

حسن النية وسوؤها في حقل التصرفات العقارية

الدكتور حسن فتوخ
رئيس قسم التوثيق والدراسات
والبحث العلمي بمحكمة النقض

تقديم:

من المعلوم أن قواعد القانون تهدف إلى تحقيق التوازن بين مصالح الأفراد المتنازعة في المجتمع من خلال تكريسها للعديد من الأحكام والمفاهيم المستقاة من مبادئ الأخلاق وقواعد الدين، وصياغتها للمبادئ التي تضبط سلوك الإنسان وترسم الحدود التي بمقتضاها لا يسمح بخرق الدائرة الأخلاقية في المجتمع وتقرر الجزاء على مخالفتها¹، اعتبارا لكون القانون والأخلاق يحملان رسالة واحدة، رسالة نشر الطمأنينة ومحاربة سوء النية، وإن اختلف سبيل كل واحد منهما².

وإذا كانت تجليات حسن وسوء النية في سائر فروع القانون، فإن هذا المبدأ يتميز بخصوصية في مجال التصرفات العقارية، باعتبارها النموذج المناسب الذي تظهر من خلاله تطبيقات القضاء لمعايير متعددة ومختلفة لاستخلاص حقيقة نية كل الأطراف المتعاقدة، وترتب الأثر القانوني المناسب.

ذلك أن التقييدات العقارية التحفظية شأنها شأن باقي التقييدات النهائية، لا يكون لها أي أثر بين الأطراف أو الأغيار إلا من تاريخ إجرائها بالرسم العقاري، وبالتالي فإن مفهوم المخالفة لمقتضيات المادة 13 من مدونة الحقوق العينية يوجي بأن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منثى أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييد مقالها احتياطيا.

ولعل مصطلح "الغير" لا يمكن إعطاؤه في مجال القانون العقاري معنى شاملا وموحدا كما هو الشأن لمفهومه وفقا للقواعد العامة. ولهذا يجب التمييز بين الغير بالمفهوم الواسع أي الشامل لأي شخص من الكافة، والغير بالمفهوم الضيق، أي المتمتع بحق عيني مقيد في الرسم العقاري.

والثابت، أن "الغير" في مجال الحقوق الخاضعة للتقييد هو كل شخص من غير المتعاقدين وورثتهما

¹ - نشير إلى أن جون جاك روسو بصفته أحد رواد نظرية العقد الاجتماعي شدد على ضرورة طاعة القانون من خلال مقولته التالية: "ليس بوسعي إلا أن أطيع القانون إذا أنا أصغيت لعقلي الخالص. وعلى هذا النحو، فإني أكون حرا لأنني لا أطيع إلا نفسي. وإذا كنت أخرج ومهددا غالبا لأن أكون كذلك، فإني أكره أن أكون حرا على أن أطيع العقل".

² - جاء في لسان العرب لابن منظور: "أن النية هي القصد والاعتقاد، وهي ليست مظهرا خارجيا حتى يمكن التعرف عليها بسهولة، بل هي من عمل القلب. ولا يمكن معرفتها إلا عن القرائن وظروف الأحوال. لذا فالأصل في النية أنها حسنة، ويجب أن تكون كذلك، حتى تكون هناك ثقة في التعامل، أما إذا كانت النية سيئة فينتج عنها اضطراب في المعاملات وهدر للحقوق.

تكون بينه وبين أحد المتعاقدين علاقة قانونية تخول له المصلحة في التمسك بالعقد المقيد، أو بالتقييد الوارد بالرسم العقاري. وعليه، وفي غياب أي تعريف تشريعي لمفهوم "الغير" في القانون العقاري، يمكن القول أنه يعني جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقود أو التصرفات غير المقيدة، ولكن تكون لهم حقوق ومراكز قانونية نشأت عن التقييدات المنجزة لفائدتهم، إذ لا يمكن الاحتجاج في مواجهتهم بالحقوق غير المقيدة أصلا، أو تلك التي تم تقييدها لاحقا بصفة مؤقتة.

غير أن المشرع قد عمد إلى التلطيف من القوة الثبوتية المطلقة للتقييدات الواردة في الرسم العقاري، وجعلها نسبية في مواجهة الغير سئ النية، ومنع هذا الأخير من التمسك بحجية التقييد الذي تم وفق قرينة حسن النية المفترضة تشريعيًا طالما أن العكس هو الذي ثبت أمام القضاء عملا بمفهوم المخالفة لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 2 من مدونة الحقوق العينية.

لذلك فإن تناول موضوع هذه الدراسة يتطلب منا تقسيمه إلى محورين على الشكل التالي:

المحور الأول: حجية التقييد في مواجهة الغير حسن النية.

المحور الثاني: حجية التقييد في مواجهة الغير سيء النية.

المحور الأول:

حجية التقييد في مواجهة الغير حسن النية

إذا كان المشرع قد أعطى للتقييد حجية قانونية على وجود الحقوق المقيدة في مواجهة أطراف التصرف والغير، فإنه عمد إلى التلطيف من هذه الحجية في مواجهة الطرفين، وأبقى عليها مطلقة بالنسبة للمالك المقيد في مواجهة الأغيار الذين يدعون حقوقا غير مقيدة بالرسم العقاري.

وهكذا، يمكن القول، إن الحجية في مواجهة الغير حسن النية تكتسي ميزة خاصة في ضمان الحقوق المقيدة، طالما أن المشرع جعل قرينة حسن النية هي الأصل في كافة التصرفات التي يقدم على إبرامها الأطراف فيما بينهم. بل قرر قاعدة خاصة واستثنائية في القانون العقاري مفادها عدم امتداد أسباب إبطال التقييد بين الطرفين إلى الغير المقيد بحسن نية، الشيء الذي يوحى بنوع من الاطمئنان على التصرفات التي ترد على العقارات المحفوظة، ويضفي على الرسم العقاري طابعا خاصا يميزه عن غيره من الوثائق الأخرى المتعلقة بباقي العقارات الأخرى التي تتميز بوضعية قانونية خاصة تختلف بكثير عن وضعية العقارات المحفوظة.

غير أن تحديد "الغير" حسن النية، ومدى إمكانية تمسكه بهذه القرينة المقررة لصالحه في مواجهة أصحاب الحقوق غير المقيدة، يطرح أكثر من علامة استفهام من الناحية القانونية بشأن مجموعة من أسباب كسب الملكية، نتيجة لتعارض هذه القرينة مع مؤسسة الشفعة أحيانا، ومع بعض النصوص القانونية الخاصة أحيانا أخرى.

لذلك فإن معالجة مفهوم الحجية في مواجهة الغير حسن النية، يستلزم تقسيم هذا المطلب إلى فقتين على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: حسن النية لدى بعض الأغيار.

الفقرة الثانية: نطاق حجية التقييدات في مواجهة الغير حسن النية.

الفقرة الأولى: حسن النية لدى بعض الأغيار

سوف نتناول الاشكالات التي تطرحها الحجية القانونية لما هو مدون بالرسم العقاري بالنسبة للتقييدات المتعلقة بالمتصدق عليه والشفيع.

أولاً: مدى اعتبار المتصدق عليه غيراً حسن النية.

يتمتع الغير المكتسب لحق عيني على عقار محفظ بحسن نية بحماية قانونية خاصة تتجلى في عدم مواجهته بالحقوق غير المقيدة³، أو تأثره بما يقع من إبطال لتقييد سلفه الذي يتلقى منه الحق⁴ عملاً

³ - اعتبرت محكمة النقض أن مجرد حصول الشركاء على حكم بالقسمة، وعدم تقييده في الرسم العقاري، يجعل حالة الشيعاء لازالت قائمة، ولا يمكن مواجهة المكتري المدعى عليه أنه يحتل النصيب المفرز. إذ جاء في معرض حيثيات قرارها عدد 1334 بتاريخ 2005/05/04 ملف مدني عدد 2004/3/1/1061 منشور بمجلة المنازعات العقارية - دلائل عملية - 3 - ص 22 ما يلي: "... لكن، رداً على ما أثير حيث إنه من جهة أولى فإن محكمة الموضوع لم يرد في تعليلها أن عدم تسجيل الحكم القاضي بالقسمة في الرسم العقاري ينال من حجيته، وإنما صرحت عملاً بالفصلين 65 و66 من ظهير التحفيظ العقاري أن كل حق عيني عقاري لم يسجل في الرسم العقاري يعتبر غير موجود، ولا يمكن الاحتجاج به بالنسبة للأطراف والغير، وأنه وأمام عجز الطاعنين عن تقديم شهادة من المحافظ على الأملاك العقارية تفيد تسجيل حكم القسمة في الصك العقاري، فإن العقار المدعى فيه لازال في حالة الشيعاء، ولا يمكن القول إن أنصباء الطالبين مفرزة، ولا في مواجهة المكتري المدعى عليه أنه يحتل النصيب المفرز لهما بمقتضى حكم ومحضر تنفيذه، ومن جهة ثانية فإن المحافظ رفض تسجيل القسمة حتى يدلي له الطالبان بالوثائق التي يتوقف عليها التقييد والمنصوص عليها في الفصل 54 من ظهير التحفيظ العقاري والفصل 10 من ظهير 25 يوليوز 1960 بشأن توسيع نطاق العمارة القروية، ومن جهة أخرى فإن القرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الطالبين الأصلي والإضافي، وبذلك تكون المحكمة قد ركزت قضاءها على أساس، وعلته تعليلاً سليماً وما أثير بالوجهين الأول والثاني من الوسيلة غير مؤسس وما بلوجه الثالث منها مخالف للواقع".

⁴ - نشير إلى أن المحكمة الابتدائية بالحسيمة قد خالفت هذه القاعدة حينما صرحت بإبطال إجراءات بيع عقار المدعي موضوع الرسم العقاري في مواجهة الغير المشتري بدوره من الراسي عليه المزداد العلني، معللة موقفها بما يلي: "وحيث يرجوع المحكمة إلى محتويات ملف التنفيذ عدد... وإجراء السمسرة التي انتهت ببيع العقار المحجوز لفائدة (...). الذي قام بعد ذلك ببيع نفس العقار وبنفس الثمن إلى البنك المدعى عليه...".

وحيث مقابل ذلك فإن ما دفع به دفاع المدعى عليه في معرض جوابه يكون مردوداً عليه كما يلي: "... في شأن تمسك دفاع المدعى عليها بمقتضيات الفصلين 2 و62 من ظهير 12 غشت 1913 بقوله أن المدعى عليه أصبح هو المالك الوحيد المسجل في الرسم العقاري الذي ينهض حجة نهائية على ثبوت الملك، فهذا القول لا يجدي بالنظر إلى أن الدعوى لا تتعلق بمناقشة حق الملكية وإنما تتعلق بمناقشة إجراءات البيع التي تمت في المزداد العلني بموجب ملف التنفيذ عدد 98/171.

في شأن التمسك بمقتضيات المادة 204 من ظهير 2 يونيو 1915، فإن هذا النعي مردود عليه أنه ولئن كان الدائن المرتهن المحرز على شهادة تسجيل مسلمة له من طرف محافظ الأملاك العقارية مخولاً له طلب إجراء البيع عند عدم أداء الدين في أوانه، وذلك عن طريق النزاع الإيجابي لملكية العقار الذي سجل الدائن حقه عليه، فإن نزاع الملكية الجبري يجري وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية والتي لا مناص من ضرورة التقيد بها...".

ونعتقد أن هذا الموقف مخالف تماماً للمبادئ العامة والثابتة في القانون العقاري، وخاصة منها مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 2 من مدونة الحقوق العينية التي تنص صراحة على ما يلي: "إن ما يقع من إبطال أو تغيير لاحق لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المسجل عن حسن نية كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر". إذ إن المحكمة غير ملزمة بالجواب فقط عن الدفع التي تمسك بها الطرف المدعى عليه باعتباره غيراً عن إجراءات البيع بالمزداد العلني، وإنما يجب عليها تطبيق القوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة عملاً بمقتضيات الفصل 3 من ق.م.م.

بمقتضيات المادة 2 من مدونة الحقوق العينية. ومن ثم فقد اعتبرت محكمة النقض أنه إذا تصرف المشتري في الحقوق التي اشتراها بالصدقة وسجلت هذه الأخيرة في الرسم العقاري الذي لم يكن مثقلا بأي قيد أو تحمل، فإن هذا التقييد يعتبر قد تم بحسن نية. ورتب على ذلك أن الحكم الصادر على المتصدق باستحقاق ما اشتراه بالشفعة لا يمكن تنفيذه في مواجهة المتصدق عليه المقيد بحسن نية والذي لم يكن طرفا في ذلك الحكم، ولو كان المتصدق عليه ابنا للمتصدق، مستندا في تعليقه على ما يلي:

"لكن، ردا على ما في الوسيلتين أعلاه فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ثبت لها حسن نية المتصدق عليه المطلوب في النقض حين تلقيه الصدقة الصادرة عن والده وأن الطاعنين لم يحافظوا على حقوقهم المحتملة عن طريق التقييد الاحتياطي المنصوص عليه في الفصل 85 من القانون العقاري وقضت برفض طلبهم ونصت في قرارها على أنه استنادا على الفصلين 66 من ظهير التحفيظ العقاري والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية فإن تقييد الصدقة يكسب المتصدق عليه ملكية الأجزاء موضوع الصدقة بصفة نهائية ولا تتأثر بنزاع من تلقى عنه الحق ما دام أنه أجنبي عن التزامه ومسجل بالرسم العقاري بحسن نية، وأن المتصدق عليه قد سجل صدقته بالرسم العقاري بتاريخ 26 يونيو 2001 ولم يثبت وقتها أو قبله أن الرسم العقاري مثقل بأي تقييد احتياطي أو تكليف عقاري لفائدة المستأنف عليهم ضمنا لحقوقهم المدعاة، مما يكسب تقييد المستأنف بالرسم العقاري حجية، كما أن حسن نيته مستشف من عدم إثبات علمه بالتزام سلفه أو نزاعه وهو مفترض في جميع الأحوال طبقا للفصل 477 من قانون الالتزامات والعقود، وكل من يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات، وأن القول إن المتصدق عليه هو ابن المشفوع منه وعلى علم بدعوى الشفعة فإنه لا إفادة بالحكم المستدل به على علم المتصدق عليه بالتزام من تلقى عنه الحق أو بالنزاع موضوع مسطرة حكم الشفعة ولا يلزم من كون المتصدق عليه ابن للمتصدق بتصرفاته والتزاماته تجاه الغير إذ الأصل هو الجهل كما هو مقرر فقها، وبذلك تكون المحكمة قد أجابت الطاعنين عما أثاروه من دفعوع ولم تخرق الفصول المحتج بها، وإنما طبقت الفصلين المعتمدين عليهما في قرارها تطبيقا صحيحا فجاء قرارها معللا تعليلا كافيا وما بالوسيلتين غير قائم على أي أساس".⁵

غير أن هذا المتصدق عليه لا يمكنه التمسك بحسن النية أعلاه في مواجهة الدولة حينما تمارس حق شفعة أملاك الخواص عملا بمقتضيات المادة 143 من المدونة العامة للضرائب التي تنص على ما يلي: ".... يجوز للوزير المكلف بالمالية... أن يمارس، لفائدة الدولة، حق الشفعة... إذا بدا له أن ثمن البيع المصرح به أو التصريح التقديري لا يناسب القيمة التجارية للعقارات وقت التفويت، وأن أداء الواجبات المفروضة بناء على تقدير الإدارة لم يتأت الحصول عليه بالمرضاة"⁶.

⁵ - قرار عدد 517 صادر بتاريخ 23 نونبر 2005 في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/144 - منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 64-65، سنة 2006، ص 186.

⁶ - تنص الفقرة الرابعة من المادة 9 من قانون المالية لسنة 2005 على ما يلي: "ترتب على مقرر الشفعة المبلغ في الأجل المنصوص عليه في البند 1 أعلاه حلول الدولة محل المفوت له المتزوعة منه الأملاك فيما يرجع للمنافع والتحملات الخاصة بالعقد ابتداء من يوم نقل الملكية. وتعتبر منعدمة وكان لم تكن جميع الحقوق في العقارات الممارس بشأنها حق الشفعة التي تخلى عنها المفوت له المتزوعة منه الأملاك قبل ممارسة حق الشفعة. ويشطب عليها إذا سبق إدراجها في الدفاتر العقارية".

وترتيباً على ما ذكر، فإن جميع الحقوق المكتسبة من طرف الغير قبل ممارسة الدولة لحق الشفعة تعتبر هي والعدم سواء في مواجهتها، ولا تعد مانعاً لها من ممارسة حقها المذكور، ويلزم التشطيب عليها تلقائياً من طرف المحافظ العقاري.⁷

ثانياً: مدى اعتبار المشفوع منه غيراً حسن النية.

إن ما تجدر ملاحظته في البداية، أن هناك غياباً للانسجام بين الحق في ممارسة الشفعة وبين الحجية المطلقة للتقييد في مواجهة الغير حسن النية.⁸ إذ إن الشخص الذي يشتري حصة مشاعة في عقار محفظ يعلم علم اليقين أن العقار هو مملوك على الشيع، وأن تصرف أي شريك في حصته يعطي لباقي الشركاء الحق في استشفاعها وانتزاعها من المشتري، وبالتالي فلا يمكن القول إن هذا الأخير هو حسن النية.⁹

ولكن ما الحكم إذا ما بادر المشفوع منه إلى التصرف في حصته إلى شخص آخر من الغير؟

فهل يمكن لهذا الأخير أن يواجه الشفيع بحسن نيته، وبالتالي التمسك بحقه المسجل على الرسم العقاري، ويمنعه من ممارسة حق الشفعة بدعوى أن شراءه قد حصل من مالك مسجل قانوناً في الرسم العقاري الذي لم يتضمن أي إشارة تفيد أن الشفيع قد عبر عن نيته في ممارسة حق الشفعة ضد هذا البائع له؟

⁷ - يرى البعض أن حقوق الشفعة المخولة للدولة تتعدد مواضيعياً، فهي تمارس إما كجزء أو محاربة التهرب الضريبي، أو لأجل تنظيم المجال الجغرافي، أو حماية التراث الوطني الثقافي، ومن ثم فإنه لا يوجد قاسم مشترك فيما بينها إذ أنه من الصعب تصنيف حقوق الشفعة في إطار هدف واحد، وإنما تجد تبريرها في تحقيق المصلحة العامة.

- انظر: - محمد بادن: "الشفعة الممارسة من طرف إدارة الضرائب" - ندوة المنازعات الضريبية والإشكالات المطروحة في الميدان العملي - المحكمة الإدارية بوجدة - بتاريخ 2005/5/26.

غير أن البعض الآخر يرى أن ممارسة حق الشفعة الذي تلجأ إليه الإدارة هو مبني بالدرجة الأولى على عجزها عن تحمل عبء إثبات وجود نقصان في الثمن المصرح به. فهي تحدد الثمن الواجب اعتماده، يعد استبعادها للثمن المصرح به، وتطالب المشتري بالأداء بناء عليه، لكنها تمارس الشفعة بمجرد امتناعه عن الأداء، وتحوز العقار المفوت ليس على أساس الثمن المحدد من طرفها، ولكن على أساس الثمن المصرح به وهي غالباً ما تكون مدفوعة بالخوف من عدم اعتماد القضاء للثمن المصرح، أو عدم قبوله للوسائل التي قد تقدمها لإثبات هذا الثمن.

- مولاي عبد الرحمان ابليلال: "الإثبات في المادة الجبائية بالمغرب" - طبعة أولى - سنة 2013.

⁸ - عبد الجبار ناجي الملا صالح: "مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود" - رسالة من جامعة بغداد - 1972 - ط 1 - 1975 - دار الرسالة للطبع - مطبعة اليرموك - ص 6 وما بعدها.

⁹ - تشير إلى أن محكمة النقض قد اعتبرت أن البيع بثمن رمزي يكتسي طابع التبرع، ولا يكون محلاً للشفعة. وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي: "... لكن، حيث يتجلى من عقد التفويت موضوع طلب الشفعة ومن مقال الطالبة نفسها نصاً على أن الثمن الرمزي هو 10 دراهم، في مقابل تفويت الدولة المغربية (الملك الخاص) لجميع واجبها في العقار موضوع الدعوى وفي عقارات أخرى، وبذلك فإن العقد هو تبرع لا شفعة فيه، وأن هذه العلة القانونية المستمدة من الوقائع الثابتة لقضاة الموضوع، تؤدي إلى نفس منطوق القرار المطعون فيه، وأن الوسيلة بالتالي غير مؤسسة".

- قرار عدد 1340، بتاريخ 2004/4/28 ملف مدني عدد 2001/4/1166، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 62، السنة 25، ص 70.

جوابا عن ذلك، قررت محكمة النقض أن للشفيع الحق في ممارسة الشفعة ضد المشتري ولو باع الحصة المباعة، وسجل البيع على الرسم العقاري، إذ يكون له في هذه الحالة الخيار في الأخذ بالشفعة من يد المشتري الأول أو الثاني¹⁰. بل وحتى ولو قام المشتري الثاني بإعلام الشريك على الشياح بشرائه، فإن ذلك لا يحول دون سقوط الحق في الأخذ بالشفعة ضد المشتري داخل الأجل القانوني، تكريسا لحق الخيار المخول إياه¹¹.

ويتضح من خلال مضمون القرار أعلاه، أن المشتري الثاني لحصة شائعة لا يمكنه مواجهة الشفيع بحسن نيته لرد دعوى ممارسة الشفعة، الأمر الذي يتعارض مع نصوص القانون العقاري الخاصة بحجية تقييد الحقوق في الرسم العقاري، والتي تقتضي عدم التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير حسن النية الذي اكتسب حقه بالاستناد على مضمون الرسم العقاري¹². ومن ثم فإن الغير حسن النية الذي اكتسب حقوقا على عقار شائع يكون معرضا لزوال حقه ويحل محله الشفيع الذي يصبح هو المشتري وينتج البيع الذي كان سببا في ممارسة الشفعة كل آثاره فيما بين البائع والشفيع ويلتزمان في مواجهة بعضهما.

وترتبا على ذلك، يطرح التساؤل عما إذا كان يمكن الاعتماد على مقتضيات الفصل 13 من مدونة الحقوق العينية من أجل إلزام الشفيع بتقييد الدعوى الرامية إلى استحقاقه الشفعة تقييدا احتياطيا؟

¹⁰ - قرار عدد 694 صادر بتاريخ 13/4/1983 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 32 - ص 24.

- ونشير في هذا الصدد أنه إذا تعلق الأمر ببيع حصة مشاعة بعقار في طور التحفيظ وتم إيداعه بسجل التعرضات طبقا للفصل 84 من ظهير 12 غشت 1913، ولم يبادر الشريك على الشياح إلى ممارسة حقه في الشفعة قبل تأسيس الرسم العقاري، فإن حقه يسقط بعد ذلك نتيجة لتغير الوضعية القانونية للعقار وخضوعه لمقتضيات ظهير 2 يونيو 1915، وعملا بقاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصلين 2 و62 من ظهير 12 غشت 1913 من جهة أخرى.

وقد أكدت محكمة النقض هذا الاتجاه حينما قضى بنقض قرار محكمة الاستئناف بالرباط معتبرا أن: "الرسم العقاري له صفة نهائية، ولا يقبل أي طعن وهو يكون نقطة الانطلاق الوحيدة في التملك لكافة الحقوق العينية، والتكاليف العقارية على العقار وقت تحفيظه، دون ما عداه من الحقوق غير المسجلة فيه، عملا بمقتضيات الفصل 62 المذكور طليعته. ولذلك فإن الطلب المقدم للأخذ بشفعة شراء سابق عليه ومسجل في هذا الرسم عند تأسيسه لا يمكن قبوله قانونا لعدم مصادفته أي محل، ولا يمكن أن إذن أن تنطبق عليه مقتضيات الفصول من 25 إلى 34 من ظهير 2 يونيو 1915 التي اعتمدت عليها محكمة الموضوع لأن هذا الظهير لا يطبق إلا على عقار محفظ فعلا، وعلى تلك الحقوق العينية والتكاليف العقارية التي تنشأ بعد اتخاذ قرار التحفيظ وتحرير رسمه العقاري".

- قرار عدد 302 مؤرخ في 3/10/1980 في الملف المدني 3/3/999 (غ م).

¹¹ - قرار عدد 914 صادر بتاريخ 10/04/1985 منشور بمجلة رسالة المحاماة - العدد 4. (منشور كذلك بسلسلة القضاء العقاري - الجزء 2 - مديرية المحافظة العقارية - نونبر 1990 - ص 81) جاء فيه ما يلي: "وحيث إن إعلام المشتري الثاني الشريك الشفيع بشرائه لا يقيد هذا الأخير بأجل ثلاثة أيام ممارسة حق الشفعة ضد المشتري الأول. طلبات الشفعة والعرض العيني والإيداع التي يجريها الشفيع داخل السنة من تاريخ تسجيل البيع الأول بالرسم العقاري رغم إعلام المشتري الثاني إياه بشرائه تعتبر مقبولة".

¹² - عزامي محمد: الأثر الإنشائي والقوة الثبوتية للتسجيلات في السجلات العقارية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا - كلية الحقوق بالرباط - سنة 1987 - ص 116.

نعتقد أن الغاية التي شرع من أجلها التقييد الاحتياطي منتفية في ممارسة حق الشفعة من طرف الشريك على الشيعاء طالما أن هذا الأخير له الخيار في الأخذ بالشفعة من أي مشتر ضمن الأجل القانوني. وعليه فقد قررت محكمة النقض¹³ أن طالب الشفعة غير ملزم بأي تقييد احتياطي لحفظ حقوقه إذ إن حقه في ممارسة الشفعة ينشأ عند البيع ويمكنه أن يمارسه ضمن الأجل التي حددها القانون. ومن ثم فإن هذا القرار قد أطلق يد الشفيع في ممارسة الشفعة من يد المشتري دون تقييده بأي إجراء تحفظي طالما أنه حق مقرر بحكم القانون. بل إن محكمة النقض قد ذهبت أكثر من ذلك معتبرة أن موافقة الشريك على عملية تقسيم العقار المشاع، وقيام أحد الشركاء بتفويت حصته، ومبادرة المشتري إلى استخراج رسم عقاري فرعي من الرسم الأم، لا يحول دون مطالبة المحافظ قضائياً بإلغاء الرسم الفرعي المستخرج من الرسم الأصلي حتى يتمكن الشريك من ممارسة حقه في الشفعة¹⁴.

¹³ - قرار عدد 20 صادر بتاريخ 24 يناير 1984 منشور بمجلة المحاكم المغربية - العدد 35 - ص 74.

¹⁴ - قرار محكمة النقض عدد 2470 بتاريخ 10 شتنبر 2003 في الملف المدني عدد 2002/1/1/4423 - منشور بمجلة المنازعات العقارية - دلائل عملية - عدد 3 - ص 101.

وتتلخص وقائع النزاع موضوع هذا القرار في أن المدعي (...) تقدم أمام المحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب بتاريخ 12/7/1996 عرض فيه أنه مالك على الشيعاء في العقار موضوع الرسم العقاري عدد (9...)، وأن المسعى (...) اشترى نصيباً من هذا العقار مساحته 145 متراً مربعاً تقريباً بموجب عقد مؤرخ في 23/10/1964 وأنشأ له رسماً عقارياً مستقلاً به تحت عدد (0...) بتاريخ 12/1/1996 وذلك عن طريق الغلط وبكيفية أضرت بالعارض الذي يرغب في طلب شفعة الحصة المبيعة، وأن المحافظ رفض طلبه الرامي إلى التراجع عن هذا الإجراء بناء على أسباب واهية، طالباً الحكم عليه بإلغاء الرسم الجديد عدد (0...) المستخرج من الرسم العقاري الأم عدد (9...)، والاكتماء بتسجيل عقد الشراء المؤرخ في 23/10/1964 في هذا الرسم الأصلي.

وبتاريخ 18/9/1996 أصدرت المحكمة المذكورة حكماً عدد 145 في الملف رقم 96/165 قضت فيه وفق المقال، فاستأنفه المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بسوق أربعاء الغرب موضحاً أن الرسم العقاري أسس طبقاً للقانون وليس هناك أي خطأ يمكن إصلاحه، كما تقدم المسعى... (المالك للرسم العقاري الفرعي) بمقال تدخل إرادي في الدعوى أوضح فيه أن شراؤه يتعلق بمساحة محددة ومعينة، وإن طلب إلغاء الرسم العقاري، الذي له صفة نهائية ولا يقبل الطعن، الذي له صفة نهائية ولا يقبل الطعن، مخالف للفصل 62 من ظهير 12/08/1913. وبتاريخ 2/3/1998 أصدرت محكمة الاستئناف قرارها في الملف عدد 96/988 قضت فيه بإلغاء الحكم المستأنف والحكم برفض الدعوى. وهو القرار الذي نقضه محكمة النقض بموجب قراره عدد 1800 الصادر بتاريخ 15 نونبر 2000 في الملف المدني 751/3/2/99 بعلّة أن: "الرسم التي لا تقبل الطعن هي التي تترتب عن إجراءات التحفيظ العقاري، أما تجزئة الرسم العقاري واستخراج فروع منه بعد تجزئته بسبب قسمة أو غيرها فإنها تكون قابلة للطعن.

وبعد الإحالة من جديد على محكمة الاستئناف قضت هذه الأخيرة بتأييد الحكم المستأنف. فطعن فيه المتدخل في الدعوى بالنقض لسببين كالتالي:

حيث يعيب الطاعن القرار في السبب الأول بفساد ونقصان التعليل وعدم الارتكاز على أساس قانوني وذلك في فرعين: ففي الفرع الأول، فإن المحكمة اعتبرت شراءه ينصب على حقوق مشاعة بناء على العقد الذي يشير إلى أن القطعة المبيعة تقتطع من الرسم العقاري وسيعين لها رقم معين، مع أن هذا العقد حدد القطعة بمعالم معينة وأن اقتطاع جزء من الرسم العقاري هو إجراء جاري به العمل في حالة تفويت جزء محدد. وفي الفرع الثاني فإن ما جاء في تعليل القرار من كون شراء المسعى (...) البائع للطاعن لم يسجل في الرسم العقاري في أنه يفيد أن للتسجيل أجلاً محددًا والقانون لا

الفقرة الثانية: نطاق حجية التقييدات في مواجهة الغير حسن النية أولاً: موقف العمل القضائي من المادة 2 من مدونة الحقوق العينية.

تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض أصدرت قراراً بغرفتين بتاريخ 20/3/2013 بعد التعديل الذي طال نظام التحفيظ العقاري بمقتضى قانون 14/07 جاء فيه ما يلي:

"إن تقييد التصرفات والحقوق في الرسوم العقارية قرينة لفائدة الغير حسن النية على صحتهما،

يحدد ذلك وأن تحويل أجزاء مفرزة إلى أجزاء مشاعة لا سبيل إليه ومن الخطأ افتراضه وأن المحكمة إذا كانت قد اعتقدت أن المحافظ قام بهذا التحويل فهي لم تفهم مذكراته، وأن ما ذكره من تسجيل الحقوق المبيعة على الرسم الأصلي قبل إقامة رسم عقاري خاص بها لا يتطلب هذا التحويل، وأن افتراض وجود خطأ من المحافظ في هذا الصدد لا يؤدي إلى حرمان الطاعن من حقوقه ولا يسمح للمطلوب بطلب إلغاء الرسم العقاري ولا بطلب الشفعة. ويعيبه في السبب الثاني بخرق القانون، ذلك أن بتأويله للعقد المذكور باعتباره يتعلق بحقوق مشاعة رغم أنه واضح في كون المبيع معيناً ومحدد المساحة يكون خارقاً للفصول 461 و462 و463 من قانون الالتزامات والعقود والتي تنص على أنه إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبه، وأنه عندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل، وعلى أن بنود العقد يؤول بعضها بعضاً أن يعطى لكل منها المدلول الذي يظهر من مجموع العقد وكل هذه مقتضيات تفيد أن المبيع مفرز.

وقد رفضت محكمة النقض طلب النقض وردت على الأسباب المذكورة بما يلي: "... إن عملية تقسيم عقار، واستخراج جزء منه وتخصيصه برسم عقاري فرعي من الرسم العقاري الأم، تستوجب بالضرورة اتفاق جميع المالكين على الشيعاء، وأنه لما كان المطلوب في النقض موافق على استخراج الرسم العقاري عدد (0...) من الرسم العقاري عدد (9...) فإن القرار المطعون فيه حين علل أن: "المسمى... لم يتم بتسجيل شرائه على العقار المذكور إلا بتاريخ 12/1/1996 في وقت كان فيه (نفس المطلوب) مالكا على الشيعاء ذات الرسم العقاري بنسبة (...)", مما يتعين معه الاستجابة لطلب المستأنف عليه". ويكون نتيجة لما ذكر أعلاه معللاً بما يكفي ومرتكزاً على أساس قانوني وغير خارق للفصول المحتج بها، وتبقى علته الأخرى بشأن ما إذا كان شراء الطاعن يتعلق بحقوق مشاعة أو مفرزة زائدة يستقيم القضاء بدونها، والسببان بالتالي غير جديرين بالاعتبار".

وتجدر الإشارة إلى أن الشفيع المدعي الذي يرغب في ممارسة الشفعة يجب أن يوجه دعواه ضد المشفوع منه، بعد قيامه بإجراءات العرض العيني والإيداع الفعلي للثمن والمصاريف الظاهرة للعقد بصندوق المحكمة داخل الأجل القانوني، في حين أن المدعي في هذه النازلة اقتصر على مجرد تقديم طلب إلى المحافظ من أجل إلغاء الرسم العقاري الفرعي المستخرج في اسم المشتري. وبعد رفض طلبه طعن فيه أمام المحكمة الابتدائية مطالباً بإلغاء قراره بالرفض والحكم عليه بإلغاء الرسم الفرعي والاكتفاء بتسجيل عقد الشراء في الرسم الأصلي حتى يتمكن من ممارسة حقه في الشفعة، واستجابت المحكمة للطلب دون أن يكون مالك الرسم المطلوب إلغاؤه ممثلاً في الدعوى للدفاع عن حقوقه التي اكتسبها على الرسم الجديد في جميع المراحل القضائية للدعوى، خلافاً لما عليه الأمر في نازلة الحال حيث بادر هذا الأخير إلى التدخل إرادياً في الدعوى الجارية أطوارها ضد المحافظ في المرحلة الاستئنافية فقط، أي أنه حرم من درجة من درجات التقاضي المتمثلة في عدم تمثيله أمام المحكمة الابتدائية.

وإذا كنا نتفق مبدئياً مع النتيجة التي انتهى إليها محكمة النقض في القرار أعلاه، فإن المحافظة على حقوق الشفيع تقتضي إجراء تقييد احتياطي لمقال الدعوى المذكورة بالرسم العقاري الفرعي حتى لا يكتسب عليه الغير بحسن نية حقوقاً عينية، على اعتبار أن التصرفات التي تجري بشأن هذا الأخير تكون مستقلة عن الرسم الأصلي، ولا يمكن لجميع التحفظات أو الحقوق المدعى بها السابقة على استخراجه، وغير المشار إليها في الرسم الجديد أن تطل هذا الأخير، ويتعذر بالتالي مواجهة الغير حسن النية بها.

وليس هناك ما يستثني حالة البطلان بسبب ثبوت التزوير في عقد وقع تقييده ويبقى للغير المقيدة عن حسن نية استنادا عليه، والأجنبي عن هذا العقد حق التمسك بمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري وتكون المحكمة بالتالي مدعوة للبحث في حسن أو سوء نية هذا الأخير لترتيب آثار تقييده بالرسم العقاري".¹⁵

ولعل هذا التوجه الذي كرسته محكمة النقض بغرفتين يوحي صراحة تمسكها بإعمال القرينة التشريعية المقررة لحماية الغير المقيد بحسن النية في بيانات الرسم العقاري وهو معفى من إثباته لأنه هو الأصل حسب مقتضيات الفصل 477 من ق.ل.ع الذي يجري سياقه على أن حسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس.

ومعلوم أن عبء إثبات خلاف الأصل المذكور يقع على مدعيه حتى يمكن له أن يهدم القرينة التشريعية التي تناضل لفائدة المقيد بحسن نية بالرسم العقاري، ويكفي في دعوى التشطيب على تقييد الشراء بالرسم العقاري لإثبات سوء نية المشتري وجود حجز عقاري أو تقييد احتياطي مقيدين بالرسم العقاري، أو علمه بعبئ سند المتصرف وقت تعاقدته معه، وبأنه غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعبئ يبطله أو بما يوجب فسخه، ومع ذلك تعاقد معه.¹⁶

كما أن الفقرة الثانية من المادة 2 من مدونة الحقوق العينية أكدت بدورها نفس القرينة المنصوص عليها في الفصل 66 كقاعدة عامة، وأوردت عليها استثناء يتعلق حصرا بصاحب الحق الذي تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه.

ويلاحظ بخصوص هذا المقتضى القانوني المستجد في مدونة الحقوق العينية أن المشرع خرج عن أجل السنة الوارد في الفصل 311 من ق.ل.ع، ولم يعتمد المعايير المنصوص عليها في الفصل 312 من نفس القانون لتحديد بداية تاريخ احتساب أجل تقادم السنة، بل سمح للمتضرر بسبب التدليس أو الزور أو استعماله بإبطال التقييد أو تغييره أو التشطيب عليه ولو أنه لم يكن طرفا في العقد محل المنازعة حيادا عن القواعد العامة الواردة في الفصل 311 أعلاه. بالإضافة إلى أنه حدد أجل أربع سنوات لرفع الدعوى بتبديء من تاريخ التقييد المنازع فيه دون ذكر ما إذا كان الأمر يتعلق بأجل التقادم أو أجل السقوط وشتان

¹⁵ - قرار صادر عن غرفتين تحت عدد 170 بتاريخ 20 مارس 2013 في الملف عدد 2012/1/1/2820 غير منشور.

- ويذهب أستاذنا محمد الكشور إلى القول أنه: "بمراجعة العمل القضائي المنشور لمحاكم الموضوع وللمجلس الأعلى يتبين أنه على امتداد حوالي قرن من الزمان أي منذ دخول ظهير 12 غشت 1913 حيز التنفيذ وإلى حدود 16 مارس 2008 تاريخ صدور القرارين عدد 1107 و 2854 لم يسبق للقضاء المغربي وهو يطبق الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 وإلى جانبها الفقرة الثانية من الفصل 3 من ظهير 2 يونيو 1915 أن عطل مبدأ الحجية المطلقة للتقييدات إزاء الغير حسن النية وكان يميز حالة إبطاله لتقييدات سابقة استند عليها الغير بين حالي حسن نية وسوء النية كيفما كانت الوقائع والأسباب المؤدية إلى التشطيب على التقييد، وتظهر الملامح الرئيسية لهذا التواتر من خلال تأكيد القضاء على عدم مواجهة الغير بحسن النية بالتشطيب على التقييدات السابقة".

¹⁶ - قرار عدد 624 بتاريخ 31/1/2012 ملف عدد 2010/1/1/3579 - أشار إليه التقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2002.

بين المصطلحين من حيث الآثار القانونية المترتبة على كل منهما طبقا للقواعد العامة المنظمة في قانون الالتزامات والعقود.

ثانيا: أثر التعارض بين القانون العقاري ومدونة التجارة.

جدير بالذكر أن هناك تناقضا بين مقتضيات القانون العقاري ومدونة التجارة، بدليل أن هذه الأخيرة تحول دون التطبيق السليم لأحكام الغير المقيد في الرسم العقاري بحسن نية، وذلك من خلال تقريرها للبطلان الوجوبي والجوازي لبعض التصرفات الناقلة للملكية المنجزة بعد تاريخ التوقف عن الدفع أو قبله باختيار المحكمة طبقا للمادة 681 من مدونة التجارة، وهو أثر يسري على الأطراف المتعاقدة وحتى في مواجهة الغير حسن النية، والذي يجهل أصلا واقعة التوقف عن الدفع¹⁷، وتعامل على ضوء البيانات الواردة بالرسم العقاري التي لم تتضمن أية إشارة إلى وضعية المقاول المدينة. وبذلك نخلص إلى القول إن مقتضيات مدونة التجارة أعلاه تشكل استثناء على مبدأ حسن النية المقرر في الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية.

وإذا كان الدائن العادي الحاجز على عقار محفظ يعتبر غيرا حسن النية بالنسبة لمن يكتسب حقا عينيا غير مسجل على نفس العقار المحجوز، فإنه يتمتع بحماية قانونية تتجلى في عدم نفاذ التصرف الجاري على عقار المدين¹⁸، وذلك ضمانا لاستيفاء الدين من منتوج البيع بالمزاد العلني. ومن ثم فلا يمكن للمشتري غير المسجل المدعي الاستحقاق في مواجهة المالك المدين تطبيقا لمقتضيات الفصل 482 من ق.م.م، أن يطلب من رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات إيقاف إجراءات البيع الجارية من طرفه بشأن العقار المحجوز، طالما أن الحاجز لا يعتبر طرفا في عقد الشراء غير المقيد، وأنه غير ملزم بالحكم الذي سيصدر ضد المدين المنفذ عليه بشأن دعوى إتمام إجراءات البيع.

غير أننا نجد بعض العمل القضائي يذهب خلاف ذلك، معتبرا أنه مختص لإيقاف إجراءات الحجز العقاري الجارية من طرف الحاجز بعلّة أن دعوى استحقاق الحصة المشاعة المحجوزة جارية ضد المنفذ عليه استنادا إلى عقد شراء غير مقيد بالرسم العقاري.

ذلك أن العمل القضائي الاستعجالي¹⁹ قضى بإيقاف إجراءات البيع الجبري للعقار المحفظ المملوك

17 - جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "... إن إغلاق المؤسسة وتوقفها عن أداء واجبات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يدل على اضطراب وضعها المالي وعدم قدرتها على الوفاء بديونها يرر فتح مسطرة الصعوبة في حقها...".
- قرار عدد 422 بتاريخ 2006/4/26 ملف تجاري عدد 2004/1/3/1454 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 67 - سنة 2007 - ص 178.

18 - نشير إلى أن الأستاذ خيري يعتبر أن الدائن العادي الذي أجرى حجزا على العقار المحفظ للمدين يكتسب حقا عينيا عليه، في حين أن اكتساب الحقوق العينية وارد على سبيل الحصر بمقتضى الفصل 8 من ظهير 2-6-1925 ولا يدخل ضمنها الحجز العقاري، بدليل أن إيقاعه على عقار المدين لا يكون إلا لضمان حق شخصي وليس عيني.
- راجع: - محمد خيري - م س - ص 484.

19 - أمر استعجالي رقم 329 بتاريخ 2007/2/27 ملف رقم 2006/4/217 غير منشور جاء فيه ما يلي: "... حيث إن الطلب يرمي إلى الأمر بإيقاف إجراءات البيع الجارية في إطارا لملف التنفيذي عدد 2006/402 إلى حين البت في دعوى الاستحقاق المرفوعة في إطار الملف المدني عدد 2007/9/24.

وحيث استظهرت العارضات بعقد عرفي مصادق على صحة توقيع صاحبه بتاريخ 2003/4/19 تشهد بمقتضاه المدعى ضدها السيدة (المنفذ عليها) أنها تنازلت عن أسهمها الستة بالرسم العقاري عدد (6...) لفائدة العارضات. وحيث إنه بالنظر لظاهر الوثيقة المستدل بها نرى أن الطلب جدي مما يتعين الاستجابة له".

للمدين، بعلة أن دعوى استحقاق جارية ضد المنفذ عليه من طرف مشتر غير مقيد بالرسم العقاري، الشيء الذي يدفعنا إلى إبداء الملاحظات التالية بشأنه:

1 - إن الحجز العقاري يحول دون تقييد أي تقييد جديد بعده من قبل المحافظ، إلى حين رفعه رضاء، أو قضاء، أو حصول البيع الجبري وتقييد محضر إرساء المزاد بالرسم العقاري.

2 - إن رفع دعوى الاستحقاق ضد المالك المحجوز عليه من طرف المشتري غير المسجل بالرسم العقاري، لا يمكن قانوناً أن تحول دون مواصلة إجراءات البيع الجبري لفائدة الدائن الحاجز باعتباره غيراً بالنسبة لمن يكتسب أي حق عيني على العقار المحجوز.

3 - أنه وحتى على فرض حصول مدعي الاستحقاق على حكم ضد المالك المحجوز عليه بشأن العقار الجاري بشأنه البيع الجبري، فإنه يستحيل تقييده من الناحية القانونية بالرسم العقاري طالما أن هذا الأخير مثقل بحجز عقاري.

4 - إن تراخي المشتري في تقييد عقد شرائه بالرسم العقاري، يعتبر خطأً من جانبه لا يمكنه أن يستفيد منه في إيقاف إجراءات البيع الجارية من طرف الغير حسن النية الذي يبادر إلى إيقاع حجز عقاري ضد المدين المالك.

ومن جهة أخرى، نشير إلى أنه إذا كان الدائن المرتهن يتمتع بحق الأولوية والتتبع، فإن هذا الأخير قد تم تعطيله تشريعياً في مواجهة المشتري لمقاولة تجارية في حالة صعوبة وفق إجراءات مخطط التفويت المنصوص عليها في مدونة التجارة. إذ لا يجوز للدائنين أصحاب الضمانات العينية المستفيدين من حق التتبع ممارسته في مواجهة المفوت إليه إلا في حالة تصرف هذا الأخير في المال المفوت إليه.

وبذلك تشكل مقتضيات المادة 617 من مدونة التجارة، استثناء صريحاً من المبدأ الوارد في المادتين 197 و199 من مدونة الحقوق العينية، ويمنع الدائنين المرتهنين من ممارسة أهم حق من الحقوق المخولة إياهم لاستيفاء ديونهم تجاه مدينهم.

المجلس الأعلى للسلطة القضائية

المحور الثاني:

حجية التقييدات في مواجهة الغير سيء النية

صحيح أن حسن النية هو الأصل المفترض تشريعياً في التصرفات القانونية المبرمة من طرف المتعاقدين. وصحيح أيضاً أن المشرع حصن جميع التقييدات الواردة بالرسم العقاري لفائدة هذا الغير من أي طعن أو احتجاج في مواجهته بحقوق غير مسجلة. غير أنه إذا ثبت للمحكمة خلاف الأصل المذكور في طرفي العلاقة التعاقدية أو أحدهما، من قبل المدعي الملزم بالإثبات وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، أو عن طريق سلوك وممارسة مساطر قانونية خاصة لهدم الأصل أعلاه، فإن التقييد المدون بالرسم العقاري يصبح هو والعدم وسواء، نتيجة لفقدان الأساس القانوني.

غير أن الادعاء بخلاف الأصل، قيده المشرع بضرورة توافر مجموعة من المعايير التشريعية أمام القضاء الذي له سلطة تقديرية في هذا المجال لاستخلاص سوء النية من عدمه في طرفي العلاقة

التعاقدية أو أحدهما. ومن ثم فإن الوقوف على هذه المعايير، وكيفية تعامل القضاء معها، وبيان القرائن القانونية والقضائية المعمول بها في هذا الشأن، يجعلنا نشير إلى أهمية التقييدات في دحض قرينة حسن النية المفترضة من طرف المشرع، ودورها في إثبات سوء نية الغير، وبالتالي إبطال التصرفات القانونية المبرمة بين الطرفين، والتشطيب عليها من الرسم العقاري.

لذلك، فإن تناول هذه النقط المتعلقة بإثبات سوء نية الغير، يتطلب تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: التقييد الاحتياطي والحجز العقاري كمعيارين لإثبات سوء النية.

الفقرة الثانية: الصورية والإعلان عن الشفعة كمعيارين لإثبات سوء النية.

الفقرة الأولى: التقييد الاحتياطي والحجز العقاري كمعيارين لإثبات سوء النية

إن إعمال مفهوم المخالفة لمقتضيات الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، يوحى بإمكان التمسك بإبطال التقييد في مواجهة الغير ذي النية السيئة. وأن إثبات سوء النية يقع على مدعيه، ويتم من خلال ثبوت العلم اليقيني بالتواطؤ الواقع بين المشتري الثاني والبايع للإضرار بالمشتري الأول، وإمكانية تحصين حقه عن طريق التمسك بالأسبقية في التقييد بالرسم العقاري²⁰. إذ إن المبدأ في التشريع العقاري يقضي أنه لا يجوز للمشتري الأول غير المقيد المطالبة بالتشطيب على عقد شراء المشتري الثاني بعله أنه الأسبق تاريخاً، على اعتبار أن الأسبقية في التقييد هي التي تنشئ الحق في مواجهة الأطراف والغير.

وقد سبق لمحكمة النقض أن تواترت على تكريس هذه القاعدة معتبرة أنه: "لا يكون أثر حتى بين المتعاقدين للاتفاقات الرامية إلى إنشاء أو نقل حق عيني عقاري إلا من تاريخ تقييدها في الرسم العقاري، ولا يمكن حصول حماية الحق العيني حتى بين المتعاقدين إلا عن طريق إشهاره بتقييده في الرسم العقاري المخصص لكل عقار، كما يستفاد ذلك من الفصل 67 من الظهير العقاري الصادر بتاريخ التحفيظ العقاري... وعليه فإن محكمة الاستئناف تكون قد حرقت هذه المبادئ عندما قضت بقبول مطلب شركة كان يرمي إلى الحكم بشطب ما سجل في الرسم العقاري في 7 يوليوز 1949 من عقد متضمن لتفويت حقوق عينية، محرر في 7 يونيو 1949، وذلك ليتأتى للشركة الطالبة أن تقوم بتقييد عقد شرائها المحرر في تاريخ فاتح يونيو 1928".²¹

ونظراً لأهمية التقييدات المؤقتة كمعيار في إثبات سوء النية لدى الغير المقيد بالرسم العقاري، إضافة إلى أن العمل القضائي دأب على اعتمادها لهدم قرينة حسن النية، فقد ارتأينا تقسيم هذه الفقرة إلى فكرتين على الشكل التالي:

²⁰ - للتوسع في موضوع الأسبقية في التقييد راجع:

- الشعبية سموح: "محاذير التراخي في تسجيل الحقوق العينية في الرسم العقاري" - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - نوقشت بكلية الحقوق بمراكش - سنة 1999 - 2000.

²¹ - قرار رقم 233 صادر بتاريخ 15 ماي 1968 - منشور بمجلة القضاء والقانون - العدد 1 - السنة الأولى - أكتوبر 1968 - ص 30.

أولاً: التقييد الاحتياطي كمعيار لإثبات سوء النية.

ثانياً: الحجز العقاري كمعيار لإثبات سوء النية.

أولاً: التقييد الاحتياطي كمعيار لإثبات سوء نية الغير.

إذا كان التقييد الاحتياطي يهدف إلى المحافظة مؤقتاً على ضمان الحق بأثر رجعي منذ تاريخ إجرائه بالرسم العقاري، فإن آثاره القانونية تمتد إلى الغير الذي يفترض فيه أنه على علم به، ولو كان هذا الغير المدعي لحقوق غير مسجلة هو المشتري الأول بمقتضى عقد سابق في التاريخ على شراء المشتري الثاني.

فكيف يمكن إذن هدم قرينة حسن النية المفترضة في المشتري الثاني سبب النية المسجل بالرسم العقاري، ودحض الحجية التي يتمتع بها هذا الأخير؟ أو بعبارة أخرى ما هو المعيار القضائي لتحديد سوء النية من عدمه في الطرف المالك وفق بيانات الرسم العقاري؟

جواباً عن ذلك، وبالرغم من الخلاف الفقهي القائم حول هذه المسألة²²، فإن العمل القضائي أكد أنه لا يمكن اعتبار المشتري الثاني لعقار محفظ سبب النية ما دام التقييد الاحتياطي للمشتري الأول تم في نفس اليوم الذي وقع فيه الشراء الثاني²³.

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.ع التي تنص على أن: "القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته من كل إثبات. ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية".

وقد كرست محكمة النقض²⁴ هذا الاتجاه معتبرة أن الشهادة الصادرة عن المحافظ والتي تشير إلى وجود تقييد احتياطي كافية لاعتبار المشتري سبب النية، بحيث إن هذه الشهادة تفيد وجود نزاع حول

22 - هناك ثلاثة اتجاهات فقهية بشأن مسألة إثبات سوء نية الغير المكتسب لحق عيني متعلق بعقار محفظ كالتالي:

الاتجاه الأول: يعتبر أن مجرد علم المشتري الثاني أن عقده لاحق من حيث الزمن لعقد بيع آخر سبق وأن أجراه مالك العقار، فإن ذلك يشكل قرينة كافية على توافر سوء النية وترتيب أثر عدم الاحتجاج بتسجيله.

- سعاد عاشور - م س - ص 185. - شمس الدين الوكيل: "أثر الغش على الأسبقية في التقييد" - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد 12 - السنة الثامنة - 1959 - ص 86.

الاتجاه الثاني: يعتبر أن مجرد علم المشتري بوجود عقد سابق بين البائع وبين مشتري آخر لا يثبت سوء نيته، بل إن المشتري الأول هو الذي أهمل وتراخى في تسجيل حقه بالرسم العقاري. إلا أنه يشترط لثبوت سوء النية لدى المشتري الثاني تحقق العلم عند تسجيل حقه العيني بالعيوب والشوائب التي تشوب سند أو رسم من تلقى الحق عنه.

- مأمون الكزبري - م س - ص 186.

أما الاتجاه الثالث: يعتبر أن مجرد العلم وحده بسبقية الشراء غير كاف لثبوت سوء نية المشتري الثاني، بل يجب أن يقترن هذا العلم بوسائل تدليسية، أو وجود تواطؤ بين المشتري والبائع من أجل الإضرار بحقوق المشتري الأول.

- محمد خيري: "حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ..." - م س - ص 491. - مازن الجم: "م س" - ص 304.

23 - قرار عدد 2740 صادر بتاريخ 13/7/1987 منشور بمجلة المحامي العدد 8 السنة السادسة - 1986.

24 - قرار عدد 337 صادر بتاريخ 13 نونبر 1981 - منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 31 - سنة 1983 - ص 137 وما بعدها.

العقار المثلث به. وبما أن المشتري قام بتحدي المسطرة الجارية فإنه يعتبر سيئ النية ويتحمل عواقب سوء نيته، ويجب أن يعامل بنقيض قصده.

كما أكدت نفس المحكمة في قرار آخر معتبره "أنه إذا كان التقييد النهائي للحق العيني في الرسم العقاري لا يرتبط بأجل معين، فإن ثبوت علم المشتري اللاحق بوجود شراء سابق له من خلال التقييد الاحتياطي بناء على أمر قضائي المقيد بالرسم العقاري، يجعله مشتريا سيئ النية، بدليل أن هذا التقييد وإن لم يتم التشطيب عليه رغم انتهاء مدة صلاحيته القانونية، فإنه مع ذلك يدل على الإعلان عن مطالبة الغير بحق عيني في الرسم العقاري الذي قيد فيه، ويهدم قرينة حسن النية المقررة في الفقرة الثانية من الفصل 66 من قانون التحفيظ العقاري"²⁵.

وأن هذا التوجه القضائي لمحكمة النقص أكدته أيضا في قرار مبدئي صادر بغرفتين اعتبرت من خلاله أن: "عنصر العلم بالبيع السابق يعد واقعا ثابتا ينفي حسن نية المشتري الثاني. والمحكمة استخلصت عنصر سوء نية هذا الأخير من كونه عندما أقدم على التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري المبيع، والحال أن هذا الأخير مثقل بتقييد احتياطي قبله، وبالتالي فإن دعوى التشطيب على عقد بيع المشتري الثاني المقدمة في إطار الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 لا تقتضي استصدار حكم سابق بإبطال التصرف"²⁶.

وفي نفس السياق، فقد ذهبت محكمة النقص أكثر من ذلك في اجتهادها لاستخلاص سوء نية الغير المقيد بالرسم العقاري والحيلولة دون تحصين شرائه بالتقييد من خلال حيثيات أحد قراراتها التي جاء فيه:

"من المقرر أن التحفيظ العقاري يقوم على مبدأ الإشهار والعلنية وفق ما هو منصوص عليه في القسم الثاني من ظهير التحفيظ العقاري، ولما كان الفصل 66 من هذا الظهير ينص على أنه لا يمكن التمسك بإبطال التسجيلات على الرسم العقاري في مواجهة الغير حسن النية، فإنه بمفهوم المخالفة يمكن إبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير سيئ النية. والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما قضت بالتشطيب على عقد شرائها من الرسم العقاري، بعلّة أن قيامها بتقييد شرائها في نفس التاريخ الذي تم فيه التشطيب على التقييد الاحتياطي، ينم عن سوء نية ظاهر وجلي لا يمكن معه إنكار أنها كانت وقت تقييد عقدها عالمة بوجود تقييد احتياطي ما يتعين معه معاملتها بنقيض قصدها، وتكون بذلك قد استخلصت بعلة سائغة سوء نية الطالبة، وجاء قرارها معللا تعليلا سليما"²⁷.

وترتبا على ما ذكر أعلاه، يتضح أن إجراء تقييد احتياطي بالرسم العقاري يعتبر دليلا كافيا على سوء نية المشتري الثاني الذي تعامل بشأن العقار المحفظ مثقلا بالتقييد المذكور، غير أن هذا التوجه

²⁵ - قرار عدد 1336 صادر بتاريخ 13 مارس 2012 في الملف المدني عدد 2010/1/1/3704 غير منشور.

²⁶ - قرار عدد 2/383 بتاريخ 2013/07/02 ملف مدني عدد 2012/2/1/3329 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقص لسنة 2013.

²⁷ - القرار عدد: 2014/7/1/105، المؤرخ في: 2014/2/25، ملف مدني عدد: 2013/7/1/682 غير منشور.

القضائي يبقى محل نظر 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 المقيد في الرسم العقاري وما إذا كان مؤسساً على سند أو على أمر قضائي، أو مقال للدعوى.

ومعنى ذلك، أنه إذا تعلق الأمر بتقييد احتياطي بناء على سند أو على أمر قضائي، فإن حجية التقييد المذكور تنقضي وبقوة القانون بعد انصرام أجل عشرة أيام بالنسبة للأول، وثلاثة أشهر بالنسبة للثاني. ويترتب عن ذلك لزوماً انتفاء سوء نية الغير المقيد 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 تقييد 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، كما تكون تلك القرينة نسبية في حالة وقوع التقييد بعد صدور الحكم المذكور بعدم الاعتراف بالحق المدعى به من قبل المستفيد من التقييد الاحتياطي، لأن مجرد بقاء هذا الأخير مقيداً بتقييداً احتياطياً بالرسم العقاري لا يعني أن الغير المقيد بعد ذلك سيء النية، ما دام أن التقييد المذكور أصبح هو والعدم سواء من الناحية الواقعية استناداً لقوة الشيء المقضي به.

ونعتقد أن المعيار الذي يتعين اعتماده لإثبات سوء نية الغير المتلقي للحق العيني بالرسم العقاري يتجلى في ضرورة توافر التواطؤ لدى المشتري الثاني، أو نية الإضرار بالدائن، انطلاقاً من القرائن القوية والمنضبطة مع ظروف ووقائع كل نازلة على حدة، والذي يجب أن تستخلصه المحكمة المعروض عليها النزاع بما لها من سلطة تقديرية في هذا المجال دون رقابة عليها من طرف محكمة النقض في هذا الإطار²⁸.

ثانياً: الحجز العقاري كمعيار لإثبات سوء نية الغير.

تجدر الإشارة إلى أن العمل القضائي قد اعتبر الموهوب لها سيئة النية لكون الهيئة المنجزة لفائدتها قد جاءت بعد علم الطرفين الواهب والموهوب له بوقوع الحجز على الدار محل الهيئة. ولا يمكنها تبعا لذلك الاستفادة من حجية التقييد بالاستناد إلى أن التصرف قد تم تقييده وأنه لا يمكن إبطاله، لأن قاعدة ثبات التصرف وعدم إبطاله مقررة لصالح الغير حسن النية إعمالاً لمفهوم المخالفة لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري.

ويتعلق الأمر بكون زوجة استصدرت حكماً ضد زوجها قضى لها بالنفقة، وبأشرت إجراءات التنفيذ ضده، وحصلت على حجز تحفظي أنصب على دار موضوع رسم عقاري، ثم قامت بتحويله إلى حجز

²⁸ - نشير إلى أن إدخال المشتري الثاني في الدعوى الذي يقيمها ضد البائع لهما، يشكل وسيلة لإعلامه بأسبقية شرائه، وينفي عنه حسن النية المفترض فيه طالما أنه توصل بمقال الدعوى قبل تسجيل شرائه بالرسم العقاري، ودون حاجة من المشتري الأول إلى تقييد مقال الدعوى احتياطياً من قبل المشتري الأول. ومع ذلك، فإن الدور الحمايئ لمؤسسة التقييد الاحتياطي يظهر بشكل جلي في حفظ الحق من خلال رتبته بأثر رجعي في مواجهة جميع التقييدات اللاحقة مؤقتة كانت أو نهائية.

تنفيذي، ووقع تبليغ المحجوز عليه بمحضر الحجز التنفيذي دون تبليغ المحافظ بذلك، الشيء الذي جعل مالك العقار يبادر إلى إنجاز هبة إلى زوجته الثانية، ويقوم بتقييد عقد الهبة في الرسم العقاري الخالي من أي إشارة إلى الحجز المذكور.

وقد جاء في معرض حيثيات قرار محكمة النقض²⁹ التي استند عليها في تعليقه ما يلي:

"... لكن ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة، فإنه لا مجال للاحتجاج بالفصل 440 من قانون المسطرة المدنية والفصول 1 و2 و64 و65 من قانون التحفيظ العقاري، ما دام أن الانتقاد موجه للإجراءات السابقة للحجز التنفيذي التي لا صفة للطاعنة في إثارة ذلك لأنها ليست منفذا عليها. وأن الثابت من مستندات الملف وعلى الخص رسم الهبة أن هذا الأخيرة انصبت على الرسم العقاري عدد (... أي على عقار محفظ وبالتالي يترتب عن ذلك قابلية التشطيب على الحق المسجل إذا توفرت شروط ذلك، وأن القرار المطعون فيه حين أيد الحكم الابتدائي يكون قد تبنى تعليلاته التي جاء فيها: "إن عقد الهبة أنجز في الوقت الذي كان فيه المنزل موضوع الهبة محجوزا حجرا تحفظيا ووقع تحويله إلى حجز تنفيذي، وأن التفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز يكون باطلا وعديم الأثر طبقا للفصلين 453 و475 من قانون المسطرة المدنية طالما أن تبليغ الحجز للمنفذ عليه قد وقع صحيحا. وأنه لا يلتفت إلى تقييد الهبة في الرسم العقاري لكونها باطلة للسبب المذكور من جهة ولأن الهبة المنجزة لفائدة المدعية قد جاءت بعد علم الطرفين الواهب والموهوب له بوقوع الحجز على الدار محل الهبة وبذلك تعتبر الموهوب لها سيئة النية ولا يمكنها تبعا لذلك الاستفادة من حجية التقييد بالاستناد إلى أن التصرف قد تم تقييده وأنه لا يمكن إبطاله، ذلك لأن قاعدة ثبات التصرف وعدم إبطاله مقررة لصالح حسن النية فقط وهو ما يستفاد من المفهوم المخالف للفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري".

ويلاحظ من خلال حيثيات القرار أعلاه أنه اعتمد أساسين قانونيين لإبطال عقد الهبة والتشطيب عليه من الرسم العقاري، الأول يتمثل في كون الهبة أنجزت بعد إجراء الحجز، والثاني يتجلى في علم الواهب والموهوب لها بالحجز، واعتبر بالتالي هذه الأخيرة سيئة النية.

ونعتقد أن أعمال مقتضيات الفصل 475 من ق.م.م وحده كاف لترتيب أثر البطلان على عقد الهبة المنجز بعد تبليغ المحجوز عليه بالحجز التنفيذي، ولا حاجة للبحث في علم الموهوب لها بالحجز من عدمه حتى يمكن اعتبارها سيئة النية، طالما أن هناك منعا تشريعا للمنفذ عليه من إجراء أي تفويت في العقار بمجرد تبليغه بالحجز تحت طائلة البطلان. إذ إن تحقق العلم الخاص بالحجز التنفيذي لدى المدين المحجوز عليه يجعل جميع التفويطات التي يجريها بشأن العقار المحجوز باطلة بنص القانون. وأن الغير الذي تلقى الحق من المحجوز عليه، وقام بتقييد عقد الشراء، أو الهبة بالرسم العقاري لا يحق له التمسك بحسن نيته في اكتساب الحق لتحسين حقوقه، على اعتبار أن العقد الرابط بينه وبين المدين

²⁹ - قرار عدد 1577 المؤرخ في 2005/05/25 في الملف المدني عدد 2004/1/1/3549 - مجلة المنازعات العقارية - دلائل عملية 3 -

باطل منذ تاريخ إنشائه، وأن الباطل باطل لا يصح بالتقييد تأكيدا لقاعدة المعدوم حسا كالمعدوم شرعا، ومن ثم فإن اعتبار القرار أعلاه أن الموهوب لها سيئة النية استنادا إلى علمها بالحجز العقاري هو تعليل زائد ومنتقد في النازلة المذكورة، بدليل أن هذا الاستنتاج الذي خلصت إليه المحكمة يترتب عنه الإبطال، وليس البطلان. وأنه مادام قد ثبت سبب من أسباب البطلان المنصوص عليه في الفصل 475 من ق.م.م، فإن ذلك يغني المحكمة عن البحث عن القرائن القضائية من ظروف ووقائع النازلة المعروضة عليها لاستخلاص سبب من أسباب الإبطال المتمثلة في حصول علم الموهوب لها بوقوع الحجز التنفيذي قبل إنجاز عقد الهبة.

وغني عن البيان أن ترتيب جزاء "البطلان" الوارد ضمن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 453 من ق.م.م قد أثار جدلا فقهيًا وقضائيا. إذ ذهب البعض³⁰ إلى القول إن الجزاء المشار إليه في آخر الفصل 453 يحدد علاقة التصرف بالحاجز لا بأطراف التصرف في حد ذاتهم، وأن مفهوم الباطل يعد لفظا زائدا، لأن مناط إعماله يقتضي إنشاء التزام بين طرفين على الأقل واعتبر أن التصرفات الواردة على العقار المحفظ صحيحة وقائمة بين أطرافها ولكنها غير نافذة في مواجهة الحاجز، ويتعين على المحافظ على الأملاك العقارية تقييدها ويبقى العقار مثقلا بالحجز إلى حين تحويله إلى حجز تنفيذي أو رفعه من طرف المحجوز عليه. في حين ذهب البعض الآخر³¹ إلى اعتبار أن هذا الرأي غير سليم استنادا إلى مقتضيات الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري التي توجب تبليغ كل أمر رسمي بحجز عقاري إلى المحافظ العقاري الذي يسجله بالرسم العقاري، وابتداء من تاريخ التبليغ المذكور لا يمكن أن يباشر بشأن العقار أي تقييد جديد خلال مدة جريان مسطرة نزع الملكية، مضيفا أن هذا النص صريح في منع المحافظ من إجراء أي تقييد جديد بعد الحجز.

ونؤيد ما ذهب إليه الرأي الأول خاصة وأن اجتهاد محكمة النقض يؤيده كذلك حيث جاء في قرار له ما يلي: "بناء على الفصل 453 من ق.م.م، فإن التصرفات التي يجريها المحجوز عليه والضارة بالغير هي التي تكون باطلة، أما التصرفات التي لم يتضرر منها الغير فتبقى صحيحة وتنتج آثارها بين الطرفين، ولهذا فإن المحكمة لما اعتبرت أن بيع المحجوز يعد باطلا حتى بالنسبة للعلاقة بين طرفي العقد تكون قد عللت قضاءها لتعليلا فاسدا موازيا لانعدام التعليل وعرضت قضاءها للنقض"³².

ومن جهة أخرى، فإن استناد الرأي الثاني إلى مقتضيات الفصل 87 للتمسك بالبطلان المنصوص عليه في الفصل 453، يفتقر إلى المنطق القانوني، ويحمل مقتضيات الفصل المستدل به أكثر مما يحتمل في صياغته التشريعية التي جاءت واضحة الدلالة لا من حيث الألفاظ والمباني، ولا من حيث المقاصد والمعاني، بدليل أن المنع التشريعي الوارد في الفصل 87 هو منع إداري يمنع المحافظ فقط من إجراء أي

³⁰ - عمر أزوكار: "آثار التصرفات على العقار المحفظ المرهون أو المحجوز" - مجلة المحاكم المغربية - العدد 96 - صفحة 160.

³¹ - عبد الرحمان حموش: "التقييدات المؤقتة على العقار في التشريع المغربي" - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني - نوقشت بكلية الحقوق - جامعة القاضي عياض - مراكش - سنة 2002-2003 - صفحة 107.

³² - قرار رقم 528 بتاريخ 28 يوليوز 1982- منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد - 31 - ص 58.

تقييد جديد بعد تبليغه بالحجز، ولا يمكن أن يرقى بأي حال من الأحوال إلى اعتبار التفويتات التي وقعت بعد تقييد الحجز بالرسم العقاري باطلة.

ومؤيدنا في ذلك، أن قضاء محكمة النقض قد استقر في العديد من قراراته على اعتبار أن: "البائع أو خلفه العام ملزم بتطهير الرسم العقاري من الحجز العقاري المثقل به وتقييد عقد شراء المشتري لنقل الملكية، مؤكداً على صحة العقد الرابط بين الطرفين طالما أن أحداً من الغير لم يتضرر من تصرف المدين المحجوز عليه".³³

وجدير بالذكر أن محكمة النقض³⁴ اعتبرت أنه: "من المقرر قضاء أنه لا مجال للاستدلال بحسن نية المشتري لحقوق مشاعة على عقار محفظ ما دام قد ثبت بأنهم على علم تام بالحكم القاضي ببيع المدعى فيه بالمزاد العلني، وإقدامهم رغم ذلك على شرائه بالمرضاة دون مطالبة البائعين باتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف إجراءات التنفيذ قبل شرائهم. وأن مجرد تقييدهم - كمشتريين - في الرسم العقاري محل النزاع لا تأثير له أمام إجراءات الحجز التنفيذي المقيدة على العقار، إذ أن تقييدهم المشار إليه، والحال ما ذكر يجعلهم مجرد خلف طبقاً للفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود".

الفقرة الثانية: الصورية والإعلان عن الشفعة كمعيارين لإثبات سوء النية

أولاً: الصورية كمعيار لإثبات سوء النية

إن إثبات سوء النية لدى الغير المكتسب لحقوق عينية على الرسم العقاري يطرح إشكالا آخر يتعلق بأحقية الدائن في طلب إبطال التصرفات التي يجربها مدينه من أجل تهريب أمواله التي تعتبر ضمانا عاما لدائنيه. فهل يعتبر متلقي الحق من المدين الجاهل بوضعيته غيرا سيء النية تطبيقا لمقتضيات الفصلين 22 و1241 من ق.ل.ع؟

إن الجواب عن ذلك، يقتضي منا استعراض موقف العمل القضائي حول هذه المسألة، ورصد موقف محكمة النقض من خلال قراراته الصادرة في هذا الشأن، ومدى افتراض الصورية في مثل هذه التصرفات، أو وجوب الإثبات من طرف مدعيها تطبيقا للقاعدة العامة القائلة أن إثبات الادعاء يقع على عاتق مدعيه، وتحديد طبيعة الطلب المقدم من طرف الدائن باعتباره غيرا.

³³ - جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "لكن حيث إن التصرفات التي يجربها المحجوز عليه والضارة بالغير هي وحدها التي تكون باطلة، أما إذا لم يتضرر أحد من الغير من تصرف المحجوز عليه فيبقى التصرف صحيحا وينتج مفعوله بين الطرفين. وبما أن الطالبين هم خلفاء للهالك في العقار محل النزاع فلا حق لهم في التمسك بالحجز كسبب لإبطال العقد لأنهم ليسوا من الغير وحلوا محل الهالك كطرف في العقد، ولا يمكنهم التحلل من موروثهم بدعوى الحجز على العقار المبيع".
- قرار رقم 528 صادر بتاريخ 1977/9/21 - منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 25 - ص 41.
وقد أكدت نفس المحكمة في قرار آخر ما يلي: "... ومن جهة ثالثة فإن المحافظ لا يلتجأ إليه لتسجيل الحقوق إلا عند خلوها من النزاع، في حين أن العقار موضوع الدعوى مثقل بحجز عقاري ومسجل باسم الموصى له مما لا بد معه من الالتجاء أولاً إلى القضاء لتطهير العقار من الحجز، والإذن بتسجيل الحق عليه".
- قرار عدد 911 مؤرخ في 1997.2.11 ملف مدني عدد 91/4939 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 53- 54 - السنة 21 - ص 84.

³⁴ - القرار عدد: 8/31 المؤرخ في: 2013/01/22 ملف مدني عدد: 2011/8/1/3851 غير منشور.

ذلك أن محكمة النقض³⁵ الصورية هي الأمر المجهول المتنازع فيه، واستنباط القرينة القضائية من واقعة معلومة في الدعوى وهي القرابة بين المتنازل والمتنازل له وكون المتنازل لا يملك إلا الشيء المتنازل عليه لإثبات الأمر المجهول الذي هو صورية تصرف المتنازل عن الشيء المتنازل عليه.

كما اعتبرت نفس المحكمة³⁶ أن الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد المنثى لها، فهي لا تنتج أي أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال المحددة قانوناً. أو بعبارة أخرى، فإن التصرفات التي يبرمها المدين قصد تفويت حقه إضراراً بالغير (الدائن)، تخول هذا الأخير الطعن فيها أمام القضاء، والمطالبة بإبطالها استناداً على الصورية³⁷.

ومعنى ذلك، أن الدائن الطاعن في الاتفاقات المبرمة من طرف المدين مع الغير الذي اكتسب بمقتضاها حقا عينيا بالرسم العقاري، ملزم بإثبات الصورية التي يدعمها بجميع الوسائل وفق القواعد العامة للإثبات بما فيها القرائن³⁸ القوية المنضبطة المتلائمة مع ظروف ووقائع النازلة المعروضة على المحكمة عملاً بمقتضيات الفصل 419 من ق.ل.ع³⁹. وهذا ما أكدته محكمة النقض في نازلة أخرى معتبرة

³⁵ - قرار صادر عن الغرفة المدنية عدد 182 الصادر بتاريخ 10 يناير 2012 في الملف المدني عدد 2010/4/1/3123 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 76.

³⁶ - قرار عدد 529 بتاريخ 19/10/1987 الصادر في الملف الاجتماعي عدد 85/5482 - منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 41 - سنة نونبر 1988 - ص 171 جاء فيه ما يلي: "إنه بمقتضى الفصل 1241 من ق.ل.ع فإن أموال المدين ضمان عام لدائنيه كما أنه بمقتضى الفصل 228 من نفس القانون فإن الالتزامات لا تلزم من كان طرفاً في العقد فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون، ومن ثم فإن الغير الذي أضرت الاتفاقيات التي يبرمها مدينه به قصد تفويت حقه يبقى من حقه الطعن قضائياً في تلك الاتفاقيات بالصورية".

³⁷ - طرح السؤال حول مدى إمكانية تقييد دعوى الدائن الرامية إلى إبطال التفويت للصورية تقييداً احتياطياً بالرسم العقاري؟ نعتقد أن تحقق الحماية الكاملة للدائن في المحافظة على أملاك المدين باعتبارها ضماناً عاماً طبقاً للفصل 1241 من ق.ل.ع، يقتضي وجوباً تقييد مقال هذا النوع من الدعاوى تقييداً احتياطياً، على اعتبار أن مصلحة الدائن هي وحدة لا تتجزأ بين رفع الدعوى وإجراء التقييد الاحتياطي، إذ لا يعقل أن تكون له المصلحة في التقاضي ضد المدين والمفوت إليه، دون أن تتوفر لديه عند تقييد مقال الدعوى احتياطياً. ومن ثم فإن الدائن تكون له المصلحة في طلب تقييد منطوق الحكم القضائي ببطالان التفويت المبرم بين المدين والمفوت إليه، وممارسة كافة المساطر المخولة إياه قانوناً على عقار المدين بعد جعله في اسمه من أجل استيفاء حقه الشخصي من منتوج بيعه بالمزاد العلني.

³⁸ - جاء في قرار محكمة النقض ما يلي: "إن القرائن القضائية التي لم يقررها القانون هي دلائل يستخلص منها القاضي وجود وقائع مجهولة - الفصل 449 من ق.ل.ع - أي أن القاضي في نطاق سلطته لتقدير الوقائع يستنبط من الوقائع المعروضة عليه ما يكون قناعته لإثبات أمر مجهول والإثبات بالقرائن لا ينصب على الواقعة المتنازع فيها وإنما يتناول وقائع أخرى يدل ثبوتها بصفة غير مباشرة على صحة ما أثبتته المحكمة".

- قرار عدد 159 بتاريخ 28/3/1988 صادر في الملف الاجتماعي عدد 87/8347 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 41 - ص 179.

³⁹ - ونشير إلى أن ادعاء الصورية طبقاً للفصل أعلاه يجب أن يثار أمام محكمة الموضوع، ولا يقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. إذ ورد في قرار لهذا الأخير ما يلي: "الوسيلة الثالثة... كما وقع خرق الفصل 419 من ق.ل.ع المتعلق بإثبات الصورية بواسطة الشهود والقرائن القوية المنضبطة، فعقد الهبة والبيع والوكالة كلها صورية الهدف منها حرمان الورثة من حقهم في الإرث يدل على ذلك أداء الضرائب من طرف الواهب، والشهادة الإدارية أنه يسكن بالمنزل إلى أن توفي، واللفيف

أن إبرام عقد الهبة بعد صدور الحكم على المدينة الأصلية بحكم نهائي يشكل قرينة قوية على أن إرادة الواهب الكفيل للمدينة المذكورة انصرفت إلى إبعاد الملك من ذمته المالية للظهور بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات القضائية ضده، مؤكدة من خلال حيثياتها ما يلي:

"إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عندما ألغت الحكم الابتدائي الذي أبطل عقد الهبة وقضت من جديد برفض الطلب معتبرة أن الهبة المذكورة تمت قبل وقوع مطالبة الدائن الكفيل بالدين وأن على البنك الطاعن إثبات أن المطلوب تصرف في عقاره إضراراً به، في حين أن الفصل 1241 من ق.ل.ع ينص على أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه وأن إبرام عقد الهبة بعد صدور الحكم على المدينة الأصلية ابتدائياً واستئنافياً يستشف منه أن إرادة الطاعن كانت تهدف إلى إبعاد الملك من ذمته المالية للظهور

المستفسر المدلى به، وإسناد التوكيل للواهب بعقد عرفي قصد إجراء البيع لفائدة بنت أخت الموهوب لها إنما هو احتيال، وتحرير إشهاد عدلي بحصول البيع قصد إثبات الهبة يدل على تواطؤ العدلين، والقرار المطعون فيه لم يشر إلى الحجج المدلى بها ولم يرد عليها إعمالاً ولا إهمالاً وذلك يجعله معرضاً للنقض.... وما يتعلق بخرق الفصل 419 من ق.ل.ع بشأن الصورية فإنه لم يثر أمام محكمة الموضوع، ثم أن الصورية تقتضي وجود عقدين أحدهما حقيقي والآخر صوري والطاعن لم يبين في طعنه وجود عقدين، مما جعل ما ورد في هذا الوجه غير مقبول...."

- قرار عدد 526 مؤرخ في 10 يوليوز 2002 ملف عقاري عدد 2001/1/2/404 مجلة قضاء محكمة النقض عدد مزدوج 59-60، ص 202.

- غير أن ما يلاحظ على هذا القرار أنه اعتبر أن الصورية تقتضي وجود عقدين أحدهما حقيقي، والآخر صوري، في حين أن الأمر ليس كذلك، بدليل أن الفصل 22 من ق.ل.ع لا يشترط ذلك، وإنما يشمل جميع التصريحات المكتوبة بصرف النظر عن وجود اتفاقات معارضة لها من عدمها.

وقد تبنت المحكمة الابتدائية بمراكش هذا التأويل كما يلي: "... وحيث إنه وفي جميع الأحوال فإن الفصل 1241 من ق.ل.ع يجعل الضمان سارياً على جميع أموال المدين وليس بعضها دون البعض، وبالتالي فما دامت المدعى عليها لم تثبت أداء الشركة المدينة الأصلية لكافة الديون المترتبة عليها، فإنه ليس من حقها التصرف في جزء من أموالها بعلّة أنه غير مشمول بالضمان.

وحيث دفعت المدعى عليها من جهة أخرى بأن قيام الصورية يقتضي وجود عقدين أحدهما ظاهر والآخر خفي وهو العقد الحقيقي وهذه الحالة غير متوفرة في النازلة. ذلك أن الأمر يتعلق بعقد واحد هو عقد الهبة وهو صحيح ومنتهج لآثاره وتم تسجيله بالصك العقاري.

لكن، حيث إن الفصل 22 من ق.ل.ع لا ينحصر مجاله على الاتفاقات السرية المعارضة أي التي تقتضي وجود اتفاق عليه مخالف لها، بل يشمل جميع التصريحات المكتوبة سواء كانت اتفاقات معارضة له أم لا، مما يعني أن وجود عقدين في نفس الوقت ليس ضرورياً بل يكفي أن يكون ثمة عقد يضر بمصالح الغير الذي لم يكن له علم به.

وحيث إن المدعى عليها ما دامت قد فوتت حصتها في الصك العقاري عدد... بأن تبرعت بها لفائدة ابنها القاصر فإن عقد الهبة لا يلزم إلا طرفيه ولا يمكنه الإضرار بمصالح المدعية التي تعتبر أجنبية عن ذلك العقد ويكون من حقها بالتالي الطعن فيه بالصورية... وحيث إن الصورية ثابتة من خلال إقدام المدعى عليها على التبرع بحصتها في العقار المذكور لفائدة ابنها القاصر والتي تعتبر ولية شرعية له وقائمة على شؤونه وإدارة أمواله، وذلك تهرباً من الالتزامات الملقاة عليها بموجب عقد الكفالة وإضراراً بمصالح دائنيتها ومن بينهم المدعية مما يتعين معه الاستجابة إلى طلب هذه الأخيرة الرامي إلى إبطال عقد الهبة والتشطيب عليه من الصك العقاري...."

- حكم رقم 3558 بتاريخ 23 شتنبر 2003 في الملف رقم 2002/1/1384 غير منشور.

بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات القضائية ضده بصفته كفيلا للمدينة الأصلية، تكون قد جعلت قرارها الذي رفض الطلب بالعلة المذكورة فاسد التعليل الموازي لانعدامه وغير مرتكز على أساس وعرضته للنقض".⁴⁰

ويستفاد من القرار أعلاه أنه أعفى الدائن إثبات الضرر المنصوص عليه في الفصل 228 من ق.ل.ع، واعتبر أن الهبة المنجزة بين الكفيل وابنه بعد الحكم على المدين الأصلي قرينة كافية على نيته لإخراج أمواله من الضمان العام المخول لدائنيه طبقا للفصل 1241 من ق.ل.ع. ورتب على ذلك القول بصورتها. وفي نفس الإطار، أكدت محكمة النقض في قرار آخر لها أن: "القاعدة في قانون الالتزامات والعقود تقضي بأن أموال المدين ضمان عام لدائنيه، وأن للدائن حق التعرض على تصرف المدين في أمواله متى تبين له أن تصرفه من شأنه إضعاف الضمان حتى ولو لم يقيم بإجراء أي حجز تحفظي على أموال المدين، والمحكمة لما قضت بإبطال عقد الهبة على العقار موضوع الدعوى بعلة أن منح التزاما بكفالة شخصية ثم تصرف في عقاره المذكور بالهبة لزوجته وأبنائه فإنها جعلت لما قضت به أساسا وعللت قرارها بما فيه الكفاية"⁴¹.

وخلافا للاتجاه أعلاه، فقد سبق لأحد الأبنك أن تقدم بطلب يرمي إلى إبطال عقد البيع وبعدم مواجهته به بوصفه غيرا عن أطرافه ودائنا للطرف البائع، والحكم على المحافظ العقاري بالتشطيب عليه، فصدر بشأنه حكما برفض الطلب، وتم تأييده من طرف محكمة الاستئناف⁴² بعد أن أجرت بحثا حول موضوع العقار المبيع، وانتهت في تعليلها بوجود فرق شاسع بين دعوى الإبطال من أجل الصورية،

⁴⁰ - قرار عدد 638 صادر بتاريخ 2004/05/26 في الملف التجاري عدد 2002/12/967 - مجلة المنازعات العقارية - م س - العدد 3 - ص 150.

- ونظرا لأهمية هذا القرار من حيث طبيعة النقاش القانوني في مختلف المراحل القضائية، فإننا نورد وقائعه لتقريب الفكرة المتعلقة بطبيعة الرابطة التي تجمع بين المدين الأصلي والكفيل العيني، وكيفية استخلاص الصورية من خلال القرائن المحيطة بالقضية كالتالي: "حيث إن البنك الطالب التمس إبطال عقد الهبة استنادا إلى أن السيد (...) منحه كفالتين شخصيتين في حدود مبلغ 200.000 درهم لضمان أداء جميع المبالغ التي ستصبح بذمة مؤسسة (ط) بمقتضى عقدين مصادق على توقيعهما في 12/06/1978 و 04/06/1982 وأن قام بصفة صورية هبة الملك المسى "ن" لفائدة ابنه في 7 و 11/03/1997 لتنظيم إعساره وإخراج ذلك الملك من المتابعات القضائية إلا أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ألغت الحكم الابتدائي الذي أبطل عقد الهبة وقضت من جديد برفض الطلب معتبرة أن الهبة تمت قبل وقوع مطالبة الدائن للكفيل بالدين في 05/08/1999 وأن على البنك الطاعن إثبات أن المطلوب تصرف في عقاره إضرارا به في حين أن الفصل 1241 ق.ل.ع ينص على أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه وأن إبرام عقد الهبة بعد صدور الحكم على المدينة الأصلية ابتدائيا بتاريخ 15/06/1995 واستئنافيا بتاريخ 15/01/1996 يستشف منه أن إرادة الطاعن كانت تهدف لإبعاد الملك من ذمته المالية للظهر بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات القضائية ضده بصفته كفيلا للمدينة الأصلية، مما يكون معه القرار الذي رفض الطلب بالعلة المذكورة فاسد التعليل الموازي لانعدامه وغير مرتكز على أساس وعرضه للنقض".

⁴¹ - قرار عدد: 393 مؤرخ في: 20/05/2014 ملف شرعي عدد: 2012/1/2/367 (غير منشور).

⁴² - قرار عدد 1/2576 الصادر بتاريخ 17/04/03 في الملف عدد 00/7520 (غير منشور).

والدعوى البوليانية⁴³، وأن الفصل 1241 من ق.ل.ع لا ينص على الإبطال، وأنه كان على البنك أن يطالب بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه بدل أن يطالب بإبطال البيع.

غير أن محكمة النقض⁴⁴ قضت بنقض قرار محكمة الاستئناف، وقررت الحق في ممارسة الدعوى البوليصية أو البوليانية في غياب أي نص تشريعي منظم لها من خلال الحيثيات التالية:

"حيث التمس البنك الطالب من المحكمة التصريح بإبطال عقد البيع المبرم بين المطلبين، وبعدم مواجهته به، لما لهذا التصرف من إنقاص للذمة المالية لمدينه البائع، ولكون البنك غيرا بالنسبة لهذا العقد الصوري تبعا للفصلين 22 و1241 من ق.ل.ع، فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها بتأييد الحكم الابتدائي القاضي برفض الطلب، ودون أن تناقش توفر عناصر الصورية من عدمها معتبرة: "أن الإبطال لا يكون له محل طبقا لمقتضيات الفصل 311 من ق.ل.ع إلا في الفصول 4 و39 و55 و56 منه أو في حالات أخرى يحددها القانون، والفصل 1241 المتمسك به لا ينص على الإبطال حتى يعتبر من حالاته التي نص عليها القانون، فكان على البنك المستأنف أن يطالب بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه كدائن، لا أن يطالب بإبطال البيع"، في حين، وما دام الفصل 311 المذكور يشير إلى الحالات الأخرى التي يحددها القانون، فإن الفصل 1241 المذكور، وإن لم ينص صراحة على إبطال التصرفات المؤدية لإضعاف الذمة المالية للمدين تجاه دائنيه، لما اعتبر أن جميع أموال المدين تشكل ضمانا عاما، فإن مؤداه هو المطالبة بإبطال هذه التصرفات، إن أثبت الدائن صوريتهما، أما ما أتى به القرار من لزوم المطالبة بعدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه، فإنه علاوة عن أن البنك التمس في مقاله الافتتاحي الحكم كذلك بعدم مواجهته بعقد البيع الصوري، فإن ما ذكره الدعوى البوليصية التي هي دعوى عدم نفاذ التصرف المدين في حق دائنه، غير المنظمة من طرف المشرع المغربي، وبذلك جاء قرارها متسما بفساد التعليل المنزل منزلة انعدامه مما يعرضه للنقض".

وترتبا على ذلك، يبقى نفس السؤال مطروحا بخصوص وجوب إعداد زوج المدين الخاضع للتسوية أو التصفية القضائية جردا بأمواله الشخصية وفق قواعد نظام الزواج الذي يطبق عليه، لا سيما أن مدونة التجارة قد خولت للسنديك أن يطلب بعد إثباته بكل الوسائل أن الأملاك التي يملكها زوج المدين أو أبناؤه القاصرون قد اشترت بقيم دفعها هذا الأخير، ضم تلك الممتلكات إلى باب الأصول، الشيء الذي

⁴³ - وتسمى أيضا بالدعوى غير المباشرة، وتعني تلك الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين مدينه للمطالبة بحق مدينه. ولعل العلة القانونية التي تسمح بقبول مباشرة هذا النوع من الدعاوى هي اعتبار الدائن نائبا عن مدينه في مقاضاة مديني المدين، مع العلم أن مصدر هذه النيابة هو القانون.

وتجدر الملاحظة أن المشرع المغربي لم ينص على الدعوى البوليصية أو البوليانية خلافا لباقي التشريعات المقارنة كفرنسا (المادة 1167 من ق م م ف) ومصر (المادة 143 من ق م).

ونشير إلى أن هذه الدعوى تسمى أيضا بدعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الذي يتضرر من تصرفات مدينه الرامية إلى إضعاف ونقص الضمان العام بسوء نية".

⁴⁴ - قرار محكمة النقض عدد 101 المؤرخ في 2005/2/2 في الملف التجاري عدد 2003/2/3/1642 مجلة المنازعات العقارية - عدد 3 ص 117.

يطرح إشكالية الحماية القانونية لحقوق الأغيار المقيدين بحسن نية بالرسم العقاري. فهل يمكن للسنديك طلب إجراء تقييد احتياطي للدعوى الموجهة ضد الولي الشرعي الخاضع لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية حتى تتأتى له المحافظة على حقوق الدائنين بأثر رجعي؟ وما هي الآثار المترتبة عن تفويت القاصرين لعقاراتهم المحفوظة بعد الحكم المذكور؟

نعتقد أن دعوى السنديك الرامية إلى ضم أموال القاصرين إلى أصول المدين الخاضع لمسطرة التسوية أو التصفية شأنها شأن باقي الدعاوى العقارية الرامية إلى استحقاق حق عيني عقاري، ولا يمكن أن يحتج بها في مواجهة الأغيار إلا من تاريخ تقييدها احتياطيا عملا بمقتضيات المادة 13 من مدونة الحقوق العينية. ومن ثم فإن إغفال القيام بهذا الإجراء يترتب عنه إهدار حفظ الحق بأثر رجعي عند التقييد النهائي للحكم الذي يمكن أن يصدر وفق طلب السنديك، الأمر الذي يلحق بالتالي الضرر بالدائنين الذين يعولون على قيمة أصول المدين.

ذلك أن القاصرين المالكين المقيدين بالرسم العقاري يمكنهم تفويت حقوقهم إلى الأغيار الذين يسجلون بحسن نية بعد الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية، فتتحصن حقوقهم من الطعن فيما طبقا للمادة 678 من مدونة التجارة. إذ إن صلاحية السنديك في طلب ضم أموال القاصرين إلى الأصول، لا يمكن أن تمتد إلى الغير الذي انتقلت إليه تلك الحقوق طالما أنه يجهل وضعيته سلفه، ويتمسك بقرينة حسن النية المفترضة فيه من طرف المشرع.

لذلك، فإن تحقيق الحماية للمقاولة وللدائنين يقتضي من السنديك الإسراع بضرورة تقييد مقال الدعوى المذكورة احتياطيا بالرسم العقاري، حتى تتأتى الاستفادة من مزية الأثر الرجعي في حفظ الحقوق من جهة، ويهدم قرينة حسن النية المفترضة في الغير الذي يسجل لاحقا على التقييد الاحتياطي من جهة أخرى.

ثانيا: الإعلان عن الشفعة كمعيار لإثبات سوء نية المشفوع منه.

عرف المشرع المغربي الشفعة⁴⁵ بمقتضى المادة 292 من مدونة الحقوق العينية بأنها: "أخذ شريك في

⁴⁵ - الشفعة لغة - بضم الشين والسكون والفاء - مشتقة من لفظ شفع، بمعنى ضم. ويقال شفع الشيء يشفعه أي صيره زوجا إذا أضاف إليه مثله ويقال: كان وترا أي فردا، فشفعه بأخر أي قرنه به وضمه إليه فصار شفعا. ويرى علماء اللغة أن كلمة الشفعة مشتقة إما من الزيادة. أو من الضم، أو من الإعانة، إذ جاء في لسان العرب ما يلي: سئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة، فقال الشفعة الزيادة، وهو أن يشفعك مما تطلب حتى ترضيه إلى ما عندك فتزده، وتشفعه بها أي أن تزده بها، أي أنه كان وترا واحدا فضم إليه ما زاده وشفعه به، ثم قال: وهي مشتقة من الزيادة، لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، كأنه كان واحدا وترا فصار زوجا شفعا.

أما الشفعة في الاصطلاح هي أخذ شريك على الشيع عقارا من شخص ملكه اللازم اختيارا بعوض بمثل الثمن أو القيمة، فقله تجدد ملكه أي على الشفيع، فقول التعريف بعوض يتعلق بتجدد، وبمثل الثمن يتعلق بأخذ.

(راجع: كتاب البهجة للفقهاء التسولي - ص 152).

- للمزيد من التفصيل حول تعريف الشفعة انظر:

- سليمان الحمزاوي: أحكام الشفعة والصفقة - سلسلة دروس المعهد الوطني للدراسات القضائية - منشورات تنمية البحوث والدراسات سنة 1983 - ص 7.

- أحمد الخريصي: أحكام الشفعة في التشريع المغربي - ص 4.

ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصروفات العقد اللازمة والمصروفات الضرورية والنافعة عند الاقتضاء".

وأضاف مقتضيات المادة 308 من نفس المدونة على أنه: "إذا أضاف المشفوع منه شيئاً في الحصة المشفوعة من ماله بأن بنى أو غرس فيها فإن قام بذلك قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة طبقت الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير بإذنه أو شبهة ملك، أما إذا قام بذلك بعد إعلان الرغبة في الشفعة فتطبق الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير دون إذن".

ويستفاد من هذا المقتضى التشريعي، أن المشفوع منه يصبح سيئ النية من تاريخ توصله بالإعلان عن الشفعة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة 304 من نفس المدونة أعلاه، ويخضع بالتالي للأحكام المنصوص عليها ضمن المادة 237 من نفس المدونة.⁴⁶

ومعلوم أن الإعلان عن الرغبة في ممارسة الشفعة من طرف الشفيع يعتبر من الإجراءات الأساسية التي تنبني عليه بقية الإجراءات الأخرى التي لا يمكن اتخاذها في غيبته، وهو تعبير عن إرادة الشفيع في أن يأخذ الحصة المبيعة من مشتريها.

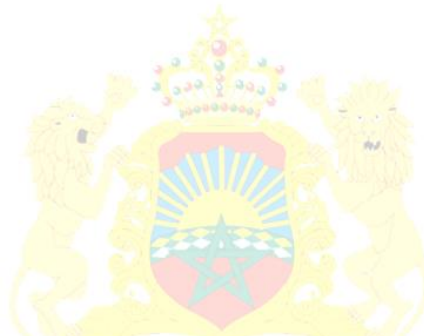
وبما أن الإعراب عن الإرادة المنفردة لا يكون له أي أثر في مواجهة الطرف الآخر في عملية الشفعة إلا إذا بلغ له بصورة قانونية، فإن الإعلان عن الشفعة يجب أن يتم داخل الأجل ووفق الشكلية المحددة قانوناً حتى يمكن اعتبار الشفيع قد مارس حق الشفعة في مواجهة المشفوع منه بطريقة صحيحة من الناحية القانونية عملاً بمقتضيات المادة 306 من مدونة الحقوق العينية التي يجري سياقها على أنه: "يجب على من يرغب في الأخذ بالشفعة أن يقدم طلباً إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يعبر فيه عن رغبته في الأخذ بالشفعة، ويطلب فيه الإذن له بعرض الثمن والمصروفات الظاهرة للعقد عرضاً حقيقياً ثم بإيداعهما في صندوق المحكمة عند رفض المشفوع منه للعرض العيني الحقيقي، وأن يقوم بذلك داخل الأجل القانوني وإلا سقط حقه في الشفعة".

ومع ذلك، فإن تاريخ الإعلان عن الشفعة لازال يطرح أكثر من تساؤل على مستوى الواقع، فهل تاريخ هذا الإعلان - الذي يترتب عنه سوء نية المشفوع منه - يبتدئ من تاريخ تقديم طلب الإذن بالعرض العيني للثمن والمصروفات الظاهرة لعقد شراء المشفوع منه؟ أم تاريخ رفض العرض العيني من طرف المشفوع منه؟ أم من تاريخ طلب الإذن بفتح حساب بصندوق المحكمة لإيداع المبالغ المذكورة؟ أم من تاريخ الإيداع الفعلي لتلك المبالغ بصندوق المحكمة؟

⁴⁶ - تنص المادة 237 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "إذا قام أحد بإحداث أغراس أو بنايات أو منشآت عن سوء نية وبدون علم مالك العقار، فلهذا الأخير الحق إما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما إلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء أو المنشآت.

أما إذا أحدثت الأغراس أو البناءات أو المنشآت من طرف شخص انتزعت منه الأرض في دعوى استحقاق ولم يحكم عليه برد ثمارها نظراً لحسن نيته فإن مالك العقار لا يمكنه أن يطالب بإزالة المنشآت أو الأغراس أو البناءات المذكورة، غير أنه يمكن له الخيار بين أن يؤدي قيمة المواد مع أجره اليد العاملة، أو أن يدفع مبلغاً يعادل ما زيد في قيمة الملك".

وجواباً على ذلك، فإننا نعتقد أن الصياغة التشريعية للمادة 304 أعلاه توحى بأن المشفوع منه يعتبر سيء النية ابتداءً من تاريخ تقديم الشفيع لطلب يعبر فيه عن رغبته في الأخذ بالشفعة والإذن له بعرض الثمن والمصاريف الظاهرة للعقد على المشفوع منه، وبالتالي فإن هذا الأخير إذا أضاف شيئاً في الحصة المشفوعة من ماله بأن بنى أو غرس فيها بعد تقديم الشفيع للطلب الموماً إليه تطبق في حقه أحكام الباني والغارس في أرض الغير بدون إذن، مع إعفاء الشفيع من أداء قيمتها كشرط شكلي للحكم باستحقاقه للشفعة. وهذا ما أكدته العمل القضائي قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ⁴⁷ معتبرة أن الشفيع غير ملزم بإيداع المبالغ المضمنة بالفواتير الحاملة لتاريخ لاحق على تاريخ طلب الإذن بالعرض العيني للشفعة، ورتبت على ذلك صحة العرض العيني والإيداع الفعلي واستحقاق المدعي لشفعة الحصة المبيعة.



⁴⁷ - حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش في الملف رقم 2011/1401/617 بتاريخ 2012/03/01 غير منشور جاء فيه معرض حيثياته ما يلي: ".... وحيث في ملف النازلة فإن المدعي الشفيع يعتبر مالكا على الشيع في الرسم العقاري المشفوع فيه بنسبة 314/108، ومارس مسطرة الشفعة في البداية عندما قام بعرض ثمن البيع على المدعي عليه أعلاه حسب محضر المنجز من طرف العون القضائي (ع ش) بتاريخ 2011/7/4 بناء على الأمر الصادر عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2011/06/10 ملف عقود مختلفة عدد 11/1109/3577، كما قام بإيداع الثمن والمصاريف بصندوق المحكمة بتاريخ: 2011/07/14 وقدرها 1.075.000,00 درهم بناء على إشهاد الموثق الذي أنجز عقد البيع، كما أودع بتاريخ 2011/11/28 مبلغ 600 درهم كتكملة للمصاريف بعدما نازع المدعي عليه في القيمة الحقيقية للمصاريف وأثبتها بإشهاد من نفس الموثق المحرر لعقد البيع المذكور.

وحيث من الثابت فقها وقضاء أنه يكفي لصحة العرض العيني أن يقوم طلب الشفعة بأداء الثمن والمصاريف التي تعرف عليها، وأن عدم أدائه المصاريف والنفقات التي لم يكن بوسعها التعرف عليها عند تقديمه العرض العيني لا يحول دون صحة طلبه حسبما أكدته المجلس الأعلى في قراره رقم 144 صادر بتاريخ 1978/3/1 ملف مدني عدد 53403 منشور بمؤلف د. عبد العزيز توفيق "قضاء المجلس الأعلى في الشفعة"، ص 25 طبعة أولى سنة 1999.

وحيث من جهة أخرى، فإن الفصل 25 أعلاه ولئن كان ينص على وجوب إيداع الثمن والمصاريف الظاهرة وقيمة التحسينات كشرط لممارسة حق الشفعة، فإن المدعي عليه لم يثبت أن الإصلاحات التي قام بها لها طابع التحسينات المشار إليها في الفصل 25 من ظهير 1915/6/2، والمنظمة بشكل دقيق في الفقه المالكي الذي يجري تطبيقه على العقارات المحفظة بمقتضى الفصل 34 من نفس الظهير المذكور. ومن ثمة فإن الشفيع غير ملزم بإيداع المبالغ المضمنة بالفواتير المحتج بها من قبل المدعي عليه والتي تحمل تاريخ 2011/10/03 وهو تاريخ لاحق على تاريخ العرض العيني لمبالغ الشفعة على المدعي عليه وهو 2011/06/10. وعليه فإن العرض العيني والإيداع الفعلي قد تمت مباشرتهما بصفة قانونية، مما يبقى معه طلب المدعي وجهاً ويكون بالتالي حرياً بالتصريح بالاستجابة له."