر الدفع بأن الوكيل الذي باع العقار قد تجاوز حدود الوكالة والدفع بأن العقد ليس بيعا باتا بل هو وعد بالبيع وقد سقط هذا الوعد.

² - هشام ابن الصديق: م.س.ص: 104.

وهو ما قضت به محكمة الاستئناف بمراكش في قرار لها جاء فيه¹:

"وحيث إن المستأنف عليه حسن الربيعي لم يكن سيء النية.

عندما لم ينفذ الالتزام المفروض عليه المتمثل في الإدلاء بشهادة رفع اليد عن القيد المتعلق بمنع التفويت باعتباره الملزم أولاً بتنفيذ هذا الالتزام لأنه في الوقت المحدد له للوفاء به وهو 2005/6/30، كان في حالة استحالة قانونية تحول بينه وبين هذا الوفاء، ذلك أن العقار المتعاقد بشأنه كان إلى غاية المدة الموالية للأجل المحدد للوفاء محظور التعامل فيه بمقتضى الظهير الشريف رقم 277/72/11 بتاريخ 72/12/29 باعتباره ضمن أراضي التعاونيات هذه الأراضي التي وإن كان القانون رقم 01-06 الصادر بتاريخ 7 يناير 2005 قد رخص للمستفيد منها بشروط حددها في تفويتها، فإنه لم يبين الجهة المختصة لمنح الإبراء ورفع اليد عن شرط عدم التفويت إلا بمقتضى الدورية عدد 209 الصادرة عن وزير الفلاحة ووزير المالية ووزير الداخلية بتاريخ 2007/10/15 بعد أن بين المرسوم عدد 107-01-2 وعدد 108-1-2 بتاريخ 2006/7/25 شروط منح رفع اليد والجهة المختصة بتسليمه وكلها تواريخ لاحقة بكثير ليوم 05/6/30 المحدد بين طرفي الوعد بالبيع كأجل أقصى لوفاء كل منهما بالشروط الموقفة من جانبه".

أما الاستحالة الطبيعية فتظهر أحد صورها في تغير الوادي لمجره وأصبح يمر من الأرض موضوع عقد الوعد بالبيع، حيث إن محل عقد البيع أصبح غير موجود بسبب الوادي الذي غير معالم الأرض وأحدث بها ممره، ففي هذه الحالة

¹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش، الغرفة العقارية قرار رقم 81 صدر بتاريخ 2011/2/3
تحدث عدد 09/7/2736 غير منشور.

يحق للبائع التمسك بالدفع باستحالة التنفيذ، بسبب أن هذا الأخير أصبح يتعذر عليه تسليم الأرض للمشتري¹.

وحتى يمكن للبائع الدفع باستحالة التنفيذ يجب أن يكون محل عقد البيع نشأ ممكناً ثم بعد ذلك أصبح مستحيلاً، والعبرة في استحالة التنفيذ هو الوقت المحدد لتنفيذ الالتزام ففي هذا الوقت بالذات يجب أن يكون التنفيذ مستحيلاً وأن تكون هذه الاستحالة نهائية².

ويجد هذا الدفع أساسه القانوني في الفصل 259 من قانون الالتزام والعقود الذي ينص على أنه "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكناً، فإن لم يكن ممكناً جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد وله الحق في الحالتين".

فاستحالة التنفيذ سواء كانت لسبب أجنبي أو لخطأ البائع تجعل المطالبة بإتمام البيع غير ذي فائدة، لذلك يجوز للبائع التمسك والدفع بإسالة التنفيذ³. وفي هذا الإطار جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي:

"حيث يعيب الطاعن القرار بخرق القانون لكون المحكمة قضت عليه بإتمام البيع ورفض طلب الفسخ المضاد دون أن تلتفت إلى حالة المطل التي كان عليها المشتري وأن الوعد بالبيع ينص على وجوب أداء باقي الثمن في آخر شهر يوليوز 1975 وأن المشتري لم يؤدي بقية الثمن وأن الفصل 254 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن المدين يكون في حالة مطل إذا تأخر عن تنفيذ

¹ - هشام ابن الصديق: م.س، ص: 105.

² - مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات الجزء الثاني، ص: 506.

³ - قرار رقم 1177 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1988 ملف مدني 28021 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية.

التزامه كلا أو بعضا كما أن الفصل 259 منه يخول للدائن الحق في حالة المطل أن يطلب فسخ العقد وأن هذا ما فعله هو إلا أن المحكمة لم تستجيب لطلبه.

حقا لقد تبين صحة ما نعاه الطاعن من أن العقد المبرم بينه وبين المدعى المشتري ينص على وجوب أداء بقية الثمن في متم شهر يوليوز 1975... وأن الفصل 259 الموالي للفصلين المذكورين يعطي للبائع في هذه الحالة الحق في أن يطلب إما تنفيذ مادام ذلك ممكنا أو الفسخ أما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن فلا يبقى له إلا طلب الفسخ".

وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بفاس ما يلي¹:

"وحيث إن الشقة ذاتها لم تعد على ملك الورثة بل أصبحت حاليا في ملك المسمى... حسب شهادة المحافظة العقارية المدلى بها من طرف المستأنف نفسه وبذلك تبقى مطالبته بإتمام إجراءات البيع بخصوصها غير ممكنة بصريح الفصل 259 من ق.ل.ع".

وفي قرار آخر وعن نفس المحكمة ورد فيه²:

"وحيث... وبديل مبادرته على تنفيذ هذا الحكم (حكم ابتدائي بتحرير عقد بيع نهائي) قام بتقويت نفس المبيع إلى زوجته التي أصبحت مالكة له بصفة نهائية بموجب الرسم العقاري عدد... حسب الثابت من شهادة المحافظة العقارية المضافة للملف مما يتأكد معه بوضوح أنه هو الذي لم يف بالتزاماته الناتجة عن عقد البيع ويتحمل تبعه ذلك طبقا للفصل 259 من ق.ل.ع".

¹ - قرار رقم 2008/130 بتاريخ 2008/3/12 في الملف رقم 8/06/302.

² - قرار رقم 2007/11 بتاريخ 2007/1/10 في الملف رقم 06/63.

ثانياً: الدفع بعدم التنفيذ،

ينص الفصل 235 من قانون الالتزامات والعقود على أنه " في العقود الملزمة لطرفين يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزماً حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولاً".

ويقصد من هذا الفصل أن المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بعد هو الذي يلجأ إلى هذا الإجراء وذلك في الالتزام التبادلي فيمتنع الدائن مؤقتاً عن تنفيذ التزامه طالما أن المدين لم ينفذ على أمل أن ينفذ هذا الأخير التزامه.

هذا الامتناع المؤقت عن التنفيذ يتم بصورة دفع يمارسه الدائن ضد المدين عندما يطالبه هذا الأخير بالتنفيذ ويسمى هذا الامتناع بالدفع بعدم التنفيذ¹.

وبالتالي فهذا الدفع هو وسيلة قانونية بمقتضاها يستطيع المدعى عليه - البائع - في دعوى إتمام إجراءات البيع، أن يدفع طلب المدعي المطالب بإتمام إجراءات البيع، وهو وسيلة قانونية ليس من شأنها حل الرابطة العقدية نهائياً ولكنها تضعفها فقط.

ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية موضوعية ومؤقتة لمواجهة مطالبة الدائن بالتنفيذ، إذا أن التمسك بهذا الدفع لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام بصفة تامة، بل يرمي فقط إلى وقف تنفيذ لأن وقف التنفيذ في الأصل لا يؤثر على الالتزام الذي يبقى قائماً بكل مقوماته².

¹ - عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 1999، ص: 291

² - هشام ابن الصديق، م.س، ص: 101.

وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى¹:

"حيث صح ما عبه الطاعنة على القرار ذلك أنه علل بأن محضر الاستجواب تضمن إقرار صريحا منها بخصوص المعجل من الثمن حيث أكدت أن الطرف المشتري سبق لها مبلغ 150,000 درهم وأنها لم تتراجع عن البيع وإنما المستأنف عليه هو الذي لم ينفذ التزامه بأداء الثمن كاملا وأن الخطأ صادر عنه. وفي هذا التصريح إقرار بالوعد بالبيع، وأن الطاعنة لم تثبت عكس ما ورد بالمحضر في حين أن هذا المحضر وإن تضمن إقرار الطاعنة بوجود وعد بالبيع وبتسليمها للمبلغ المذكور كمعجل من الثمن، فهو تضمن أيضا تصريحها بأنها لم تتراجع عن البيع، وإنما الطرف المشتري منها هو الذي لم ينفذ التزامه بأداء بقيمة الثمن وأن الخطأ صادر عنه، ولذلك فإن القرار المطعون فيه حين قضى عليها بإرجاع المبلغ المذكور مع التعويض يكون قد قضى فعليا بفسخ الوعد بالبيع دون أن يحدد أسباب هذا الفسخ، أهو خطأ الطاعنة المحكوم عليها في عدم تنفيذ التزاماتها، الأمر الذي كان معه ناقص التعليل الموازي لانعدامه وخارقا للفصل المحتج به، مما عرضه للنقض وللإبطال".

وأساس مبدأ الدفع بعدم التنفيذ هو استناده على فكرة السبب بالمفهوم التقائدي، حيث يعتبر السبب في العقود الملزمة للجانبين بالنسبة للمتعاقد الأول هو التزام المتعاقد الآخر والعكس بالعكس.

فسبب التزام الطرف الأول هو ارتقاب تنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه، فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، يحق للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يكف المتعاقد معه عن امتناعه ويستند الفصلان 234 و 253 من

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 3649 المؤرخ في 15/12/2004 ملف مدني 3797 1/1/2003 غير منشور.

قانون الالتزامات والعقود المغربي إلى فكرة واحدة، وهي الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، ذلك أنه من الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة على وجه التبادل أو القصاص¹.

ويشترط لقيام الدفع بعدم التنفيذ توافر الشروط التالية:

1- يجب قيام التزامات متقابلة مصدرها عقد واحد، وأن تكون لم تنفذ بعد وهذا ما نص عليه الفصل 235 صراحة.

2- يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء.

3- يجب حصول عدم تنفيذ للعقد.

4- يجب أن يستعمل الدفع بعدم التنفيذ بحسن نية².

ففي دعوى إتمام إجراءات البيع إذا لم يقم المشتري - المدعي بأداء ما تبقى في ذمته من ثمن الشراء أو لم يقم بعرضه على البائع - المدعي عليه وفق مقتضيات الفصل 234 ق.ل.ع فإنه يحق لهذا الأخير الامتناع عن تنفيذ التزامه بإتمام إجراءات البيع ويحق له التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المدعي.

وإذا لم يقم المشتري - المدعي - في دعوى إتمام إجراءات البيع، بتنفيذ التزامه أو عرضه على البائع فإن من حق هذا الأخير بدل أن يطلب فسخ العقد أن يمتنع عن تنفيذه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به، وهذا ما يستنتج من الفصل 253 ق.ل.ع الذي يجيز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه أولاً قبل

¹ - عبد الكريم شهبوز، م.س، ص: 259.

² - عبد الكريم شهبوز، م.س، ص: 219-292.

الطرف الآخر، وذلك ما لم يكن أحد الطرفين هو الملزم بالبداية بالتنفيذ حيث في هذه الحالة يتعين على من كان ملتزما في العقد أن ينفذ التزامه أولا¹.

وقد جاء في حكم المحكمة الابتدائية بفاس ما يلي²:

"حيث دفع المدعى عليهم بقرب المدعي لم ينفذ التزامه المقابل وهو أداء باقي ثمن المبلغ وقدره 180000,00 درهم لفائدتهم وبالتالي فطلبه سابق لأوانه لأن دعوى الالتزامات المقابلة لا تكون صحيحة إلا بعد أن ينفذ المدين التزاماته أولا.

وحيث إنه بالرجوع لعقد البيع المدلى به والمصحح الإمضاء على صحة توقيع الطرفين تبين أن المدعي المشتري للشقة موضوع البيع اتفق مع البائع له على أن يدفع له مبلغ 180000 درهم في كمبيالة يحل أجلها بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إمضاء العقد، أي بتاريخ 1991/5/12.

وحيث لم يثبت كون المدعي دفع للمدعى عليه الكمبيالة موضوع العقد كما أن الكمبيالة في حد ذاتها ليست وسيلة أداء، وبالتالي فالثابت أن المدعى عليه لم يقبض الثمن المتفق عليه وأنه تطبيقا للفصل 134 ق.ل.ع فإنه لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به من جانبه حسب الاتفاق والحال أنه طبقا لهذا الفصل وعدم ثبوت كون المدعي نفذ التزامه أعلاه تكون دعواه الحالية سابقة لأوانها خاصة وأنه لم يرد على دفع المدعى عليهم بهذا الخصوص، كما أنه ليس هناك أي اتفاق آخر يرمي إلى أن ينفذ المدعى عليهم التزاماتهم أولا الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول الطلب شكلا".

¹ - هشام أيت الصديق، م.س، ص: 102.

² - حكم رقم 262 بتاريخ 2006/7/6 ملف عدد: 2007/88.

وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بفاس ما يلي¹:

"...هذا فضلا أنه باستقراء الفصل 235 من ق.ل.ع واعتبارا لطبيعة النزاع الحالي فإنه من اللازم أن ينفذ المستأنف في مثل نازلة الحال شروط العقد أولا حتى يمكن إجراء البيع على العقار موضوع التعاقد على الشكل المتطلب قانونا...".

ويستخلص مما سبق أن الدفع بعدم التنفيذ ما هو في الواقع سوى وسيلة قانونية مؤقتة لابد أن تنتهي إما بقيام المدين بالتنفيذ بعد امتناعه وإما باستمرار المدين على تعنته وركوب رأسه ورفضه للتنفيذ، وعندما يعمد الدائن إلى الخروج من هذا الموقف السلبي حتى يتمكن من التصرف في الأداء الذي كان سيقدمه إلى المدين في مقابل حصوله على أداء ذلك الدين².

هذا، وقد قضى المجلس الأعلى على أحد قراراته بما يلي³:

"يجوز لكل متعاقد الامتناع عن الوفاء بالتزامه، إلا إذا وفي المتعاقد معه بالتزامه المقابل، ما لم يوجد شرط يسبق أحدهما بالوفاء طبقا لمقتضيات الفصولين 234 و 235 من قانون الالتزامات والعقود، وبذلك فإن المحكمة حيث قضت على البائع بإتمام إجراءات البيع دون أن يكون المشتري أدى أو عرض أداء ما تبقى بذمته من ثمن البيع، فإنها خالفت هذه القاعدة ولم تبين قرارها على أساس قانوني وعرضته للنقض".

وقضى أيضا بما يلي:

¹ - قرار رقم 2009/431 بتاريخ 2009/10/12.

² - عبد الكريم شهبون، م.س، ص: 294.

³ - قرار رقم 395 الصادر بتاريخ 8 فبراير 89 ملف مدني عدد 88/1792 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 97 يوليوز 1995 ص: 31.

"وحيث إنه حقا لقد أثار الطاعن لدى كل من محكمة الدرجة الثانية الدفع بقاعدة عدم إمكانية إجبارهما قانونا على تنفيذ التزامهما قبل قيام خصمهما بتنفيذ التزامه المقابل أو عرضه أداء ما التزم به، تلك القاعدة التي يتضمنها الفصلان 234-235 من ق.ل.ع في حين اكتفت المحكمة الابتدائية التي أيدتها في ذلك محكمة الاستئناف لرد ذلك الدفع بأن الخصم مستعد لدفع باقي الثمن مما تكون معه قد حادت عن القاعدة فتعرض حكمها للنقص"¹.

كما قضى كذلك بما يلي²:

"حقا فإن الفصل 234 ينص على أنه "لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناجمة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به من جانبه".

ولأن الفصل 235 ينص على أنه في العقود الملزمة لطرفين يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولا".

وأن الطاعنين أثاروا تلك المقضييات في جوابهم عن طلب المطعون ضدهما المضاد، ولاحظوا أن هذين الأخيرين لم يفيا بجميع التزامهما، ولم يؤديا مبلغ خمسين ألف درهم المتبقى بزمتهما من الثمن، وأن المحكمة بالرغم مما ثبت لديها من أن هذا المبلغ لم يؤد بعد، ومن أن الاتفاق المبرم بين الطرفين ينص على أن العقد النهائي لا يحرر إلا بعد أداء المتبقى من الثمن، فإنها ألزمت الطاعنين بصفتهم بائعين بالقيام بتحرير عقد البيع النهائي، في حين اكتفت بالنسبة للالتزام

¹ - المجلس الأعلى الغرفة المدنية القرار رقم 323 بتاريخ 83/2/16 الصادر في الملف المدني عدد 84592 مجموع قرارات المجلس العلى المادة المدنية الجزء الثاني 1983-1991 ص: 54.

² - المجلس الأعلى، الغرفة المدنية القسم الأول القرار رقم 395 بتاريخ 95/218، الصادر في الملف المدني عدد 1792 قضاء المجلس الأعلى عدد 47 يوليوز 1995 ص: 31.

المطعون ضدهما بأداء ما بقي بذمتهم بالإشهاد عليهما باستعدادهما لأدائه، مما تكون معه قد خرقت مقتضيات الفصلين المذكورين فعرضت بذلك قرارها للنقض".

ثالثاً، الدفع بالبطلان،

جاء في مرشد الجيران المادة 219، أن العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً أصلاً ولا وصفاً أي ما كان في ركنه أو محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض¹.

ويجري سياق الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له، ويكون الالتزام باطلاً لقوة القانون.

1- إذا كان ينقصه أحد لأركان الأمانة لقيامه.

2- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه".

فبالرجوع إلى الفصل أعلاه يظهر لنا أن الالتزام يكون باطلاً إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه، أو إذا قرر القانون بطلانه في حالة خاصة وإذا كان الالتزام باطلاً لا يمكنه أن ينتج أي أثر.

ويكون العقد باطلاً إذا كان ينقصه ركن من الأركان اللازمة لانعقاده، وهي الرضى والمحل والسبب وركن الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية²، وقد عرف الدكتور فتحي والي الدفع بالبطلان بكونه "تكييف قانوني للعمل

¹ - المختار بن أحمد عمار، الوسيط في القانون المدني مصادر الالتزام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002، ص: 164.

² - هشام ابن الصنفي، م.س، ص: 105.

يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً¹.

ويمكن طلب البطلان عن طريق التمسك بالدفع بالبطلان أو عن طريق طلب أصلي بتقرير البطلان أو التمسك في مقال الطعن بالبطلان، وهكذا يجوز للبائع في دعوى إتمام إجراءات البيع أن يدفع بجميع أوجه البطلان بحيث إذا تبين للمحكمة أن الدفع في محله وأن العقد قد لحقه البطلان، قضت برفض الدعوى ومن الحالات التي يمكن الدفع فيها ببطلان العقد، دفع الورثة أو الخلفاء بأنهم لا يعرفون خط أو توقيع من تلقوا الحق منه بمقتضى الورقة العرفية وذلك طبقاً للفصل 431 من ق.ل.ع وفي هذا الإطار صدر قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش²، جاء فيه:

"وحيث دفع المستأنفون ببطلان عقد البيع المؤرخ في 83/6/28 المحتج به من طرف المدعي المشتري المستأنف عليه لخلوه من مراجع البطاقة الوطنية ولهويتها الكاملتين ولما يتضح من ظاهره أنه مزور وأنهم يجهلون توقيع موروثهم المذيل به وفق الحق المعترف لهم في الفصل 431 من ق.ل.ع لكن حيث إن عقد البيع عقد عرفي مزيل بتوقيع طرفيه بمقتضى المصادقة على إمضاءهما عليه ويحمل هويتهما في بعض تفاصيلها وفي الإحالة على تفاصيل أخرى في وثائق غيرها، وهو قانونا في حكم المعترف به ممن يقع التمسك ضده ولا يطعن بالتالي في صحته إلا بالزور إعمالاً لمقتضيات الفصل 424 من ق.ل.ع وهو ما لم يمارس من مثيري ذلك ودفاعهم بالطرق القانونية عن طريق إثارة الزور الأصيل أو الزور الفرعي...".

¹ - الجيلالي عكبي، م.م.، ص: 254.

² - قرار رقم 767 صدر بتاريخ 2004/9/23 رقمه 2002/7/3289 غير منشور.

ومن بين حالات البطلان الأخرى الذي يمكن أن يتمسك بها البائع ما نص عليه الفصل 35 المتعلق بالتجزئات العقارية والذي تنص مقتضياته على أنه لا يجوز للعدول والموتقين والمحافظين على الأملاك العقارية ومأموري إدارة التسجيل أن يحرروا القسمة المشار إليها في المادة الأولى من هذا القانون إذا لم يتم الإدلاء إما بنسخة مشهود بمطابقتها للأصل من محضر التسليم المؤقت، وإما بنسخة مشهود بمطابقتها للأصل من شهادة مسلمة من رئيس مجلس الجماعة الحضرية أو القروية تثبت أن العملية لا تدخل في نطاق هذا القانون وإذا تم تحرير عقد بيع وفق المقتضيات السالفة الذكر، فإنه يعتبر عقد بيع باطل، ويحق للمدعي عليه إذا طالبه المدعي بإتمام إجراءات البيع أن يدفع ببطلان العقد على اعتبار أن العقد جاء مخالفا لمقتضيات الفصل 35 من قانون 25-90 وهذا ما أكدته قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط¹، جاء فيه:

"حيث تكون باطلة مطلقا عقود البيع والإيجار والقسمة المبرمة خلافا لظهير التجزئات العقارية (ف35 من ظهير 25-90) وحيث إن عقد البيع المتمسك به من لدن المدعي أبرم قبل الحصول على التسليم المؤقت وغير مرفق بالإذن بإحداث التجزئة علاوة على أن التسجيل بالمحافظة العقارية لعقود البيع يستوجب الإذن الإداري المذكور وأن المدعي رضي بالشراء للمدعي فيه دون إحداث تجزئة عقارية، وحيث إن العقد الباطل لا يرتب إلا إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد (ف316 ق.ل.ع)."

وكذلك يمكن الدفع بالبطلان إذا لم يتم تحرير عقد البيع وفق الشكليات المنصوص عليها في الفصل 489 من ق.ل.ع.

¹ - قرار عدد 104 صادر في 200/07/25 في ملف عدد 2000/2049 منشور في مجلة الحقوق المغربية سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية الجزء الأول الإصدار الثاني أبريل 2010.

فإذا طالب المشتري إتمام إجراءات بيع عقار لم يتم تحرير عقد بيعه في محرر ثابت التاريخ، يحق للبائع الدفع ببطلان هذا البيع. ويمكن للمحكمة أن تثير البطلان من تلقاء نفسها عندما تعود إلى العقد موضوع النزاع وتلاحظ عدم توافر أحد أركانه.

وهذا ما أكدته حكم للمحكمة الابتدائية بمراكش¹، جاء فيه: "حيث أن طلب المدعين يرمي إلى الحكم على المدعى عليهم بإتمام إجراءات البيع المستدل به من طرف المدعين وهو ترجمة لعقد محرر باللغة الفرنسية، فتبين من خلال الاطلاع أن مورث المدعين اشترى من مورث المدعى عليهم مجموع قطعة أرضية تستخرج عن طريق التجزئة من العقار موضوع الرسم العقاري عدد 1190/م. وبالتالي فنحن أمام عدد تحديد للمدعى فيه وهو يضيف جمالية في المبيع تجعل البيع باطلا، وبالتالي فلا محل لإتمام البيع لكون العقد المؤسس عليه الطلب غير ذي أثر ويلزم تبعا لذلك الحكم برفض الطلب".

وتجدر الإشارة إلى أن الدفع بالبطلان يمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي ولا يتقدم وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه:²

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه اعتمد فيما قضى به على تقادم دعوى الطاعن بمضي سنة من يوم زوال الإكراه طبقا للفصل 311 من ق.ل.ع، في حين أن دعوى الطاعن بالإبطال هي في واقع الأمر دفع بالبطلان لدعوى المطلوب في النقص بتنفيذ الاتفاقيتين المبرمتين بينهما بتاريخ 1982/4/2 و1982/4/8، وهذا الدفع لا يخضع للتقادم المنصوص عليه في الفصل 311 من

¹ - حكم رقم 702 بتاريخ 2010/06/17 غير منشور.

² - قرار عدد 796 مؤرخ في 2003/3/19 في ملف مدعي عدد 2002/1/844 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 148 ص: 31.

ق.ل.ع بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 315 من نفس القانون الأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه خارقا للمقتضيات المذكورة مما عرضه لنقض والإبطال".

الفصل الثاني:

آثار الحكم في وعدى إتمام

إجراءات البيع

لقد سبق أن رأينا في الفصل السابق، أنه إذا استجمع العقد موضوع دعوى إتمام إجراءات البيع لأركانه، وجاء وفق الشكل المحدد قانوناً، فإنه يحق للمشتري أن يرفع الدعوى في مواجهة البائع، من أجل مطالبته باتخاذ الإجراءات الضرورية لنقل الملكية إليه.

كما يتعين على المشتري أن يتخذ مجموعة من الإجراءات وذلك قبل رفع الدعوى، حتى تأتي هذه الأخيرة صحيحة شكلاً ويتم قبولها من طرف المحكمة. وبعد قبول المحكمة للدعوى شكلاً، تصدر حكماً في الموضوع الذي قد يكون إما قبول طلب المدعي وبالتالي إصدار حكم بإتمام إجراءات البيع، أو برفض طلبه وذلك حسب الأحوال.

وإذا صدر الحكم وفق طلب المدعي، وقضى على البائع بإتمام إجراءات البيع، وذلك حسب نوع الإجراء الذي ينقص التصرف من أجل إتمام البيع، فقد يكون الهدف من الطلب هو إتمام الإجراءات بتحرير العقد النهائي أو مطالبة المشتري البائع بإزالة العراقيل التي تمنعه من تسجيل عقد الشراء، أو المطالبة باستخراج رسم فرعي من الرسم الأصلي، وهذا الحكم لا يكون له أثر في مواجهة طرفيه فقط، حيث إن حجته لا تسري إلا بالنسبة لطرفيه.

وقد يقوم المدعي بعد رفع الدعوى بإجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري بالنسبة للعقار موضوع النزاع، وذلك حماية لحقه على العقار من أن يتصرف فيه المدعي عليه، وذلك في الفترة الفاصلة بين رفع الدعوى وصيرورة الحكم النهائي قابلاً للتنفيذ.

إن الهدف من دعوى إتمام إجراءات البيع الحصول على حكم قابل للتنفيذ، وبالتالي الحصول على العقار موضوع عقد البيع، أو عقد الوعد بالبيع، فالتنفيذ لا يصح إلا بناء على حكم قابل للتنفيذ أو بناء على سند تنفيذي.

غير أن تنفيذ الحكم الصادر في دعوى إتمام إجراءات البيع، لا يخلو من إشكالات بعضها مطروح من خلال النص القانوني، وبعضها الآخر مطروح من خلال العمل القضائي.

وبالتالي عندما تأمر المحكمة بتسجيل الحكم القاضي بإتمام إجراءات البيع في الرسم العقاري يتعين أن تكون صياغته دقيقة وأن يتوفر على جميع المعلومات حتى يمكن تنفيذ هذا الحكم من طرف المحافظ العقاري، وذلك بتسجيله في الرسم العقاري، وتجاوز الصعوبات التي قد تعترضه سواء كانت مادية أو قانونية.

وبذلك ستكون دراستنا لهذا الفصل على الشكل التالي:

- المبحث الأول: نقل ملكية المبيع للمشتري.
- المبحث الثاني: تنفيذ الحكم من طرف المحافظ العقاري والطن فيه.

المبحث الأول: نقل ملكية المبيع للمشتري:

إذا كان المبدأ العام هو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه، فإن امتناع البائع من اتخاذ الإجراءات الضرورية لتقييد البيع في الرسم العقاري يكون إخلالا بالالتزام بضمان نقل الحق المبيع ويوجب على المحاكم أن تجبر البائع على القيام بما التزم به.

حيث يحق للشخص المطالب بإتمام إجراءات البيع رفع الدعوى من أجل نقل الملكية إليه، وإلزام الطرف الآخر بالقيام بما هو ضروري من أجل تمكين المشتري من الحصول على العقار موضوع النزاع، وحتى يضمن انتقال الحق إليه بعد صدور الحكم لصالحه، أن يتخذ إجراء تحفظيا يتمثل في التقييد الاحتياطي، لحماية الحق المدعى فيه، ويتعين عليه أن يقوم بإشهار التقييد الاحتياطي في الرسم العقاري حتى يتسنى له الحفاظ على مركزه القانوني والمخول له بمقتضى التصرف الذي يربطه بالبائع وضمان انتقال الحق إليه بعد صدور الحكم لصالحه.

وإذا لم يستطع المحكوم له تنفيذ هذا الحكم، بتسجيله في السجل العقاري كآلية لنقل ملكية العقار المحفظ، فإن حقه في العقار يبقى مضمونا بمقتضى التقييد الاحتياطي الذي أجراه على العقار، حيث إن هذا التقييد الاحتياطي لا يمكن إلغاؤه إلا بعد أن يصير الحكم باثنا ولا يقبل أي طريق من طرق الطعن، وهنا تكمن الحماية التي يضمنها العقار المحفظ للمتعاقل فيه، حيث يتميز ببعض الامتيازات لا توجد في التعامل بالعقار غير المحفظ.

وبالتالي سنخصص هذا المبحث لدراسة تسجيل الحكم كآلية لنقل ملكية العقار المحفظ في (المطلب الأول)، ثم نخصص المطلب الثاني لدراسة الأثر الرجعي للتسجيل للتقييد الاحتياطي.

المطلب الأول: تسجيل الحكم كآلية لنقل ملكية العقار

المحفظ:

لقد سبقت الإشارة إلى أن الهدف من دعوى إتمام إجراءات البيع هو إلزام البائع الممتنع عن تنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضروري من أجل نقل الملكية إلى المشتري، والذي قد يكون إما موعودا له بالبيع وامتنع الواعد عن إتمام إجراءات البيع بعد تحقق الشرط أو حلول الأجل المحدد لإتمام إجراءات البيع، أو قد يكون مشتر بعقد بيع نهائي، إلا أنه تعذر عليه تسجيل شرائه لوجود مانع منعه من ذلك، وقد يكون صاحب عقد بيع ابتدائي وامتنع البائع عن كتابة العقد النهائي إلى غير ذلك من الحالات التي يتعذر فيها على المشتري الحصول على العقار. كما سبق القول إن دعوى إتمام إجراءات البيع تخضع مثلها مثل باقي الدعاوى للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية من إجراءات تهية الملف وإدراجه بالجلسات للمناقشة، إلى غاية المداولة والنطق بالحكم ثم تنفيذه بعد ذلك.

والحكم القاضي بإتمام إجراءات البيع هو من الأحكام الملزمة ، حيث يتعين على المحكوم عليه أن يقوم بما هو لازم من أجل نقل الملكية إلى المحكوم له، غير أن هذا الحكم لا يصبح قابلا للتنفيذ إلا بعد اكتسابه قوة الشيء المقضي به، حيث يتم تنفيذه بتسجيله في السجل العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، هذا الأخير وبمناسبة تسجيله للأحكام القضائية هو أمام معادلة صعبة بين ما ينص عليه القانون العقاري والقوانين المرتبطة به، وبين ما يحمله الحكم القضائي من قوة تنفيذية وما يجسده من سلطة القضاء في إظهار الحق وإيصاله إلى أصحابه.

وتبعا لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فقرتين:

- الفقرة الأولى: صدور الحكم في دعوى إتمام إجراءات البيع.

- الفقرة الثانية: تسجيل الحكم بالسجل العقاري.

الفقرة الأولى: صدور الحكم في دعوى إتمام إجراءات البيع:

بعد مراقبة المحكمة للشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة لرفع دعوى إتمام إجراءات البيع، وتفتح باب مناقشة الملف، وذلك بتقديم كل طرف بما يعزز طلباته، وإيداء مختلف أوجه دفاعه ودفعاته المسموح بها قانوناً. وبعد الانتهاء من المناقشة يصدر القاضي المقرر أمراً بتخليه عن الملف، ويحدد تاريخ الجلسة التي تدرج فيها القضية وفقاً لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 335 من ق.م.م.¹

ويترتب عن الأمر بالتخلي، عدم قبول أي طلب أو مستند يتقدم به أحد الأطراف باستثناء المستندات التي ترمي إلى التنازل، وفي حالة وضع أي مستند أو مذكرة بالملف بعد صدور هذا الأمر، فإنها تسحب وتودع بكتابة الضبط رهن إشارة أصحابها، غير أنه إذا طرأت بعد أمر الإحالة واقعة جديدة من شأنها أن تؤثر على القرار، أو إذا تعذرت إثارة واقعة قبل ذلك خارجة عن إرادة الأطراف، فإنه يمكن فتح باب المناقشة من جديد.²

¹ - تنص الفقرة الأولى من ف 335 من ق.م.م: "إذا تم تحقيق الدعوى، أو إذا انقضت آجال تقديم الردود واعتبر المقرر أن الدعوى جاهزة للحكم أصدر أمراً بتخليه عن الملف وحدد تاريخ الجلسة التي تدرج فيها القضية".

² - طبقاً للفقرات 3 و4 و5 من الفصل 335 من ق.م.م والتي تنص على أنه: "لا تعتبر محكمة الاستئناف أية مذكرة ولا مستند قدم من الأطراف بعد الأمر بالتخلي باستثناء المستندات الرامية إلى التنازل. تسحب من الملف المذكرات والمستندات المدلى بها متأخرة وتودع في كتابة ضبط المحكمة رهن إشارة أصحابها.

غير أنه يمكن لمحكمة الاستئناف بقرار معلن إعادة القضية إلى المستشار المقرر إذا طرأت بعد أمر الإحالة واقعة جديدة من شأنها أن تؤثر على القرار أو إذا تعذرت إثارة واقعة قبل ذلك خارجة عن إرادة الأطراف".

وبإقبال باب المناقشة وإصدار الأمر بالتخلي تحجز القضية للمداولة، تمهيدا للنطق بالحكم طبقا لمقتضيات الفصل 343 من ق.م.م.¹، وأثناء المداولة تختلي هيئة المحكمة بنفسها من أجل التشاور ومناقشة الملف، والتفكير في منطوق الحكم وأسبابه، بناء على ما راج في جلسات المناقشة وما قدمه الأطراف أثناءها لتعزيز ادعاءاته ومطالبه، وتكون المداولة في غيبة الأطراف ولا يحضرها إلا قضاة الحكم الذين تتبّعوا سائر أطوار المناقشات وحضروا مختلف مراحل الدعوى.

والحكم الذي تصدره المحكمة بعد المداولة بين أعضائها، قد يكون إما قبول طلب المدعي بإتمام إجراءات البيع، أو برفض طلبه، أو عدم قبوله، وفي حالة صدور حكم تقضي فيه المحكمة وفق طلب المدعي، وذلك بإلزام البائع بإتمام إجراءات البيع، نوع الإجراء الذي ينقص التصرف من أجل إتمام البيع، فقد يكون الهدف من الطلب هو إتمام الإجراءات بتحرير العقد النهائي أو مطالبة المشتري بالبائع إزالة العراقيل التي تمنعه من تسجيل عقد الشراء، أو المطالبة باستخراج رسم فرعي من الرسم الأصلي إلى غير ذلك من صور الطلبات التي يتقدم بها المشتري المدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع، والتي سبقت الإشارة إليها في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا البحث.

والحكم الذي يصدر في دعوى إتمام إجراءات البيع لا يكون له أثر إلا في مواجهة طرفيه فقط، حيث إن حجيته لا تسري إلا بالنسبة لطرفيه، أي الأطراف الذين كانوا خصوما في الدعوى، إما كأطراف في النزاع منذ البداية أو كمدخلين في الدعوى.

¹ - ينص الفصل 343 من ق.م.م. على: "يأمر الرئيس بجعل القضية في المداولة بعد انتهاء المناقشة والاستماع عند الاقتضاء للنيابة العامة في مستنتاجاتها الكتابية أو الشفوية".

وإذا صدر حكم بإتمام إجراءات البيع فإن البائع (المدعى عليه) له الحق في الطعن بالاستئناف في مواجهة المدعي الذي صدر الحكم لصالحه، وذلك وفق المسطرة المنصوص عليها في الفصول من 328 إلى 351 من ق.م.م، وإذا انتهى أجل الاستئناف ولم يطالب به الذي له مصلحة فيه، فإن الحكم يصبح نهائياً وقابلاً للتنفيذ، ويتعين على المحكوم عليه أن يقوم بما هو لازم من أجل نقل الملكية إلى المشتري.

غير أن صدور الحكم بإتمام إجراءات البيع، لا تكتمل به الحماية القضائية للحق الذي يطلب المدعي نقله إليه، بل تظل هذه الحماية القضائية رهينة بتحقيق شقها الثاني وهو الحماية التنفيذية التي تؤدي إلى ترجمة الحكم إلى الواقع الخارجي ليصبح موافقا له، وذلك بتسجيل هذا الحكم بالسجل العقاري كآلية لنقل ملكية العقار المحفظ المبيع، وهو ما سنتطرق إليه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: تسجيل الحكم بالسجل العقاري؛

تولى المشرع تحديد أنواع التصرفات التي تتعلق بالحقوق العينية العقارية والتي تخضع للتسجيل، والتي من بينها تسجيل الأحكام، طبقاً لمقتضيات الفصل 65 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، حيث جاء فيه: "يجب أن تشهر، بواسطة تسجيل في السجل العقاري، جميع الأعمال والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر المتعلقة بالحجز العقاري، وجميع الأحكام التي تكتسب قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير...".

ويهدف المشتري من رفعه لدعوى إتمام إجراءات البيع إلى الحصول على حكم قابل للتنفيذ، وبالتالي الحصول على العقار موضوع عقد البيع، أو عقد الوعد بالبيع.

فالتنفيذ لا يصح إلا بناء على حكم قابل للتنفيذ أو بناء على سند تنفيذي، حيث تختلف الأحكام بحسب قابليتها للتنفيذ، فلا تعتبر جميع الأحكام من قبيل السندات التنفيذية وإنما الذي يصدق عليه هذا الوصف هي أحكام الأداء التي تتضمن التزاما بأداء معين، أو الأحكام التي تؤدي إلى إنشاء مركز قانوني كالأحكام الصادرة بصحة التعاقد وبصحة البيع.

والأحكام التي يجب تسجيلها هي الأحكام التي تكتسب قوة الشيء المقضي به أي الأحكام النهائية التي أصبحت لا تقبل أي طعن من طرق الطعن العادية (التعرض والاستئناف)، والحكمة التي جعلت المشرع يحرص على أن يكون الحكم قد اكتسب قوة الشيء المقضي فيه هو أن باب الطعن بالطرق العادية في هذه الأحكام أصبح غير ممكن، وهذا ينطوي على تأكيد للحق الثابت في هذا الحكم بدرجة يرجع معها احتمال تأييده فيما لو طعن فيه بطريق غير عادي فضلا عن أن الطعن بالطريق غير العادي لا يجوز إلا في أحوال خاصة ولأسباب معينة نص عليها القانون على عكس الطرق العادية للطعن التي يجوز الالتجاء إليها كوسيلة للتظلم من الحكم دون التقيد بأسباب مخصوصة¹.

وبالتالي إذا استنفذ الحكم طرق الطعن العادية، فإنه يصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به، فإنه يقبل التنفيذ ولو كان يقبل طرق الطعن غير العادية، التي لا توقف التنفيذ.

ومن طرق الطعن غير العادية التي لا توقف التنفيذ نجد الطعن بالنقض، وذلك حسب مقتضيات الفصل 361 من ق.م.م الذي نص على أن الطعن أمام المجلس الأعلى لا يوقف التنفيذ، غير أن المشرع المغربي ومن خلال نفس الفصل

¹ - محمد خيرى: حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة، ص: 370-378-379.

جاء باستثناء، حيث نص على أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية وفي الزور الفرعي، وفي قضايا التحفيظ العقاري.

ويتبين من محتوى هذا الفصل أن المشرع المغربي استثنى بصفة صريحة قضايا التحفيظ العقاري، حيث يسري الأثر التوقيفي للنقض في هذه القضايا بصفة تلقائية بمجرد الطعن وبدون طلب.

فالأحكام المتعلقة بدعاوي صحة التعاقد والمتعلقة بحقوق تقبل التسجيل، لم يلزم المشرع المحكمة بتبليغها إلى المحافظ، بل يتعين على ذي المصلحة أن يبادر إلى إجراء تقييد احتياطي بناء على مقال الدعوى، وبعد ذلك يعمل على تسجيل حقوقه استناداً إلى الحكم الصادر بعد أن يصبح هذا الحكم نهائياً ويكتسب قوة الشيء المقضي به¹.

وإذا كانت عبارة التحفيظ العقاري الواردة في الفصل المذكور أعلاه لا تطرح أي إشكال إذا تعلق الأمر بالقضايا المعروضة على القضاء والمتعلقة بمسطرة التحفيظ والتي تهدف إلى تحفيظ العقار، فإن هذه العبارة طرحت أكثر من إشكال إذا تعلق الأمر بتنفيذ الأحكام الواردة على العقار المحفظ.

فإذا صدر قرار بإتمام إجراءات البيع، وقام المحكوم عليه بنقض هذا القرار، فهل هذا النقض يوقف تنفيذ القرار القاضي بإتمام إجراءات البيع، أو لا يوقف التنفيذ وفق مقتضيات العامة المنصوص عليها في الفصل 361 من ق.م.؟
فالمحافظ العقاري وهو يقوم بتسجيل الأحكام القضائية أمام معادلة صعبة، بين ما ينص عليه القانون العقاري والقوانين المرتبطة به، وبين ما يحمله الحكم

¹ - محمد خيرى: م.س، ص: 380.

القضائي من قوة تنفيذية وما يجسده من سلطة القضاء في إظهار الحق وإيصاله إلى أصحابه¹.

هذا الإشكال المتعلق بإيقاف التنفيذ في قضايا التحفيظ العقاري، خلق جدلا فقهيًا وقضائيًا في المغرب، وظهر في هذا الصدد اتجاهان، اتجاه اعتبر أن الطعون التي لا يكون لها أثر موقف أمام المجلس الأعلى تنحصر فقط في العقارات التي توجد في طور التحفيظ، حيث إنها لا يمكن أن تنسحب إلى العقارات المحفظة، وقد ذهب المجلس الأعلى في هذا الاتجاه في العديد من القرارات، منها مثلاً القرار التالي:

"... إن الفصل 361 من ق.م ينص على الحالات التي يوقف فيها التنفيذ بالنقض ومنها ما أطلق عليه المشرع عبارة "التحفيظ العقاري".

وحيث إن المقصود بالتحفيظ العقاري هو مجموع الإجراءات التي يقام بها بالنسبة لملك غير محفظ قصد تأسيس رسم عقاري له بالمحافظة العقارية، وتنتهي هذه الإجراءات بمجرد إنشاء الصك العقاري"².

وهذا القرار هو الذي فتح الباب بالنسبة للتأويلات الضيقة للفصل 361 من ق.م.م، وهو ما ذهب إليه المحكمة الإدارية بمراكش في حكم لها حيث جاء فيه:

"الاستثناء لا يتوسع في تفسيره، عبارة التحفيظ العقاري ينبغي تفسيراً ضيقاً، ولذلك

¹ - والمقصود بها القضايا التي تحال على المحكمة من طرف المحافظ العقاري في حالة التعرض على مطلب التحفيظ.

² - قرار رقم 125 صادر بتاريخ 1988/6/2 في الملف الإداري رقم 5676، أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة - الطبعة الأولى - مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص: 178 وما يليها.

ينحصر فيما يتعلق بالتحفيظ العقاري ولا تشمل التسجيل على الصك العقاري، إذ لو كان الأمر كذلك لنص المشرع عليه بصفة صريحة¹.

أما الاتجاه الثاني فإنه يعطي لعبارة "التحفيظ العقاري" تفسيرا عاما واسعا يجعلها تشمل كل القضايا المتعلقة بنظام التحفيظ العقاري سواء كان موضوعها إجراءات مسطرة التحفيظ السابقة على تأسيس الرسم العقاري أو تلك اللاحقة له والمتعلقة بالتقييدات وإشهار الحقوق المترتبة على العقارات المحفظة، ومن مؤيدي هذا الاتجاه الأستاذ محمد خيرى، إذ يعتبره هو الأساس الذي يعتمد عليه المحافظون العقاريون حينما يشترطون شهادة بعدم الطعن لتنفيذ الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ دونما تمييز بين العقار الذي لا يزال في طور التحفيظ أو المحفظ الذي أسس بشأنه رسم عقاري.

وقد اعتمد على عدة مؤيدات منها: أن ظهير 12 غشت 1913 هو ظهير واحد لا يعرف التجزئة منتقدا لذلك قرار المجلس الأعلى المذكور أعلاه واعتبره يناقض أهداف التحفيظ ومراميه، وأنه لا يمكن الفصل بين ظهير 12 غشت 1913 وظهير 2 يونيو 1915.

وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ السلمي أنه ينبغي تلمس المنهجية المستعملة في صياغة النص وكذا كيفية تأصيله وتفصيله، أو تقسيم أبوابه لكي نستنتج مدى استقلالية بنود أو فروع وأبواب النص بعضها البعض، فرغم استقلال كل من ظهير 12 غشت 1913 عن ظهير 2 يونيو 1915، حيث لا يمكن اعتبار أحدهما فرعاً تابعاً للآخر بل متكاملان نظراً لكون أحدهما قانون شكل والآخر قانون موضوع، وتطبيق مقتضياتها يكون تطبيقاً متلازماً بحيث لا يمكن الاستغناء عن تطبيق أحدهما خاصة إذا تعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ.

¹ - حكم رقم 19 صادر بتاريخ 11/04/1995 في الملف رقم 94/92، غ.م.

ولقد كرست دورية المحافظ العام¹ نفس المفهوم الواسع لمصطلح التحفيظ العقاري، حيث جاء في إحدى فقراتها:

"... غير أنه اتضح أن هذا المفهوم الضيق يثير كثيرا من المشاكل والصعوبات التي تمس استقرار المعاملات والثقة في نظام التحفيظ والقضاء على السواء: لأن من شأن إجراء التقييد في السجلات العقارية بناء على قرار استئنافي رغم وجود طعن بالنقض أن يفرغ قرار أعلى هيئة قضائية في البلاد وهي المجلس الأعلى من محتواه، خاصة إذا لم يساير القرار الاستئنافي، وكان المستفيد من تقييد القرار المذكور قد تصرف في الحق موضوع النزاع لفائدة الغير الذي تمكن بدوره من إجراء تقييد لصالحه..."

وذهب أحد المهتمين إلى أن الاتجاه الضيق لم يقدر في حقيقة الأمر النتائج الخطيرة التي يمكن أن تترتب عنه، إذ أن بعض القرارات التي تتخذ بشأن عقار محفظ لا تختلف من حيث الخطورة عن قرار التحفيظ الذي يعتبر نهائيا وغير قابل للطعن مما يصعب معه في حالة نقض الحكم مثلا بشأن عقار محفظ، وإرجاع الحالة إلى الوضعية السابقة، وأنه لا يمكن الاتفاق بأي شكل مع هذا التوجه نظرا للحماية التي ينبغي أن تضافى على الحقوق المقيدة وتفايدا لبعض الأوضاع الصعبة وهو ما أصبحت تجسده بعض الاجتهادات القضائية.

فإذا صدر قرار في دعوى إتمام إجراءات البيع يقضي على المدعى عليه بإتمام إجراءات البيع، وكان هذا الأخير حائزا لقوة الأمر المقضي به، ثم طعن المحكوم عليه في هذا القرار بالنقض، فإنه لا يمكن للمحكوم له تنفيذ هذا القرار إلا بعد صدور قرار المجلس الأعلى، وذلك لأن الحقوق المستندة على قرارات استئنافية فإنها تبقى حقوقا قابلة للتغيير عند الطعن فيها بالنقض.

¹ - دورية المحافظ العام، عدد 324، صادرة بتاريخ 1995/01/20.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أتاح لأصحاب هذه الحقوق إمكانية إجراء تقييد احتياطي كوسيلة مضمونة ومأمونة للاحتفاظ بحقوقهم مؤقتاً ريثما يثبت القضاء في شأنها بصفة نهائية، وذلك لأنه يهدف من خلال نظام التحفيظ العقاري إلى حماية حقوق المقيدين حماية كافية، وثبات واستقرار المعاملات، وإضفاء الثقة والمصادقية على السجلات العقارية ومحتوياتها، ولهذا ألزم المحافظ بالتأكد من صحة الوثائق شكلاً وجوهرًا حتى لا تستفيد من التقييد إلا الحقوق الثابتة.

وبالتالي إذا لم يستطع المحكوم له تنفيذ الحكم القاضي بإتمام البيع، فإن حقه في العقار يبقى مضموناً بمقتضى التقييد الاحتياطي الذي أجراه على العقار بمقتضى المقال الافتتاحي للدعوى، حيث إن هذا التقييد الاحتياطي لا يمكن إلغاؤه إلا بعد أن يصير الحكم باثماً ولا يقبل أي طريق من طرق الطعن.

وإذا كان الهدف من دعوى إتمام إجراءات البيع، هو الحصول على حكم يقضي على المدعى عليه بنقل الملكية إلى المدعي، وبالتالي الحصول على العقار موضوع عقد البيع، فإن بعض الإشكالات تطرح على مستوى الحكم الذي يصدر فيها، وما إذا كان ممكناً اعتبار هذا الحكم بمثابة عقد وتسجيله مباشرة في الرسم العقاري، أو صدور حكم يقضي فقط بتحرير العقد النهائي، ثم بعد ذلك تسجيله في الرسم العقاري.

وأمام غياب النص التشريعي الذي يحدد موضوع الحكم الذي سيصدر في دعوى إتمام إجراءات البيع، وهل يتعلق الأمر فقط بإلزام المدعى عليه بتحرير العقد النهائي أو اعتبار الحكم بمثابة عقد وبالتالي تسجيله في الرسم العقاري؟

وعند الاطلاع على بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الابتدائية بمراكش، يلفت أن العمل القضائي بها يذهب في اتجاهين، الأول يلزم المدعى عليه بتحرير العقد النهائي مع المدعي وأمر المحافظ بتسجيله بالصك العقاري، والاتجاه

الثاني يذهب إلى اعتبار الحكم بمثابة عقد بيع نهائي وأمر المحافظ بتسجيله على الرسم العقاري.

فالاتجاه الأول يذهب إلى تمكين المدعي من الحصول على عقد نهائي قابل للتسجيل في الرسم العقاري، وذلك بإلزام المدعى عليه (البائع) من تحرير العقد النهائي، وهو ما يتأكد من الحكم التالي حيث جاء فيه:

"... وحيث ثبت من خلال باقي الوثائق المستدل بها من طرف المدعي والمشار إليها رفقة المقال الافتتاحي أن هذا الأخير قد نفذ الالتزام الواقع عليه والمتمثل في أداء باقي الثمن عن طريق مسطرة العرض العيني والإيداع بصندوق المحكمة لفائدة المدعى عليه، والذي أصبح ملزماً بتنفيذ التزامه المقابل والمتمثل في إبرام عقد بيع نهائي مع المدعي، مما يجعل طلب المدعي أعلاه مرتكزاً على أساس ويتعين الاستجابة إليه"¹. أما الاتجاه الثاني، فنجد مجموعة من الأحكام والقرارات التي تقضي بإتمام إجراءات البيع، وذلك باعتبار الحكم بمثابة عقد وبالتالي إصدار أمر إلى المحافظ العقاري بتسجيله في الرسم العقاري، من بينها قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش جاء فيه: "حيث إن السبب الذي ركز عليه المستأنف في استئنافه وجيه ويتعين الاستجابة له، وذلك باعتبار الحكم الصادر في نازلة الحال بمثابة عقد نهائي يحق للمستأنف طلب تسجيله في الرسم العقاري في حالة معارضته المستأنف عليهم عن التنفيذ..."².

وفي نفس الاتجاه صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش الحكم التالي والذي جاء فيه: "وحيث إنه ولكي ينتج هذا السند التنفيذي أثره في مواجهة المدعى عليه،

¹ - حكم رقم 95 صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 26/01/2009 في الملف المدني رقم 1054/09/2008، غير منشور.

² - قرار رقم 141 صادر بتاريخ 09/02/2009 في الملف رقم 2006/01/08، غ.م.

وذلك بتمكين المدعية من تسجيله بالرسم العقاري عدد، فقد وجب اعتباره بمثابة عقد بيع نهائي وأمر المحافظ العقاري تسجيله على الرسم العقاري المذكور، خاصة بعد أن ثبت امتناع المدعى عليه عن تنفيذه من جهة، وترتبا لآثار عقد البيع، ومن أهمها نقل ملكية الشيء المبيع لفائدة المشتري، وكون البائع ملزما في نطاق ضمان التعرض والاستحقاق باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتمكين الطرف المشتري من الانتفاع بالشيء المبيع، وهي غاية لن تتحقق إلا بتسجيله كمالك جديد بالرسم العقاري من جهة ثانية¹.

وبذلك فإن عقد الوعد بالبيع، أو عقد البيع الابتدائي هي عقود تامة وتتوافر على جميع شروط عقد البيع النهائي من رضى ومبيع وثمان وجاء وفق الشكل الكتابي، ولا ينقصها إلا حلول الأجل أو تحقق شرط معين من أجل تحرير العقد النهائي، وبالتالي إذا رفض الواعد تحرير العقد النهائي، فإنه يتعين على المحكمة أن تقضي باعتبار الحكم بمثابة عقد وأمر السيد المحافظ العقاري على تسجيله في الرسم العقاري، لما في ذلك من استقرار للمعاملات وتشجيع الناس على التعامل بمثل هذه العقود.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا أراد المدعي الحصول على حكم بمثابة عقد فإنه يتعين عليه أن يقدم طلبا بذلك إلى المحكمة، وأن يكون محددا بدقة إذ لا يمكن لها أن تقضي من تلقاء نفسها باعتبار الحكم بمثابة عقد إذا لم يطلب منها ذلك، وإلا تعرض طلبه لعدم القبول.

حيث إنه وطبقا للفصل 3 من ق.م.م²، فإنه يتعين على المحكمة أن تبث في حدود طلبات الأطراف، وطلب المدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع قد يكون

¹ - حكم رقم 180 صدر بتاريخ 09/02/2009 في الملف المدني رقم 936/09/2008، غ.م.

² - ينص الفصل 3 من ق.م.م على: "يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف..."

إما طلب إلزام الطرف الآخر بتحرير العقد النهائي، أو طلبه اعتبار الحكم الذي سيصدر في القضية بمثابة عقد مع أمر المحافظ بتسجيله في الرسم العقاري. ففي الطلب الأول يكون المدعي قيد سلطة المحكمة بإلزام المدعى عليه بكتابة العقد النهائي فقط معه، على خلاف الطلب الثاني الذي يرمي إلى اعتبار الحكم بمثابة عقد.

وبالتالي يتعين على المدعي أن يحدد طلبه بدقة، وألا يتركه مجملاً وعماماً، إذ لا يمكن للمحكمة أن تحكم بأكثر مما طلب منها، أو أن تحكم بشيء لم يطلب منها، وهو ما تبين لنا من خلال العديد من الأحكام نذكر من بينها حكماً صادراً عن المحكمة الابتدائية بمراكش جاء فيه: "وحيث إنه من المعلوم أن دعوى إتمام إجراءات البيع لا تتخذ صورة واحدة، بل إنها تتنوع وتختلف تبعاً للغاية منها، فهي ترمي إلى التوقيع على عقد البيع النهائي أو إنجاز رسم عقاري فرعي أو تطهير العقار المبيع من التحويلات العالقة به من حجز أو رهن أو تسليم المبيع إلى غير ذلك، والمدعي لم يحدد في دعواه ماذا يريد من دعواه الحالية المقدمة بشكل عام، وعمومها يمنع من القضاء فيها طبقاً للقاعدة المحددة في الفصل 3 من ق.م.م التي توجب أن تكون الطلبات محددة تحديداً دقيقاً نافياً للجهالة، وهو ما يوجب عدم قبول الدعوى"¹.

وإذا كان إشكال اعتبار الحكم بمثابة عقد مطروح بالنسبة للنصوص العامة، فإنه بخلاف ذلك فيما يتعلق ببعض النصوص الخاصة، ومنها على سبيل المثال القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز.

فإن صدر حكم نهائي من القضاء وفقاً لطلب صاحب المصلحة بإتمام البيع تحول هذا الحكم النهائي إلى وثيقة تامة ونهائية بالبيع، سيان في ذلك إن كان

¹ - حكم رقم 1460 صدر بتاريخ 2009/12/08 في الملف رقم 2009/09/128.

خاسر الدعوى بائعاً أم مشترياً، فإن كان العقار غير محفظ تم اعتبار الحكم النهائي بمثابة وثيقة بالبيع، أما إذا كان العقار المتنازع بصده عقاراً محفظاً فإنه لابد من تسجيل الحكم النهائي بالسجل العقاري لإتمام عملية انتقال ملكية العقار¹.

وبالتالي، إذا صدر الحكم لصالح المشتري بإتمام إجراءات البيع، اعتبر بمثابة عقد بيع نهائي طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 19-618²، ويجب تسجيله بالسجل العقاري لنقل الملكية للمشتري طبقاً لمقتضيات الفصل 20-618³، لأن تسجيل هذا الحكم يقوم مقام تسجيل البيع ذاته في نقل الملكية من تاريخ إجراءاته، غير أنه تجدر الإشارة هنا إلى أنه يتمتع على المشتري وضع يده على العقار المبيع كمالك إلى حين صدور الحكم لصالحه وتسجيله في السجل العقاري⁴، وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى:

"لكن حيث إن الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ ينص على أن جميع الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ تسجيلها على الرسم العقاري، وأن الطاعن إذا كان له حق إزاء البائع بأن يمكنه من الشيء المبيع وصدر بالفعل حكم لصالحه يقضي بصحة البيع وتسجيله على الرسم

¹ - محمد بونبات: بيع العقارات في طور الإنجاز - دراسة سفي ضوء القانون رقم 44.00، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش، الطبعة الأولى 2003، ص: 110.

² - تنص الفقرة الأولى من الفصل 19-618 من ق.ل.ع على: "إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل 30 يوماً من تاريخ توصله بالإشعار المنصوص عليه في الفصل 18-618 أعلاه، فيمكن للطرف المتضرر اللجوء إلى المحكمة لطلب إتمام البيع أو فسخ العقد الابتدائي، يعتبر الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع بمثابة عقد البيع النهائي".

³ - ينص الفصل 20-618 على: "لا تنتقل ملكية الأجزاء المباعة إلى المشتري إلا من تاريخ إبرام العقد النهائي أو صدور الحكم النهائي في الدعوى إن كان العقار غير محفظ أو في طور التحفيظ وتنتقل الملكية بعد تنفيذ العقد النهائي أي الحكم بالسجل العقاري إذا كان العقار محفظاً".

⁴ - علي الرام: م.س، ص: 171.

العقاري فإنه إلى أن يسجل الشراء أو الحكم القاضي بصحته على الرسم العقاري لا يحق له أن يضع يده على العقار كمالك، فتكون المحكمة على صواب لما أيدت الأمر الابتدائي القاضي بطرد الطاعن من العقار باعتبار أن ذلك يعد إجراء وقتياً اقتضته حالة الاستعجال لا أثر له على دعوى صحة البيع، فالوسيلتان عديمتا الجدوى¹.

وإذا كان عقد البيع من العقود الملزمة للطرفين معا (البائع والمشتري)، وكان البائع ملزماً بتنفيذ ما يوجبه عليه عقد البيع من القيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية، وذلك على اعتبار أن المبيع في هذا النوع من البيوع غير موجود عند إبرام العقد الابتدائي وملكيته لا يمكن أن تنتقل إلا بعد تشييده وإنجازه وفق المواصفات المتفق عليها، وإذا ما تم ذلك ينبغي على الطرفين إبرام العقد النهائي كتابة والسهر على تسجيله بالمحافظة العقارية إن كان العقار محفظاً، وإذا ما حاول البائع التنصل من التزامه بإبرام العقد النهائي كان للمشتري أن يجبره على ذلك قضائياً يرفع دعوى إتمام البيع ويكون الحكم الصادر لفائدته صكاً للملكية يقوم مقام العقد النهائي ويتعين عليه تسجيله بالمحافظة العقارية ضماناً وحماية له من سوء نية البائع، وتصرفه في العقار مرة ثانية لفائدة الغير².

إلا أنه بالمقابل يلتزم المشتري كذلك بالاستعداد التام للقيام بإجراءات نقل الملكية، إذ قد تقوم لدى البائع مصلحة في انتقال الملكية إلى المشتري لإبراء ذمته من هذا الالتزام، وهنا إذا امتنع المشتري فإنه ليس هناك ما يمنع هذا البائع من

¹ - قرار عدد 684، صادر بتاريخ 10/11/1982، منشور في كتاب المجلس الأعلى، مقتضيات تظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، طبعة 2009، ص: 101.

² - خالد يوسف وحكيمة السديري: مقال في موضوع بيع العقار في طور البناء على ضوء التشريع المغربي منشور - المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمانة - الرباط، طبعة 2007، ص: 427-428.

سلوك مسطرة دعوى صحة التعاقد لجبر المشتري على تنفيذ التزامه بتسلم المبيع¹، وفقا لما تقضي به الفقرة الأولى من الفصل 19-618².

ونشير في الأخير إلى أن الذي تأمر المحكمة بتسجيله في الرسم العقاري هو الحكم القاضي بإتمام إجراءات البيع، وليس عقد الوعد بالبيع أو العقد الابتدائي موضوع الدعوى، لذا يتعين عند صدور حكم بإتمام إجراءات البيع أن تكون صياغته دقيقة وأن يتوفر على جميع المعلومات التي تمكن المحافظ العقاري من تسجيله في الرسم العقاري بدون صعوبات مادية أو قانونية يمكن تنفيذ هذا الحكم من طرف المحافظ العقاري.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي للتسجيل كأثر للتقييد الاحتياطي:

يهدف المدعي من دعوى إتمام إجراءات البيع، الحصول على العقار المبيع، والذي يكون المدعى عليه قد رفض القيام بنقل الملكية إلى المدعي، أو رفض إزالة العوائق التي تحول دون نقل الملكية وتسجيل اسم المشتري في الرسم العقاري، مما يترتب عنه تأخير تسجيل الحق في الرسم العقاري إلى وقت لاحق، وقد يفاجأ المشتري بكون ملكية العقار موضوع النزاع قد انتقلت إلى الغير.

وتلافيا لصياح حق المشتري في العقار فإنه يتعين عليه وحتى يضمن انتقال الحق إليه بعد صدور الحكم لصالحه، أن يتخذ إجراء تحفظيا يتمثل في التقييد الاحتياطي للحفاظ على رتبته بعد صدور الحكم النهائي لصالحه وتقييد هذا الحكم في الرسم العقاري الذي يعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي.

¹ - علي الرام: م.س، ص: 172.

² - تنص الفقرة 1 من ف 19-618 على: "إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل 30 يوما من تاريخ توصله بالإشعار المنصوص عليه في الفصل 18-618 أعلاه، فيمكن للطرف المتضرر اللجوء إلى المحكمة لطلب إتمام البيع أو فسخ العقد الابتدائي".

والتقييد الاحتياطي هو: إمكانية يخولها القانون لكل من يدعي حقا على عقار محفظ قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق وذلك بالإشارة إليه في الرسم العقاري في انتظار تحويل هذا التقييد الاحتياطي إلى تسجيل نهائي أو إلغائه بالمرّة¹.

كما عرفه الفقيه بول دو كرو بأنه: "بيان يثبت بالرسم العقاري بصفة مؤقتة ومشروطة وينبئ بالحق المطالب به والذي لم يكن قابلا للتقييد بالسجلات العقارية بالطريقة القانونية²".

ولقد نظم المشرع المغربي مؤسسة التقييد الاحتياطي في الفصول 85، 86، 92 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، والفصول 172-202 من ظهير 1915/6/2 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، والفصل 10-618 من قانون 00-44 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، كما حدد أنواعه وأجل سريان مفعوله وآثاره في حماية الحق مؤقتا إلى حين تقييده نهائيا بالرسم العقاري.

وبالتالي فإن دور مؤسسة التقييد الاحتياطي في دعوى إتمام إجراءات البيع هو حماية الحق محل النزاع، حتى إذا ما صدر الحكم لصالح المدعي قام بتسجيله في الرسم العقاري، والذي يأخذ رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي، أما إذا تهاون المدعي في تقييد الدعوى محل النزاع تقييدا احتياطيا، فإنه قد تضيع عليه فرصة الحصول على العقار حتى ولو صدر الحكم لصالحه، وذلك في حالة ما إذا قام البائع بتفويت العقار إلى الغير وبعد صدور الحكم لا يجد المحكوم له ما ينفذ عليه.

¹ - محمد خيرى: م.س، ص: 421.

² - محمد شبيب: مداخلة في موضوع التقييد الاحتياطي كبديل عن الحجز التحفظي - ندوة الأنظمة العقارية في المغرب بكلية الحقوق مراكش يومي 5 و6 أبريل 2002، المطبعة الوطنية - مراكش، الطبعة الأولى، 2003، ص: 280.

ولدراسة هذا المطلب، فإننا سنقسمه إلى فقرتين، حيث سنخصص الأولى لدراسة حالات التقييد الاحتياطي، في حين سنخصص الثانية لدراسة التقييد الاحتياطي كآلية لحماية الرتبة في دعوى لإتمام إجراءات البيع.

الفقرة الأولى: حالات التقييد الاحتياطي

لقد سبق أن بينا أنه من حق المشتري رفع دعوى إتمام إجراءات البيع - بعد توفر الشروط الشكلية الموضوعية - ضد البائع من أجل نقل ملكية المبيع إليه، وإلزامه بالقيام بكل ما هو ضروري من أجل تمكين المشتري من الحصول على العقار موضوع النزاع إلا أنه يتعين على المشتري، وحتى يضمن انتقال الحق إليه بعد صدور الحكم لصالحه، أن يقوم بتقييد احتياطي في الرسم العقاري حتى يتسنى له الحفاظ على مركزه القانوني والمخول له بمقتضى التصرف الذي يربطه بالبائع وضمان انتقال الحق إليه بعد صدور الحكم لصالحه¹.

والمرجع حدد ثلاث حالات للتقييد الاحتياطي ونص عليها في الفصل 85 من التحفيظ العقاري²، فقد يكون بناء على سند أو بأمر من رئيس المحكمة أو بمقتضى مقال افتتاحي للدعوى.

¹ - حسن فتوح: التقييد الاحتياطي وعلاقته بالحجوز والإنذارات العقارية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2008، ص: 77.

² - ينص الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري الفقرة الثانية منه على: "... وفي غير الحالات التي يطلب فيها التقييد الاحتياطي بمقتضى سند، يجب أن يؤيد طلب هذا التقييد إما بنسخة من المقال المرفوع لدى القضاء قصد إثبات الحق وإما بأمر قضائي صادر من رئيس المحكمة الابتدائية يوجد العقار في دائرتها".

ولا تخفى أهمية التقييد الاحتياطي من أنه يخول مكنة تسجيل الحق المتنازع حوله، ثم يمنح أولوية الترتيب إزاء الكافة بعد إجراء القيد النهائي، فيصير صاحب الحق مكتسبا إياه منذ تاريخ التقييد الاحتياطي¹.

وإذا تعلق الأمر بدعوى إتمام إجراءات البيع، فإنه يتعين على المشتري القيام بتقييد احتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى، إلا أن هذا لا يعني عدم استفادته من التقييد الاحتياطي بناء على سند أو بناء على أمر رئيس المحكمة، وذلك في انتظار رفع الدعوى، حتى إذا قام برفعها، قام أيضا بتقييد احتياطي آخر بناء على المقال الافتتاحي للدعوى، وذلك حتى يستفيد من مزية الرتبة التي تعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي المتخذ بناء على سند أو أمر قضائي.

وتختلف هذه الحالات عن بعضها من حيث الآجال ومن حيث النتائج، فكيف يمكن للمدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع الاستفادة من كل واحدة منها؟

أولاً: التقييد الاحتياطي بناء على سند:

لا يمكن قبول تقييد احتياطي بناء على طلب مجرد، بل لابد أن يعزز هذا الطلب بسند يبرره، ويجب أن يرفق هذا الطلب بنظير الرسم العقاري الموضوع للملك المعني بالأمر، طبقاً للفصل 88 من ظهير التحفيظ العقاري².

ويكون التقييد الاحتياطي بناء على سند إذا كان طلب التسجيل مستنداً إلى سند غير كاف بذاته لنقل الحق، كعقد شراء لم يقع تسجيله نهائياً لسبب من الأسباب، لتخلف شرط من شروط العقد، أو لأن التواريخ التي يحملها السند غير مصادق عليها من طرف السلطة المختصة. فكلما توفرت حالة سند غير ناقل

¹ - محمد بونبات: قوانين التحفيظ والتسجيل والتجزئة العقارية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، طبعة 1997، ص: 58.

² - ينص ف 88 من ظهير التحفيظ على: "كلما ضمن تسجيل أو تقييد احتياطي برسم الملكية، فإنه يجب أن يضمن في نفس الوقت بنسخة الرسم".

للملكية لذاته أو غير كاف لتخلف بعض الشروط، أمكن طلب تقييده احتياطيا إلى حين زوال المانع من إجراء تسجيله نهائيا، ليضمن صاحب الحق الأولوية على أية عملية قيد لاحقة¹.

وبناء عليه، فإن المشتري لعقار محفظ والذي لم يستطع تسجيل شرائه في الرسم العقاري لسبب من الأسباب، فإنه يمكن له وفي حالة توفره على سند الشراء أن يقوم بتقييد احتياطي بناء على هذا السند.

غير أن المشرع المغربي لم يحدد طبيعة السند الذي يمكن أن يكون موضوع تقييد احتياطي، حيث كان محل جدل فقهي وقضائي، لكون صياغة الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري وردت عامة بنصه على إمكانية طلب تقييد احتياطي لكل من يدعي أي حق في عقار محفظ دونما تحديد لطبيعته القانونية، لاسيما وأن الفصل 65 من نفس الظهير أوجب إشهار بعض الحقوق الشخصية بالسجل العقاري تحت طائلة عدم الاحتجاج بها في مواجهة الأغيار².

ويذهب الأستاذ خيرى في هذا الصدد إلى أنه لربما قد اعتبرها المشرع من باب تحصيل الحاصل مادام أنه قد تم تحديد الحقوق الواجب تسجيلها في الفصول 65، 66، 67 من ظهير التحفيظ العقاري، وعليه فإن هذه السندات سوف لن تخرج عن الأفعال الإرادية والاتفاقات والعقود الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه، فكل تقييد احتياطي ينبغي أن يتعلق بحق يمكن تسجيله على الدفاتر العقارية، وبالتالي ينبغي أن يكون هذا السند مرتبطا بنفس الحق.

¹ - محمد بونبات: قوانين التحفيظ والتسجيل، م.س، ص: 59.

² - حسن فتوح: بعض إشكاليات الحجز العقاري والتقييد الاحتياطي، مقال منشور بمجلة محاكم مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ع (1)، مارس 2007، 31.

كما تبني الأستاذ المذكور الرأي الذي نادى به الأستاذ ماسيكلي، والذي يقول بأن كل حق يقبل التسجيل يقبل حتما التقييد الاحتياطي، وبالمفهوم المعاكس فإن كل حق لا يقبل التسجيل لا يقبل حتما التقييد الاحتياطي، حتى ولو تم ذلك خطأ¹.

وطبقا للفصل 6 من ظهير 1915/6/1 المتعلق بتحديد مقتضيات انتقالية لتطبيق الظهير الشريف الأساسي المتعلق بالتحفيظ العقاري²، فإن التقييد الاحتياطي المبني على سند لا تتجاوز مدته عشرة أيام، بحيث إذا لم يستطع المشتري إتمام إجراءات البيع وتسجيل شرائه بشكل نهائي يعود بأثر رجعي من تاريخ التقييد الاحتياطي، فإنه سيضيع حقه وقد نفوت عليه فرصة الحصول على العقار لأن المحافظ العقاري ملزم بالتنشيط على هذا التقييد داخل أجل 10 أيام بقوة القانون.

وبالتالي فإنه يتعين على المشتري والذي لم يستطع إتمام النقص الذي بالعقد أو إتمام الإجراءات التي ستخوله تسجيل شرائه بشكل نهائي، فإنه يمكن له رفع دعوى إتمام إجراءات البيع، والقيام بتقييد احتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى، وذلك داخل أجل 10 أيام من تاريخ التقييد الاحتياطي بناء على سند، حيث في هذه الحالة فإن التقييد الاحتياطي الذي يتم بناء على سند يحتفظ برتبته اعتبارا من تاريخ تقديمه لا من تاريخ تقديم المقال الافتتاحي للدعوى، وفق ما تقضي به الفقرة الثالثة من الفصل 6 من ظهير 1915/6/1 والتي جاء فيها أن

¹ - محمد خيرى: م.س، ص: 425-426.

² - ينص الفصل 6 من ظهير 1915/6/1 على: "أما التقييدات الاحتياطية المطلوبة طبق مقتضيات الفصل 86 المعضدة برسم للحصول على حفظ حق من الحقوق مؤقتا بعد امتناع المحافظ من تقييد الرسم المذكور بصورة قانونية، فلا تعتبر صحيحة إلا أثناء أجل قدره 10 أيام...".

"التقييد الاحتياطي المبني على سند ينتهي تلقائيا بمرور 10 أيام ما لم يؤيد السند بنسخة من مقال افتتاحي، أو أمر صادر عن رئيس المحكمة".

ومهلة 10 أيام المذكورة أعلاه، لن تكفي لفض النزاع، ولكنها كافية لتقديم مقال لدى المحكمة، وكافية أيضا لاستصدار أمر من رئيس المحكمة، بحيث يتعين على المعني بالأمر أن يعزز طلب التقييد الاحتياطي المبني على سند قبل انتهاء مدة 10 أيام بنسخة من المقال الافتتاحي لدعوى إتمام إجراءات البيع.

وفي هذه الحالة فإن المشتري سيستفيد من الأثر الرجعي للتقييد الاحتياطي الذي تم بناء على سند، ويحتفظ برتبته اعتبارا من تاريخ تقديمه لا من تاريخ تقديم المقال الافتتاحي¹ لدعوى إتمام إجراءات البيع.

وإذا كانت دعوى إتمام إجراءات البيع ترفع بناء على وعد بالبيع (وهي الصورة الغالبة)، هل يحق للمستفيد منه القيام بتقييد احتياطي بناء عليه، ثم بعد ذلك القيام برفع دعوى إتمام إجراءات البيع والقيام بتقييد احتياطي بناء عليها، وبالتالي الاحتفاظ برتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي بناء على المستند؟، وهذا على خلاف التقييد الاحتياطي المبني على سند صحيح² وتام الأركان ونهائي، فإنه لا يطرح أي إشكال. وسبب طرح الإشكال المتعلق باعتبار الوعد بالبيع سندا وتسجيله في الرسم العقاري، هو أن الوعد بالبيع يعتبر حقا شخصيا عقاريا مادام هذا البيع لم يتحقق بعد، ولم يصبح بعد تاما، وفي هذا الصدد ظهر اتجاهان فقهيان، الاتجاه الأول يؤيد التقييد الاحتياطي بناء على الوعد بالبيع.

¹ - محمد خيرى، م.س، ص: 426-427.

² - يعرفه الأستاذ محمد خيرى بكونه كل وثيقة صالحة لإثبات وجود حق عيني قابل للتقييد كعقد بيع عقاري أو هبة عقار أو وصية...

حيث يذهب الأستاذ الكزبري إلى عدم حصر نطاق التقييدات الاحتياطية بالحقوق العينية المترتبة على عقار محفظ، بل وجوب اعتبار نطاقها عاما شاملا على حد سواء الحقوق العينية والحقوق الشخصية، كما نبه إلى أن مجال تطبيقها العملي يدور أكثر ما يدور حول الحقوق الشخصية القابلة لأن تتحول بعد تسجيلها إلى حقوق عينية¹.

ويذهب أحد الباحثين إلى أن الوعد بالبيع يمكن أن يكون موضوع تقييد احتياطي، باعتبار أنه حق شخصي قابل للتقييد النهائي بطريقة مباشرة عن طريق عقد البيع الذي سينشأ عنه مع التنبيه إلى أنه يستحيل تطبيق الأثر الرجعي للتقييد الاحتياطي للوعد بالبيع، بل سيحدد تاريخ التقييد النهائي على أساس عقد البيع الذي سينشأ عنه².

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى رفض التقييد الاحتياطي بناء على الوعد بالبيع، على اعتبار أن أهم ركن وأساس في مؤسسة التقييد الاحتياطي هو كون التقييد النهائي للحق بعد إزالة المانع يكون بأثر رجعي أي يأخذ تاريخ التقييد الاحتياطي وهو ما لا يمكن تصوره في حالة حق الوعد بالبيع، لأن هذا الحق لكي يتحول إلى حق عيني يحتاج إلى عقد جديد، فكيف يمكن إذن أن يستفيد هذا الحق الجديد من الرتبة التي كانت للتقييد الاحتياطي³.

¹ - مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، المطبعة غير مذكورة، رقم الطبعة غير مذكور، 1978، ص: 139.

² - محمد العلمي: التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري والقوانين الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، نوقشت بجامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة السنة الجامعية 2004/2005، ص: 30.

³ - الحسن بويقن: التقييد الاحتياطي والحجز التحفظي على عقار محفظ، مقال منشور بمجلة الإشعاع، عدد 12، يونيو 1995.

وما يؤخذ على الاتجاه الأول أنه يضرب أهم مبدأ من مبادئ التقييد الاحتياطي وهو مبدأ الأثر الرجعي، حيث إن التقييد الاحتياطي يحفظ رتبة المستفيد منه ويعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي. ولقد أثبت الواقع العملي أنه في حالة ما إذا تقدم أحد الأشخاص بطلب تقييد احتياطي بناء على الوعد بالبيع، فإن المحافظ العقاري يرفض هذا الطلب على اعتبار أن الوعد بالبيع هو حق شخصي غير قابل للتقييد الاحتياطي وليس حقا عينيا، كما أنه يبقى مجرد وعد، ولا يعلم ما هو مآله، وهل سينقلب إلى عقد نهائي أم سيفسخ.

هذا ولم يرد المشرع أن يترك المشتري للعقار في طور الإنجاز دون أن يمنحه الاستفادة من مقتضيات الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري المذكور أعلاه، حيث جعل له إمكانية تقييد عقد البيع الابتدائي تقييدا احتياطيا وذلك بمقتضى الفصل 10-618 والذي جاء فيه:

"يمكن للمشتري بموافقة البائع إذا كان العقار محفظا أن يطلب من المحافظ على الأملاك العقارية إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع الابتدائي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوقه.

يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية تقييد العقد النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع".

وفهم من هذا النص أن تقييد العقد الابتدائي تقييدا احتياطيا يكون في حالة اتفاق رضائي بين ذوي العلاقة وهما البائع والمشتري، ولا يملك المحافظ العقاري أن يرد طلب التقييد المذكور لأن صلاحياته هنا مقيدة، وقد بين الفصل 10-618 ق.ل.ع أن مدة بقاء التقييد الاحتياطي رهينة بحصول التسجيل لعقد البيع النهائي بمعنى التشطيب لأن الفصل 10-618 من ق.ل.ع جعل التقييد الاحتياطي محل عقد البيع الابتدائي.

والبيع النهائي أو القطعي يؤدي إلى نقل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل أداء الثمن ساري المفعول من يوم حصول التقييد إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع، فعن طريق التقييد الاحتياطي يحفظ الحق ويصونه عند القيام بالتسجيل العقاري عندما يحتفظ لصاحب الحق المقيّد برتبته عند تاريخ إجراء التقييد الاحتياطي، وهو ما يكفل الطمأنينة للمتعاملين في العقارات.

ويزيد الفصل 6-618 من ق.ل.ع تحصينا لحق المشتري من ناحيتين، الأولى وذلك بمجرد إجراء التقييد الاحتياطي يمنع على المحافظ العقاري تسليم نظير الرسم العقاري إلى البائع، ومن هنا لا يملك البائع إلا التسليم بتنفيذ التزاماته تجاه المشتري دون التصرف من جديد في الحق محل القيد المذكور.

والناحية الثانية وذلك لأن الفقرة الأخيرة من الفصل 10-618 حولت صراحة للمشتري الاستفادة من تاريخ إجراء التقييد الاحتياطي، إذ يتم تعيين رتبة تقييد العقد النهائي بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي للعقد الابتدائي¹، حيث إذا قام البائع والمشتري بتحرير العقد النهائي فإنه بتسجيله في الرسم العقاري يعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي المتخذ بناء على سند عقد البيع الابتدائي.

وكذلك الحال في حالة ما إذا رفض البائع، إتمام إجراءات البائع، أو كذلك في حالة ما إذا امتنع المشتري عن إتمام هذه الإجراءات، وذلك حسب الفصل 19-618، فإنه يحق للطرف الذي يريد إتمام إجراءات البيع أن يرفع دعوى إتمام إجراءات البيع على الطرف الممتنع، وفي حالة صدور حكم بإتمام إجراءات البيع فإنه يأخذ رتبته لا من تاريخ التسجيل، بل من تاريخ التقييد الاحتياطي المتخذ بناء على عقد البيع الابتدائي.

¹ - محمد بونبات: بيع العقارات في طور الإنجاز، م.س.، ص: 43-44-45-46.

ثانياً: التقييد الاحتياطي بناء على أمر رئيس المحكمة:

تم تقرير هذه الحالة بمقتضى الفصلين 85 و 86 من ظهير التحفيظ العقاري، ولاحظ الأستاذ خيرى أن المشرع اعتبر هذه الحالة عبارة عن أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد العقار في دائرتها تبعاً لما هو وارد في الفقرة الثانية من الفصل 85، واعتبرها في الفصل 86 بمثابة إذن من رئيس المحكمة، والفرق واضح بين الأمر والإذن.

فالأمر القضائي يكتسي صبغة الإلزام ويجب تنفيذه، لأنه يدخل في إطار الاختصاص القضائي ويحق للمحكمة إصداره كلما تبين لها بأن الحق المطلوب يستند إلى أسباب وحجج قوية، أما الإذن القضائي فإنه لا يكتسي صبغة الإلزام، ولكنه مجرد رخصة لا يترتب عن عدم القيام به أي جزاء وتصدره المحكمة حينما لا تكون متأكدة من مزاعم طالب الأمر، ولقد كان من المستحسن الأخذ بصيغة واحدة حتى يكون هناك انسجام بين الفصلين¹.

غير أنه طرأ خلاف فقهي بخصوص الأمر المنصوص عليه في الفصلين 85 و 86 من الظهير المذكور، حيث ذهب اتجاه إلى أن الأمر المذكور ليس بقرار مستعجل ولا بأمر مبني على طلب، إذ إن هذا الأمر يصدر خارج نطاق قانون المسطرة المدنية، أي خارج الفصول من 148 إلى 154 منها، حيث يعتبر أمراً ذا طبيعة خاصة²، كما ذهب في نفس الاتجاه الأستاذ الكزبري واعتبر أن اختصاص الاستعجال غير مقصود من لدن المشرع في المجال الذي نبهته وسنده

¹ - محمد خيرى: م.س، ص: 428.

² - محمد ابن الحاج السلمي: ص: 147.

في ذلك أن الفصل 85 المذكور أناط برئيس المحكمة ولاية النظر في التقييدات الاحتياطية نص خاص¹.

أما الاتجاه الثاني فيعتبر أن صدور الأمر من رئيس المحكمة الابتدائية مباشرة وليس من طرف شخص آخر طبقا لما ورد في الفقرة الأولى من الفصل 148 من ق.م.م.²، وتستلزم القاعدة العامة شرطين أساسيين ليتسنى لرئيس المحكمة إصدار أمر قضائي بناء على الطلب، الشرط الأول أن يكتسي الإجراء المطلوب صبغة الاستعجال، والثاني أن لا يلمس الإجراء جوهر القضية.

ويجب أن يحتوي طلب التقييد الاحتياطي على عرض موجز للوقائع وأن يشير بدقة إلى موضوع الإجراء المطلوب.

وبعد صدور هذا الأمر فإنه يتم تبليغه إلى المحافظ العقاري من طرف الشخص نفسه أو من طرف المحامي أو عن طريق كتابة الضبط، حيث إن المشرع لم يحدد طريقة التبليغ، والتبليغ بكل هذه الطرق جائز قانونا.

وتجدر الإشارة إلى أن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة لا يقبل الاستئناف إلا في حالة الرفض، ويمتد مفعول التقييد الاحتياطي المبني على أمر رئيس المحكمة لمدة 6 أشهر، وينتهي مفعوله إن لم ينجز التسجيل خلال هذه المدة، أو لم تقدم دعوى لدى المحكمة، ولم يقع التنصيب عليها بعد التقييد الاحتياطي خلال

¹ - محمد بونبات: قوانين التحفيظ والتسجيل، م.س، ص: 60.

² - تنص الفقرة الأولى من الفصل 148 من ق.م.م. على: "يختص رؤساء المحاكم الابتدائية وحدهم بالبت في كل مقال يستهدف الحصول على أمر إثبات حال أو توجيه إنذار أو أي إجراء مستعجل في أية مادة لم يرد بشأنها نص خاص ولا يضر بحقوق الأطراف...".

شهر، وذلك حسب مقتضيات الفصل 86¹ من ظهير التحفيظ العقاري²، وبعد انصرام هذا الأجل ولم يتم التقييد النهائي أو تسجيل مقال الدعوى فإنه يتم التشطيب على التقييد الاحتياطي تلقائياً، وذلك حسب مقتضيات الفصل 92³ من ظهير التحفيظ العقاري، وهو ما قضى به المجلس الأعلى⁴، في قرار صادر عنه، والذي جاء فيه: "إن مدد التقييد الاحتياطي محددة بدقة في القانون، وأن مدة التقييد الاحتياطي المتخذ بمقتضى أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية عملاً بالفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري هي 6 أشهر إذا لم يرفع المقال الافتتاحي للدعوى لدى المحكمة، ويضمن بالرسم العقاري داخل أجل الشهر الأول من تاريخ التقييد الاحتياطي، أما إذا ضمن المقال داخل أجل المذكور فإن مفعوله يمتد حينذاك إلى نهاية النزاع، والمحكمة قد عللت قرارها تعليلاً كافياً عندما صرحت بأن التقييد الأول الصادر في 1985/12/24 ينتهي مفعوله بعد مرور ستة أشهر من تاريخ تقييده لأن الطاعن لم يرفع بالتسجيل النهائي للعقد خلال ستة أشهر ولم يتقدم بدعوى إثبات الحق خلال أجل شهر من تاريخ التقييد الاحتياطي وتسجيل مقاله بالرسم العقاري خلال الأجل المذكور".

¹ - ينص الفصل 86 من ظهير ت.ع. على: "إذا طلب التقييد الاحتياطي بموجب إذن من رئيس المحكمة الابتدائية فإن مفعوله ينتهي إن لم ينجز التسجيل النهائي خلال 6 أشهر أو لم تقيّد دعوى بالمحكمة ولم يقع التنصيص عليها بالسجل العقاري خلال أجل شهر واحد".

² - محمد خيرى: م.س، ص: 428-429.

³ - ينص الفصل 92 من ظ.ت.ع. على: "إن التقييد الاحتياطي المضمن بالسجل العقاري بمقتضى حكم يجب أن يشطب عليه تلقائياً بعد انصرام الآجال المذكورة المشار إليها في الفصل 86".

⁴ - قرار صادر بتاريخ 1998/7/1 في الملف المدني عدد 1997/4542 منشور في كتاب المجلس الأعلى - مقتضيات ظهير التحفيظ، م.س، ص: 120.

إدريس بلمحجوب: قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى 2005، ص: 203 وما بعدها.

وكما هو الحال في التقييد الاحتياطي بناء على سند، فإن التقييد الاحتياطي بناء على أمر رئيس المحكمة، وفي حالة إتمام الإجراءات التي تنقص طالب التقييد النهائي، فإنه يعود بأثر رجعي إلى غاية يوم التقييد الاحتياطي، حيث يأخذ رتبته من يوم تقييده في الرسم العقاري بعد إصدار الأمر من طرف رئيس المحكمة.

فالمدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع، والذي قام بتقييد احتياطي بناء على أمر من رئيس المحكمة، وفي حالة ما إذا لم يتم بإتمام الإجراءات التي تنقصه داخل أجل شهر يتعين عليه أن يقوم برفع دعوى بإتمام إجراءات البيع، وتقييد المقال الافتتاحي للدعوى، وذلك داخل أجل شهر واحد من التقييد الاحتياطي بناء على أمر رئيس المحكمة حتى يستفيد من هذا التقييد بأثر رجعي، حيث لا يتم احتساب التقييد الاحتياطي ابتداء من تاريخ تقييد الدعوى، بل يتم احتساب تاريخ التقييد الاحتياطي ابتداء من اليوم الذي اتخذ فيه بناء على أمر رئيس المحكمة، وهكذا إذا تعلق الأمر بوعده بالبيع متوقف على شرط، أو تعلق إبرام العقد النهائي بحلول الأجل، فإنه بتحقق الشرط، أو حلول الأجل ورفض البائع تحرير العقد النهائي أو إزالة العوائق التي تمنع تسجيل العقد النهائي فإنه يتعين على المشتري أن يقوم باستصدار أمر من رئيس المحكمة من أجل تقييد احتياطي، وفي حالة ما إذا رفض البائع إتمام إجراءات البيع، فإنه يتعين على المشتري أن يقوم برفع دعوى إتمام إجراءات البيع، وذلك داخل أجل شهر من تاريخ التقييد الاحتياطي بناء على أمر رئيس المحكمة، ويقوم بتقييد احتياطي جديد بناء على المقال الافتتاحي لدعوى إتمام إجراءات البيع، ويستفيد من رتبة التقييد الاحتياطي الأول.

وتجدر الإشارة إلى أن المشتري إذا قام بتقييد احتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى، فإن مفعوله يستمر إلى غاية انصرام أجل 6 أشهر، بل إن مفعوله يستمر إلى غاية صدور حكم نهائي في الدعوى، حيث يستمر التقييد

الاحتياطي ابتداء من التقييد المتخذ بناء على أمر رئيس المحكمة ويمتد إلى غاية صدور حكم نهائي.

وهذا هو الامتياز الذي يمنحه التقييد الاحتياطي المتخذ بناء على أمر رئيس المحكمة، والذي يتم تدعيمه بتقييد احتياطي آخر بناء على مقال افتتاحي لدعوى إتمام إجراءات البيع، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار صادر عنه جاء فيه: "لكل من يدعي حقا في عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق ويكون تاريخ التقييد الاحتياطي الذي تم تضمينه بناء على أمر قضائي والذي تلاه تقييد احتياطي آخر بناء على مقال افتتاحي للدعوى هو المعتبر لتعيين رتبة التسجيل اللاحق للحق، ويكون من حق المحافظ التشطيب على شراء الطالبة الذي أصبح لا أثر له، وتقييد الشراء الأول الذي عمد المطلوب إلى إجراء تقييد احتياطي للحفظ على حقوقه"¹.

وبالتالي في حالة صدور حكم بإتمام إجراءات البيع، فإنه يتم التشطيب على كل التقييدات التي دونت على الرسم العقاري بعد التقييد الاحتياطي المتخذ بناء على أمر رئيس المحكمة، وبالتالي يأخذ التقييد الاحتياطي الأول رتبته بالأسبقية على باقي التقييدات.

وبناء عليه فإنه إذا قام المشتري بتقييد احتياطي بناء على أمر رئيس المحكمة، وانتهى مفعوله دون أن يقوم بتقييد احتياطي بناء على مقال افتتاحي للدعوى ودون أن يقوم بتقييد حقه بشكل نهائي، فإن من حقه أن يقوم بتقييد احتياطي آخر بناء على مقال افتتاحي للدعوى، إلا أن هذا التقييد الأخير لا يعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي الأول، بل يأخذ رتبته ابتداء من تاريخ التقييد الاحتياطي المبني على المقال الافتتاحي للدعوى.

¹ - قرار عدد 3760 صادر بغرفتين بتاريخ 2004/12/22 في الملف المدني عدد 2004/1/1/189.

وبالتالي قد يصبح المشتري في وضعية قد تضيع عليه حقه بالمرة، أو تضيع عليه فرصة المطالبة بحقه بكيفية قانونية، لأنه في الفترة ما بين التقييد الاحتياطي الذي انتهى والمتخذ بناء على أمر رئيس المحكمة، والذي سيتخذ بناء على المقال الافتتاحي للدعوى، فإن البائع قد يفوت العقار إلى شخص آخر أو قد يتصرف فيه، وهذا سيضيع على المدعي فرصة الحصول على العقار موضوع المعاملة، لذا يتعين على المشتري، والذي قام بتقييد احتياطي بناء على أمر رئيس المحكمة، أن يقوم برفع دعوى إتمام إجراءات البيع داخل أجل شهر واحد من هذا التقييد الأول، ثم يقوم بتقييد احتياطي آخر بناء على المقال الافتتاحي للدعوى، حفاظاً على حقه في الحصول على العقار موضوع المعاملة.

ثالثاً: التقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي لدعوى إتمام

إجراءات البيع:

كما سبق أن أشرنا إلى ذلك، فإنه يمكن للمدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع، أن يقوم بتقييد احتياطي مباشرة على العقار موضوع النزاع، دون حاجة إلى أن يقوم بتقييد احتياطي بناء على سند أو بناء على أمر رئيس المحكمة أولاً.

وقد أشار المشرع إلى هذه الحالة في الفصول 85، 86، 87¹، من ظهير التحفيظ العقاري، وكذا الفصل 202¹ من الظهير المطبق على العقارات المحفظة.

¹ - ينص الفصل 85 من ظ.ت.ع. على: "يمكن لكل من يدعي حقا في عقار أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق، وفي غير الحالات التي يطلب فيها التقييد الاحتياطي بمقتضى سند، يجب أن يؤيد طلب هذا التقييد إما بنسخة من المقال المرفوع لدى القضاء...".

- وينص الفصل 86 من نفس الظهير على: "إذا طلب التقييد الاحتياطي بموجب إذن من رئيس المحكمة الابتدائية، فإن مفعوله ينتهي إن لم ينجز التسجيل النهائي خلال 6 أشهر...".

حيث سمح المشرع بإمكانية الحصول على تقييد احتياطي إذا كان يستند إلى دعوى مقامة لدى المحكمة للمطالبة بإثبات حق يقبل التسجيل وبناء على ذلك فإنه يمكن للمدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع أن يتقدم بطلب إجراء تقييد احتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى مؤشرا عليه من طرف كتابة ضبط المحكمة الابتدائية الموجود بدائرتها العقار الذي يتعلق به النزاع، وذلك قصد الاحتفاظ المؤقت على حقوقه من الضياع إلى حين إنهاء النزاع.

ولكن يتعين على المحافظ أن يتأكد بأن المقال يتعلق فعلا بعقار محفظ، وبحق قابل للتسجيل، وأن الدعوى مرتبطة بمالك العقار المسجل اسمه على الرسم العقاري، وذلك حتى يكون هناك ارتباط بين مقال الدعوى وبين العقار الذي سيكون موضوعا للتقييد الاحتياطي.

وإذا كان مقال الدعوى مشوبا بعيب في الشكل أو الجوهر مما قد يعرضه للبطلان، فإن قيده ينبغي أن يتم مع ذلك ولا يجوز للمحافظ رفض المقال لهذا السبب، لأن موضوع العيب أو البطلان ستفصل فيه المحكمة المرفوعة إليها الدعوى، أما مهمة المحافظ فتتحدد في الاطلاع على مقال الدعوى قصد الربط بينه وبين العقار الذي سيقع التقييد عليه، أما عن صحة المقال شكلا أو جوهرًا فإن الذي يفصل فيه هو القضاء².

= وينص الفصل 92 من نفس الظهير على: "إن التقييد الاحتياطي المضمن بالسجل العقاري بمقتضى حكم يجب أن يشطب عليه تلقائياً...".

¹ - ينص الفصل 202 من ظهير 1915/6/2 على: "أن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشأ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها اتجاه الغير إلا من اليوم الذي سجل فيه بالرسم العقاري تسجيل منتظما العقد المتضمن صراحة الاحتفاظ بهذه الحقوق المبنية بأسمائها في العقد أو من اليوم الذي وقع فيه تقييد مقال الدعوى الرامي إلى إثباتها تقييدا احتياطيا".

² - محمد خيرى: م.س، ص: 432.

وتجدر الإشارة إلى أن الهدف من التقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى هو المحافظة على رتبة الحق العيني المقيد احتياطيا، لأنه عندما يقوم المدعي برفع النزاع إلى القضاء ولا يقوم بإجراء تقييد احتياطي، فإنه يمكن للمدعى عليه أن يبيع العقار مرة ثانية، أو ينشئ حقوقا عينية أخرى عليه، ولما يصدر الحكم النهائي ويتقدم المدعي بطلب تقييده نهائيا يجد نفسه أمام وضعية جديدة هي وضعية استحالة تطبيق الحكم بالنظر للمبادئ الأساسية للتقييدات من قوة ثبوتية وحجية ومن أثر تأسيسي وإشهار مطلق وهذا ما سيؤدي إلى عدم تنفيذ حكم رغم نهائيته ومن جهة سيؤدي إلى فقدان الثقة في نظام التحفيظ العقاري¹.

والتقييد الاحتياطي المستند إلى مقال الدعوى لم يحدد له المشرع أجلا معيناً كما هو الشأن في الحالات الأخرى بل يبقى ساري المفعول ومقيدا إلى غاية انتهاء الدعوى ويصبح الحكم نهائيا، بحيث يؤدي إما إلى تسجيل الحق منذ تاريخ وقوع التقييد الاحتياطي إن كان الحكم يؤيد مزاعم طالب التقييد الاحتياطي فيتحول بذلك هذا التقييد من مجرد تقييد مؤقت أو احتياطي إلى تسجيل نهائي، وإما أن يعتمد المحافظ إلى التشطيب على التقييد الذي تم إجراؤه إذا كانت نتيجة الحكم نقض بذلك².

ويعتبر التقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي ضروريا، مثل باقي حالات التقييد الأخرى، إذ الهدف منه هو اطلاع الغير على وضعية العقار، وبأنه محل منازعة قضائية، وأنه إذا صدر حكم بإتمام إجراءات البيع، فإنه سيعود بأثر رجعي من يوم التقييد الاحتياطي.

¹ - محمد بن الحاج السلمي: م.س، ص: 117.

² - محمد خير، م.س، ص: 433.

ولا تخفى فائدته في دعوى إتمام إجراءات البيع، حيث يحفظ حق المدعي من تاريخ التقييد الاحتياطي إلى تاريخ صدور الحكم ولو مر من جميع مراحله، وذلك لحماية هذا المدعي من تصرفات البائع الضارة، في الفترة ما بين رفع الدعوى وصدر الحكم، بحيث تصبح هذه التصرفات غير نافذة في حقه، وبذلك فالمشرع غل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع، بحيث لا يسري في حق المدعي أي تصرف صادر عن البائع ولو بعقد مسجل.

ويذهب الأستاذ خيرى إلى أن التقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى يعتبر أحسن وسيلة تمكن المعني بالأمر من الحفاظ على رتبة حقوقه في حالة وجود نزاع، حيث تبقى حقوق المدعي (المقيد احتياطياً) مرتبطة بمآل الدعوى، ولا يمكن للغير أن يمس بهذه الحقوق مادامت الدعوة قائمة ولم يصدر بشأنها حكم يكتسب قوة المقضي به¹.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن التقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى لا يحتاج إلى رضی الطرف المسجل اسمه على الرسم العقاري (المدعى عليه)، وهذا يعتبر من البديهيات، لأن المدعى عليه في هذه الحالة ينازع المدعي فيما يدعيه بخصوص حقه في نقل الملكية إليه، بناء على المعاملة موضوع التصرف.

وإذا تم التقييد الاحتياطي وفق الشروط المنصوص عليها سابقاً، فإنه يرتب آثاره في مواجهة أطراف النزاع، وكذا الغير، كما يتحقق من ورائه الغاية المرجوة منه، وهو ما سنتطرق إليه في الفقرة الثانية الموالية.

¹ - محمد خيرى، م.س، ص: 433.

الفقرة الثانية: التقيد الاحتياطي كآلية لحماية الرتبة في دعوى إتمام إجراءات البيع:

يعتبر التقيد الاحتياطي في دعوى إتمام إجراءات البيع، وكما سبقت الإشارة لذلك، إجراء تحفيظ لحماية الحق المدعى فيه، حيث أن هذا الإجراء هو إجراء وقائي يحفظ مؤقتاً لصاحبه حق الأولوية في تسجيل حقه إزاء كل شخص أراد تسجيل حقوق أخرى على نفس العقار، بحيث إذا صدر الحكم بإتمام إجراءات البيع، فإنه يعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقيد الاحتياطي.

وإذا تم التقيد الاحتياطي بناء على مقال دعوى إتمام إجراءات البيع، فإن هذا لا يمنع صاحبه المسجل اسمه في الرسم العقاري من التصرف فيه، غير أنه إذا صدر الحكم بإتمام إجراءات البيع، فإن هذا التقيد الاحتياطي، ينقلب إلى تقييد نهائي، مما يترتب عنه التشطيب على التقييدات اللاحقة له، سواء كانت هذه الأخيرة مؤقتة أو نهائية، إذ الهدف من التقيد الاحتياطي هو حفظ المركز القانوني الذي نشأ لصاحبه، منذ إنجازه سواء في مواجهة صاحب العقار أو في مواجهة الأغيار.

وإذا كان التقيد الاحتياطي هو مجرد إجراء مؤقت، فإنه يمكن التشطيب عليه في أي وقت انتهى فيه النزاع، سواء عن طريق القضاء أو عن طريق الصلح بين الطرفين.

ولدراسة هذه الفقرة، سنقوم بإبراز خصائص التقيد الاحتياطي (أولاً)، ثم دراسة حجته (ثانياً).

أولاً: خصائص التقيد الاحتياطي في دعوى إتمام إجراءات البيع:

لما كان النزاع بين المشتري والبائع في دعوى إتمام إجراءات البيع، يمكن أن يطول أمام المحكمة، فإنه يمكن للمدعى عليه التصرف في العقار ثانية، أو

يترتب عليه حقا عينيا، أو يتقله بدين كالرهن مثلا، الشيء الذي جعل المشرع ينشئ مؤسسة التقييد الاحتياطي التي تعتبر بمثابة الضامن للمركز القانوني للمدعي، وبالتالي فالهدف من التقييد الاحتياطي في دعوى إتمام إجراءات البيع، هو الحفاظ على المركز القانوني لصاحبه أي أنه يلعب دورا وقائيا، وذلك بأنه يحفظ مؤقتا لصاحبه الأولوية في تسجيل حقه إزاء كل شخص أراد تسجيل حقوق أخرى على نفس العقار:

فإذا صدر الحكم لصالح المدعي بإتمام إجراءات البيع، فإنه يعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي، وبالتالي إلغاء كل التقييدات اللاحقة له، واعتبارها غير سارية المفعول في مواجهة المقيّد احتياطيا، وباعتباره مجرد إجراء مؤقت، فإنه يتم تحويله إلى تقييد نهائي.

أما إذا رفض طلب المدعي فإنه يتم إلغاء التقييد الاحتياطي وبالتالي التشطيب عليه من الرسم العقاري موضوع الحق المتنازع عليه.

وبناء على ما سبق، فإنه من خصائص التقييد الاحتياطي أنه مجرد إجراء وقتي ينتهي مفعوله بصدور حكم نهائي، سواء بإتمام إجراءات البيع أو برفض الطلب، فهو وسيلة الهدف منها حماية رتبة المقيّد احتياطيا، حتى إذا ما صدر حكم لصالحه، عاد بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي، وهذه الحماية التي خولها المشرع للمدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع هي حماية وقتية وسريعة ومستعجلة لإنشاء مركز قانوني¹، بهدف حصول المدعي على العقار موضوع النزاع، وتسجيل اسمه على الرسم العقاري، بدلا من المالك المقيّد.

غير أن التقييد الاحتياطي لا يضيف صبغة عينية على الحق الذي يحميه، إذ لا ينتج أي أثر تأسيسي وقانوني، كما أنه لا يتمتع بأي قوة ثبوتية ولا أي حجية،

¹ - حسن فتوخ: التقييد الاحتياطي، م.س، ص: 83.

صفحة ناقصة

وإذا انقلب التقييد الاحتياطي إلى تقييد نهائي، فإنه يعود بأثر رجعي إلى تاريخ تقييده وليس تاريخ التقييد النهائي، وهي الخاصية الثانية للتقييد الاحتياطي.

كما أن الأثر الرجعي للتقييد الاحتياطي من الآثار القانونية المترتبة عنه، إذ يعين رتبة التسجيل فيما بعد ابتداء من تاريخ إجرائه، فإذا صدر حكم لصالح المدعي المقيد احتياطياً، فإنه يكتسب أولوية تسجيل الحق على اسمه اعتباراً من تاريخ القيد الاحتياطي، وليس من تاريخ ربحه الدعوى¹ وبناء عليه فإن الأثر الرجعي للتقييد الاحتياطي، يعتبر فائدة وحماية بالنسبة لطالب التقييد في ترتيب الآثار القانونية للتسجيل النهائي، وفي اكتساب حقه على العقار المحفوظ، وذلك بعد تقديم طلب من طرف المقيد احتياطياً، حيث يعطى له الحق في الرجوع بترتيب آثاره القانونية الذي تم فيه، ويصير منذ التاريخ المسجل به مالكا للحق الذي سجله نهائياً، وكأنه مسجل في اسمه بداية من اليوم الذي تم فيه التقييد الاحتياطي فالمحافظ العقاري ملزم بتقييد الحق تقييداً نهائياً بأثر رجعي من تاريخ التقييد الاحتياطي، بحيث لا يمكنه أن يسجل التقييد النهائي للحق موضوع دعوى إتمام إجراءات البيع بتاريخ متقدم جداً، في حالة ما إذا سجلت قبلاً اتفاقات وعمليات عقارية أثناء الفترة الفاصلة بين تاريخ التقييد الاحتياطي وتاريخ التقييد النهائي للحق العيني المعني بالأمر، خاصة وأن التقييد الاحتياطي لا يمنع المحافظ من تلقي وتسجيل كل الاتفاقات أو العقود التي تنقل الحق نهائياً بالسجلات العقارية.

غير أن الأثر الرجعي للتقييد الاحتياطي يطرح بعض الإشكاليات، خصوصاً وأن التقييد الاحتياطي لا يمنع التصرف على العقار موضوع النزاع، ومن هذه الإشكالات، إذا قام دائن البائع بمبلغ من النقود بحجز تحفظي على العقار موضوع النزاع، ثم قام بعد ذلك بمواصلة إجراءات الحجز والبيع بالمزاد العلني في حين

¹ - محمد بونبات: قوانين التحفيظ والتسجيل، م.س، ص 62.

يكون صاحب التقييد الاحتياطي قد حصل على حكم نهائي في الموضوع ويتم تقيده بأثر رجعي من تاريخ إجرائه، ولا يتم أي تنسيق بين المحافظ العقاري ومصلحة كتابة ضبط المحكمة المفتوح لديها ملف البيع بالمزاد، ويحصل البيع فعلا لمن رسا عليه المزاد، ثم يقوم هذا الأخير بطلب تسجيل محضر إرساء المزاد، فيواجه طبعاً بالرفض من قبل المحافظ بعلّة تغيير اسم المالك للصك العقاري الذي وقع بيعه بالمزاد، فيكون تبعاً لذلك الحق الذي تلقاه المشتري بالمزاد مملوكاً للغير ولا يمكن قانوناً تقييده بالسجل العقاري.

ولذلك فإن المشتري بالمزاد العلني يبادر إلى طلب تقييد محضر إرساء المزاد بالرسم العقاري ويتم تسجيله من قبل المحافظ في رتبة موالية لصاحب التقييد الاحتياطي، أو بعبارة أخرى يكون المشتري المذكور قد تلقى الحق منقول بتقييد احتياط سابق على شرائه بالمزاد، ومن ثم فإن حق تملك المشتري بالمزاد ليس نهائياً، إذ يتوقف وجوده من عدمه على مصير التقييد الاحتياطي السابق له في المرتبة.

ومعنى ذلك، فإنه ورغم تسجيل محضر إرساء المزاد بالسجل العقاري، فإن المشتري بالمزاد لا يعتبر إطلاقاً المالك الوحيد للعقار بلغة نظام التحفيظ العقاري، لكون المحافظ يسلم له شهادة عقارية تتضمن الإشارة إلى كون التقييد الاحتياطي سابق على شرائه بالمزاد، مما يفيد قطعاً أن حصول صاحب التقييد الاحتياطي على حكم نهائي في موضوع الحق المتعلق بالعقار الذي سبق بيعه بالمزاد العلني، يخوله الحق في اكتساب ملكيته بأثر رجعي منذ تاريخ التقييد الاحتياطي تجسيدا

للدور الحمائي لهذه المؤسسة في الحفاظ على الحقوق، ويضيق بالتالي حق المشتري بالمزاد العلني رغم تسجيل محضر المزاد بالرسم العقاري¹.

ولذلك يتعين على المقدم على اكتساب حق على عقار مثقل بتقييد احتياطي أن يترث قبل الإقدام على تصرفه، مادام أن هذا العقار هو موضوع منازعة وأن الرسم العقاري مثقل بتقييد احتياطي، وإذا اكتسب حقا على هذا العقار في الفترة الفاصلة بين التقييد الاحتياطي والتسجيل النهائي، فإنه يتحمل تبعه تصرفه لأن حقه في هذه الحالة غير مضمون، وذلك على اعتبار أن الرسم العقاري هو عنوان العقار، إذ يبين للمقدم لاكتساب حق عليه بوضعية هذا العقار وبالحقوق المترتبة عليه.

ثانيا: حجية التقييد الاحتياطي في مواجهة الغير في دعوى إتمام

إجراءات البيع:

إذا كان التقييد الاحتياطي لا يعطي أي امتياز للمستفيد منه إلا أنه يجعل الحق المقيد حقا احتماليا، كما أنه يحفظ مؤقتا على الأقل الحقوق التي يدعيها طالب التقييد الاحتياطي، ويضع عرقلة أمام صاحب الحق المسجل من التصرف بحرية في هذا الحق، وفيه تنبيه إلى كل من سيرم تصرفا بشأن هذا العقار بأن مصير هذا التصرف سيبقى رهينا بمآل التقييد الاحتياطي المسجل².

وبالتالي إذا صدر حكم بإتمام إجراءات البيع، فإن التقييد الاحتياطي، ينقلب إلى تقييد نهائي، مما يترتب عنه التشطيب على التقييدات اللاحقة له سواء كانت هذه الأخيرة مؤقتة أو نهائية، إذ الهدف من التقييد الاحتياطي هو حفظ المركز

¹ - حسن فتوح: بعض إشكاليات الحجز العقاري والتقييد الاحتياطي، م.س، ص 43 - 44.

² - محمد خيرى: م.س، ص: 421-422.

القانوني الذي نشأ لصاحبه، منذ إنجازه سواء في مواجهة صاحب العقار أو في مواجهة الأغيار.

والنقييد الاحتياطي لا يمنع صاحب العقار الوارد عليه من التصرف فيه كما سبق بيانه أعلاه، كما لا يمنع الغير من الحصول على مراكز قانونية على العقار موضوع النزاع، إلا أنه إذا صدر حكم لصالح المقيد احتياطيا، فإن كل التقييدات والتسجيلات التي جاءت بعده يشطب عليها، إذ يعتبر النقييد الاحتياطي حجة لصالحه في مواجهة أطرافه، وكذا في مواجهة الغير.

وإذا كان هدف المدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع، هو الحصول على العقار موضوع النزاع، ومادام أن حقه مازال غير ثابت، فإنه يتعين عليه بمجرد رفع الدعوى أن يقوم بتقييد احتياطي بناء على المقال الافتتاحي لهذه الدعوى.

وسواء كان المطالب بالنقييد الاحتياطي، مشتريا أو موعودا بالبيع أو صاحب حق الأفضلية، فإنه مادام تعذر عليه تسجيل حقه بشكل نهائي، فإن من حقه أن يقوم بتقييد احتياطي يحفظ له رتبته، وذلك بناء على المقال الافتتاحي لدعوى إتمام إجراءات البيع.

وتكتسي التقييدات المؤقتة أهمية بالغة في ضمان الحقوق وحفظها، نظرا لما لها من مفعول تجاه الأغيار ابتداء من تاريخ إشهارها بالسجل العقاري بمفهوم المخالفة فإنه يحتج بها في مواجهة الأطراف فيما بينهم بالرغم من عدم تقييدها بالسجل العقاري، مما يستلزم القول بأن الإشهار المذكور يهدم قرينة حسن النية المفترضة لدى الأغيار في تعاملهم مع ما هو مدون بالصك العقاري، ويتحملون

بالتالي كافة التبعات القانونية المترتبة على تعاملهم بشأن العقار موضوع التقييدات المؤقتة¹.

ولاشك أن من يكتسب حقا عينيا على عقار سيبادر على تسجيله حتى تبدأ آثار هذا الحق في السريان وذلك إعمالا لمبدأ الأثر المنشئ للتسجيلات الذي اعتده المشرع في قانون التحفيظ العقاري ولاسيما الفصل 65² وما يليه منه³. وبناء عليه ينسجم التقييد الاحتياطي أيضا مع نظام الشهر العقاري لأن كل شهر لا يتم عمليا إلا بواسطة التسجيل، والتسجيل يهدف أساسا إلى إعلان وجود الحق بالنسبة للكافة⁴.

وبما أن المشرع اتخذ من مبدأ التسجيل نقطة انطلاق لنشوء الحق لفائدة المستفيد من التسجيل، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن كل حق يطلب تسجيله يجب تلقيه مباشرة ممن يكون العقار أو الحق مسجلا على اسمه، بحيث لا يمكن أن يقع أي انقطاع في التسجيلات المتعاقبة.

وفي اتباع هذه القاعدة تطبيق لمبدأ توالي التسجيلات واستمرارها بحيث إذا خضع الحق المسجل لعدة انتقالات فإنه لا يمكن الاكتفاء بتسجيل التصرف الأخير ما لم يتم تسجيل التصرفات السابقة بكيفية متسلسلة⁵.

وقد أكد القضاء في المغرب هذا المبدأ في قرارات كثيرة، حيث ورد في قرار للمجلس الأعلى أن: "كل حق عقاري يراد تقييده بالرسم العقاري يجب أن

¹ - محمد خيرى: م.س، 421، 422.

² - حسن فتوخ: بعض إشكاليات الحجز العقاري والتقييد الاحتياطي، م.س، ص 42.

³ - ينص الفصل 65 من ظ.ت.ع، "يجب أن تشهر بواسطة تسجيل في السجل العقاري، جميع الأعمال والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض..."

⁴ - محمد شبيب: م.س، ص 279.

⁵ - محمد خيرى: م.س، ص 422.

يكون مفوتاً مباشرة من صاحب حق سبق تقييده بالرسم العقاري، بحيث إذا كان حق عقاري محل تفويّات متوالية فإن آخر تفويت لا يمكن تقييده قبل ما سبقه من تفويّات¹.

ويعني هذا أن المدعي الذي أخذ حقه عن المدعى عليه، ولم يقم هذا الأخير بتقييد حقه أو تعذر عليه تقييده لسبب من الأسباب، يتعين عليه إدخال كل أصحاب الحقوق المتسلسلة وصولاً إلى آخر تقييد مضمن بالسجل العقاري تحت طائلة عدم قبول دعواه، والسبب في ذلك أن المشتري غير المسجل يعتبر غير موجود، ولا حجة له على العقار المحفظ مادام اسمه غير مسجل في الرسم العقاري عملاً بمقتضيات الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري. وقد ذهب المجلس الأعلى في قرار صادر عنه إلى:

"كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله، وابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري، لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة.

تكون المحكمة قد خرقت القاعدة المذكورة حين قضت بإبطال الصدقة بناء على أن المتصدق به جزء مما اشتراه المتصدق، وأن القضاء قد أبطل الشراء مع أن المتصدق عليه غير فلا تبطل الصدقة التي سجلها بالرسم العقاري إلا إذا كان سيء النية"².

وإذا تم التقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي لدعوى إتمام إجراءات البيع وفق الشروط القانونية مع إدخال غير المسجلين في الرسم العقاري إلى آخر

¹ - قرار عدد 265 بتاريخ 1968/6/12، ذكره الأستاذ خيرى في كتابه، م.س، ص 466.

² - قرار عدد 254 صادر بتاريخ 1990/2/20 في الملف الشرعي رقم 1989/6734، منشور بكتاب المجلس الأعلى، مقتضيات ظهير التحفيظ م.س، ص 96.

اسم مسجل، فإنه يرتب آثاره في مواجهة أطرافه، سواء المباشرين أو غير المباشرين كالخلف العام والخلف الخاص¹ فما مدى حجية التقييد الاحتياطي في مواجهتهما؟

فالخلف العام، كالورثة أو الموصى لهم، لا يحق لهم التمسك بحسن النية في اكتساب الحقوق في مواجهة المشتري غير المسجل لرسم شرائه، وذلك لأن الالتزامات لا تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين فحسب، وإنما بين ورثتهما وخلفائهما كذلك وفق مقتضيات الفصل 229 من ق.ل.ع². إذ مادام المشتري قد سبق له أن رفع دعوى إتمام إجراءات البيع ضد البائع قيد حياته، أو ضد ورثته بعد وفاته، ثم قام بتقييد مقاله احتياطيا بالرسم العقاري، فإنه يحق له المطالبة بالتشطيب على الإرادة أو الوصية وأمر المحافظ بالقيام بهذا الإجراء³.

وفي هذا الإطار صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بمراكش في:

"حيث دفع المدعى عليهم بأنه لا يمكن التشطيب على إراثهم لكونهم سجلوها بحسن نية.

لكن حيث أن الأمر هنا لا يتعلق بحسن أو سوء النية لأن المدعى عليهم ليسوا غيرا بل هم خلف عام لموروثهم لا يمكنهم أن يرثوا أكثر مما يملك، وأن محل النزاع قد خرج من ذمته قبل وفاته لذا وجب رفض هذا الدفع.

¹ - حسن فتوخ: التقييد الاحتياطي وعلاقته بالحجر، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2008، م.س، ص 367، ويذهب الأستاذ المذكور إلى أن الخلف العام والخلف الخاص بمثابة أطراف غير مباشرين لأنهم تنتقل إليهم حقوق والتزامات سلفهم.

² - ينص الفصل 229 من ق.ل.ع على: "تنتج الالتزامات أثرها بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما وما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون...".

³ - حسن فتوخ: م.س: ص 38.

وحيث تبين للمحكمة من خلال إطلاعها على رسم الشراء العدلي المطلوب تسجيله أنه مستوف لكافة شروطه القانوني والتوثيقية، لذا قررت الحكم بصحته وبقابليته للتسجيل.

وحيث إن بعض الورثة قد فوتوا حقوقهم وهم... التي فوتت نصيبها لإحدى الورثة وهي... وذلك بتاريخ حسب عقد البيع المسجل بالمحافظة العقارية بتاريخ 1982/02/22، وكذلك السيد... الذي فوت حظه في العقار لفائدة أخته السيدة... حسب العقد المسجل بالمحافظة العقارية بتاريخ 1982/06/19.

لكن حيث إن هذه التفويطات لن تنال من رتبة المدعي الحالي الذي سبق أن ضمن حقه بقيد احتياطي سجله المحافظ العقاري بتاريخ 1982/6/10، أي قبل أن تسجل التفويطات المذكورة أعلاه.

وحيث من جهة ثانية فإن المفوت لهم لا يمكنهم التمسك بحسن النية لأنهم كلهم على علم بالنزاع على الحق محل التفويت وذلك بصفتهم من الورثة أو على علاقة عائلية معهم.

وحيث يتضح مما سلف أن طلب المدعي الرامي إلى تسجيل رسم شراءه بالرسم العقاري طلب جدي ويتعين الحكم وفقه¹.

أما الخلف الخاص، فإن التقييد الاحتياطي ينتج آثاره في مواجهته كالخلف العام، على اعتبار أن السلف ينقل للخلف جميع حقوقه والتزاماته على العقار.

وكما سبق الإشارة إلى ذلك، فإن التقييد الاحتياطي في دعوى إتمام إجراءات البيع، يكون إجراء ماليا لوضع المقال الافتتاحي للدعوى في كتابة ضبط المحكمة المختصة بنظر النزاع، أو يكون بناء على سند أو بناء على أمر رئيس المحكمة حتى يستفيد المدعي من مزية الأثر الرجعي، في حفظ الحق منذ

¹ - حكم رقم 1559 صادر بتاريخ 1985/4/3 في ملف رقم 1982/3 غ م.

تاريخ إجرائه في حالة الاعتراف القضائي أو عند التقيد النهائي، غير أنه إذا لم يؤدي المدعي الثمن، أو لم يقدّم عرض ما تبقى منه على المدعي عليه، يجعل دعوى إتمام إجراءات البيع غير مرتكزة على أساس، ويكون بالتالي التقيد الاحتياطي المستند على مقالها غير منتج لمفعوله القانوني¹، حيث يواجه طلب المدعي في هذه الحالة بعدم القبول من طرف المحكمة، ويترتب معه على صاحب المصلحة اللجوء إلى التشطيب على التقيد الاحتياطي.

كما أنه إذا تمسك المدعي عليه بأن العقد موضوع النزاع باطل أو قابل للإبطال أو الفسخ، وأثبت ادعاءه، وقضت المحكمة وفق ادعاءه، أو ثبت زورية الوعد بالبيع² موضوع دعوى إتمام إجراءات البيع والمقيد احتياطياً، فإن هذا التقيد الاحتياطي تزول حجيتُه لفائدة المتعاقد المنسوب إليه البيع بصور حكم يقضي برفض الطلب، وبالتالي يترتب عليه التشطيب على التقيد الاحتياطي.

وإذا كان للتقيد الاحتياطي حجيتُه في مواجهة أطرافه، وخلفائهم العاميين والخاصين، فإنه يتمتع أيضاً بحجية في مواجهة الغير. ولا يقصد من الغير هنا كل شخص لم يكن طرفاً في العقد ولا ممثلاً فيه، لأن مثل هذا الغير لا يتمتع بأيّة صفة للمطالبة بحق مسجل أو الاعتراض عليه، وإنما هو كل شخص من غير المتعاقدين وورثتهما تكون بينه وبين أحد المتعاقدين علاقة قانونية تجعل له مصلحة في التمسك بالعقد المسجل، ولم يحدد القانون ما يقصده بلفظ الغير، ولذا

¹ - حسن فتوخ: م.س، ص 369.

² - يتم الطعن في المستند الذي يدعي المدعي زوريته وفق الإجراءات المنصوص عليها في الفصول من 92 إلى 102 من قانون المسطرة المدنية.

جاز الاعتبار بأنه يعني جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد أو التصرف غير المسجل ولكن تكون لهم مصلحة تتأثر بهذا التسجيل¹.

وإذا كان الغير الذي سجل حقه العيني العقاري قبل التقييد الاحتياطي للمقال الافتتاحي لدعوى إتمام إجراءات البيع لا يطرح إشكالا، على اعتبار أن العبرة في التصرفات الواردة على العقار المحفوظ هي بالأسبقية في التسجيل، فإنه يبقى الإشكال مطروح بالنسبة للغير الذي سجل حقه العيني العقاري بعد التقييد الاحتياطي للمقال الافتتاحي لدعوى إتمام إجراءات البيع، هل يعتبر هذا الغير حسن النية أم سيء النية؟

وكذا في حالة ما إذا قام الغير بشراء العقار المدعى فيه أو حصل على حق عيني عليه، رغم علمه بالتقييد الاحتياطي، فهل يعتبر هذا الغير حين النية أم سيء النية، على اعتبار أنه كان عالما بالتقييد الاحتياطي المسجل قبل تصرفه على العقار؟

يذهب الأستاذ محمد خيرى إلى أن التسجيلات والتقييدات المضمنة بالسجل العقاري لها قوة في الإثبات، وهي تشكل حجة ودليلا قويا فيما بين الأطراف، وفي مواجهة الغير، وأنه لا يمكن تغيير هذه التقييدات أو إبطالها أو التشطيب عليها من الرسم العقاري إلا بمقتضى تسجيل أو تقييد جديد، على أن هذه الحجية ليست مطلقة بل إن قوتها في الإثبات مرتبطة بمدى صحة التصرف وحسن نية الأطراف.

ولهذا اعتبر المشرع بأن التسجيلات المبنية على أساس صحيح وعلى حسن النية هي التي تكون لها وحدها قيمة في الإثبات وتكتسب بذلك حجية مطلقة إزاء الكافة، أما التسجيلات التي تكون مبنية على أساس فاسد أو على أساس التواطؤ

¹ - محمد خيرى: م.س، ص: 484.

وسوء النية، فإن حق صاحبها يبقى مؤرجحا بين الصحة والبطلان، ولهذا يمكن القول بأن الحقوق والتقييدات التي يتم تدوينها في السجل العقاري تكون لها قوة مطلقة أو نسبية حسب الحالات وتتجلى هذه الحجية النسبية من محتوى الفصل 3 من ظهير 1915/6/2 حيث نص على أن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تسجيلات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه ما لم تبطل أو يشطب عليها أو تغير، وهي حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعني بها هو فعلا صاحب الحقوق المبنية فيها، ثم بين في الفقرة الثانية منه أن ما يقع من إبطال أو تغيير لا حق لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المسجل عن حسن نية كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر¹، وهو نفس ما نص عليه المشرع في الفصل 66 من ظهير 1913/8/12 في فقرته الثانية² والذي يستفاد منها أنه إذا كانت الأولوية تعطى للأسبق تسجيلا، فإنه يشترط أن يكون المشتري الذي يادر إلى تسجيل حقه حسن النية أي جاهلا بالتصرف السابق أثناء التسجيل وغير متواطئ مع المتصرف، فهل يعتبر شراءه للعقار المدعى فيه رغم علمه بالتقييد الاحتياطي قرينة على سوء نيته؟

بالنسبة لحجية التسجيل في مواجهة سيء النية، فإنه وبمفهوم المخالفة للفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري فإنه يمكن التمسك بإبطال التسجيل في مواجهة الغير ذي النية السيئة ويذهب أحد الباحثين إلى أنه إذا كان التقييد الاحتياطي يهدف إلى المحافظة مؤقتا على ضمان الحق بأثر رجعي منذ تاريخ إجرائه بالرسم العقاري فإن آثاره القانونية تمتد إلى الغير الذي يفترض فيه

¹ - محمد خيرى: م.س، 479، 480 - 490.

² - تنص الفقرة 2 من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري على: "لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة".

أنه على علم به، ويذهب العمل القضائي إلى التأكيد على أنه لا يمكن اعتبار المشتري الثاني لعقار محفظ سيء النية مادام التقييد الاحتياطي للمشتري الأول تم في نفس اليوم الذي وقع فيه الشراء الثاني¹.

ويستفاد من هذا القرار أن قيام المشتري الأول بإجراء تقييد احتياطي لضمان الحق مؤقتاً على الرسم العقاري يعتبر قرينة قانونية قاطعة على ثبوت سوء نية المشتري الثاني الذي تعامل بشأن العقار المحفظ محل النزاع رغم كونه مثقلاً بالتقييد أعلاه، ويكون بالتالي معفى من إثبات سوء نية هذا الأخير إعمالاً لمقتضيات الفصل 453 من ق.ل.ع²، وقد أكد المجلس الأعلى على هذا الاتجاه معتبراً أن الشهادة تفيد وجود نزاع حول العقار المثقل به، وبما أن المشتري قام بتحدي المسطرة الجارية فإنه يعتبر سيء النية ويتحمل عواقب سوء نيته³.

وترتباً على ذلك، فإن إجراء تقييد احتياطي يعتبر دليلاً كافياً على سوء المشتري الثاني الذي تعامل بشأن العقار المحفظ مثقلاً بالتقييد المذكور.

واعتبر الأستاذ المذكور أن هذا التوجه القضائي غير سليم من الناحية القانونية، على اعتبار أن هذه القرينة القضائية ليست مطلقة في إثبات سوء النية وإنما نسبية فقط، لأن الأمر يتوقف على تحديد طبيعة التقييد الاحتياطي، وما إذا كان مؤسساً على سند أو على أمر قضائي أو مقال للدعوى، ومعنى ذلك أن حجية التقييد المبني على سند أو على أمر قضائي تنقضي بقوة القانون، انصرام

¹ - قرار عدد 2740 صادر بتاريخ 1987/7/13، ذكره الأستاذ حسن فتوخ في كتابه التقييد الاحتياطي وعلاقته بالحجوز... م.س، ص: 412.

² - ينص الفصل 453 من ق.ل.ع على أن: "القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته من كل إثبات. ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية".

³ - قرار عدد 337 صادر بتاريخ 1981/11/13، ذكره الأستاذ فتوخ في كتابه التقييد الاحتياطي وعلاقته بالحجوز... م.س، ص: 413.

أجل 10 أيام بالنسبة للأول، وستة أشهر بالنسبة للثاني، ويترتب عن ذلك لزوماً انتفاء سوء نية الغير المسجل لاحقاً للتقييد الاحتياطي بمجرد انتهاء الأجل، وبعد أن يتعذر على المستفيد منه إنجاز التقييد النهائي لحقه داخل الأجل أعلاه، بل قد يكون سوء النية غير موجود أصلاً منذ تسجيل الغير لحقه في تاريخ لاحق للتقييد الاحتياطي الذي انقضت مدة صلاحيته، وزال بالتالي مفعوله القانوني في حفظ الحق بأثر رجعي.

أما إذا تعلق الأمر بتقييد احتياطي بناء على مقال، فإن قرينة سوء النية تكون قاطعة طالما أن الغير قد سجل حقه في وقت لازال القضاء لم يفصل في المقال المبني عليه بحكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به وتكون تلك القرينة نسبية في حالة وقوع التسجيل بعد صدور الحكم المذكور بعدم الاعتراف بالحق المدعى به من قبل المستفيد من التقييد الاحتياطي، لأن مجرد بقاء هذا الأخير مقيداً بالرسم العقاري لا يعني أن الغير المسجل بعد ذلك سيء النية، مادام أن التقييد المذكور أصبح هو والعدم سواء من الناحية الواقعية استناداً لقوة الشيء المقضي به. ولتحقق سوء النية لا يكفي بمجرد العلم البسيط بالتصرف السابق، بل لابد من أجل هدم هذا التصرف من ثبوت العلم الأكيد المصحوب بالتواطؤ بين المشتري الثاني والبائع أو نية للإضرار بالمشتري الأول، انطلاقاً من القرائن القوية والمنضبطة مع ظروف ووقائع كل نازلة على حدة، والذي يجب أن نستخلصه المحكمة المعروض عليها النزاع بما لها من سلطة تقديرية في هذا المجال دون رقابة عليها من طرف المجلس الأعلى في هذا الإطار. فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسري تسجيله في حق الغير لأن التسجيل لم يشعر لحماية الاتفاقات المبنية على الغش والتحايل، ومادام الغش يفسد التصرفات فلا يمكن للتسجيل أن يصححه، ولهذا فالعقد المسجل الذي انطوى على غش وتواطؤ هو

عقد باطل ولا يخلصه التسجيل من البطلان ففي مثل هذه الأحوال يكون التصرف الذي أجراه المشتري الثاني باطلا بسبب الغش، حيث يتعين إبطال التصرف ومن تم إبطال التسجيل المتعلق به¹.

وفي هذا الصدد ذهب قرار المجلي الأعلى إلى:

"إن ما وقع من إبطال أو تغيير لاحق لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المسجل عن حسن نية.

إن تسجيل شراء المطلوب في النقص تم عن سوء نية بتواطؤ بينه وبين البائعين له، وأن القرار لم يجب عن هذا الدفع رغم ما له من تأثير على الفصل في النزاع إثباتا أو نفيا، ومن جهة ثانية فإن القرار علل رفضه الاستجابة لطلب إتمام البيع في حدود أنصبا من لم يبيع حقوقه المطلوب بأن ذلك من شأنه المساس بإرادة الأطراف التي انصرفت إلى بيع كافة العقار².

وإذا تم تقييد احتياطي، فإنه ينبئ عن وجود نزاع بين المشتري الأول والمالك، فإذا ما أقدم المشتري الثاني رغم ذلك على تسجيل عقده اعتبر سيء النية حكما، وأعفى المدعي الذي يطالب بإبطال التسجيل الجاري لاسم المشتري من إثبات سوء النية، وقد اعتبر المجلس الأعلى في إحدى قراراته بأن الشهادة تفيد وجود نزاع بممارسة حق الشفعة، وبما أن المشتري قام بتحدي المسطرة الجارية فإنه يعتبر سيء النية ويتحمل عواقب سوء النية³. ويذهب أحد الباحثين إلى أن إشهار التقييد الاحتياطي وذلك بتسجيله في السجل العقاري يهدم قرنية حسن النية المفترضة لدى الأغيار في تعاملهم مع ما هو مدون بالصك العقاري، ويتحملون

¹ - محمد خيرى: م.س. ص 492 - 493.

² - قرار عدد 1836 صادر بتاريخ 2003/6/18، في الملف رقم: 2001/2736، منشور بكتاب المجلس الأعلى، مقتضيات ظهير التحفيظ، م.س، ص 98.

³ - محمد خيرى، م.س، 495، 496.

بالتالي كافة التبعات القانونية المترتبة على تعاملهم بشأن العقار موضوع التقييدات المؤقتة¹.

وبناء على ما سبق يتبين لنا أن التقييد الاحتياطي يهدف إلى المحافظة على رتبة الحق لفائدة المدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع، وليس تعطيل التصرف في العقار، وهذا هو الغرض الأساسي الذي من أجله شرع التقييد الاحتياطي، بالإضافة إلى أننا نجد أي مقتضى تشريعي يمنع الغير من الحصول على حق عيني على العقار المحفظ بعد التقييد الاحتياطي، حيث يمكن للغير الحصول على حق على العقار المنقل بتقييد احتياطي، إلا أن هذا الحق موقوف على شرط فاسخ، ألا وهو صدور حكم لصالح المدعي، حيث إذا صدر حكم بإتمام إجراءات البيع فإن التسجيل اللاحق للتقييد الاحتياطي، يتم التشطيب عليه.

بالإضافة إلى أن الغير الذي حصل على حق على عقار عليه تقييد احتياطي يكون على بنية من أمره، وأن هذا العقار هو موضوع نزاع وأن هذا الغير يتحمل تبعه تصرفه إذا صدر الحكم لصالح المقيّد احتياطياً، والذي ينقلب إلى تقييد نهائي وذلك بقوة القانون إذا أصبح الحكم نهائياً، وبالتالي التشطيب على التقييد اللاحق للتقييد الاحتياطي، حيث إن التقييد اللاحق لهذا الأخير لا يؤثر على حقوق المقيّد احتياطياً.

¹ - حسن فتوخ: بعض إشكاليات الحجز العقاري، م.س، ص: 42.

المبحث الثاني: تنفيذ الحكم من طرف المحافظ العقاري والطعن فيه:

الحكم هو ذلك الوثيقة المكتوبة الصادرة في خصومة عن محكمة مشكلة طبقا للقانون، وهو يسمى حكما إن صدر عن المحكمة الابتدائية وقرار إن صدر عن محكمة الاستئناف أو عن المجلس الأعلى.

أما التنفيذ فيقصد به لغة، تحقيق الشيء وإخراجه من حيز الفكر إلى مجال الواقع الملموس فيقال نفذ المأمور الأمر أجراه وقضاه ووفي به ومعنى العامة تحت إشراف القضاء ويأمر به بناء على حكم صادر من المحكمة أو بناء على طلب الدائن الذي يتوفر على سند تنفيذي.

وتنفيذ الأحكام العقارية يتميز عن غيرها من باقي الأحكام بعدة خصوصيات نذكر منها.

1- إن تفويت العقار أحاطه المشرع بعدة إجراءات لا يخضع لها عادة تفويت المنقول إلا نادرا، وتنفيذ الأحكام العقارية يخضع بدوره لإجراءات مميزة حسب نوع كل حكم وحسب وضعية العقار تجاه المحافظة، فإذا كان العقار مدرجا بالمحافظة فإن القانون يوجب أن يسجل الحكم المنفذ بالسجل العقاري.

2- عندما يكون العقار مدرجا بالمحافظة فإن تنفيذ الحكم يتم بتسجيله من طرف المحافظ على الأملاك العقارية بالسجل أو المطلب الخاص بالعقار.

أما السلطات المكلفة بتنفيذ الأحكام العقارية فتختلف بحسب نوع الحكم المطلوب تنفيذه وبحسب موضوع الحكم وبحسب طريق التنفيذ، فإذا كان الحكم مجرد حكم تقريري كالحكم بصحة البيع وبإثبات صفة الإرث فإن تنفيذه يكتفي فيه بتحرير محضر بإشعار الحكومة عليه بالحكم وبالحق الذي أقره ذاك الحكم، وتتوقف الإجراءات عند هذا الحد إن كان العقار غير محفظ، والذي يقوم بهذا

الإجراء هو مأمور التنفيذ بكتابة الضبط، تحت إشراف القاضي المكلف بالتنفيذ وقد يكون رئيس المحكمة نفسه.

وأما إذا كان العقار محفظاً أو في طور التحفيظ وقضى الحكم بإتمام إجراءات البيع مع التسجيل بالمحافظة العقارية بالرسم العقاري، فإن تنفيذ هذا الحكم يكون بواسطة المحافظ على الأملاك العقارية والرهون، إلا أنه يمكن لهذا الأخير في بعض الأحوال أن يمتنع عن القيام بتسجيل الحكم في الرسم العقاري مما يدفع بالمدعي - المشتري - إلى سلوك المساطر القانونية لطعن في قراره.

وسنقوم بمعالجة هذا المبحث من خلال مطلبين، سوف نتطرق في المطلب الأول للحكم القابل للتنفيذ على أن نخصص المطلب الثاني لدراسة حالة امتناع المحافظ تسجيل الحكم العقاري والطعن في قراره.

المطلب الأول: الحكم القابل للتنفيذ:

لا يمكن للمدعي في دعوى إتمام إجراءات البيع القيام بالتنفيذ إلا بناء على حكم قابل للتنفيذ ومادام لا يتوفر على هذا الأخير فلا يكون له الحق في إجبار المدعى عليه على تنفيذ الحكم:

والتنفيذ يكون اختيارياً وقد يكون إجبارياً، فالتنفيذ الاختياري يقوم الشخص فيه بتنفيذ الحكم اختيارياً بعد أن صدر الحكم عليه إما بوضع حد للخصومة واختصار الوقت والمصاريف وإما لاقتناعه بما قضى به الحكم، ففي هذه الحالات كلها يعتبر التنفيذ اختيارياً، وفي هذا الأخير يمكن للمدين أن يعرض تنفيذ الالتزام أمام المحكمة قبل صدور الحكم.

أما التنفيذ الجبري فهو الذي تجريه السلطة العامة تحت إشراف القضاء ورقابته بناء على طلب دائن بيده سند مستوف للشروط المنصوص عليها في

القانون، وذلك باستحقاق حقه الثابت بالسند ويتم التنفيذ دائما من طرف المحكمة أو المحافظة التي يوجد بدائرتها العقار.

ولدراسة هذا المطلب سنقسمه إلى فقرتين، سنقوم بتحديد المقصود بالحكم القابل لتنفيذ وحجيته (في فقرة الأولى) على أن نستعرض شروط قابلية الحكم لتنفيذ (في الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المقصود بالحكم القابل للتنفيذ وحجيته:

بعد أن يصبح الحكم قابلا للتنفيذ تبلغ نسخة منه حاملة لصيغة التنفيذية المنصوص عليها في الفصل 433 من ق.م.م.¹، إلى المحافظ على الأملاك العقارية المطلوب منه تنفيذه ويتعين على المحافظ بعد أن يتحقق من محتوى الوثائق على مسؤوليته، أن ينفذ الحكم بتسجيله في الرسم العقاري.

إذن ما المقصود بالحكم القابل للتنفيذ؟ وما هي الحجية الذي يكتسبها هذا الحكم؟.

أولا: المقصود بالحكم القابل للتنفيذ في إطار دعوى إتمام

إجراءات البيع.

بعدما تكون المحكمة قد استنفذت الإجراءات المسطرة المتعلقة بتهْيئ الدعوى للبت فيما، يصدر القاضي المقرر أمرا بالتخلي، وتدرج القضية بالجلسة وبعد ذلك توضع في المداولة للبت في دعوى إتمام إجراءات البيع، ويختلف الحكم

¹ - ينص الفصل 433 من ق.م.م على أن "يلغ كل حكم قابل للتنفيذ بطلب من المستفيد من الحكم أو من ينوب عنه طبقا للشروط المقررة في الفصل 440 الآتي بعده، ويتم هذا التبليغ بواسطة نسخة تتضمن العنوان المنصوص عليه في الفصل 50 والصيغة التنفيذية وتوقيع كاتب الضبط وطابع المحكمة...".

الذي يصدر في هذه الدعوى بحسب المراحل التي يقطعها وطبيعته وشكل الدعوى المقدمة، وكذلك حدود ونطاق نظر المحكمة¹.

وهذا فقد تقف المحكمة في حدود الإجراءات المسطرية وتقضي بعدم القبول لخلل مسطري، وقد تقضي بالإشهاد على التنازل في الدعوى لوقوع صلح بين الأطراف أثناء جريان الدعوى عملاً بالمقتضيات القانونية المنصوص عليها في الفصول 119 و 123 من ق.م.م وهو ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بمراكش في أحد أحكامها بقولها².

"حيث التمسست المدعية الإشهاد عليها بتنازلها عن الدعوى وحيث يترتب على التنازل محو الترافع أمام القضاء بالنسبة للطلبات المقدمة للقاضي. وحيث يسجل القاضي على الأطراف اتفاقهم على التنازل ولا يقبل ذلك أي طعن.

وحيث يترتب عن كل تنازل موافقة الطرف المتنازل عن أداء المصاريف التي يمكن استخلاصها بجميع الطرق القانونية" وفي نفس الإطار جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالرباط ما يلي³:

"في التنازل: حيث التمس المدعي الحكم بالإشهاد على تنازله عن الدعوى لوقوع صلح مع المدعى عليها، وحيث إن هذا التنازل لم يكن محل أي طعن الأمر الذي لا يسع معه المحكمة الاستجابة لذلك مع جعل صائر الدعوى على رافعها".

¹ - عبد الخالق الشرقي، دعوى إتمام البيع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس أكدال الرباط السنة الجامعية 2004-2005، ص: 98.

² - حكم رقم 975 بتاريخ 2007/07/22 ملف رقم 2009/09/272 غير منشور.

³ - حكم عدد 385 صادر بتاريخ 02/4/15 في ملف المدني 1/509/1 غير منشور، المشرع المغربي لم يحدد طبيعة الحكم القاضي بالإشهاد على التنازل هل هو حكم في الشكل أم في الموضوع واكتفى بالقول بأنه يصدر انتهائياً أي غير قابل لأي طعن المادة 121 ق.م.م.

كما يمكن أن تقضي المحكمة بكون الدعوى سابقة لأوانها رغم أنها صحيحة من الناحية الشكلية، كما لو كانت الطلبات غير موقعة، أولم تحترم تراتبية التسجيلات في الطلب كحالة تسجيل البيع قبل تحرير عقد البيع النهائي وبالتالي يتم الحكم بعدم قبولها.

وهذا ما جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بمراكش الذي قضى¹.

"لكن حيث تبين للمحكمة ومن خلال تصفحها لوثائق الملف أن المدعين يطالبون بالحكم على المدعى عليه بإتمام إجراءات البيع، وذلك باتخاذ الإجراءات الإدارية لتقييد المدعين بوصفهم ورثة المشتري إلى آخر ما سطر من طلبات أعلاه وأن الطلب المذكور جاء عاما ومجملا دون تحديد للإجراء الأولي المطلوب اتخاذه قبل تقييد المدعين بالرسم العقاري المتعلق بالمبيع خاصة وأن الأمر يستوجب ضرورة إنجاز ملحق بيع يتضمن جميع البيانات المتعلقة بالمبيع وبصفة خاصة تحديد الرسم العقاري المتعلق به مما يجعل طلب المدعين أعلاه قدم سابقا لأوانه، ويتعين تبعا لذلك التصريح بعدم قبوله على حالته الراهنة.

"بالإضافة إلى ذلك يمكن للمحكمة أن تقضي بالاستجابة لطلب المدعي، وذلك بالحكم على المدعى عليه، البائع أو من يقوم مقامه بإتمام إجراءات البيع، فهذا الحكم يعد منشئا للحق.

فالحكم الصادر في دعوى إتمام إجراءات البيع لا يمكن تنفيذه إلا بعد أن يصبح حكما نهائيا وباتا وغير قابل لأي طعن من الطعون الموقفة للتنفيذ بقوة القانون وإذا كان الأمر واضحا تشريعا بخصوص الطعن بالتعرض أو الاستئناف

¹ - حكم رقم 1082 بتاريخ 05/10/2009 ملف رقم 639/09/2008 غير منشور.

لكونهما يرتبان أثرا موقفا للحكم المطعون فيه بأحد هما (م 132 من ق.م.م بـخصوص التعرض وم 134 من نفس القانون بخصوص الاستئناف)¹.

فإن الإشكال يطرح بخصوص الطعن بالنقض في الحكم النهائي الصادر في دعوى إتمام إجراءات البيع، هل يوقف هذا الطعن التنفيذ أم لا؟ وبمعنى آخر هل يدخل الحكم الصادر في هذه الدعوى ضمن مفهوم عبارة التحفيظ العقاري الواردة في المادة 361 من ق.م.م التي تنص على أنه " لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال التالية:

1- في الأحوال الشخصية.

2- في الزور الفرعي.

3- التحفيظ العقاري.

يمكن علاوة على ذلك للمجلس بطلب صريح من رافع الدعوى، وبصفة استثنائية أن يأمر بإيقاف تنفيذ القرارات والأحكام الصادرة في القضايا الإدارية ومقررات السلطات الإدارية التي رفع ضدها طلب الإلغاء".

فقد ثار نقاش حول الأحكام الصادرة في مادة العقار المحفظ ومدى أثر الطعن بالنقض على تنفيذها، وقد تولد هذا النقاش عن قرار المجلس الأعلى رقم 125 الصادر عن الغرفة الإدارية في 1988/06/06 الذي جاء فيه:²

¹ - ينص الفصل 132 من ق.م.م على ما يلي "يوقف التعرض للتنفيذ ما لم يؤمر بغير ذلك في الحكم الغيابي، وفي هذه الحالة فإذا قدم المحكوم عليه الطلب بإيقاف التنفيذ بثت غرفة المنشور مسبقا في طلب إيقاف التنفيذ المعجل طبقا لمقتضيات الفصل 147".

وينص الفصل 134 من نفس القانون في فقرته الأخيرة "يوقف أجل الاستئناف والاستئناف نفسه داخل الأجل القانوني للتنفيذ عدا إذا أمر بالتنفيذ المعجل ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 147.

² - منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 193 صفحة 113.

"المقصود بدعوى التحفيظ في الفصل 361 من ق.م.م التي يؤدي الطعن بالنقض فيها إلى وقف التنفيذ هي مجموع الإجراءات التي يقام بها بالنسبة لملك غير محفظ و تنتهي بإنشاء الصك العقاري وفق ما يقتضيه ظهير 12 غشت 1913، وبعدها يصبح الملك عقارا محفظا يخضع لمقتضيات ظهير 1915/06/02، ولما كان القرار برفع الحجز على عقار محفظ قد اكتسب قوة الشيء المقضي به وفقا لما ينص عليه الفصل 91 من الظهير المذكور فقد كان على المحافظ أن ينفذه، وأن رفضه لهذا التنفيذ بدعوى عدم الإدلاء بشهادة عدم النقص يتسم بالشطط في استعمال السلطة ما يعرض مقررة للإلغاء".

وبذلك يكون المجلس الأعلى قد فرق بوضوح بين الأحكام الصادرة في العقار في طور التحفيظ، والأحكام الصادرة في العقار المحفظ واعتبر الطعن بالنقض في الأولى يوقف التنفيذ وفي الثانية لا يوقف التنفيذ¹.

واختلف المحافظون العقاريون في تفسير عبارة "التحفيظ العقاري" الواردة في الفصل 361 من ق.م.م.

فهناك من فسر هذا المقتضى بمفهوم واسع وجعله يشمل حتى دعوى التسجيل والتشطيب واعتبر بالتالي أن الطعن بالنقض في الحكم الصادر في هذه الدعوى يوقف التنفيذ وقد مثل هذا التوجه المنشور الصادر عن المحافظة العامة تحت عدد 280 بتاريخ 1981/03/16 والذي طلبت من خلاله من المحافظين بخصوص القضايا التي تهم عقارات محفظة إسوة بدعوى التحفيظ أن تطلب شهادة بعدم النقص².

¹ - إبراهيم بحماني، م.س، ص: 83م

² - أنظر بهذا الخصوص، عبد القادر الرفعي، الفصل 361 من ق.م.م ومصطلح التحفيظ العقاري، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 87، مارس-أبريل 2001، الصفحة 51 إلى 62 وخاصة، ص: 54.

وكذلك الدورية رقم 324 في 1995/1/20، الذي أصدرها المحافظ العام طلب فيها من المحافظين على الأملاك العقارية عدم تنفيذ القرارات الاستثنائية إلا إذا كانت مرفقة بشهادة بعدم الطعن بالنقض مع الرجوع إليه في كل صعوبة عند تطبيق الدورية.

ومن الفقهاء الذين يقولون بتفسير عبارة التحفيظ العقاري تفسير واسعاً بحيث تشمل العقارات في طور التحفيظ والعقارات المحفظة محمد خيرى، وقد علل تفسيره بأسباب واقعية تتلخص في الصعوبات التي تقع بعد تنفيذ قرار استثنائي ثم إبطاله، وعند ذلك يتم تفويت العقار، ثم يصدر قرار بعد ذلك بالإبطال يكون مخالف للقرار المنفذ فيطرح إشكال تنفيذه باعتبار العقار انتقل إلى شخص آخر وهو تبرير منطقي ومعقول¹.

وهناك من فسر عبارة التحفيظ العقاري تفسيراً ضيقاً جعلها تنطبق فقط على العقارات التي في طور التحفيظ دون العقارات المحفظة وأخرج من مفهومها دعاوى التسجيل والتشطيب ومثل لهذا التوجه منشور صادر عن المحافظة العامة تحت عدد 278 بتاريخ 1980 يتضمن إعطاء تعليمات للمحافظين باعتبار عريضة النقض بخصوص عقار محفظ وثيقة صالحة لإقامة تقييد احتياطي وذلك لمعالجة المشاكل التي قد تنشأ عن نقض القرار الاستثنائي من طرف المجلس الأعلى².

وفي رأينا المتواضع فالقرارات التي تتعلق بإتمام إجراءات البيع غير معينة بعبارة التحفيظ العقاري الواردة في الفصل 361 من ق.م.م المذكور وذلك للسبب التالي:

¹ - إبراهيم بحمانى، م.س، ص: 54.

² - ذهب في نفس الاتجاه قرار المجلس الأعلى عدد 125 المذكور وكذلك المنشور عدد 314 بتاريخ

- إن نطاق دعوى إتمام إجراءات البيع ينحصر في أغلب الأحيان، من تمكين المدعي فيها من عقد بيع نهائي تام ومهياً للتسجيل وقد يقوم الحكم النهائي الصادر فيما مقام هذا العقد في الفرض الخاص، وما دامت إجراءات تنفيذ هذه تتحصر في العلاقة بين المتعاقدين ولا يتعداها إلى الغير فيسهل إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، ما دامت مصالح الغير حسني النية لم تمس ولن يلحقها أي ضرر لا من قريب ولا من بعد¹.

ثانياً: حجية الحكم الصادر في دعوى إتمام إجراءات البيع:

يجب التأكيد على أن المشرع المغربي وعلى غرار جل التشريعات قد اعتبر الحجية التي يمنحها الشيء المقضي به، قرينة من القرائن القانونية²، التي متى توافرت شروطها تقضي المحكمة بها من تلقاء نفسها لتعلق هذه الحجية بالنظام العام، وذلك بهدف الحفاظ على استقرار المعاملات ومنعاً لتضارب الأحكام.

ويجب التمييز في هذه النقطة بين حجية الأمر المقضي به وبين قوة الأمر المقضي، فالأول معناه أن الحكم حجية بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً.

¹ - انظر بخصوص التنفيذ وإشكالات إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بعد التنفيذ، محمد سماحي نظام التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي دراسة مقارنة أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص الرباط سنة 1993.

² - جاء في الفصل 450 من قانون الالتزامات والعقود "القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي.

1- التصرفات التي يقضي بها القانون بطلانها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه.

2- الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة كالتقادم.

3- الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي به".

وجاءت المادة 451 من نفس القانون لتوضح مفهوم الشيء المقضي به وكذا شروطه.

أما الثاني فهي المرتبة التي يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه، بطريق من طرق الطعن الاعتيادية، وإن ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير عادي، فالحكم القطعي نهائيا كان أو ابتدائيا حضوريا أو غيابيا تثبت له حجية الأمر المقضي لأنه حكم قضائي فصل بين الخصوم ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضي به، ولكن تكون له حجية الأمر المقضي، وتبقى له الحجة مادام الحكم قائما، فإذا ما طعن فيه أوقفت حجيته، فإذا ألغي نتيجة للطعن زال وزالت حجيته أما إذا تأيد بقيت له حجية الأمر المقضي¹.

فإذا أصبح الحكم نهائيا وحاز لحجية الشيء المقضي به، يتم تنفيذه من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

وفي هذا السياق جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء ما يلي²:

"الحكم على المدعى عليهم بإتمام البيع، وذلك باتخاذ الإجراءات الكفيلة... الإذن للسيد المحافظ على الأملاك العقارية بتسجيل هذا الحكم بالرسم العقاري بعد صيرورته نهائيا مع تحميل المدعى عليهم الصائر ورفض باقي الطلبات".

والتساؤل المطروح - ونحن نناقش حجية الحكم الصادر في دعوى إتمام إجراءات البيع، هل يمكن اعتبار هذا الحكم متى صدر وحاز قوة الشيء المقضي به، مانعا من رفع دعوى أخرى جديدة من أحد الخصوم للمطالبة بإبطال العقد الذي صدر حكم بإتمامه؟ بمعنى آخر هل حجية الحكم الصادر في هذه الدعوى مطلقة أم نسبية؟.

¹ - عبد الخالق الشرقي، دعوى إتمام البيع م.س، ص: 107.

² - حكم عدد 888، صادر بتاريخ 2010/03/30 ملف رقم 09/21/3375، غير منشور.

فقد وجد رأي¹، يميز بين أسباب البطلان وأسباب الإبطال معتبرا أن الحكم الصادر في هذه الدعوى يمنع من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد الذي بنيت عليه هذه الدعوى، مبررا ذلك بأن القاضي وقبل الحكم في الدعوى يكون قد تحقق من أن العقد محل هذه الأخيرة صحيح وخالي من أي سبب من أسباب البطلان، أما إذا تعلق الأمر بسبب من أسباب القابلية للإبطال حسب نفس الرأي فإن حجية الحكم الصادر بالصحة والنفذ لا تمنع من رفع دعوى جديدة لإبطال عقد سبق الحكم بصحته، طالما أن سبب الإبطال لم يطرح صراحة على المحكمة، ولم تفصل فيه مؤسسا ذلك على أن القاضي ينحصر دوره في النظر في أسباب البطلان وأن العقد القابل للإبطال عقد صحيح ونافذ ملزم لطرفيه وأن الحكم الصادر بنفاذه لم يقل كلمته بعد بخصوص أسباب إبطاله.

والحقيقة أن هذا الرأي وإن كان ينسجم مع المبدأ العام المقرر بخصوص مؤسستي البطلان والإبطال في علاقتهما بالنظام العام وأنه لا يبدوا كذلك متى نظرنا إلى دعوى إتمام إجراءات البيع ويبرر ذلك بما يلي:

إن سكوت الأطراف أو أحدهم عن إبداء أي دفع بخصوص أسباب القابلية للإبطال المقرر لمصلحته طوال الإجراءات المسطرية التي تمر بها الدعوى يمكن اعتباره تنازلا ضمنيا بصحة الالتزام المراد إتمامه، ويمكن الاعتماد بهذا الخصوص على مقتضيات المادة 406 من ق.ل.ع التي تنص على "أنه يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم، عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوذ بالصمت ولا يطلب أجلا للإجابة عنها".

¹ - الدكتور محمد زهرة، نطاق حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ التعاقد، ص: 218-219.

وبالتالي أمكن القول بأن صدور الحكم في دعوى إتمام إجراءات البيع يحوز قوة الشيء المقضي به بالشروط الذي قررها القانون وتشمل هذه القوة كل أسباب القابلية للإبطال¹.

ولعل في هذا التفسير دفاع عن القيمة القانونية والحجية التي يجب إبرازها للحكام القضائية بصفة عامة والحكم الصادر في هذه الدعوى على الخصوص، وسدا لكل أبواب التحايل والتماطل أمام الأطراف، لرفع دعوى مستقلة لكل سبب من أسباب الإبطال وهو قد يفرغ الحكم الأول من محتواه وقيمته الثبوتية.

إن اعتبار الحكم الصادر في دعوى إتمام إجراءات البيع بمثابة البيع النهائي، وهو ما نصت عليه بعض التشريعات²، تفاديا للتماطل في إبرام البيع النهائي، وربما سيفرغ هذه القاعدة القانونية من مقتضاها، متى فتح الباب أمام أحد الأطراف للطعن بالإبطال في العقد الذي قام الحكم النهائي مقامه.

الفقرة الثانية: شروط قابلية الحكم بإتمام إجراءات البيع لتنفيذ:

لكي يكون الحكم المراد تنفيذه قابلاً لتنفيذ لا بد من توافر شروط معينة حدد ما القانون وسنطرف بإيجاز لأهمها على الشكل التالي:

أولاً: تبليغ الحكم:

نص الفصل 54 من ق.م.م على أنه برفق تبليغ الحكم بنسخة منه مصادق على مطابقتها لهذا الحكم بصفة قانونية.

¹ - عبد الخالق الشريقي دعوى إتمام البيع ، م.س، ص: 108.

² - المادة 618/99 من ق 44,00 والتي نصت في فقرتها الأخيرة يعتبر الحكم نهائياً الصادر بإتمام البيع، بمثابة عقد البيع النهائي والمادة 289 من التقنين المدني الكويتي التي تنص على ما يلي: "يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام كنص عام".

ترسل وتسلم طبق الشروط المحددة في الفصول 37 و38 و39، وإذا تعلق الأمر بتبليغ إلى قيم ووقع ذلك ضمن المقتضيات المشار إليها في الفصل 441.

وينص الفصل 349 المتعلق بقرارات محكمة الاستئناف على ما يلي:
"يرفق بتبليغ القرار بنسخة مشهود بمطابقتها لأصلها بصفة قانونية وتوجه وتسلم وفق الشروط المحددة في الفصل 54".

وبالرجوع إلى الفصول المحال عليها من قبل الفصلين 54 و349 ق.م.م يتضح أن تبليغ الأحكام يكون بطرق التبليغ المنصوص عليها في الفصل 37 من ق.م.م، ويتضح من هذا الفصل أن هناك ثلاث طرق لتبليغ وهي:

1- التبليغ عن طريق كتابة الضبط.

2- التبليغ عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل

3- التبليغ عن الطريق الإدارية.

كما يمكن أن يتم التبليغ كذلك بواسطة المفوضين القضائيين.

أما الفصل 38 من نفس القانون فقد حدد الشخص الذي يعتبر إليه التبليغ صحيحا وشكل الوثيقة المطلوب تبليغها¹.

إن هذه المقتضيات المشار إليها أعلاه تنطبق على تبليغ الأحكام الصادر في دعوى إتمام إجراءات بيع العقار المحفظ، مادامت لم تتعارض، مع النصوص الخاصة المنظمة للتحفيظ العقاري، وأقصد بالتحفيظ العقاري هنا العقارات في طور التحفيظ والعقارات المحفظة².

¹ - ينص الفصل 38 من ق.م.م على أنه "يسلم الاستدعاء تسليمًا صحيحًا إلى الشخص نفسه أو في موطنه إلى أقاربه أو خدمه أو لكل شخص آخر يسكن معه يعتبر محل الإقامة موطنًا بالنسبة لمن لا موطن له بالمغرب يجب أن يسلم الاستدعاء في غلاف مختوم لا يحمل إلا الاسم الشخصي والعائلي - وعنوان سكني الطرف وتاريخ التبليغ متبوعًا بتوقيع العون وطابع المحكمة.

² - إبراهيم بحماني، م.س، ص: 81.

ويتميز تبليغ الأحكام الصادرة في هذه المادة بما يلي:

1- لا تطبق على الأحكام الصادرة بخصوص العقارات في طور التحفيظ مقتضيات الفصل 50 من ق.م.م المتعلقة بالتبليغ بالجلسة وإنما يخضع تبليغها لمقتضيات الفصل 40 من مرسوم 1913/08/12 بشأن التحفيظ العقاري. وقد نص على ذلك المجلس الأعلى في قراره رقم 11000 بتاريخ 1990/05/16 ملف مدني 84/1140¹.

2- الأحكام الابتدائية يبلغ ملخصها إلى جميع الأطراف في عناوينهم المختارة وينص هذا التبليغ على أن في الإمكان طلب الاستئناف داخل الآجل المقررة في المسطرة المدنية (الفصل 40).

أما الأحكام الاستئنافية فتبلغ بنصها الكامل إلى جميع الأطراف في عناوينهم الحقيقية أو المختارة مع التنبيه إلى أن بإمكانهم الطعن بالنقض في أجل شهرين ابتداء من يوم التبليغ (الفصل 47 من المرسوم المذكور).

والأحكام المتعلقة بتحفيظ أجل الطعن فيها بالنقض هو شهران من تاريخ التبليغ (الفصل 47 من المرسوم) بينما الأحكام الأخرى أجل الطعن فيها ثلاثون يوما (الفصل 358 من ق.م.م وهذا ما أقره المجلس الأعلى في قراره ع 11)².

3- إن الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري لا تكون مشمولة بالنفاذ المعجل وهو أمر بديهي، لأنها تثبت في الجوهر وليست مجرد قرارات وقتية، ولا تقبل التنفيذ إلا بعد الإدلاء بشهادة عدم الطعن بالنقض.

¹ - القرار 1100 منشور في مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، الجزء الثاني، ص: 589.

² - القرار 112 بتاريخ 1982/09/16 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 21، ص: 150.

وفي هذا الإطار صدر قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 4128 في يناير 1950¹، ونص على أنه بمقتضى الفصل 91 من ظهير 1913/08/12 يمكن التشطيب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تسجيل وتقييد بموجب عقداً أو حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به، لذلك لا يمكن التنفيذ المعجل لحكم صادر بالتشطيب.

4- الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ لا تبلغ إلى القيم وإنما تبلغ تلقائياً بواسطة كتابة الضبط (الفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/03 في ضبط التفاصيل المتعلقة بتطبيق الضابط العقاري)².

ثانياً: الإدلاء بشهادة بعدم الطعن في الحكم

إن الأحكام العقارية الصادرة في مادة التحفيظ العقاري لا تقبل التنفيذ إلا بعد الإدلاء بشهادة بعدم الطعن بالنقض، وهذا ما نص عليه الفصل 361 من ق.م.م.³

وقد سبق أن أشرنا إلى الجدل الذي أثيرته كلمة التحفيظ العقاري، فالبعض يفسرها بمعنى واسع بحيث تشمل العقار في طور التحفيظ والعقار المحفظ، ويدخل في نطاقها دعوى التسجيل والتشطيب والبعض الآخر يقصر معنى التحفيظ على العقارات في طور التحفيظ دون العقارات المحفوظة وأخرج بالتالي من مفهومها دعاوى التسجيل والتشطيب.

وفي رأينا المتواضع أن الرأي الأخير هو الجدير بالتأييد لاعتبارين أساسيين:

¹ - قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، ترجمة ذ. المجبود، ص: 31.

² - إبراهيم بحماني، م.س، ص: 90.

³ - إبراهيم بحماني، م.س، ص: 90.

الأول: إن الهدف والفلسفة من إقرار المشرع المغربي بالاستثناء الخاص بإيقاف التنفيذ متى تم الطعن بالنقض في القرار الصادر في مادة التحفيظ العقاري تتمثل في صعوبة بل استحالة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، متى أصدر المحافظ قرارا بتحفيظ العقار في اسم طالب التحفيظ نظرا للأثر التطهيري الذي يتمتع به هذا المقرر.

بل إن المشرع العقاري وقبل صدور المادة 361 من ق.م.م تفتن لهذا الإشكال وخص مسطرة التحفيظ بإجراءات معقدة واستثنائية منها على الخصوص مؤسسة التعرض الاستثنائي خارج الأجل والتي نص عليها في المادة 29 من ظهير التحفيظ العقاري¹. وذلك كله تحسبا لضياع حقوق يستحيل تقريرها بعد صدور مقرر بالتحفيظ.

الثاني: إن تسجيل الحق في الرسم العقاري قد يتم بمجرد لجوء صاحب المصلحة إلى المحافظ مباشرة وقبل رفع الدعوى في إطار مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري، وبالتالي لا يتصور في هذه الحالة أن يطلب المحافظ من طالب التسجيل الإدلاء بما يفيد عدم الطعن بالنقض.

فإذا أصبح الحكم الصادر في دعوى إتمام إجراءات البيع قابلا للتنفيذ يجب على المحافظ على الأملاك العقارية أن يسجله بالرسم العقاري، إلا أنه قد يحدث عكس ذلك فيقوم المحافظ برفض تسجيل هذا الحكم، مما يدفع بصاحب الحق المحكوم له بالطعن في قراره أمام الجهة المختصة وهذا ما سوف نعالجه في المطلب الثاني.

¹ - ينص الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه:
"بعد انصرام الأجل المحددة في الفصل 27 أعلاه يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ مادام لم يوجه الملف إلى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية وكذا بعد توجيهه إذا اتخذ وكيل الدولة قرار بذلك..."

المطلب الثاني: رفض المحافظ تسجيل الحكم والطنع فيه

إن المشرع المغربي اختار نظام المسطرة الإدارية للحفاظ على العقاري، خلافا لما هو عليه الحال في بعض الدول التي جعلت هذه المسطرة قضائية من بدايتها إلى نهايتها.

وباختيار المشرع المغربي لنظام المسطرة الإدارية للحفاظ على العقاري أنشأ محافظة عقارية في كل دائرة محكمة ابتدائية تقريبا، وجعل على رأس هذه المحافظات موظفا ساميا أطلق عليه اسم المحافظ على الملكية العقارية، وهذا الأخير يخضع تسلسليا في مجال عمله لموظف أكبر هو المحافظ العام على الأملاك العقارية الذي يوجد مقره بالعاصمة الإدارية الرباط.

وأنه لا جدال في كون هؤلاء جميعا يعتبرون موظفين عموميين، مادام أن الفصل 3 من القرار الوزيري المتعلق بتعيين نظام مصلحة المحافظة على الأملاك العقارية يشير إلى أن الدولة تعين المحافظين على الأملاك العقارية وتجري عليهم الضوابط الجارية على موظفي إدارات الدولة فيما يتعلق بحالتهم ورواتبهم وتعويضاتهم وترقيتهم وتأديبهم، مع التزامهم بأداء اليمين على أنهم سيقومون بوظيفتهم بصدق وأمان قبل مباشرتهم لمهامهم.

وقد حدد الفصل 4 من القرار الوزيري المذكور المهام التي يقومون بها في إطار وظيفتهم الأصلية والتي تتجلى في تحفيظ العقارات وتسجيل الحقوق المتعلقة بها وما يتعلق بها من إجراءات...

وعليه فإذا كانت مسطرة التحفيظ مسطرة إدارية، وإذا كان المحافظ على الأملاك العقارية موظف عمومي، فإن جميع القرارات التي يتخذها ومن بينها تسجيل أو عدم تسجيل الحكم القاضي بإتمام إجراءات البيع، تعتبر قرارات إدارية

مادام أنها تصدر عن جهة إدارية بما لها من سلطة في تنفيذ القوانين والأنظمة، وتؤثر في المراكز القانونية للمتعاملين مع المحافظة التي يترأسونها.

وقرارات المحافظ العقاري تكون قابلة لصواب والخطأ، بل وقد تضر أحيانا بحقوق ومصالح المعنيين بعمل المحافظة العقارية، كالقرار الذي يتخذه المحافظ على الأملاك العقارية المتمثل في رفض تسجيل الحكم الصادر في دعوى إتمام إجراءات البيع.

ولذلك وجب تمكين هؤلاء الأطراف من وسيلة قانونية تحميهم من الأخطاء أو الشطط في استعمال السلطة التي يمكن أن تتسرب إلى قرارات المحافظ العقاري، وهذا لا يمكن أن يتأتى إلا عن طريق الطعن في قرارات هذا الأخير.

فالمشرع أقر للقضاء سلطات خاصة في مسطرة التحفيظ العقاري، لا تقتصر فقط على حل النزاعات المثارة بين الأطراف بل وتمتد أيضا إلى النزاعات المثارة بين الشخص المعني والمحافظ العقاري، وذلك بإقرار حق الطعن في بعض القرارات التي يتخذها المحافظ ولدراسة هذا المطلب سنقسمه إلى فقرتين سنخصص الفقرة الأولى لامتناع المحافظ عن تنفيذ الحكم النهائي القاضي بإتمام إجراءات البيع، بعد ذلك سنتناول بالدراسة والتفصيل النقطة المتعلقة بالطعن في قرار المحافظ أمام القضاء الإداري (في فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: امتناع المحافظ عن تنفيذ الحكم النهائي القاضي بإتمام إجراءات البيع.

لا تكتمل الحماية القضائية للحقوق بمجرد صدور الأحكام وإقرار الحماية الموضوعية، بل تظل هذه الحماية القضائية رهينة بتحقيق شقها الثاني، وهو الحماية التنفيذية التي تؤدي إلى ترجمة منطوق الحكم إلى الواقع الخارجي ليصبح

موافقا له¹. والمحافظ يعتبر جهة تنفيذية تحال عليه الأحكام والقرارات النهائية التي اكتسب قوة الشيء المقضي به لتقييدها في السجلات العقارية.

وما نلاحظه في الأحكام الصادرة في موضوع دعوى إتمام إجراءات البيع، أن أغلب منطوقاتها بعد الحكم بإتمام إجراءات البيع وإبرام عقد البيع النهائي تأذن المحكمة للمحافظ العقاري بتسجيل الحكم بالصك العقاري ونورد فيما يلي نماذج لمنطوقات بعض الأحكام القضائية الصادرة في موضوع هذه الدعوى.

منها ما جاء في أحد أحكام ابتدائية مراكش²:

"وفي الموضوع: تحكم على المدعى عليهم بإتمام إجراءات البيع مع المدعي بخصوص الملك ذي الصك العقاري عدد 12281/م، وذلك بإبرام عقد البيع النهائي معه والتشطيب على الحجوزات التحفظية المقيدة على الصك العقاري المذكور.

وإفراغهم من العقار موضوع هذا الصك هم ومن يقوم مقامهم أو بإذنهم تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها "150,00" مائة وخمسون درهما عن كل يوم يتأخرون فيه عن التنفيذ، ونأمر المحافظ العقاري بتنفيذ عقد البيع بعد إبرامه بين الطرفين، وذلك بتسجيله بالصك العقاري عدد 12281/م، مع تحميلهم الصائر ورفض باقي الطلبات".

ويلاحظ على هذا المنطوق أن المحكمة قامت بالحكم على البائع بالإفراغ وذلك لا يستقيم، لأنه لا يمكن إفراغ البائع إلا بعد تمام البيع ولا يكون تاما إلا بعد تقييده بالرسم العقاري.

¹ - عبد الرحيم ديكار: الطعن في قرارات المحافظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر، الدراسات في القانون الخاص، ماستر القوانين الإجرائية والمدنية، جامعة القاضي عياض الموسم الجامعي 2008-2009، ص: 82.

² - حكم رقم 1460 بتاريخ 20/11/2007 ملف رقم 2007/09/119 غير منشور.

في حين صاغت ابتدائية الدار البيضاء في منطوق أحد أحكامها ما يلي¹:
"في الموضوع: الحكم على المدعى عليهم بإتمام البيع وذلك باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتمكين المدعين من تسجيل شرائهم بالرسم العقاري عدد 12/15978 و برفع الرهن الرسمي المسجل بالرسم العقاري المذكور تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها مائتي درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ، وفي حالة الامتناع اعتبار هذا الحكم بمثابة عقد نهائي مع الإذن للسيد المحافظ على الأملاك العقارية بسيدي عثمان بتسجيل هذا الحكم بالرسم العقاري بعد صيرورته نهائيا مع تحميل المدعى عليهم الصائر ورفض باقي الطلبات".

والأحكام المحالة على المحافظ لتنفيذها يصدر بشأنها قرارات متنوعة تتأرجح دوما بين القبول عندما لا تثار بشأنها أية إشكالية وبالرفض عندما تثار صعوبة تنفيذها، كما أن المحافظ ليس مجرد عون تنفيذ يتم إيداع الوثائق لديه قصد تسجيلها أو تبلغ إليه الأحكام والقرارات من أجل تنفيذ مقتضياتها بل هو مدعو للتحقق تحت مسؤوليته من كل العمليات التي يتطلب تقييدها تحقيقا لمبدأ مشروعية التسجيل².

فإذا كان المحافظ العقاري يعتبر إحدى الجهات الإدارية الموكول إليها تنفيذ المقررات القضائية الصادرة بشأن قضايا التحفيظ العقاري فإنه في بعض الحالات قد يطعن في قرارات المحافظ وتصدر أحكام في هاته الطعون، إلا أنه قد يمتنع عن تنفيذ تلك الأحكام بالتحفيظ أو التسجيل دون عذر مقبول مما يشكل شططا في استعمال السلطة الذي يجعل القضاء الإداري مختصا بمراقبة مدى شرعية تلك

¹ - حكم عدد 888 صادر بتاريخ 2010/3/30 ملف رقم 09/21/3375، غير منشور.

² - محمد أوريان، تنفيذ الأحكام القضائية من طرف المحافظ العقاري، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 31/30، أبريل 2006، ص: 288.

القرارات¹، وقد أصدرت المحاكم الإدارية أحكاما في هذا الاتجاه معتبرة أن القرار الإداري الضمني المتخذ من طرف المحافظ على الأملاك العقارية بعدم تنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به يتسم بالشطط في استعمال السلطة ويتعين إلغاؤه²، كما صدر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2000/7/6 القرار عدد 1027 قال فيه³:

"وحيث إنه إذا كان الأمر يتعلق في النازلة الحالية كما أشارت إليه المحكمة الإدارية بطلب يهدف إلى إلغاء القرار المطعون فيه الصادر عن المحافظ برفض تقييد حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به على الرسم العقاري المشار إليه، وأن هذا الإلغاء لا يمكن البث فيه إلا من طرف القاضي الإداري في إطار دعوى الإلغاء مادام الأمر يتعلق بتقييد مقتضيات حكم قضائي نهائي وأن المحافظ ملزما باعتباره يمسك سجلات المحافظة العقارية ويسهر عليها بتنفيذ الأحكام القضائية النهائية الصادرة بتسجيل حقوق عينية أو التشطيب عليها من الرسوم العقارية..."

إن امتناع المحافظ العقاري عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، يعتبر قرارا إداريا يقبل الطعن عن طريق دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، ولكن تجب الإشارة في هذا السياق إلى الحالة التي يقوم فيها المحافظ بتأجيل أمر تنفيذ الحكم

¹ - عبد الرحيم ديكار: م.س، ص: 83.

² - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 294، صادر بتاريخ 1998/6/24، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 26، ص: 203.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 1027 صادر بتاريخ 2000/7/6 منشور بدلائل الأعمال القضائية، العمل القضائي في نزعات التحفيظ العقاري، ص: 294.

الصادر في هذه الدعوى إلى غاية إتمام الإجراءات التقنية لتسجيله بالصك العقاري في هذا الإطار أصدرت المحكمة الإدارية بمراكش¹، حكما تقضي فيه بأن: "تأجيل المحافظ العقاري أمر بتنفيذ حكم قضائي إلى حين إتمام الإجراءات التقنية لتسجيله بالصك العقاري لا يعتبر قرارا إداريا قابلا للطعن فيه بدعوى الإلغاء، وذلك لعدم إحداثه لأي أثر قانوني ولعدم تأثيره على المركز القانوني لطاعن".

فامتناع المحافظ عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية المتعلقة بدعوى إتمام إجراءات البيع يندرج ضمن إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة، ووسائل حمل الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها².

وفي هذا الإطار يثار تساؤل حول مدى إمكانية فرض غرامة تهديدية على المحافظ الذي يمتنع عن تنفيذ الحكم القاضي بإتمام إجراءات البيع؟
لاسيما أن المحكمة الإدارية بالرباط قالت في حكم لها³:

"إنه لا يوجد أي نص قانوني يستثني الإدارة من فرض غرامة تهديدية عليها في حالة امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي صدر في مواجهتها...".

وهو الأمر نفسه الذي قضت به نفس المحكمة في نازلة مشابهة، ففي قضية ورثة العشيرى صدر عن رئيس هذه المحكمة بتاريخ 20 دجنبر 1995 أمر استعجالي عدد 18 ملف 95/83 قضى بإيقاف أشغال البناء الجارية على قطعة تعود ملكيتها للمدعين، والتي تم الاستيلاء عليها من طرف الإدارة، وبالرغم من

¹ - حكم عدد 164 بتاريخ 2000/11/1 في الملف عدد 96/1370 أورده عبد الرحيم ديكار م.س، ص: 84.

² - عبد الرحيم ديكار: م.س، ص: 84.

³ - حكم رقم 134 صدر بتاريخ 1997/3/6، أورده حسن صهيبي، القضاء الإداري المغربي، ص: 613.

أن هذا الأمر له طبيعة استعجالية فإنه اصطدم بامتناع الإدارة عن تنفيذه، واستمرت الشركة المتعاقدة مع الإدارة في عملية البناء.

وأمام هذا الرفض الذي لم ينفع معه أي شيء، لجأ المدعون إلى نفس المحكمة ثانية ملتجئين بالحكم على الإدارة بأداء غرامة تهديدية مقدرة في ألف درهم عن كل يوم تأخير في التنفيذ منذ تاريخ الامتناع، وذلك قصد إجبارها على احترام مقتضيات الأمر المشار إليه أعلاه وتنفيذه تنفيذا كاملا حتى يتوقف الاعتداء المادي الناتج عن استيلاء غير مشروع على ملكيتهم، فاستجاب القاضي لهذا الطلب وحكم على الإدارة بغرامة تهديدية لإلزامها بتنفيذ الحكم الصادر في مواجهتها¹.

مما سبق يبدو أنه يمكن فرض غرامة تهديدية على المحافظ الذي يمتنع عن تنفيذ الحكم القضائي النهائي القاضي بإتمام إجراءات البيع².

الفقرة الثانية: الطعن في قرار المحافظ أمام القضاء الإداري

سنعالج في هذه الفقرة إشكالية مدى قابلية قرارات المحافظ للطعن أمام القضاء الإداري (في نقطة أولى) لنتطرق إلى مسطرة الطعن في قرارات المحافظ أمام القضاء الإداري (في نقطة ثانية).

أولاً: مدى قابلية قرارات المحافظ للطعن أمام القضاء الإداري.

لقد سبق وذكرنا أن المحافظ العقاري يعتبر موظفا إداريا يمارس اختصاصه وفقا للقانون، لذلك فإن التساؤل الذي يطرح في هذا الإطار: هل يعتبر قرار المحافظ العقاري برفض تنفيذ وتسجيل الحكم الصادر في إطار دعوى إتمام

¹ - أورده عبد الرحيم ديكار: م.س، ص: 85.

² - قمنا بمناقشة هذه النقطة مع السيد رئيس الغرفة العقارية بالمحكمة الابتدائية بابتن جريز الذي أكد بدوره أنه يمكن فرض غرامة تهديدية على المحافظ الذي يمتنع عن تنفيذ حكم قضائي.

إجراءات البيع قرارا إداريا صادرا عن سلطة عامة مما يجوز الطعن فيه بالإلغاء؟ وبالتالي خضوعه للقضاء الإداري حيادا عن الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري والفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/6/3 الذين يعقدان الاختصاص إلى المحكمة الابتدائية؟

فبالرجوع إلى موقف القضاء بهذا الخصوص، نذكر أنه أُنِيج للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 8 غشت 1980 في قضية رفعت من طرف شركة طواموتر ضد المحافظ بالدار البيضاء¹. أن تبث في الإشكال المطروح فأقرت باختصاص المجلس الأعلى للبت في طلب إلغاء قرار المحافظ بناء على كونه قرارا إداريا، وحكمت بإلغائه للشطط في استعمال السلطة. ومما جاء في حيثيات هذا الحكم:

"... حيث يؤخذ من الفصل 353 ق.م.م أن المجلس الأعلى يبت في الطعون الرامية إلى إلغاء المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية للشطط في استعمال السلطة ما لم يصدر نص صريح بذلك.

وحيث إن المبدأ العام الوارد في هذا الفصل، والمتعلق باختصاص المجلس الأعلى بالنظر في طلبات الإلغاء المرفوعة ضد المقررات الإدارية له استثناء فيما يرجع للمحافظ على الأملاك العقارية الذي يكون سلطة إدارية، وهو الاستثناء الوارد في الفصل 96 من ظ.ت.ع الذي يستفاد منه أنه في حالة رفض المحافظ تسجيل حق عيني أو التشطيب عليه بسبب عدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم فإن قراره يكون قابلا للطعن أمام المحكمة الابتدائية.

¹ - حكم عدد 244 ذكرته الأستاذة أمينة جبران في كتابها القضاء الإداري، دعوى القضاء الشامل، مطبعة بيماك، ص: 305.

وحيث إن الاستثناء يجب تأويله تأويلاً ضيقاً ولا ينبغي التوسع فيه، وحيث إن اختصاص المحكمة الابتدائية المنصوص عليه بالفصل 96 ينحصر في حالتين... ولا ينطبق في باقي الأحوال، حيث ينبغي الرجوع إلى القاعدة العامة المذكورة في الفصل 353 من ق.م.م أعلاه.

وحيث إن رفض المحافظ في هذه النازلة لا يمكن تبريره لا بعدم صحة الطلب ولا بعدم كفاية الرسوم، وحيث إن المجلس الأعلى هو المختص بالنظر في الإلغاء...".

كما جاء في هذا القرار أيضاً:

"وفيما يخص الدفع بوجود دعوى موازية، حيث إن عدم إمكانية رفع هذه النازلة إلى المحكمة الابتدائية للأسباب المبينة في الجواب عن الدفع بعدم الاختصاص ينفي وجود دعوى موازية مما يجعل هذا الدفع هو الآخر بدون أساس".

وكرس المجلس الأعلى هذا الاتجاه أيضاً في قراره عدد 277 صادر بتاريخ 12/08/1998¹، بقوله:

"يعتبر قرار المحافظ بإلغاء تقييد في السجل بناء على رأي رئيس مصلحة الهندسة، واللجنة المركزية للنزاعات مشوباً بالشطط في استعمال السلطة مادام التقييد الأول صحيحاً كما صارت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى على نفس النهج بحكمها عدد 159 بتاريخ 30 أبريل 1982، وضعت من خلاله قاعدة عامة مفادها أن هذا المبدأ العام المتعلق باختصاص المجلس الأعلى بالنظر في طلبات الإلغاء المرفوعة ضد المقررات الإدارية له استثناء فيما يرجع للمحافظ على الملكية العقارية...".

¹ - أوردته الأستاذة أمينة جبران، م.س، ص: 314.

هذا وتطبيقا للقاعدة التي وضعها المجلس الأعلى بقراراته أعلاه، والمتعلقة بالاستثناء الواردة مقتضياته في الفصل 96، صدر حكم للمحكمة الابتدائية¹ يقضي "بالزام المحافظ بتسجيل الشراء المنجز برسم الشراء على السجلات بالمحافظة العقارية بعدما رفض المحافظ ذلك".

من خلال الاجتهادات أعلاه يتضح أن المجلس الأعلى، وخاصة غرفته الإدارية قد وضعت اجتهادا قارا مفاده اعتبار المحافظ العقاري موظفا إداريا وأن قراراته تبعا لذلك قرارات إدارية، وأن هذه القاعدة العامة لها استثناءان حصريان هما الواردان في الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري وهما حالة الرفض المبرر بعدم صحة الطلب، أو عدم كفاية الرسوم، حيث يرجع اختصاص الطعن في هذين القرارين للمحكمة الابتدائية²، أما ما عداها من القرارات الأخرى ومن ضمنها قرار المحافظ برفض تسجيل الحكم الوارد في إطار دعوى إتمام إجراءات البيع، فإنها تخضع لاختصاص القضاء الإداري.

وبعد استعراضنا لموقف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من المسألة يبقى لنا التساؤل عن موقف المحاكم الإدارية من قرارات المحافظ على الأملاك العقارية.

جوابا على هذا السؤال يمكننا القول إنه وفي ظل المتغيرات التي عرفها القضاء المغربي بإنشاء المحاكم الإدارية أنه أتيح للمحكمة الإدارية بمكناس³ أن

¹ - حكم عدد 2540 صدر بتاريخ 1982/4/8 أورده خالد الأسوي، الطعن في قرارات المحافظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة القانون المدني، جامعة القاضي عياض السنة الجامعية 2001-2002، ص: 146.

² - خالد الأسوي: م.س، ص: 145.

³ - حكم عدد 8-94 بتاريخ 09 يوليوز 1994.

تتظر في طعن الإلغاء ضد قرار المحافظ العقاري بمكناس وقد وضعت في هذا الحكم قاعدة مفادها:

"أن قرارات المحافظ العقاري ليست لا بقرارات قضائية، ولا بقرارات إدارية بل هي قرارات من نوع خاص، وأن المادة 8 من قانون 90-41 حددت اختصاص المحاكم الإدارية النوعي، ولم تدرج ضمنه القرارات الصادرة عن السيد المحافظ التي يبقى الاختصاص بشأن الطعن فيها للمحكمة الابتدائية طبقاً للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري".

وفي نفس الإطار أتيح للمحكمة الإدارية بفاس¹ أن تثبت في طعن من نفس القبيل ضد قرار المحافظ بالإلغاء لكونه رفض تسليم الطاعن نظير الرسم العقاري فصرحت بعدم اختصاصها للبث في الطلب بناء على الفصل 103 من ظ.ت.ع الذي حدد الجهة المختصة نوعياً للبث في الطلب والمتمثلة في المحكمة الابتدائية.

فالملاحظ أن المحاكم بالمغرب لم تستقر على موقف موحد من الطبيعة القانونية لقرارات المحافظ، وإذا ما استثنينا قرار المحكمة الإدارية بمكناس المشار إليه أعلاه والذي كان محط انتقاد الفقه، فيمكن القول إن المحكمة الإدارية بفاس قد وضعت قاعدة قريبة جداً من اجتهاد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، حيث يمكن أن نستنتج من موقفها أنه كلما وجد نص في ظهير التحفيظ العقاري يمنح الاختصاص للمحكمة الابتدائية فإن الطعن في قرار المحافظ يكون الاختصاص النوعي لهذه الأخيرة، وفي حالة غياب النص، فإن الطعن في قرار المحافظ يرجع للقاعدة العامة وهي اختصاص المحاكم الإدارية النوعي، طبقاً للمادة 8 من قانون 90-41.

¹ - حكم للمحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 1998/12/23 أورده خالد الأسوي، م.س، ص: 146.

ونستنتج مما سبق أنه إذا رفض المحافظ تنفيذ الحكم النهائي القاضي بإتمام إجراءات البيع وذلك بإصداره قرارا بعدم تسجيله، يمكن الطعن في هذا القرار أمام القضاء الإداري بواسطة المساطر المنصوص عليها قانونا وذلك ما سوف نتطرق إليه في النقطة الثانية.

ثانيا: مسطرة الطعن في قرارات المحافظ أمام القضاء الإداري

لقد أصبحت منذ سنة 1957 مختلف القرارات الإدارية المتخذة من طرف الإدارة تخضع لرقابة المجلس الأعلى، ذلك أن الظهير المنشئ لهذه المؤسسة أعطى للغرفة الإدارية حق النظر في الطعون من أجل الشطط في استعمال السلطة الموجهة ضد المقررات الصادرة عن السلطة الإدارية.

وفي ظل المتغيرات التي عرفها النظام القضائي المغربي، أنشئت المحاكم الإدارية بالقانون رقم 09.41، وتنص المادة 8 منه على اختصاص هذه المحاكم بالنظر في دعوى إلغاء المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية، إلا ما استثنى من ذلك الاختصاص لفائدة المجلس الأعلى والمحكمة الإدارية بالرباط طبقا للمادتين 9 و 11 من القانون 41.09 وبإحداث محاكم الاستئناف الإدارية بمقتضى القانون 08.03 صارت دعوى الإلغاء تمر عبر درجتين من التقاضي، ثم أمام المجلس الأعلى في مرحلة النقض¹، ولكي يتم اللجوء إلى القضاء الإداري بمختلف درجاته في دعوى للإلغاء يستوجب التقيد بمجموعة من الشكليات المتمثلة في:

- تقديم مقال الدعوى مكتوبا ومستوفيا للبيانات المنصوص عليها في الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية وموقعا عليه من طرف محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب²، وأن يتم تسجيل ذلك المقال بكتابة

¹ - عبد الرحيم ديكار: م.س، ص: 89.

² - المادة 3 من القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية.

ضبط المحكمة الإدارية، وأن يوكل به إلى قاضي وإلى المفوض الملكي للدفاع عن الحق والقانون.

ودعوى الإلغاء ترفع بمقال مكتوب وترفق بهذا المقال نسخة من القرار الإداري المطعون فيه، ونسخة من قرار رفض التظلم، أو ما يثبت تقديمه في حالة سكوت الجهة المختصة، وغيرها من المستندات التي يريد صاحبها إرفاقها بالمقال وإلا قضي برفض طلب الإلغاء.

ويجوز للمعني بالأمر أن يشير في مقاله إلى رغبته في التقدم بمذكرة تفصيلية، وعندئذ يكون ملزماً بتقديمها خلال ثلاثين يوماً، وفوات هذه المدة يترتب تخليه عن رغبته¹.

بعد ذلك يسجل المقال لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية المختصة، ويتولى كاتب ضبط المحكمة تسليم وصل بإيداع المقال، يتكون ذلك الوصل من نسخة منه يوضع عليها خاتم كتابة الضبط وتاريخ الإيداع مع بيان الوثائق المرفقة.

وبعد تسجيل مقال الدعوى، فإن رئيس المحكمة يحيل الملف حالاً إلى قاضي مقرر يقوم بتعيينه، وإلى المفوض الملكي للدفاع عن الحق والقانون، وذلك لمتابعة ملف الدعوى وفق المقتضيات القانونية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية².

- يجب تقديم دعوى الإلغاء داخل أجل ستين يوماً من يوم تبليغ القرار المطعون فيه، وهو الأجل الذي حدده الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية بقوله: "يجب... أن تقدم طلبات إلغاء مقررات السلطات الإدارية للشطط في استعمال السلطة داخل أجل ستين يوماً من يوم نشر أو تبليغ القرار المطعون فيه".

¹ - عبد الرحيم ديكار: م.س، ص: 90.

² - المادة 4 من القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية.

ويعتبر أجل الطعن بالإلغاء أجلا كاملا، فيوم صدور القرار الإداري لا يحتسب في أجل الستين يوما، وينقضي بانقضاء اليوم الأخير منه، وفق ما ينص عليه الفصل 512 من ق.م.م.

ويطرح تساؤل حول ما إذا كان أمام المدعي طريق آخر يمكنه من الوصول إلى نفس النتائج التي ترتبها دعوى الإلغاء - ما يطلق عليه بالدعوى الموازية¹، فهل ينبغي عليه أن يسلك ذلك الطريق القضائي؟ أم يبقى له الحق في اللجوء إلى القاضي الإداري قصد طلب إلغاء قرار المحافظ العقاري؟

للإجابة عن هذا السؤال سنعود إلى مقتضيات الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية الذي تنص فقرته الأخيرة على أنه:

"لا يقبل طلب الإلغاء الموجه ضد المقررات الإدارية إذا كان في استطاعة من يعينهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية".

فمن خلال هذا الفصل يتضح أنه إذا كان أمام المدعي طريق آخر يمكنه من الوصول إلى نفس النتائج التي ترتبها دعوى الإلغاء فيجب عليه أن يسلكها وإلا كان مصير طعنه الرفض، فلا يمكن اللجوء إلى القاضي الإداري إلا إذا كان المشرع لم يمنح اختصاص الطعن لجهة قضائية أخرى².

¹ - يقصد بالدعوى الموازية هو عدم قبول إلغاء القرارات الإدارية إذا كان المعنيون بالأمر يتوفرون على وسائل أخرى منصوص عليها قانونا تخولهم استيفاء حقوقهم والتخلص من القرارات المشبوبة بعدم المشروعية.

² - عبد الرحيم ديكار: م.س، ص: 93.

بناء على ما سبق، فإن الطعن في قرارات المحافظ بالإلغاء لا تجوز إذا كانت هناك دعوى موازية، وهذا ما كرسه المجلس الأعلى في أحد قراراته جاء فيه ما يلي¹:

"امتناع المحافظ على الأملاك العقارية من إرجاع رسم عقاري لأصحابه رغم ثبوت انتهاء التسجيلات التي كانت سبب وضع الرسم العقاري لدى المحافظ هو قرار إداري يتسم بالشطط في استعمال السلطة وقابل للطعن بالإلغاء لعدم وجود دعوى موازية أمام القضاء الشامل".

¹ - قرار رقم 158 الصادر بتاريخ 6 أبريل 1995 في الملف الإداري رقم 94/10.058 منشور في كتاب قرارات المجلس الأعلى المادة الإدارية 1985-1997، ص: 309.

خاتمة:

لقد كان العقار ولا يزال من أهم المواضيع التي تستأثر بالبحث والدراسة بالنظر للأهمية المتزايدة التي يكتسبها في ميدان التعامل به، والمشاكل التي ترتبط فيه واستغلاله، وخاصة في مجال بيعه.

وحاولنا من خلال هذه الدراسة العملية لموضوع دعوى إتمام إجراءات البيع، التأصيل لموضوع دقيق وتقني، من حيث قواعده الموضوعية والإجرائية، نظرا لارتباطه بالقضاء، وبالمتعاملين في الميدان العقاري، وذلك بتناوله من خلال أهم الإجراءات التي يتعين على المدعي سلوكها من أجل الحصول على العقار موضوع النزاع.

حيث قمنا بتقسيم هذا الموضوع إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول لأحكام دعوى إتمام إجراءات البيع، وقمنا أيضا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، إذ خصصنا الأول لدراسة شروط رفع دعوى إتمام إجراءات البيع، حيث يتعين على المدعي وقبل رفع الدعوى أن يقوم بمجموعة من الإجراءات، تحت طائلة عدم قبولها، وخصصنا المبحث الثاني لصور دعوى إتمام إجراءات البيع والدفع المثارة بشأنها، وذلك من خلال مناقشة مختلف صور الطلبات التي يمكن تقديمها في هذه الدعوى، وكذا أهم الدفع التي يمكن التمسك بها.

ولقد خصصنا الفصل الثاني لآثار الحكم في دعوى إتمام إجراءات البيع، وقمنا بتقسيمه أيضا إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول دراسة نقل ملكية المبيع للمشتري، وذلك من خلال مناقشة تسجيل الحكم الصادر في الدعوى كآلية لنقل ملكية العقار المحفظ، كما تطرقنا للآثر الرجعي للتسجيل كأثر للتقييد الاحتياطي، والذي بموجبه يتعين على المدعي أن يقوم به بمجرد رفع دعوى إتمام إجراءات البيع، كما يمكن له أن يقوم به حتى قبل رفع هذه الدعوى، إما بناء على سند الالتزام الذي يجمع بين البائع

والمشتري أو بناء على أمر رئيس المحكمة، وذلك من أجل حفظ رتبة الدائن حتى إذا ما صدر حكم لصالحه يقضي بإتمام إجراءات البيع، عاد هذا التقييد الاحتياطي بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الأول، وليس تاريخ التقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى، وخصصنا المبحث الثاني لدراسة تنفيذ الحكم من طرف المحافظ العقاري والطعن في قراره.

ومن خلال هذه الدراسة التي تناولنا فيها موضوع دعوى إتمام إجراءات البيع وفق التفصيل المذكور أعلاه خلصنا إلى مجموعة من الاستنتاجات من أهمها:

- أن عدم تنظيمها من طرف المشرع المغربي وفق مقتضيات قانونية خاصة، جعل العمل القضائي يتضارب بخصوص بعض أحكامها.

- يتعين على المدعي وقبل رفع الدعوى، أن يقوم بمجموعة من الإجراءات تحت طائلة عدم القبول، ومن أهمها مسطرة العرض العيني، كما لاحظنا أن هذا العرض بين يدي الموثق هو عرض صحيح، وتقوم المحكمة الابتدائية بمراكش بالاعتراف به.

يحق لكلا طرفي العقد (البائع والمشتري) في حالة عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه، اللجوء إلى القضاء لإجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه المقابل شرط أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه أو قام بعرضه، ما لم يكن ملتزما بتنفيذ التزامه أولا.

- إن مختلف صور الوعد بالتقاعد (الوعد بالبيع، الوصل، البيع الابتدائي، الوعد بالتفضيل) يجب أن تأتي في شكل كتابي، فإذا كان مبدأ الرضائية البيع هو الأصل فإن هناك بعض الحالات المعينة التي خرج بها المشرع واعتبرها استثناء من هذا المبدأ بحيث إنها لا تتم بمجرد تراضي المتعاقدين وفي مقدمتها البيوع العقارية، والتي قيدها بشكلية الكتابة طبقا للفصل 489 من ق.ل.ع إضافة إلى وجوب أن يتضمن هذا العقد جميع أركان عقد البيع من رضى ومحل وسبب وثمان.

- إن صور دعاوى إتمام البيع العقاري تتنوع وتختلف بالنظر للغاية التي يهدف إليها طلب المدعي والالتزامات الملقاة على عاتق المدعى عليه، فيمكن أن يكون الطلب يرمي إلى رفع الموانع من التفويت، كرفع الرهن الرسمي أو الحجز التحفظي، كما يمكن أن يطلب المدعي تحرير عقد البيع النهائي.

وفي مقابل هذه الطلبات يمكن أن يتمسك المدعى عليه بمجموعة من الدفعات سواء كانت دفوعا بعدم القبول أو دفوعا شكلية أو موضوعية يهدف من خلالها المدعى عليه رد ادعاءات المدعي.

- يتعين على المدعي الذي قام برفع دعوى إتمام إجراءات البيع أن يقوم بتقيد احتياطي، وذلك حماية لحقه من أن يتصرف فيه البائع مرة ثانية، ومن أجل حفظ حقه في الرتبة والذي يعود بأثر رجعي من تاريخ التقيد الاحتياطي.

- لكي يتمكن المحافظ على الأملاك العقارية من تسجيل الحكم القاضي بإتمام إجراءات البيع يجب أن يكون هذا الأخير قابلا للتنفيذ أي أصبح حكما نهائيا اكتسب قوة الشيء المقضي به، وإذا رفض المحافظ تسجيله فيمكن لصاحب الحق الطعن في قراره عن طريق دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري.

ومن خلال هذه الاستنتاجات والملاحظات المذكورة أعلاه، فقد ارتأينا أن نقدم مجموعة من الاقتراحات.

- ضرورة تنظيم دعوى إتمام إجراءات البيع وفق مقتضيات قانونية خاصة بها.
- إعادة صياغة فصول قانون المسطرة المدنية والمنظمة لمسطرة عروض الوفاء والإيداع بشكل يسمح للمشتري قبل رفع الدعوى بوضع ثمن المبيع إما في صندوق المحكمة أو لدى الموثق، وذلك تسهيلا للإجراءات وإنفاذ المصاريف.

- وضع مقتضيات قانونية تنظم عقد الوعد بالبيع، سواء من حيث الأركان اللازم توفرها فيه أو من حيث شكل هذا العقد الذي يجب أن يكون كتابة.

- إعادة تنظيم الوصل تنظيمًا تشريعيًا دقيقًا، وتحديد طبيعته القانونية.

- إعادة صياغة الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري، وخصوصا المقتضيات المتعلقة بالتقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى، وذلك بجعل هذا الإجراء ضروريا، ويتعين على المدعي أن يقوم به بمجرد رفع المقال الافتتاحي للدعوى، وتحديد أجل معين له يقوم فيه بهذا الإجراء، وذلك تحت طائلة إلغاء دعواه.
- يجب على المحكمة الاستجابة لطلب المدعي والمتعلق باعتبار الحكم بمثابة عقد، وذلك إذا توفر العقد موضوع التصرف على جميع أركانه وشروطه.
- ينص النص صراحة على اعتبار الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع بمثابة عقد البيع النهائي وذلك على غرار القانون 00-44 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز.
- تبسيط مسطرة الطعن في قرارات المحافظ العقاري بشأن رفض تسجيل الأحكام المتعلقة بإتمام إجراءات البيع وجعلها خاضعة لاختصاص القضاء العادي.
- ربط الجسور بين مختلف المؤسسات المعنية بقضايا العقار من محافظة عقارية وقضاء عقاري عن طريق ندوات علمية وأيام دراسية لخلق فضاء للتفكير المشترك بهدف الوصول إلى اجتهادات موحدة لتفادي كثير من المنازعات التي تكبل العقار وتعرقل دوره في مسار ومسيرة التنمية.
- انتهى بعون الله وتوفيق منه.

للأنحة المصاور والمراجع

أولا: المراجع العامة

- إبراهيم بجماني: تنفيذ الأحكام العقارية، مطبعة دار السلام، الرباط، الطبعة الثانية 2010.
- أدولف ريولط: قانون المسطرة المدنية في شروح، تعريب وتحيين إدريس ملين، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 1996.
- عبد الحق صافي: عقد البيع - دراسة في قانون الالتزامات والعقود في القوانين الخاصة، الطبعة الأولى، 1998.
- عبد الرحيم بلعكيد: وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2001.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، الجزء الرابع، منشورات حقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة.
- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الالتزامات بوجه عام، الكتاب الأول، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 1999.
- عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الخامسة، أبريل 2009.
- مأمون الكزبري: نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام.

- محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1990.
- محمد بن أحمد بونبات: بيع العقار في طور الإنجاز، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2003.
- محمد سلام: تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2002.
- محمد الكشور: بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1997.
- محمد المحجوبي: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة - الكتاب الأول - عقد البيع، مطبعة الكرامة، الرباط، الطبعة الثانية، 2010.
- المختار بن أحمد العطار، مصادر الالتزام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2002.
- مليكة الصروخ: القانون الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة السادسة، 2006.
- يونس الزهري: الحجر لدى الغير في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2005.

📌 الرسائل والأطروحات:

- بلعيد الكرومي: الوعد بالتعاقد في ضوء التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، نوقشت بجامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1985-1986.

- الجيلالي عكبي، دعوى صحة التعاقد على البيع في الميدان العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون المدني، نوقشت بجامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق الدار البيضاء، السنة الجامعية، 2005-2006.
- خالد الأسوي، الطعن في قرارات المحافظ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - وحدة القانون المدني، كلية الحقوق، مراكش، 2001-2002.
- الطاهر القضاوي: الوعد بالبيع، دراسة مركزة في العقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بجامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط، السنة الجامعية 1993-1994.
- عبد الخالق الشرفي: دعوى إتمام البيع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة القانون المدني المعمق، كلية الحقوق أكادال الرباط، 2004-2005.
- عبد الرحيم ديكار: الطعن في قرارات المحافظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر القوانين الإجرائية المدنية، كلية الحقوق مراكش، 2008-2009.
- فاطمة هرباز: إشكالية بيع العقار المحفظ (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بجامعة محمد الأول، كلية الحقوق بوجدة، السنة الجامعية 1995-1996.
- مولاي عبد العزيز بوفارس العلوي، إتمام بيع العقار المحفظ في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، نوقشت بكلية الحقوق بمراكش، السنة الجامعية 1999-2000.

- هشام أيت الصديق: دعوى إتمام إجراءات بيع العقار المحفوظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر القوانين الإجرائية المدنية، كلية الحقوق، مراكش، 2010-2011.

٢ المقالات:

- إبراهيم فكري: تمام بيع العقار وما يترتب عليه من حقوق وأشياء في ق.ل.ع والتوثيق العصري والتوثيق العدلي والعقود العرفية في نظر قضاء الأصل والاجتهاد القضائي وآراء الفقه الحديث - مداخلة منشورة ضمن أشغال ندوة توثيق التصرفات العقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12 فبراير 2005.

- جيلالي بوحبص، دعوى إتمام إجراءات البيع بين النصوص العامة والخاصة.

- جيهان بونبات: الكتابة في عقد البيع العقاري - مداخلة منشورة ضمن أشغال ندوة توثيق التصرفات العقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12 فبراير 2005.

- حافظ بوعصيدة: الطبعة القانونية للوعد بالبيع، مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع، العدد 3، السنة 1999.

- حسن فتوخ: بعض إشكاليات الحجز العقاري والتقييد الاحتياطي، مقال منشور بمجلة محاكم مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، عدد 1، مارس 2007.

- الحسن بويقين: التقييد الاحتياطي والحجز التحفظي على عقار محفظ، مقال منشور بمجلة الإشعاع، عدد 12 يونيو، 1995.
- خالد اليوسفي وحكيمة السديري: بيع العقار في طور البناء على ضوء التشريع المغربي - مداخلة منشورة ضمن أشغال ندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2007.
- عبد الحفيظ مشمشي: توثيق التصرفات العقارية في ظل القوانين الخاصة، مقال منشور ضمن أشغال المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2007.
- عبد الرحمان اللمتوني: النظام القانوني لبيع العقارات في المغرب - مقال منشور ضمن أشغال المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2007.
- محمد الخضراوي: شرط الكتابة في بيع العقار في طور الإنجاز بين غايات التشريع وإكراهات الواقع - مداخلة منشورة ضمن أشغال ندوة التوثيق التصرفات العقارية بكلية الحقوق بمراكش، يومي 11 و 12 فبراير 2005.
- محمد شبيب: التقييد الاحتياطي كبديل عن الحجز التحفظي - مداخلة منشورة ضمن أشغال ندوة الأنظمة العقارية في المغرب بكلية الحقوق بمراكش يومي 5 و 6 أبريل 2002.

فك الرموز

ص: صفحة.

ق.ل.ع: قانون الالتزامات والعقود.

ق.م.م: قانون المسطرة المدنية.

ظ.ت.ع: ظهير التحفيظ العقاري.

م.س: مرجع سابق.

غ.م: غير منشور.

فهرس الموضوعات

1	مقدمة
12	الفصل الأول: أحكام دعوى إتمام إجراءات البيع
15	المبحث الأول: شروط رفع دعوى إتمام إجراءات البيع
16	المطلب الأول: الشروط الشكلية
16	الفقرة الأولى: شكليات الطلب
21	الفقرة الثانية: الوفاء بالالتزام المقابل كشرط الدعوى
29	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية
29	الفقرة الأولى: الشروط المتعلقة بالأطراف
29	أولاً: الأهلية
30	ثانياً: الرضى
32	الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بالعقد
33	أولاً: شرط الكتابة في البيوع العقارية
46	ثانياً: الوعد بالبيع
54	ثالثاً: الوصل
57	رابعاً: البيع الابتدائي
60	خامساً: حق الأفضلية أو الوعد بالتفضيل
61	المبحث الثاني: صور دعاوى إتمام البيع العقاري والدفع المثارة فيها ...
61	المطلب الأول: صور دعاوى إتمام إجراءات البيع
63	الفقرة الأولى: الدعاوى الرامية إلى رفع الموانع من التفويت
64	أولاً: طلب رفع الرهن

68		ثانيا: طلب رفع الحجز
72		الفقرة الثانية: الدعاوى الرامية إلى تحرير عقد البيع النهائي
77		المطلب الثاني: الدفع المثارة من المدعى عليه
77		الفقرة الأولى: الدفع بعدم قبول الدعوى والدفع الشككية
77		أولا: الدفع بعدم قبول الدعوى
79		ثانيا: الدفع الشككية
85		الفقرة الثانية: الدفع الموضوعية
86		أولا: الدفع باستحالة التنفيذ
90		ثانيا: الدفع بعدم التنفيذ
96		ثالثا: الدفع بالبطلان
101		الفصل الثاني: آثار الحكم في دعوى إتمام إجراءات البيع
104		المبحث الأول: نقل ملكية المبيع للمشتري
105		المطلب الأول: تسجيل الحكم كآلية لنقل ملكية العقار المحفظ
106		الفقرة الأولى: صدور الحكم
108		الفقرة الثانية: تسجيل الحكم
120		المطلب الثاني: الأثر الرجعي للتسجيل كأثر للتقييد الاحتياطي
122		الفقرة الأولى: حالات التقييد الاحتياطي
123		أولا: التقييد الاحتياطي بناء على سند
130		ثانيا: التقييد الاحتياطي بناء على أمر رئيس المحكمة
		ثالثا: التقييد الاحتياطي بناء على المقال الافتتاحي لدعوى
135		إتمام إجراءات البيع
		الفقرة الثانية: التقييد الاحتياطي كآلية لحماية الرتبة في
139		دعوى إتمام إجراءات البيع

Centre National de Documentation
Division du Traitement de l'Information
Service Analyse des Documents
et Micrographie

المركز الوطني للتوثيق
قسم معالجة المعلومات
مصلحة تحليل الوثائق
والترجمة

بطاقة الوثيقة
Fiche de Document

N° d'enregistrement 17.289/2019 (*) رقم التسجيل

2019/05/31 277 ن 55

(*) نفس رقم التسجيل بقاعدة الجمع وقاعدة التتبع

Collecte**الجمع**

Titre complet..... العنوان الكامل **دعوات إمام في إجراءات بيع العقار المحفلة**

Auteur / Collectivité..... المؤلف / الهيئة **محمد صلاح الدين اعنيش**

Langue..... اللغة **AA**

Date d'édition..... تاريخ النشر **2011**

Source expéditrice..... المصدر الباعث **المعهد العالي للقضاء**

Domaine..... المجال **Individu - Culture - Société**

Date de réception du document..... تاريخ التوصل بالوثيقة **28/09/2019**

Suivi**التتبع**

Date d'envoi à l'imprimerie /...../...../..... تاريخ البعث للطباعة

Date de retour de l'imprimerie /...../...../..... تاريخ الإعادة من الطباعة

Date d'envoi au traitement /...../...../..... تاريخ البعث إلى التكييف

Date d'envoi à la Bibliothèque /...../...../..... تاريخ البعث إلى المكتبة

Nom du responsable de la collecte et du suivi..... اسم المسؤول عن الجمع و التتبع