

مجزوءة: مساطر التحفيظ
العقاري

ماستر: القانون والمقولة
وقانون عمليات البنوك
التشاركية
وقانون العقار والتعمير

عرض تحت عنوان:

البت في منازعات التعرض الواردة على العقار في طور التحفيظ

من إعداد الطلبة:

- فدوى أوشريف
- زكريا الياقوتي
- خشلاعة عثمان
- محمد هلال
- بنيونس زكرياء
- كوثر أو مالك

□ السنة الجامعية

2020_2019

لائحة فك الرموز:

ق.م.م : قانون المسطرة المدنية

ظ.ت.ع : ظهير التحفيظ العقاري

ق.ل.ع : قانون الالتزامات والعقود.

د.م : دون ذكر مطبعت.

ذ.ط : دون ذكر الطبعة

ط : طبعة

المقدمة

من الثابت لدى الجميع الأهمية التي يحتلها نظام التحفيظ العقاري بالنظر لدور البارز الذي يلعبه في الدفع بعجلة

الاستثمار و التنمية الاقتصادية و الاجتماعية بصفة عامة، علاوة على المساهمة في حماية الملكية العقارية وإضفاء الثقة

و المصدقية على المعاملات المرتبطة بها، فبانتهاؤ مسطرة التحفيظ وتأسيس رسم عقاري خاص به يعطى للعقار حماية لا

تتوفر في غيره من العقارات لأن مسطرة التحفيظ تطهر العقار من كل المنازعات والادعاءات التي قد تثار بشأنه فلا يعتد

بأي حق غير مسجل به مهما قلت حجيته، ولا يطال التقادم أي حق مؤسس عليه مهما طال أمده.

من هذا المنطلق، حاول المشرع المغربي إحاطة هذا النظام العقاري بترسانة من النصوص القانونية بل والحماية القضائية، يأتي على رأسها ظهير التحفيظ العقاري (12 غشت 1913) المعدل بمقتضى قانون 14.07¹، وقد تولى هذا القانون بيان الإجراءات والمساطر التي يتعين على طالب التحفيظ سلوكها بغية تأسيس رسم عقاري يطهر العقار من جميع الحقوق

السالفة غير المضمنة به، بحيث تبتدئ بإيداع مطلب التحفيظ لدى الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية فيما يعرف بالمسطرة

الإدارية، غير أنه غالباً ما يكون العقار المراد تحفيظه موضوع نزاعات، بين عدة أطراف متباينة فيما بينها، فنصبح أن إذ

في خضم ما يعرف بالتعرضات أو المسطرة القضائية.

يقصد بالتعرض "تلك الوسيلة القانونية التي يمارسها الغير للحيلولة دون إتمام إجراءات التحفيظ وذلك خلال الأجال القانونية المقررة، ويهدف التعرض بهذا المعنى إلى توقيف إجراءات التحفيظ من

¹الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتنميمة بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ص 5575

طرف المحافظ وعدم الاستمرار فيها إلى أن يرفع التعرض ويوضع حد للنزاع عن طريق المحكمة أو إبرام صلح بين الأطراف"²

ونحن هنا لن نتعرض للأشخاص الذين يحق لهم تقديم التعرض أو أجله، أو حتى شكله والبيانات التي يجب أن يتضمنها، ومن يتحمل المصاريف دعوى التعرض وكذا الآثار المترتبة على القيام به على اعتبار أن ما يهمنا في موضوع التعرض هو تلك الخصوصيات التي تقيد القضاء العادي أثناء بته في مثل هذه النزاعات، سواء من حيث المبادئ التي يخضع لها أو المسطرة التي يجب سلوكها قبل الخوض في مناقشة تفاصيل النزاع المطروح أمامها.

ويكتسي هذا الموضوع قيد التحليل والمناقشة أهمية قصوى سواء على المستوى النظري من خلال النقاش والاختلاف

الفقهي الحاد الذي دارت رحاه بين العديد من الباحثين والمتخصصين في المادة العقارية بصفة عامة محاولين إيجاد حل

ناجع للإشكالات المستعصية في هذا الميدان، أما على المستوى العملي فتظهر أهمية الموضوع في النزاعات العقارية

المتعلقة بالتعرض على مطلب التحفيظ وما يثيره من صعوبات عملية عند بت المحكمة في دعوى النزاع.

هكذا وعلى ضوء ما سبق، سنحاول رفع اللبس عن هذا الموضوع، عن طريق الاستعانة بالمنهج التحليلي التفسيري عند وقوفنا على النصوص القانونية المنظمة لنزاعات دعوى التعرض، وكذا بالمنهج المقارن، من خلال المقارنة ما بين نصوص ظ.ت.ع وفصول ق.م.م وكذا القانون المنظم لمهنة المحاماة.

وتأسيسا على ما سبق يكون من المشروع لنا طرح الاشكاليات المتصلة

بالموضوع أعلاه على الشكل التالي :

✓ الى أي حد استطاع ظ.ت.ع تنظيم نزاعات التعرض الواردة على العقارات في

طور التحفيظ ؟

² محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة دار المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2018، ص:234.

البت في منازعات التعرض الواردة على العقار في طور التحفيظ

✓ ما هي المبادئ العامة المؤطرة للبت في منازعات التعرض ؟

✓

✓ ما هي الاجراءات المسطرية المتبعة أمام المحاكم قبل بت القضاء في موضوع النزاع؟

للإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها ولسبر أغوار هذا الموضوع وإمطة اللثام عنه

يستحسن بنا الركون إلى التصميم التالي:

المطلب الأول: القواعد الإجرائية للبت في منازعات التعرض

المطلب الثاني: القواعد الموضوعية للبت في منازعات التعرض

المطلب الأول: القواعد الإجرائية للبت في منازعات التعرض

ينطلق مسلسل بت محكمة التحفيظ في نزاعات التعرض الواردة على العقارات في طور التحفيظ بمجرد افتتاح الدعوى أمامها بما لها من خصوصيات تميزها عن غيرها من الدعاوى الأخرى، خاصة من حيث التدخل وكذا الإدخال في هذه المسطرة (الفقرة الأولى)، كما نسجل هنا بعض السمات الأساسية التي تطبع عمل الهياكل المنتمية لجهاز المحكمة الابتدائية بعد وصول ملف التعرض إليها من جهة ثانية، نتحدث هنا عن مسطرة التحقيق في مثل هذه الدعاوى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: افتتاح الدعوى والتدخل فيها

تمر مسطرة التعرض بمجموعة من المراحل التي يجب إتباعها قبل الوصول إلى مرحلة بت قضاء الموضوع في ملف النزاع المحال إليه من طرف المحافظ على الأملاك العقارية في حالة ما إذا فشلت مسطرة الصلح التي يباشرها مع طالب التحفيظ والمتعرض.

وعليه سنسلط الضوء على افتتاح الدعوى سواء من حيث كيفية تقييدها وكذا إلى مدى إلزامية تعيين محام فيها من جهة أولى، على أن نتطرق لمسألة تدخل شخص آخر من الأغيار في دعوى التعرض من جهة أخرى.

أولاً: افتتاح الدعوى

سنتناول في هذه النقطة خصوصيات تطبع تقييد الدعوى في نزاعات التعرض تختلف عن نظيرتها في المادة المدنية⁽¹⁾، على أن نخرج لإشكالية تعيين محام في مثل هذه القضايا⁽²⁾.

1. تقييد الدعوى:

إذا كانت الدعوى في إطار قواعد المسطرة المدنية³ تبتدئ بالمطالبة القضائية شكلاً عبر تقديم طلب إلى المحكمة المختصة طبقاً للشكل الذي يحدده القانون، فإن الأمر لا ينطبق على دعوى التعرض في الميدان العقاري التي تخضع لخصوصيات شكلية مختلفة.

فالدعوى كما هو مقرر في الفصل 31⁴ من قانون المسطرة المدنية تفتح بمقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح شفوي يدلي به المدعي شخصياً إلى كاتب ضبط المحكمة

³ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية.

المختصة الذي يحرره في محضر خاص ويوقع عليه، وإلا أشار إلى ذلك ويبيصمه ببصمته ويؤدي عنه الرسوم القضائية بعد ذلك.⁵

أما في قضايا التعرض على مطلب التحفيظ فإن المتعرض يجب أن يدلي بتعرضه إلى المحافظة العقارية، وأن المحافظ هو الذي يتولى تهيئ موضوع الدعوى وبعث ملف القضية إلى المحكمة الابتدائية وفقا للمقتضيات المقررة في الفصل 25 من ظهير التحفيظ العقاري تقدم التعرضات عن طريق تصريح كتابي أو شفاهي للمحافظ على الأملاك العقارية ويحرر بذلك محضر في نظيرين بحضور المعني بالأمر ويسلم أحدهما إلى المتعرض، ويجب أن يتضمن التصريح بالتعرض هوية المتعرض وحالته المدنية وعنوانه الحقيقي أو المختار ورقم مطلب التحفيظ وموضوع الحق المطالب به والوثائق المدعمة للمطلب.⁶

وإذا كانت الرسوم تؤدي في المسطرة العادية أمام كتابة ضبط المحكمة المختصة، فإنه في قضايا التحفيظ العقاري تؤدي مسبقا أمام المحافظة العقارية التي أصبحت تقوم بدور شبيه بدور كتابة الضبط، وفي حالة عدم أداء المتعرض الذي لم يحصل على المساعدة القضائية لهذه الرسوم داخل أجل ثلاثة أشهر يلغى التعرض حسب الفقرة الرابعة من الفصل 32 من ظ.ت.ع وقرار المحافظ بهذا الصدد نهائي وغير قابل للطعن، وتم تفسير ذلك على أن التعرض عبارة عن مقال افتتاحي للدعوى يتلقاه المحافظ، وتؤدي عنه واجبات التقاضي شأنه شأن أي مقال افتتاحي يتم تقديمه لدى كتابة الضبط، وإن كان هناك من رأى أن تحصيل الرسم القضائية ينبغي أن يتم من طرف كتابة ضبط المحكمة المختصة، باعتبار هذه الرسوم شكلية من شكليات المسطرة القضائية كما تدل عليها تسميتها.⁷

يتبين لنا من خلال ماسبق، أن دعوى التعرض ينبغي أن تقدم إلى المحافظ في جميع الحالات وهو الذي يتولى بعد ذلك إحالة ملف التعرض إلى المحكمة، ولا يمكن للمتعرض التوجه إلى المحكمة مباشرة لتقديم تعرضه، فالقانون المعدل (14.07) منع هذه الإمكانية التي كان مسموحا بها من قبل، حيث كان بالإمكان تقديم تعرض خارج الأجل أمام النيابة العامة إذا كان الملف محالا على المحكمة.⁸

وبهذا تنطلق المرحلة القضائية لمسطرة التحفيظ مباشرة بعد توصل كتابة الضبط بملف مطلب التحفيظ الذي أحيل عليها من قبل المحافظ على الأملاك العقارية، وتقوم كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية التابع لها العقار موضوع التعرض بتضمين واقعة ورود الملف عليها وتاريخ ذلك وأسماء

⁴ ينص الفصل 31 على مايلي " ترفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية بمقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح يدلي به المدعي شخصيا ويحرر به أحد أعوان كتابة الضبط المحلفين محضرا يوقع من طرف المدعي أو يشار في المحضر إلى أنه لا يمكن له التوقيع.."

⁵ عبد العزيز توفيق، موسوعة قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2011، ص:139.

⁶ محمد خير، م، س، ص: 289.

⁷ سمرة محدوب، لقواعد المسطرية لقضايا التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية: 2004_2005، ص: 07.

⁸ محمد خير، م، س، ص: 289.

أطراف النزاع ونوع الخصومة وتعطيه رقما ترتيبيا وتوضع نفس المعلومات على ظهر الملف الخاص، ويتم إرجاع شهادة التوصل إلى المحافظ على الأملاك العقارية لتوضع بملف مطلب التحفيظ الذي يحمل غالبا نسخا وعبارة أحيل الملف على المحكمة بتاريخ.....تحت عدد...⁹

غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو مدى سلطة القضاء العادي (المحكمة الابتدائية الكائن بها العقار) في مراقبة الاختلالات المسطرية التي جاءت بها المرحلة الإدارية؟_ كما لو لم يؤدي المتعرض الرسوم القضائية أو قدم التعرض خارج الأجل أو في حالة اغفال بعض البيانات الأساسية التي يجب أن يتضمنها ملف النزاع المعروض على المحكمة؟ لقد أثارت هذه القضية -في ظل عدم وجود نص قانوني ينظمها- جدلا فقهيا بين الباحثين وتدبدا قضائيا لتدخل القضاء العادي للنظر في تلك الاختلالات التي اعترت المسطرة الإدارية، لأنها تعد من صميم النظام العام، كما أنها تدخل في إطار الولاية العامة للمحكمة التي تتأكد من صحة الإجراءات الشكلية قبل النظر في جوهر النزاع، كما هو مقرر في باقي القضايا المدنية الأخرى، طبقا للفصل 32 من ق.م.م بحيث يقوم القاضي المكلف بضرورة إتمام البيانات الناقصة تحت طائلة عدم قبول الطلب.

ومن بين الأحكام القضائية التي سارت في هذا التوجه، نجد حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة جاء في بدايته

ما يلي: "...وحيث إن التعرض على مطلب التحفيظ قدم وفق الشروط الشكلية المطلوبة قانونا وأن جميع الإجراءات التي بوشرت كانت صحيحة، وبالتالي فالتعرض مقبول من الناحية الشكلية".

هذه العبارة توحى لنا بأن القضاء يقوم بمراقبة مدى احترام الإجراءات المسطرية خلال المرحلة الإدارية، غير أنه بالرجوع إلى بعض الاجتهادات القضائية يتضح أنه لا رقابة للقضاء العادي للعيوب الشكلية خلال المرحلة الإدارية، إذ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بوجدة "...وحيث انه على فرض أن التعرض ورد خارج الأجل جدلا، فان سلطة القضاء لا تمتد إلى مراقبة شكليات التعرض من حيث أداء الرسوم القضائية أو احترام اجل تقديمه، إذ أنه حتى وان كان هناك إخلال شكلي في تقديمه فعلى القاضي تجاهله، إذا قبل من طرف المحافظ الذي يملك وحده سلطة التصدي للعيوب الشكلية خلال المرحلة الإدارية للتحفيظ"¹⁰.

وقد تبنت المحكمة الإدارية بمراكش نفس التوجه في أحد أحكامها حيث جاء في حيثياته أن "اختصاص المحكمة وهي تبت في التعرضات المثارة بشأن مسطرة التحفيظ، إنما تقتصر على النظر في

⁹ ادريس الفاخوري، الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة: 2018، ص:112.

¹⁰ سمرة محجوب، م.س، ص:11.

صحة التعرض أو عدم صحته دون أن تمتد لمراقبة ما إذا كان التعرض مقبولاً من الناحية الشكلية أم لا لأن ذلك يدخل ضمن اختصاص المحافظ العقاري وحده".¹¹

2- مدى إلزامية تنصيب محام في قضايا التحفيظ

إن أول ما يمكن رصده في هذا الصدد هو وجود اختلاف فقهي وقضائي في أوساط الباحثين والممارسين في ظل عدم وجود نص قانوني واضح ينظم هاته المسألة سواء في ثنايا ظهير التحفيظ العقاري (قانون 07-14) أو فصول قانون المسطرة المدنية بل وحتى في المواد المنظمة لقانون مهنة المحاماة المعدل سنة 2008.¹²

ومن هذا المنطلق ذهب جانب من الفقه إلى القول أنه بمقتضى الفصل 31 من قانون المحاماة أصبحت قضايا التحفيظ العقاري خاضعة لمبدأ وجوب تنصيب المحامي على اعتبار أن المشرع أبقى على القضايا الجنائية وحدها مستثناة من مبدأ إلزامية تنصيب المحامي فقط دون قضايا التحفيظ العقاري استناداً إلى نص المادة 32 من قانون المحاماة.¹³

ومن التطبيقات القضائية لهذا التوجه نجد ما قضت به المحكمة الابتدائية بالناظور: "... وبناء على إحالة ملف المحافظة على هذه المحكمة، وبناء على إشعار المتعرضين قصد الإدلاء بمذكرة ببيان أسباب تعرضهم بواسطة محام".¹⁴

في حين ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول أن مقتضيات المادة 31 من قانون المحاماة لا تنطبق على نزاعات التحفيظ العقاري، على أساس أن ظهير التحفيظ العقاري يشكل مسطرة خاصة وبالتالي فهي الأولى بالتطبيق من المسطرة العامة، ومادام حسب هذا الاتجاه ظهير التحفيظ العقاري ليس فيه ما يشعر إلى وجود تنصيب المحامي، فإنه لا مجال للقول بمبدأ إلزامية تنصيب المحامي في هذه القضايا.¹⁵

هذا ونشير إلى أن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) مستقر في اجتهاداته على عدم إلزامية الاستعانة بمحامي في قضايا التعرض على مطلب التحفيظ، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض نص على ما يلي :

¹¹ حكم رقم 111 بتاريخ 10_10_2005، ملف رقم 05_03_96، منشور في مجلة الحقوق المغربية، العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري 2010، مطبعة الأمنية، ص: 111.

¹² عدل قانون المحاماة لسنة 1993 بموجب القانون رقم 28.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 01-08-101 المؤرخ في 20 أكتوبر 2008، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 نوفمبر 2008، ص: 404 وما بعدها.

¹³ مصطفى الكيلة، "خصوصيات المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2009-2010، ص: 177.

¹⁴ حكم رقم: 00/324 بتاريخ 2003/2/3، أشارت إليه سمرة جندب، م.س، ص: 16 وما بعدها.

¹⁵ مصطفى الكيلة، م.س، ص: 177.

"بناء على الفصل 42 من ظ.ت.ع فان للمستأنف حق تقديم أسباب الاستئناف شخصيا دون ضرورة الحصول على الترخيص بذلك أو تنصيب محامي للدفاع عنه حياديا على الفصل 34 من قانون المحاماة الذي لا يطبق على قضايا التحفيظ العقاري"¹⁶ وفي قرار آخر صادر عن نفس الجهة القضائية جاء فيه "ان مسطرة التحفيظ العقاري خاصة ولم تورد في مقتضياتها ما يلزم الطرفين بتنصيب محام"¹⁷.

والحقيقة أن هذا الرأي الأخير هو الأجدر بالتأييد لكونه جاء منطقيا وقانونيا محضا، لكن حسبنا أن تشير-حسب اعتقادنا- أن مصلحة الأطراف وما تقتضيه من الحفاظ على حقوقهم الاستعانة بمحامي لتسهيل سير الإجراءات المسطرية أمام المحاكم في ظل بنية عقارية معقدة على مستوى سير دعوى نزاع التعرض أمامها.

هذا ونشير الى أن الدولة تعفى من مساعدة المحامي طالبة كانت أو مطلوبة ضدها في هذه الحالة تكون مقالاتها ومذكراتها موقعة من طرف الوزير المعني أو موظف منتدب.¹⁸

ثانيا: التدخل أمام محكمة التحفيظ

إذا كانت أطراف الدعوى في الدعاوى العادية يتم تحديدها في المقال الإفتتاحي للدعوى، فإن أطراف نزاع التحفيظ تحدد مسبقاً أمام جهاز إداري هو المحافظة العقارية، الذي يحيل ملف النزاع على المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها الترابية العقار محل الدعوى لتبقى هذه الأخيرة مقيدة بملف النزاع، مما يطرح معه التساؤل حول مدى جواز التدخل لتصحيح المسطرة(1)، وكذا التدخل في الدعوى موضوع التعرض سواء بشكل إختياري أو إجباري(2).

1- التدخل لتصحيح المسطرة

إن التساؤل المطروح هنا، هو هل يمكن تصحيح المسطرة في حالة وقوع تغيير في أهلية أطراف النزاع أو أحدهم، سواء بنقصان الأهلية أو انعدامها بسبب الوفاة مثلا؟، وبعبارة أدق، هل يمكن لقضاء التحفيظ تطبيق قواعد ق.م.م المنظمة للتدخل في قضايا التحفيظ العقاري في ظل سكوت ظ.ت.ع عن تنظيمها استنادا إلى كون قانون م.م الشريعة العامة لكافة القوانين؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل كانت محل أخذ ورد على مستوى الاجتهاد القضائي، إذ أنه في البداية كان يتم إرجاع الملف إلى المحافظ العقاري لينتدرك هذا الوضع مما كان يطيل أمد النزاع، الأمر الذي

¹⁶ رضوان قريشي، القواعد الموضوعية و الإجرائية لدعوى التعرض العقارية، رسالة لنيل دبلوم ماستر العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية: 2012/2013، ص:14.

¹⁷ رضوان قريشي، م.س، ص:14.

¹⁸ كنزة الغنام، مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة، أطروحتها لنيل الدكتوراه في الحقوق، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية: 2015/2016، ص:351 وما بعدها.

جعل القضاء ينحوا منحى آخر بأن أقر استمرار القضاء في مواصلة الدعوى، مع رفض طلب الورثة بالتدخل لتصحيح المسطرة، إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً): "الفصل 117 من ق.م.م المتعلق بإدخال ورثة أحد أطراف الدعوى لا يطبق أمام محكمة التحفيظ التي يتعين عليها أن تبت في القضية المحال عليها من طرف المحافظ".¹⁹

غير أن هذا الموقف القضائي غير مبرر لكون الورثة ما هم إلا استمرار لمورثهم، ومن ثمة من العدالة السماح لهم بالتدخل في الدعوى ليكونوا أطرافاً فيها، لأنه لا يعقل أن تستمر المحكمة في نظر نزاع تحفيظ طرفه ميت، لأن الميت لا يمكنه أن يباشر الإجراءات القضائية المسطرية للرد على دفاع و دفع خصمه.²⁰

وقد تنبه القضاء أن تطبيق ق.م.م سيؤدي إلى تجاوز هذه الوضعية غير المنطقية، فبدأ يقبل إدخال الورثة في الدعوى، إذ جاء فيقرار للمجلس الأعلى: "بمقتضى الفصل الأول من ق.م.م؛ يتعين على المحكمة أن تنذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده له، وحيث إن المحكمة ردت استئناف الورثة الذين لم يدلوا برسم الإرائة دون أن تنذرهم بذلك تكون قد خرقت الفصل المذكور، وعرضت قرارها للنقض، وهو ما سارت عليه أيضا بعض محاكم الموضوع".²¹

2- التدخل في الدعوى في قضايا التحفيظ

يقصد بالتدخل تقدم شخص لم يكن لا مدعياً ولا مدعي عليه بمقال للمحكمة ليصبح طرفاً في الدعوى، لما له من مصلحة في النزاع المعروض على القضاء والتدخل نوعان، إما أن يكون إنضمامياً يقتصر فيه المتدخل على الإنضمام إلى أحد الأطراف لمؤازرته، وإما أن يكون التدخل هجوماً في صورة دعوى جديدة سمح المشرع بتقديمها في طلب عارض، أما الإدخال فهو طلب إجبار شخص ثالث على الانضمام إلى الدعوى، ويكون ذلك بطلب من الخصوم أو بناء على أمر من المحكمة.²²

وقد نظم المشرع مسطرة التدخل في الدعاوى العادية بمقتضى الفصول 111 إلى 118 من ق.م.م بالنسبة للمرحلة الابتدائية و بمقتضى الفصل 114 من ق.م.م بالنسبة لمرحلة الاستئناف، وبمقتضى الفصل 377 من ق.م.م بالنسبة للتدخل أمام محكمة النقض، غير أنه بالرجوع إلى ظ.ت.ع يلاحظ أنه سكت عن تنظيم مسألة التدخل في الدعوى تاركا المجال للفقه والقضاء للإدلاء برأيه في الموضوع.²³ وهكذا نلاحظ

¹⁹ سمرة محذوب، م.س، ص: 151.

²⁰ ادريس الفاخوري، م.س، ص: 151.

²¹ سمرة محذوب، م.س، ص: 20 وما بعدها.

²² عبد اللطيف الشاوي، خصوصية المنازعات القضائية في ضوء القانون 14_07، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس، السنة الجامعية: 2012، ص: 78.

²³ ادريس الفاخوري، م.س، ص: 152.

على مستوى العمل القضائي قبول القضاء التدخل في دعاوى التحفيظ متى كان انضماميا ولا يقبله بالمرّة متى كان هجوميا، إذ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط "التدخل الإرادي لا يمكن التصريح بقبوله إلا إذا كان موضوعه هو تعزيز مزاعم أحد أطراف النزاع، أما إذا كان يهدف إلى الحصول على حق ما لطرف أجنبي عن النزاع فإنه يكون غير مقبول".²⁴

أما بالنسبة للتدخل الجبري فالغرض منه يختلف حسب الحالات، فقد يكون الهدف من إدخال الغير في النزاع إلزامه بالضمان في مواجهة طالب الإدخال، كطلب إدخال البائع في الدعوى كضامن لما باع للمدعي أو المدعى عليه، وفي هذه الحالة يتوقف الإدخال على طلب الخصوم، كما قد يكون الهدف من إدخال الغير إلزام الغير بتقديم وثيقة تحت يده لها تأثير في الفصل في النزاع، وفي هذه الحالة يتصور الإدخال بطلب من الخصوم أو بأمر تلقائي من المحكمة. وإذا كان المشرع قد نظم التدخل الجبري في ق.م.م بموجب الفصول 103 إلى 108 فإنه بالمقابل نلاحظ سكوت ظ.ت.ع عن ذلك، مما يثير التساؤل حول إمكانية إدخال الغير في نزاع التحفيظ أم أن خصوصية المسطرة لا تسمح بذلك؟²⁵ بغض النظر عن الاختلاف الفقهي والقضائي في هذا الموضوع نجد عدة قرارات لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) تشير في اتجاه منع إدخال أحد من الأغيار في الدعوى من ذلك مثلا ما جاء في إحدى قراراتها:²⁶ "لكن انه بمقتضى الفصل 37 و43 من ظ.ت.ع إنما تبت المحكمة في وجود الحق المتعرض به ومحتواه ومداه وبالتالي فإن مسطرة البت في التعرض على مطلب التحفيظ نظمها ظ.ت.ع الذي لم ينص على جواز تدخل الغير في الدعوى خاصة وأن النزاع في مسطرة التحفيظ العقاري ينحصر بين طالب التحفيظ والمتعرض لاغير".

وهذا يعني أنه عندما يتعلق الأمر بنزاع متعلق بالتعرضات فيجب مراعاة خصوصيات قانون التحفيظ العقاري الذي يجعل المحكمة ملزمة بعدم توسيع أطراف النزاع، وذلك بعدم قبول تعرض الغير الخارج عن الخصومة، وعدم قبول التدخل الإرادي في الدعوى المتعلقة بالتعرضات على مطلب التحفيظ، وهذا عكس قواعد المسطرة المدنية التي تسمح بهذا التدخل متى توافرت شروطه، وتعطي للمحكمة في أحوال محددة قانونا أن توسع نطاق أطراف النزاع، وعليه فإن طلب إدخال البائع في الدعوى كضامن لما باع يخرج عن نطاق اختصاص المحكمة العقارية التي لا تنظر إلا في المنازعات المتعلقة بالتحفيظ التي يحيلها عليها المحافظ على الأملاك العقارية.²⁷

²⁴ أوردته سمرة جندب، م.س، ص: 23.

²⁵ عبد اللطيف الشاوي، م.س، ص: 83.

²⁶ قرار عدد 2392 المؤرخ في 2007/07/04، ملف مدني عدد 2005/11/2700، أورده عمر أزوكار في مرجعه، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14-07 ومدونة الحقوق العينية، مطبعة الرشاد، الدار البيضاء نالطبعة الأولى 2012، ص: 237.

²⁷ كنزة الغنام، م.س، ص: 90.

الفقرة الثانية: إجراءات التحقيق في دعوى التعرض وإصدار الحكم

كما سلف الذكر ان الدعوى المتعلقة بالتعرضات تنطلق في أحضان المحافظة العقارية، لكن المرحلة القضائية لا تبدأ إلا بإحالة الملف²⁸ من لدن المحافظ لكتابة ضبط المحكمة الابتدائية. ناهيك عن ذلك و بالرجوع لظ. ت. ع نجده يحمل في طياته ثلة من الإجراءات الخاصة بهذه الدعوى والتي تتباين مع تلك المنصوص عليها في ق. م. م . تبعا لذلك وبحكم تميز هاته المرحلة بمجموعة من الخصوصيات سنحاول الإحاطة بها من خلال الحديث أولا : عن إجراءات التحقيق، التي سنتطرق فيها لدور القاضي المقرر في قضايا التحفيظ، دون ان ننسى دور القضاء الواقف أي النيابة العامة في هاته القضايا، في حين سنسلط الضوء في ثانيا: على إصدار الحكم والخصوصيات المرتبطة بهذه المرحلة . كل ذلك باعتماد منهج المقارنة بين ق. م. م و ظ. ت. ع .

أولا: دور القاضي والنيابة العامة في منازعات التعرض

تحتل الأجهزة القضائية دور بالغ الأهمية في جل القضايا غير انها ذات خصوصية كبيرة في المجال ت.ع خاصة منازعة التعرض ، هكذا سنتناول دور القاضي المقرر 1، في حين سنخصص 2 لدور النيابة العامة.

1- دور القاضي المقرر

بداية لا بد من الانطلاق من النص القانوني إذ بالرجوع الى ف 34 من ظ. ت. ع كما تم تعديله وتنظيمه بمقتضى قانون 14.07 نجد انه ينص في ف 1 على ما يلي: "يعين رئيس المحكمة الابتدائية فور توصله بمطلب التحفيظ قاضيا مقررًا يكلف بتحضير القضية للحكم واتخاذ جميع الإجراءات المناسبة لهذه الغاية... كما يمكنه بعد موافقة رئيس المحكمة ان ينتدب لهذه العمليات قاضيا آخر." يتضح من خلال هذا الفصل ان المشرع نص صراحة على ضرورة تعيين قاض مقرر يكلف بتحضير القضية وكما هو معلوم ان القاضي المقرر يكون كلما تعلق الامر بقضاء جماعي.

وبالرجوع الى الفصل 31 و32 من ق . م. م نجد انهما ينصان على الآتي: ف 31 ف الأخيرة "... بمجرد تقييد المقال يعين رئيس المحكمة حسب الأحوال قاضيا مقررًا او قاضيا مكلفا بالقضية"، فضلا عن الفصل 32 في ف الأخيرة كذلك على انه "... يطلب القاضي المقرر او القاضي المكلف بالقضية عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة او التي وقع اغفالها ". ولعل اول ملاحظة بخصوص الفصلين

²⁸فاطمة الحروف، الدور المقيد للقضاء بشأن التعرضات على طلب التحفيظ العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في ق. خ، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة 2009-2010، ص 109.

ورود مصطلحي قاضي مقرر او قاضي مكلف حيث تفيد "او" صيغة الاختيار فتارة يتم تعيين قاض مقرر إذا كان البث في القضية سيتم بتشكيلة جماعية ، وطورا يتم تعيين قاض مكلف كلما كان البث في القضية سيتم من قبل قضاء فردي . ومن خلال المقارنة بين هذين الفصلين والنص الخاص الوارد في ظ. ت. ع ف 34، سنجد ان المشرع العقاري استعمل صيغة الوجوب في الوجوب في الفصل 34 أي ضرورة تعيين قاض مقرر ، بل الأكثر من ذلك انه نص على مختلف الصلاحيات المخولة له في الفصل 34، 35 دون ان يحيل الامر الى ق. م. م. م. ²⁹تبعاً لذلك يتضح بأن القاضي المقرر هو قاض ينتمي للهيئة يتم تعيينه من طرف رئيس المحكمة لتهيئ قضية معينة او قضايا معينة ، ولعل الهدف من إحداث هذه المؤسسة القضائية خلق قاض حكم يتولى التحقيق نيابة عن هيئة الحكم الجماعية .³⁰

من المسلم به الإشارة كذلك الى ان القاضي المقرر يلعب دورا لا يستهان به في هاته المرحلة ولعل ذلك ما حدا بالمشرع الى تخويله ثلة من الصلاحيات الواسعة حتى يقوم بمهامه على أكمل وجه وهي صلاحيات أطرتها المواد 34 و 35 من ظ. ت. ع بحيث له أن يتخذ كل ما يراه ضروريا لتحقيق مهمته ، وله في سبيل ذلك حسب ماورد في الفصل 34 "... أن ينتقل الى عين العقار موضوع النزاع ليجري بشأنه بحثا أو يطبق عليه الرسوم ، كما يمكنه بعد موافقة رئيس المحكمة أن ينتدب لهذه العمليات قاضيا آخر، كل ذلك مع مراعاة ق المنصوص عليها في ق. م. م. م. " ، يتضح من خلال هذا النص أنه في حالة ما إن رأى القاضي المقرر أن الامر يتطلب معاينة للعقار وتطبيق الرسوم على ارض الواقع ، وأن النزاع معقد ، ولا يقف عند حدود البث في بعض المسائل القانونية ، فإنه يصدر أمرا قضائيا بالوقوف إلى عين المكان ، مع تحديد مصاريف التنقل التي تدخل ضمنها التعويضات الواجب وضعها لكل من القاضي وكاتب الضبط والمهندس المساح الطبوغرافي المحلف مع تعيين الطرف الملزم بأداء هذه المصاريف لدى كتابة صندوق المحكمة قبل الانتقال الى عين المكان ، وهو الشخص الذي طلب هذا الاجراء³¹. وفي حالة استفادة الشخص من المساعدة القضائية فإنه يعفى من الأداء ، وتؤخذ المصاريف من صندوق الخزينة العامة . من خلال قراءة النص القانوني يتضح أنه لا يسمح أي صيغة تفيد إلزام القاضي المقرر بالخروج الى عين المكان بحيث ان المشرع العقاري استعمل لفظ يمكن الذي يفيد الاختيار بمعنى أنه غير ملزم بالخروج الى عين المكان من اجل القيام بعملية البحث والتحقيق بمعنى ان امر الخروج الى عين المكان يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي المقرر بحيث جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى ما يلي : "إن إجراءات الوقوف على عين المكان يخضع لسلطة المحكمة التي تقدر ما إذا

²⁹ق. م. م. ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.44.7، بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص ق المسطرة المدنية.
³⁰ادريس الفاخوري ، " الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب "، دراسة لنظام التحفيظ العقاري والفقهاء الإداري والعمل القضائي ، طبعة ثالثة ، 2018 ، مطبعة النجاح ، الجديدة - الدار البيضاء .ص.113.
³¹ادريس الفاخوري ، مرجع سابق .ص.115.

كان ضروريا ومجديا لتحديد موضوع الدعوى ام لا ...".³² إلا ان خروج القاضي المقرر له أهمية بالغة خاصة على مستوى التحقق من واقعة الحيازة وتحديد نطاقها وطبيعتها حيث يتطلب الامر إجراء تحقيق دقيق . وبالرجوع الى ف الأخيرة من ف 34 نجدها تنص على إمكانية تلقي التصريحات أو الشهادات ، ناهيك عن الاستماع إلى الشهود والأطراف.

وتجدر الإشارة الى انه في حالة انتقال القاضي المقرر لعين المكان فهو يستمع الى تصريحات جميع الخصوم دون استثناء خاصة فيما يتعلق بمصدر ملكيتهم ، وسبب منازعتهم واستفساراتهم ناهيك عن إدلائهم بمستنداتهم والحجج التي تدعم تعرض كل واحد ، ليتم تضمين كل ذلك في محضر يحرر من لدن القاضي المقرر ويوقعه مع جميع المعنيين بالأمر حتى تكون له الحجة القانونية عند إثارة أي نزاع فيما بعد³³. بقي ان نشير انه في الحالة التي تصبح فيها القضية جاهزة للحكم طبقا لمقتضيات الفصل 35 " عندما يرى القاضي المقرر ان القضية قد أصبحت جاهزة يخبر الأطراف بيوم الجلسة العلنية التي ستعرض فيها وذلك قبل موعدها بثمانية أيام على الأقل بعد التوصل بالاستدعاء ".

فهذا النص القانوني لا يشير الى إصدار القاضي المقرر للأمر بالتخلي³⁴. خلافا لمقتضيات الفصل 335 من ق. م. م. وهو ما أكده المجلس الأعلى في قرار صادر عنه " لكن حيث إن القرار المطعون فيه صدر في مسطرة التحفيظ العقاري وان الفصل من ظ. ت. ع الواجب التطبيق لا يشترط اتخاذ الامر بالتخلي على القضية"³⁶ ترتيبا لذلك يكون القاضي المقرر في النزاعات المتعلقة بالتعرضات غير ملزم بإصدار امر بالتخلي ، دون ان يؤدي ذلك الى بطلان المسطرة ، وهذه خصوصية من خصوصيات المسطرة المتعلقة بالتعرضات ، والتي تختلف في هذه النقطة عن المقتضيات العامة المنصوص عليها في ق. م. م. خاصة ف 335 المشار إليها انفا³⁷، الا ان ما يعاب على النص الخاص في ظ. ت. ع انه جعل إصدار الامر بالتخلي غير إلزامي مما يطيل من عمر مسطرة التحقيق وبالتالي يؤخر البت في الدعوى بحكم عدم وجود حد زمني لتقديم المذكرات حتى تاريخ الجلسة مما يضيع فرصة احد الأطراف للاطلاع عليها وهو ما يضر بمصالحه ، ما يشكل تعارضا مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القضاء .

عند الانتهاء من كل هاته الإجراءات والتي من شأنها ان تجعل من القضية جاهزة للبت فيها ، يعمل القاضي المقرر على وضع تقرير إجمالي لمختلف المراحل منذ إحالة الملف عليه من قبل رئيس المحكمة

³²قرار رقم 1995/11/17/5591 في ملف عدد 88/5175، أوردته فاطمة الحروف في اطروحتها ص113.

³³ادريس الفاخوري ، مرجع سابق ص.117.

³⁴احمد أجمعون ، المنازعات العقارية بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية ص58.

³⁵ف 335 من ق. م. م. " اذا تم تحقيق الدعوى ن او اذا انقضت آجال تقديم الردود واعتبر المقرر ان الدعوى جاهزة للحكم اصدر امرا بتخليه عن الملف وحدد تاريخ الجلسة التي تدرج فيها القضية ..."

³⁶قرار المجلس الأعلى رقم 399، الصادر بتاريخ 13 فبراير 1991 في الملف عدد 77/935، منشور بعبد العزيز توفيق ص 233، أورده احمد اجمعون في " المنازعات العقارية بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية " ص58.

³⁷فاطمة الحروف ، مرجع سابق ص132.

الابتدائية³⁸، فهذا التقرير هو الأساس الذي ينير الطريق للمحكمة للبت في القضية ، بحيث يتضمن تحليلاً للوقائع وادعاءات الخصوم ومطالبهم ، دون ان يبدي رأيه ناهيك عن إضافة محضر الوقوف على عين المكان الذي تم إجراؤه . وبعدها تصبح القضية جاهزة يشعر القاضي المقرر الأطراف بموعد الجلسة العلنية بثمانية أيام على الأقل مع إخبارهم بإمكانية الحضور شخصياً او بواسطة وكيل³⁹.

2- واجهات تدخل النيابة العامة

اول ما تجدر الإشارة إليه ان تدخل النيابة العامة في قضايا التحفيظ العقاري غير إلزامي ويظهر ذلك بجلاء عند استقرار ما جاء به ف 37 ظ. ت. ع⁴⁰ المعدل بمقتضى قانون 14.07. الذي استعمل عبارة إن اقتضى الحال ، فهذه العبارة لا تفيد الالزام . لكن بالرجوع الى الفصل 9 من ق.م. م نجده ينص على ما يلي " يجب ان تبلغ الى النيابة العامة الدعاوى التالية : - القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ، والهبات والوصايا لفائدة المؤسسات الخيرية وممتلكات الاحباس والأراضي الجماعية ...القضايا المتعلقة بفاقدى الاهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها نائبا قانونيا ...".

والملاحظ ان الفصل طغت عليه صيغة الوجوب .ولعل ذلك ما أكده كذلك المجلس الأعلى في قرار له " حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار ذلك انه رد دفعها المذكور أعلاه بأن ف 37 من ظ. ت. ع نص على ان ممثل النيابة العامة يتقدم ان اقتضى الحال بمستنتجاته خلال المرحلة الابتدائية وهي عبارة تفيد الاختيار لا الالزام في حين ان إحالة الملف على النيابة العامة لتقديم مستنتجاتها في المرحلة الاستئنافية لا يغني عن إحالة الملف عليها في المرحلة الابتدائية سيما اذا كانت الدولة طرف في النزاع ، الامر الذي يعتبر معه القرار خارقا لمقتضيات ف 9 من ق. م. م مما عرضه للنقض والابطال "41. استنادا لذلك يتضح بانه في حالة ما إن كانت الدولة طرفا في النزاع فلا بد من إحالة الملف الى النيابة العامة قصد الادلاء بمستنتجاتها تحت طائلة بطلان الحكم عملا بمقتضيات ف 9 من ق. م. م .

نفس الشيء بالنسبة للدعاوى المتعلقة بفاقدى الاهلية او التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا او مؤازرا لاحد الأطراف . حيث تتدخل النيابة العامة بشكل رئيسي وهو ما تطرق له الفصل 26 من ظ. ت. ع

³⁸ادريس الفاخوري، مرجع سابق، ص117.

³⁹كنزة الغنام ، أطروحة لنيل الدكتوراه، مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة ،جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش ، السنة 2015/2016، ص318.

⁴⁰ف 37 من ظ. ت. ع فقرة 1: " عند افتتاح المناقشات يعرض القاضي المقرر القضية ويعين المسائل التي تتطلب حلا دون ان يبدي أي رأي ثم يقع الاستماع الى الأطراف ويقدم ممثل النيابة العامة ان اقتضى الحال مستنتجاته ، ثم يفصل في القضية إما في الحين وإما بعد المداولة ."
⁴¹قرار المجلس الأعلى عدد58 صادر بتاريخ 1998/1/22 في الملف رقم 1993/3/5/1321(غير منشور)، أورده ادريس الفاخوري في كتابه " الوسيط في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب "ص119.

42. والتمثل في الحالة التي تتعرض فيها النيابة العامة باسم فاقدى الاهلية والمفقودين ... وإن كان تطبيق هذا المقتضى نادرا ما يتم في الواقع العملي بحكم وجود الاولياء والاوصياء ، وفي هذا الصدد نستحضر قرار للمجلس الأعلى انه "... حيث ثبت صحة ما عابته الطالبة على القرار المطعون فيه ، ذلك ان الثابت من المقال الافتتاحي للدعوى انها وجهت ضد قاصرين وهم ... في شخص والدتهم الطالبة ...، وان مقتضيات ف 9 من ق. م. م تنص على انه يجب ان يبلغ الى النيابة العامة الدعوى منها المتعلقة بفاقدى الاهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا او مؤازرا لاحد الأطراف . وبالرجوع الى أوراق الملف لا نجد ضمنها ما يفيد ان النازلة قد احيل ملفها على النيابة العامة ، وان المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي القاضي بإجراء القسمة في المدعى فيه وفي مواجهة القاصرين المذكورين عندما بنتت في القضية دون إحالة الملف على النيابة العامة تكون قد خالفت مقتضيات ف 9 من ق. م. م المحتج بخرقه في الوسيلة ، وجاء قرارها معرضا للنقض والابطال .."43

على العموم فإنه اذا كانت إحالة دعاوى التحفيظ العقاري على النيابة العامة قصد الادلاء بمستنتاجاتها إجراء اختياري فقط، بمعنى ان المحكمة ليست ملزمة بإحالتها، كما ان النيابة العامة ليست ملزمة هي الأخرى بتقديم مستنتاجاتها ، فإنه كلما كانت احدى الدعاوى المحددة في الفصل 9 من ق. م. م المذكور أنفا إلا واصبح هذا الاجراء إلزامي تحت طائلة بطلان الحكم طبقا لمقتضيات ف الأخيرة من الفصل 9 من ق. م. م.44 .

ولن نفوت فرصة الإشارة في هذا الصدد الى مقتضيات ف 29⁴⁵ من ظ. ت. ع الذي عدل وتمم بمقتضى ق 14.07 الذي الغى الدور الذي كان يناط بالنيابة العامة من حيث فتح اجل استثنائي للتعرض ، الذي أشار جدالا كبيرا في صفوف القانونيين ، خاصة في ضل وجود اختصاص اصيل للنيابة العامة الا وهو الدفاع عن الحق العام والطابع الزجري ، الشيء الذي يبعدها عن قضايا التحفيظ . فقبل التعديل كانت النيابة العامة هي المختصة بفتح الاجل الاستثنائي وإن كان المشرع اغفل تحديد الضوابط المؤطرة لقبول التعرض الاستثنائي من لدن السيد الوكيل . لينتقل اختصاص فتح اجل التعرض الاستثنائي بعد التعديل المذكور من صميم اختصاص المحكمة

⁴² ف 26 ظ. ت. ع " ... يمكن في جميع الأحوال ، على شرط ان تقدم الاثباتات المنصوص عليها سابقا ، التدخل في المسطرة عن طريق التعرض باسم المحجورين والغائبين و المفقودين والغير حاضرين، وذلك من طرف الاوصياء والممثلين الشرعيين ووكيل الملك والقاضي المكلف بشؤون القاصرين والقيم على أموال الغائبين والمفقودين."

⁴³ قرار عدد 1488 الصادر عن الغرفة المدنية (القسم الرابع)، في الملف المدني عدد 05/4/1/3723 بتاريخ 2007/05/02 (غير منشور) أورده ادريس الفاخوري ، مرجع سابق . ص 119.

⁴⁴ مجلة القضاء والقانون ، العدد 166، مطبعة الأمنية ، السنة 2016، ص 122.

⁴⁵ ف 29 من ظ. ت. ع "بعد انصرام الاجل المحدد في الفصل 27 يمكن ان يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية ، ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق ، شريطة ان لا يكون الملف قد وجه الى المحكمة الابتدائية.."

ثانيا : قواعد اصدار الحكم

بعد تلاوة القاضي المقرر لتلاوته لتقريره والاستماع الى الأطراف و تقديم ن.ع لمستنتاجاتها عند الاقتضاء تكون المحكمة قد وصلت الى نهاية المطاف ويبقى على الأطراف انتظار احكم ، و على المحكمة إصداره ⁴⁶.

وتعتبر مرحلة اصدار الحكم وقيلا المداولة اهم المراحل التي تمر بها الدعوى وما يزيد اهمية في هذا الاطار . الخصوصيات التي تمتاز بها، حيث ان ظت.ع جعل المداولة امر اختياري ، كما انه لم ينص على كفية تقرير الحكم الصادر في نزاع التحفيظ والبيانات التي يجب ان تتضمنها ، و في نفس الوقت لم يصل الى مقتضيات ق.م.م

وعليه سنتناول ، وذلك تبعا لتسلسل الزمي للدعوى المداولة في قضايا لتحفيظ 1 م صياغة الحكم وبيانته 2.

1.المداولة في قضايا التحفيظ

تحثل المداولة مكانة هامة في عمر الدعوى المرفوعة امام القضاء باعتبارها تلك الفترة الزمنية التي تمنحها الهيئة الحاكمة لنفسها للتساؤل و التفكير في الحكم واسبابه ، بعد انتهاء المرافعات وقبل النطق به ، او بشأن حسم المسائل الأولية التي ينبغي تسويتها قبل النطق بالقرار الفاصل في الدعوى ⁴⁷.

و من اهم مميزات المداولة الطابع السري الذي تتم فيه و في غيبة الأطراف ⁴⁸، حيث يمنع على القضاة الدين شركوا في المداولة افشاء الآراء التي دارت اثناء بشأن لملف ، و لا يجوز سواء للأطراف او النيابة العامة الحضور اثناء المداولة فهي محصورة بين قضاة الحكم.

وبصرف النظر عن المداولة ⁴⁹، فانه طبقا للفصل 335 ⁵⁰ من ق.م.م، في فقرتها الأولى و بمجرد اقبال الباب المناقشة وإصدار القاضي المقرر امره بالتخلي تحجز القضية للمداولة تمهيدا للنطق بالحكم بتطبيق مقتضيات الفصل 343 ⁵¹ من ق.م.م.

⁴⁶ محمد خيربي: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة الرباط المغرب، 2018 ص 327.
⁴⁷ أبو الوفا احمد : نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، منشأة المعارف الإسكندرية ، الطبعة الثالثة 1977 ص 76/76 ، أورده عبد الكريم الطالب الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية.. المطبعة والوراقة الوطنية مراكش ، الطبعة الخامسة 2009 ص 195.

⁴⁸ عبد الكريم الطالب : م.س ص 195.
⁴⁹ للتوسع اكثر انظر عبد الكري الطالب :م.س ص 195 و مابعدها.

⁵⁰ الفصل 335 من ق.م.م: <اذا تم تحقيق الدعوى او اذا انقضت اجل تقديم الردود اعتبر المقرر ان الدعوى جاهزة للحكم اصدر امرا بتخلسه عن الملف وحدد تاريخ الجلسة التي تدرج فيها القضية...>

⁵¹ الفصل 343 <يامر الرئيس بجعل الالفضية في المداولة بعد انتهاء المناقشة والاستماع عند الاقتضاء للنيابة العامة في مستنتاجاتها الكتابية و الشفوية.
تقع المداولة في غيبة الاطرف>

غير ان قراءة بسيطة للفصل 37 من ظ.ت.ع⁵² ، تكفي لتجعل ن سؤال هل يقصد من ذلك ان وضع القضية في المداولة امر غير وجوبي في قضايا التحفيظ؟ انه يصبح ضروريا وجوبيا؟

انه وعلى الرغم من أهمية المداولة كفترة زمنية لتأتي و التريث قبل النطق بالحكم فان مشرع ظ.ت.ع جعلها اجراء اختياريًا أورد في الفصل لسابق عبارة أما في الحين او بعد المداولة⁵³ خلافاً للفصل 343 من ق.م.م وادا كان المشرع وهو بنصه على هذا المقتضى يروم تحقيق السرعة فب البت في التعرضات فانه بالنظر الى الحجية المطلقة لقرار التحفيظ ، واهمية المداولة كما سبق الدك معطى واقعي يجعل من اجراء المداولة امرا وجوبيا في مثل هذه القضايا، وذلك حتى لا يتم حسب تعبير احد الباحثين⁵³، تأسيس رسم عقاري نهائي لا يعتبر عنوانا للحقيقة .

2. صياغة الحكم وبيانه

يعتبر الحكم القضائي نتيجة للدعوى و المحطة الأخيرة لها حيث يتم البت نهائيا في النزاع او الامر باتخاذ احد الإجراءات الرامية الى تحقيق ذلك.

ولما كان الحكم القضائي نتاج الدعوى فقد اهتم المشرع بتنظيم قواعد إصداره ايما اهتمام محددًا البيانات التي يجب ان تتوفر فيه⁵⁴ تحت رقابة محكمة النقض ، الا ان المشرع في ظ.ت.ع لم ينص على كيفية تقرير لبحكم الصادر في نزاع التحفيظ و البيانات التي يجب ان يتضمنها ، كما انه لم يحل مقتضيات قانون م.م في هذا الباب مما يطرح معه التساؤل حول مدى خضوع هذه الاحكام للقواعد المسطرية العامة بهذا الشأن ، باعتبار ق.م.م الشريعة لكل الإجراءات المسطرية ام ان خصوصيات التحفيظ تمتد لتشمل حق هذا الجانب على اعتبار ظ.ت.ع قانون شكل وموضوع؟

يتسم الاجتهاد القضائي هذا الباب بالتناقض وعدم الاستقرار على موقف ثابت فتارة يكرس ضرورة احترام تطبيق الفصل 50 ق.م.م و تارة يستغني عن تطبيقه.

هكذا فقد قضى المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا في قرار بان تطبيق مقتضيات الفصل 189 من ق.م.م غير لازم في قضايا التحفيظ العقاري لعدم وجود إحالة صريحة عليه⁵⁵ وقضى أيضا ،

⁵² ينص الفصل 37 من ظ.ت.ع إفتتاح المناقشات يعرض القاضي المقرر القضية ويعين المسائل التي تتطلب حلا دون أن يبدي أي رأي ثم يقع الاستماع إلى الأطراف ويقدم ممثل النيابة العامة إن إقتضى الحال مستنجاته ، ثم يفصل في القضية إما في الحين وإما بعد المداولة..... وينص الفصل 45 ظ.ت.ع المناقشات بتقرير المستشار المقرر الذي يعرض القضية والمسائل المطلوب حلها من غير أن يبدي أي رأي ، ثم يستمع إلى الأطراف إما شخصيا وإما بواسطة محاميهم ، ويقدم ممثل النيابة العامة إستنتاجاته وتبت محكمة الإستئناف في القضية إما في الحين أو بعد المداولة سواء حضر الأطراف أو تخلفوا دون أن يقبل أي تعرض ضد القرار الصادر.....
⁵³ سمرة محدوب : الازدواجية الإجرائية امام قضاء التحفيظ العقاري ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة ، السنة الجامعية 2013/2012 ص 199.

⁵⁴ الفصل 50 بالنسبة للحكم الابتدائي ، الفصل 305 بالنسبة للقرار الاستئنافي ، الفصل 375 بالنسبة لقرار محكمة النقض
⁵⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 288 صادر بتاريخ 1970/06/24 منشور اشأؤ اليه مصطفى كيلة ، خصوصيات المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة الحقوق محمد الأول ، وجدة النة الجامعية 2009/2010.

بالنسبة للقرار الاستثنائي ان قانون م.م. يطبق في قضايا التحفيظ العقاري الا في الحالات التي يحيل عليها قانون التحفيظ وليس منها الفصل 345 في فقرته الرابعة التي تنص على وجوب إشارة الاحكام الى ان مناقشات وقعت في جلسة علنية او بغرفة المشورة،⁵⁶ فنفس القرار اخر قضي من انعدم الإشارة الى أسماء جميع اطراف الدعوى ويؤثر في صحة الحكم ما دام ان مطلب التحفيظ الموجود بالملف يشتمل على جميع هذه الاشياء⁵⁷،

الا ان القضاء عمد في قرارات اخرى عديدة الى تطبيق قواعد م.م على الاحكام الصادرة في منازعات التعرض ونزاعات التحفيظ، عموما فقد ابطل قرار استثنائي حكما ابتدائيا بسبب عدم نظر اسم كاتب الضبط الذي حضر الجلسة وجاء في حيثياته ما يلي (حيث ان الفصل 50 من ق م.م صريح في انه تصدر الاحكام في جلسة علنية و تحمل العنوان التالي: المملكة المغربية باسم جلالة الملك واسم كاتب الضبط و حيث تبين للمحكمة من خلال الاطلاع على نسخة المنصوص على مطابقتها للأصل من الحكم المستأنف ... بأنها لا تشمل على اسم كاتب الضبط ... حيث ان البيانات المنصوص عليها في الفصل 50 المذكور عن البيانات الالزامية التي يجب ان يتضمنها كل حكم وان الاغفال عنها او عن احدها يجعل الحكم باطلا⁵⁸).

كما اكد التوجه المجلس الاعلى حينما قضي بأن الإشارة الى الاطراف تعتبر من البيانات الالزامية المنصوص عليها في الفصل 345 من ق م م واغفال الإشارة اليهم او الى احدهم ، يعتبر خرقا لمقتضيات الفصل المذكور⁵⁹ وقضى ايضا بأن الاحكام يجب ان تكون معللة و ان المكلف بالفصل في قضايا التحفيظ العقاري ليست معفاة بالرغم من سكوت ظهير 12 غشت 1913 من تيرير احكامها و من الخضوع لمقتضيات المسطرة المفروضة و التي تعتبر من النظام العام⁶⁰

امام هذا التذبذب القضائي يرى احد الباحثين⁶¹، ان الحسم في مدى وجوب مراعات الخصم او القرار الصادر نزاع التحفيظ لقواعد المسطرة المدنية ، يجب أن ننظر إليه من زاوية تعارض او عدم تعارض هذه القواعد مع خصوصية قواعد التحفيظ العقاري ن لأمن زاوية مدى إحالة المشرع على هذه القواعد العامة ، ومن ثمة فإنه مادام لا يوجد أي تعارض بين م.ت.ع و ق.م.م فإن الخصم يجب أن يصدر وفق الشكل المنصوص عليه في الفصل 345 باستثناء وجوب احترام بعض قواعد الخاصة بمسطرة التحفيظ كعدم ضرورة ، الإشارة إلى المدولة في الحكم لعدم إلزامية هذا الإجراء في نزاعات التحفيظ، ونحن بدورنا نؤيد الرأي السابق ذلك أن المنطق يفرض اعتبار لكون ق.م.م الشريعة العامة

⁵⁶قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 17/04/1981

⁵⁷قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 19/01/1983 عدد 73 دون ذكر عدد الملف أشار اليه محمد بفقير قانون المسطرة المدنية و العمل القضائي

⁵⁸قرار محكمة الاستئناف بالناظور صادر بتاريخ 2014/09/14 رقم 248 ملف عقاري عدد 47/99 ، أشار اليه سمرة محذوب ، م.س.ص

192/191

⁵⁹قرار المجلس الأعلى ، صادر بتاريخ 05/11/1997 عدد 6963 في الملف المدني عدد 46994/92 أشار اليه ، مصطفى الكيلة مزس ص 253.

⁶⁰قرار المجلس الأعلى ، الصادر بتاريخ 20/04/1960 عدد 163 ، دون ذكر عدد الملف أشار اليه مصطفى الكيلة م.س.ص: 253

⁶¹مصطفى الكيلة م.س.ص 252.

للإجراءات المسطرية وسكوت ظبت.ع عن تنظيم بيانات الخصم الصادر في منازعات التعرض أن يتم احترام الفصل 50 وفي الفصل 345 و375 ق.م.م. لأن استثناء على معطى عدم وجود إحالة من ظبت.ع على ق.م.م بهذا الخصوص سيؤدي تضارب الأحكام والأخذ والرد ومن ثم تحميل الموضوع أكثر مما يحتمل .

وسيرا على هذا المنوال وعملا بهذا الرأي فإن ذلك الأحكام وفي القرارات >في حدود اطلاقاً <⁶² تحترم بيانات الفصل 50 والفصل 345 ق.م.م من حيث الإشارة الى (علنية الجلسات جميع الاطراف، وهياة الحكم كاملة، تعلي،...) رغم عدم وجود نص صريح في ظبت.ع يحدد هذه البيانات أو إحالة من هذا الأخير على ق.م.م.

المطلب الثاني: القواعد الموضوعية للبت في منازعات التعرض

لم يقتصر ظبت.ع على افراد نزاعات التحفيظ بقواعد خاصة على مستوى سير المسطرة وتمهيد الدعوى للبت فيها من قبل المحكمة المختصة بل امتد الامر الى شمول هذه الخصوصية المبادئ الموضوعية المؤطرة لهاته النزاعات .

ومن جهة أخرى فان المحكمة وهي تبت في النزاع المعروض عليها فقد يتبين لها ان التعرض المثار لا لا يعدو في جوهره سوى تعرض تعسفي لا يرجى منه سوى عرقلة مسطرة التحفيظ تبعاً لذلك سنخصص هذا المطلب للحديث عن اهم المبادئ التي تعرض لها ظبت.ع (الفقرة الأولى).في حين سنلقي الضوء في (فقرة ثانية) على دور القضاء في الحد من التعرضات التعسفية.

الفقرة الأولى: المبادئ المؤطرة للبت في منازعات التعرض

إن البت في نزاع التعرض من قبل المحكمة بما يعنيه ذلك من صدور حكم قضائي قابل للتنفيذ, تعتبر عملية من الأهمية بمكان, حيث إن الحكم الصادر سينيهي النزاع المثار وقد يؤدي الى ذلك الى تأسيس رسم عقاري من قبل المحافظ له حجية مطلقة.

لقد استشرع المشرع حساسية هذه المرحلة و الحكم الذي يمكن أن يصدر, فكان أن أولاهها أهمية خاصة بأن أطرها بمجموعة من المبادئ الخاصة تتماشى وخصوصيات نزاعات التحفيظ, سواء تلك المتعلقة بأطراف النزاع(أولاً) أو تلك المرتبطة بصلاحيات المحكمة وهي تنظر في النزاع, وهي عموماً تعتبر ضوابط أو مبادئ مقيدة للتدخل القضائي في مسطرة التحفيظ.

⁶²حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس ، بتاريخ 18/02/2019 ، حكم عدد 173 ملف عدد 41/1403/2018 غير منشور.
°حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس، بتاريخ 18/02/2019 ، حكم عدد 166 ملف عدد47/1403/2018 غير منشور.
°قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 21/01/2019 ، حكم عدد 55 ملف عدد 701/1403/2015 غير منشور.
° قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 11/03/2019 ، حكم عدد 247 ملف عدد 03/1403/2015 غير منشور.

أولاً: المبادئ الناظمة لأطراف النزاع

يشار بداية أن المبادئ المنظمة أو الناظمة لأطراف نزاع التحفيظ هي في الآن ذاته القيود الواردة على سلطة المحكمة أثناء البت في منازعات التعرض.

ويمكن مناقشة هذه المبادئ من خلا الإجابة عن سؤالين أساسيين من هو المكلف بالإثبات في منازعات التعرض؟(1) وهل يمكن للمتعرض تقديم طلبات إضافية أمام المحكمة بعد إحالة الملف عليها؟(2).

1- المكلف بالإثبات في نزاع التحفيظ - قلب عبء الإثبات.

القاعدة في مسطرة التحفيظ ان المتعرض هو من يتحمل عبء الإثبات, فقد استقر الاجتهاد القضائي منذ أمد طويل على اعتبار المتعرض في مركز المدعي وبالتالي يتحمل مشقة الإثبات.

وتعتبر هذه القاعدة من ابتداء القضاء, استخلصها من الفصل 37 فقرة ثانية⁶³, منذ التعديل الذي خضعت له المادة 37 ظهير 1917⁶⁴, حيث شكل التعديل المذكور النص المرجعي لهذا الاجتهاد القضائي من اول قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط سنة 1925⁶⁵ وتواتر القضاء بعد ذلك على نفس الاجتهاد سواء على مستوى المجلس الاعلى حيث جاء في احد قراراته مايلى " بالرغم من ان القرار المطعون فيه اكد وعن صواب على ان المتعرض يعتبر مدعيا وعليه اثبات تعرضه بحجة قوية تنطبق على ارض النزاع و ان المحكمة لاتناقش حجج طالب التحفيظ ال ان يثبت المتعرض تعرضه , فإنه قض مع ذلك بصحة تعرض المطلوب وهو متعرض دون الاعتماد على اية حجة مؤيدة له, وناقش حجة الطاعنة وهي طالبة التحفيظ حيث اعتبر رسمها الخيفي لا ينطبق على ارض النزاع من حيث الحدود الامر الذي يبقى معه هذا القرار عديم الاساس القانوني وعرضه بالتالي للنقض و الابطال"⁶⁶

وحتى على مستوى محاكم الموضوع حيث جاء في قرار لاستئنافية الناظور " ... طالب التحفيظ يعتبر مدعى عليه بينما يعتبر المتعرض مدعيا ,لانه هو المطالب بالادلاء بالحجة التي تؤيد مزاعمه من غير ان

⁶³تنص الفقرة الثانية من الفصل 37 من ظ.ت.ع (تبت المحكمة في وجود الحق المدعى به من قبل المتعرضين وطبيعته و مشتملاته ونطاقه, وتحيل الأطراف للعمل بقرارها...).

⁶⁴ظهير شريف 1917/09/4 ج.ر.عدد 216 ب 1917/06/18 ص 486.

⁶⁵قرار استئنافية الرباط عدد 751 بتاريخ 10/11/1928 دون ذكر رقم الملف اشارت اليه سمرة محذوب م.س.ص 170

⁶⁶قرار صادر عن المجلس الأعلى , بتاريخ 12/01/2005 منشور ضمن سلسلة النازعات العقارية من خلال قضاء المجلس الأعلى سلسلة دلائل عملية عدد طبعة أولى , مطبعة النجاح , الدار البيضاء 2005 ص 70/69

يكون طالب التحفيظ مطالباً بما يؤيد مطلبه⁶⁷. وإيضاً حكم ابتدائي سار في نفس الاتجاه "...حيث انه حري بالذكر ان المتعرض هو بمثابة مدعي و ان المحكمة لا تناقش حجج طالب التحفيظ الا بعد ادلاء المتعرض بما يعزز تعرضه " ومن جهة اخرى و في نفس السياق يطرح السؤال حول الحالة التي تتعدد فيها مطالب التحفيظ بشأن نفس العقار ؟ عملاً بنفس منطق توجه القضاء اعلاه فانه في حالة التعرض المتبادل فالعبرة بالاقدم تاريخاً حيث يعتبر طالب التحفيظ اللاحق متعرضاً مكلفاً باثبات ادعاءاته ، وهو ما كرسته محكمة الاستئناف بمكناس "... حيث جرى العمل القضائي في حالة وجود تعرض متبادل بين مطلبين اعتبر الاقدم تاريخاً بمثابة طالب التحفيظ و اللاحق بمثابة متعرض... وحيث ان المطلب عدد 22293/05 المقدم من طرف... هو الاقدم تاريخاً اذ قدم بتاريخ 23/10/1992 في حين ان المطلب عدد 2242/59 المقدم من طرف... ومن معه كان بتاريخ 26/12/2005 وبالتالي فان هذا الاخير ومن معه يعتبرون متعرضين⁶⁸ هكذا يلاحظ من مختلف الاحكام القضائية السابقة انها تصب في اتجاه تكريس قاعدة اعتبار المتعرض مدعياً ويتعين عليه اثبات حقه ، وهي وان كانت قاعدة تتعارض مع قواعد الفقه الاسلامي ومحل انتقاد كبير من قبل غالبية الفقه فان بعضاً من الباحثين⁶⁹ يعتبر ان موقف القضاء من هذا الموضوع موقف صائب جدير بالتأييد فطالما ان القاعدة في الاثبات "البينة على من ادعى واليمين على من انكر" فانه يتعين على كل من يدعي حقوقاً له على طالب التحفيظ ان يثبت ذلك تفادياً لبعض التعرضات الكيدية التي لا تكون الغاية منها الا التضييق على طالب التحفيظ وحرمانه من الحصول على رسم للملكية يمكنه من استثمار عقاره في أنشطة اقتصادية. لقد ترتب عن عدم تحديد المشرع المراكز القانونية لاطراف نزاع التحفيظ ، وتولد عن ذلك فهم حرفي من قبل القضاء لنص الفصل 37 من ظ.ت.ع ، فتم اعتبار المتعرض مدعياً ولو كانت تتوفر لديه قرينة الحيازة التي تعفي صاحبها من الاثبات حسب مقتضيات الفقه الاسلامي⁷⁰ والحال ان طالب التحفيظ هو من يدعي الحق لنفسه بمقتضى مطلب التحفيظ وليس المتعرض ، كما ان القول بان المتعرض هو الذي تسبب في النزاع ونقله الى ساحة القضاء فلماذا لا يكون طالب التحفيظ هو الذي تسبب في ذلك؟!⁷¹ ان استمرار القضاء في تبني هذا الموقف و تطبيق القاعدة اعلاه ليس من شأنه فقط ان يشكل خرقاً واضحاً لاحد ثوابت الفقه الاسلامي ومسلماته التي تعتبر الحائز معفى من الاثبات علماً بان الحيازة في الفقه المالكي المعمول به من اسباب الملكية ٨، بل انه يشجع اصحاب النوايا السيئة على تقديم مطلب التحفيظ ليستصلوا بمطلته التي تجعلهم في مركز المدعى عليهم

⁶⁷ قرار صادر من محكمة الاستئناف بالناظور ، مؤرخ في 19/10/204 عدد 277 ملف رقم 79/99 العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري منشورات مجلة الحقوق المغربية لدلائل الاعمال القضائية ، الدليل الأول مطبعة الأمنية الرباط 2010 ص 223/217 وهو ما أكده قرار محكمة استئناف مراكش ب 04/05/2006 دون ذكر العدد ملف رقم 3325/6/5 منشور بنفس المجلة ص 246/238.
⁶⁸ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس ب 11/03/2019 ، عدد 247 ملف رقم 264/1403/2018 غير منشور .
⁶⁹ عمر السكتاني : خصوصيات الجوانب الإجرائية لممارسة التعرض في نظام التحفيظ العقاري ، مقال منشور بمجلة القضاء المدني ، المنازعات العقاري سلسلة دراسات وابحاث منشورات مجلة الحقوق ، مطبعة الأمنية الرباط ص 61/62
⁷⁰ باستثناء بعض القرارات المحتشمة ، كقرار المجلس الأعلى الصادر ب 25/04/2007. عدد 1465 ملف رقم 351/01/01 / 2006 اشارت اليه سمره محذوب ، اطروحة ص 182
⁷¹ فاطمة لحروف : م.س ص 63.

وبالتالي التملص من قيد الاثبات بدل سلوك دعوى الاستحقاق العادية ، وهو ما سينتج عنه جعل الملاك الحقيقيين في مركز ادنى. انه وبينما كنا ننتظر من قانون 14.07 اعادة هيكلة ظبت.ع على اساس قواعد الفقه الاسلامي ، اعد صياغة نفس المبدأ دون ادنى اعتبار لما يمكن ان يكون عليه الفقه الاسلامي و ما تقتضيه مبادئ العدالة والانصاف ومطالب الفقه وانتقادات الباحثين واذا كان -على حد تعبير احد الفقه⁷²- لهذه القاعدة رواسب تاريخية تتلخص في الرغبة الجامعة لسلطات الجامعة في بسط نفوذها على اجود الاراضي المغربية آنذاك ، فإننا لا نجد اي مبرر للاستمرار في تكرير هذا الاتجاه فهل يتعلق الامر باقتناع سليم بهذا المبدأ ام ان الامر لا يتجاوز مجرد خبط عشواء من قبل قضاء حرفي!!!؟؟؟ وعلى ذلك فان بعض الاحكام اصبحت تهذب من هذا التوجه في اطار الترجيح بين الحجج بتقييم حتى حجج طالب التحفيظ ، ومن ذلك حكم ابتدائية وجدة"... وحيث ادلى المتعرضون بملكية...في حين ادلى طالب التحفيظ بملكية...وحيث انه تأسيسا على ما ذكر وجب اللجوء الى ترجيح بين الحججتين للتساوي فيما بينهما"⁷³ ومع ذلك فمثل هذه الاحكام تشترط ان تكون حجج المتعرض قوية ومقبولة شرعا وان تكون صحيحة وتامة سالمة من القوادح والاطعون.⁷⁴ من ذلك كله فان الاستنتاج الذي تبناه القضاء من ف 37 ظبت.ع استنتاج خاطئ يجب تلافيه ، ولا مناص من تحقيق ذلك الا بتدخل من المشرع في اقرب الآجال لملاءمة ظبت.ع مع قواعد الشرع الاسلامي تحقيقا للعدالة من جهة وتكريسا للامن العقاري من جهة اخرى.م

2. عدم إمكانية توسيع نطاق التعرض

ان خصوصية انطلاق دعوى التعرض في نزاعات التحفيظ من حيث طلب المتعرض الاصلي يحدد مسبقا امام جهاز اداري هو المحافظة القى بظلاله على امكانية تقديم طلبات اضافية التي تعتبر من صميم حقوق المدعي فاذا كان المدعي في القضايا العادية يمكنه تقديم طلبات إضافية يرمي من خلالها الى تصحيح او تعديل طلبه الأصلي او التكملة أو طلب جديد ، فإن المدعي -المتعرض. بالإضافة الى أنه منقل بعبء الأثبات فإنه لا يمكنه بعد تقديم تعرضه -الفصل 25 أن يوسع من حتى هذا أو المطالبة بحق جديد فلا يمكنه أن يطالب بملكية العقار كاملا بعد أن قدم تعرض جزئيا.

أن السؤال الذي يطرح نفس انطلاقا من الفصل 43⁷⁵ ظبت.ع هل الطلبات الإضافية جائزة في قضايا التحفيظ العقاري خلال المرحلة الابتدائية ؟

⁷² عبد العالي دقوقي نظام التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 14.07 د.ط مطبعة سجل ماسة الزيتون مكناس 2019 ص 153

⁷³ حكم ابتدائي وجدة 29/06/2005 عدد 965 ملف رقم 1592/04 ، اشارت اليه سمرة محذوب م.س ص 173

⁷⁴ عبد العظيم لحسن : م.س ص 134.

⁷⁵ الفصل 43 من ظبت.ع ... في مرحلة الاستئناف لا يمكن للأطراف ان يتقدموا باي طلب جديد و يقتصر التحقيق الإضافي المنجز من قبل المستشار المقرر على النزاعات التي اتارها مطلب التحفيظ في المرحلة الابتدائية

على الرغم من أن صياغة الفصل 43 قد توصي بذلك فإن مقتضيات هذا الفصل لا تنفي بل لا بد من مراعاة خصوصية مسطرة ت.ع في هذا الشأن من موضوع نزاع التحفيظ يتحدد من مثل المحافظ والمحكمة ملزمة بأن تثبت وفق ما يحال عليها من طرفه ولا تملك صلاحية توسيع نطاقه⁷⁶ وقد كرس الاجتهاد القضائي المغربي هذا المبدأ في العديد من القرارات من بينها قرار المجلس الأعلى جاء فيه (لكن حيث أنه ردا على الوسيطتين معا فإن التعرض هو بمثابة دعوى يحدد موضوعها أمام المحافظ وأنه بالرجوع إلى هذا التعرض يبين أن الطعن يقصر تعرض على المطالبة بحقوق مشاعة ولاذكر لحق المرور به)⁷⁷

بناء على ماسبق يتضح أن القضاء لا يمكنه كذلك للمتعرض أن يقر للمتعرض حقوق تفوق تلك التي طالب بها أمام المحافظ العقاري ولا يمكن كذلك للمتعرض توسيع تعرض بعد إحالة الملف على المحكمة⁷⁸. يبقى بذلك التعرض وفق المسطرة الفصل 29 الطريق الأول الأخير الذي يحدد به المتعرض حقه ويتمسك به حتى نهاية النزاع.

على أنه إذا كان الطلب يرمي التقليل من نطاق النزاع فلا يوجد ما يمنع المحكمة في أي المرحلة من المراحل التقاضي قبوله متلا بالتنازل الجزئي عن التعرض حيث يعد ذلك داخلا في إطار الصلح بين الخصوم⁷⁹

ثانيا: المبادئ المقيدة للقضاء

قيد المشرع العقاري سلطات تدخل القضاء عند بت في نزاعات التعرض، حيث إن الأحكام القضائية الصادرة عنه تقتصر على البت في حدود التعرضات دون أن تتعداه (أ) إلى طلبات التحفيظ كما أن القضاء لا يبت بين التعرض وطالب التحفيظ (ب) وغير مختص بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في المادة التعرضات (ج)

1. المحكمة تثبت في حدود تعرض

كان ظهير التحفيظ العقاري في صيغته الأولى يمنح سلطة واسعة للقضاء للتقرير في مصير مطلب التحفيظ حيث ان الفصل 38 من ظ.ت.ع قبل تعديله كان يخول للمحكمة إمكانية للبت في مطلب التحفيظ لكن التعديل الذي ادخل على ظ.ت.ع بموجب ظهير 24 شتنبر 1917 جرد القضاء التحفيظ من صلاحية

⁷⁶مصطفى الكيلة: م.س ص 223.

⁷⁷قرا صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 05/07/2000 عدد 2804 ملف مدني عدد 97 12251/1 اشارت اليه سمرة محذوب: م.س ص 112.

⁷⁸سمرة محذوب: م.س ص 113

⁷⁹مصطفى الكيلة: م.س ص 223.

البت في مطلب التحفيظ⁸⁰ و هو ما أكده ظ 25 غشت 1954 وكان ظ 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون نص الفصل ن رقم 14.07 في الفقرة الثانية من الفصل 37⁸¹.

وبالرجوع الى الفقرة الثانية من الفصل 37 من ظ.ت.ع نجدها تنص على مايلي: "تبت المحكمة في وجود الحد المدعى به قبل المتعرضين و طبيعته ومشمولاته ونطاقه وتحيل الأطراف للعم بقرارها بعد اكتساب الحكم قوة الشيء المقضي به على المحافظ بالاملاك العقارية الذي له وحده النظر في قبول او رفض مطلب التحفيظ كلا او بعضا مع الاحتفاظ بحق الطعن المنصوص عليه في الفصل 37 مكرر.

وبذلك يتضح ان المحكمة مطالبة بالبت فقط وجوبا في الحق المدعى به من قبل المتعرضين ، وليس لها ان تقرر بشأن مطلب التحفيظ لان ذلك يدخل في صلاحية المحافظ العقاري الذي يرجع له دون غيره لنظر في مصير مطالب التحفيظ ، وهذا فيه تقييد واضح لصلاحيات قاضي التحفيظ لصالح مؤسسة المحافظ العقاري وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في العديد من الاحكام والقرارات القضائية ، حيث جاء قرار صادر عن المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا على ان القرار الذي قبل النظر في مطلب التحفيظ قضى برفضه يكون قضاته قد تجاوزوا استعمال سلطتهم ببتهم فيما هو موكول للمحافظ على الأملاك العقارية ، بينما نضرهم مقتصر قانونا على البت في وجود الحق المدعى به من قبل المتعرضين ونوعه ومحتواه وخرقوا مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 37 من ظ.ت.ع وعرضوا قرارهم للنقض⁸².

كما جاء في قرار اخر صادر عن محكمة النقض: "قبول المحافظ للتعرض قبل إحالة ملف المطلب على المحكمة موكول لسلطة ، وان المحكمة انما تبت في وجود الحق المدعى به من قبل المتعرضين ونوعه ومحتواه ومداه⁸³.

و في حكم اخر صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش جاء فيه : ان اختصاص المحكمة ، وهي تبت في التعرضات المشار بشأن مسطرة التحفيظ ، انما تقتصر على النظر في صحة التعرض او عدم صحته⁸⁴

ان الحكم الصادر عن محكمة التحفيظ ينبغي ان يكون قاصرا على البت في مدى احقية المتعرض في تعرضه فان كان غير محق رفضت التعرض وان كان محق حكمت بوجود الحق المدعى به من قبله وعينت نوع الحق ومحتواه ومداه ولا يتعدى الحكم ذلك ، فالمحكمة لا تامر بالتحفيظ او بعدمه بل تحيل الامر بعد ذلك للمحافظ على الملكية العقارية الذي يعد الوحيد صاحب الاختصاص في قبول التحفيظ كليا

⁸⁰ ينص الفصل 38 من ظ.ت.ع قبل تعديله على ان : اذا قضى الحكم الصادر برفض مطلب التحفيظ كلية فانه يتعين فقط إعادة الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها من قبل .

⁸¹ سمرة محذوب: م.س: ص 118

⁸² قرار المجلس الأعلى رقم 90/4552 بتاريخ 01/02/1996 ، اشارت اليه ك سمرة محذوب ص 119 .

⁸³ قرار عدد 266 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 26/01/2005 ، ملف مدني عدد 2003/1/1/4527 ، منشور بمجلة المنازعات العقارية من خلال قضاء المجلس الأعلى عدد 3. سنة 2005 . ص33ز.

⁸⁴ حكم المحكمة الإدارية بمراكش رقم 111 ملف رقم 05/03/96 بتاريخ 05/10/2005، منشور بمجلة الحقوق المغربية ...م.س ص 111

او جزئيا او رفضه طبعا مع الاحتفاظ بحق الطعن في قراره حيث لا تمتد سلطة المحكمة الى التقصي في صحة طلب التحفيظ⁸⁵.

وعليه فالإدارة هي من تستأثر بكامل السلطات بشأن التقرير في مصير مطلب التحفيظ ولو صدرت حتى ولو صدر حكم يقضي بصحة التعرض ، اذ يمكنها رفض التحفيظ رغم الحكم الصادر ، الا ان هذا المبدأ تدخل عليه بعض الاستثناءات الضيقة أهمها حالة الفصل 48 من ظ.ت.ع حيث يمكن للمحكمة ان تثبت في أساس مطلب التحفيظ الصادر عن تعسف او تكدير ، و أيضا حالة الفصل 37 مكرر من ظ.ت.ع عندما يتم الطعن في قرار المحافظ برفض التحفيظ.

ان التشبث الحرفي بمقتضيات الفصل 37 من ظ.ت.ع كما تم نسخه وتعويضه لا يخدم قضايا التحفيظ، ذلك انه قرم من دور القضاء في مجال يتعلق بواحد من اهم الحقوق ،الا وهو حق الملكية⁸⁶، كما ان من شأنه هذا المبدأ خلق نوع من اللاتوازن بين طالب التحفيظ والمتعرض ، لذلك نامل من المشرع المغربي التدخل لتعديل الفصل 37 من ظ.ت.ع و تحويل القضاء سلطات تمكنه من التقرير في مطلب التحفيظ، في انتظار اتخاذ مبادرة اكثر جرأة تتمثل في تبني التحفيظ القضائي في بعض الحالات الخاصة⁸⁷.

2. اقتصار نظر المحكمة على البت بين المتعرض وطالب التحفيظ

استقر الاجتهاد القضائي المغربي على مبادئ أخرى للبت في التعرضات ، لعل أهمها كون المحكمة تثبت بين المتعرض وطالب التحفيظ ، مما أدى في بعض الحالات الى الحكم بصحة تعرضين كليين على نفس مطلب التحفيظ مادامت المحكمة ليست لها السلطة الكاملة للبت بين المتعرضين ، وان وضعنا من هذا القبيل من شأنه ان يؤدي الى إطالة امد النزاع⁸⁸.

وقد كرس القضاء هذا المبدأ بشكل عام، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى: ان محكمة التحفيظ وبمقتضى ف37 من ظ.ت.ع لا تنظر في النزاعات القائمة بين المتعرضين ولكن في النزاعات القائمة بين طالب التحفيظ من جهة والمتعرض ، من جهة أخرى وان المحكمة التي قضت بعدم قبول استئناف المتعرض ضد معرضين آخرين تكون قد طبقت القانون⁸⁹.

⁸⁵ احمد اجعون: المنازعات العقارية بين المحاكم العادية و المحاكم الإدارية، الطبعة الأولى ، منشورات الأمان ، الرباط ، 2016 ، ص 59.

⁸⁶ سمرة محذوب : م.س ص 171.

⁸⁷ لحسن عبد العظيم: تدخل القضاء في ميدان التحفيظ العقاري ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الرباط ، السنة الجامعية 2012/2011

⁸⁸ عبد العالي الدقوقي: المسطرة القضائية للتحفيظ العقاري بين القانون الحالي و مشروع قانون التحفيظ لعقاري 14.07 ، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد و القانون لعقاري عدد 50 السنة 2008.

⁸⁹ قرار المجلس الأعلى ، عدد 348 بتاريخ 11 فبراير 1955 ملف رقم 4619/87 شار اليه ادريس الفاخوري م.س ص:88.

و في نفس الاتجاه ورد قرار اخر لمحكمة النقض : لكن حيث انه بمقتضى الفصل 37 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري فان لمحكمة التحفيظ انما تصل في النزاع الذي يثيره المتعرضون ضد طالب التحفيظ و لا تختص بالنظر في النزاع الذي يثيره المتعرضون وحيث ان جميع ما يأخذه الطاعنون على المحكمة انما ينصرف الى النزاع القائم بينهم وبين فريق م المتعرضين ، فهذه الانتقادات غير واردة على قضاء المحكمة التي قضت بصحة التعرضات في مواجهة طالبي التحفيظ وليس فيما بين المتعرضين ، فهي لهذا غير جديرة بالاعتبار و غير مرتكزة على اساس⁹⁰.

ان مبدا عدم جواز الفصل بين المتعرضين لم يبقى حكرا على محكمة النقض بل تكريسه حتى على مستوى بعض محاكم الموضوع ، اذ جاء في حكم صادر ابتدائية بركان : حيث ان مسطرة التحفيظ لا تخضع لمقتضيات قانون المسطرة المدنية ما عدا المنصوص عليها صراحة ، وان محكمة التحفيظ تختص في النزاع الذي يثيره المتعرضون ضد طالب التحفيظ ولا تختص بالنظر في لنزاع الذي يثيره المتعرضون فيما بينهم⁹¹.

واعتبار المحكمة غير مختصة بالنظر في الحقوق المثارة بين المتعرضين بعضهم البعض ، يترتب عنه اكتساب الحكم الصادر حجية الشيء المقضي به فيما بين المتعرضين ، و هو ما من شأنه ان يؤدي الى ما يهدف اليه المشرع ، وهو سعيه ضمان استقرار الملكية وتشجيع الائتمان العقاري من خلال الإسراع الى تأسيس رسم عقاري نهائي ، لان الأخذ بهذا التوجه قد يؤدي الى التأخير في انهاء النزاع القائم بشأن مطلب التحفيظ عندما بحكم القضاء بصحة احد التعرضات.

هذا الوضع تنبه اليه المشرع المغربي في سياق تعديله للفصل 37 من ظ.ت.ع ، اذ نص على ان المحكمة تبين في حكمها حدود ومساحة الأجزاء المحكوم بها لفائدة المتعرضين وفي حالة الشياح تصيب كل واحد منهم..، وبذلك قضاء التحفيظ سيكون ملزما بالفصل بين المتعرضين وهذا المقتضى إيجابي لا شك انه سيؤدي الى حسم النزاع التحفيظ، وتقادي للجوء الى القضاء مرات و مرات من اجل نزاع واحد، كان بالإمكان حسمه بحكم يفصل بي جميع أطراف النزاع ، كما ان هذا التعديل سيؤدي الى تجاوز بعض صعوبات تطبيق الاحكام الصادرة في قضايا التحفيظ و التي كان بصحة تعرض متعرضين او اكثر ضد مطلب التحفيظ⁹².

⁹⁰قرار صادر عن المجلس الأعلى، عدد 1938 ، بتاريخ 13 يونيو 1988 ، في الملف المدني رقم 83/127 ، أشار اليه لحسن عبد العظيم : م.س ص 124

⁹¹حكم المحكمة الابتدائية ببركان رقم 452 ملف 99/466 بتاريخ 04/03/2002، غير منشور ، اشارت له سمرة محذوب . م.س ص 124.

⁹²ادريس الفاخوي : م.س ص 88.

الا ان الواقع يبين خلاف ذلك اد ان الاجتهاد القضائي مازال يعتبر ان القاضي ليس بإمكانه البت بين تعرضين او اكثر⁹³ ، ونامل ان يتراجع القضاء المغربي من الأخذ بقاعدة عدم إمكانية الفصل بين المتعرضين تقاديا للجوء الى القضاء مرات ومرات من اجل نزاع واحد.

3. عدم صلاحية المحكمة لتفيد لحكم الصادر

بالرجوع الى مقتضيات الفصل 429 من ق م م نجدها تنص على ان: "تنفذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة في مجموع التراب الوطني بناء على طلب من المستفيد من الحكم أو من ينوب عنه. يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم أو إذا اقتضى الحال وفقا لمقتضيات الفصل 439 من هذا القانون..." وعليه فإن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة في إطار المنازعات العادية يتم بواسطة كتابة ضبط المحكمة المصدرة للحكم، غير ان تنفيذ الاحكام الباتة في التعرضات يسند لجهاز غير قضائي، فبالرجوع الى الفصل 37 من ظ ت ع نجده ينص على ان "تبت المحكمة في وجود الحق المدعى به من قبل المتعرضين و طبيعته و مشتملاته و نطاقه، وتحيل الاطراف للعمل بقرارها ،بعد اكتساب الحكم قوة الشيء المقضي به ،على المحافظ على الاملاك العقارية الذي له وحده النظر في قبول أو رفض مطلب التحفيظ كلا أو بعضا مع الاحتفاظ بحق الطعن المنصوص عليه في الفصل 37 مكرر." وبذلك فمهمة تنفيذ الاحكام الصادرة في مادة التعرضات تناط المحافظ على الملكية العقارية، فبمجرد صيرورة الحكم نهائيا ومكتسبا قوة الشيء المقضي به، يحال ملف مطلب التحفيظ مرفقا بالحكم أو الاحكام الباتة بشأنه الى المحافظ على الملكية العقارية الذي يتولى اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ مضمونها⁹⁴ ، ويعتبر تنفيذ الاحكام الصادرة في نزاع التحفيظ من بين الخصوصيات التي تميزه عن باقي الاحكام الصادرة في القضايا الاخرى التي يعهد امر تنفيذها لكتابة ضبط المحكمة، ولعل السبب يعود للطبيعة الادارية لمسطرة التحفيظ لذلك ارتأى المشرع أن تختتم إدارية⁹⁵.

وتنفيذ الاحكام القضائية الباتة في موضوع التعرضات يختلف حسب ما إذا كانت التعرضات كلية، جزئية أو تعرضات على واجبات مشاعة، ففي حالة الحكم بعدم صحة التعرض بواسطة أحكام نهائية কিما كان نوعه لا يطرح أي اشكال، اذ تبقى للمحافظ صلاحية التقرير بشأن مطلب التحفيظ برفض او قبول التحفيظ، اما عندما يتم الحكم بصحة التعرض، فالار يختلف حسب نوع التعرض⁹⁶.

فعندما يتعلق الامر بالحكم بصحة تعرض كلي فطبقا للفصل 37 من ظ ت ع يتم الاعلان عن الحقوق المحكوم بها طبقا لمقتضيات الفصل 83 من ظ ت ع كما تم نسخه وتعويضه، حيث يكتسب المتعرض

⁹³ عبد العالي دقوقي : م.س ص 174.

⁹⁴ احمد ادجون : م.س ص 89

⁹⁵ كنزة الغنام : م.س ص 160/159

⁹⁶ عبد العالي دقوقي: المسطرة القضائية للتحفيظ العقاري بين القانون الحالي ومشروع قانون التحفيظ العقاري 14.07، م س، ص: 246

الذي قضى حكم قضائي بصحة تعرضه، صفة طالب التحفيظ في حدود الحصة المحكوم له بها، وذلك عن طريق نشر خلاصة إصلاحية، تتابع بمقتضاها مسطرة التحفيظ باسم المتعرض، حيث تتم الموازنة مع ذلك نشر اعلان عن انتهاء التحديد، يفتح من خلاله اجل شهرين قصد التعرض على الحقوق المحكوم بها فقط⁹⁷.

اما في حالة الحكم بصحة تعرض جزئي منصب على العقار، فيتم نشر خلاصة إصلاحية تتابع بمقتضاها مسطرة التحفيظ في اسم طالب التحفيظ والمتعرض في حدود الجزء المحكوم له به، حيث يتم بموجبها تجزئ المسطرة عن طريق نشر خلاصة إصلاحية بالجريدة الرسمية وفقا لما ينص عليه الفصل 83 من ظ ت ع ، ليتم بعدها تأسيس رسمين لكل قطعة على حدة⁹⁸.

اما بخصوص الحكم بصحة تعرض على واجبات مشاعة فالأمر لا يختلف عن السابق حيث تعاد عملية الاشهار من جديد لإدراج الأشخاص الدين حكم بصحة تعرضهم ضمن قائمة طالبي التحفيظ، وبالتالي ينبغي اجراء نشر جديد بالجريدة الرسمية لخلاصة مطلب التحفيظ والاعلان عن و الإعلان عن انتهاء التحديد ، و من تم تفتح اجال جديدة لتعرض ضد مطلب التحفيظ مدتها شهران انطلاقا من تاريخ نشر الإعلان الجديد عن الانتهاء التحديد بالجريدة الرسمية⁹⁹.

وما تجدر الإشارة اليه ان مسالة تنفيذ الحكم من طرف المحافظ شهدت مستجدا من خلال الفصل 37 من ظ.ت.ع بعد التعديل بالقانون رقم 14.07 ، حيث في حالة الحكم بصحة التعرض يكتفي المحافظ بنشر خلاصة إصلاحية طبقا للفصل 83 من ظ.ت.ع باسم المتعرض المحكوم له بصحة تعرضه ، وبذلك يكون المشرع قد تفادى ما تم التنصيص عليه في الفصل 37 من ظ.ت.ع قل التعديل بالقانون المذكور أعلاه ، حيث يمنح الخيار للمتعرض الذي قضى الحكم بصحة تعرضه ، اما ان يسلك مسطرة الفصل 37 من ظ.ت.ع ، او لا يسلكها مما يعيد العقار الى مرحلة ما قبل التحفيظ ، أي عقار غير محفظ ، مما لا يساهم في تعميم نظام التحفيظ العقاري.

الفقرة الثانية: دور القضاء في الحد من التعرض التصفي

إذا كان العقار يلعب دورا مهما في الإقلاع الاقتصادي والاجتماعي لمختلف دول العالم بصفة عامة و المغرب بصفة خاصة، فان هذه الأهمية قد توجت بإصدار قانون 14.07 المتمم والمغير ل ظ.ت.ع

⁹⁷ سمرة محذوب: م.س، ص: 269

⁹⁸ سمرة محذوب : م.س ص 272.

⁹⁹ عبد العالي دقوقي : نظام التحفيظ العقاري بالمغرب م.س، ص132

1913 حيث جاء هذا القانون بمستجدات لحماية حق الملكية¹⁰⁰ المنصوص عليه في دستور 2011 وبالتالي فحق التعرض ليس حقا مطلقا، بل مقيد و لا يمكن في إطاره الإضرار بالغير مما دفع بالمشرع إلى إحداث أساس قانوني لتدخل قاضي التحفيظ وكذلك حالات تبوُّث التعرض التعسفي (أولا) ، و كذا الجزء المنصوص عليه في المادة 48 من قانون 14.07.ثانيا

أولا: الأساس القانوني لتدخل قاضي التحفيظ بشأن حالات التعرض التعسفي

إن حق التعرض باعتباره إمكانية خولها المشرع لكل من تضرر بمطلب التحفيظ قدمه شخص آخر إلا أن في مقابل ذلك قد يستعمل هذا الحق عن سوء النية¹⁰¹، أي بصورة سلبية مما قد يلحق ضرر بحقوق طالب التحفيظ هذا الأخير الذي يرجوا إخضاع عقاره لمسطرة التحفيظ.

لدراسة هذه الفقرة سنقوم في مرحلة أولى (أولا) ببيان الأساس القانوني، و في مرحلة ثانية (ثانيا) حالات التعرض التعسفي.

1: الأساس القانوني لتدخل قاضي التحفيظ بشأن التعرض التعسفي

يجد قاضي التحفيظ المحال عليه مطلب التحفيظ للبت فيه عند الاقتضاء بالتعويض وفق ما اقره الفصل 48¹⁰² من قانون 14.07 وعليه يتضح أن المحكمة التي أحيل عليها مطلب التحفيظ لها الصلاحية للحكم تلقائيا ، اعتمادا في ذلك على نص الفصل 94 من قانون الالتزامات و العقود "لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير، وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته من غير أدى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه " فيمكن استنتاج من خلال الفصل السلف الذكر وبالمفهوم المعاكس إن المسؤولية تترتب كلما استعملها صاحبها للإضرار بالغير¹⁰³.

¹⁰⁰فصل 35 من الدستور 2011 "يضمن القانون حق الملكية. ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون."
¹⁰¹فاطمة الداودي : دور المحافظ العقاري و تدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. بجامعة محمد الأول للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة 2012/2013. ص130.
¹⁰²الفصل 48 من قانون 14.07 : " كل طلب للتحفيظ أو تعرض عليه ثبت للمحكمة صدره عن تعسف أو كيد أو سوء نية يوجب ضد صاحبه غرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لا يقل مبلغها عن عشرة في المائة من قيمة العقار أو الحق المدعى به. والكل دون المساس بحق الأطراف المتضررة في التعويض. إن المحكمة التي أحيل عليها مطلب التحفيظ لها الصلاحية الحكم تلقائيا بالغرامة والبت عند الاقتضاء في طلبات التعويض"

¹⁰³ محمد خيري : إم س، ص 331

بالإضافة لما تمت الإشارة إليه انطلاقاً من نص الفصل 94 من ق ل ع نجد أن المشرع المغربي منح التعرض التعسفي أهمية بالغة بإحداثه للفصل 48 من قانون 14.07 ، إلا أن ما يلاحظ أن هذا الفصل جاء بمصطلحات التعسف و الكيد و سوء النية وبالتالي هذه المفاهيم غير محددة و تتصل بأمور نفسية للقاضي¹⁰⁴ ، وبالتالي ترك السلطة التقديرية متروكة للمحكمة

2: حالات التعرض التعسفي

بالرجوع إلى الفصل 48 نجده لم يحدد حالات التعرض التعسفي و السبب في ذلك يرجع إلى صعوبة إثبات الوقائع التي تعتبر أو تشكل سوء النية أو التعسف ومن الحالات التي قد تعتبر والتي يسهل على المحكمة اعتبارها بمثابة تعرضات تعسفية التالية¹⁰⁵ :

1. المتعرض الذي يمتنع عن تقديم مستنداته إلى المحكمة ويمتنع من الحضور لدى القاضي المقرر ، أو يدلي بحجج يطعن فيها بالزور ويحكم فعلاً بتزويرها.
2. التعرض المبني على شراء حقوق متنازع فيها، أو أن أصحابها لا يتوفرون على عنصر الحيابة و لا يتوفرون على سندات التملك.

وبدوره الاجتهاد القضائي حاول العمل على استنباط بعض حالات التعرض التعسفية ، و في حكم صادر¹⁰⁶ عن محكمة الدار البيضاء اعتبرت تعسف كل شخص اشترى قطعة أرضية مساحتها بحوالي 600 متر مربع تؤدي بالمترا إلا انه لم يؤد إلا قيمة 448 متر مربع و هي المساحة التي اضهرها التصميم العقاري المؤسس عقب إجراء عملية التحديد و قام بعد ذلك بالتعرض على قطعة مجاورة و يطالب ب 112 متر مربع ، و من المقتضيات الجديدة¹⁰⁷ في قانون 14.07 المتعلقة بتقديم التعرض إلزام المتعرضين بضرورة إيداع المستندات و الوثائق التي تثبت هويتهم وتدعم تعرضهم وأدائهم الرسوم القضائية أو الإدلاء بما يفيد حصولهم على المساعدة القضائية

من خلال ما سبق نجد أن هذه المقتضيات تهدف إلى محاربة التعرض الكيدية التي تنطوي على ابتزاز طالب التحفيظ.

¹⁰⁴ ورده غزال : دور الاجتهاد القضائي في مسطرة التحفيظ العقاري . أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. بجامعة محمد الأول للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة- 2010/2011 ص 221

¹⁰⁵ محمد خيرى : م.س.ص 333

¹⁰⁶ حكم محكمة الدار البيضاء صادر بتاريخ 16/07/1932 دون ذكر باقي البيانات أشارت إليه . فاطمة الداودي م.س.ص 135

¹⁰⁷ دة. سعيدة بت عزي : التعرض على التحفيظ بين البعد الحماني والاستعمال التعسفي على ضوء قانون 14.07 ، مقال منشور بسلسلة "المعرف القانونية والقضائية" ، قراءات في القوانين العقارية الجديدة، منشورات مجلة الحقوق. دار النشر المعارف، مطبعة الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 2013 ص 126.

ثانيا: الجزاء المنصوص عليه في المادة 48 من قانون 14.07

بالاعتماد على الفصل 48 سيلاحظ أن المشرع عمد إلى إقرار عقوبة لكل من استعمل التعسف أو الكيد في التعرض أو مطلب التحفيظ، وكذلك ببيانه للجهة المختصة بفرض هذه الغرامة وقيمتها بالإضافة لذلك الصياغة التي جاءت بها المادة 48 تثير التساؤلات حول طبيعة الغرامة المنصوص عليها، هل هي غرامة مدنية¹⁰⁸ أم جنائية¹⁰⁹؟ وكذلك هل يمكن فرض التعويضات لطرف المتضرر؟

للإجابة عن التساؤل بخصوص نوع الغرامة¹¹⁰، نجد في هذا الصدد الاستاذ "محمد ناجي" إلى كون الغرامة المنصوص عليها في الفصل 48 من قانون 14.07 هي غرامة مدنية لسبب بسيط كونها صادرة عن القضاء المدني، فيما ذهب رأي آخر الاستاذ "محمد خيري" أن صياغة الفصل 48 تكاد تكون جنائية متمثلة في سوء نية المتعرض أو طالب التحفيظ و مع ذلك الغرامة التي يحكم بها ذات صفة مدنية، في حين كد رأي آخر "محمد موسى" إلى القول أن نوع العقوبة هي عقوبة جنائية باعتبارها جزءا لخطا يتمثل في قيام الشخص عن سوء النية بتقديم مطلب التحفيظ أو التعرض و هو يعلم من البداية أن لا حق له منذ البداية.

كما تجدر الإشارة في الأخير إلى أن النقاش استقر على أن معظم الفقه و القضاء على نوع الغرامة المنصوص عليها في الفصل 48 اذ لا يمكن أن تكون إلا غرامة مدنية، بالإضافة لذلك قد عمل المشرع المغربي في الزيادة من قيمة الغرامة و المتمثلة في 10 في المئة من قيمة العقار على خلاق القانون القديم الذي كان يجيز الحكم بالغرامة في حدود من 10 دراهم إلى 1000 درهم، الشيء الذي يوضح و يؤكد أن المشرع يهدف إلى التقليل قدر الإمكان من هكذا تصرفات التي من شأنها إلحاق الضرر عن أصحاب الحقوق المشروعة، هذا بخصوص طبيعة الغرامة، فمادا عن التعويض المقرر لطرف المتضرر .

بخصوص التعويض المقرر لطرف المتضرر بالرجوع إلى الفصل 48 من قانون 14.07 يتضح انه جاء موضحا للجزاء المترتب لكل من استعمل حقه عن طريق التعسف أو الكيد أو عن سوء النية وكذلك المطالبة بالتعويض من الطرف المتضرر¹¹¹ و المحكمة المختصة لذلك هي المحكمة المحال عليها مطلب

¹⁰⁸ الغرامة المدنية هي تلك الغرامة التي تحكم بها المحكمة المدنية بناء على القانون ولا تسري عليها إلى درجة ما فواعد العقوبات المنصوص عليها في الأمور الجنائية.

¹⁰⁹ الغرامة الجنائية هي عقوبات مالية تكون إضافية في الجنايات وأصلية أو إضافية في الجنح ولكنها دائما أصلية في المخالفات وهي تلزم

المحكوم عليه أن يدفع مبلغا من المال إلى الخزينة العامة.

¹¹⁰ ليلي بشواري: دور القضاء في الحد من التعرض الكيدية. مقال منشور في مجلة القانون المدني - العدد الثاني- 2015. دار النشر مكتبة الرشاد سطات. مطبعة الأمنية الرباط ص146.147

¹¹¹ إبتسام فهيم و حميد كمال: التعرض على مسطرة التحفيظ مقال منشور بسلسلة الندوات الجهوية 50 سنة من العمل القضائي، المنازعات الع عقارية من خلال الاجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوي الخامسة مطبعة الأمنية الرباط 2007، ص 183

البت في منازعات التعرض الواردة على العقار في طور التحفيظ

التحفيظ أي المحكمة الابتدائية الموجود بدائرتها العقار موضوع النزاع. كما أن التعويض لا يتقرر إلا بعد إثبات الضرر و الخطأ و العلاقة السببية بينهما¹¹².

إلا أن الاستاذ محمد خيرى¹¹³ كان له رأي إذ لا يوافق مقتضيات الفصل 48 للأسباب التالية :

1. الغرامة المفروضة لصالح الوكالة الوطنية غير مبررة لأنها ليست طرفاً في التعرض أو التحفيظ.
2. قد يقال أن الوكالة الوطنية تتحمل النفقات في حين يمكننا الإشارة إلى أن طالب التحفيظ قد أدى مصاريف التحفيظ و التحديد وكذلك بالنسبة لطالب التعرض بأدائه للرسوم القضائية
3. إن نسبة 10% في من قيمة العقار نسبة مرتفعة إذا ما أضيفت إليها نسبة الطرف المتضرر

¹¹²المرجع نفسه: ص 184
¹¹³محمد خيرى : م.س. ص 335.

الخاتمة:

صفوة القول، يمكن القول أن المشرع المغربي حاول في إطار قانون 14.07 إيجاد مجموعة من المقترضات الجديدة التي من شأنها تنظيم نزاعات التحفيظ العقاري في مجال التعرضات، بما يساهم في حماية نظام الملكية، حيث تمت مساندة مجموعة من الحلول الفقهية كانت أو القضائية التي تم التوصل إليها، غير أنه مع ذلك تظل هناك مجموعة من العراقيل وذلك نتيجة عدم التطبيق السليم للمقترضات المسطرية والموضوعية المؤطرة للنزاعات المرتبطة بالتعرض على مطلب التحفيظ، و كل هذا بسبب الإزدواجية التي تتميز بها المادة العقارية بصفة عامة، يأتي على رأسها ظهير التحفيظ العقاري، وكذلك قانون المسطرة المدنية، هذا من جهة ومن جهة ثانية نجد التعقيد المسطري الاجرائي الذي تطبع عمل بعض الأجهزة القضائية في نزاعات التعرض، إذ نجد المشرع من خلالها قد كرس مجموعة من المقترضات الإجرائية في القانون الجديد للتحفيظ العقاري، وكذلك أحال أيضا على قانون المسطرة المدنية، وذلك بإعتبارها الشريعة العامة لكافة القوانين، لكن ورغم كل هاته المجهودات المبدولة فاننا نجد من مجموعة القيود من شأنها أن تآثر سلبا عن أدوار المنوطة بالسلطة القضائية، خاصة وأنه ملاذ المظلومين.

لائحة المراجع:

❖ القوانين المغربية

- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية.
- 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).
- الظهير الشريف رقم 01-08-101 المؤرخ في 20 أكتوبر 2008، المتعلق بتغيير قانون المحاماة لسنة 1993 بموجب القانون رقم

28.08، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 نوفمبر 2008، ص: 404 وما بعدها.

❖ الكتب:

- محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، دط، مطبعة دار المعارف الجديدة، الرباط.
- عبد العزيز توفيق، موسوعة قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2011.
- عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14-07 ومدونة الحقوق العينية، مطبعة الرشاد، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2012.
- احمد أجعون ، المنازعات العقارية بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية"، الطبعة الأولى، منشورات دار الأمان، الرباط 2016.

▪ الأطروحات:

- كنزه الغنام، مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة، أطروحتها لنيل الدكتوراه في الحقوق، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية: 2015/2016.

- وردة غزال : دور الاجتهاد القضائي في مسطرة التحفيظ العقاري . أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. بجامعة محمد الأول للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة- 2010/2011
- فاطمة الداودي : دور المحافظ العقاري و تدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. بجامعة محمد الأول للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة 2012/2013
- سمرة محذوب الازدواجية الاجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الاول كلية الحقوق وجدة السنة الجامعية 2012_2013.
- فاطمة الحروف ،الدور المقيد للقضاء بشأن التعرضات على طلب التحفيظ العقاري ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول ، وجدة ، السنة 2009-2010.
- الحسن عبد العظيم:تدخل القضاء في ميدان التحفيظ العقاري،أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق،جامعة محمد الخامس،الرباط،السنة الجامعية:2012-2011.
- مصطفى الكيلة،"خصوصيات المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري"،أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص،وحدة العقود والعقار،كلية الحقوق،جامعة محمد الأول وجدة،الموسم الجامعي 2009-2010.

■ الرسائل:

- سمرة محذوب،القواعد المسطرية لقضايا التحفيظ العقاري،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة،السنة الجامعية:2004_2005.
- رضوان قريشي،القواعد الموضوعية و الإجرائية لدعوى التعرض العقارية،رسالة لنيل دبلوم ماستر العقود والعقار،كلية الحقوق،جامعة محمد الأول وجدة،السنة الجامعية :2012/2013.
- عبد اللطيف الشاوي،خصوصية المنازعات القضائية في ضوء القانون 07_14،رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس،السنة الجامعية:2012.

■ المقالات والمجلات :

- عبد العالي دقوقي: "المسطرة القضائية للتحفيظ العقاري بين القانون الحالي ومشروع قانون التحفيظ العقاري"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 50، السنة 2008.
- حسام الدين البجدايني، "الدور الانضمامي للنيابة العامة في الدعاوى المدنية"، مجلة القضاء والقانون، العدد 166، مطبعة الأمنية، 2016.
- مجلة الحقوق المغربية، العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري 2010، مطبعة الأمنية.
- د. سعيدة بت عزوي : التعرض على التحفيظ بين البعد الحمائي والاستعمال التعسفي على ضوء قانون 14.07 ، مقال منشور بسلسلة "المعرف القانونية والقضائية" ، قراءات في القوانين العقارية الجديدة، منشورات مجلة الحقوق. دار النشر المعارف، مطبعة الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 2013
- ليلي بشواري : دور القضاء في الحد من التعرض الكيدية. مقال منشور في مجلة القانون المدني – العدد الثاني- 2015 . دار النشر مكتبة الرشاد سطات . مطبعة الأمنية الرباط
- ابتسام فهيم و حميد كمال: التعرض على مسطرة التحفيظ مقال منشور بسلسلة الندوات الجهوية 50 سنة من العمل القضائي، المنازعات الع عقارية من خلال الاجتهادات المجلس الأعلى ، الندوة الجهوي الخامسة مطبعة الأمنية الرباط 2007

التصميم

المقدمة

المطلب الأول: القواعد الإجرائية للبت في منازعات التعرض

الفقرة الأولى: افتتاح الدعوى والتدخل فيها

أولاً: افتتاح الدعوى

ثانياً: التدخل أمام محكمة التحفيظ

الفقرة الثانية: إجراءات التحقيق في دعوى التعرض وإصدار الحكم

أولاً: دور القاضي والنيابة العامة في منازعات التعرض

ثانياً: قواعد إصدار الحكم

المطلب الثاني: القواعد الموضوعية للبت في منازعات التعرض

الفقرة الأولى: المبادئ المؤطرة للبت في منازعات التعرض

أولاً: المبادئ الناظمة لأطراف النزاع

ثانياً: المبادئ المقيدة للقضاء

الفقرة الثانية: دور القضاء في الحد من التعرض التعسفي

أولاً: الأساس القانوني لتدخل قاضي التحفيظ بشأن حالات التعرض التعسفي

ثانياً: الجزاء المنصوص عليه في المادة 48 من قانون 14.07

الخاتمة