



تقرير حول رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص للباحث عبد الغاني بنيحيى

تحت إشراف الدكتورة دنيا مباركة

كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية،
جامعة محمد الأول
وحدة التكوين والبحث لنيل دبلوم الماستر في قانون
العقود والعقار

تحت عنوان

مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد في الرسم العقاري وفق نظام
التحفيظ العقاري المغربي

أعضاء لجنة المناقشة

- الدكتورة: دنيا مباركة أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة.....رئيسة ومشرفا
- الدكتور: إدريس الفاخوري أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة.....عضوا
- الدكتور: محمد شهاب أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة.....عضوا

السنة الجامعية 2010-2011

إذا كان العقار يشكل أحد الدعائم الأساسية لأي مشروع حضري أو قروي، باعتباره المنطلق الرئيسي للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإن تنظيم أحكامه يكتسي أهمية بالغة لضمان ثباته وإستقراره¹.

لذلك عملت مختلف التشريعات القانونية على خلق إطار تشريعي يضمن للمتعاملين في المجال العقاري الأمان والطمأنينة، من خلال بلورة بنية عقارية متماسكة الأركان رغم تنوع و تعدد توجهاتها السياسية.

و يعتبر نظام الإشهار العقاري العيني² من أفضل ما أفرزته الصياغة التشريعية كنظام يكفل للعقار حماية قانونية في مواجهة الأطراف المتعاملين بشأنه، وكذلك في مواجهة الأغيار، محققا بذلك الاطمئنان إلى البيانات الواردة في السجل العقاري، ودعم الائتمان بفضل إشهار التصرفات العقارية وإفترض العلم بها من طرف الكافة استنادا إلى قرينة التقيد.

و قد تبنى المشرع المغربي شأنه شأن العديد من التشريعات العقارية المقارنة هذا النظام ضمن ترسانته القانونية بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بنظام التحفيظ

¹ - محمد بن جلون " الرسم العقاري بين التأسيس و التحيين " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية . جامعة القاضي عياض مراكش السنة الجامعية 2002-2003 ص: 1

² - تجدر الإشارة إلى أن هناك نظامين للإشهار العقاري :

- أولهما : نظام الشهر الشخصي: و يقوم على أساس شخص مالك العقار و الأشخاص أصحاب الحقوق العينية الواردة عليه، فلكي يحيط ذو المصلحة بالوضع المادي و الحقوقي لعقار ما، و ليضمن إلى سلامة التصرف الذي إبرامه على هذا العقار، يتعين عليه الرجوع إلى سائر السندات التي نظمت باسم المالكين و أصحاب الحقوق العينية المتعاقبين و التأكد من أن المتصرف قد قام هو نفسه أو بواسطة سلفه بحيازة العقار طيلة مدة التقادم المكسب.

و يعاب على هذا النظام ، انه لا تخضع فيه العقود العقارية لشكلية التقيد الناقل للحق ، أي أن إرادة الأطراف المتعاقدة هي التي تنقل الملكية العقارية، و أن التسجيل لا يعدو سوى مجرد إجراء للشهر و العلانية تجاه الغير. و من بين التشريعات التي تأخذ به نجد التشريع الفرنسي.

- و ثانيهما: نظام الشهر العقاري العيني: و يستمد جذوره من النظام الأسترالي المعروف بنظام تورانس و يقوم هذا النظام على أساس العقار نفسه بصرف النظر عن ملكه أو عن أصحاب الحقوق العينية عليه، فهو ينظم لكل عقار رسما خاصا به يعتبر بمثابة حالته المدنية، يتضمن رقمه الخاص ، و اسما يتميز به، و خريطة تبين حدوده و مساحته و معالمه بكل تدقيق ، و سجل فيه جميع ما يقع على هذا العقار من تصرفات و ما ينقله من الحقوق، و كل التعديلات التي تطرأ على الحالة المدنية او القانونية للعقار حتى يكون هناك تطابقا مستمرا بين الواقع و بين ما هو مسجل في الرسم العقاري، الأمر الذي يعتبر معه بحق من أفضل القوانين التي تفي بالمطالب النظرية و العملية لنظام متقن للشهر. و قد أخذ المشرع المغربي بهذا النظام كما أشرن إلى ذلك في المثن بمقتضى ظ 12 غشت 1913 و بمقتضى ظ 2 يونيو 1915.

للمزيد من التوسع في هذا الإطار راجع :

- ذ محمد خيري " قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي المساطر الإدارية و القضائية" دار النشر و المعرفة الرباط ، الطبعة الخامسة 2009 ص: 35-57 .

- المرحوم مامون الكزبري " نظام التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية في ضوء التشريع المغربي" دار الهلال للطباعة و النشر الرباط، الطبعة الثانية 1987 ، الجزء الأول ص: 9-10.

- ذ عبد العالي العبودي " نظام التحفيظ العقاري و إشهار الحقوق العينية " منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية ، مطبعة الساحل بالرباط، طبعة 1983 ، ص: 83 .

العقاري³، و بمقتضى ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة⁴، مستهدفاً بذلك تحقيق استقرار الملكية العقارية و بقاؤها بعيدة عن كل المنازعات، سواء من حيث الحقوق المتعلقة بها أو من حيث مادية العقار موقعا وشكلا و مساحة، على اعتبار أن عملية التحفيظ وما يرفقها من خطوات الحيطة و الحذر سواء أثناء المسطرة الإدارية أو القضائية، كافية لكي يكون محتوى رسم الملكية المنشأ نتيجة التحفيظ مقترنا بما ثبت عليه من حقوق، و مطهرا من كل حق لم يذكر على رسمه أثناء سريان مسطرة التحفيظ. و بالرغم من ذلك فإن عملية التحفيظ هذه لم تكن هدفا بذاتها، و إنما كانت و سيلة إلى غاية أهم، و هي تيسير أعمال تداول الحقوق العينية على العقار المحفظ بثقة و اطمئنان، سواء ما تعلق من تلك الأعمال بإنشاء حق عيني عقاري أو نقله، أو إقراره، أو تغييره، أو إسقاطه⁵.

فلو بقيت عمليات التداول هذه معترفا بها قانونا و هي خارج الرسوم العقارية دون تقييد، لحصل فرق و عدم تطابق بين الواقع المادي الحقوقي للعقار، و بين معطيات السجل العقاري المثبتة نتيجة أعمال التحفيظ، و بالتالي لم تتحقق الغاية و هدرت الجهود التي بذلت في التحفيظ. لذلك كان من الضروري إيجاد آلية قانونية أخرى إلى جانب عملية التحفيظ، تضمن استمرار تطابق معطيات الرسم العقاري المادية و الحقوقية بالواقع المادي للعقار بلا زيادة و لا نقصان، و بالتالي تحريك العقار و تسهيل تداوله و تحقيق الثقة العامة التي تشجع الائتمان العقاري، إذ انه بغير هذا التطابق، لا يحقق نظام السجل العيني الأهداف المتوخاة من إنشائه.

وقد تبني المشرع المغربي هذه الآلية من خلال ما يسمى **بمبدأ الأثر الإنشائي للتقييد**، الذي كرسه مقتضيات الفصول 65-66-67 من ظ.ت.ع. والذي مفاده أن كل العمليات الواردة على عقار محفظ لا تنتج أي أثر قانوني إلا بإشهارها عن طريق تقييدها في **الصك العقاري**.

³ - ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 بمثابة قانون، المتعلق بالتحفيظ العقاري، نشر لأول مرة باللغة الفرنسية في الجريدة الرسمية عدد 19 بتاريخ 12 شتنبر 1913 ص: 206

⁴ - ظهير 19 رجب 1333 الموافق ل 2 يونيو 1915 بمثابة قانون، المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، نشر لأول مرة بالجريدة الرسمية الفرنسية عدد 137، كما تم نشره بالجريدة الرسمية المغربية عدد 109-110 بتاريخ 7 يونيو 1915 ص: 319

⁵ - ذ مازن الجم "الحقوق الخاضعة للتسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض بمراكش، السنة الجامعية 1990/1991، الجزء الأول، ص 19.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ وما له من فوائد بالغة الأهمية، فقد اتخذته كموضوع لرسالتي هاته، حيث اخترت لها كعنوان " مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد في الرسم العقاري وفق نظام التحفيظ العقاري المغربي".

أولاً: أهمية الموضوع

تتجلى أهمية الموضوع في ذلك الدور الكبير الذي يلعبه المبدأ لتحقيق التطابق بين الواقع والتسجيل أي بين الحقيقة والحق، بالإضافة إلى كونه يعد حافزا على الإسراع بتقييد التصرفات، حتى تشملها الحماية القانونية المخولة للحقوق المقيدة بالرسم العقاري، إذ أن ماهو مقيد يعتبر هو الحقيقة والباقي يعد عدما حتى يثبت وجوده، كما أن المبدأ يساهم في تثبيت الملكية العقارية و يحيطها بالثقة الكاملة و يمنح أصحاب الحقوق الطمأنينة الضرورية على حقوقهم ويجعل كل متعامل في الملكية العقارية بمأمن من الاحتيال أو النصب بحيث إذا اطلع على الرسم العقاري علم حقيقة المالك للعقار المتعامل فيه. بصفة عامة تظهر أهمية هذا المبدأ على مستوى استقرار المعاملات العقارية وعلى مستوى تكريس أرضية عقارية ذات وضعية صلبة تساهم في تفعيل الائتمان العقاري.

ثانياً: دواعي إختيار الموضوع

لقد تحكم في اختياري لمبدأ الأثر الإنشائي للتقييد في الرسم العقاري كموضوع لهذه الرسالة عدة اعتبارات تتمثل في:

- 1- الأهمية التي تكتسبها واقعة تقييد الحق بالرسم العقاري باعتبارها المنطلق الوحيد لترتيب آثاره.
- 2- دور المبدأ في حماية الحقوق من الضياع بحيث تكتسب الحقوق المقيدة بالرسم العقاري مناعة وقوة ثبوتية تجعلها في منأى عن النزاعات.
- 3- ندرة الدراسات الفقهية المتخصصة في الموضوع، بحيث نجد اغلب الدراسات التي لها علاقة بالموضوع لا تولي هذا الأخير ما يستحقه من الاهتمام و البحث، إذ غالبا ما تشير إليه عرضا عند حديثها عن باقي مبادئ التحفيظ العقاري.

ثالثاً: إشكالية الموضوع و المنهج المعتمد

ستكون دراستي لهذا الموضوع على ضوء التساؤلات التالية: ما هو مضمون هذا المبدأ وماهي أهم الآثار المترتبة عليه؟ وإلى أي حد يمكن القول بأن لمبدأ الأثر الإنشائي للتقييد بالرسم العقاري أبعاد ائتمانية و حمائية؟ وبما أن لكل مبدأ استثناء فإننا نتساءل عن أهم الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ؟.

بصفة عامة يمكن صياغة مجموع هذه الاسئلة في الإشكالية التالية:

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي التوفيق بين استمرارية تطابق الواقع المادي للعقار وواقعه القانوني و بين حماية حقوق الأشخاص من الضياع نتيجة الآثار الخطيرة التي تترتب على المبدأ؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي مني الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي مع الاستعانة بباقي المناهج الأخرى إذا استدعت الضرورة إلى ذلك وفق التقسيم التالي:
الفصل الأول: مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد في الرسم العقاري و آثاره.
الفصل الثاني: الإبعاد الائتمانية و الحمائية للمبدأ والاستثناءات الواردة عليه.

التصميم

لائحة فك الرموز

مقدمة

الفصل الأول: مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد في الرسم العقاري و آثاره

المبحث الأول: تقرير المبدأ وانعكاساته

المطلب الأول: تقرير المبدأ

الفقرة الأولى: موقف التشريع والقضاء المغربي من المبدأ

الفقرة الثانية: موقف التشريع والقضاء المقارن من المبدأ

المطلب الثاني: انعكاسات مبدأ الأثر الإنشائي للتقييد

الفقرة الأولى: انعكاسات المبدأ على نظرية المخاطر

وعلى نظرية الحيابة

الفقرة الثانية: انعكاسات المبدأ نظرية على التقادم
المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن المبدأ ونتائجها
المطلب الأول: الآثار السلبية للمبدأ
الفقرة الأولى: قيمة العقد الوارد على العقار المحفظ قبل تقييده
الفقرة الثانية: نتائج البيع العقاري غير المقيد
المطلب الثاني: الآثار الإيجابية للمبدأ
الفقرة الأولى: القوة الإثباتية للتقييد بين المتعاقدين
الفقرة الثانية: القوة الإثباتية للتقييد في مواجهة الغير
الفصل الثاني: الأبعاد الائتمانية و الحماية للمبدأ والاستثناءات الواردة عليه
المبحث الأول: الأبعاد الائتمانية والحماية للمبدأ
المطلب الأول: البعد الائتماني التنموي للمبدأ.
الفقرة الأولى: دور المبدأ في تسيير التداول العقاري وأمنه
الفقرة الثانية: دور المبدأ في تنمية السلف الرهني
المطلب الثاني: البعد الحمائي للمبدأ
الفقرة الأولى: دور المبدأ في تفادي المخاطر التي تنأى
عن إرادة الطرفين
الفقرة الثانية: دور المبدأ في حماية صاحب الحق من المخاطر
التي تترد إلى إرادة الأطراف
المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر الإنشائي للتقييد
المطلب الأول: الاستثناءات المقررة للمصلحة العامة
الفقرة الأولى: الاستثناءات المتعلقة بمصلحة التسجيل
الفقرة الثانية: الاستثناء المتعلق بالحقوق المكتسبة على المياه العامة وحق الشفعة المخول
للدولة
المطلب الثاني: الاستثناءات المقررة للمصلحة الخاصة
الفقرة الأولى: الاستثناء المتعلق بالرهن المؤجل وانتقال الملكية بسبب الوفاة
الفقرة الثانية: الاستثناءات المتعلقة بالارتفاقات العقارية
و بعض الحقوق الشخصية

خاتمة:
لائحة المراجع
الفهرس

قانون العقود و العقار marocdroit.com