

العنوان:	الحقوق المستثناة من التقييد في السجل العقاري
المصدر:	أشغال الندوة العلمية: القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين - دراسات مهداة تكريماً للأستاذ محمد الشافعي
الناشر:	كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بمراكش
المؤلف الرئيسي:	مومن، محمد
المجلد/العدد:	مج1
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2017
مكان انعقاد المؤتمر:	مراكش
الهيئة المسؤولة:	كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بمراكش
الصفحات:	247 - 280
رقم MD:	876752
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	العقارات، التحفيظ العقاري، السجل العقاري، المغرب
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/876752

الحقوق المستثناة من التقييد في السجل العقاري

محمد مومن

أستاذ التعليم العالي - كلية الحقوق بمراكش

مقدمة

يهدف نظام التحفيظ العقاري إلى تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به¹، ولا يمكن اكتساب أي حق عيني بعد ذلك عن طريق التقادم سواء تعلق الأمر بالتقادم المكسب أو المسقط²، وهو بمثابة حالة مدنية للوضعية القانونية والمادية للعقار³، يمنحه حجية تامة وقوة إثبات وتطهير من جميع الحقوق غير المدلى بها أثناء جريان مسطرة التحفيظ، فمالك تثبت له ملكية عقاره مطهرة ونهائية وغير قابلة للطعن بمجرد صدور قرار التحفيظ من قبل المحافظ العقاري وفقا للفصلين الأول و62 من ظهير التحفيظ العقاري⁴.

وتكون للتقييدات الواردة على السجل العقار بعد ذلك آثار إنشائية تكون إما إيجابية أو سلبية، فهي إيجابية لأنها تجعل الحق موجودا بهذا التقييد، حيث يعتبر الرسم العقاري نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية

¹ الفصل الأول من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).

² ينص الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري على أن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفوظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري.

³ - Jacques Caillé, "La procédure juridique de l'immatriculation foncière au Maroc", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, p. 17.

⁴ ينص الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري على أنه: "يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفوظ خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه: تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به؛ تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك، في الرسم العقاري المؤسس له."

- ينص الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري على: "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة."

والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة¹ وتكون بالمقابل سلبية لأن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية²، حتى تشطب لسبب من الأسباب، ولا تنتج الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري³.

ونشير إلى أن قاعدة التطهير لها علاقة بقرار التحفيظ، وليس بتأسيس الرسم العقاري فكل تحفيظ ينتج عنه تطهير، وكل تأسيس للرسم العقاري لا يتمتع بالتطهير إلا إذا كان نتيجة للتحفيظ لأن هناك حالات ينشأ عنها تأسيس لرسم عقاري تبعا لبعض التصرفات اللاحقة للتحفيظ كالقسمة أو البيوعات الجزئية أو المفرزة. وفي مثل هذه الحالات، لا يعتبر الرسم المؤسس مطهرا بل يمكن إلغاؤه والتشطيب عليه اتفاقا أو قضاء، لأن وجوده جاء نتيجة لتقييد على رسم آخر، ولذلك يسري عليه ما يسري على التقييدات عموما.⁴

وإذا كان المشرع المغربي قد كرس قاعدة الأثر الإنشائي للتقييد، فإنه اعترف لبعض الحقوق العينية بوجود قانوني وبآثار عينية بغير تقييد سواء

¹ الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري.

² الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري.

³ الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري.

⁴ - قرار محكمة النقض عدد 5292 بتاريخ 2011/12/06؛ منشور بمجلة ملفات عقارية؛ العدد الثاني، ص، 190، حيث تم نقض قرار محكمة الاستئناف بعلّة أن "الملك الذي تكون له الصفة النهائية ولا يقبل الطعن ويظهر الملك من جميع الحقوق السالفة غير المسجلة بالرسم العقاري طبقا للفصلين 2 و 62 من ظهير 1913/08/12 المتعلق بالتحفيظ العقاري، إنما هو الرسم الذي ينشأ ويترتب عن مسطرة التحفيظ المحمية بالإشهار والعمومية، وبآجال التعرضات من طرف من له الحق في ذلك بدءا من مطلب التحفيظ وما يعقبه من مساطر قضائية وإدارية إلى أن ينشأ رسم عقاري، أما الرسم العقاري المستخرج عن طريق التجزئة كما بالنزلة فإنه لا يتمتع بالحصانة المنصوص عليها بالفصلين 2 و 62 من ظهير 1913/08/12".

وأیضا قرار محكمة النقض عدد 285 بتاريخ 2002/01/22؛ منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 60/59؛ ص: 41 تبنت فيه رد قرار محكمة الاستئناف الذي جاء فيه: "الرسم العقاري المستخرج عن طريق التجزئة لا يتمتع بالحصانة المنصوص عليها في الفصلين 2 و 62 من ظهير 12 غشت 1913 الذين يضيفان الصفة النهائية والقطعية على رسوم التملك، بل يكون قبلا للتغيير وخاضعا لمقتضيات الفصلين 69 و 91 من الظهير".

- قرار محكمة النقض عدد 2421 بتاريخ 1995/04/27؛ منشور بمجلة المحاكم المغربية؛ العدد 81؛ ص: 114.

بين طرفي العلاقة القانونية أم تجاه الغير¹، ومعنى ذلك أن تلك الحقوق خارجة عن نطاق القوة السلبية للسجل العقاري، أي تلك القوة التي تسلب الحق العيني وجوده تجاه الغير وآثاره العينية بين طرفيه، ما لم يقترن بالتقييد.

وبالمقابل، توجد حقوق مشهورة بالتقييد تتمتع بالقوة الإيجابية للسجل العقاري، ومع ذلك تعتبر غير موجودة باسم صاحبها رغم استمرار تقييدها باسمه.

وهناك حالات أخرى لا تتعلق بتقييد أو عدم تقييد حق عيني، بل تتعلق بتقييدات أو بيانات يجب إشهارها كذلك، ليس لغرض إحداث أثر لها، بل لأغراض أخرى، فيفقد تدوينها على رسم الملك قيمته الإشهارية الإيجابية حتى ولو استمر وجوده على رسم الملك، ومنها التقييدات الاحتياطية المنقضية قانونا، والحقوق الشخصية القابلة للتقييد، والأحوال المدنية لصاحب الحق العيني وغيرها، وهي ليست محل هذه الدراسة.

ولم يضع المشرع المغربي نصا عاما يستثني بموجبه بعض الحقوق من الآثار الإنشائية للتقييد في السجل العقاري، سواء الإيجابية أو السلبية، وإنما وردت في نصوص خاصة، أو أن المنطق القانوني في تأويل النصوص يوجب اعتبار بعضها مشمولا كذلك بالاستثناء، شريطة أن لا تكون منافية لأهداف وغايات نظام السجل العيني، باعتباره وحدة متماسكة ومتكاملة.

وتختلف الأسباب التي دعت إلى استثناء بعض الحقوق من الآثار الإنشائية للتقييد في السجل العقاري من حالة لأخرى، وسنحاول عند ذكر كل حالة، ربطها بعلّة استثنائها، مقسمين هذه الدراسة إلى مبحثين على الشكل التالي :

المبحث الأول: استثناءات من الأثر السلبي للتقييدات العقارية.

المبحث الثاني : استثناءات من الأثر الإيجابي للتقييدات العقارية.

¹ المقصود بالغير في مدلول قانون التحفيظ العقاري هو كل من لا تربطه علاقة بطلب التحفيظ أي كل من سوى الخلف العام والخلف الخاص والدائنين، أو أصحاب حقوق عينية مترتبة على العقار موضوع التحفيظ.

المبحث الأول

استثناءات من الأثر السلبي للتقييدات العقارية

تعني هذه الاستثناءات أن هنالك حقوقا عينية كان يجب أن تقيد لكي تنتج آثارها بين الطرفين وتعتبر موجودة تجاه الغير، غير أن القانون أعفاها من التقييد، واعتبرها موجودة تجاه الكافة، ومنتجة لآثارها، دون أن تقيد أو قبل أن تقيد في رسم الملك، وهي بذلك على نوعين: الأول يتعلق بحالات يعتبر فيها الحق العيني موجودا ومرتبا على عقار محفظ رغم عدم تقييده (المطلب الأول)، والثاني ينصب على حالات يعتبر فيها الحق العيني رغم كونه خاضعا للتقييد موجودا وقائما قبل تقييده (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الحقوق العينية التي تعتبر موجودة رغم عدم تقييدها

خرج المشرع عن مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد من خلال اعتبار بعض الحقوق موجودة ومنتجة لآثارها القانونية بالرغم من عدم تقييدها بالرسم العقاري نظرا لاعتبارات المصلحة الخاصة، وتتمثل هذه الإستثناءات فيما يلي:

أولا : الارتفاقات الطبيعية والقانونية وكل ما هو ضروري لاستعمالها وصيانتها.

ثانيا : الحقوق المقررة على بعض الأملاك.

ثالثا : الامتيازات العقارية.

رابعا : الضرائب ورسوم التسجيل والتنبر.

الفقرة الأولى : الارتفاقات الطبيعية والقانونية وكل ما هو ضروري لاستعمالها وصيانتها من أعمال ومنشآت

عرف المشرع الإرتفاق¹ بأنه " حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر"²، وينشأ إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو بحكم القانون أو باتفاق المالكين³.

ويهمنا في هذا المقام الارتفاقات الطبيعية والارتفاقات القانونية. فالارتفاقات الطبيعية تعتبر تحملا تفرضه الوضعية الطبيعية للأماكن على عقار لفائدة عقار مجاور⁴، ومثاله أن تتلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي التي تعلوها دون أن تساهم يد الإنسان في إسالتها، ولا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا السيل، كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على الأرض المنخفضة⁵.

أما الارتفاق القانوني، فهو تحمل يفرضه القانون على عقار، ويمكن أن يقرر لمنفعة عامة أو خاصة⁶، وهو يحتاج إلى وجود نص قانوني يحدد نوع الارتفاق ومجاله ليصبح ملزما للغير. فالفقرة الثالثة من المادة 15 من القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء⁷، أوجبت على الملاك استقبال المياه التي يمكن أن تسيل من الأراضي المسقية مع احتفاظهم بالحق في المطالبة بالتعويض، إذا استوجب الأمر ذلك".

¹ لمزيد من التفصيل راجع مؤلفنا : حقوق الارتفاق في القانون المغربي - المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش - 2002.

² المادة 37 من مدونة الحقوق العينية.

³ المادة 38 من مدونة الحقوق العينية.

⁴ المادة 39 من مدونة الحقوق العينية.

⁵ المادة 61 من مدونة الحقوق العينية.

⁶ المادة 40 من مدونة الحقوق العينية.

⁷ القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.113 بتاريخ 6 ذي القعدة 1437 (10 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6494 بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)، ص، 6305.

وقد كان الفصل 109 من ظهير 19 رجب 1331 في فقرته الثانية يعفى "من الإشهار الارتفاقات الناشئة عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو عن الالتزامات التي يفرضها القانون..."، وأكد القضاء ذلك، حيث أصدرت محكمة الاستئناف في الرباط بتاريخ 1950/3/4¹ قرارا يقضي بأن مرور المياه في ساقية موجودة في ملك خاص بسبب وضعية الأماكن الطبيعية من حيث إن المسيل يجري نتيجة الإنحدار وبواسطة خندق قائم منذ القدم يشكل ارتفاعا طبيعيا غير خاضع للشهر، وبالتالي فإن صاحب العقار الذي تمر فيه الساقية ملزم بالتقيد بهذا الإرتفاق رغم عدم وجود الإشارة إليه في رسم الملكية.

وبالرغم من عدم نص مدونة الحقوق العينية صراحة على مثل هذا المقتضى، فإن صاحب العقار الذي يفرض القانون عليه هذه الارتفاقات الطبيعية والقانونية ملزم بالتقيد بها رغم عدم وجود الإشارة إليها في رسم الملكية، لأن وجودها مسألة واقعية لا يمكن لأي كان أن ينازع فيها أو يدفع بعدم نفاذها في مواجهته، وأنها تعتبر موجودة بقوة القانون لا بقوة التقيد، ولا جهل في القانون، وأنها في الحقيقة تقيد النطاق المادي لممارسة حق الملكية، عندما توجد هذه الملكية في الظروف والشروط المحددة بذلك النص، فهي تحملات تشكل نوعا من القيود القانونية الواردة بصفة دائمة على بعض العقارات لصالح عقارات أخرى، باستثناء بعض الارتفاقات القانونية التي تمثل فعلا طبيعة الارتفاق، مثل حق المرور المقرر للعقار المحصور.

الفقرة الثانية : الحقوق المقررة على بعض الأملاك

تشمل الحقوق المترتبة على الأملاك العامة أو الأوقاف أو أراضي الجماعات السلالية أو الحقوق المنجمية أو تلك المكتسبة على المياه العامة.

¹ قرار رقم 4157 بتاريخ 4 مارس 1950 منشور في قرارات محكمة الاستئناف الرباط لسنوات 1949 إلى 1956، تعريب محمد العربي المجبود، ص، 55.

أولا : الأملاك العامة

اعتبرت المحكمة الإدارية بفاس في حكم صادر عنها بتاريخ 2002/12/10⁽¹⁾ أن : " المقصود فقها وقضاء بالأموال العامة، سواء كانت للدولة أو للجماعات أو للمؤسسات العمومية، هي تلك الوسائل المادية التي تستعين بها الجهات الإدارية على ممارسة نشاطها خدمة للصالح العام ويشترط لاعتبارها أموالا عامة أن تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون من جهة أخرى، والتخصيص بالفعل معناه رصد المال لاستعمال العموم مباشرة. أما التخصيص بالقانون، فهو متى ينص القانون على اعتبار مال معين من الأموال العامة".

وتكون هذه الأملاك غير قابلة للتصرف فيها من طرف الخواص، سواء عن طريق التحفيظ أو غيره، ولا تسري عليها القاعدة التطهيرية، وما يترتب عنها من نهائية²، ومن ذلك شواطئ البحر، والموانئ، والقناطر، والسدود، والطرق والبحيرات...³ حيث أشار الفصل 4 من ظهير 1914 إلى عدم إمكانية تملك هذه الأملاك بالحيازة مهما طالت مدتها ولا تقبل التصرف، ومن ثم لا ينفع الاستدلال على تملكها بقاعدة التطهير، وهو ما أكده القضاء المغربي حيث ذهب إلى أن: "رسم الملكية ليس محصنا ضد التعرض عليه من قبل الأملاك العامة إذا أثبتت حقها، وبالتالي فإن القاضي هو ذو صلاحية بترحيل صاحب البيت البحري المشيد على كثبان من الرمل يعتبر من الأملاك العامة البحرية..."⁴.

¹ حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 833 صادر بتاريخ 2002/12/10، منشور بسلسلة دلائل التسيير، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 16، 2004، ص 605.

وفي نفس الاتجاه، جاء في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بوجدة ما يلي: "وحيث إنه إذا كان المال العام هو ما تملكه الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها من عقارات ومنقولات مخصصة بالفعل أو بمقتضى القانون للنفع العام وخدمة المصلحة العامة وتسيير المرفق العام...".

- أمر استعجالي عدد 2001/77 صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2002/01/24، منشور بسلسلة دلائل التسيير، م.س، ص 599.

² المختار بن أحمد عطار، التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، الطبعة الأولى 2008، ص: 86.

³ ظهير 7 شعبان 1332 الموافق 1 يوليوز 1914، المتعلق بالملك العمومي للدولة بتاريخ 17 يوليوز 1914، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 63، ص: 209.

⁴ قرار استئنافية الرباط بتاريخ 1941/4/5، نشرة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط لسنة 1941، ص: 157.

وفي حالة تأسيس الرسم العقاري في اسم أحد الأفراد أو الخواص، فإن للإدارة الوصية على العقار المحفظ القيام بمباشرة دعوى أمام القضاء العادي لتقييد اسمها في الرسم العقاري بدل المقيّد فيه بعد التشطّيب عليه.

ثانيا : الأملاك الوقفية العامة

إن الأملاك الحبسية العامة وحقوق الارتفاق المقررة لخدمة العقارات الحبسية لا يمكن اكتسابها بالتقادم، ولا يسري عليها التطهير رغم تقييدها في السجل العقاري، ولا يمكن مواجهة الأوقاف بقاعدة الأثر الإنشائي للتقييد العقاري متى ثبت أن العقار محبس، حيث تنص المادة 54 من مدونة الأوقاف على أن : "...الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين.

وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوف وقفا عاما بناء على الحكم القضائي الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيّد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في اسم الأوقاف العامة".

فالاستثناء هنا محصور في الأوقاف العامة والأوقاف المشتركة التي تخضع لنفس الأحكام المطبقة على الأموال الموقوفة وقفا عاما طبقا المادة 129 من مدونة الأوقاف. أما الوقف المعقب¹، فهو لا يشكل استثناء من مبدأ المذكور، ولا يمكن التمسك به للتشطيب على الحق العيني المقيّد بالرسم العقاري على ضوء عملية التحفيظ.

ثالثا : أملاك الجماعات السلالية

تخضع هذه الأراضي لظهير 27 أبريل 1919 الذي نص فصله الرابع على أن الأراضي الجماعية لا تملك عن طريق التقادم ولا تقبل التصرف فيها

¹ تنص المادة 108 من مدونة الأوقاف على أنه : " يعتبر وقفا معقبا ما وقف على ولد أو عقب أو نسل أو ذرية المحبس أو غيره. ويعتبر وقفا مشتركا ما وقف ابتداء على جهة عامة وعلى شخص بذاته أو عليه وعلى عقبه".

ولا الحجز عليها¹.

رابعاً : الحقوق المنجمية

تخضع هذه الحقوق للحفاظ وفق مسطرة خاصة، إذ تصدر رخصة التنقيب والاستغلال بناء على قرار من مدير المعادن والجيولوجية لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد، وبناء عليها يتم التقدم للمحافظة لطلب التحفيز.

غير أن الرسم المنجمي الناتج عن هذه المسطرة لا يرقى لمرتبة الرسم العقاري المعروف، إذ ينتهي ويشطب عليه بانتهاء مدته، ومنه فمقتضيات الفصلين 2 و62 من ظهير التحفيز العقاري لا محل لها للتطبيق على هذا النوع من الرسوم إلا بشكل نسبي بحكم التأقيت الذي يميزه.

خامساً : المياه العامة

تعتبر المياه في المغرب من أملاك الدولة العامة، ويترتب على ذلك إخضاعها لمبادئ القانون العام وبالأخص مقتضيات القانون الإداري وليس مقتضيات القانون الخاص، وينتج عن هذا الإخضاع عدم إمكانية التصرف بالمياه العامة، أو تملكها عن طريق وضع اليد أي التقادم المكسب، أو الحجز عليها.

ولا يكون للأفراد إلا اكتساب حقوق خاصة على هذه المياه، وتخضع في ذلك لمقتضيات المخططات التوجيهية المندمجة لموارد المياه، ولا يمكن تجريدهم منها إلا بموجب مسطرة نزع الملكية.

ويتم تثبيت هذه الحقوق الخاصة المكتسبة وفق إجراءات إدارية أو عند الاقتضاء بواسطة القضاء، ويجوز تقييد هذه الحقوق الخاصة في السجل العقاري، غير أن التقييد ليس هو الذي ينشئ الحق المكتسب على المياه العامة، بل يعتبر هذا الحق قائماً وموجوداً لمجرد الاعتراف به إدارياً أو قضائياً، وما تقييده الاختياري إلا مجرد ربط المياه بالأرض المحفظة والوصول

¹ راجع مؤلفنا : أملاك الجماعات السلاوية وأراضي الجيش في المغرب، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، الرباط، 2014

عن هذا الطريق لتعزيز شأن هذه الأرض ورفع قيمتها.

الفقرة الثالثة : الامتيازات العقارية

إن الامتياز العقاري هو من الحقوق العينية العقارية، ولكنه من الحقوق العينية التبعية¹، أي من الضمانات العينية التي قررها القانون نفسه على عقار الشخص المدين وذلك لأسباب واعتبارات تتعلق بصفة مميزة للمدين نفسه²، فلا يمكن إذن إحداث حقوق امتياز بالاتفاقات، أو بتوسيع الاجتهاد من القضاء.

ويخول الامتياز المقرر بالقانون للدائن حق استيفاء دينه بالأولوية على باقي الدائنين، سواء أكانت ديونهم عادية غير مقترنة بضمان، أو كانت ديونا مضمونة برهون رسمية³.

وقد حصر المشرع في المادة 144 من مدونة الحقوق العينية الديون التي لها وحدها امتياز على عقارات المدين في امتيازين عقاريين فقط، هما :
أولاً: المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه؛

ثانياً : حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها، ولا يباشر هذا الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات.

ويعفى هذان الامتيازان من كل إشهار أو تقييد في السجلات العقارية، حيث تنتج أثرها طبقاً للمادة 143 من مدونة الحقوق العينية، ولو لم تقيّد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون.

أولاً: امتياز المصاريف القضائية

يقصد بهذه المصاريف كل ما أنفق في سبيل تحقيق غاية بيع عقار المدين، وتوزيع ثمنه بين الدائنين، ويشترط فيها :

¹ المادتان 10 و 142 من مدونة الحقوق العينية.

² يعرف الفصل 1243 من ظهير الالتزامات والعقود الامتياز بأنه : " حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظراً لسبب الدين".

³ الفصل 1244 من ظهير الالتزامات والعقود.

- أن تكون هذه المصاريف قد أنفقت في إجراءات قضائية من أجل بيع العقار وتوزيع ثمنه على الدائنين، ويدخل فيها المصاريف التي تنفق قبل قيام الدعوى، كمصروفات جرد أموال المدين ووضع الأختام عليها، لأن الغرض منها هو حفظ أموال المدين، وكذلك المصاريف أثناء قيام الدعوى، كتلك المتعلقة بإشهار البيع بالطرق القضائية ودفع مصاريف الخبرة لتحديد ثمن العقار، وغيرها من المصاريف.

- أن تكون الإجراءات المتخذة قانونية ويشترط لتكون هذه المصروفات ممتازة وقانونية أن يكون المشترك في الإجراءات مأمور قضائي أو خبير أو يكون حاصلًا على توكيل من كل أصحاب الشأن.

- أن تكون أيضا هذه المصروفات قد أنفقت في مصلحة الدائنين المشتركة أما المصاريف المنفقة حفاظا على مصلحة خاصة، فإنها لم تتمتع بهذا الامتياز.

- أن يكون هناك دائنين آخرين غير الدائن الذي قام بأداء المصروفات، وإلا فلا يوجد هنالك امتياز له بطبيعة الحال، وإما له الحق في أن يطالب بما أنفقه ويضيفه إلى دينه الأصلي.

أما إذا كان هنالك دائنون آخرون، فإن المشرع أخذ بعين الاعتبار أن المستفيد من هذه المصاريف هم جميع الدائنين الذين لم يكونوا ليستفيدوا لولا همة ذلك الدائن الذي قام بملاحقة العملية وأداء مصاريفها. لذلك خول المشرع درجة الامتياز للمصاريف القضائية التي أنفقها، حيث يستوفي من الثمن المتحصل ما أنفقه من مصاريف قضائية، ثم يجري توزيع الباقي بين الدائنين حسب مراتبهم، وإن كانت ديونهم مضمونة برهون، حيث لا يختلط حق الدائن في المبلغ الذي يستحقه بالامتياز على الآخرين بسبب إنفاقه على المصاريف القضائية، ودينه الأصلي الذي لا يمكن له أن يتقاضاه إلا على قدم المساواة مع الدائنين الآخرين أو حسب مرتبته إذا كانت الديون مضمونة برهون رسمية.

وتثار هنا مسألة ما إذا كان الامتياز يلحق العقار أم الثمن، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 144 من مدونة الحقوق العينية نجدها تتكلم صراحة عن الديون التي لها وحدها امتياز على عقارات المدين...، وبالتالي فهذا الامتياز يلحق العقار، وعلاوة على ذلك فإن الغاية من كل الحقوق العينية التبعية، هي في النتيجة تحصيل الدين المضمون من ثمن بيع العقار المرتهن بذلك الدين، فالقول إنه امتياز عقاري، يعني أنه امتياز محصور بالعقار أو بالعقارات فقط التي يجري بيعها بالمزاد، وتتحول من عقارات إلى نقود سائلة، علما بأن الامتياز العقاري قد ينصب على كل عقارات المدين حسب مبلغ الدين المطالب به، وقد يقتصر على بعضها فقط.

وهذا الامتياز معفى من التقييد بطبيعة الحال، لأنه لا يمكن تحديد مبلغ هذا الدين الممتاز إلا بعد تحويل العقار عن طريق بيعه بالمزاد إلى نقود سائلة.

ثانيا: امتياز المبالغ المستحقة للخرينة العامة

وهذا الامتياز مقرر بشروط أهمها:

1- يجب أن لا يباشر هذا الامتياز على عقارات المدين إلا عند عدم وجود منقولات، أو عند وجود منقولات لكنها غير كافية للوفاء بحقوق الخريضة العامة.

2- يجب أن لا يباشر هذا الامتياز إلا وفقا لما تقرره وتعيينه القوانين المتعلقة بالخرينة، وينتج عن ذلك أنه يجب أن تنص النصوص المنظمة لتحصيل ديون الخريضة على تمتع هذه الديون بامتياز عقاري.

وإذا كان الشرط الأول يبدو واضحا ومسائرا للمبدأ الذي نص عليه قانون المسطرة المدنية¹ في مجال التنفيذ والقاضي بضرورة البدء بالتنفيذ على المنقول، ولا يلجأ إلى التنفيذ على العقار إلا في حالة عدم كفاية المنقول. فإن

¹ ينص الفصل 445 من ق.م.م: "يباشر التنفيذ على الأموال المنقولة فإن لم تكف أو لم توجد، اجري على الأموال العقارية".

الشرط الثاني يتطلب البحث في النصوص الخاصة بالمنظمة لتحصيل ديون الخزينة العامة.

يتبين من مقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية في الباب السادس المتعلق بالضمان والامتيازات، أنها كرست مبدأ قيام امتياز الخزينة العامة أساساً على المنقول، لكنها لم تستبعد امتداد هذا الامتياز إلى العقار، فقد نصت المادة 67 من هذه المدونة على أنه : " إذا كانت المنقولات غير كافية أو منعدمة يمكن القيام بحجز العقارات وبيعها باستثناء العقار المخصص لسكنى المحجوز عليه وعائلته وذلك وفق الشروط المحددة في المادة 46...". كما أنها ركزت على العقار وليس على شخص المدين، بإقرار حق تتبع العقار واستخلاص قيمة الضرائب والرسوم بغض النظر عن مالك العقار أو حائزه، ووسعت من خلال المادة 106 من المدونة نطاق الضمان لاستخلاص الضرائب والرسوم المفروضة على العقارات، حيث تتمتع علاوة على ذلك بامتياز خاص يمارس على المحاصيل والثمار والأكرية وعائدات العقارات المفروضة عليها الضريبة أيا كان مالكوها.

الفقرة الرابعة : استثناءات تتعلق بالديون العمومية

حدد المشرع الديون العمومية في عدة أصناف أهمها :

- الضرائب والرسوم المماثلة ؛

- الديون العمومية الأخرى المفصلة ضمن المادة 2 من مدونة تحصيل الديون العمومية، وهي: حقوق التسجيل والتمبر والرسوم المماثلة، ومداخيل وعائدات الدولة، وحصيلة الاستغلالات والمساهمات المالية للدولة، والغرامات والإدانات النقدية؛

- الحقوق والرسوم الجمركية ؛

- سائر الديون الأخرى لفائدة الدولة والجماعات المحلية وهيأتها والمؤسسات العمومية التي يعهد بقبضها للمحاسبين المكلفين بالتحصيل، باستثناء الديون ذات الطابع التجاري.

وإلى جانب ما سبق ذكره بخصوص الامتياز العقاري المقرر للخزينة العامة الذي سبق دراسته في الفقرة السابقة، تتمتع هذه الديون بامتياز خاص يختلف حسبما إذا كانت الديون مباشرة ورسوما في حكمها أو مجرد ديون فقط، وحسبما إذا كانت الموجودات منقولات أو عقارات واقعة في ملك المدينين أو في ملك الغير.

وقد نصت على هذا الامتياز الخاص المادتان 105 و106 من مدونة تحصيل الديون العمومية، وهو بالنسبة لتحصيل الضرائب والرسوم يسري الامتياز على الممتلكات التالية :

- الأمتعة وغيرها من المنقولات التي يملكها المدين أينما وجدت.
- المعدات والسلع الموجودة في المؤسسة المفروضة عليها الضريبة، والمخصصة لاستغلالها دون اعتبار لصفة المالك.

وبالنسبة لتحصيل الضرائب والرسوم المنصبة على العقارات يسري الامتياز على المحاصيل والثمار والأكرية وعائدات العقارات المفروضة عليها الضريبة أيا كان مالکها.

وإلى جانب هذا الامتياز الخاص، تتمتع الخزينة من أجل تحصيل الحقوق والرسوم الجمركية بامتياز عام على الأثاث والمنقولات الأخرى التي يملكها المدينون وكفلاؤهم أينما وجدت¹.

كما تتمتع الخزينة أيضا بامتياز عام على الأثاث والمنقولات الأخرى التي يملكها المدينون أينما وجدت وذلك من أجل تحصيل الديون الأخرى غير تلك المنصوص عليها في المادة 105 من مدونة تحصيل الديون العمومية². وما يهمنا في هذا الصدد الحالة التي يرد فيها الامتياز على عقار محفظ، حيث إن وجه الاستثناء على مبدأ الأثر المنشئ للتقييد، أن الحقوق المترتبة للخزينة العامة يجب اقتضاؤها اعتبارا من تاريخ إبرام العقد، لا من

¹ المادة 108 من مدونة تحصيل الديون العمومية

² المادة 109 من مدونة تحصيل الديون العمومية

تاريخ التقييد في السجل العقاري، وبالتالي كيف يعتبر التصرف ناقلا للملكية في مواجهة إدارة الضرائب والتسجيل، وغير ناقل للملكية في مواجهة المحافظة العقارية؟ فالمادة 249 من المدونة العامة للضرائب مثلا تخضع لواجبات التمبر، كيفما كان شكلها جميع العقود والمحركات والدفاتر والسجلات أو الفهارس المنشأة لتكون سنداً أو لإثبات حق أو التزام أو إبراء وبصفة عامة لإثبات واقعة أو علاقة قانونية، وتخضع لنفس واجب التمبر المطبق على الوثائق المنسوخة، النسخ وجميع المستخرجات الأخرى بواسطة التصوير، المنشأة لتكون نسخاً رسمية أو مستخرجات أو نسخ.

وتجدر الإشارة إلى أن القيمة السلبية للتقييدات العقارية تعمل عملها في هذه الحالة لأن تلك الحقوق، ولو استوفيت رسومها، تظل غير موجودة تجاه الغير ولا تنتج آثارها بين الطرفين إلا بتقييدها على رسم الملك واعتباراً من تاريخ التقييد.

ومن جهة أخرى، نصت مدونة تحصيل الديون العمومية في المادة 113 على الرهن الرسمي، كأحد التأمينات العينية التبعية لضمان استخلاص الدولة لديونها الضريبية، وذلك عن طريق لجوء المحاسب المكلف بالتحصيل مباشرة إلى المحافظ على الأملاك العقارية بهدف تقييد هذا الرهن بالرسم العقاري، من دون الحصول مسبقاً على رضا أو موافقة المدين، مع اعتبار تاريخ تقييده، كضابط لتحديد رتبته بين سائر الرهون الرسمية الأخرى إن و جدت.

المطلب الثاني : الحقوق العينية التي تعتبر قائمة قبل تقييدها
سنستعرض في هذا المطلب الاستثناءات التي يعتبر فيها الحق قائماً قبل تقييده بالمحافظة العقارية إلا أن ربطها ببعض الشروط يجعلها نسبية، وهذه الحالات هي :

أولاً : حالة الرهن المؤجل؛

ثانياً : حقوق الورثة والموصى لهم؛

ثالثاً : اكتساب الملكية قبل التقييد عن طريق حكم قضائي.

الفقرة الأولى : الرهن المؤجل

الرهن المؤجل هو الرهن الاتفاقي لقاء قرض قصير الأجل، والذي يمكن تأجيل تقييده بالرسم العقاري لمدة لا تتعدى 90 يوما، ولا يترتب عن هذا التأجيل فقد الدائن لمرتبته التي يبقى مكتسبا لها¹ بشرط أن يتقيد بالمقتضيات المبينة في المادة 185 من مدونة الحقوق العينية، وهي أن يودع الدائن المرتهن أصل العقد أو نسخة منه مع نظير الرسم العقاري بالمحافظة العقارية ويطلب كتابة من المحافظ على الأملاك العقارية أن يقيد حقه تقييدا احتياطيا وأن يحتفظ لديه بنظير الرسم العقاري ويمتنع من إجراء أي تقييد آخر برضى المالك وذلك مدة تسعين يوما تسري من تاريخ التقييد المنجز.

بالرغم من عدم تقييد هذا الرهن، فإنه يتمتع بالقوة الثبوتية والاشهارية بين طرفيه وتجاه الغير خلال المهلة المذكورة، ولكن يقطع سير هذا الاستثناء إذا قدم خلالها طلب تقييد جديد يضر بحق صاحب الرهن، إذ يكون المحافظ هنا ملزما بتقييد الرهن أولا بمفعول رجعي ينسحب لتاريخ تقييده في سجل الإيداع، مقدا على الحق المطلوب تقييده مجددا.

ويمكن للدائن المرتهن أن يطلب قبل انصرام المدة المذكورة تقييد حقه بصفة نظامية ليأخذ رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يتعلق به، إلا أنه إذا انتهت المهلة دون أن يتقدم خلالها أحد بطلب تقييد جديد، ودون أن ينجز التقييد النهائي لحق الدائن المرتهن خلال المدة المذكورة. فإن الرهن المؤجل يفقد كل قيمة إيجابية له، وينتهي مفعول التقييد الاحتياطي لهذا الرهن المؤجل ويشطب عليه تلقائيا².

ويتبين من ذلك أن المشرع أقر بوجود هذا الرهن في غياب تقييده بالسجل العقاري وذلك طيلة تسعين يوما من تاريخ تسليم العقد المنشئ للرهن ونظير رسم ملكية العقار المرهون إلى المحافظ، مع الاحتفاظ للدائن

¹ المادة 184 من مدونة الحقوق العينية.

² المادة 186 من مدونة الحقوق العينية.

المرتبه بمرتبه دينه إذا تقيد بالمقتضيات القانونية ذات الصلة.

ويبدو أن المشرع أورد هذا الاستثناء لتحقيق مصلحة مزدوجة للدائن والمدين تتجلى بالنسبة للأول في حفظ رتبة رهنه بأثر رجعي يرتد إلى يوم إيداع الطلب، وبالنسبة للثاني في عدم إظهار وضعيه مركزه المالي أو وجوده في ضائقة مالية، إضافة إلى أن هذا الاستثناء يستجيب للسرعة التي تقتضيها المعاملات التجارية ويغني عن اتباع بعض الإجراءات التي قد تطيل المسطرة، ومنها التزام المحافظ باحترام مسطرة التحقق قبل التقييد التي تجعله يتأخر في إجراء التقييد.

الفقرة الثانية : حقوق الورثة والموصى لهم

يعتبر الإرث سببا من أسباب كسب الملكية، فهو انتقال حق بمجرد موت مالكة للورثة الذين يستحقونه شرعا بعد تصفية التركة من جميع الحقوق، ولا يستحق الإرث تبرعا أو معاوضة، وإنما يستحق شرعا¹ بموت الموروث حقيقة أو حكما، وبتحقق حياة وارثه بعده²، كما أن الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته³.

وتنتهي أهلية الشخص للملك بوفاته، وتنتقل تركته أو ما أوصى به بقوة القانون إلى ورثته بموته، دون أن يتوقف ذلك على تقييد إراثتهم في الرسم العقاري، فهذه الحقوق تنشأ بواقعة الوفاة، ويبقى تقييد الإرث في السجل العقاري هو بمثابة إشهار وتأييد للحق، وليس طريقة لإنشائه، وتشكل بذلك استثناء من مبدأ المفعول الإنشائي للقيود، إذ يستمد الانتقال قوته من واقعة الوفاة وحكم القانون على وقوعها، فيصبح الورثة وارثين لتركة مورثهم بمجرد وفاته بقوة القانون قبل أي تقييد، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار بتاريخ 7 ماي 1995 جاء فيه : " أن مجرد إثبات الورثة لصفتهم الإرثية في الهالك، يخولهم حق الطعن بالإستئناف في الحكم

¹ المادة 323 من مدونة الأسرة.

² المادة 324 من مدونة الأسرة.

³ المادة 277 من مدونة الأسرة.

ولو لم تسجل إراثهم بالرسم العقاري، والقرار المطعون فيه والقاضي بعدم قبول استئناف الورثة يكون عديم الأساس القانوني ومعرضا للنقض.¹

ويجد هذا الاستثناء سنده في عدة نصوص قانونية، منها أن المادة 264 من مدونة الحقوق العينية المنظمة لانتقال الحقوق العينية العقارية المترتبة عن الإرث أو الوصية أحالت بخصوص هذا الانتقال على أحكام مدونة الأسرة، ولم تعلقه على التقييد في السجل العقاري إذا كان ضمن موجودات التركة أو الموصى به عقارا محفظا، وأن الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري حين ينفي وجود الحق غير المقيد، فإنما ينفيه تجاه الغير فقط، في حين أن الورثة هم خلفاء عامون للوارث²، وليسوا من الغير. كما أن الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري الذي يجرّد الحق من أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، يحصر ذلك بالنسبة فقط للأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، دون أن يتعرض للحقوق العينية الناتجة عن الواقعة المادية، ومنها وفاة مالك العقار المقيد، والتي لا تدخل في مفهوم الأعمال الإرادية والاتفاقات التعاقدية. وعلاوة على ذلك، فإن الفصل 65 مكرر الذي يحدد أجل إنجاز التقييد بالنسبة للاتفاقات والعقود والأحكام القضائية، لم يقيد الورثة بأجل معين لتقييد أنصبتهم.

وإذا كان البحث في هذه الفقرة ينحصر عن القوة السلبية للتقييد العقاري بالنسبة لحق الورثة في التركة، عن انتقال ملكية العقار المحفظ بالإرث إلى الورثة قبل تقييد الإرث على رسم الملك، فإن الحقوق العينية العقارية المترتبة عن الإرث ليست معفاة في الحقيقة من التقييد، وإنما المقصد أنها توجد قبل تقييدها، لأن الوارث يعتبر مالكا بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ الوفاة لا لتاريخ التقييد، وذلك حتى لا تبقى الأموال المتعلقة بتلك الحقوق أموالا لا مالك لها بعد وفاة صاحبها وهو المورث، أو مجمدة حيث

¹ قرار رقم 734 صادر بتاريخ 7-3-1995، منشور بمجلة المجلس الأعلى، عدد 47 يوليوز 1998، ص 35 وما بعدها.

² يتعين التمييز بخصوص الموصى له، أنه إذا الموصى به معينا، فإن الموصى له يكون خلفا خاصا، أما إذا لم يكن معينا، بأن كان حصة مشاعة في التركة، كان الموصى له خلفا عاما، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الموصى له في ذات المركز القانوني للوارث تقريبا.

لا يحق للورثة استثمارها والانتفاع بها في حماية القانون، وأنه إذا كان الورثة يستطيعون المدعاة بشأن العقار المورث، والمطالبة باستلامه واستعماله واستخلاص ثماره، فإنهم لا يستطيعون التصرف فيه للغير إلا بعد تقييد إراثهم في السجل العقاري، وقد نص الفصل 82 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه: "لتقييد الحقوق العينية العقارية المترتبة عن الإرث يجب على الورثة أو الموصى لهم أن يقدموا للمحافظ على الأملاك العقارية طلبا للتقييد مدعما بكل الوثائق المثبتة لانتقال الحق لفائدتهم بصفة قانونية"، وأن تنص هذه الوثائق على نصيب كل واحد من الورثة والموصى لهم.

وينتج عن ذلك، أن هذا الاستثناء المقرر للورثة نسبي، لأن المشرع وإن كان لم يجعل التقييد منشئا لحقوقهم، فإن مصلحتهم للتصرف في الحقوق التي انتقلت إليهم بسبب الإرث تقتضي تقييدها لدى المحافظة العقارية.

الفقرة الثالثة : اكتساب الملكية قبل التقييد عن طريق حكم قضائي

أوجب المشرع في الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري جميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوعها تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، إلا أن بعض الفقه¹ يرى أن الحكم القضائي مكسب لحق الملكية قبل تقييده في السجل العقاري، وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 2008/1/23 أنه: "تثبت الحجية للقرار الاستثنائي في إثبات حق التصرف والمطالبة بالتعويض، ولو لم يتم تقييده في الرسم العقاري"². ولكن يتعين التمييز بخصوص أثر هذا الحكم على الغير بين ما إذا كان الشخص الذي صدر الحكم لصالحه قد قيد المقال الافتتاحي لدعواه تقييدا احتياطيا عند إقامتها أم أنه لم يفعل ذلك، إذ تنص المادة 13 من مدونة الحقوق العينية أن: "الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من

¹ مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، شركة الهلال العربية، الرباط، 1987، ص 515.

² قرار عدد 314 صادر بتاريخ 23 فبراير 2008 في الملف المدني عدد 2005/2/1/283 غير منشور.

تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا".

ويكون هناك احتمالان : الأول، أن الشخص الذي يقيم الدعوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني يقوم بتقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا، فيكون لهذه الدعوى وما يمكن أن يحكم به الحكم القضائي مفعول تجاه الغير، حيث يمكن له أن يحتج بحقه العيني المكتسب بالحكم القضائي في مواجهة شخص اشترى نفس العقار قبل صدور الحكم المذكور وقيده على اسمه، لأن تقييد دعواه بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا يعطل مفعول التصرف الثاني.

أما إذا أقام الشخص الدعوى دون أن يقيد مقالها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا، فإنه في حالة حصوله على حكم قضائي نهائي لصالحه، فإن تنفيذه عن طريق تقييده على رسم الملك، ربما أصبح مستحيلا إذا كانت ملكية العقار -قبل تقييد الحكم- قد انتقلت إلى شخص ثالث بسند صحيح وسبب صحيح لا تشوبه شائبة التواطؤ مع البائع للإضرار بحق صاحب الدعوى، وأن صاحب الحكم إذا استطاع تقييده بسبب عدم انتقال الملكية على مالك جديد، فلن يكون لهذا التقييد أثر رجعي، وبالتالي سيكون صاحب ذلك الحكم ملزما بجميع الحقوق التي قد تكون أنشئت على العقار لمصلحة الغير، قبل تقييد الحكم القضائي¹.

المبحث الثاني

استثناءات للأثر الإيجابي لتقييدات العقارية

يقصد بالأثر الإيجابي للتقييدات العقارية أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ، يبتدئ وجوده القانوني بالنسبة للغير، بتقييده بالرسم العقاري وابتداء من تاريخ التقييد، ولا تنتج الاتفاقات على تلك الحقوق أي أثر لو بين الأطراف إلا من تاريخ تقييدها.

¹ مازن الجم، الحقوق الخاضعة للتسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري، الجزء الثاني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بمراكش، 1991، ص 459.

يستنتج من كل ذلك، أن الحقوق المقيدة هي وحدها التي يعترف القانون بوجودها وآثارها تجاه الغير وتجاه الأطراف، واعتبارا من تاريخ تقييدها، وتظل كذلك إلى أن يتم تغييرها أو التشطيب عليها بموجب سند يسمح بهذا التغيير أو التشطيب.

وهذا الأثر الإيجابي هو الوجه المقابل للأثر السلبي للتقييد العقاري الذي ينفي وجود الحق وآثاره إن لم يكن مقيدا.

غير أن هنالك استثناءات لهذا الأثر الإيجابي بالنسبة للتقييدات العقارية، يمكن تقسيمها إلى صنفين : يتضمن الأول حالات تكون فيها قوة الحجية المطلقة للتقييد المضمن بالسجل العقاري تجاه الغير حسن النية قابلة لإثبات العكس، وهي على الخصوص حالات عدم التطابق بين بيانات السجل العقاري وبيانات سند الملكية أو بسبب التغيير الذي يطرأ على العقار بالالتصاق الطبيعي (المطلب الأول). أما الصنف الثاني، فهو عبارة عن حقوق عينية تجرد من آثارها- في نظر القانون- رغم استمرار تقييدها على الرسم العقاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الاستثناءات الواردة على القوة الثبوتية لقيود السجل العقاري

أضفى المشرع على التقييد المضمن بالسجل العقاري قوة ثبوتية مطلقة تجاه الغير حسن النية، ولا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهته¹، إلا أن هذه القوة قابلة لإثبات العكس في حالتين : تتعلق الأولى بعدم التطابق بين بيانات السجل العقاري، ومندرجات الرسم، بينما تهم الثانية حالة الالتصاق الطبيعي.

¹ الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري.

الفقرة الأولى: حالة عدم التطابق بين بيانات السجل العقاري ومندرجات الرسم أو الشهادات

ينجز الرسم العقاري في نسختين : إحداهما هي الرسم العقاري الأصلي الذي يمسكه المحافظ على الأملاك العقارية، والثانية هي نظير مطابق لذلك الرسم، ويسلم للمالك الوحيد دون غيره، أو للشريك المفوض له ذلك في حالة الشيع.

وتتطلب مقتضيات نظام الشهر العيني في المغرب أن يقوم التطابق بين بيانات السجل العقاري وبيانات نظير الرسم الموجود في حوزة صاحبه، لذلك أوجب المشرع في الفصل 60 من ظهير التحفيظ العقاري على المحافظ على الأملاك العقارية أن يقوم " بنسخ كل بيان تم تقييده بالرسم العقاري في نظيره المقدم له، ويشهد بمطابقة النظر للرسم العقاري"، وأن كل كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي يجب، طبقاً للفصل 88 من ظهير التحفيظ العقاري، أن يضمن بنظر الرسم العقاري.

ويقتضي تقييد بعض الحقوق على الرسم العقاري الإدلاء بنظيره، ومنها على الخصوص ما نص عليه المشرع في المادة 89 من ظهير التحفيظ العقاري، وهي أنه إذا كان الطلب يتعلق بحق يقتضي إنشاؤه موافقة المالك المقيد والحائز لنظر الرسم العقاري، فيجب على المحافظ على الأملاك العقارية أن يرفض التقييد عند عدم الإدلاء بالنظر. وفي غير ذلك من الحالات، فإن المحافظ على الأملاك العقارية يقوم بالتقييد ويبلغه إلى حائز النظر مع إنذاره بوجوب تقديمه داخل أجل عشرين يوماً من تاريخ إجراء التقييد. ويمكن للمحافظ على الأملاك العقارية أن ينجز تلقائياً هذه المطابقة كلما أتيحت له الفرصة¹.

لكن قد يغفل المحافظ تضمين النسخ والشهادات ما هو مضمن بالرسم العقاري، وقد يعتمد الغير على ما في النسخة أو الشهادة من بيانات

¹ الفصل 89 من ظهير التحفيظ العقاري.

معتقدا بمطابقتها للرسم، ويجرى معاملات على ذلك العقار على أساس ما في النظم أو في الشهادات من بيانات، وهو ما يشكل عدم تطابق بين مضمون السجل العقاري ومندرجات نظم رسم الملكية أو الشهادات.

وكان هذا الاحتمال ينظمه الفصل 98 من ظهير 9 رمضان 1331 قبل أن يتم نسخ مقتضياته بمقتضى المادة الرابعة من قانون 14-07، والذي كان ينص على أنه: "إذا أغفل المحافظ التنصيص في نسخة رسم الملك أو في الشهادات على حق أو عدة حقوق مقيدة كان من الواجب بيانها قانونا في ما ذكر، فإن العقار المتعلق به هذا الإغفال يبقى في يد الحائز الجديد محررا من تلك الحقوق، ويتحمل المحافظ مسؤولية هذا الإغفال إن اقتضى الحال".

كان هذا النص يشكل استثناء حقيقيا لمبدأ الحجية المطلقة للتقييد العقاري، لأن العقار الذي أغفل المحافظ أن يدرج في سند ملكيته بعض الحقوق التي تثقله والكائنة بالسجل العقاري، ينتقل للحائز الجديد محررا من هذه الحقوق، إذ يسمح لحائز العقار بعدم التقيد بما دون في الرسم العقاري من حقوق وأغفل إدراجها في تلك النسخة واعتبارها غير موجودة من الناحية القانونية.

وقد اكتفى الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري بترتيب المسؤولية الشخصية للمحافظ على الأملاك العقارية عن الضرر الناتج عن إغفال التضمن بالشهادات أو نظائر الرسوم العقارية المسلمة والموقعة من طرفه لكل تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب مضمن بالرسم العقاري. مع مراعاة مقتضيات الفصلين 79 و80 من قانون الالتزامات والعقود. لذلك يتعين على المحافظ على الأملاك العقارية عدم تسليم أي نظم أو شهادة ما لم تتم المطابقة بينها وبين الرسم العقاري.

يستنتج من ذلك أن نظم الرسم العقاري لا يشكل بحد ذاته أي ضمان حقيقي بالنسبة للغير الذي يعتمد عليه بحسن النية، إذ يبقى مجردا من أي قيمة إلى أن يقوم المحافظ بالإشهاد بموافقة للسجل العقاري وتسليمه ووضع توقيعه عليه.

الفقرة الثانية : التغيير الذي يطرأ على العقار بالالتصاق الطبيعي

يحدد التحفيظ بصورة نهائية ليس فقط مالك العقار وأصحاب الحقوق العينية عليه لحظة التحفيظ، بل أيضا وبنفس الصفة النهائية والقطعية مساحة هذا العقار وحدوده ووصفه، وتؤول إلى تنظيم خريطة للعقار تضم إلى الرسم وإلى نسخته.

ويترتب على ذلك، أن انتقال ملكية العقار المحفظ يعني أن الحائز يملك العقار بالمساحة والحدود والمشتملات المتضمنة بالرسم والخريطة، ومع ذلك قد يقع تغيير في هذه الأوصاف إما بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان.

وقد يحصل التغيير بفعل الطبيعة، ومثاله الحالة التي نصت عليها مقتضيات المادتين 6 و7 من القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء¹، والتي تؤدي إلى وقوع تعديلات على حدود ومساحة العقار الذي يحده أو يمر فيه مجرى مائي نتيجة الالتصاق الطبيعي الذي يترتب على تغيير المجرى المائي مسيله، أو اتخاذه مجرى جديدا، بشكل يجعل المالك أو أي شخص آخر تنتقل إليه الملكية يستفيد من ذلك إذا أضاف هذا التغيير إلى عقاره مساحة لم يكن يشملها، أو يتضرر منها إذا اقتطع من مساحته شيء.

وقد تحصل الزيادة بفعل الإنسان وإرادته كما لو أقام شخص على عقار لا يملكه بعض المغروسات أو البناءات، بحيث يؤدي ذلك إلى حدوث تغييرات في مشتملات العقار.

وفي جميع هذه الأحوال، يملك مالك العقار بموجب المادة 16 من مدونة الحقوق العينية "كل ملحقاته، وما يدره من ثمار أو منتجات، وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق"، وتعد كل البناءات والأغراس والمنشآت الموجودة فوق الأرض أو داخلها محدثة من طرف مالكيها وعلى نفقته

¹ - القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.113 بتاريخ 6 ذي القعدة 1437 (10 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6494 بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)، ص، 6305.

وتعتبر ملكا له ما لم تقم بينة على خلاف ذلك¹ إلا أن هذه التغييرات بفعل هذا الالتصاق تؤدي إلى عدم المطابقة بين وصف العقار المنصوص عليه في الرسم العقاري وقوامه في الواقع، سواء تعلق الأمر بمساحته أو بشكله الهندسي أو بأوضاعه ومشمولاته، وهو ما يشكل استثناء على حجية التقييد المطلقة في مواجهة الغير حسن النية.

وبالرغم من أن هذه التغييرات تعطل حجية الرسم العقاري، فإنه يجب أخذها بعين الاعتبار، ولو قبل تصحيح أوصاف العقار المادية في رسم الملك والخريطة، ولا يجوز لأي شخص التمسك بما ورد في الرسم العقاري، وذلك لأن الواقع المادي القائم هو شيء لا يمكن إنكار وجوده من طرف أي قوة تشريعية، خلافا لمفهوم الحق، الذي يمكن للمشرع تنظيم وجوده وآثاره تبعا لما يراه محققا للمصلحة العامة والعدالة.

ويظهر من ذلك أن القيمة الإيجابية للتقييد لا تستطيع الوقوف في وجه الواقع المادي، وبالتالي ليس للغير حسن النية الحق في التمسك بها ودفع سريان التعديلات التي ألحقت بعقاره رغم عدم تقييدها بالسجل العقاري.

ويتعين القيام بعملية تصحيح الأوصاف لإرجاع المطابقة المادية بين واقع العقار وبين ما هو موجود في رسم الملكية وفي الخريطة، وذلك لأن مواصفات العقار الموجودة في ملفه والجارية بناء على تحديده الهندسي السابق، تعتبر هي مواصفاته الرسمية. فإذا حصل تغيير في واقع العقار، فإن استمرار التطابق بين الملف والواقع واجب قانوني، لتحقيق قاعدة أن حقيقة العقار، حقوقا وماديا، هي تلك الواردة في السجل العقاري بلا زيادة أو نقصان، خصوصا بعدما استبدل المشرع بمقتضى القانون رقم 14-07 عبارة الأعمال بعبارة الوقائع في بداية الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري، بأن أوجب "... أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري جميع الوقائع..."، فيكون المقصود بذلك جميع الوقائع المادية التي يمكن أن تطرأ على العقار فتغير من طبيعته أو مساحته أو شكله أو معاملته.

¹ المادة 235 من مدونة الحقوق العينية.

المطلب الثاني : حالات تجرد فيها حقوق عينية من آثارها رغم استمرار تقييدها على الرسم العقاري

تتعدد الحالات التي تجرد فيها مندرجات التقييد العقاري من آثارها، إما بسبب استمرار تقييدها بالرغم من انقضائها، أو بسبب إغفال المحافظ التشطيب عليها، وسنستعرض بعض هذه الحالات في الفقرتين التاليتين.

الفقرة الأولى : حالات تجرد فيها الحقوق العينية من آثارها رغم استمرار تقييدها على الرسم العقاري.

تتعدد الحالات التي تجرد فيها الحقوق العينية من آثارها رغم استمرار تقييدها على الرسم العقاري، وذلك إما بسبب وفاة صاحبها أو بسبب انقضائها.

أولا : حالة استمرار تقييد الحق العيني رغم وفاة صاحبه

يفقد كل حق عيني مقيد إذا توفي صاحبه، أثره الإيجابي بالنسبة للمتوفى، وذلك لأنه يصبح بوفاته فاقدا لشخصيته، وبالتالي فاقدا لأهليته الوجوب والأداء.

وإذا كان الفصل 2 من ظهير التحفيظ العقاري ينص أن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها، فإنما يعني بذلك أصحابها الأحياء منهم فقط، لأن المييت فاقد للشخصية، وغير صالح في المنطق القانوني للتملك.

إلا أن وفاة المالك، وإن كانت تؤدي إلى انقضاء شخصيته، فإنها لا تؤدي بالضرورة ومباشرة إلى تشطيب اسمه كمالك في السجل العقاري، إذ قد يبقى التقييد باسمه موجبا في الظاهر لحقه حتى يعمل ورثته على تقييد تلك الحقوق المنجزة لهم بالإرث بأسمائهم، بعد الإدلاء بالوثائق المثبتة لذلك.

ومع ذلك، فإنه خلافا للأثر الإيجابي للتقييدات العقارية، إذا لم يتم الورثة بتقييد حقوقهم، فإن استمرار تقييد اسم المورث يفقد كل قيمة إيجابية، لأنه لا يستطيع أحد أن يتعامل مع المتوفي في موضوع الحق المقيّد باسمه. وقد جاء في قرار لمحكمة النقض « حيث صح ما عابه الطاعنون على القرار، ذلك أنه رد دفعهم الرامي إلى عدم قبول الدعوى لكون موروثهم البائع للمطلوب توفي قبل إقامة الدعوى ضده "بأن الشهادة العقارية المؤرخة في 29 يناير 1992 تفيد أنه مازال حيا بالرسم العقاري ومسجلا به ولذلك فإن إقامة الدعوى سليمة لأن المسجل بالرسم العقاري يعد حيا إلى أن تسجل إراثته.

في حين أن الدعوى تهدف إلى رفع الحجز التحفظي المسجل على الرسم العقاري المبيع وهو التزام لا يتأتى تنفيذه من الهالك، وإنما من طرف ورثته وفي حدود أموال التركة، والقرار لما رد دفعهم بالعلة المذكورة يكون فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه ومعرضا للنقض»¹، كما اعتبرت المحكمة نفسها في قرار بتاريخ 2008/07/09 بأن: "عدم تقييد الطاعنين في الرسوم العقارية لا ينفي صفتهم في الدعوى باعتبارهم خلفا عاما لموروثهم الذي لا يزال اسمه مقيدا في هذه الرسوم"².

ثانيا : استمرار تقييد الحق العيني رغم انقضائه

تتعدد الحالات التي يمكن أن يستمر فيها تقييد الحق العيني بالرغم من انقضائه، إذ إن هناك تقييدات إذا حل أجلها أو حدثت واقعة معينة، تضحل معها من تلقاء نفسها، ولو بقيت صورتها بالسجل العقاري، إذ إنها تصبح مجرد "جثة هامدة لا تحتاج لمواراتها إلا بضع كلمات تشطيفية" على حد قول بعض الفقه³، ومنها مثلا :

¹ قرار عدد 103 صادر بتاريخ 9 يناير 2002 في الملف المدني عدد 01/1/2075 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 59 - 60 السنة 2004 ص: 33.

² قرار عدد 2669 صادر بتاريخ 9 يوليوز 2008 في الملف المدني عدد 2005/1/1177 غير منشور.

³ محمد مهدي الجم، التحفيظ العقاري في المغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء الطبعة الثالثة 1986، ص 271.

1- استمرار تقييد الارتفاق رغم انقضائه

ينقضي حق الارتفاق بأسباب متعددة نصت على بعضها المادة 69 من مدونة الحقوق العينية، وهي انتهاء الأجل المحدد له ؛ أو بالتنازل عنه ممن له الحق فيه ؛ أو باجتماع العقارين في يد مالك واحد؛ أو بهلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به هلاكاً كلياً ؛ أو بزوال الغرض الذي أحدث من أجله ؛ أو بصيرورة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به في وضعية لا يمكن معها استعمال هذا الحق بصورة نهائية، بحيث تصبح ممارسته مستحيلة استحالة مادية أو قانونية.

ويجب أن تكون الاستحالة نهائية حتى ينقضي الارتفاق، ويفقد تقييده قيمته الإيجابية.

2- استمرار تقييد حق الانتفاع رغم انقضائه

الانتفاع حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوماً بموت المنتفع¹، وينقضي حق الانتفاع بالأسباب التي نصت عليها المادة 99 من مدونة الحقوق العينية، ومنها على الخصوص موت المنتفع، أو انصرام المدة المحددة للانتفاع أيهما أسبق.

ويجب على المالك أن يطلب تشطيب حق الانتفاع من السجل العقاري، بعد أن يقدم الوثائق التي تثبت انقضاءه، أما إذا بقي حق الانتفاع مقيداً على رسم الملك، فإنه يفقد كل قيمة إيجابية له بحيث يكون منقضاً قانوناً. وينتج عن ذلك، أن يصبح كل تعامل به باطلاً بسبب عدم وجود الحق المتعاقد عليه.

3- استمرار تقييد حق السطحية رغم انقضائه قانوناً

تعتبر البنايات والمنشآت والأغراس القائمة على أرض الغير هي الأدوات المادية لحق السطحية الذي يعود لشخص آخر غير شخص مالك الأرض². فإذا

¹ المادة 79 من مدونة الحقوق العينية.

² المادة 116 من مدونة الحقوق العينية.

هلكت تلك الأدوات المادية، انقضى حق السطحية لانعدام محله المادي، لأن حق السطحية ينقضي بهلاك البنايات أو المنشآت أو الأغراس القائمة على الأرض هلاكاً كلياً¹، فوجوده مقيد ببقاء هذه البنايات أو المنشآت أو الأغراس، فإذا زالت وجب اعتباره منتهياً.

ولكن المحافظ على الأملاك العقارية لا يتأني له العلم بحصول ذلك الهلاك وبالتالي انقضاء حق السطحية قانوناً، لكي يقوم بواجبه في المطابقة بين التقييد والواقع، ما لم يقيم مالك الأرض بإعلامه بهذا الواقع، ليقوم بتشطيب حق السطحية، وفي الحالة التي لا يقوم فيها بذلك، يبقى هذا الحق مقيداً رغم زوال كل أثر عيني له.

4- استمرار تقييد الكراء الطويل الأمد رغم انقضاء مدته

إن الكراء الطويل الأمد للعقارات هو حق محدد المدة، ويجب أن يكون لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة وينقضي بانقضائها². وهو يخول المكثري حقاً حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي، ويمكن تفويت هذا الحق وحجزه طبقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري.

وينقضي الكراء الطويل الأمد بانقضاء المدة المتفق عليها، فإذا لم يعمل مالك العقار على تشطيبه، ويبقى مقيداً رغم انقضاء مدته، فإن استمرار تقييده ليس من شأنه إعطاؤه وجوداً، حتى ولو تجاه الغير حسن النية في كونه لا يزال مقيداً، وبالتالي إذا رهنه على أساس أنه مقيد رغم انقضائه في الحقيقة، فإن مثل هذا الرهن باطل لانعدام محله قانوناً.

ولا يمكن للمستأجر في الكراء الطويل الأمد أو لدائنه المرتهن أن يزعم أن الكراء قد تجدد ضمناً أو أنه تمديد نظراً لبقاء المكثري وانتفاعه بالعقار المكثري برضى مالكة، لأن التجديد الضمني للكراء أو تمديده لا ينطبق على الكراء الطويل الأمد الذي هو حق عيني له أحكامه المستقلة عن الكراء العادي، سواء من حيث الإنشاء أو الانقضاء.

¹ المادة 118 من مدونة الحقوق العينية.

² المادة 121 من مدونة الحقوق العينية.

5- حصول اتحاد ذمة بين مالك عقار مقيد وحق عيني مقيد للغير

إذا كانت هناك حقوق عينية مرتبة على عقار لمصلحة شخص، ثم آلت إليه ملكية ذلك العقار، كالانتفاع والارتفاق والسطحية والحقوق العرفية والرهن، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء هذه الحقوق باتحاد الذمة في يد شخص واحد. فلا يمكن اعتبار الارتفاق المقيد موجودا قانونا ولو استمر تقييده، إذا أصبح مالك العقارين المرتفق والمرتفق به شخصا واحدا¹، وكذلك لو اتحد حق سطحية مقيد مع ملكية الرقبة في يد شخص واحد².

وكذلك الأمر في حالة اتحاد الذمة بين سائر الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

الفقرة الثانية : الحقوق المقيدة التي أغفل المحافظ التشطيب عليها

تقضي المادة 91 أنه يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمن، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم هذا الحق.

والأصل أن التشطيب على تقييد حق عيني بالرسم العقاري يتم من طرف المحافظ العقاري إما بموجب عقد صحيح أو بموجب حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، ويكون ذلك بناء على طلب من الطرف الذي يرغب في ذلك، يقدم إلى المحافظ على الأملأك العقارية، ويجب أن يكون هذا الطلب مؤرخا وموقعا من طالب التشطيب، ومحتويا على بيانات حددها الفصل 93 من ظهير التحفيظ العقاري، إلا أن هناك حالات تستوجب أن يقوم المحافظ العقاري بالتشطيب تلقائيا على الحقوق المقيدة بالرسوم العقارية، لأنه النتيجة الحتمية لإجراء تقييدات أخرى أو لإلغاء حقوق مقيدة، دون الاستناد إلى طلب الأطراف أو حكم القضاء، وإن كان المشرع لم يوردها ضمن الحالات المنصوص عليها في الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري، وإنما يمكن استنتاجه من فصول أخرى.

¹ المادة 69 من مدونة الحقوق العينية.

² المادة 118 من مدونة الحقوق العينية.

ولم يحدد المشرع الجهة المكلفة بطلب هذا التشطيب التلقائي، ولا الشروط المطلوبة في ذلك الطلب، كما لم ينص على الإجراءات الواجب اتباعها، وبالتالي فهذا التشطيب يقوم به المحافظ العقاري تلقائياً وبقوة القانون دون الاستناد على اتفاق بين المتعاقدين أو بناء على حكم قضائي.

ومن بين الحالات المرتبطة بموضوع الدراسة، هناك حالة استمرار تقييد الرهن الاتفاقي بقرض قصير الأجل بالرغم من عدم إنجاز التقييد النهائي لحق الدائن المرتهن خلال المدة المحددة، والذي سبقت دراسته، واستمرار تقييد الحقوق رغم تقييد محضر إرساء المزايدة أو قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، وهما الحالتان اللتين سنعرض لهما في ما يلي :

أولاً : إغفال التشطيب على بعض الحقوق العينية عند تقييد المحضر النهائي لإرساء المزايدة

أوجب المشرع تقييد المحضر النهائي لإرساء المزايدة بالرسم العقاري باسم المزايد الأخير، نتيجة بيع العقار بالمزاد العلني جبراً، في دعوى استيفاء دين أو في دعوى إزالة شيوع عقار غير قابل للقسمة، ويجب على المحافظ عند تقييده هذا المحضر أن يقوم تلقائياً بتشطيب جميع الحقوق العينية التبعية، إذا كان البيع بسبب مطالبة الدائنين المرتهنين باستيفاء ديونهم، لينتقل الملك إلى من رسا عليه المزاد مطهراً من جميع الامتيازات والرهن، ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن¹.

ويقتصر التشطيب على الحقوق العينية التبعية فقط، دون الحقوق العينية الأصلية المقيدة في مراتب سابقة مرجحة على الرهن، كالارتفاق والانتفاع، التي لا يجوز للمحافظ تطهير العقار منها، أي لا يجوز له تشطبيها عند تقييد محضر إرساء المزايدة، وذلك لأن بيع العقار بالمزايدة إنما استهدف بيع العقار وهو مثقل بتلك الحقوق العينية الأصلية السابق تقييدها.

وإذا أهمل المحافظ تشطيب تلك الحقوق العينية التبعية، فإن استمرار تقييد تلك الحقوق لا يعطيها أي قيمة إيجابية، لأن المشرع قرر

¹ المادة 220 من مدونة الحقوق العينية.

صراحة في المادة 220 من مدونة الحقوق العينية أنه يترتب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزداد وتطهيره من جميع الامتيازات والرهون ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن.

أما بالنسبة لتقييد المحضر النهائي لإرساء المزايدة بسبب بيع العقار المشاع غير القابل للقسمة بهدف تقسيم ثمنه بين الشركاء المشاعين، فإن الفقرة الثانية من المادة 182 من مدونة الحقوق العينية صريحة في أن " الرهن الذي يبرمه جميع الشركاء في ملك مشاع يحتفظ بأثره على كافة الملك كيفما كانت نتيجة القسمة ".

فلا يسوغ للمحافظ إذن، رغم تقييده محضر إرساء المزايدة باسم المزايد الأخير، أن يطهر العقار من الرهون السابقة التي تثقله، وتبقى مقيدة ومحفوظة بالقيمة الإيجابية لتقييدها.

ولكن إذا رهن أحد الشركاء حصته المشاعة، فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الجزء المفروز الذي آل إلى هذا الشريك بعد القسمة، وإلى المدرك الذي حصل عليه الشريك لتعديل حصته، وذلك إذا صادق الدائن المرتهن على عقد القسمة أو كان طرفا في الدعوى المتعلقة بها، وبالتالي إذا بقي ذلك الرهن مقيدا على العقار بأكمله، فيجب أن يعتبر استمرار تقييد ذلك الرهن فاقدًا كل قيمة إيجابية له.

ثانيا : إغفال التشطيب على بعض الحقوق العينية عند تقييد قرار نزع الملكية للمنفعة العامة

يقصد بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة حلول السلطة العامة أو من يقوم مقامها في ملكية حق عيني عقاري جبرا على صاحبه متى حتمت المنفعة العامة ذلك، مقابل تعويض عادل يحدد رضاء وإلا فجبرا عن طريق القضاء⁽¹⁾.

¹ محمد الكشور: نزع الملكية والتعويض عن الضرر اللاحق بالأصل التجاري، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 34، 1994، ص 146.

ويترتب على إيداع الحكم بنقل الملكية لدى المحافظة على الأملاك العقارية، في تاريخ الإيداع المذكور، تخليص العقارات المعنية من جميع الحقوق والتحملات التي قد تكون مثقلة بها، وفيما يخص العقارات المحفظة، يترتب عليه بحكم القانون، طبقاً للفصل 37 من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة⁽¹⁾، نقل الملكية إلى اسم السلطة النازعة للملكية ويشطب تلقائياً على جميع التقييدات الموضوعة لفائدة الغير، كيفما كان نوعها وتحول حقوق المستفيدين إلى حقوق في التعويضات".

وإذا أغفل المحافظ تشطيب تلك التقييدات عملاً بالنص المذكور، فإنها رغم بقائها، لن تتمتع بأي قيمة إيجابية أو حجية إخبارية، ولا يستطيع الغير حسن النية أن يتمسك بحسن نيته.

خلاصة

إذا كان المشرع قد أقر للتقييد أثراً منشئاً للحق، فلا وجود للحقوق العينية العقارية إلا بمقتضى واقعة التقييد في السجل العقاري ودون اعتبار لأية وسيلة أخرى، فإن حجية هذا التقييد يختلف مداها حسب ما إذا كانت مصاحبة لتأسيس الرسم العقاري أو لاحقة له، لأن المشرع منح للأولى حجية مطلقة سواء بين الأطراف أو بالنسبة للغير، في حين أورد على الثانية بعض الإستثناءات، سواء في الجانب الإيجابي للأثر الإنشائي للتقييد في السجل العقاري الذي يتمثل في الاعتراف بالوجود القانوني للحقوق المقيدة وحدها فيما بين الأطراف من جهة، وفي مواجهة الغير من جهة ثانية، أم في جانبها السلبي الذي يعتبر أن عدم التقييد يترتب عليه عدم الإعتراف بالوجود القانوني للحقوق وإبقاؤها في طي الكتمان بل وإهدارها في بعض الحالات، حيث تعتبر بعض الحقوق موجودة بالرغم من عدم تقييدها في هذا السجل، في حين تفقد أخرى قيمتها الإيجابية بالرغم من تقييدها، وكل ذلك يكون لاعتبارات معينة، وبمقتضى نص قانوني استثنائي خاص، أو بناء على

¹ القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 2.81.254 المؤرخ ب 11 رجب 1402 (6 مايو 1982).

وضع من الأوضاع، لأن مثل ذلك النص القانوني الاستثنائي الخاص هو أيضا مشهر، فلا يمكن ادعاء الجهل بالقانون، حتى ولو كانت معطيات التقييد العقاري مناقضة له، لأن العبرة للنص القانوني وليس للتقييد، وذلك عندما تتعارض القوة السلبية للنص القانوني تجاه حق ما، مع القوة الإيجابية لتقييد نفس الحق.

وبالرغم من ذلك، فإن المشرع مطالب بالتدخل لتنظيم هذه الاستثناءات ووضع نصوص صريحة من شأنها أن تلائم حالاتها مع ما يقتضيه نظام الشهر العيني من لزوم الإعلان على كل التغييرات الطارئة على العقار وشهرها بالسجل العقاري، لتكون متفقة مع الوضع الحقيقي الحالي.