

مدى إمكانية إجراء تقييد احتياطي

بناء على طعن بالنقض

نور الدين لمرح

أستاذ باحث بكلية الحقوق -

طنجة -

مقدمة:

يعتبر التقييد الاحتياطي المؤسسة الأكثر دينامية من بين مؤسسة نظام السجل العيني، فهو يشكل السلاح الوحيد لحماية الحقوق غير القابلة للتقييد النهائي، وذلك للحد من الرقابة الممنوحة للمحافظ العقاري على الوثائق والمستندات المقدمة إليه قصد تقييدها بالرسوم العقارية، والهدف ألا تسجل إلا الحقوق المشروعة من جهة، وتفادي ضياع الحقوق التي هي في طور النشوء، أو محل نزاع من جهة ثانية.

ولقد أوضحت محكمة الاستئناف بالرباط، الدور الوظيفي لمؤسسة التقييد الاحتياطي وغايته، وذلك في قرار صادر بتاريخ 3 نونبر 1934، الذي جاء فيه: «دور التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري هو المحافظة المؤقتة إما على حق موجود ولكن منازع فيه وينتظر من القضاء أن يعطي كلمته فيه، وإما على حق تعذر استكمالاً لتأخر توفره على شكلية من الشكليات»¹.

والتقييد الاحتياطي يتم في ثلاث حالات حددها المشرع المغربي على سبيل الحصر، حيث هناك التقييد الاحتياطي المؤسس على سند، والتقييد الاحتياطي المبني

¹ - قرار بتاريخ 3 نونبر 1934، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، 1935، ص: 226.

على قرار لرئيس المحكمة الابتدائية، والحالة الأخيرة التي تؤسس على مقال افتتاحي للدعوى.

لكن السؤال يتمثل في مدى إمكانية التقييد الاحتياطي ببناء على طعن بالنقض؟ خصوصا وأن المشرع المغربي لم يتطرق إلى هذه الحالة.

سنتناول هذا الإشكال بناء على موقف المشرع، والاجتهاد الإداري لإدارة المحافظة العقارية، ثم العمل القضائي بخصوص هذه المسألة، وأخيرا سنتعرض إلى الطبيعة القانونية للمناشير وعلاقتها بالجهاز القضائي.

إن طبيعة الموضوع، تفرض علينا منهاجا معيناً، يتجلى في الوقوف على المراحل التي مر بها هذا الإشكال في إطاره الزمني والقانوني.

لذلك سيتم تناول الموضوع في فصلين، (الفصل الأول)، يتعلق بمرحلة مما قبل تأسيس المجلس، ثم (الفصل الثاني) ويدور حول مرحلة ما بعد تأسيس المجلس الأعلى.

الفصل الأول: مرحلة ما قبل تأسيس المجلس الأعلى.

في هذا الفصل سنتناول الموقف الإداري للمحافظة العقارية في (مبحث أول) ثم إلى الاجتهاد القضائي حول هذا الإشكال في (مبحث ثاني).

المبحث الأول: الموقف الإداري للمحافظة العقارية.

من المعروف أنه في هذه الفترة، كانت طلبات النقص في القرارات الاستثنائية ترفع أمام محكمة النقص الفرنسية، والتي كان الطعن بالنقص أمامها غير موقف للتنفيذ.

على ضوء ما سبق، كان الفقه الإداري للمحافظة العقارية، يجيز التقييد الاحتياطي للطعن بالنقص، ولو لم يكن هناك تقييد احتياطي بمقتضى مقال افتتاحي للدعوى، وذلك مع عدم اعتبار الطعن بالنقص طلبا قضائيا¹.

ولعل فلسفة هذا الاتجاه الإداري تبقى واضحة وجلية، تتمثل في إتاحة الفرصة لأصحاب الحقوق العينية من الحفاظ على مصالحهم وتجنب ضياع حقوقهم، خاصة وأن طلب النقص لم يكن موقفا للتنفيذ، الشيء الذي يجعل العقار محلا لتصرفات وتفويتات لأشخاص يمكنهم التمسك بحسن النية، طالما أن القضاء المغربي أكد على أن: «أي حق لم يسبق تسجيله، لا يحتج به على الغير حسن النية»².

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يرمي هذا الاتجاه إلى تفادي تعقيد الوضعية القانونية والمادية للعقار محل النزاع، وكذلك للمحافظة على المراكز القانونية للأطراف، وبالتالي استقرار المعاملات، الذي هو أحد الأهداف الأساسية للنظام العقاري المغربي، وإعطاء البيانات المثبتة بالرسوم العقارية قوتها الثبوتية وحجيتها والعمل على

¹ - راجع المنشور الدوري للمحافظ العام المؤرخ في 20 ماي 1943.

² - Car. 17 Février 1951. GTM. 1951. p : 113.

تطبيق مبدأ الإشهار المطلق تطبيقاً عملياً كاملاً، وحتى لا يتقل كاهل السجلات العقارية ببيانات متناقضة ومتضاربة يكون من الأليق تفاديها¹. كما أنه في بعض الأحيان يستحيل تنفيذ قرار النقض وتنفيذ الحكم النهائي، إذا ما فوت العقار محل النزاع من طرف المستفيدين من القرار الاستثنائي محل الطعن.

ولعل هذه الاعتبارات هي التي جعلت القانون العقاري التونسي، ينص في فصله 53، على إمكانية التقييد لطرق الطعن غير العادية المتخذة ضد القرارات القضائية المقيدة².

المبحث الثاني: موقف الاجتهاد القضائي.

بعد 13 سنة من صدور المنشور الدوري للمحافظ العام السالف الذكر، يصدر قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط³ بتاريخ 7 يناير 1956، الذي جاء مخالفاً تماماً للاجتهاد الإداري، حيث أكد بأنه لا يمكن اعتبار الطعن بالنقض طلباً قضائياً، حيث لا يعتبر مقالاً افتتاحياً.

ونظراً لأهمية هذا القرار سنورد حيثياته:

«... حيث إنه حسب مقتضيات الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري بتاريخ 12 غشت 1913، فإن كل من يدعي حقاً على عقار محفظ، يستطيع أن يطلب تقييداً احتياطياً، وأن هذا التقييد الاحتياطي يمكن أن يطلب طبعاً، بمقتضى نسخة من الطلب المرفوع للقضاء قصد الاعتراف بالحق.

وفي الجوهر، حيث أن التقييد الاحتياطي كان قد طلب بمقتضى طعن بالنقض، وأن هذا الطعن لا يمكن أن يعتبر كطلب قضائي، حسب المفهوم الذي أراد أن يعطيه

¹ - محمد ابن الحاج السلمي، التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري، مطبعة أكادير الرئيسية، 1984، ص: 111 و 112.

² - المرسوم البايع المؤرخ في 4 يوليوز 1953.

³ - منشور بالمجلة المغربية للقانون، 1957، ص: 458.

المشروع لهذه العبارة في الفصل 85 من ظهير التحفيظ، وأنه لا يتوخى الاعتراف بحق ما، لكن فقط القول بأن القرار المطعون فيه صادر طبقاً للقانون أم لا، وأنه طريق من طرق الطعن غير العادية، وغير متمتع بأثر إيقاف التنفيذ، وأن تقرير إمكانية اتخاذ التقييد الاحتياطي يعادل في الواقع إعطاء أثر إيقاف التنفيذ الذي رفضه المشروع أن يمنحه إياه».

وقد لقي هذا القرار عدة انتقادات، فرغم أن الطعن بالنقض لا يعد فعلاً طلباً قضائياً من الناحية التشريعية. إلا أنه من الناحية العملية، فإن رفض هذه الإمكانية يخلق وضعية استحالة تطبيق قرارات النقض¹.

فعلاً فرغم التعليل السليم والمنطقي للقرار السالف الذكر، فإنه من الناحية العملية يؤدي إلى نتائج جد خطيرة، تتمثل في تعقيد الوضعية القانونية والمادية للعقار محل النزاع، نتيجة استحالة تقييد الحكم النهائي، بسبب مبدأ القوة الثبوتية للتقييدات في السجل العقاري، وبسبب مبدأ حسن النية المتصرف إليه.

وتجدر الإشارة، أنه على إثر هذا الاجتهاد القضائي، غير المحافظ العام موقفه كلية، حيث دعا المحافظين العقاريين، إلى رفض طلبات التقييد الاحتياطي للطعن بالنقض، في المنشور الدوري عدد 213 بتاريخ 21 فبراير 1956.

¹ - محمد ابن الحاج السلمي. مرجع سابق. ص: 114.

الفصل الثاني: مرحلة بعد تأسيس المجلس الأعلى:

بعد تأسيس المجلس الأعلى، حدثت مستجدات تشريعية مهمة، سواء على مستوى الظهير المؤسس له، أو على مستوى نصوص المسطرة المدنية. على ضوء هذه المستجدات سنتعرض إلى الاجتهاد الإداري للإدارة المحافظة العقارية في (مبحث أول) وإلى الاجتهاد القضائي خاصة موقف المجلس الأعلى في (مبحث ثان).

المبحث الأول: الموقف الإداري للمحافظة العقارية.

تجلت المستجدات التشريعية في الفصل 15 من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى¹، حيث نص على أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في قضايا التحفيظ العقاري، وقد تم تكريس هذا الموقف في الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية الجديد². بعد هذه المستجدات، عاد المحافظ العام بواسطة المنشور الدوري عدد 278 بتاريخ 27 ماي 1980، لحث المحافظين على قبول التقييد الاحتياطي للطعن بالنقض، معتمدا على ما حدث من تغيير في التنظيم القضائي. ورغم ذلك، فقد ظهرت هناك عدة إشكالات تتعلق بتفسير عبارة "قضايا التحفيظ العقاري" هل تقتصر على مسطرة التحفيظ أم أنها تشمل حتى مرحلة التقييدات؛ كذلك ظهر خلاف حول تحديد مفهوم الحكم النهائي المكتسب لقوة الشيء المقضى به؟ فبخصوص النقطة الأولى، طرح المحافظ العام المشكل على وزارة العدل التي أجابت بمقتضى رسالة وزير العدل عدد 1749 المؤرخة في 9 يونيو 1980 والتي أكدت على أنه: «مع التحفظ بما سيصدر من قرارات عن الجهات القضائية المختصة،

¹ - ظهير 27 شتبر 1957.

² - ظهير 27 شتبر 1974.

فإن أثر إيقاف التنفيذ أمام المجلس الأعلى يجب أن يؤخذ في مفهومه الأوسع وألا ينحصر في مسطرة التحفيظ. ولو أن المشرع أراد أن يحصر أثر إيقاف التنفيذ للطعن في مسطرة التحفيظ وحدها لفعل بدون شك بكيفية دقيقة. إن الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية يستعمل عبارة "في مادة التحفيظ" تلك العبارة التي لا تتعلق بحالة خاصة ولكنها تنطوي على تعميم يشمل كل ما يتعلق بالتحفيظ أو كل ما يمكن أن تكون له علاقة أو تأثير سواء على تأسيس الرسم العقاري نفسه أو على البيانات التي ستضمن به».

بناء على هذه الرسالة، ألغى المحافظ العام¹، المنشور رقم 278، المؤرخ في 27 ماي 1980 المتعلق بالتقييد الاحتياطي بسبب الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى. وأكد على أن الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى موقف للتنفيذ، وأنه يكون على المحافظين من الآن فصاعداً، أن يطلبوا شهادة عدم الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى، كلما طلب منهم تقييد قرار استئنافي ما...».

المبحث الثاني: موقف الاجتهاد القضائي.

في الوقت الذي كان ينتظر صدور اجتهاد قضائي يساير ما جاء في المنشور الدوري للمحافظ العام رقم 280 الصادر في 16 ماي 1981، ويتمثل لرسالة وزير العدل عدد 1749 المؤرخة في 9 يونيو 1980، أصدر المجلس الأعلى قراراً أعاد الأمور إلى الصفر² ومناقضا تماماً لمحتوى المنشور والرسالة السالفي الذكر.

فبخصوص المقصود بدعوى التحفيظ العقاري الواردة في الفصل 361 من ق.م.م. التي يؤدي الطعن فيها بالنقض إلى وقف التنفيذ، أكد بأنها هي مجموع

¹ - بمقتضى المنشور الدوري، عدد: 280 بتاريخ 16 مارس 1981.

² - قرار المجلس الأعلى رقم 125 بتاريخ 02 نونبر 1988، ملف إداري 5676 منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 139، دجنبر 1988، السنة 28، ص: 134.

الإجراءات التي يقام بها بالنسبة لملك غير محفظ، قصد تأسيس رسم عقاري له بالمحافظة العقارية، وتنتهي هذه الإجراءات بمجرد إنشاء الصك العقاري طبقاً لمقتضيات الظهير الشريف بتاريخ 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، وإذ ذاك يصبح الملك عقاراً محفظاً، وبالتالي خاضعاً لمقتضيات ظهير 2 يونيو 1915، المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفوظة.

وبخصوص مفهوم الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضى به القابل للتقييد، هو الحكم غير القابل لطرق الطعن العادية فقط، أي التعرض والاستئناف، دون النقض وإعادة النظر. وشدد القرار كذلك على أن رفض المحافظ تنفيذ الحكم بدعوى عدم الإدلاء بشهادة عدم النقض، يتسم بالشطط في استعمال السلطة مما يعرض قراره للإلغاء.

من ناحية أخرى، أوضح القرار السالف الذكر بشأن المنشور الصادر عن المحافظ العام ورسالة وزير العدل، أنهما غير ملزمين للمتقاضين، مادامت هناك نصوص تتعارض مع محتواهما.

وعلى إثر صدور هذا القرار، أصدر المحافظ العام منشوراً، تحت عدد 314 بتاريخ 19 ماي 1989 تضمن تعليمات جديدة إلى المحافظين، حيث أكد على أنه:

- أولاً: فيما يخص مرحلة ما بعد التحفيظ، فإنه يتعين تنفيذ الأحكام القضائية ذات قوة الشيء المقضى به، أي غير قابلة لطرق الطعن العادية فقط، دون طرق الطعن الأخرى.

ثانياً: فيما يخص مسطرة التحفيظ الإبقاء على الإجراءات التي كانت متبعة من قبل، المتمثلة في تنفيذ الأحكام النهائية التي استنفذت طرق الطعن العادية والغير العادية.

وأهم ما يلاحظ على هذا المنشور، أنه لم يشر إلى إمكانية قيد احتياطي بناء على طلب بالنقض ونعتقد أنه للخروج من هذه المتاهة وحالة المد والجزر بين العمل الإداري والعمل القضائي، للحفاظ وصيانة حقوق الأفراد وتفادي تعقيد الوضعية

القانونية والمادية للعقار محل النزاع، فإنه يتعين، إما تدخل تشريعي، يجيز إجراء قيد احتياطي بناء على طلب بالنقض، على غرار القانون التونسي، أو تعديل الفصل 15 من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى، والفصل 361 من قانون المسطرة المدنية، بحيث يضيف إلى مصطلح: "قضايا التحفيظ العقاري" مصطلح و"التقييد بالسجلات العقارية"، وبذلك يصبح المعنى واضحا ولا يحتمل أي لبس، بحيث يصبح الطعن بالنقض موقفا للتنفيذ حتى فيما يتعلق بمرحلة التقييدات، ويقضي على كل تمييز بين المرحلتين في هذا الشأن. أما الاقتصار على معالجة المسألة عن طريق المناشير فإنها طريقة غير مجدية، ذلك أنها تحول دون تحقيق مبدأ الاستقرار القانوني والإداري، وتحل كذلك بمبدأ التوقع القانوني.

أضف إلى ذلك، أن القضاء المغربي قد وضح موقفه من الطبيعة القانونية للمناشير، سواء من خلال قرار المجلس الأعلى السالف الذكر، أو قرارات أخرى، وفي هذا الصدد جاء في قرار للغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى: «إن مدير الجمارك لا يتمتع بسلطة اتخاذ قرارات لها صبغة تنظيمية، فيكون المنشور الذي أصدره ليس إقرارا إداريا ذا صبغة داخلية».

«واعتمادا على الاجتهاد القضائي، فإن المناشير ليس لها قوة القانون وبالتالي لا تكون ملزمة للمحاكم، بل لا تلزم إلا الموظفين الخاضعين تدرجا إلى الرئيس الصادرة عنه. ثم إن التأويلات المعطاة للقوانين بواسطة المناشير الوزارية، ليست لها إلا قيمة فقهية ولا تلزم بتاتا المحاكم، خاصة عندما تكون مخالفة للقوانين»¹.

في ختام هذا المقال، لا بد من التطرق إلى ملاحظة أساسية، ذلك أن المناشير إذا كانت وسيلة عادية ومقبولة بالنسبة لمختلف المصالح الإدارية التابعة للدولة، فهي مرفوضة بالنسبة لمرفق القضاء، جملة وتفصيلا. كيف ذلك؟

¹ - قرار بتاريخ 19 مارس 1970، قضاء المجلس الأعلى، العدد 19، ص: 58.
- راجع أيضا: قرار 18 فبراير 1963، مجلة القضاء والقانون، عدد 59 و60 و61.
- قرار محكمة الاستئناف بمكناس رقم 1397 بتاريخ 13 يوليوز 1984. المجلة المغربية للقانون السلسلة الجديدة. العدد 2. ص: 137.

لتحديد الطبيعة القانونية للمنشور، لابد من معرفة السلطة التي أصدرته، ثم فحص مضمونه ومحتواه. وتبعاً لذلك، يميز الفقه عادة بين المناشير ذات الطبيعة التنظيمية، التي تصدر عن جهاز مختص بذلك، وبين التعليمات الموجهة إلى موظفي مرفق عمومي معين، والتي غالباً ما تكون على شكل مذكرة أو رسالة أو منشور. وفي هذا الإطار، أوضح مجلس الدولة الفرنسي في عدة قرارات، أن المناشير ذات الصبغة التنظيمية هي التي تشرع قواعد قانونية جديدة ملزمة للإدارة ومؤثرة على حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية. أما المناشير الأخرى ذات الطبيعة التفسيرية أو التذكيرية، فهي تلك الموجهة خصيصاً إلى الموظفين وترمي إلى تذكيرهم بواجباتهم المهنية أو تلزمهم سلوكاً محدداً أو توضع لهم كيفية تطبيق أو تفسير قاعدة قانونية معينة¹.

على ضوء ما سبق، فإن رسالة وزير العدل² ليس لها طبيعة تنظيمية، وإنما تعد مجرد تعليمات موجهة إلى القضاة. غير أنها تتعلق بالمفهوم الواجب إعطاؤه لقاعدة قانونية تتمثل في الفصل 361 قانون المسطرة المدنية، الخاص بالطعن بالنقض الموقوف للتنفيذ في قضايا التحفيظ العقاري.

فهذه الرسالة تعد مفروضة بالنسبة للجهاز القضائي، على اعتبار أن تكييف قاعدة قانونية معينة هو عمل قانوني من صميم عمل القضاء واختصاصه. زيادة على مبدأ فصل السلط الذي يأخذ به الدستور المغربي، فالقضاء مستقل عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية³. ونعتقد أن عدم التدخل وعدم إصدار التعليمات إليه حول كيفية تطبيق النصوص القانونية أو تأويلها، يبقى التجسيد الحقيقي لاستقلال الجهاز القضائي.

¹ - Cons. d'Etat, 1^{er} avril 1949. Rec. Cons. d'Et. P :167.

- cons. d'Et. 6 nov 1953. Ibid. p : 478.

- cons. d'Et. 13 Février 1952, Ibid. p: 106.

² - رسالة عدد 1749 بتاريخ 9 يونيو 1980.

³ - راجع الفصل 82 من الدستور المراجع بتاريخ 13 شتبر 1996 الذي ينص على ما يلي: " القضاء مستقل عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية"

