

نشأة الحقوق موضوع التقييدات المؤقتة في الرسوم العقارية

د. حسن فتوخ

مستشار بمحكمة النقض

رئيس قسم التوثيق والدراسات والبحث العلمي

تمهيد:

يشترط لإجراء التقييدات المؤقتة من طرف من له المصلحة في ضمان مركز قانوني معين، أن يكون الحق المراد المحافظة عليه متعلقا بعقار محفظ، حتى يتأتى له إشهاره عن طريق تقييد بالرسم العقاري الخاص به، والاستفادة بالتالي من الحماية القانونية التي تترتب على هذا الإجراء في مواجهة الكافة.

ذلك أن الحق المراد حمايته تشريعيا من طرف القضاء عن طريق سلوك مسطرة التقييدات المؤقتة، يجب أن يكون موجودا على الأقل بين طرفي العلاقة التعاقدية، حتى يتمكن صاحبه من مطالبة الملتزم بالعمل على تمكينه من حقه اختيارا أو جبرا، وله تقييد مقال الدعوى في الرسم العقاري، تحقيقا للغاية التي شرع من أجلها نظام الإشهار العيني الذي تبناه القانون العقاري المغربي. وغني عن البيان أن عدم تحيين الرسم العقاري يؤدي لزوما إلى نتيجة حتمية مفادها حصول عدم التطابق بين البيانات المدونة به، وبين الواقع الذي يعرف إبرام تصرفات قانونية غير مسجلة، الشيء الذي ينعكس لا محالة بشكل سلبي على واقع الحق المتعلق بالرسم العقاري المذكور. ولعل تناول موضوع هذا المطلب يقتضي تقسيمه إلى محورين اثنين على الشكل التالي:

المحور الأول: الوجود القانوني للحق محل التقييدات المؤقتة

المحور الثاني : اكتمال الحق وقت إجراء التقييدات المؤقتة

المحور الأول:

الوجود القانوني للحق محل التقييدات المؤقتة

الفقرة الأولى: الوجود القانوني للحجز العقاري وأثره على القسمة

أولاً: الحجز العقاري ضمان لحق شخصي

يمكن تقييد الحجز العقاري بنوعيه التحفظي والتنفيذي بالرسم العقاري لاستيفاء الدين المترتب بذمة المدين المالك إما لعقار محفظ، أو غير محفظ، أو في طور التحفيظ، وذلك بعلّة أن سبب إجرائه على العقار المحفظ يتمثل في منع المدين من التصرف في عقاره عن طريق التفويت، وأحقية الدائن الحاجز في مواصلة إجراءات البيع بالمزاد العلني، والحيولة دون إجراء أي تقييد جديد من طرف المحافظ العقاري بعد تقييده للحجز العقاري. ومن ثم فإن الحجز العقاري المقيد بالرسم العقاري لا يمكن أن يكون إلا لضمان استيفاء دين في ذمة المدين، بدليل أن المشرع خول لمن له مصلحة في الحفاظ مؤقتاً على حق عيني برسم عقاري سلوك مسطرة التقييد الاحتياطي وفق الفصلين 85 و86 من ظهير التحفيظ العقاري. وبعبارة أخرى، فإن الحجز العقاري يمكن إجراؤه على عقار غير محفظ أو في طور التحفيظ بسبب ليس هو قيام الدين المترتب في ذمة المدين، وإنما لوجود حق عيني يخشى ضياعه.

ذلك أن هذا الاتجاه يمثل موقفاً قضائياً لمحكمة النقض الذي أكدته في معرض حيثيات أحد قراراتها كما يلي:

"... إذا كان الحجز التحفظي للعقار شرع لحماية دين بالنسبة للعقار المحفظ،

فما ذلك إلا لوجود مسطرة خاصة لكفالة حق عيني عقاري هي مسطرة التقييد الاحتياطي، أما العقار غير المحفظ، فليست هناك مسطرة تكفل هذا الحق سوى الحجز التحفظي ولو بسبب ليس منشؤه الدين، وذلك لوجود حق عيني يخشى ضياعه..."¹.

ونعتقد أنه لا يمكن ضمان حق عيني عن طريق الحجز العقاري ولو تعلق الأمر بعقار غير محفظ أو في طور التحفيظ، على اعتبار أن الغاية من إجرائه تتمثل دائماً في ضمان حصول الوفاء بالدين عن طريق حجزه تحفظياً وتحويله إلى حجز تنفيذي لمواصلة إجراءات البيع بالمزاد العلني، أو إجراء حجز تنفيذي مباشرة من طرف العون المكلف بإجراءات التنفيذ قصد عرض العقار المحجوز تنفيذاً للبيع الجبري.

وسندنا التشريعي في ذلك هو مقتضيات الفصل 452 من ق.م.م التي تحدثت صراحة عن صلاحية رئيس المحكمة الابتدائية في تحديد مبلغ الدين على وجه التقريب الذي رخص الحجز بسببه.

¹ قرار محكمة النقض عدد 8490 صادر بتاريخ 21 دجنبر 1988 في الملف المدني عدد 84/2864 مجلة المحاكم المغربية - عدد

ومن ثم فإن الاتجاه القائل بغير ذلك من شأنه تحميل النص التشريعي أكثر مما يحتمل في مبناه ومعناه، ويكون بالتالي فاقدا للمسوغ القانوني.

لذلك، فقد تراجعت محكمة النقض عن الاتجاه المشار إليه أعلاه مؤكدة من خلاله "أن الحجز التحفظي يقع من أجل ضمان أداء مبلغ مالي طبقا للفصل 452 من ق.م.م، وليس للحفاظ على حق عيني عقاري على عقار محفظ الذي يتم بإجراء تقييد احتياطي وفق مقتضيات الفصلين 85 و86 من ظهير التحفيظ العقاري، وقرر بالتالي نقض القرار المطعون فيه القاضي برفض طلب رفع الحجز التحفظي على عقار محفظ من أجل الحفاظ على العقار الذي يدعي طالب الحجز شراءه دون تمكينه من تقييد الشراء"².

ويلاحظ من خلال حيثيات هذا القرار أن قضاء محكمة النقض وضع حدا للجدل الفقهي الذي كان سائدا حول مسألة إجراء الحجز العقاري كبديل للتقييد الاحتياطي في ضمان الحقوق العينية المضمنة في الرسم العقاري، لأن هناك بونا واسعا بين الوجود القانوني للحق الذي يضمنه الحجز العقاري، وبين الوجود القانوني للحق الذي يحافظ عليه التقييد الاحتياطي، إذ إن وجود دعوى عينية عقارية ترمي إلى استحقاق العقار موضوع النزاع جارية بين الورثة والحاجز تفيد قطعاً أن الحق المتنازع عليه موجود قانوناً ومتعلق برسم عقاري، وأن الوسيلة الوحيدة لضمانه والمحافظة عليه من الناحية القانونية هي إجراء تقييد احتياطي لمقال الدعوى المذكورة بالرسم العقاري، وليست مسطرة الحجز العقاري التي شرعت لضمان استيفاء الديون من بيع العقارات المحجوزة بالمزاد العلني. وقد أكدت محكمة النقض هذا التوجه من خلال أحد قراراتها المؤرخ في 07 يوليوز 2015 معتبرة في حيثياته ما يلي:

"لما كان الحجز التحفظي يؤمر به من أجل ضمان أداء مبلغ مالي متى كان ثابتاً أو ظهر من وثائق الملف ما يثبت جديته، فإن ثمن بيع العقار الذي تسلمه البائع من المشتري لا يمكن اعتباره ديناً في

المملكة المغربية
الجلس الأعلى للسلطة القضائية

² قرار محكمة النقض عدد 710 صادر بتاريخ 10 مارس 2004 في الملف المدني عدد 1/4062/2002 - منشور بمجلة قضاء

محكمة النقض عدد 64-65-2006 - ص 30 الذي جاء في معرض حيثياته:

"... حيث صح ما عابه الطاعنون على القرار ذلك أنه اعتمد في قضائه برفض طلب رفع الحجز التحفظي الواقع على عقارهم موضوع الصك العقاري عدد على أن "طلب الحجز في النازلة كان من أجل الحفاظ على العقار المطلوب حجزه حتى لا يقع التصرف فيه من طرف الورثة تصرفاً يضر بطالب الحجز الذي يدعي شراءه دون تمكينه من الحيازة القانونية خاصة وأن هناك دعوى راجعة بين الطرفين حول إتمام البيع". في حين أنه بمقتضى الفصل 452 من ق.م.م فإن الحجز التحفظي يقع من أجل مبلغ مالي وليس للحفاظ على حق عيني على عقار محفظ الذي بمقتضى الفصل 85 من ظهير 12-8-1913 بشأن التحفيظ العقاري الذي يخول لكل من يدعي حقا في عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق...".

ذمة البائع يبرر إجراء حجز التحفظي ما دام أن المشتري لم يثبت أنه تعذر على البائع نقل ملكية المبيع أو أن هناك دعوى للفسخ واسترداد الثمن³.

كما أن نفس المحكمة تواترت في قضائها على تكريس نفس التوجه أعلاه من خلال قرارها الصادر بتاريخ 05 يناير 2016 الذي جاء فيه:

لكن، ردا على الوسيلة، فإن المحكمة اعتمدت وبالأساس - وعن صواب - في قضائها على أن الأمر لا يتعلق في النازلة بدين مترتب في ذمة المطلوبين في النقض تجاه الطاعنين، وإنما بإتمام إجراءات البيع موضوع رسم شراء موروثهم عدد 149 وذلك حين عللت قرارها بأن "الثابت من ظاهر الوثائق أن طلب إيقاع الحجز مؤسس على عقد بيع والحال أن المستأنف عليهم لا يطالبون بأي دين في مواجهة المستأنفين على نحو يسمح لهم بإيقاع هذا الحجز وإنما طالبوا بإتمام إجراءات البيع موضوع عقد البيع المحتج به وأنهم في المراحل المتقدمة لتنفيذه مما يعني أنهم يطالبون بحق عيني قد حدد المشرع طرق حمايته من خلال الأحكام المتعلقة بالتقييد الاحتياطي، وأنه بانعدام الدين ينعدم مبرر إيقاع الحجز" مما تبقى معه الوسيلة على غير أساس⁴.

ثانياً: إشكالية قسمة العقارات المحفظة المثقلة بحجز عقاري

إذا كان الحجز العقاري يقع ضماناً لدين في ذمة المدين الذي قد يكون مالكا لحصة مشاعة⁵ على الرسم العقاري، فإن الإشكال الذي يثار من الناحية العملية يتعلق بمدى إمكانية تحقق الحماية من عدمها في حالة طلب إجراء قسمة قضائية أو اتفاقية من طرف أحد المالكين على الشياخ رغم كون العقار مثقلاً بحجز عقاري؟

وجواباً عن ذلك، فإن الغاية من إجراء حجز عقاري على حصة مشاعة في عقار محفظ تتمثل في بيعها بالمزاد العلني لاستيفاء مبلغ الدين من منتوج البيع بعد تقييد المشتري الراسي عليه بالمزاد العلني

³ القرار عدد 419 الصادر بتاريخ 07 يوليوز 2015 في الملف المدني عدد 2015/8/1/1215 منشور بمجلة محكمة النقض - العدد 80 - سنة 2015. ومما جاء في حيثياته:

"لكن، ردا على السبب، فإن الحجز التحفظي إنما يؤمر به من أجل ضمان أداء مبلغ مالي متى كان ثابتاً أو ظهر من وثائق الملف ما يثبت جديته، وأن ثمن بيع العقار الذي تسلمه البائع من المشتري لا يمكن اعتباره ديناً في ذمة البائع يبرر إجراء الحجز التحفظي ما دام أن المشتري لم يثبت أنه تعذر على البائع نقل ملكية المبيع أو أن هناك دعوى للفسخ واسترداد الثمن، ولذلك فإن القرار حين علل بأن: "الغاية من الحجز تطبيقاً لمقتضيات الفصل 452 من قانون المسطرة المدنية هو وضع أموال المدين تحت يد القضاء وغل يده عن التصرف فيها تصرفاً يضر بدائنيه تمهيداً لنزع ملكيتها لمصلحة هؤلاء واستيفاء حقوقهم من ثمنها، وأنه لم يثبت من خلال الوثائق المدلى بها قيام أي دين محقق أو له ما يرجح جديته وتحققه بذمة المحجوز عليه لفائدة الطرف الحاجز، وأن الاستدلال بعقد بيع قطعة أرضية من قبل الطرف الأول للطرف الثاني وأداء ثمنها للبائع لا يبرر الاستجابة لطلب إيقاع الحجز لضمان أداء ثمن المبيع"، فإنه نتيجة لما ذكره يكون القرار معللاً والسبب على غير أساس".

⁴ قرار عدد 8/08 المؤرخ في 2016/01/05 ملف مدني عدد 2015/8/1/3796 غير منشور.

⁵ ينص الفصل 960 من ق.ل.ع على أنه: "إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشياخ فإنه تنشأ حالة قانونية تسمى الشياخ أو شبه الشركة. وهي إما اختيارية أو اضطرارية".

بالرسم العقاري. إذ إن البيع الجبري سيظل الحصة المشاعة وحدها دون باقي الحصص المشاعة الأخرى لكونها مملوكة لأشخاص آخرين غير المدين⁶.

وجدير بالذكر أن المشرع المغربي وإسوة بالقانونين المصري واللبناني منع باقي الشركاء على الشيعاء من حق شفعة الحصة المباعة بالمزاد العلني من يد المشتري الراسي عليه المزاد بمقتضى المادة 302 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على ما يلي:

" إذا بيعت الحصة المشاعة في المزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة "

وترتيباً على ذلك، فإن إيقاع حجز عقاري من طرف الدائن الحاجز لا يحول قانوناً دون طلب إجراء قسمة عينية قضائية من طرف أحد المالكين على الشيعاء⁷، أو إجراء قسمة اتفاقية بين جميع المالكين بمن فيهم المدين المحجوز عليه، على اعتبار أن القسمة العينية لا تنشئ حقوقاً للمالكين على الشيعاء بشأن حق تملكهم الثابت قبل وقوع القسمة، وإنما تكشف فقط عن وضع جديد للتملك باستقلال عن حالة الشيعاء القائمة بين الشركاء بالرسم العقاري، أي يصبح الحق العيني لكل مالك

⁶ جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش ما يلي:

" حيث ترمي الدعوى إلى إتمام إجراءات البيع وأمر المحافظ العقاري بتسجيل البيع بالمزاد العلني الواقع من طرف كتابة الضبط بتاريخ 28 مارس 2001 بشأن المنزل موضوع النزاع. وحيث اتضح للمحكمة من خلال الرجوع إلى محضر المزاد أن المدعيتين اشترتا الدار موضوع الدعوى التي كانت موضوع حجز عقاري.

وحيث إنه بالإطلاع على الشهادة العقارية المستخرجة من الصك العقاري عدد 20856 م يتضح أن مورثة المدعى عليهم (...) لا تملك في العقار موضوع البيع سوى حقوقاً مشاعة قدرها 34 من أصل 60.

وحيث إن العقد العرفي المؤرخ في 10 يوليوز 1984 والتي تدعي المدعيتان أن المسماة (...) المالكة على الشيعاء في الصك العقاري المذكور باعت نصيبها على الشيعاء للمسماة (...) هذا العقد ليس تاماً وإنما علق طرفاه إتمامه على دفع بقية الثمن وتوقيع العقد النهائي وهو الأمر الذي لم يثبت للمحكمة. وحيث إن ورثة الهالكة (...) ملزمين بوصفهم خلفاء عاماً للهالكة المذكورة بإتمام إجراءات البيع التي تمت بالمزاد العلني وذلك بتسجيل إرث الهالكة بالصك العقاري لتمتلك المدعيتان من تسجيل حقوقهما بالصك المذكور.

وحيث يتعين التصريح أن البيع بالمزاد العلني الذي اشترت المدعيتان بمقتضاه الدار موضوع الدعوى لم ينصب سوى على جزء شائع قدره 34 على 60 باعتبار ما للغير من حقوق على العقار المذكور.

وحيث ينبغي لأجل ما ذكر التزام المدعى عليهم (...) بإتمام إجراءات البيع بخصوص الصك العقاري المذكور وفقاً لما ذكر أعلاه. - حكم عدد 7469 صادر بتاريخ 3 يوليوز 1995 في الملف رقم 94/3090 غير منشور .

⁷ جاء في قرار محكمة النقض عدد 346 صادر بتاريخ 23 يونيو 2015 في الملف المدني عدد 2014/4/1/2172 منشور بمجلة محكمة النقض - العدد 80 - سنة 2015 ما يلي:

" من المقرر فقهاً أن شرط قسمة القرعة تماثل المقسوم ومتى تعددت العقارات أفرد كل نوع ولا تجمع إلا إذا تساوت قيمة ورغبة وتقاربت. والمحكمة لما صادقت على الخبرة مع إعمال القرعة عند التنفيذ رغم ما أثاره الطاعن من كونها جمعت بين عقارات مختلفة في القسمة وأفردت مجموعة منها لمشتاعين في جهة معينة وأفردت أخرى لمشتاعين آخرين، تكون قد خالفت مقتضيات المادة 317 من مدونة الحقوق العينية، والقواعد الفقهية المعمول بها في هذا المجال."

على الشياخ مفرزا ومستقلا عن الرسم العقاري الأصلي عن طريق إنشاء رسوم عقارية فرعية لجميع القطع أو الشقق المفردة⁸.

وعليه فإن طلب إجراء قسمة قضائية من طرف المالكين على الشياخ بشأن عقار محفظ مثقل بحجز عقاري لا يخلو من فرضيتين:

الفرضية الأولى: أن يكون العقار المثقل بحجز عقاري قابلا للقسمة العينية بين جميع الشركاء، بحيث إن الحجز الجاري على الحصة المشاعة يدور معها وجودا وعلما⁹. أي أنها تبقى مثقلة به في حالة الشياخ، ويتحول معها إلى الرسم العقاري الفرعي عند وقوع القسمة العينية¹⁰. الشيء الذي تتحقق معه الحماية التشريعية التي قرر من أجلها الحجز العقاري. كل ما هنالك أن الضرر الذي يمكن أن يلحق الدائن الحاجز يتجسد في تقليل الضمان المتوخى من العقار المحجوز في حالة وقوع قسمة اتفاقية بين الشركاء على الشياخ، نتيجة للتواطؤ الذي يمكن أن يقع بين باقي الشركاء والمدين المحجوز عليه في جعل القطعة التي ستؤول إلى هذا الأخير لا تفي بتغطية الدين المضمون بحجز عقاري إضرارا بالدائن الحاجز.

⁸ تجدر الإشارة إلى أن صدور حكم بقسمة عقار محفظ قسمة عينية لا ينتج أي أثر إلا من تاريخ تسجيله بالرسم العقاري عملا بمبدأ الأثر الإنشائي للتسجيل. وعليه، يمكن القول إنه ولئن كان الحكم بالقسمة ذا طبيعة كاشفة، فإن وجوب تسجيله بالرسم العقاري لترتيب آثاره يكتسي طبيعة منشئة لاستخراج رسوم فرعية من الرسم العقاري الأصلي.

⁹ جاء في قرار محكمة النقض ما يلي:

"... لقد صح ما عابته الوسيلة على القرار، ذلك أن القسمة هي تمييز حق مشترك بفضله عن غيره وأن قسمة القرعة يحكم بها ويجبر عليها من أبها إن انتفع كل واحد منهما بقسمة ولم يحصل ضرر لواحد منهما بذلك القسم، وأنه لا يجبر عليها من أبها إلا إذا تماثل المقسوم وتجانس وانتفع كل شريك انتفاعا متجانسا لانتفاع الشريك الآخر بحيث لا يكون لبعضهم على بعض زيادة على حظه لدخول كل شريك على قيمة مقدرة ذرع معلوم وأن مؤدى القاعدة المذكورة أن يكون الجزء المفرز الذي يقع في نصيب الشريك مساويا لحقيقة الجزء الذي كان له في المال المشاع وخاليا من أي تحملات أو تفويتات رتبها عليه الغير، وبالرجوع إلى وثائق الملف يتجلى أن الطالب أثار أمام المحكمة أن الخبير المعين من المحكمة لم يتأكد من كون المحلات التي أفرزها للطالب في تقريره قد تم تفويتها من طرف المطلوب ضده ووقع حجزها تنفيذيا تأدية للديون المترتبة بذمته مما كان معه تخصيصها في حصة الطالب مكانيا مجحفا بحقه..."

قرار عدد 227 صادر بتاريخ 26 ماي 2005 في الملف المدني عدد 3235-7-2002 منشور بمجلة المنازعات العقارية من خلال قضاء محكمة النقض لسنوات 2000 - 2005 في القضايا المدنية والتجارية والجنائية والإدارية - م س - ص 11.

¹⁰ نشير إلى أن العمل الإداري لدى المحافظات العقارية كان يسمح بإمكانية طلب أحد أطراف الحكم أعلاه تقييده جزئيا بالرسم العقاري استنادا لتوجيهات المحافظ العام الواردة بالدورية عدد 271 والمؤرخة في 12/5/1976، والمذكورة رقم 677 المؤرخة في 30/04/1980 وكذا الدورية عدد 306 المؤرخة في 2/11/1987.

غير أنه قد تم التراجع عن هذا التوجه بمقتضى دورية المحافظ العام عدد 356 بتاريخ 21 شتنبر 2006 والمسجلة تحت رقم 4938 الذي جاء فيها ما يلي:

"... ونظرا لأن القسمة تفضي إلى خروج المتقاسمين من حالة الشياخ واستقلال كل شريك بعقار أو جزء منه مفرز دون بقية شركائه، في مقابل تخليه لهم عن حقوقه المشاعة في الأملاك التي انفردوا بها من دونه، وهي بهذا المعنى تتضمن التزامات متقابلة ومترابطة بين المتقاسمين، ويتوقف تنفيذ جانب منها على تنفيذ الجانب الآخر ولذلك فإن التقييد الجزئي للقسمة يخالف إرادة الأطراف أو الغاية من الحكم الصادر بالقسمة، مع العلم أن التقييد الهامشي المشار إليه في الدورية عدد 271 هو مجرد تنبيه لا يستند على أي أساس، ولا يرقى إلى مرتبة التقييد المؤسس للحق العيني أو الناقل له".

وفي هذا الصدد، اعتبرت محكمة النقض¹¹ في أحد قراراتها أن الطعن كالدعوى شرطه المصلحة، وأن الحجز التحفظي المدون على عقار محفظ غير مانع من قسمته بين أطرافه وفق بياناته، دون حاجة لتوجيه الدعوى بحضور الحاجز طبقاً للمادة 320 من مدونة الحقوق العينية باعتباره صاحب حق شخصي وليس عيني.

الفرضية الثانية: أن يكون العقار المثلث بحجز عقاري غير قابل للقسمة العينية بين جميع الشركاء، لتعذر ذلك من الناحية القانونية، أو الواقعية¹²، الشيء الذي يضطر معه الخبير المعين إلى اقتراح الثمن الافتتاحي لبيعه برمته بالمزاد العلني¹³، إذ ذلك سيتم توزيع منتوج البيع على باقي المالكين على الشياخ كل حسب الأسهم التي يملكها في العقار المبيع، ما عدا المدين المحجوز عليه الذي يبقى نصيبه من ثمن البيع مودعا بين يدي رئيس مصلحة كتابة الضبط لفائدة الدائن الحاجز، وذلك ضمناً للمبلغ الجاري بشأنه الحجز العقاري¹⁴.

¹¹ قرار عدد 364 صادر بتاريخ 15 ماي 2018 في الملف المدني عدد 2016/4/1/6250 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2018 جاء فيه:

" إن الطعن كالدعوى شرطه المصلحة وأن الحجز التحفظي المدون على عقار محفظ غير مانع من قسمته بين أطرافه وفق بياناته، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتبرته كذلك في حق الطاعنة وقضت بعدم قبول استئنافها الفرعي لانتهاء مصلحتها في الطعن بعلّة أن الحكم المستأنف قد صدر بحضورها ولم يقض لفائدتها أو ضدها بشيء رغم أن توجيه الدعوى بحضورها غير لازم قانوناً طبقاً للمادة 320 من مدونة الحقوق العينية باعتبارها صاحبة حق شخصي وليس عيني، تكون قد استقامت على حكم القانون ولم تخرق أي مقتضى منه وعللت قرارها تعليلاً كافياً "

¹² جاء في قرار محكمة النقض عدد 4/50 المؤرخ في 2016/01/26 ملف مدني عدد 2014/4/1/4380 غير منشور ما يلي: " لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها من خلال الخبرة المنجزة أن المدعى فيه عبارة عن فيلا، وأنه لذلك غير قابل للقسمة العينية على الوصف الذي جاء به، وصارت إلى قسمة التصفية ببيعه بالمزاد انطلاقاً من الثمن الافتتاحي الذي اقترحه الخبير، حيث لا يشترط في تقويم العقارات أن يتم بواسطة خبير مساح، تكون قد التزمت التطبيق السليم للقانون "

¹³ جاء في قرار محكمة النقض عدد 434 صادر بتاريخ 15 شتنبر 2015 في الملف المدني عدد 2014/4/1/3677 منشور بمجلة محكمة النقض – العدد 80 – سنة 2015 ما يلي:

" إن الثمن النهائي في البيوعات بالمزايدة تحدده هذه الأخيرة، والمحكمة لما اعتبرته كذلك وردت طلب الطاعنين إجراء خبرة جديدة وقضت بتأييد الحكم القاضي بقسمة التصفية مع اعتماد ثمن انطلاق البيع المحدد من طرف الخبير تكون قد بنت قرارها على أساس قانوني وعللته تعليلاً سليماً "

¹⁴ وقد عرضت نازلة مماثلة على المحكمة الابتدائية بمراكش تتعلق بطلب الحكم بقسمة عقار مملوك على الشياخ مثلث بحجز عقاري تحفظي بشأن حصة أحد الشركاء، فقضت ببيع المدعى فيه موضوع الرسم العقاري عدد ... انطلاقاً من الثمن الافتتاحي المحدد من طرف الخبير وقدره ... درهم وتوزيع منتوج البيع بين الشركاء كل حسب منابه وجعل الصائر على النسبة.

– حكم صادر بتاريخ 11 أكتوبر 2007 في الملف العقاري عدد 2007/9/57 غير منشور.

وفي نفس السياق، فإن محكمة النقض¹⁵ اعتبرت أن الرهن لا يمنع من قسمة المال المشاع، إذ هو لا يشكل منازعة في أصل الملكية، وإنما هو حق عيني لضمان استيفاء الدين من طرف الدائن المرتهن الذي يخول بمقتضى القانون حق تتبع العقار المرهون في أي يد حائزله. كما يبقى من حق الشريك المطالبة بإجراء قسمة التصفية في العقار المشاع المرهون وعند إجراء البيع يخصم الدين المرهون من حصة المدين ويوزع الباقي على من يستحقه من المتقاسمين.

وهكذا نخلص إلى القول إن الحجز العقاري لا يحول دون وقوع قسمة رضائية أو قضائية، ولا مجال بالتالي للتمسك بالدفع بالبطلان المنصوص عليه ضمن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 453 من ق.م.م من طرف الدائن الحاجز على حصة مشاعة في رسم عقاري، وذلك بعد وقوع البيع بالمزاد العلني تنفيذا للحكم القاضي بقسمة التصفية على أساس الثمن الافتتاحي المقترح من طرف الخبير، بدليل أن البيع المتحدث عنه تشريعيا في هذا النص هو التفويت الرضائي الذي يبرمه المدين المحجوز عليه بعوض أو بدون عوض، رغم وجود حجز عقاري إضرارا بالدائن الحاجز، في حين أن البيع بالمزاد العلني الذي أجري بشأن العقار المحجوز قد تم جبرا على جميع المالكين على الشيعاء بمن فيهم المدين المحجوز عليه وتحت إشراف القضاء، أي أن نية الإضرار بالدائن الحاجز منتفية أصلا لانعدام عنصر إرادة المدين المحجوز عليه في حصول البيع الجبري الذي وقع تنفيذا لحكم قضائي.

ومؤيدنا في ذلك، أن تقييد محضر إرساء المزاد العلني بعد صيرورته نهائيا من قبل المحافظ، يظهر العقار من جميع الامتيازات والرهن ولا يبقى للدائنين إلا الحق على الثمن عملا بمقتضيات المادة 220 من مدونة الحقوق العينية، أي أن مصلحة الدائن الحاجز في التمسك بالدفع ببطلان البيع الجبري منعدمة، طالما أن حقه الشخصي المضمون بتقييد مؤقت - حجز عقاري - ينتقل إلى الثمن المودع بين يدي رئيس مصلحة كتابة الضبط، وتكون بالتالي الحماية التشريعية في استيفاء حقه قد تحققت من جراء الحجز العقاري الجاري بشأن العقار المحجوز دون مباشرته شخصيا لإجراءات البيع بالمزاد العلني أو تحمله للمصاريف القضائية.

غير أن القسمة الرضائية لا تكون نافذة بين الأطراف إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار عملا بمقتضيات المادة 321 من مدونة الحقوق العينية. بل ويحق للدائنين التدخل في القسمة العينية أو قسمة التصفية للحيلولة دون وقوع ضرر لهم، بل لهم أن يعارضوا في

¹⁵ القرار عدد 525 الصادر بتاريخ 27 شتنبر 2011 في الملف الشرعي عدد 2010/1/2/373 منشور بمجلة ملفات عقارية لمحكمة النقض العدد 7 جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث صرح ما عابه الطالبون على القرار، ذلك أنه من المقرر أن الرهن كحق عيني لا يعتبر منازعة في أصل الملكية ومن خصائصه أنه يخول للدائن المرتهن حق تتبع العقار المرهون في أي يد حائزله، وفي حالة إجراء قسمة التصفية في المرهون المشاع يخصم الدين المرهون من حصة المدين ويوزع الباقي على من يستحقه من المتقاسمين، والمحكمة التي قضت بعدم قبول طلب قسمة الرسم العقاري موضوع الدعوى بعللة أنه مثقل برهنون في حين أن الرهن لا يمنع من القسمة حسبما ذكر، تكون قد جردت قضاءها من الأساس ولم تعلقه تعليلا سليما مما يعرض قرارها المطعون فيه للنقض".

إجرائها بدون حضورهم. فإذا وقعت مثل هذه المعارضة وأجرى الشركاء القسمة بالرغم من ذلك، كان للدائنين المعارضين الحق في طلب إبطال القسمة الجارية في غيابهم¹⁶ تطبيقاً لمقتضيات الفصل 1085 من ق.ل.ع¹⁷، وإجراء تقييد احتياطي لمقال الدعوى المذكورة على جميع الرسوم العقارية الفرعية التي استقل بها كل متقاسم لضمان استيفاء حقهم من ثمن بيع الحصة المشاعة في العقار الأصلي في حالة صدور حكم نهائي يقضي بإبطال القسمة¹⁸. إضافة إلى أن المشرع أجاز بالمقابل للمتقاسمين أو لأي واحد منهم إيقاف دعوى إبطال القسمة بدفع الدين إلى المدعي أو بإيداع المبلغ الذي يطالب به عملاً بمقتضيات الفصل 1086 من ق.ل.ع.

¹⁶ جاء في قرار محكمة النقض ما يلي:

"... حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه اعتمد في قضائه على أن القسمة لا تستلزم الإدلاء برفع اليد عن الحجز والرهون إذ أن حقوق الدائنين تبقى مسجلة بالرسم العقاري وتنتقل إلى الأنصبة التي آلت إلى المدينين وأن الحكم المستأنف لم يأمر بالتشطيب على الإنذارات والحجوز المتخذة ضد حقوق المدينين وإنما أمر بنقلها إلى الحقوق التي آلت إليهم". في حين أن الطاعن ليس طرفاً في دعوى القسمة ولم يكن ممثلاً في عقد الصلح المبرم بين الشركاء بشأن القسمة الرضائية التي صادق عليها الحكم الصادر في تلك الدعوى تحت عدد 5760 بتاريخ 1998/6/32 مع أنه صاحب حجز تحفظي على حقوق بعض الشركاء في عقار النزاع موضوع الرسم العقاري عدد 3592 س. وأن أموال المدين ضمان عام لدائنيه طبقاً للفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود وأنه بمقتضى الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية يمنع على المدين التصرف في العقارات المحجوزة تحفظياً تصرفاً يضر بدائنيه وأن القرار المطعون فيه عندما اعتمد القسمة المذكورة وقضى بنقل الحجز التحفظي إلى الأنصبة التي آلت إلى المدينين دون أن يبين ما إذا كانت القسمة قد ألحقت ضرراً بالطاعن أم لا فهو لم يجعل لما قضى به أساساً وكان معللاً تعليلاً ناقصاً يوازي انعدامه مما عرضه للنقض والابطال...".

– قرار عدد 3519 بتاريخ 2005/12/28 ملف مدني عدد 2003/1/1/582 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 67 - سنة 2007 - ص 38.

¹⁷ جدير بالذكر أن محكمة النقض ميزت بين دعوى القسمة التي لا تتقدم، وبين دعوى إبطال القسمة التي تتقدم طبقاً للقواعد العامة حسبما ورد في حيثيات أحد قراراتها كما يلي:

" إن المحكمة لما استبعدت الدفع بالتقدم بعلّة أن دعوى القسمة لا تتقدم استناداً إلى الفصل 781 من ق.ل.ع في حين أن موضوع الدعوى ليس طلب القسمة، وإنما هو طلب إبطال محضر مقاسمة وهي خاضعة للتقدم طبقاً للقواعد العامة، فإنها تكون قد عللت قرارها تعليلاً فاسداً."

– القرار عدد 42 الصادر بتاريخ 03 فبراير 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/301 - منشور بمجلة النشرة المتخصصة - العدد 22 - سنة 2015.

¹⁸ جاء في قرار محكمة النقض القرار عدد 4/13 المؤرخ في 2016/01/12 ملف مدني عدد 2014/4/1/3932 غير منشور ما يلي: " لكن، حيث إن شرط صحة القسمة الاتفاقية أن تكون برضا جميع الأطراف، والبين من عقد القسمة العرفي والمطلوب إبطاله أنه أنجز من طرف ورثة (...). دون بيان لباقي الأطراف المشتاعة ولا توكيل من ابرم العقد باسمهم، والحال أن صفتهم كمشتعين ثابتة بنفس العقد، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي بإبطال عقد القسمة الرضائي لعدم انجازه من جميع المشتاعين، تكون قد استقامت على حكم القانون، فكان ما بالوسيلة على غير أساس."

الفقرة الثانية: الوجود القانوني لحق الشفيع

تتجسد إشكالية الوجود القانوني للحق محل التقييدات المؤقتة من خلال مسألة امتناع المشتري لحصة مشاعة من تقييد شرائه قصد الإضرار بالشفيع وحرمانه من ممارسة حقه في الشفعة، ومن ثمة فهل لهذا الأخير مقاضاة المشتري لإجباره على تقييد شرائه؟ وإلى أي حد يمكن اعتبار هذا الموقف الصادر عن المشتري تعسفا في استعمال الحق؟

جوابا عن ذلك، وبصرف النظر عن الخلاف الفقهي والقضائي السائد حول هذه الإشكالية، فإن محكمة الاستئناف بالرباط سبق لها أن اعتبرت في قرارها أنه "لا يمكن للمشتري على الشيع أن يمس بالمبدأ المطلق لتقييد الحقوق باعتراضه على تقييد عقد شرائه الذي يطلبه منه الشفيع بعله أن عقد الشراء لا يعتبر هذا الأخير طرفا حتى يلزمه بالتقييد، وأضافت أن المشتري باستعماله حقه في عدم تقييد شراءه إضرارا بالشفيع بدون أية مصلحة مشروعة، يكون قد ارتكب تعسفا يتحمل مسؤوليته بناء على الفصل 94 من ق.ل.ع، وخلصت إلى القول بأنه على المحاكم أن تضع حدا لهذا التعسف والأمر بالتقييد تحت طائلة غرامة تهديدية"¹⁹.

ويلاحظ من خلال مضمون هذا القرار أن الوجود القانوني لحق الشفعة قد كرسه المشرع المغربي صراحة من خلال المادة 292 من مدونة الحقوق العينية، حيث اعتبره بأنه الحق الثابت للمالكين على الشيع في استرداد الحصة المبيعة، وأن ممارسة هذا الحق عن طريق إعلان الرغبة وعرض الثمن وإيداعه بصندوق المحكمة، يجعل دعوى الشفعة في مواجهة المشفوع منه المقيد بالرسم العقاري²⁰ دعوى عينية عقارية عملا بمقتضيات المادة 12 من مدونة الحقوق العينية، ويحق بالتالي للشفيع تقييد مقال دعوى الشفعة تقييدا احتياطيا بالرسم العقاري يبقى مفعوله ساريا إلى حين صدور حكم نهائي باستحقاق الشفعة أو عدم استحقاقها. ومن ثم فإن الشفعة هي مجرد رخصة للتوصل إلى كسب حق الملكية بشروط في أحوال مخصوصة، وهذه الإباحة لا تنتج حقا إلا إذا

¹⁹ قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 20 يونيو 1946 عدد 2850 منشور بمجلة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط - 1930-1932 * 1944-1945- تعريب محمد العربي المجدوب سنة 1986-ص573. ومما جاء فيه:

"... وحيث لا يجوز للمسمى (..) أن يحول دون هذا المبدأ الأساسي باعتراضه على التقييد الذي يطلبه المسمى (..)... وأنه يجب الحكم أن المسمى (..) باستعماله حقه إضرارا بالمسمى (..) بدون أية مصلحة مشروعة، بل بالعكس من ذلك، مع ما يواكب هذا التصرف من أخطار بيع ثان من طرف البائع له وذلك بقصد الإضرار الصريح، ارتكب "تعسفا" يتحمل مسؤوليته بناء على الفصل 94 من ظ.أ.ع، وأن على المحاكم أن تضع حدا لهذا التعسف والأمر بالتقييد تحت طائلة الغرامة التهديدية".

²⁰ جاء في قرار عدد 471 صادر بتاريخ 29 شتنبر 2015 في الملف المدني عدد 2015/4/1/673 منشور بمجلة محكمة النقض - العدد 08- سنة 2015 ما يلي:

"من المقرر قانونا أنه لا تؤخذ الحصة المشفوعة إلا من يد المشتري المقيد بالرسم العقاري، ولما كان الطاعن قد أقام دعوى الشفعة ضد من كان مقيدا بالرسم العقاري وقت تقديمها بغض النظر عما لحق به من تفويتات، فإن المحكمة عندما ردت طلبه بالنظر إلى تفويت المشفوع منه للشقص المشفوع بعد إقامة دعوى الشفعة عليه، تكون قد خرقت القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا".

استعملت²¹، وحينئذ يمكن القول فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع، وإنما يتولد هذا الحق عن طلب الشفيع بالأخذ بالشفعة والقضاء له به.

غير أن الوجود القانوني للحق محل التقييد المؤقت بالرسم العقاري يمكن أن يتعلق استثناء بحق سابق على تأسيس الرسم العقاري، حينما يتعلق الأمر بقيام طالب التحفيظ بتفويت العقار أثناء مسطرة التحفيظ، ولم يبادر المشتري إلى إيداع شرائه بسجل التعرضات وفق الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، من أجل الحفاظ على رتبته أثناء تأسيس الرسم العقاري. إذ إن قرار التحفيظ في هذه الحالة يصدر بخصوص العقار بأكمله وباسم طالب التحفيظ ويؤسس له رسم عقاري يدعى بالرسم العقاري الأصلي²²، ويليه مباشرة تأسيس رسم عقاري جزئي يستخرج من ذلك الأصلي أو رسوم عقارية جزئية إن كانت التفويطات تتعلق بعدة قطع تهم تجزئة عقارية، أو شقق وطوابق بالعمارة المحدثه على هذا العقار في إطار نظام الملكية المشتركة، أو قسمة اتفاقية أبرمت بين الشركاء طالبي التحفيظ لإنهاء حالة الشيع القائمة بينهم.

ذلك، أن إمكانية القول بوجود هذا الاستثناء غير التشريعي الذي أقره قضاء محكمة النقض في هذا الإطار يحقق طبعاً العدالة المتوخاة من النص القانوني لإضفاء الحماية على التصرفات المبرمة بين الأطراف المتعاقدة، ويجسد وظيفتها الأساسية ودورها في موازنة النصوص القانونية مع واقع النزاع المعروض عليها، وتحقيق الانسجام والتكامل بين مختلف مقتضيات التشريعية، انطلاقاً من حرصها على التطبيق السليم للقانون وتوحيد الاجتهاد القضائي بين محاكم المملكة.

لكن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا الشأن يتعلق بمدى إمكانية طلب تقييد مقال الدعوى الرامية إلى إتمام إجراءات البيع تقييداً احتياطياً بالرسم العقاري؟ وجواباً عن ذلك، نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا وقع تفويت العقار الذي تم تحفيظه وانتقلت ملكيته في الرسم العقاري إلى الغير، فإن الدعوى برمتها أصبحت فاقدة للأساس القانوني لأنها وجهت ضد شخص غير ذي صفة في النزاع وأجنبي عن العقد الرابط بين المشتري والبائع طالب التحفيظ، ولا يبقى للمشتري سوى الحق في

²¹ جاء في قرار محكمة النقض عدد 145 الصادر بتاريخ 24 فبراير 2015 في الملف المدني عدد 2014/3/1/5049 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض - عدد 79 - سنة 2015 ما يلي:

"يتعين على الشفيع أن يثبت شركته على الشيع في المال الذي يطلب شفيعته وقت بيع شريكه لحصته فيه وبقائه شريكاً إلى حين تقديمه طلب الشفيع، ويمكن إثبات ذلك ولو بشهادة عدلين أو ما يقوم مقامهما أو بوثيقة ميراث تثبت الشيع في المال العقاري بالإرث عن موروثه مع البائع للمشفوع منه".

²² جاء في قرار عدد 388 صادر بتاريخ 19 ماي 2015 في الملف المدني عدد 2014/3/1/2169 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض - العدد 80 ما يلي:

"لما كانت الأبنية المشيدة على العقار قد تم تحفيظها في اسم من قام بها، فإن ملكيتها له كحق سطحية تكون مستقلة عن العقار ذاته كأرض عارية. والمحكمة لما اعتبرت أن التجديد بالبناء في ملك شائع يطبق فيه حكم الفصل 963 من ق.ل.ع، دون أن تناقش تحفيظ الطالب للبناءات المحدثه من طرفه على أرض شائعة والذي يضي على ملكيته لها صبغة قطعية ونهائية باعتباره حق سطحية، تكون قد عللت قرارها تعليلاً ناقصاً ينزل منزلة انعدامه".

رفع دعوى شخصية بالتعويض شريطة إثبات التدليس المنصوص عليه في الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري.

الحالة الثانية: إذا ظل العقار المحفظ في اسم طالب التحفيظ الذي باع العقار للمشتري الذي لم يودع شراؤه أثناء مسطرة التحفيظ، فإنه ليس هناك أي مانع قانوني يحول دون تقييد مقال الدعوى احتياطيا بالرسم العقاري، طالما أنه قد فوت العقار للمشتري الذي يعتبر خلفا خاصا له أثناء سريان مسطرة التحفيظ أو بعد تأسيس الرسم العقاري، بدليل أن إجراء الإيداع المنصوص عليه في الفصل 84 قد شرع لمصلحة المشتري في حفظ رتبته ضمن باقي التقييدات الأخرى التي يمكن أن ترد على مطلب التحفيظ، ولا يمكن لطالب التحفيظ أن يستفيد من "النهائية" التي يتمتع بها قرار التحفيظ في مواجهة خلفه الخاص.

الحالة الثالثة: إذا أقر الخلف العام بعد التحفيظ لفائدة الغير بحق أنشأ الموروث لهذا الغير يعتبر إنشاء لعقد جديد يرتب آثاره لفائدة المقر له.

وفي هذا السياق، كرسست محكمة النقض²³ هذا التوجه في أحد قراراتها معتبرة أن المحكمة لما نظرت إلى العقد المبرم بين موروث الطاعنتين والمطلوب الأول والمتعلق ببيع قطعة أرضية موصوفة به، واعتبرت أن إقرار الطاعنتين بالعقد المذكور طلبا لترتيب آثاره بعد تحفيظ العقار في اسم الموروث، يعتبر إنشاء لعقد جديد ورتبت آثاره لفائدة المقر له وقضت بما جرى به منطوق قرارها، تكون قد التزمت القاعدة المذكورة أعلاه وبنيت قضاءها على أساس سليم وعللته تعليلا كافيا.

غير أننا نجد أن للمحافظ العام²⁴ رأيا آخر ورد بمناسبة طلب إبداء وجهة نظره في شأن الطلبات المقدمة إلى المحافظين، والرامية إلى تقييد عقود طالها التطهير بفعل مسطرة التحفيظ بناء على مقتضيات الفصلين 1 و62 من ظهير التحفيظ العقاري، بعد تصحيحها برضى الأطراف، أو بواسطة أحكام قضائية نهائية. ذلك، أنه ميز بين الأحكام القضائية، واتفاق الأطراف على الشكل التالي:

1. الأحكام القضائية: فهي لا يمكن تقييدها من طرف المحافظ استنادا إلى أن مقتضيات الفصل

306 من قانون الالتزامات والعقود والتي تقضي أن الالتزام يعد باطلا بقوة القانون إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه، وما دامت المادة 1 من ظهير التحفيظ العقاري قد نصت صراحة على بطلان الرسوم غير المصرح بها أثناء سريان مسطرة التحفيظ، فإن الالتزام الباطل لا ينتج أثرا ولا يمكن تصحيحه ولو بواسطة أحكام قضائية.

2. اتفاق الأطراف: يمكن لنفس الأطراف أن ينشئوا التزاما جديد لاحقا لتاريخ اتخاذ قرار

التحفيظ بشأن نفس العقار الذي أصبح محفظا، وفي هذه الحالة لا يطال الاتفاق الجديد

²³ القرار عدد 764 الصادر بتاريخ 11 دجنبر 2018 في الملف المدني عدد 2018/4/1/2384 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2018.

²⁴ رسالة المحافظ العام عدد 428 بتاريخ فبراير 2004.

مبدأ التطهير، ويمكن تقييده من طرف المحافظ طالما أنه مطابق للوضعية الجديدة للعقار المعني.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض كرست التوجه القائل بسريان قاعدة التطهير في مواجهة الجميع بمن فيهم خلف البائع حسبما هو واضح من خلال حيثيات أحد قراراتها كما يلي:

"لا يجوز الاحتجاج بحق عيني سابق لم يسجل على الرسم العقاري خلال مرحلة التحفيظ. والمحكمة قضت بعدم قبول طلب صحة رسم الشراء، بعلّة أن قاعدة تطهير العقار بتحفيظه قاعدة مطلقة تسري على الجميع بمن فيهم خلف البائع، يكون قرارها مرتكزا على أساس قانوني ومعللا تعليلا سليما"²⁵.

المحور الثاني:

اكتمال الحق وقت إجراء التقييدات المؤقتة

الفقرة الأولى: شروط اكتمال الحق الشخصي

تقتضي المحافظة على الحق عن طريق التقييدات المؤقتة، أن يكون نشوء الحق المتعلق بالرسم العقاري كاملا وقت إجراء التقييد المؤقت بالرسم العقاري، أما إذا كان محتمل الوجود فلا مجال لإجراء التقييد المؤقت بشأنه حتى لا يشكل أية عرقلة لوضعية الرسم العقاري. ومن ثم فإن إيقاع حجز تحفظي على عقار محفظ يتم لضمان دين محقق أو له ما يرجح جديته وتحققه، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها كما يلي:

"... إن المحكمة حين رفضت طلب المحجوز عليهم برفع الحجز الواقع على عقارهم معللة ذلك أن شبهة المديونية تحوم بالقضية وأن طالبة الحجز تعتبر نفسها مغبونة وأعطت أكثر مما أخذت وأن مهمة القانون الحرص على إقامة تكافؤ بين المتعاقدين، في حين أن الحجز التحفظي يفترض وجود دين له ما يرجح جديته وتحققه، بينما الحجز المطلوب رفعه إنما اتخذ لضمان ما قد تحكم به محكمة الموضوع من تعويض مترتب عن حقوق مازالت موضع منازعة أمام المحكمة، مما يفيد أن الدين المراد المحافظة على الوفاء به بالحجز مازال مجرد ادعاء ولم يقم عليه ما يثبت صحته وحقيقته وبالتالي تكون المحكمة قد خرقت مقتضيات الفصل 452 من ق.م.م وعرضت قضاءها للنقض"²⁶.

غير أن تحقق الدين أو توافره ما يرجح جديته، يطرح إشكالا قضائيا من حيث المعيار المعتمد لاعتبار الدين مطابقا للمواصفات المذكورة. أو بعبارة أوضح، فهل مجرد تقديم مقال للدعوى الرامية إلى الأداء كاف لطلب إيقاع حجز تحفظي على عقار محفظ، أم يشترط إرفاق طلب الحجز المذكور بالوثائق المثبتة للمديونية أو ما يرجح تحققها إلى جانب مقال الأداء؟

²⁵ القرار عدد 37 الصادر بتاريخ 20 يناير 2015 في الملف المدني عدد 2014/1/1/2812 منشور بمجلة النشرة المتخصصة لمحكمة النقض - عدد 21 - سنة 2015.

²⁶ قرار محكمة النقض عدد 337 صادر بتاريخ 21 يناير 1990 في الملف المدني عدد 89/359 - منشور بمجلة قضاء محكمة النقض في المادة المدنية - الجزء الثاني - 1983-1991 - ص 619.

تجيبنا في هذا السياق محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في أحد قراراتها كما يلي: "... إن ما بنت عليه المستأنفة استئنافها لا يرتكز على أي أساس ذلك أن الحجز لدى الغير يختلف عن الحجز التحفظي الذي يمكن إيقاعه استنادا على مقال الدعوى أو الفواتير أو غيرها من الوثائق التي قد تشكل حجة لإثبات الدين، أما حجز ما للمدين لدى الغير فإن المشرع قد اشترط من أجل الاستجابة إليه أن يكون الدين ثابتا بموجب سند أو اعتراف"²⁷.

وقد أكدت نفس المحكمة أعلاه في قرار آخر أن المشرع لم يشترط أن يكون الدين محل الحجز التحفظي ثابتا أي محدد المقدار، ولكن يكفي أن يكون عنصر شبهة المديونية متوافرا بدليل أن الحجز التحفظي يصدر على ضوء دين يحدد مبلغه على وجه التقريب طبقا للفصل 452 من ق.م.م.²⁸ ويظهر من خلال ذلك، أن الحجز التحفظي يمكن طلب إيقاعه استنادا على مجرد تقديم مقال بالأداء المرفوع إلى محكمة الموضوع ضد المدين، ويعتبر هذا الأخير حجة كافية على وجود شبهة المديونية التي يمكن أن تترتب في ذمة المدين، لكون المنازعة بين الدائن والمدين أضحت جدية طالما أنها أصبحت معروضة على القضاء.

غير أن هناك رأيا آخر للعمل القضائي ذهب إلى اشتراط إرفاق طلب الحجز التحفظي بالوثائق المثبتة للمديونية، إضافة إلى مقال دعوى الأداء، واعتبر أن الاقتصار على إرفاق الطلب بنسخة من مقال الأداء لا يكفي وحده لإيقاع الحجز التحفظي. وهذا ما ورد في أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش صرح بمقتضاه بعدم قبول طلب إجراء حجز تحفظي على العقار المحفظ للمدين، بعللة عدم إثبات طالب الحجز العقاري لمديونية المطلوب الحجز على عقاره، معتبرا أن المقال الرامي إلى الأداء لا ينهض وحده لإثبات المديونية حتى يمكن الاستجابة للطلب أعلاه.²⁹

ويستفاد من هذا الاتجاه القضائي أنه قد اشترط ثبوت المديونية فقط لإيقاع حجز تحفظي على عقار محفظ، ولم يلتفت إلى توافرها يرجح تحقق الدين كما هو الشأن في النازلة أعلاه، أو بعبارة أخرى فإن عنصر شبهة مديونية المدين متوافر بشكل قاطع من خلال مقال دعوى الأداء سواء كانت مرفقة بالوثائق المعززة لثبوت الدين من عدمه، مادامت محكمة الموضوع هي التي لها الصلاحية في إنذار الطرف المدعي بالإدلاء بما يفيد المديونية، بل إنه يمكن أن يكون المقال مجردا من أية وثيقة عند وضعه بصندوق المحكمة ثم يبادر المدعي إلى الإدلاء بالوثائق بالجلسة التي سيدرج فيها الملف، أو عندما

²⁷ قرار عدد 500 صادر بتاريخ 3 يناير 2001 في الملف رقم 2001/714 غير منشور.

²⁸ قرار عدد 904 صادر بتاريخ 28 مارس 1998 في الملف التجاري عدد 98/420 غير منشور.

²⁹ أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 20 نونبر 2006 في الملف عقود مختلفة رقم 2006/7/8849 غير منشور.

يطلب منه ذلك من طرف المحكمة. هذا إضافة إلى أنه في حالة تمسك المدعى عليه بالإنكار لأي دين في ذمته يمكن للمدعي طلب توجيه اليمين الحاسمة لإنهاء النزاع قضائياً³⁰.

ونعتقد أن ما ذهب إليه بعض العمل القضائي ليس له ما يسوغه من الناحية القانونية، لكونه تناول على اختصاص قضاء الموضوع حينما اشترط ثبوت الدين لإيقاع الحجز التحفظي على العقار المحفظ³¹، لا سيما إذا علمنا أن الإجراء المطلوب هو إجراء تحفظي فقط وليس غاية في حد ذاته³²، وعلى من تضرر منه سلوك إجراءات رفعه من طرف القضاء الاستعجالي³³ لكونه يشكل عرقلة لتصرف الملك في حق ملكية العقار المحجوز، ومطالبة الحاجز بالتعويض عن الحجز التعسفي في حالة ثبوت سوء نيته وإيقاعه بطريقة كيدية على عقار محفظ.

وفي هذا السياق، قررت محكمة النقض عدم جواز التعسف في إيقاع الحجز التحفظي على أكثر من عقار مملوك للمدين ضماناً لنفس الدين من خلال أحد قراراتها كما يلي:

"لا يجوز إجراء حجز تحفظي إلا في حدود ما يضمن أداء الدين سبب الحجز، والمحكمة لما استبعدت ما تمسك به المحجوز عليه بعلّة أن الحجز على العقارين معا وفي نفس الوقت لم يكن به

³⁰ جاء في قرار محكمة النقض عدد 1211 صادر بتاريخ 6 مارس 2012 في الملف المدني عدد 2011/2/1/1377 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 76 ما يلي:

"اليمين الحاسمة ملك للأطراف، ولا سلطة للمحكمة في استيفائها، بعد توجيهها ممن طلبها من الأطراف، مادام من وجهها لا يتوفر على الدليل المطلوب قانوناً لإثبات حقوقه. والمحكمة لما قضت بأنه لا مجال للاستجابة لطلب اليمين الحاسمة، لأنها تنطوي على التعسف في استعمال الحق، تكون قد خرقت القانون لأن القواعد المنظمة لليمين الحاسمة، واستيفائها لا ترتبط بشرط التعسف".

³¹ ومع ذلك، نجد نفس الجهة القضائية تسمح بالاستجابة لطلب إيقاع حجز تحفظي بناء على مجرد شكاية مقدمة إلى النيابة العامة ضد المشتكى به، كما هو الشأن بالنسبة للأمر عدد 2016 الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 28 أبريل 1992 في الملف عقود مختلفة عدد 92/1961 غير منشور.

³² جاء في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء ما يلي:

"حيث إن الحجز التحفظي المأمور بتاريخ 29 يناير 1999 في الملف عدد (...) قضى بإجراء حجز على جميع منقولات المدعية لدى سبع شركات معتمدا حسب ما أشير إليه على وصولات وصورة قرار ورسالة إنذار. وحيث إن حجز بضاعة المدعية لدى الغير ومنعها منها يشكل خطراً على حقوقها أمام الإدلاء بحجة تثبت الدين وعدم لجوء المدعى عليها إلى القضاء للمطالبة بما تدعيه، مع العلم أن الحجز التحفظي ليس غاية في حد ذاتها".

— أمر عدد 99/4848 بتاريخ 11 مارس 1999 في الملف عدد 1999/1/259 غير منشور.

³³ جاء في قرار عدد: 8/20 مؤرخ في: 2016/01/12 ملف مدني عدد: 2015/8/1/4848 غير منشور ما يلي:

"لكن: ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها، فإن التعاونية المتضررة من الحجز هي التي رفعت الدعوى، وأن المحكمة قد تأكد لها أنها رفعت منها في شخص ممثلها القانوني، وهو المطلوب قانوناً، إذ بمقتضى الفصل 516 من قانون المسطرة المدنية فإن استدعاءات الحضور توجه للأشخاص الاعتبارية في شخص ممثلها القانونيين بصفتهم هذه، وهو ما يعني أن الدعوى ترفع منها وتوجه ضدها بهذه الصفة، وأن ما عدا ذلك مما أثير بشأن الصفة التمثيلية لمن رفع الدعوى باسم التعاونية لا يشكل نزاعاً في الجوهر يترتب الاختصاص عن قاضي المستعجلات للبت في الطلب لأنه لا يتعلق بموضوع الطلب المعروف على قاضي المستعجلات وهو رفع الحجز التحفظي".

أي تعسف بحقوقه وبالتالي لم يترتب عنه أي ضرر، فإنها لم تأخذ يعين الاعتبار ما أثبتته القرار الاستثنائي الذي أيد الأمر القاضي برفع الحجز عن العقار المحجوز لعدم وجود التناسب بين قيمة العقارين والدين سبب الحجز، فجاء قرارها غير مرتكز على أساس³⁴.

الفقرة الثانية: شروط اكتمال الحق العيني

جدير بالذكر أن التقييد الاحتياطي - كتقييد مؤقت - يتوقف إجراؤه على ضمان حق موجود ومكتمل النشوء، لأن الغاية التي شرع من أجلها تتمثل في المحافظة مؤقتا على حق في انتظار استكمال شروطه القانونية، الشيء الذي يدفعنا إلى إثارة تساؤل يتعلق بمدى إمكانية تقييد مقال افتتاحي للدعوى تقييدا احتياطيا بالرسم العقاري بالرغم من عدم وجود أي عقد للبيع بين الطرفين أصلا؟

نعتقد أن المشرع لم يورد ضمن مقتضيات القانون العقاري أي مقتضى يمنع من القيام بهذا الإجراء طالما أن المحكمة هي التي سوف تفصل في النزاع على ضوء وثائق الملف من جهة، وأن التقييد المؤقت يدور وجودا وعدما مع مآل المقال الافتتاحي للدعوى من جهة أخرى.

وقد اعتبرت محكمة النقض في هذا السياق بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 5 يناير 2016 أن العبرة في نشوء عقد الهبة تكون بتاريخ الإشهاد العدلي وليس بتاريخ التحرير، ورتبت على ذلك أن البيع المنعقد من الواهب لفائدة البائعين لهما يكون قد أنجز بعد خروج الملك من يده ولا يمكن حمل التصرف بالبيع على وقوع الاعتصار لعدم وجود إشهاد به³⁵.

³⁴ القرار عدد 8 الصادر بتاريخ 08 يناير 2015 في الملف التجاري عدد 2012/1/3/1268- منشور بمجلة قضاء محكمة النقض - العدد 79- سنة 2015.

³⁵ قرار محكمة النقض عدد 8/11 المؤرخ في 05/01/2016 ملف مدني عدد 2015/8/1/1455 غير منشور. ومما جاء في معرض حيثياته ما يلي:

"لكن ردا على الوسائل مجتمعة لتداخلها، فإنه لا مجال للتمسك بمقتضيات الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود الذي يتعلق بالعقود العرفية وليس بالعقود الرسمية. وأن المحكمة لم تكن ملزمة بالجواب على الدفع بعدم رشد الموهوب له ولا عن حيازته للشيء الموهوب، طالما أنها اعتمدت وبالأساس في قضائها على سبقية البت في صحة عقد الهبة وترجيحه على عقد شراء الطاعنين، وذلك لما تبين لها أن عقد الهبة الذي اعتمده المطلوب في مطلب التحفيظ سبق أن طعن فيه الطاعنان وقضي برد دعواهما بموجب القرار الاستثنائي عدد 246 بتاريخ 2006/01/24 في الملف 1/04/2422 بعللة أن تأخر تحرير العقد لتلك الواهب في أداء رسوم التسجيل لا ينال من صحة عقد الهبة، إذ العبرة بتاريخ الإشهاد وليس بتاريخ التحرير، وتبعاً لذلك يبقى البيع المنعقد من الواهب لفائدة البائعين لهما يكون قد أنجز بعد خروج الملك من يده ولا يمكن حمل التصرف بالبيع على وقوع الاعتصار لعدم وجود إشهاد به. وهو القرار الذي ابرم من طرف محكمة النقض بموجب القرار عدد 230 في الملف 2009/1/2/611 بتاريخ 2011/5/3. ولذلك ولما للمحكمة من سلطة في تقدير الأدلة واستخلاص قضائها منها فإنها حين عللت قرارها بأن "عقد الهبة يعتبر عقدا صحيحا بناء على قرار محكمة النقض عدد 230 والذي لم يكن محط طعن او جدل من الواهب، وان إقدام الواهب على بيع نفس الملك الذي سبق أن وهبه لولده المستأنف عليه يكون قد باع ما لا يملك وهذا غير جائز"، وهو تعليق غير منتقد، الأمر الذي يكون معه القرار معللا بما فيه الكفاية، وما بالوسائل غير جدير بالاعتبار".

غير أنه يمكن للمدعي مباشرة إجراء تقييد احتياطي بناء على مقال للدعوى في غياب تام لوجود أية رابطة عقدية بين الطرفين بشأن البيع المدعى به، ثم يبادر الطرف المدعى عليه أثناء جوابه على مقال الدعوى إلى الإقرار بقيام عملية البيع ويبدي استعداده أمام المحكمة بتحرير عقد البيع مع المشتري. فهل يمكن قانوناً أن تعد المحكمة بالإقرار لإلزام المدعى عليه بإتمام إجراءات البيع؟ أم يجب عليها التقييد بشكلية البيع العقاري الواردة ضمن مقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع؟ وهل يمكن التوفيق بين الإقرار لحماية المتعاقدين فيما بينهم، وشكلية البيع لحماية الأغيار من أي تواطؤ يمكن أن يقع بين الطرفين؟

وجواباً عن ذلك، نعتقد أن مقتضيات الفصلين 404 و489 من ق.ل.ع والمادة 4 من مدونة الحقوق العينية لا تسعف في القول بإمكانية اعتماد الإقرار من طرف القضاء إثبات البيع العقاري، بدليل أن المشرع تحدث عنه كوسيلة ضمن وسائل الإثبات العامة للالتزامات والبراءة منها³⁶، في حين نص على وجوب الكتابة كشكلية انعقاد في البيع العقاري، ولا مجال قانوناً لإثباته بغير ذلك، على اعتبار أن القانون إذا قرر شكلاً معيناً، لم يسغ إجراء إثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه، إلا في الأحوال التي يستثنىها القانون طبقاً للفصل 401 من ق.ل.ع. ومن ثم فإن أعمال الإقرار من عدمه في البيع العقاري يستلزم التمييز بين حالتين من خلال قراءة لموقف العمل القضائي بشأن هذه الإشكالية.

الحالة الأولى: إذا صدر إقرار البائع بمناسبة قضية جنحية وتمت إدانته من أجلها، فلا يعتد بالحكم الجنحي لإثبات البيع العقاري ضد البائع المقر أمام المحكمة الجنحية، على اعتبار أن الدعوى المدنية التابعة التي يمكن أن ينصب فيها المتضرر كطرف مدني لا تتعلق سوى بالتعويض ليس إلا وفق مقتضيات الفصل 10 من قانون المسطرة الجنائية.

وقد سبق لمحكمة النقض أن أكدت³⁷ هذا الاتجاه في حيثيات أحد قراراتها معتبرة أن " قاعدة الجنائي يعقل المدني تقضي بأن توقف المحكمة المدنية عن البت في القضية إلى حين صدور حكم نهائي في القضية الجزرية، ولما كان إتمام البيع الواقع على عقار محفظ يجب أن يجري في محرر ثابت التاريخ طبقاً للقانون، وكان هذا المحرر غير متوفر، فإنه على فرض صدور حكم بالإدانة في دعوى جزرية تتعلق بعدم تنفيذ عقد، فإنه لا يرقى إلى درجة المحرر الثابت التاريخ المتطلب في قيام البيع "

وفي نفس السياق، قررت محكمة النقض في قرارها بتاريخ 06 يناير 2015 ما يلي:

"لكن، رداً على الوسائل مجتمعة لتداخلها، فإنه بمقتضى الفصلين 532 و533 من ق.ل.ع فإن البائع يلتزم بضمان الاستحقاق الذي يقتضي منه الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش

³⁶ راجع: ذ محمد أوزيان: "رسمية العقود من ظهير الالتزامات والعقود إلى مدونة الحقوق العينية" مقال منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2013.

³⁷ القرار عدد 679 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2012 في الملف المدني عدد 2010/7/1/4813 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 76.

على المشتري، وبالتالي لا يحق له مواجهة المشتري منه بكون عقد البيع مجرد عن أصل الملك سيما وأن المتعرض استند في تعرضه على عقد شرائه للعقار من الطاعن والذي لم يلق مطعنا مقبولاً، وإن تطبيق قاعدة الجنحي يوقف المدني رهين بوجود دعوى جنحية قائمة لها أثر على الفصل في النزاع المدني، ولذلك فإن القرار حين علل بأن "طالب التحفيظ قد فوت العقار موضوع مطلب التحفيظ إلى المتعرض وانتقلت ملكيته لهذا الأخير بناقل شرعي، وبالتالي أصبح المستأنف عليه المالك الوحيد للمدعى فيه، وأن ما أثاره المستأنف من كون المتعرض دلس عليه في البيع وأن العقد يتعلق بتنازل وليس بيعاً كلها دفع مجردة وليس بالملف ما يثبتها أو يعضدها، وإنما ثبت عكسها، كما أن ادعاء المستأنف وجود مساطر جنحية مجرد أقوال ليس عليها برهان صادق وتعين ردها" فإنه نتيجة لما ذكر كله كان القرار معللاً تعليلاً كافياً ومرتكزاً على أساس قانوني وغير خارق للمقتضيات المحتج بها خارقاً للقاعدة المذكورة، والوسائل جميعها بالتالي غير جديرة بالاعتبار"³⁸.

الحالة الثانية: إذا تعلق إقرار البائع بمناسبة دعوى عقارية معروضة على المحكمة المدنية، فهل يصرف النظر عن شكلية الكتابة المنصوص عليها المادة 4 من مدونة الحقوق العينية بالرغم من عدم وجود أي محرر ثابت التاريخ، ويعتد بالإقرار القضائي الصادر عن البائع، أم يجب التقييد بمدى توافر الشكلية من عدمها في النازلة تبعاً للفصول أعلاه؟

وجواباً عن ذلك، نعتقد أنه لا بد من التقييد بشكلية المادة 4 من مدونة الحقوق العينية لإثبات البيع العقاري بين المتعاقدين للحفاظ على المراكز القانونية لجميع الأطراف، وتفادي التواطؤ الذي يمكن أن يقع بين طرفي الدعوى لصنع حجة لبعضهما البعض تتمثل في حصول إقرار صوري من طرف البائع أمام المحكمة المدنية التي تنظر في دعوى إتمام إجراءات البيع المعروضة عليها، وحرمان الدائنين من استيفاء حقوقهم على العقار المبيع، مع العلم أن الأمر لا يقتصر على الكتابة فقط لإثبات البيع العقاري، بل يجب أن يكون المحرر ثابت التاريخ³⁹ وفق ما هو منصوص عليه في الفصل 425 من ق.ل.ع⁴⁰. هذا بالإضافة إلى أن المادة 4 من مدونة الحقوق العينية رتبت جزاء البطلان على عدم احترام شكلية الكتابة في البيع العقاري.

³⁸ قرار محكمة النقض عدد 1/6 المؤرخ في 06-01-2015 ملف مدني عدد 2014/1/1/3558 غير منشور.

³⁹ القرار عدد 5017 الصادر بجميع الغرف بتاريخ 6 دجنبر 2010 في الملف المدني عدد 2006/5/1/2290 منشور بمجلة محكمة النقض - العدد 77 حاء فيه:

"لا يكون بيع العقار منجزاً إلا إذا أبرم كتابة وبمحرر ثابت التاريخ، وإن توصل مالك العقار بمبلغ مالي من مدعي الشراء لا يخول هذا الأخير سوى استرجاع ما سبق له دفعه، لا إلزام المالك بإتمام البيع قضاء".

⁴⁰ اعتبرت محكمة النقض في قرارها الصادر عدد 8/11 المؤرخ في 05/01/2016 ملف مدني عدد 2015/8/1/1455 غير منشور ما يلي:

"لا مجال للتمسك بمقتضيات الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود الذي يتعلق بالعقود العرفية وليس بالعقود الرسمية".

كما قررت محكمة النقض في نازلة تتعلق ببيع عقار في طور الإنجاز ضرورة احترام الشكلية الواردة في الفصل 3-618 من ق.ل.ع تحت طائلة ترتيب جزاء البطلان من خلال أحد قراراتها الذي جاء فيه:

"لما كان التعاقد موضوع الدعوى تم على شكل وصل خلافا للمقتضيات الأمرة المنصوص عليها في الفصل 3-618 من ق.ل.ع، ولم يتم توثيقه من قبل إحدى الجهات المؤهلة قانونا لذلك، فإنه يكون باطلا بقوة القانون، ولا يترتب عنه سوى حق المشتري في استرداد ما دفع بغير حق وبدون تعويض عملا بالفصل 306 من ق.ل.ع"⁴¹.

وخلافا لما أشرنا إليه أعلاه، فإن بعض العمل القضائي سبق له أن اعتمد الإقرار القضائي للبائع بشأن دعوى عقارية للحكم عليه بإتمام إجراءات البيع مع المدعي (المشتري)، وفي حالة امتناعه عن التنفيذ اعتبار الحكم بمثابة عقد بيع نهائي، وأمر المحافظ على الأملاك العقارية بتقييده عند صيرورته نهائيا. وقد جاء في حيثيات حكم قضائي⁴² ما يلي :

"... وحيث إن المدعي عليه أقر قضائيا سواء في مذكراته أو في جلسة البحث أنه تنازل نهائيا عن البقعة الأرضية لفائدة المدعي ولم تعد له علاقة بها، كما أقر أن هذا الأخير هو الذي بناها من ماله الخاص، وأكد أنه مستعد لإبرام عقد بيع مع المدعي شريطة أن يتحمل هذا الأخير جميع المصاريف التي يتطلبها ذلك وهو ما وافق عليه المدعي صراحة. وحيث إن إقرار المرء على نفسه أقوى من قيام الحجة عليه. وحيث إن ما عبر عنه المدعي عليه في طلبه الموجه إلى المؤسسة الجهوية بتاريخ 23 نونبر 1998 بالتنازل عن الدفعات المالية لفائدة المدعي لا يمكن أن يفسر إلا بتنازله عن البقعة الأرضية التي سددت تلك الدفعات من أجل اقتنائها... وأن البائع ملزم قانونا بتسليم الشيء المبيع للمشتري وذلك

المملكة المغربية

⁴¹ القرار عدد 69 الصادر بتاريخ 01 أبريل 2015 في الملف التجاري عدد 2014/1/3/933 منشور بمجلة النشرة المتخصصة لمحكمة النقض - قرارات الغرفة التجارية - العدد 23 - سنة 2015.

ومما جاء في حيثيات هذا القرار:

"لكن، حيث إنه وخلافا لما ورد في موضوع الوسيلة فإن مقتضيات الفصل 12-618 من ق.ل.ع لا تطبق إلا إذا تم تحرير العقد الابتدائي للعقار في طور الانجاز وفق الشكل والكيفية المقررتين في الفصل 3-618 من ق.ل.ع الناصة على أنه " يجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الانجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان..." والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي عللته بقولها "أنه ما دام التعاقد موضوع الدعوى تم على شكل وصل خلافا للمقتضيات الأمرة المنصوص عليها في الفصل 3-618 من ق.ل.ع أي أنه لم يحرر من قبل إحدى الجهات المؤهلة قانونا لذلك مما يجعله عقدا باطلا بقوة القانون والأثر القانوني الوحيد المترتب عنه هو حق المشتري في استرداد ما دفع بغير حق وبدون تعويض عملا بالفصل 306 من ق.ل.ع...." تكون قد طبقت مقتضيات الفصلين 306 و3-618 تطبيقا سليما واعتبرت عن صواب أن الطاعن لا يستحق التعويض عن التماطل ما دام أن العقد موضوع الوصل عدد 016 المؤرخ في 10/05/2007 يعتبر باطلا بقوة القانون، فجاء قرارها معللا تعليلا سليما وغير خارق لأي مقتضى والوسيلتان على غير أساس".

⁴² حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش في الملف العقاري رقم 06/9/401 بتاريخ 15 فبراير 2007- غير منشور.

طبقا للفصل 498 من ق.ل.ع، وهذا التسليم لا يقتصر على نقل الحيازة المادية للمبيع إلى المشتري⁴³ بل أيضا الحيازة القانونية وهذه الأخيرة تقتضي في نازلتنا تحرير عقد بيع مستوف لأركانه وشروطه وتقييده بالرسم العقاري مادام المبيع عبارة عن عقار محفظ....".

ويلاحظ من خلال حيثيات هذا الحكم القضائي أنه اعتمد الإقرار كوسيلة للإثبات ولو تعلق الأمر ببيع عقاري، مخالفا بذلك الاستثناء التشريعي الذي كرسه المشرع في هذا الإطار، والمتمثل في وجوب إجراء البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. بل إنه خالف اتجاه محكمة النقض بغرفها مجمعة⁴⁴ التي دأبت على التمسك بضرورة احترام شكلية الكتابة في البيع العقاري حسبما أشير إليه أعلاه. إذ إن هذا الأخير لم يعتد بالإقرار المضمن بحكم جنحي رغم كونه حجة رسمية وفقا لمقتضيات الفصل 418 من ق.ل.ع، فمن باب أولى وأحرى أن يقبل به بمناسبة دعوى قضائية بين الطرفين البائع والمشتري كما هو الشأن في النازلة المذكورة.

وهكذا، يمكن القول تبعا لهذا الاتجاه القضائي، أن الحق - ولو لم يكن موجودا أو مكتمل النشأة - يكون قابلا لإجراء تقييد مؤقت بشأنه عن طريق تقييد مقال الدعوى العقارية تقييدا احتياطيا بالرغم من عدم إرفاقه بأية حجة أو وثيقة تثبت قيام الرابطة التعاقدية بشأن بيع عقاري

⁴³ جاء في قرار محكمة النقض يتعلق بالتسليم في عقار في طور محفظ تحت عدد 1/7 المؤرخ في 2016/01/05 ملف مدني عدد 2015/1/1/212 غير منشور ما يلي:

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه ذلك انه علل قضاءه بأن ((ما عابه المستأنف الحسين ابو درار على الحكم المستأنف حين قضى بعدم صحة تعرضه والحال انه اثبت تملك موروثه احمد بن المحفوظ وإشراكه بمقتضى عقد الشراء المؤرخ في عام 1333 هجرية ورسم ارائته، فان ذلك لا يعفيه من إثبات استحقاقه بالأدلة المعتبرة شرعا والمستوفية لشروط الملك من يد ونسبة وطول أمد وغيرها، وان محاولة إسقاط رسم الشراء المذكور على جزء من الملك موضوع مطلب المطلوب استنادا إلى شهادة شاهد واحد أو شاهدين بخصوص الحيازة ووضع اليد لا يثبت له الملك وفق ما سلف)). في حين أن عقود الأثرية المقرونة بالحيازة إنما تعد قرينة على الملك، الأمر الذي كان معه على المحكمة أن تبحث في طبيعة وشروط الحيازة المتمسك بها من طرف الطاعن مع مقارنة حججه مع حجج طالب التحفيظ إن اقتضى الحال ولما لم تفعل ذلك كان قرارها ناقص التعليل. الأمر الذي يعرضه للنقض والإبطال".

⁴⁴ قرار عدد 1921 الصادر بجميع الغرف بتاريخ 23 دجنبر 2010 في الملف التجاري عدد 2005/1/3/1073 منشور بمجلة محكمة النقض - العدد 77 جاء فيه ما يلي:

"البيع أو الوعد بالبيع المنصب على عقار محفظ يلزم إثباته بحجة كتابية، إذ أنه طبقا للفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود إذا كان محل البيع عقارا أو حقوقا عقارية، فإن البيع لا يكون تاما إلا بإجرائه كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون للبيع أي أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون. الوصل الصادر عن الموثق التي يشهد فيه بتوصله بمبلغ مالي من طرف مدعي الشراء، والذي لا يتضمن أي التزام من البائع، لا يمكن اعتباره محررا ثابت التاريخ تتوفر فيه شروط الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود ليعتبر حجة على انعقاد البيع أو الوعد بالبيع.

قبول المالك ببيع العقار بثمن معين، وذلك تحت شرط موافاته بباقي الثمن داخل أجل محدد، وإلا اعتبر القبول كأن لم يكن، يعتبر إيجابا جديدا لا يلزمه إلا إذا تلقى ممن وجه له موافقته على ما تضمنه إيجابه الجديد أو نفذ من طرفه في حدود ما تضمنه ذلك الإيجاب، وإلا اعتبر الإيجاب غير مقترن بالقبول، وبالتالي لا يكون البيع منعقدا ولا محل لإتمامه".

وتضمنها لكافة أركان عقد البيع المنصوص عليها قانوني، وذلك في انتظار حصول إقرار البائع (المدعى عليه) من خلال مذكرته الجوابية، الشيء الذي يجعل المحافظ ملزما بالاستجابة لطلب إجراء التقييد المؤقت لمقال الدعوى، ويكون بالتالي ملزما بتقييد الحكم الصادر بإتمام إجراءات البيع بناء على الإقرار بعد صيرورته حائزا لقوة الشيء المقضي به⁴⁵ مادام لا يملك الحق في رفض التقييد إلا إذا كان يتعارض مع الوضعية القانونية للرسم العقاري. وجدير بالإشارة أن محكمة النقض أكدت في هذا الصدد جواز الأخذ بإقرار البائع كلما تعلق الأمر بوجود عقد وعد بالبيع لا يتضمن الإشارة إلى الثمن معتبرة من خلال أحد قراراتها المؤرخ في 12 ماي 2015 عدم ذكر الثمن في عقد الوعد بالبيع الذي وقع به تفويت البائع لواجبه المشاع في المدعى فيه، يستلزم الأخذ بإقراره القضائي برمته ولا يمكن تجزئته⁴⁶.

⁴⁵ جاء في قرار عدد 84 الصادر بتاريخ 12 فبراير 2015 في الملف التجاري عدد 2013/1/3/17 منشور بمجلة محكمة النقض – العدد 80 – سنة 2015 ما يلي:

"إن حجية الأمر المقضي لا تثبت لمنطوق الحكم فقط وإنما لحيثياته أيضا. ومادام أن الشيء المطلوب بمقتضى هذه الدعوى هو نفس الشيء المطلوب سابقا، وأن الدعوى مؤسسة على نفس السبب ومرفوعة بين نفس الأطراف وموجهة منهم وعلمهم بنفس الصفة، فإن سبقية البت في الموضوع تكون قائمة وثابتة بمقتضى أحكام وقرارات أصبحت مكتسبة لقوة الشيء المقضي".

⁴⁶ القرار عدد 234 الصادر بتاريخ 12 ماي 2015 في الملف المدني عدد 2014/7/1/1543 منشور بمجلة محكمة النقض – العدد 80 – سنة 2015.

ونظرا لأهمية هذا القرار نورد حيثياته كما يلي: **العقار المراد بيعه**
 "حيث تبين صحة ما نعاه الطالب على القرار، ذلك أن المحكمة مصدرته علته بما جاءت به من أن: "المستأنف عليه أدلى بالحكم عدد 424 الصادر في الملف عدد 10/1401/747 بتاريخ 2011/5/25، وهو يتضمن إقرار المستأنف ببيعه واجبه في القطعة الأرضية المدعى فيها حاليا بثمن قدره 200000 درهم، وأنه قبض من المستأنف عليه مبلغ 10000 درهم.... ونظرا لكون الثمن الذي فوت به المستأنف لواجبه في المدعى فيه لم يحدد صراحة في عقد الوعد بالبيع فإنه لا مفر من الأخذ بهذا الإقرار برمته ولا يمكن تجزئته، ونتيجة لذلك اعتبار الثمن الذي وقع به البيع هو ما يصرح به المستأنف في دعواه التي تمخض عنها الحكم المستدل به من المستأنف عليه وهو 200000 درهم للقطعة برمتها وجب فيه للمستأنف مبلغ 100000 درهم وقد قبض 10000 درهم وبقي في ذمة المستأنف عليه 90000 درهم". والحال أنه بالرجوع إلى الحكم المستند عليه المذكور، يتبين أنه تضمن أن الطالب تسلم بمقتضى العقد مبلغ 10000 درهم من المدعى عليه (المطلوب) على أن يكمل باقي ثمن البيع الذي هو 200000 درهم ليصبح مالكا للبقعة الأرضية. ثم أكد في مذكرته الجوابية المدلى بها من طرف دفاعه بتاريخ 2010/9/2 المشار إليها في نفس الحكم أن ثمن البيع هو 210000 درهم، وكون الشريك الأخر باع بثمن آخر لا يلزمه في شيء. وهي عبارات تنصرف إلى أن الثمن الذي صرح به الطالب في الحكم المذكور والذي يخص واجبه هو 210000 درهم، وليس كما جاء في القرار المطعون فيه من أنه 100000 درهم، مما يجعله غير مبني على أساس ومعللا تعليلا فاسدا يوازي انعدامه مما يعرضه للنقض".

وفي نازلة أخرى تتعلق بدعوى طرد محتل بدون سند أقامها المالك للأرض ضد من يتواجد في الأبنية المقامة عليها، اعتبرت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 26 يناير 2016 أن الإقرار لا يعتد به إذا ناقضه صراحة من صدر لصالحه⁴⁷.



⁴⁷ قرار عدد: 3/71 مؤرخ في 2016/01/26 ملف مدني عدد 2015/3/1/1894 غير منشور.

وقد جاء في معرض حيثياته ما يلي:

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك انه بمقتضى الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود، فإن الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها، ولما كان البين من أوراق الملف المعروضة على قضاة الموضوع أن الطاعن سبق له أن تقدم بدعوى يطالب فيها المطلوب بأداء واجبات الكراء عن استغلال نفس المدعى فيه وأن المطلوب المذكور نفى وجود تلك العلاقة وتمسك بكون اعتماره المدعى فيه ناتج عن مساهمته في بناء الطابق العلوي، مما يعتبر معه الحكم المتضمن لهذه الوقائع حجة يتعين أخذها في الاعتبار وتقييمها عند نظر دعوى الاحتلال بدون سند فضلا عن أنه بمقتضى الفصل 415 من قانون الالتزامات والعقود في فقرته الثانية فالإقرار لا يعتد به إذا ناقضه صراحة من صدر لصالحه، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، لما عللت قرارها بان الدعوى سابقة لأوانها لكون الحكم القاضي بعدم قبول الطلب بخصوص دعوى المطالبة بواجبات الكراء لم يتم الحسم فيه بقرار نهائي تكون قد أساءت التعليل وعرضت قرارها للنقض".