

نحو إصلاح المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية -دراسة نظرية-

الدكتور : جاد المصطفى

دكتور في القانون الخاص

elmostafa_jad@um5.ac.ma

الملخص

اعتادت الدراسات التي تناولت المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية أن تقارنها من زاوية آثارها القانونية، أو من خلال الجدل المتعلق بحماية الغير المقيد حسن النية وحدودها، أما هذه الدراسة، فتتقترح نقل محل البحث من نتائج النص التشريعي إلى الأسس التي أوجبت وجوده، وذلك بالنظر إلى المادة الثانية باعتبارها تعبيرا عن اختيار في السياسة التشريعية. وانطلاقا من هذه المقاربة، تسعى الدراسة إلى إعادة بناء الإشكال الذي جاءت المادة لمعالجته، والكشف عن طبيعة المصالح التي استهدفت حمايتها، والكيفية التي نظم بها المشرع العلاقة بينها، ثم تقويم مدى كفاية هذا البناء التشريعي في تحقيق التوازن الذي قصد إليه، كما تقترح إطارا إصلاحيا يقوم على التمييز بين معالجة أسباب التعارض، ومعالجة آثاره، وجبر ما قد يترتب عليه من أضرار، باعتبارها مستويات متكاملة لإعادة بناء السياسة التشريعية، واحتمالات قائمة للمعالجة. وبذلك، فالدراسة ترتفع بشكل ما عن استرجاع الحلول التي ارتضاها المادة الثانية وتعدادها، بقدر ما تروم إعادة النظر في المنهج الذي أفرزها، الأمر الذي يفتح أفق جديدا في دراسة المادة الثانية، قوامه الانتقال من نقد الأحكام الجزئية الفصيلية إلى تقويم الأصول التشريعية التي أنتجتها، واستكشاف مداخل إعادة بنائها.

الكلمات المفتاحية:

المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية - السياسة التشريعية - التقييد بالرسم العقاري - حماية الملكية - استقرار المعاملات - حسن النية - الأمن القانوني - إصلاح التشريع العقاري

Towards the Reform of Article 2 of the Code of Real Rights A Theoretical Study

Jad El Mostafa

Ph.D. in Private Law

elmostafa_jad@um5.ac.ma

Abstract

Previous studies on Article 2 of the Moroccan Code of Real Rights have predominantly examined it through the legal effects it produces or the long-standing debate surrounding the protection of good-faith registered acquirers and the limits of such protection. This study adopts a different perspective by shifting the focus of inquiry from the consequences of the legislative provision to the legislative considerations that gave rise to it, treating Article 2 as an expression of a broader legislative policy rather than merely a rule governing the effects of land registration. From this standpoint, the study reconstructs the legal problem that Article 2 was designed to address, identifies the competing interests it seeks to protect, and examines the legislative technique through which the relationship between those interests has been structured. It then evaluates whether this legislative framework is capable of achieving the intended balance. Building on this analysis, the study proposes a reform framework that distinguishes between eliminating the causes of legal conflict, regulating its consequences, and compensating for

the resulting harm, viewing these as complementary dimensions of legislative reform and alternative pathways for redesigning the existing legal framework.

Accordingly, the study moves beyond merely restating or assessing the solutions embodied in Article 2. Instead, it reconsiders the legislative methodology from which those solutions emerged, thereby offering a new analytical framework for the study of Article 2. This framework shifts the focus from the critique of isolated legal rules to the evaluation of the legislative foundations that produced them and the exploration of possible approaches to their reconstruction.

Keywords:

Article 2 of the Code of Real Rights; Legislative Policy; Land Registration; Protection of Property Rights; Security of Transactions; Good Faith; Legal Certainty; Reform of Real Property Legislation.

مقدمة:

من المعلوم بالضرورة أن كل إصلاح يرام وكل تأهيل يطلب، لابد وأن تسبقه حالة من العطل والعطب التي تصيب الشيء أو الوضع المطلوب إصلاحه، وموضع العطب هنا هو المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية³⁰³² التي تنص في متنها على ما يلي: "إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه، وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعني بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها.

³⁰³² القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، كما وقع تغييره وتتميمه، الجريدة الرسمية، ع 5998، بتاريخ 27 من ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص: 5587.

إن ما يقع على التقييدات من ابطال او تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به اي ضرر، الا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس او زور أو استعمالهما، شريطة ان يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب ابطاله او تغييره أو التشطيب عليه". هذه المادة التي كانت مثار جدل واسع لدى أهل الاختصاص وعند غيرهم أيضا، إذ تفرقت فيها الآراء بين مدافع عن قدرتها التوفيقية بين المصالح المتقابلة وبين متهم لها بمصادرة حقوق الناس وشرعنة الأسباب المفضية لسلب حقوقهم.

على اعتبار أنها تتضمن مقتضيات تناقض مقاصد التشريع بشكل عام، وتنافي وظائف التشريع العقاري خاصة، الذي يستهدف في كليته صون الملكية العقارية ودفع غائلة الغصب والتجني عليها، والأكثر من ذلك أنها وسمت بكونها مطية قانونية يتوسل بها للنيل من أملاك الغير بدون موجب حق.

والسبب المباشر لكل هذا، كامن في الفلسفة التي بنى عليها المشرع ظهير التحفيظ العقاري، والمتمثلة في استبقاء الوضع الظاهر واستصحاب صحته على الدوام، والتي تشخصت في موضعين اثنين يشكلان عماد هذا التشريع العقاري -الخاص بالتحفيظ- وأركانه التي لا يقوم إلا بها.

الأول غير مقصود بموضوع هذا البحث وهو تقرير قاعدة التطهير 3033 التي تفيد صرف اعتبار كل حق لم يكن ظاهرا خلال جريان مسطرة التحفيظ، واعتبار الحقوق التي ظهرت خلالها، بمعنى أن الظاهر والمستظهر به من حقوق هو المعتبر تشريعا وقضائيا، وما دون ذلك يطاله التطهير الذي يمنعه من النيل من حجية الرسم العقاري المستحدث وما تضمنه من حقوق. أما الثاني، وهو المقصود بهذا الموضوع، فهي قاعدة الأثر المنشئ للقيد 3034 التي تفيد أن الحقوق المعتبرة هي الحقوق المقيدة بالرسم العقاري، وأن التقييدات بجميع أنواعها تحوز قرينة الصحة التي تفضي إلى تثبيتها في السجل العقاري وترتيب آثارها القانونية في مواجهة الكافة.

غير أن تقرير هذا الأثر المنشئ، وإن كان لازما لتحقيق الغاية الأصلية لنظام التحفيظ العقاري والمتمثلة في استقرار الأوضاع العقارية وصيانة الائتمان القائم عليها 3035، فإنه لا يعمل في جميع الأحوال في محيط قانوني خال من الإشكال، وإنما قد يتقاطع في بعض الصور مع مراكز قانونية سابقة لم تجد سبيلها إلى القيد 3036، فينشأ عن ذلك تعارض بين حق ثابت في مصدره القانوني وحق ثابت في مظهره الإشهاري، الأمر الذي يقتضي من المشرع أن يتدخل للحسم فيمن أولى بالحماية، وبأي معيار، وإلى أي حد. ومن هنا جاءت المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية باعتبارها النص الذي عهد إليه بتنظيم هذا التعارض، عبر تقرير حماية خاصة للغير المقيد حسن النية، مع إحاطة هذه الحماية بجملة من الضوابط والاستثناءات والأجال، بيد أن هذه المعالجة، على ما

3033 انظر: محمد نعناني، إرشاد الساري إلى أصول ظهير التحفيظ العقاري، دراسة عملية وفق مستجدات القانون 14.07 والقانون 38.09 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الأحمدية، الطبعة الأولى، 2017، ص: 139 وما يليها.

3034 أنظر: محمد خيري، حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2001، ص: 448 وما يليها.

3035 بنشريف المحفوظ، حجية تقييدات الغير حسن النية في الرسم العقاري: دراسة في إطار المادة 2 من مدونة الحقوق العينية والفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري"، مجلة القانون والأعمال، ع 52، 2020، ص: 287.

3036 عالي طوير، مركز حسن النية في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السطات، السنة الجامعية: 2013/2014، ص: 74.

ترومه من تحقيق التوازن بين حماية الملكية واستقرار المعاملات، لم تسلم من مؤاخذات فقهية³⁰³⁷ وقضائية متعددة³⁰³⁸، بالنظر إلى الحل الذي انتهت إليه وبالنظر إلى التصور الذي انبنت عليه ابتداء، وإلى مدى اتساقه مع مقاصد التشريع العقاري ووظائفه.

ومن ثم، فإن موضوع هذه الدراسة لن يقف باستفاضة عند مناقشة أحكام المادة الثانية في جزئياتها أو استعراض تطبيقاتها القضائية، وإنما يتجه إلى تقويم السياسة التشريعية التي قامت عليها، والكشف عن حدودها، ثم اقتراح مداخل لإعادة بنائها، انطلاقاً من تشخيص الأسباب التي أوجبت وجود المادة من الأساس، والتميز بين ما يرجع إلى بنية النظام القانوني، وما يرجع إلى الوسائل التي اعتمدها المشرع لمعالجة آثار.

المطلب الأول: الموجبات الموضوعية لإصلاح المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية

إن الوقوف على موجبات إصلاح المادة الثانية يقتضي منا ابتداء عدم الاختصار بنظم نص المادة ومنتها، لينفتح لنا المجال نحو الكشف عن الأصول التي أنتجت الإشكال الذي جاءت لمعالجته، ذلك أن تقويم الاختيار التشريعي فرع عن فهم الموجب الذي أنتجه، وبالتالي فسبل تقويم السياسة التشريعية ينبغي أن تعمل على استجلاء الاعتبارات التي قامت عليها وحدود كفايتها في تحقيق التوازن بين المصالح التي قصدت حمايتها.

وعليه سنبنى هذه الفقرة للاستدلال على الدعوى الآتية:

"كان المشرع أمام تعارض بين مصلحتين متقابلتين، فسعى إلى تحقيق التوازن بينهما، غير أن الوسيلة التي اعتمدها في ذلك تثير تساؤلاً حول مدى عدالتها في توزيع آثار التعارض".

إن صدق هذه الدعوى يتوقف على إثبات ثلاثة أمور مترابطة، أولها أن المادة الثانية جاءت لمعالجة تعارض حقيقي بين مصلحتين جديرتين بالحماية؛ حماية الملكية العقارية من جهة واستقرار المعاملات والثقة في الرسم العقاري من جهة أخرى، وثانيها أن المشرع لم يبلغ إحدى المصلحتين لصالح الأخرى، وإنما وضع آلية قانونية قصد بها التوفيق بينهما، وثالثها أن هذه الآلية، رغم مشروعيتها الغاية التي ترمي إليها، تثير تساؤلاً حول مدى عدالتها في توزيع تبعات التعارض، إذ حملت أحد طرفيه آثاراً قد لا يكون مسؤولاً عن أسباب نشوئها، ومن ثم، يقتضي التحقق من هذه الدعوى بحث طبيعة التعارض، ووسيلة التوفيق التي اعتمدها المشرع، ثم تقويم مدى اتساقها مع الغاية التي شرعت من أجلها.

الفقرة الأولى: قيام تعارض استثنائي بين حماية الملكية واستقرار المعاملات

³⁰³⁷ توزعت الآراء فيها بشكل غير مألوف، إذ الأغلب معارض والبعض القليل مؤيد، فالفتنة المعارضة ترى رأياً منطقياً بمؤيدات واقعية برجماتية تتمثل في أن المادة هادمة لأصول التحفيظ العقاري، وتفرغه بشكل غير مقصود من وظائفه، وهي الثقة المفترضة التي يحوزها الرسم العقاري والتي يمثلها الوضع الظاهر ولا يهم موجباً بقدر أهمية كونه معترف به قانوناً ومحصن من التشطيط عليه، والشق الثاني من أهل المعارضة، هم الذين يرون أن المادة غير عادلة بالمرّة وهي ضد روح القانون وفيها من المقتضيات ما يشكل انقلاباً على وظائف التشريع، نظراً لأن المادة تؤسس لقواعد تسلب بواسطتها حقوق الناس بغير حق، وجهة ترى بأنها المشرع استفرغ وسعه في الترجيح بين مصلحتين قائمتين ومتعارضتين ليخرج بصيغة توافقية هي أفضل الممكن.

³⁰³⁸ يرى البعض، أن من بين موجبات إقرار المادة الثانية بصيغتها الحالية، ما استقر عليه القضاء قبل صدور مدونة الحقوق العينية من بسط الحماية للمالك الحقيقي، وذلك بالقضاء بالتشطيط على تقييد الغير المقيد حسن النية متى ثبت أن سلسلة التفويطات التي آل بموجبها إليه الحق قد تأسست على تدليس أو زور أو استعمالهما، تطبيقاً للقاعدة العامة القاضية بأن ما بني على باطل فهو باطل.

ولم يكن سماع هذه الدعوى آنذاك مقيداً بأجل معين، كما لم تكن حماية الغير المقيد حسن النية محاطة بضوابط تشريعية تحد من نطاقها، الأمر الذي أفضى إلى بقاء المراكز القانونية الناشئة عن التقييد عرضة للطعن زمناً غير محدد، وهو ما حمل المشرع، بحسب هذا الاتجاه، على التدخل لإعادة ضبط هذا الاستثناء، بوضع حدود زمنية وموضوعية لممارسته، تحقيقاً لقدر أكبر من استقرار المعاملات وصيانة للثقة في نظام التحفيظ العقاري.

أنظر: العطاري أحمد، حجية التقييد في السجلات العقارية بين ظهير التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، ع 9، 2015، ص: 167.

وهذه المصالح محددة في اثنتين؛ إحداهما موضوعية تتمثل في حماية الملكية العقارية بصيانة الحق الحقيقي من الضياع، والأخرى وظيفية تتمثل في حماية استقرار المعاملات من خلال إقرار الثقة في التقييدات الواردة بالرسم العقاري وحماية الغير المقيد حسن النية³⁰³⁹. ويظهر التعارض بين هاتين المصلحتين بشكل جلي في صورة واحدة ذات مركزين قانونيين متقابلين، يتمثل أولهما في انتقال الحق إلى مفوت له بموجب صحيح لم يستكمل إجراءات التقييد بالرسم العقاري، ويتمثل ثانيهما في انتقال العقار مرة أخرى من المفوت نفسه إلى مفوت له آخر حسن النية³⁰⁴⁰، بادر إلى تقييد حقه دون علم بالتصرف السابق³⁰⁴¹.

والأصل أن هاتين المصلحتين، ليستا في تعارض دائم، بل الوضع الطبيعي هو أن تتجاوزا معا بلا أي تنافر أو تعارض، فكلتاهما مكملتان لبعضهما البعض، إلا في حالات ضيقة يحصل ضد أصلهما وهو أنهما يتعارضان، كالحالة موضوع دراسة، الأمر الذي يطرح سؤالاً ملحا حول سبب طرؤ هذا التعارض الشاذ عن أصل التوافق بين هتين المصلحتين؟

التفصيل في هذا الجواب يقتضي بحثا مطولا، لكن لا بأس من التعرّيج على بعضه، وهو أن الخروج عن الأصل تم بموجب حتمه، وهو وجود مساحة رمادية في نظام الشهر العقاري تفتح الباب أمام ممارسات تعصف بكلتا المصلحتين، إذ تتسرب إليه أوضاع قانونية غير مشروعة نتيجة الفاصل الزمني بين نشوء الحق وقيده، أو نتيجة إمكان التلاعب بإجراءات التقييد.

فالأصل ألا تكون مثل هذه الفجوات التي تفتح الباب أمام وضع اشكالي كهذا يقتضي الترجيح والمفاضلة بين مصلحتين الأصل فيها التلائم والتكامل، وإلا فالأصل أن يكون كل مالك للعقار بعقد مالك له بالقيود³⁰⁴²، وألا يخرج عن هذه القاعدة شارد، فلا ينطرح أماننا مثل هذا الوضع.

والسبب في ذلك، أن التصرف العقاري في ظل نظام التحفيظ، يعيش مرحلتين قانونيتين متميزتين، الأولى هي التي ينشأ فيها التصرف القانوني الناقل للملكية، ومرحلة تالية يكتسب فيها هذا التصرف حججه فيما بين الأطراف وفي مواجهة الغير عن طريق التقييد بالرسم العقاري، وما دام هذان الأثران لا يتحققان في آن واحد، فإن الفاصل الزمني والإجرائي بينهما يتيح إمكان انفصال الحقيقة الواقعية عن الحقيقة الاشهارية³⁰⁴³ التي لها الاعتراف القانوني في ظل نظام ظهير التحفيظ العقاري³⁰⁴⁴، بما يفتح المجال لنشوء أوضاع قانونية متعارضة تستوجب من المشرع التدخل لترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى.

3039 أسامة بوفطيرة، مظاهر الاختلال بمبدأ الانسجام بين مدونة الحقوق العينية وظهير التحفيظ العقاري المادة 2 من مدونة الحقوق العينية والفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري نموذجا، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، ع 21، ص: 206.

3040 بحسب الأستاذ مأمون الكزبري ف "حسن النية هو الجهل بالعيوب أو الشوائب التي تعيب أو تشوب سند أو رسم من كان تلقى الحق منه يوم تلقى هذا الحق وتسجله على اسمه في السجل العقاري".

- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1978، ص: 185
3041 عبد العالي دقوقي، الإلغاء والتشطيب العقاري المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال-الرباط- السنة الجامعية: 2001/2002، ص: 265.

3042 وهذا مبدأ نظري يقترحه الباحث، مؤداه ألا يفصل التملك بالعقد عن التملك بالقيود، بحيث يكون كل مالك للعقار بعقد مالكا له بالقيود، اتقاء لنشوء ازدواج في المراكز القانونية يفضي إلى تعارض بين الحقيقة الواقعية والحقيقة الاشهارية، ويستدعي لاحقا إقرار قواعد استثنائية للحسم بينهما، كما هو حال المادة 2 من مدونة الحقوق العينية.
3043 أشار لهذه المسألة المتعلقة بالحقيقة القانونية والواقعية بتفصيل الباحث شكورة محمد في رسالته لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، وله قصب السبق في إظهار هذه الفكرة الفريدة في موضوع حسن النية، والتي نجدها مغيبة في مجال الدراسات المرتبطة بالموضوع، وفي هذا البحث نقوم بإحياءها مع استبدال أوصافها ووظيفتها الإجرائية الاصطلاحية بحسب مع يوافق البناء المنهجي والموضوعي للبحث.

- أنظر: شكورة محمد، حسن النية في قانون العقارات المحفظة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية: 1985/1986، ص: 20 وما يليها.

3044 ينص الفصل 67 من ظ، ت، ع على ما يلي: "إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض، وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم".

وإدراكا من المشرع لإمكان وقوع هذا الانفصال، لم يتجه إلى إزالة مصدره، وإنما إلى تنظيم آثاره القانونية، فاعتمد قواعد ترجيحية تروم التوفيق بين حماية الملكية واستقرار المعاملات، وذلك بإقرار مبدأ أساسي وهو "لا يضار الغير حسن النية بأثار التشطيب" 3045، متى اكتسب مركزه القانوني استنادا إلى ما يفصح عنه الرسم العقاري، ولم يقف المشرع عند هذا الحد، بل أضفى على هذه الحماية قدرا أكبر من التحصين، فنص على استمرارها حتى في الحالات التي يكون فيها انتقال الحق قد سبقته وقائع مشوبة بالتدليس أو الزور أو استعمالهما، متى انقضى أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطعون فيه.

غير أن مشروعية السعي إلى التوفيق بين المصلحتين لا تستلزم بالضرورة سلامة المعيار الذي اعتمده المشرع لتحقيقه 3046؛ إذ يبقى التساؤل قائما حول الجهة التي ينبغي أن تتحمل تبعات انفصال الحقيقة الواقعية عن الحقيقة الإشهارية، أهو المالك الحقيقي أم الغير حسن النية، أم أن التشريع كان مطالبا بإيجاد آليات أخرى لتوزيع هذه التبعة؟ أو استئصال أسبابها من البداية؟

الفقرة الثانية : الوسيلة التي اعتمدها المشرع للتوفيق بين المصلحتين

باستقراء مقتضيات المادة 2 من المدونة يظهر أن المشرع ذهب ناحية الحسم في ترجيح إحدى المصلحتين، بتغليب المصلحة الوظيفية والمتجسدة في صيانة الثقة في الرسم العقاري واستقرار المعاملات التي تبني عليه 3047، عبر اعتبار التقييد بالرسم العقاري مع اقترانه بحسن نية حصينا مادام لمن يقترب بموجبات هدمه وهي التدليس والزور أو استعماله، داخل مدة إثارته وهي 4 سنوات من تاريخ التقييد.

هذه المقتضيات تحمل في ثناياها أمورا لا بد من تجليتها، تظهر فعلا بأي موجب رجح المشرع تلك المصلحة، وأول ما يمكن استشفافه هو أنه أقام للظاهر اعتبار لم يحمه للملكية باعتبارها تعكس الوضع الحقيقي 3048، فالمشرع لم يرجح بين الحقين بحسب صحتهما، وإنما بحسب ظهور أحدهما بالقيد في السجل العقاري، فالحجة قدمت للحقيقة الإشهارية على الحقيقة الواقعية في الحدود والضوابط التي رسمها المشرع، مادامت حسن النية قائمة، لأن الثقة المفترضة في السجل العقاري لا يمكن أن يعصف بها في سبيل تثبيت حق قائم لصاحبه لكنه غير مبادر بالقيد.

وبهذا لإعادة الحق إلى صاحبه ليس بمعيار معتبر هنا، وإنما المعتبر هو المحافظة على الثقة المفترضة في السجل العقاري 3049، التي يكون لها بالغ التأثير في النظام التشريعي للحفيظ العقاري قبل حق المقيد بحسن نية.

وهذا ينبئ عن أمر آخر، وهو أن المشرع رجح الوظيفة الاقتصادية للعقار على الاعتبار الشخصي للملكية، انطلاقا من تصور تشريعي يجعل القيمة الاقتصادية للعقار رهينة باستقرار مركزه القانوني، إذ لا يمكن للعقار أن يؤدي وظيفته في الائتمان و جذب الاستثمار ما لم يكن المتعاملون قادرين على الوثوق فيما يفصح عنه الرسم العقاري 3050، ولو اقتضى ذلك التضحية في بعض الحالات، بإمكانية استرداد المالك الحقيقي لحقه.

غير أن التسليم بوجاهة الاعتبارات التي حدت بالمشرع إلى تغليب استقرار المعاملات لا يحسم النقاش، إذ إن مشروعية الغاية لا تستلزم بالضرورة سلامة الوسيلة المعتمدة لتحقيقها، خصوصا إذا انتهت إلى تحصين مراكز قانونية نشأت عن تصرفات ثبت

3045 عبد العالي دقوقي، مرجع سابق، ص: 263.

3046 أسامة بوطيطيرة، مرجع سابق، ص: 207.

3047 بنشريف المحفوظ، مرجع سابق، ص: 286.

3048 بنشريف المحفوظ، نفس المرجع، ص: 287.

3049 على اعتبار أن القضاء كان ينحى منى يقضي بالتشطيب على المقيد، سواء كان سيء النية أم حسن النية، في حالة ثبوت الزور، تأسيسا على أن انعدام الموجب القانوني يستتبع زوال جميع الآثار المترتبة عليه، ولو تعلق الأمر بحقوق آلت إلى الغير حسن النية، وهو التوجه الذي كان يثير إشكالا على مستوى استقرار المعاملات العقارية، قبل أن يتدخل المشرع لإقرار حماية خاصة للغير المقيد حسن النية ضمن الشروط التي حددها القانون.

- العطاري أحمد، حجية التقييد في السجلات العقارية بين ظهير التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، ع 9، 2015، ص: 167 و 168.

3050 بنشريف المحفوظ، مرجع سابق، ص: 287.

اقتراها بالتدليس أو الزور أو استعمالهما، ومن ثم، فإن الإشكال لا يكمن في أصل حماية الثقة في الرسم العقاري، وإنما في حدود هذه الحماية وفي مدى جواز أن تمتد إلى الحد الذي يحول دون إعادة الحق إلى صاحبه بعد انقضاء الأجل الذي حدده المشرع.

الفقرة الثالثة: حدود الترجيح التشريعي وأثره في تحقيق التوازن بين المصلحتين

وإذا كانت هذه الاعتبارات تبرر من حيث المبدأ منح حماية خاصة للغير المقيّد حسن النية، فإنها لا تكفي وحدها لتبرير المدى الذي انتهت إليه هذه الحماية، فالموازنة بين المصلحتين 3051 تتحقق بتناسب الوسيلة المعتمدة مع الغاية المقصودة، بحيث أن غاية تحقيق الاستقرار لا تفضي إلى إهدار جوهر الحماية التي قررها التشريع للملكية العقارية.

ومن هذا المنظور، فإن موضع الإشكال يتجاوز مسألة إقرار الحماية للغير حسن النية، وإنما في تحصين هذه الحماية بانقضاء أجل الأربع سنوات، فالزمن تجاوز مسألة اعتباره قيّدا حائلا دون سماع الدعوى، إلى كونه سبب يحول دون المساس بالمركز القانوني للمقيّد حسن النية، ولو ثبت أن أصل انتقال الحق قد اقترن بتدليس أو زور أو استعمالهم 3052.

ومن ثم، يثور التساؤل حول فلسفة هذا الأجل وحدود وظيفته، وهل قصد به المشرع مجرد تحقيق الاستقرار في المعاملات، أم أنه تحول إلى وسيلة لتحسين أثر قانوني رغم فساد منشئه؟ كما يثار التساؤل عما إذا كان التحصين ينصرف إلى التقييد ذاته باعتباره مظهرا للحقيقة الاشهارية، أم يمتد إلى الحق الذي يستند إليه، ثم أخيرا، هل يقتضي استقرار المعاملات أن يتحمل المالك الحقيقي وحده تبعة هذا الاختيار التشريعي، أم كان بالإمكان توزيع هذه التبعة بوسائل تحقق التوازن بين حماية الملكية وصيانة الثقة في الرسم العقاري؟

والذي يظهر أن المادة الثانية لم تجعل انقضاء الأجل كوسيلة لإقرار الاستقرار الإجرائي للمراكز القانونية، وإنما أضفت عليه طابعا موضوعيا يتمثل في تحصين أثر التقييد في مواجهة المالك الحقيقي، بحيث يغدو الحق المقيّد، متى اقترن بحسن النية وانقضت مدة الأربع سنوات، بمنأى عن كل منازعة، ولو كان منشأ انتقاله قد سبقته أفعال تدليس أو زور أو استعمالهما 3053، وبهذا يكون المشرع قد نقل مركز الثقل من البحث في سلامة منشأ الحق إلى حماية المآل الذي انتهى إليه، مقدما استقرار الحقيقة الاشهارية على الحقيقة الواقعية، ولا يثار الإشكال هنا من جهة حماية الثقة في الرسم العقاري، فهي غاية تشريعية لا مراء في مشروعيتها، وإنما من جهة المدى الذي بلغته هذه الحماية.

والحاصل أن الاستدلال قد أفضى إلى إثبات الدعوى؛ ذلك أن المشرع، وإن كان قد ابتغى الجمع بين مقتضى حماية الملكية ومقتضى استقرار المعاملات، فإنه أقام هذا الجمع على معيار يجعل الثقة في الرسم العقاري هي المرجح عند التعارض، ثم أحاط هذا الترجيح بتحسين زمني يمتد أثره إلى مواجهة المالك الحقيقي ولو ثبت التدليس أو الزور أو استعمالهما، وبذلك يكون قد نقل عبء التعارض إلى أحد طرفيه دون الآخر، وهو ما يجعل عدالة هذا المعيار محلا للنظر من جهة الوسيلة التي اعتمدها لتحقيقها.

المطلب الثاني: أسس إعادة بناء المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية

بعد إقامة الاستدلال على الدعوى التي طرحناها في بداية الفقرة السابقة، نعمد الآن، للاستدلال على هذه:

"الأصل في التشريع الرشيد أن تتدرج المعالجة بحسب مراتب الخلل؛ فتبدأ بمنع أسباب التعارض، فإن تعذر ذلك انتقلت إلى تنظيم آثاره بأقل قدر من الإضرار بالمصالح المتقابلة، فإن بقي ضرر لا يمكن دفعه جبرته بآليات تحقق العدالة في توزيع تبعته".

3051 عاشور سعاد، تداعيات المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع 127/126، ص: 84.

3052 انظر: عطياوي عصام، أثر التدليس والتزوير على تقييدات الغير حسن النية: دراسة في ضوء المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، في أعمال الندوة العلمية: مدونة الحقوق العينية بين الواقع والمأمول، مراكش: جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، مجلد 2، 2015، ص: 82 وما يليها.

3053 أحمد العطاري، مرجع سابق، ص: 170.

وإذا كان قد انتهى بنا البحث في الفقرة السابقة إلى أن المادة الثانية، وإن استندت إلى اعتبارات مشروعة في حماية استقرار المعاملات، فإنها لم تحقق التوازن المنشود بين المصلحتين، فإن مقتضى ذلك ليس هدم الأساس الذي قامت عليه، وإنما إعادة بنائه وفق ترتيب يوافق مراتب المعالجة التشريعية.

فالأصل في التشريع الرشيد أن تتدرج المعالجة بحسب مراتب الخلل؛ فتبدأ بمنع أسباب التعارض، فإن تعذر ذلك انتقلت إلى تنظيم آثاره بأقل قدر من الإضرار بالمصالح المتقابلة، فإن بقي ضرر لا يمكن دفعه جبرته بآليات تحقق العدالة في توزيع تبعته، وعلى هدي هذه المسلمة، تنتظم المقترحات الإصلاحية في ثلاث طبقات متكاملة: إصلاح منشأ التعارض، ثم إصلاح معيار الحسم، ثم إصلاح الآثار التي يتعذر تلافيها.

أ- إصلاح أصل نشوء التعارض

يقوم هذا المدخل الإصلاحي على مسلمة مؤداها أن مجال التعارض بين الحقيقة الواقعية والحقيقة الاشهارية يتناسب طردا مع اتساع الفاصل الزمني والإجرائي بين نشوء الحق وشهره، ويتناسب عكسا مع تقاربهما؛ فكلما اقترب زمن اكتساب الحق من زمن إشهاره، انكمش مجال التعارض بينهما، وضاعت إمكانات تسرب الأوضاع القانونية غير المشروعة إلى السجل العقاري، وتراجعت الحاجة إلى قواعد الترجيح الاستثنائية.

وعلى العكس من ذلك، فإن كل توسع في هذا الفاصل يخلق مجالا لقيام مراكز قانونية متزاحمة، ويزيد من احتمال تعدد التفويطات، أو استغلال وسائل التدليس والزور، أو غيرها من الأسباب التي تجعل الحقيقة الواقعية تنفصل عن الحقيقة الاشهارية.

ومن ثم، فإن الإصلاح التشريعي الرشيد ينبغي له قبل أن ينصرف ابتداء إلى تحسين قواعد الترجيح التشريعية بين المراكز القانونية المتعارضة، وإنما إلى تضيق المجال الذي يسمح أصلا بنشوء هذا التعارض، فالأصل ألا يظل الحق زمنا منفصلا عن شهره، وألا تكون إجراءات الإشهار مرحلة لاحقة يسهل استغلالها للإضرار بالغير، وإنما ينبغي أن تتجه السياسة التشريعية إلى تقليص هذا الفاصل إلى أدنى حد ممكن، حتى يغدو انتقال الحق وإشهاره عمليتين متقاربتين أو مندمجتين، فلا يبقى مجال واسع لإنتاج المنازعات التي جاءت المادة الثانية لمعالجة آثارها.

ب- إصلاح حكم التعارض

ومبنى هذه الفكرة على مسلمة بسيطة، وهي إذا تعذر منع التعارض، وجب أن يكون معيار الحسم أقل المعايير إهدارا للمصالح المتقابلة، ويقوم هذا المدخل على معطى مهم مؤداه أن معيار الترجيح لا يكون رشيدا إلا إذا اقتصر على القدر اللازم لتحقيق الغاية التي شرع من أجلها، دون أن يفضي إلى إهدار المصلحة المقابلة أو تجريدها من مضمونها.

فالمقصود من حماية الغير حسن النية هو إرساء الثقة في الرسم العقاري وضمان استقرار المعاملات، من دون تقصيد إنشاء حصانة مطلقة لمركز قانوني متى انقضى أجل معين بصرف النظر عن جسامه العيوب التي شابت سلسلة انتقال الحق، ومن ثم، فإن إعادة بناء المادة الثانية ينبغي أن تتجه إلى إعادة ضبط معيار الحماية، بحيث يظل محققا لاستقرار المعاملات، دون أن يتحول إلى وسيلة لتحسين آثار وقائع قام الدليل على اتصالها بالتدليس أو الزور أو استعمالهما، وبما يعيد التوازن بين مقتضيات الأمن التعاقدي ومتطلبات حماية الملكية.

ج- إصلاح آثار التعارض

إذا تعذر منع التعارض ابتداء، وتعذر بعد وقوعه الوصول إلى حل يحقق المصلحة كاملة لكلا الطرفين، انتقل الإصلاح إلى طبقته الأخيرة، وهي جبر الضرر الذي تعذر دفعه، ويقوم هذا المدخل على مسلمة مؤداها أن السياسة التشريعية الرشيدة لا تكتفي

بمحاولة ترجيح إحدى المصلحتين إذا كان الترجيح يفضي بالضرورة إلى إهدار الأخرى، وإنما تعمل على تخفيف آثار هذا الإهدار من خلال آليات عادلة لجبر الضرر، حتى لا يتحمل أحد أطراف العلاقة القانونية وحده تبعه مخاطر النظام التشريعي³⁰⁵⁴. فحماية الثقة في الرسم العقاري يجب ألا تكون على حساب تجريد المالك الحقيقي من كل حماية، كما أن صيانة الملكية لا يجوز أن تؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات، ومن ثم، فإن اكتمال البناء الإصلاحي يقتضي أن يقترن أي معيار للترجيح بآليات قانونية تكفل تعويض من يتحمل تبعه هذا الترجيح³⁰⁵⁵، تعويضا كاملا ومباشرا، يرفع عنه آثار الإضرار ويحقق التوازن الذي عجز معيار الترجيح وحده عن استيفائه.

خاتمة:

انتهى هذا البحث إلى أن المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية وإن ظهرت بأنها قاصدة بأحكامها حماية الغير حسن النية على حساب المالك الحقيقي، إلا أن حقيقتها تتمثل في كونها استجابة أتت تعالج وضعا استثنائيا ينشأ عن إمكان انفصال الحقيقة الواقعية عن الحقيقة الإشهارية داخل نظام التحفيظ العقاري، ولذلك، فإن الغاية التي توخاها المشرع، والمتمثلة في صيانة الثقة في الرسم العقاري وتحقيق استقرار المعاملات، تظل غاية مشروعة ولازمة لقيام نظام الشهر العقاري بوظيفته الاقتصادية والقانونية.

غير أن مشروعية الغاية لا تستلزم بالضرورة سلامة الوسيلة، وقد أظهر البحث أن معيار الحسم الذي اعتمدته المادة الثانية، خصوصا بعد تحصين التقييد بانقضاء أجل الأربع سنوات، نقل عبء التعارض إلى المالك الحقيقي، ولو كان فقدان حقه راجعا إلى التدليس أو الزور أو استعمالهما، وهو ما يثير تساؤلا حول مدى محافظة النص على التوازن الذي قصد إلى إقامته بين حماية الملكية واستقرار المعاملات.

وانطلاقا من ذلك، خلص البحث إلى أن إصلاح المادة الثانية لا يقتضي العدول عن مبدأ حماية الثقة في الرسم العقاري، وإنما يقتضي إعادة بناء آليات هذه الحماية وفق ترتيب يوافق منطق السياسة التشريعية الرشيدة؛ فتتجه المعالجة، أولا، إلى توضيح أسباب نشوء التعارض بين الحقيقة الواقعية والحقيقة الإشهارية، فان تعذر يتم الاتجاه إلى إعادة ضبط معيار الترجيح بحيث يقتصر على القدر اللازم لتحقيق استقرار المعاملات دون تحصين آثار التدليس أو الزور تحصينا غير متناسب، و في حال تعذر هذا يمكن اللجوء أخيرا إلى استحداث آليات فعالة لجبر الضرر الذي قد يتعذر دفعه، بما يحقق عدالة توزيع تبعه المخاطر التي يفرضها نظام التحفيظ العقاري.

لائحة المراجع:

1. مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1978.
2. محمد نعناي، إرشاد الساري إلى أصول ظهير التحفيظ العقاري، دراسة عملية وفق مستجدات القانون 14.07 والقانون 38.09 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الأحمدية، الطبعة الأولى، 2017.
3. محمد خيري، حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2001.

3054 مقال بعنوان: "المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية وتهديد حق الملكية بالمغرب، الموقع الالكتروني لمجلة مغرب القانون، رابط الموقع: (<https://maroclaw.com>).

3055 معلوم أن مسلك الدعوى الشخصية يبقى مفتوحا للمطالبة بالتعويض في مواجهة من تسبب في الضرر، إلا أن ذلك لا يغير من حقيقة أن المالك الحقيقي يكون قد فقد حقه العيني نهائيا، بحيث يقتصر حقه على المطالبة بمقابل مالي قد لا يكون كافيا.

4. عبد العالي دقوقي، الإلغاء والتشطيب العقاري المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال-الرباط- السنة الجامعية: 2001/2002.
5. عالي طوير، مركز حسن النية في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السطات، السنة الجامعية: 2013/2014.
6. شكورة محمد، حسن النية في قانون العقارات المحفظة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية: 1985/1986.
7. بنشريف المحفوظ، حجية تقييدات الغير حسن النية في الرسم العقاري: دراسة في إطار المادة 2 من مدونة الحقوق العينية والفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري"، مجلة القانون والأعمال، ع 52، 2020.
8. العطاري أحمد، حجية التقييد في السجلات العقارية بين ظهير التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، ع 9، 2015، ص: 167.
9. أسامة بوفطيرة، مظاهر الاخلال بمبدأ الانسجام بين مدونة الحقوق العينية وظهير التحفيظ العقاري المادة 2 من مدونة الحقوق العينية والفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري نموذجاً، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، ع 21.
10. العطاري أحمد، حجية التقييد في السجلات العقارية بين ظهير التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، ع 9، 2015.
11. عاشور سعاد، تداعيات المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع 126/127.
12. عطياوي عصام، أثر التدليس والتزوير على تقييدات الغير حسن النية: دراسة في ضوء المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض، في أعمال الندوة العلمية: مدونة الحقوق العينية بين الواقع والمأمول، مراكش: جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، مجلد 2، 2015.
- مقال بعنوان: "المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية وتهديد حق الملكية بالمغرب، الموقع الالكتروني لمجلة مغرب القانون، رابط الموقع: (https://maroclaw.com).