

العقار غير المحفظ

من إعداد الباحثة سلمى الجباري

"العقار غير محفظ" هو العقار الذي لم يصدر في حقه قرار بالتحفظ و لا يمر بمسطرة التحفظ، و الحقيقة أن هذه التسمية لم تظهر إلا في فترة الحماية بدخول نظام التحفظ العقاري إلى المغرب، أما قبل ذلك فكانت العقارات كلها تشكل كثلة متجانسة، عكس ما أصبح عليه الامر بعد دخول التشريع العقاري الذي خلق ليس مجرد ثنائية بل تعددية تمثل في العقارات المحفظة الخاضعة لظهير 12 غشت 1913¹ المحدد لنظام التحفظ العقاري و ظهير 2 يونيو 1915² المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، و عدة قرارات وزارية و مراسيم تطبيقية³. ثم عقارات عادية أو غير محفظة، وقد بقيت خاضعة للفقه الإسلامي على المذهب المالكي، و عقارات أخرى خاضعة لقوانين خاصة بها، قد تكون محفظة أو غير محفظة من أبرزها نظام الأملاك العامة والخاصة للدولة، الأراضي الجماعية، نظام الأملاك البلدية، الأراضي الموقوفة أراضي الكيش.....

فإذا ثُم القول إن العقارات غير المحفظة وهي التي لا تخضع في تنظيمها للتشريع العقاري بل للفقه الإسلامي ، فهل هذا الفقه يتفرد إطلاقاً بهذا التنظيم و هل يمكن القول في مجرى الحديث عن العقار غير المحفظ أن لهذا الأخير خصوصيات أو قواعد تميزه عن العقارات الأخرى من حيث أسباب كسب ملكيته و تنظيمه وإثباته؟

قد يمكننا الجزم أن العقار غير المحفظ يخضع في تنظيمه للفقه الإسلامي ، لكن التنظيم السليم لهذا النظام قد يتطلب تدخل مصادر أخرى كقانون الإلتزامات والعقود و قانون المسطرة المدنية، لكن مع احتفاظ العقار غير المحفظ بخصوصياته في مجالات عدة تحفظ له هويته.

وفي إطار البحث عن صحة هذه الفرضية نبتغي منهجية نبين من خلالها القانون الواجب التطبيق – المبحث الأول – ثم خصوصيات العقار غير المحفظ من حيث ولادته وإثباته وتنظيمه – المبحث الثاني – وذلك وفق التصميم التالي :

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق في العقارات غير المحفظة

¹ ظهير شريف مورخ في 9 رمضان 1331هـ موافق 12 غشت 1913 المتضمن احداث نظام التحفظ العقاري ظهير شريف مورخ في 19 رجب 1333هـ موافق 12 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة² سعيد دغيمير: محاضرات غير منشورة في مادة التحفظ العقاري، السنة الجامعية 2006/2007 ص: 39³

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

المطلب الأول : القواعد الموضوعية المطبقة في العقار غير المحفظ

المطلب الثاني : القواعد الإجرائية المنظمة للعقار غير المحفظ

المبحث الثاني : أسباب كسب ملكية العقار غير المحفظ وطرق تنظيمها وإثباتها

المطلب الأول : ولادة العقار غير المحفظ

المطلب الثاني : توثيق التصرفات التي ترد على العقار غير المحفظ ووسائل إثباتها.

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق في العقارات غير المحفظة

القانون الواجب التطبيق على العقارات غير المحفظة نميز فيه بين القواعد الموضوعية

- المطلب الأول - و القواعد الإجرائية ذات الطابع المسطري - **المطلب الثاني -**

المطلب الأول : القواعد الموضوعية المطبقة في العقار غير المحفظ

طبق المغرب الفقه الإسلامي على المذهب المالكي في النزاعات العقارية خاصة الراجح والمشهور وما جرى به العمل.

واختيار المذهب المالكي يعود إلى عهد المرابطين والمرinيين والسعديين والعولويين ، كما ظهرت بعض الأعراف المحلية التي تبلورت في إطاره والتي عرفت بفقه العمل⁴ وقد عرف المغرب بعد ذلك نظام الامتيازات الأجنبية والقنصلية الذي كرسه العديد من الاتفاقيات الدولية منها ما خصت وضعية العقارات، لكن الملحظ هو أنها حافظت على استمرارية خصوصية للفقه المالكي، كاتفاقية مدريد المبرمة سنة 1880 التي تسمح قانونا للأجانب بحق تملك العقارات بشروط من بينها خضوع النزاعات المثارة بشأن هذه العقارات لقواعد الفقه الإسلامي و اتفاقية الجزيرة الخضراء المبرمة سنة 1906 المؤكدة لاتفاقية الأولى ، لكن هذه الاتفاقيات سوف يستعاض عنها بتنظيم قانوني محكم هو سلسلة من القوانين الوضعية أدخلتها الحماية الفرنسية على المغرب⁵

⁴ محمد الكشبور : مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقول في مجال العقار غير المحفظ ، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية ، العدد 7 ، 1984 ، ص 44 .

⁵ محمد الكشبور : بيع العقار بين الرضائية والشكل: مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى، 1997 ، ص 26-27

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

وأهم القوانين التي غيرت مجرى حياة العقارات في بلادنا هما ظهير التحفظ العقاري 1913 وظهير 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، على أن لا ننسى ظهير الالتزامات والعقود سنة 1913.

فبعد القيام بهذه الإصلاحات القانونية من طرف المستعمر، نتج عنه ثانية البيانات العقارية تتجلى في نظام العقارات المحفظة والعقارات غير المحفظة التي بقيت تحت تنظيم الفقه الإسلامي لها على المذهب المالكي بالاستناد على مجموعة من المصنفات المعتمدة من طرف الفقه والقضاء المغربي منها موطأ الإمام مالك وشروحه ومختصر خليل وشروحه وتحفة ابن عاصم وشرحها ولامية الزقاق وشراحها والقوانين الفقهية لابن جزي والتبرصة لابن فرحون...⁶

وهكذا كانت النزاعات المتعلقة بالعقارات غير المحفظة يطبق فيها الفقه المالكي وينعد الاختصاص في شأنها للقضاء الشرعي سواء أكان اطراف النزاع كلهم مغاربة او بعضهم فقط، ولم يكن يرفع النزاع إلى المحاكم العصرية التي أحدثت إنذاك إلا عندما يتعلق الأمر بطرفين أجنبيين و مع ذلك كان الفقه المالكي هو مصدر قضاة تلك المحاكم فيما يتعلق بجوهر النزاع ما دام موضوع الدعوى عقارا غير محفظ او في طور التحفظ.⁷

وسيبقى الأمر على هذا الحال حتى بعد الاستقلال، حيث أحدثت المحاكم العصرية التي ورثت اختصاص القضاء الفرنسي ومحاكم عادية عوض الشرعية. لكن الملاحظ بخصوص المحكمة العليا الشريفة فقد حاولت جر المحاكم العادلة إلى تطبيق ق ل ع - مع الفقه الإسلامي - في القضايا الشرعية لكن اجتهاد المجلس الأعلى بعد تأسيسه أوقف تطبيقه من طرف القضاء العادي⁸ و في سنة 1965 عبر المغرب عن استقلال القضاء والتشريع عندما صوت البرلمان على قانون توحيد القضاء ومغربته وتعريبه الصادر في 26 يناير 1965 وما يثير الانتباه هو فصله الثالث {إن النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل تبقى سارية المفعول إلى أن يتم مراجعتها لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول}.

- ومصطلح النصوص الشرعية يطرح التباسا خاصة أنه لم يصدر أي نص تشريعي يبين مجال تطبيق هذه النصوص فبقيت مهمته تختلف بشأنها التفسيرات.

⁶ عبد القادر الرافعي : القانون المطبق على العقارات غير محفظة ، العقار المحفظ إلى أين؟ أشغال الندوة الوطنية ، الطبعة الأولى، 2004 ، المطبعة والوراقة الوطنية ، مراكش ، ص 70

⁷ محمد محجوجي: الشفعة في الفقه المالكي و التشريع المغربي، الطبعة 3، دجنبر 2002، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، ص 6

⁸ محمد الكشبور : المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية ، عدد 7 ، م.س، ص 55-56

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

- ذهب المجلس الأعلى في تأويلها ضمن اجتهاداته كونها النصوص الشرعية المتعلقة بالفقه المالكي الواجب التطبيق في مجال العقارات غير المحفظة - الفقرة الثانية- في حين ذهب الفقه المغربي منقسما إلى فريقين الأول يؤيد كونها أحكام الفقه المالكي والثاني يستبعد هذا التفسير ويتبنى تفسيرا آخر- الفقرة الأولى-

- الفقرة الأولى : موقف الفقه :

اختلف الفقه وهو بتصدير تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ⁹

فالجانب الأول يفسر الفصل 3 من قانون 26 يناير 1965 أنها السند التشريعي، حيث يأمر بالاستمرار في تطبيق النصوص الشرعية وهي نصوص مذهب مالك التي تمثل المصدر الأول في قضايا العقار غير محفظ¹⁰ وهذا موقف الأستاذ الخمليشي الذي يرى أن ق ل ع كمصدر استثنائي يمكن للقاضي أن يطبقه عند انعدام أي حكم أو عوضا عن قاعدة فقهية غير ملائمة مع تبرير القاضي هذا الإستبعاد أو هذا الإنقال إلى ق ل ع¹¹

أما الجانب الثاني من الفقه فهو يؤيد تطبيق ق ل ع والأستاذ محمد الكشبور من الذين ينادون بالرجوع إليه باعتباره الشريعة العامة لباقي فروع القانون الأخرى، فضلا على أن ق ل ع يشتمل على العديد من القواعد الكفيلة بحل العديد من النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ من بينها قواعد الإثبات والبيع والكراء والحوالة والشیاع والشركة والقسمة والشفعه والرهن الحیازی.... وهي قواعد لا تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي لأن ق ل ع أخذ من الفقه الإسلامي الشيء الكثير وأضاف عليها من التشريعات الأوروبية الحديثة¹²

ولا ننسى الصعوبة التي تلقى القضاء في التقريب عن أحكام الفقه غير المدونة والمشتبه بين عدة مصنفات .

⁹ عز الدين المحامي : السياسة التشريعية في مجال العقار غير المحفظ، مجلة القصر، العدد 9، ص 40

¹⁰ - أحمد الخمليشي : المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 7 ، م.س، ص 18

¹¹ - أحمد الخمليشي : م.س، ص 21 و 25.

¹² - محمد الكشبور المجلة المغربية ق. ت، م.س، ص 70

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

ونسوق في نفس الاتجاه موقف أستاذنا أحمد ادريوش الذي يرى أن روح التوحيد تظهر في توحيد مصادر القانون المدني المغربي في ظل ع وتوحيد تطبيقه من كل المحاكم وهذا هو مراد الفصل 3 من قانون التوحيد 1965 خاصة أنه أورد كلمة النصوص الشرعية وهي تقيد كل ما هو مكتوب ومدون، وما هو مكتوب فعليا هو مدونة الأحوال الشخصية وبالتالي فإن النصوص الشرعية يجب أن تقتصر على مدونة الأحوال الشخصية وإن لم يكن هذا هو المقصود لتم استعمال مصطلح القواعد الشرعية، كلمة أوسع نطاقا: تقيد ما هو مدون وغير مدون.

والحق أن التوحيد جاء ليعدل بين الاتجاهات التي أرادت الإبقاء على ظل ع وحده والاتجاه الذي يريد الإبقاء على الفقه الإسلامي دون ظل ع فالإبقاء على ما هو مدون من الأحكام والقواعد الشرعية جاء موقعا بين الاتجاهين.

والحق أيضا أن التوحيد جاء ليقضي على كل بلبلة وفتنة وفوضى في تطبيق أحكام زوال أحكام بناءا على الأقوال الفقيرية، لذلك كانت الغاية من قانون التوحيد هو القضاء على هذه التوترات بتوحيد العمل على قانون واحد وهو ظل ع مع الإبقاء على القوانين المشار إليها في الفصل الثالث لذلك فالعقارات غير المحفظة تطبق عليها مقتضيات ظل ع¹³

الفقرة الثانية : موقف القضاء:

إن تأويل المجلس الأعلى للفصل 3 كان هو تعداد قواعد الموضوع المطبقة في القضايا العادية وعلى القضايا الشرعية وأن هذه الاختير ظلت محكمة بمقتضى النصوص الشرعية وهي قواعد الفقه الإسلامي وبالتالي سار المجلس الأعلى على عدم قابلية ظل ع للتطبيق في مجال القضايا الشرعية التي ظلت خاضعة للفقه الإسلامي وهذا يظهر من عدة قرارات.

فقد جاء في قرار الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى : {...إن المطبق حث كان العقار غير محفظ هو الفقه الإسلامي وأنه لا يكون هناك مجال لتطبيق الفصل 974 ق ل ع¹⁴} فالغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى تحرص على تطبيق قواعد الفقه الإسلامي على النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ سواء تعلق الأمر بدعوى عينية أم بدعوى شخصية أم بدعوى مختلطة، بل ولو في الحالات التي ينظمها ق ل ع¹⁵.

¹³ أحمد ادريوش : م.س،ص 26

¹⁴ قرار شرعى صادر بتاريخ 22 ماي 1979 تحت رقم 261 في م.ش عدد 25980 (قرار غير منشور) أشار إليه محمد الكشبور: بيع العقار بين الرضائية والشكل م.س،ص 42

¹⁵ محمد الكشبور : م.س،ص 42

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

لكن الملاحظ بعد ذلك أن الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى قد سمحت في بعض الأحيان بالرجوع إلى المقتضيات المضمنة في ق ٦ ع عوض الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في نزاعات تتصل بعقارات غير محفظة¹⁶ كما في قرار 6 أكتوبر 1981 {حيث إن الفقرة 1 من الفصل 971 من ق ٦ ع المطبق وحده على النازلة والتي تنص على أن قرارات أغلبية المالكين على الشيوع تلزم الأقلية} .¹⁷

وفي قرار عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى صادر بتاريخ 26 يناير 1973¹⁸ فررت في نزاع يتعلق بعقار غير محفظ أن قواعد الفقه الإسلامي هي أحكام ذات طابع مكمل يمكن الاتفاق على ما يخالفها وبالتالي يطبق ق ٦ ع عن طريق شرط م ضمن في العقد الشيء الذي جعل الفقه¹⁹ يقع على ذلك بأن النظام العقاري المغربي يتعلق بجوهر النظام العام وأن اعتبار الفقه الملكي عبارة عن نظام مكمل يمكن الاتفاق على استبعاده أمر لا يمكن التسلیم به مطلقا بل وإن هذه الفكرة لم يجرأ القول بها حتى قضاء الحماية أنفسهم .

ويمكنا الخلوص إلى ملاحظة حول موقف المجلس الأعلى بخصوص العقار غير المحفظ الذي يتغير بل الذي يصل إلى حد التضارب والتناقض في القرارات بل وحتى في القضية الواحدة تبعا لاختلاف الغرف فيمكن لنزاع يتعلق بعقار غير محفظ يعرض على الغرفة المدنية أو الغرفة الإدارية فيطبق فيه ظل ٦ ع ونفس النزاع إذا عرض على الغرفة الشرعية بعد ذلك يقلب المسار إلى تطبيق قواعد الفقه الملكي وهذا ما يحدث غالبا في قضايا الغبن المتعلقة بالعقار غير المحفظ حيث تطرح ازدواجية الحلول بين الاعتماد على فصل 55 و 56 ق ٦ ع وبين أحكام الغبن في الفقه الملكي وهذا ما حصل في القضية الواحدة²⁰.

¹⁶ محمد الكشبور : م.س، ص 47

¹⁷ قرار منشور بمجلة المجلس الأعلى، عدد 30، ص 71، 72

¹⁸ قرار أشار إليه محمد الكشبور، م.س، ص 62

¹⁹ محمد الكشبور : م.س، ص 50

²⁰ قرار علق عليه الأستاذ أحمد ادريوش، م.س، ص 67

المستشار القانوني
شؤون قانونية ستارتايمز
المطلب الثاني : القواعد الإجرائية المنظمة للعقار غير المحفظ

يقصد بالقواعد الإجرائية القواعد التنظيمية المسطرية التي تمكن القاضي من فحص وقائع الدعوى وتساعده على الوصول إلى الحقيقة²¹.

والموقف الذي اتخذه المجلس الأعلى من القواعد الإجرائية يختلف حسب فهمه وتأويله للفصل 3 من قانون التوحيد فحينما كان يؤوله على أنه تعداد لقواعد الموضوع وقواعد الشكل فقد قضى بعدم قابلية كل من ظل ع و ظهير المسطرة المدنية لسنة 1913 للتطبيق في مجال القضايا الشرعية بل ظلت خاضعة لفقه الإسلامي و ظهير 16 ديسمبر 1975²² القاضي بعمم المسطرة الواجبة لدى المحاكم الشرعية²³. لكن سرعان ما تحول عن هذا الفهم واعتبر الفصل 3 قد وحد قواعد الشكل دون قواعد الموضوع وذلك بعد المنشور الصادر عن وزير العدل الذي يطلب فيه من رؤساء المحاكم وكلاه الدولة بها تنبيه القضاة المكلفين بالقضايا الشرعية إلى وجوب تطبيق قانون المسطرة المدنية لسنة 1913، وهذا ما سيحسم نهائياً بصدور ظهير 1974 المتضمن لقانون المسطرة المدنية²⁴

و كما يقول ذ/ ادريوش أنه إذا كانت القوانين المدنية يقصد بها القوانين الداخلية الخاصة التي تنظم علاقات الأفراد مع بعضهم و هي تشمل عدداً ق.م. و ق. التجاري وكذلك ق. ل ع²⁵.

و في مصب الحديث عن ق. ل ع فهو يتضمن إجراءاً مسطرياً بالدرجة الأولى و هو الفصل 489 المتعلق بالكتابة كشكلية انعقاد في البيوع العقارية ، فالالأصل أن المجلس الأعلى يرجع إلى مبادئ الفقه الإسلامي كلما تعلق الأمر بنزاع حول عقار غير محفظ و بالتالي يستبعد الفصل 489 كشكلية انتith و كشكلية انعقاد و هذا ما ذهبت إليه الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى :

{ إن المطبق حيث كان العقار غير محفظ هو الفقه الإسلامي و أنه لا مجال لتطبيق الفصل 974 من ق. ل ع } .

فالقرارات القاضية باستبعاد الفصل 489 ق. ل ع تستند على الفقه المالكي حيث الأصل هو مبدأ رضائية البيع و لو تعلق بعقار ، و نفس هذه الحجة يستعملها الاتجاه القاضي بتطبيق الفصل 489 في هذا النوع من العقارات

21 احمد الخميسي: م.س، ص 19

22 احمد ادريوش: م.س، ص 16

23 بخلاف محاكم الموضوع التي عملت منذ البدء بـ ق.م. لسنة 1913 على القضايا الشرعية

24 احمد ادريوش: م.س، ص 21

25 احمد ادريوش: م.س، ص 19

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

باعتبار أن ق ل ع و خاصة هذا الفصل لا يتعارض مع ما يقضي به الفقه الإسلامي ببناءاً على تأويل آية المدانية. فضلاً على أن حفظ الثقة في المعاملات واستقرارها هو توثيقها وهذا يتحقق الشكل المنصوص عليه في الفصل 489²⁶.

و من جانب آخر فاستبعاد هذا الفصل منتقد لتعارضه مع مبدأ توحيد قواعد الشكل ، فخاصية الكتابة تبقى لها صبغة إجرائية لا تزول عنها بمجرد تموقعها في نطاق ق ل ع.

و بذلك قد ظهرت بعض القرارات التي طبقت ق ل ع على بيع العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة { المحكمة التي اعتمدت مجرد إقرار قضائي أمام المحكمة الجنحية لإثبات بيع عقار تكون قد خرقت الفصل 489 من ق ل ع ، و عرضت قرارها للنقض }²⁷

و قرار الغرفة الاجتماعية عدد 433 تاريخ 14 ديسمبر 1978 الذي نقض حكماً استئنافياً قضى بثبوت شراء عقار بشهادة اللفيف ، و قال المجلس ان المحكمة بعدم تطبيقها للفصل 489 ق ل ع يكون - حكمها ناقص التعليل و بالتالي معرض للنقض -²⁸

المبحث الثاني : أسباب كسب ملكية العقار غير المحفظ و طرق تنظيمها و إثباتها.

المطلب الأول: ولادة العقار غير المحفظ

أسباب كسب الملكية هي الواقع القانونية التي تؤدي إلى اكتساب شخص ملكية شيء معين إما ابتداء و إما نقلًا من شخص آخر²⁹، و سحصر هنا فقط أسباب كسب ملكية العقارات و نحصر بالضبط كسب ملكية العقار غير المحفظ ، فتكون أسباب هذا الكسب إما تصرفات قانونية كالعقد أو الوصية أو الشفعة و قد تكون وقائع مادية مثل الميراث و الإحياء و الحيازة.

⊗ الإحياء: إحياء أراضي الموات و ذلك عندما تكون الأرض ميتة غير صالحة للاستعمال فإن جعلها صالحة للانتفاع بها يعتبر إحياء لها و يرى الفقهاء أن كل من وضع يده على أرض ميتة غير مملوكة لأحد و قام بإحيائها و تحويلها إلى أرض صالحة للاستغلال تصبح مملوكة له ملكية تامة و يرى المالكية أنه بالنسبة للأراضي القريبة من العمران لا يجوز إحياؤها إلا بعد الحصول على الإذن بذلك. أما الأرض المملوكة لشخص أهلها حتى صارت ميتة فلا يعتبر إحياؤها من طرف الغير سبباً لملكيتها، بل تبقى مملوكة لصاحبها القديم³⁰

²⁶أحمد ادريوش: م.س، ص 18 و 19
²⁷قرار صادر في 27 أبريل 1983، قضاء المجلس الأعلى عدد 132 أكتوبر 1984، ص 52

²⁸قرار أشار إليه احمد الخطيشي: م.س، ص 21

²⁹نزيه الصادق المهدي: دروس في نظرية الأموال، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، ص 77

³⁰محمد ابن معجوز : الحقوق العينية في الفقه الإسلامي و التقني المغربي ، مطبعة النجاح، الطبعة الأولى، 1990/1420، ص 310 و ما بعدها.

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

و رأى الإمام مالك أن الأرض إذا عادت مواتا قبل ان ينتقل الملك إلى غير المحيي زالت الملكية عنه و يكون لغيره ان يمتلكها بإحياءها³¹

الحيازة : هي وضع اليد على الشيء بتعهد حيازته حيازة هادئة مستمرة مستأثرة بمنافعه استئثارا كاملا لمدة معينة بنية التملك³²

و هي تعرف لدى الفقه المالكي بالحيازة و في باقي المذاهب بوضع اليد و هي 3 أنواع :

1- الحيازة المكسبة للملكية مع جهل أصل الملك و مدتها 10 أشهر لقول خليل " و حوز طال عشرة أشهر" كإحياء أراضي الموات.

2- الحيازة المكسبة للملكية مع علم أصل الملك و هي الحيازة الاستحقاقية و لا بد فيها للحائز أن يثبت 5 شروط : اليد أي وضع اليد ؟ النسبة أي تتسب حيازة الأرض له ؟ التصرف أن يتصرف في العقار تصرف المالك بملكه ؛ أن يكون التصرف بدون مازع أي أن لا ينزعه في هذه الحيازة أحد و المدة و هي 10 سنين المقررة شرعا بين الأقارب و 40 سنة بين الأقارب و إذا كانت بينهم عداوة و مشاحنة تقلص إلى 10 سنوات على أن لا تكون هذه الحيازة يتخللها كراء أو عاربة أو نحو أي دون تقطع و تضم مدة السلف إلى مدة الخلف سواء في الحيازة او السكوت عن الحيازة³³

3- الحيازة مع علم أصل الملك و مع علم مدخل الحائز. فإذا كان مدخل الحائز ناقلا للملكية فإن حيازته ستتفعل، أما إذا كان المدخل بكراء أو نحو حيازته لا تتفعل ولو طال³⁴

و تشترط فيها الشروط الخمس فضلا عن شروط آخر، فالحيازة لا تتفع صاحبها إلا إذا كان الحائز حاضرا عالما ساكتا في حيازته، حاضرا في موقع العقار الذي حازه غير متغيب، عالما بأن العقار آل إليه بسبب من أسباب الملكية، ساكتا لم ينزعه أحد. فإذا اجتمعت كل الشروط تكون الحيازة قاطعة للنزاع.

لكن أملاك الدولة العامة لا يمكن تملكها بالحيازة، كما أن حيازة الأجنبي عن البلد غير ثابتة إلا إذا افترت بشراء أو نحو³⁵.

العقد : العقد المكتب للملكية يتوقف إما على إرادتين كالبيع و ما يتم بارادة واحدة كالهبة و الصدقة.

31 محي الدين اسماعيل علم الدين:الأموال و المواريث و الوصية، جامعة محمد الخامس،ص72

32 نزيه الصادق المهدى :م.س، ص 128

33 محي الدين اسماعيل علم الدين:م.س، ص 87

34..سعيد دغيم: محاضرات غير منشورة ملقة على طلبة الماستر في مادة القانون العقاري المعمق،السنة الجامعية 2008/2009

سعيد دغيم : محاضرات غير منشورة ملقة على طلبة الماستر في مادة القانون العقاري المعمق،السنة الجامعية

2009/200835

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

و بالنسبة للعقار غير المحفظ فهناك آراء متناقضة بخصوص نقل ملكيته بواسطة العقد فهناك من يذهب إلى أن مجرد تراضي الطرفين في العقد يجعله قائما طالما أن الفقه الإسلامي لم يشترط شكل معين بل مجرد التراضي فضلا عن فصلي ق ل ع 488 و 491 ينصان على تمام البيع بمجرد تراضي عاقديه و اللذان لا يطبقان على العقار المحفظ و المنقولات التي ترهن رسميا³⁶ إذن بالمخالفة يطبقان على المنقول والعقارات غير المحفظ.

لكن هناك رأي آخر يذهب إلى أن العقود التي ترد حتى على العقار غير المحفظ يجب أن تخضع للشكلية التي ينص عليها الفصل 489 و هي شكلية الكتابة لأن هذا الفصل جاء عاما { إذا كان عقارا ... وجب أن يجري البيع كتابة ... } و هذا هو رأي الأستاذ الكزبرى حيث يقول كي تسري العقود المتضمنة نقل ملكية عقار غير محفظ أو بصورة أعم نقل الحقوق العينية المترتبة على عقار غير محفظ في مواجهة الغير يجب تضمينها في عقد كتابي ثابت التاريخ و تسجيله في السجل الخاص المعد لذلك³⁷.

و من العقود التي تعتبر سببا في كسب الملكية بالإضافة إلى عقد البيع في الفقه الإسلامي عقد المعاوضة و التصوير و الإقامة و المغارسة و المزارعة و الجعل و هبة الثواب و الصلح و التبرعات من هبة و صدقة و النحلة³⁸.

الشعبة :

في العقار غير المحفظ يرجع فيها إلى الفقه الإسلامي و لا تطبق مقتضيات الفصول 974-975-976 ق ل ع

و تعرف بأنها استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه³⁹ أو تملك العقار المباع و الحلول محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته .

ولها 4 اركان: الشفيع و المشفوع به اي الشخص المشتري و الشخص المشفوع اي الحصة المشفوعة، كلها او جزؤها⁴⁰.

36 محمد ابن معجوز : م.س، ص 326
تأمون الكزبرى: التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الاصلية و التبعية،الجزء الاول،الطبعة الثانية، 1987، العربية للطباعة و النشر،
ص 37 155

38 للاطلاع على هذه العقود : الرجوع إلى محمد ابن معجوز، م.س.ص : 328 و ما بعد
الدليل العملي للعقار غير المحفظ : منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، سلسلة الدراسات و الأبحاث، العدد 2 ،
فبراير 2007 ، ص 113

39 سعيد دغmir : محاضرات غير منشورة ملقة على طلبة الماستر في مادة القانون العقاري المعمق، السنة الجامعية 2008/2009

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

وأسباب أو حالات الشفعة هي 4 إذا وجدت حالة منها فإنها تخول لصاحبها حق أخذ العقار المباع بالشفعة وهي : 1 - الشريك على الشيوع أي في نفس العقار المباع - 2 الشريك في ملكية الحائط الفاصل - 3 الشريك في حق الارتفاع - 4 الجار الملائق .

و الحكمة من الشفعة هي دفع الضرر المحتمل من المالك الجديد

و من آثار الشفعة تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه و لا يمتلك الشفيع هذا العقار إلا بالتراضي أو بحكم القاضي فيحل محل المشتري في كافة حقوقه الناشئة عن عقد البيع الأصلي و بالمقابل يتحمل بكافة الالتزامات⁴¹.

الإرث و الوصية :

يعتبر الإرث و الوصية ناقل للملكية من ميت إلى حي أو سبب من الأسباب المكسبة للملكية عن طريق النقل من شخص إلى آخر أي من السلف إلى الخلف العام⁴² و تنتقل أموال التركة إلى الوراث أو إلى الموصي إليه بمجرد وفاة المورث أو الموصي سواء كانت هذه الأموال منقوله أم كانت عقارية و سواء كانت العقارات غير محفوظة أم عقارات محفوظة لكن ما يتغير هو أن هذه الأخيرة لكي يكون لها أثر قانوني فيجب أن تسجل في السجل العقاري.

المطلب الثاني : توثيق التصرفات التي ترد على العقار غير المحفوظ و وسائل إثباتها

يتميز نظام توثيق المعاملات المنصبة على العقارات غير المحفوظة بكونها أقرب ما يكون إلى نظام الشهر الشخصي⁴³ إذ لم تكن هناك وسيلة رسمية لشهر التصرفات العقارية، وإنما كانت الوثائق تسلم إلى أصحابها من غير أن تخضع للإعلان أو القيد في سجل معين معد لذلك⁴⁴.

و الجهة المكلفة بتحرير التصرفات المتعلقة بالعقار غير المحفوظ و إبرام الوثائق المثبتة لها هم العدول، فهم المؤهلون لذلك نظرا لطبيعة تكوينهم و ممارستهم لمهام توثيق المعاملات في المجال الشرعي.

و رجوعا إلى سنة 1914 قام المشرع و في إطار تنظيمه للقضاء الشرعي على عهد الحماية بتنظيم سجلات خاصة لقيد التصرفات التي ترد على العقارات غير المحفوظة.

41 نزيه الصادق المهدى : م.س ، ص 84

42 نزيه الصادق المهدى : م.س، ص 137

43 أحمد ادريوش أصول نظام التحفظ العقاري ، الطبعة الأولى ، 2003 ، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 70

44 أحمد ادريوش ، م.س، ص 70 - 71

المستشار القانوني
شؤون قانونية ستارتايمز

سجلات التوثيق

هذه السجلات تحفظ في المحكمة ، فمسك القضاء لها يعد ضمانة كبرى⁴⁵ إذ هناك سجل بقسم التوثيق بكل محكمة ابتدائية تضمن به جميع التصرفات العقارية التي يتم إبرامها من طرف العدول مما له أهمية توثيقية فقط.

و بين الصعوبات و المشاكل التي تواجه توثيق التصرفات الواردة على العقارات غير المحفظة:

- ❖ تحرير الوثائق و تسجيلها على أسماء الأشخاص، مما يخلق صعوبة في معرفة هوية مالك العقار أو صاحب الحق العيني، و هذه من مشاكل نظام الشهر الشخصي عامه.
- ❖ إذا خضع العقار لعدة تصرفات فإنها تضمن بنفس السجل و لكن في أماكن مختلفة و بدون رابط فيصعب الجمع بينها.⁴⁶
- ❖ المعتمد على الأسماء في البحث عن صاحب العقار يواجه مشكلة تشابه الأسماء بالأخص باللغة العربية⁴⁷ و حتى مع إقراره بهذه السجلات و الإزامية قيد الوثائق فإن القضاء عندنا استقر على رضائية التصرفات اي لا تجب فيها الكتابة و بالتبع التسجيل.

- سجل الحجز التحفظي :

نص عليه الفصل 455 من قانون المسطرة المدنية و هو سجل خاص بشهرا الحجز التحفظي على العقارات غير المحفظة فقط.

فإذا تم حجز تحفظي على عقار غير محفظ فيتم إنجاز محضر و ترسل نسخة من الأمر بالجز و محضر الحجز بواسطة عون التنفيذ إلى رئيس المحكمة الابتدائية قصد تقبيده بسجل خاص موضوع رهن إشارة العموم.

+ السجل الوطني للأملاك العقارية :

أحدث هذا السجل سنة 1962 و أعيد تنظيمه سنة 1973 ، و تدرج في هذا السجل جميع العقارات فيما كان نظامها القانوني و يجوز للعموم الاطلاع على هذا السجل وأخذ نسخ موجزة منه.

و فيما يتعلق بالعقارات غير المحفظة فقد أوجب المشرع على المالك و كل أصحاب الحقوق العينية أن يخبروا المصلحة المكلفة بمسك و حفظ هذا السجل بجميع التغييرات التي تطرأ على الوضعية المادية و القانونية للعقار، كما أوجب على المؤثرين و العدول و كتاب الضبط بجميع المحاكم أن يوجهوا إلى المصلحة المكلفة بهذا السجل نسخة موجزة من جميع الرسوم و الأحكام المتعلقة بوضعية العقارات غير المحفظة⁴⁷.

45 محمد خيري : ندوة العقار إلى أين ؟ : م.س ، ص 23

46 أحمد ادريوش : م.س، ص 74

47 أحمد ادريوش : م.س، ص 78 – 79

المستشار القانوني
شؤون قانونية ستارتايمز

بالنسبة لإثبات ملكية عقار غير محفظ :

+ لاتبات التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ ، يعتمد في ذلك على مجموعة من لوسائل نظمها الفقه الإسلامي مثل الكتابة و الشهادة و الأقرار 48 و اليمين و ستفتصر علا الكتابة و الشهادة لأهميتها و شيوعهما.

و رغم أن كتابة عقود المعاملات المالية ليست واجبة فإنها تبقى أهم وسيلة لحفظ الحقوق وإثباتها و الوثيقة العدلية يميز فيها بين الشهادة الأصلية وهي تسجيل العدل ما يسمعه و ما يشهد عليه، و بين الشهادة الاستراعية التي يسجل العدل مضمونها بما في عمله 49. و نظراً لأهمية الوثيقة العدلية ففقهاء التوثيق حددوا لها شروطاً وأسباب بطلانها 50.

و نورد هنا شهادة العدلين بالاتمية أو الاكمالية لإثبات صحة التصرفات الصادرة عن المتყاعد ، و هي حجة رسمية على أن المتყاعد لم يكن وقت الإشهاد مريضاً 51

وصولاً إلى شهادة اللفيف التي لا زالت تحتل الصدارة في ميدان العقار غير المحفظ و الأحوال الشخصية و الميراث إن لم نقل أنها تشكل الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقوق فيها 52

و يمكن إثبات التصرفات العقارية بعوض بشهادة اللفيف كما في بيع العقار غير المحفظ فالصلح في العقار بمثابة البيع يقتضي الإشهاد به لدى عدلين أو على الأقل توفر النصاب الكامل من الشهود الذين يشهدون بحضورهم لوقوع الصلح بين المتعاقدين 53 و تعتبر القسمة كذلك بمثابة البيع و كلما تعلقت بعقار غير محفظ يمكن أثباتها بشهادة الشهود و اللفيف.

للتوسيع أكثر، الرجوع إلى محمد ابن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 48 الطبعة الأولى، 1984، ص 21 و ما بعد بالنسبة للأقرار و ص 249 بالنسبة لليمين

49 الدليل العملي للعقار غير المحفظ: م.س، ص 59

50 للاطلاع الركوع إلى الدليل العملي، م.س، ص 60 وما بعدها

51 الدليل العملي للعقار غير المحفظ: م.س، ص 77-78

رشيد عسعوس: حجية اللفيف في فض النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، المنازعات العقارية من خلال اتجاهات المجلس

52 الأعلى، الندوة الجهوية الخامسة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007، ص 307

ابراهيم بحماني: القوة الإثباتية لشهادة اللفيف أمام القضاء المدني و أفاقها المستقبلية، مجلة القضاء و القانون، العدد 146، السنة 30، 53 ص

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

و شهادة اللفيف عندما تستوفي جميع شروطها و تحرر في رسم مذيل بتوقيع العدلين متلقين لها، لا تكون تامة إلا إذا ذيلت بخطاب القاضي المكلف بالتوثيق، و حينها تعد في نظر القانون وثيقة رسمية بتصريح نص المادة

35 من قانون رقم 03-16 المتعلق بخطة العدالة 54

أما التصرفات القانونية بغیر عوض إذا انصبت على عقار غير محفظ فإنها لا تصح إلا بالحيازة الفعلية معينة من طرف عدلين حسبما جرى به العمل، كالحبس و الصدقة و الهبة ، أما الوصية فيجوز إثباتها بشهادة الشهود⁵⁵.

لإثبات حق ناشئ عن إرث يجب الإدلاء بوثيقة تسمى بالاراثة و هي وثيقة ضرورية لإثبات الموت و وجود الورثة⁵⁶.

و يجب أن تكون هذه الرسوم محررة من طرف العدول مع خطاب قاضي التوثيق عليها و أن تضمن بسجلات المحكمة فيكون من حق المالك بعد ذلك طلب تسلم أصل أو نسخة صحيحة من رسم ثبوت الملكية. و تجدر الإشارة بأن الرسم العدلي غير المخاطب عليه من طرف قاضي التوثيق يعتبر وثيقة غير تامة فهي محض زمام تقدير. و لا يأخذ صبغتها الرسمية إلا بخطاب القاضي عليه.

و هذه الرسوم رغم صبغتها الرسمية إلا أنها لا تكتسي الصفة القطعية حيث يمكن الطعن في صحتها⁵⁷.

المراجع

الكتب:

* محمد الكشبور: بيع العقار بين الرضائية و الشكل، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1997.

* احمد ادريوش: نطاق ظهير الالتزامات و العقود، الطبعة الاولى، الرباط، دجنبر، 1996.

⁵⁴ رشيد عسعوس: ، م.س، ص322

⁵⁵ ابراهيم بحماني: م.س، ص67

⁵⁶ السيد الأجراوي: إثبات صفة الادعاء بالاراثة، مجلة القضاء و القانون، عدد 140/141، السنة 27، ص33

⁵⁷ محمد خيري : م.س، ص 19

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

* احمد ادريوش: أصول نظام التحفظ العقاري، الطبعة الاولى، 2003، مطبعة الأمنية، الرباط.

* محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي و التقنين المغربي، مطبعة النجاح، الطبعة الاولى، 1990/1420

* نزيه الصادق المهدي: دروس في نظرية الأموال، كلية الحقيق، جامعة محمد الخامس

* محى الدين إسماعيل علم الدين:الأموال و المواريث و الوصية، جامعة محمد الخامس

* العقار المحفوظ إلى أين؟ أشغال الندوة الوطنية، الطبعة الأولى، 2004، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.

* مأمون الكزبرى: التحفظ العقاري والحقوق العينية الأصلية و التبعية، الجزء 2، الطبعة الثانية، 1987، العربية للطباعة و النشر.

* الدليل العملي للعقار غير المحفوظ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، سلسلة الدراسات و الأبحاث، العدد 2، فبراير 2007.

محمد مجوجي: الشفعة في الفقه الملكي و التشريع المغربي، الطبعة 3، دجنبر 2002، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع*

المقالات:

* محمد الكشبور: مشكلة التنازع بين الفقه الملكي و قانون الالتزامات و العقود في مجال العقار غير المحفوظ، المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية، العدد 7.

* احمد الخمليشي: كيف نقرأ ظهير الالتزامات و العقود، المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية، العدد 7.

* محمد خيري: مقاربة بين نظام العقارات المحفوظة و العقارات غير المحفوظة، ندوة العقار المحفوظ إلى أين؟ أشغال الندوة الوطنية، الطبعة الاولى، 2004، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.

* عز الدين الماحي: السياسة التشريعية في مجال العقار المحفوظ، مجلة القصر، العدد 7.

* عبد القادر الرافعي: القانون المطبق على العقارات غير المحفوظة، ندوة العقار المحفوظ إلى أين؟ أشغال الندوة الوطنية، الطبعة الاولى، 2004، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.

* ابراهيم بحماني: القوة الإثباتية لشهادة اللفيف أمام القضاء المدني و آفاقها المستقبلية، مجلة القضاء والقانون، العدد 146، السنة 30

السيد الأجراوي: إثبات صفة الادعاء بالارادة، مجلة القضاء و القانون، عدد 140/141، السنة 27،

المستشار القانوني

شؤون قانونية ستارتايمز

*رشيد عسوس: حجي' اللفيف في فض النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الاعلى،الندوة الجهوية الخامسة، مطبعة الامنية، الرباط،

2007

المحاضرات:

*سعيد دغيم: محاضرات غير منشورة ملقة على طبة الماستر في مادة القانون العقاري المعمق، السنة الجامعية 2008/2009.

سعيد دغيم: محاضرات غير منشورة ملقة على طبة الإجازة في مادة التحفيظ العقاري،

السنة الجامعية 2006/2007

القوانين:

*ظهير 13 غشت 1913

*ظهير 2 يونيو 1915

*قانون الالتزامات و العقود

*قانون المسطرة المدنية

المستشار القانوني
ستارتايمز