

نطاق أحقية أصحاب الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية في التقدم بطلب التحفيظ

Scope of Eligibility of Derivative Real Rights Holders to Request Land

Immatriculation

الدكتورة فاطمة الزهراء أباتوراب

Dr. Fatima Zahra ABATOURAB

أستاذة بكلية العلوم القانونية والسياسية

مختبر الدراسات القانونية والسياسية

جامعة الحسن الأول بسطات

الملخص :

إن المشرع المغربي وإن جعل من حق الملكية المرتكز الأساسي لمنح الصفة والحق في التقدم بطلب التحفيظ مبدئياً، فإنه لم يقصر هذه المكنة الإجرائية على المالك وحده؛ وانعكاساً لهذه الفلسفة التشريعية، وسّع بموجب الفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل العاشر من ظهير التحفيظ العقاري النطاق الشخصي للمشروعية الإجرائية ليشمل فئات تتمتع بحقوق عينية متفرعة عن الملكية وقابلة للتداول. وتأسيساً على هذا التمايز، اشترط المشرع على المتمتع منهم بحق الارتفاق ضرورة إرفاق طلبه بموافقة مالك العقار المرتفق به، والتي يتعين خضوعها - الموافقة - لضوابط شكلية وموضوعية دقيقة حتى يعتد بها قانوناً، بخلاف باقي الحقوق العينية المتفرعة التي يُعفى أصحابها من هذا الشرط؛ وسبب هذا الاختلاف بين الحقوق المتفرعة عن الملكية تمليه جملة من الموجبات القانونية.

الكلمات المفتاحية : الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، الحق في طلب التحفيظ، حق الارتفاق، موافقة المالك، شروط

الموافقة، الحقوق العينية الغير قابلة للتداول.

Abstract :

Although the Moroccan legislator fundamentally established ownership as the primary basis for granting the capacity and the right to initiate a land registration request, this procedural option was not restricted to the owner alone. Reflecting this legislative philosophy, the personal scope of procedural legitimacy was expanded under paragraphs 3 and 4 of Article 10 of the Land Registration Decree to include categories holding transferable real rights derived from ownership. Accordingly, the legislator conditioned the registration request filed by an easement holder upon the mandatory consent of the servient estate's owner,

which must comply with strict formal and substantive standards to be legally valid. Conversely, other derived real rights are exempted from this requirement—a distinction among real rights derived from ownership that is dictated by a set of legal necessities

Keywords : Real Rights Derived from Ownership, Right to Apply for Land Registration, Easement, Owner's Consent, Conditions of Consent, Non-Transferable Real Rights.

مقدمة:

تعتبر المسطرة العادية للحفاظ العقاري¹ ركيزة أساسية لتطهير العقارات واستقرار الملكية العقارية، حيث يهدف إلى تأسيس رسم عقاري يطهر العقار من كل النزاعات السابقة. ولتحقيق هذه الغاية، فتح المشرع المجال أمام ذوي الحقوق للمبادرة بطلب الحفاظ لحماية حقوقهم ومراكزهم القانونية.

والأصل أن الحق في التقدم بطلب الحفاظ ثابت للمالك² سواء كانت ملكيته³ مشاعة أو غير مشاعة، ولو كانت متفرعة عليها – الملكية – حقوق عينية أخرى، مما يفيد أن الصفة في تقديم طلب الحفاظ قد تثير إشكالاً قانونياً وعملياً دقيقاً،

¹ - للتوسع حول ماهية وإجراءات المسطرة العادية للحفاظ العقاري أنظر : - محمد خيري، العقار وقضايا الحفاظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون الجديد رقم 14-07 المتعلق بالحفاظ العقاري، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الصفحات ابتداء من 142.

- أمينة مبروك مهلاوي، مدخل لدراسة النظام العقاري المغربي، مقارنة قانونية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2018، الصفحات ابتداء من 198.

² - في هذا الإطار أنظر الفصل العاشر من ظهير الحفاظ العقاري المعدل والمتمم الذي ينص على ما يلي : " لا يجوز تقديم مطلب الحفاظ إلا ممن يأتي ذكرهم :

1- المالك؛

2- الشريك في الملك مع الاحتفاظ بحق الشفعة لشركائه، وذلك عندما تتوفر فيهم الشروط اللازمة للأخذ بها؛

3- ..."

ظهير الحفاظ العقاري الصادر بتاريخ 12 أغسطس 1913، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، الصفحة ص 5575.

وقد يتقدم المالك بطلب الحفاظ بكيفية شخصية، وقد يتقدم به عن طريق النائب الشرعي، إن ينص الفصل 12 من ظهير الحفاظ العقاري على ما يلي : " يحق للنائب الشرعي أن يقدم مطلباً للحفاظ في اسم المحجور أو القاصر حين تكون لهذا المحجور أو القاصر حقوق تسمح له بتقديم الطلب لو لم يكن محجوراً أو قاصراً".

كما قد يتقدم به عن طريق الوكيل، إذ تنص الفقرة الأولى من الفصل 13 من ظهير الحفاظ العقاري على ما يلي : " يقدم طالب الحفاظ للمحافظ على الأملاك العقارية، مقابل وصل يسلم له فوراً، مطلباً موقعا من طرفه أو ممن ينوب عنه بوكالة صحيحة، ...".

³ - لقد نظم المشرع حق الملكية في الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول، في المواد من 14 إلى 36 من مدونة الحقوق العينية.

وبالرجوع للمادة الأولى من مدونة الحقوق العينية يتبين أن حق الملكية هو أول حق نص عليه المشرع، أي قبل باقي الحقوق العينية الأخرى، لأنها تنفرع عنه.

خاصة عندما يتعلق الأمر بأصحاب الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، إذ أن موقفهم يتأرجح بين إمكانية المبادرة الفردية لحماية حقوقهم، وبين التبعية لسلطة المالك الأصلي للعقار، ويجد هذا التأرجح تبريره في كون المسطرة العادية التحفيظ العقاري مثلاً قد تفضي إلى تطهير العقار من أي حق غير مطالب به، أو منازع بشأنه خلال فترة سريانها¹؛ مما يعني أن تخصيص المالك وحده فقط بمكنة التقدم بطلب التحفيظ أن يؤدي إلى ضياع مصالح أصحاب الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن الملكية، لاسيما

القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2011، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، الصفحة 5587، وقد عرف هذا القانون مجموعة من التعديلات، آخرها:

القانون رقم 44.23 القاضي بتغيير المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، الصادر بتاريخ 06/08/2024، الجريدة الرسمية عدد 7328 بتاريخ 22/08/2024، الصفحة 573.

وبعد الاطلاع على مختلف مقتضيات المنظمة لحق الملكية يتبين أنه يمثل الحق العيني الأصلي الأقوى والأشمل في منظومة التشريعات العقارية، لما يمنحه لصاحبه من سلطات مطلقة - مبدئياً - تنوع بين الاستعمال والاستغلال والتصرف. وانعكاساً لهذه القوة القانونية، جعل المشرع المغربي في الفصل العاشر من ظهير التحفيظ العقاري حق الملكية - بشقي تجلياته - المرتكز الأساسي والأول لتحويل الصفة والمشروعية الإجرائية في افتتاح مسطرة التحفيظ العقاري؛ وذلك لكون المالك هو المتضرر الأول أو المستفيد المباشر من إخضاع العقار لنظام التحفيظ ومحو ماضيه.

وبعد المالك الشخص الذي له حق الملكية العقارية، التي تحول دون غيره سلطة استعمال ملكيته العقارية واستغلالها والتصرف فيها، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق.

وللمزيد من الاطلاع بخصوص حق الملكية العقارية سواء كانت منفردة أو مشاعة أنظر : - أمينة مبروك مهلاوي، مرجع سابق، الصفحة 56 وما يليها.

¹ - أنظر الفقرة الثانية من الفصل الأول والفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري.

= وفي هذا الإطار اعتبر القضاء المغربي أنه : " وحيث انه باطلاع المحكمة على وثائق الملف وأسباب الاستئناف ودفع المستأنف عليها، تأكد لها أن ما عابته المستأنفتان على الحكم المطعون فيه، غير وجه ولا يركز على أساس قانوني، ذلك أن صفة المستأنف عليها في الدعوى إنما تستمد من كونها مالكة للعقار المدعى فيه بصفتها المقيدة الوحيدة بالرسم العقاري موضوعه، دون أن يكون مثقلاً بأية تحملات أو حقوق عينية لفائدة الطاعنين مما يجعل الدفع بانعدام الصفة مردوداً ومن جهة أخرى، وباعتبار حجية التقييدات بالرسم العقاري وكون هذا الأخير نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق المضمنة به دون ما عداها من الرسوم السابقة لعملية التحفيظ، فإن ما استدالت به الطاعنتين من وثائق تبقى غير مرتبة لأي اثر قانوني في مواجهة المستأنف عليها باعتبارها المالكة الوحيدة الموضوع الرسم العقاري عملاً بأحكام المادتين 62 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري، وما دام أن الطاعنتين لم تثبتا بمقبول سند تواجدهما بالملك المدعى فيه وهي واقعة ثابتة في الملف من خلال محضر المعاينة والاستجواب المؤرخ في 13/04/2022، مما يجعل تواجدهما في حكم المحتل بدون سند ويبقى ما ورد بأسباب الاستئناف مردوداً وما نغى إليه الحكم المستأنف في مركزه القانوني الصحيح ويتعين تأييده".

قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 335، بتاريخ 30/05/2023، ملف عدد 37/1402/2023، غير منشور.

إذا تقاعس المالك عن تقديم الطلب، أو تقدم به دون التصريح بأصحاب الحقوق المذكورة بكيفية قانونية¹، وفات هؤلاء الأخيرين أجل التقدم التعرض².

وتكتسي هذه الدراسة أهمية بالغة بالنظر إلى الأبعاد الحقوقية والاقتصادية والمالية للحقوق العينية العقارية؛ إذ تكمن قيمتها النظرية في تحديد الطبيعة القانونية للصفة أو الحق في التقدم بطلب التحفيظ، ومدى استقلالية الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع، والسطحية، والارتفاع في هذا الإطار.

أما الأهمية العملية، فتظهر في حماية الأمن العقاري؛ إذ إن حرمان أصحاب هذه الحقوق من مكنة طلب التحفيظ بشكل مستقل قد يؤدي إلى ضياع حقوقهم في حال تقاعس المالك أو سوء نيته. وفي المقابل، فإن اشتراط موافقة المالك في بعض الأحوال يضمن عدم الإضرار بأصل الملكية.

وبناء عليه نتساءل عن مدى اعتراف المشرع لأصحاب الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية بالحق في المبادرة بطلب التحفيظ بشكل مستقل، وبصيغة أخرى ما حدود التوفيق بين استقلالية هذه الحقوق وضرورة حماية أصل حق الملكية؟ وينبثق عن هذه الإشكالية بعض الأسئلة الفرعية من بينها : ما هي الحدود القانونية التي تسمح لأصحاب الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية بالتقدم بطلب التحفيظ دون الحاجة لموافقة المالك؟

تقتضي منا القراءة التحليلية للمقتضيات القانونية ذات الصلة بهذه الدراسة أن نقسمها إلى مطلبين؛ نخصص الأول لدراسة صفة أصحاب الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية في التقدم بطلب التحفيظ دون موافقة المالك، على أن نفرّد المطلب الثاني لدراسة حق صاحب الارتفاع العقاري في التقدم بطلب التحفيظ شريطة موافقة المالك.

المطلب الأول: مدى أحقية أصحاب الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية في التقدم بطلب التحفيظ

دون موافقة

يُشكل افتتاح مسطرة التحفيظ العقاري إجراءً قانونياً حاسماً لا يُقبل إلا مَن له الحق في ذلك، وقد حدد المشرع من له الصفة في أصحاب الحقوق العينية الأصلية، شريطة أن تكون هذه الحقوق قابلة للتداول، مما يفيد أن أصحاب الغير قابلة للتداول ولو كانت أصلية لا حق لهم في التقدم بطلب التحفيظ، ونفس الحكم يمدد لأصحاب الحقوق العينية التبعية ولو أنها قابلة للتداول. وبناءً عليه، فإن دراستنا لهذا المطلب تقتضي تقسيمه إلى فقرتين نتناول في أولهما صفة أصحاب الحقوق العينية الأصلية القابلة

¹ - في هذا الإطار أنظر الفصل 13 من ظهير التحفيظ العقاري الذي ينص على ما يلي : " يقدم طالب التحفيظ للمحافظ على الأملاك العقارية، مقابل وصل يسلم له فوراً، مطلباً موقعا من طرفه أو ممن ينوب عنه بوكالة صحيحة، يتضمن لزوماً ما يلي: 1- ...

7- بيان الحقوق العينية العقارية المترتبة على الملك مع التنصيص على أصحاب هذه الحقوق بذكر أسمائهم الشخصية والعائلية، وصفاتهم، وعناوينهم وحالتهم المدنية وجنسياتهم وإن اقتضى الحال اسم الزوج والنظام المالي للزوج أو كل اتفاق تم طبقاً لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة؛".

2 - في هذا الإطار أنظر الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 23 من ظهير التحفيظ العقاري التي تنص على ما يلي : "أما إذا نص المحضر على تنفيذ العمليات المقررة في الفصل 21، فإن المحافظ على الأملاك العقارية يقوم، وفق الفصل 18 من هذا القانون، بنشر وتعليق إعلان يتضمن أن التعرضات على التحفيظ تقدم لدى المحافظة العقارية خلال أجل شهرين ابتداء من يوم نشره بالجريدة الرسمية".

للتداول المخول لهم حق التقدم بطلب التحفيظ، وسناقش في ثانيهما صفة أصحاب الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية المستثنون من إمكانية التقدم بطلب التحفيظ.

الفقرة الأولى : صفة أصحاب الحقوق العينية الأصلية المخول لهم حق التقدم بطلب التحفيظ دون موافقة المالك

إن الأشخاص المنصوص عليهم في الفقرة الثالثة من الفصل العاشر من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم واللذين لهم حق التقدم بطلب التحفيظ هم المتمتعون بأحد الحقوق العينية الآتية: حق الارتفاق¹، حق الانتفاع²، حق السطحية³، حق الكراء الطويل الأمد⁴، حق الحبس⁵، حق الزينة¹، حق الهواة والتعليق²، إضافة إلى الحقوق العرفية التي نشأت بوجه صحيح قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التطبيق³.

¹ - وفقا للمادة التاسعة من مدونة الحقوق العينية، يعتبر الارتفاق من بين الحقوق العينية الأصلية، وقد عرفته المادة 37 من نفس المدونة بأنه: " الارتفاق حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر"، وقد تم تنظيم أحكام الارتفاق في المواد من 37 إلى 69 من مدونة الحقوق العينية..

وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون 39.08، منشورات مجلة الحقوق، 2013 - العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016، الصفحة 53 وما يليها - عبد الكريم شهبون، الشاقي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفقا للقانون رقم 39.08، مطبعة الأمنية، الرباط، 2018.

² - عرفت المادة 79 من مدونة الحقوق العينية حق الانتفاع باعتباره من بين الحقوق العينية الأصلية بأنه: " الانتفاع حق عيني يحول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع".

وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 79 إلى 104 من مدونة الحقوق العينية.

= وللإطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق - العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون المدني العربي الموحد، الجزء الخامس، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017، الصفحة 13 وما يليها - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق.

³ - عرفت الفقرة الأولى من المادة 116 من مدونة الحقوق العينية حق السطحية باعتباره من بين الحقوق العينية الأصلية بأنه: " السطحية حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير. وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية".

وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 116 إلى 120 من مدونة الحقوق العينية.

وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق - العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016، الصفحة 9 وما يليها - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق.

⁴ - لم تعرف مدونة الحقوق العينية المقصود بحق الكراء الطويل الأمد، وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 121 إلى 129 من مدونة الحقوق العينية.

وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق - العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الثالث، مرجع سابق، الصفحة 117 وما يليها - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق.

⁵ - لم تعرف مدونة الحقوق العينية حق الحبس، بل أحالت على تطبيق مقتضيات مدونة الأوقاف، إذ تنص المادة 130 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "تطبق على حق الحبس الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف".

وتعرف المادة الأولى من مدونة الأوقاف الوقف بأنه: " الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون.

يكون الوقف إما عاما، أو معقبا، أو مشتركا".

الظهير الشريف رقم 1.09.236 المتعلق بمدونة الأوقاف والصادر في 8 ربيع الأول 1431 الموافق لـ 23 فبراير 2010 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 الموافق لـ 14 يونيو 2010.

ويترتب على قبول طلب التحفيظ الذي تقدم به أحد أصحاب الحقوق العينية المشار لهم أعلاه، أولاً إخضاع العقار الوارد عليه حقهم العيني للنظام المطبق بموجب ظهير التحفيظ العقاري⁴، وثانياً إجبار المالك وباقي الحقوق العينية التي قد ترد على نفس العقار على الخضوع لهذا النظام، مما يفيد أننا في هذه الحالة سنكون أمام حالة من حالات التحفيظ الإجباري بالنسبة لهؤلاء الآخرين.

تأسيساً على ما سبق، يتبين أن المشرع قد أحاط صفة مقدم طلب التحفيظ بضوابط صارمة ترتبط بطبيعة الحق العيني وقابليته للتداول، مما يفيد أن عدم توفر أحد هذه الشروط في الحق العيني أن يحرم صاحبه من هذا الحق، وهذا ما سنعمل على بيانه النقطة الموالية.

الفقرة الثانية : صفة أصحاب الحقوق العينية المنفردة عن الملكية المستثنون من إمكانية التقدم بطلب التحفيظ

الملاحظ أن المشرع لم يعطي حق التقدم بمطلب التحفيظ في هذه الفقرة ولا في الفصل موضوع الشرح ولا في ظهير التحفيظ العقاري لأصحاب حق العمرى⁵، حق الاستعمال⁶ وأصحاب الحقوق العينية التبعية⁷، مما يفيد أنه لا حق ولا صفة لهم في التقدم بمطلب التحفيظ، والسبب هو :

-
- وللاطلاع حول خصوصيات حق الحبس أنظر: أمينة مبروك مهلاوي، مرجع سابق، الصفحة 365 وما يليها.
- ¹ - عرفت المادة 131 من مدونة الحقوق العينية الزينة باعتباره من بين الحقوق العينية الأصلية بأنه: " الزينة حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء، الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير".
- وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 131 إلى 139 من مدونة الحقوق العينية.
- وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق - العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون المدني العربي الموحد، الجزء الخامس، مرجع سابق، الصفحة 103 وما يليها.
- ² - عرفت المادة 138 من مدونة الحقوق العينية حق الهواء والتعليق باعتباره من بين الحقوق العينية الأصلية بأنه: " حق الهواء والتعليق حق عيني قوامه تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائماً فعلاً بملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة".
- وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 138 إلى 141 من مدونة الحقوق العينية.
- وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق - العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون المدني العربي الموحد، الجزء الخامس، مرجع سابق، الصفحة 141 وما يليها.
- ³ - أما بشأن الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ، فلم تنظمها مدونة الحقوق العينية، وإنما اكتفت بالإشارة إلى هذه المسألة في الفقرة الأخيرة من المادة 9 من مدونة الحقوق العينية.
- ⁴ - في هذا الإطار أنظر الفقرة الأولى الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم.
- ⁵ - عرفت المادة 105 من مدونة الحقوق العينية حق العمرى باعتباره من بين الحقوق العينية الأصلية بأنه: " العمرى حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة".
- وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 105 إلى 108 من مدونة الحقوق العينية.
- وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق.
- ⁶ - لم تعرف مدونة الحقوق العينية المقصود بحق الاستعمال، وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 109 إلى 115 من مدونة الحقوق العينية.
- ⁷ - إن أصحاب الحقوق العينية التبعية هم المترتب لفائدتهم رهن رسمي أو رهن حيازي أو امتياز، وذلك طبقاً للمادة العاشرة من مدونة الحقوق العينية التبعية.

(1) أن الأشخاص المخول لهم حق التقدم بطلب التحفيظ محدّدون على سبيل الحصر¹ ولا يوجد من بينهم أصحاب الحقوق أعلاه.

(2) أن من هذه الحقوق ما هو غير قابل للتداول بالهرة، وذلك كحق الاستعمال، إذ تنص المادة 113 من نفس المدونة على ما يلي: " لا يجوز للمتمتع بحق الاستعمال أن يتصرف فيه"، فالمنع هنا عام، إذ لا يجوز أن يتم هذا النقل بأي نوع من أنواع التصرفات سواء كانت بعوض كالبيع أو المعاوضة² أو بدون عوض كالهبة³ والصدقة⁴.

(3) أن من هذه الحقوق ما هو قابل للتداول في حدود ضيقة، كحق العمري، إذ تنص المادة 107 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: " يجب على المعطى له أن يعمر العقار موضوع الحق بأن يقيم فيه بنفسه أو يأخذ غلته. ولا يجوز نقل هذا الحق إلا للمعطي أو لوارثه"، إذ أن إمكانية نقل هذا الحق العيني يكون فقط لفائدة من أنشأ حق العمري أو ورثته دون غيرهم، أي أن المعطى له يكون مقيد في هذا الإطار، إذ ليست له الحرية في التصرف في الحق العيني المعطى له إلا في حدود ضيقة، وهذا هو سبب المنع التشريعي أعلاه.

(4) أن من هذه الحقوق العينية ما يقوم على حق شخصي قابل للتداول، ويتعلق الأمر هنا :
- بالرهن الرسمي⁵، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 174 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: " لا تسري أحكام المادة 4 أعلاه على إنشاء أو نقل أو تعديل أو إسقاط الرهن الاتفاقي المقرر لضمان أداء دين ال تتجاوز قيمته المبلغ المالي المحدد بنص تنظيمي"¹، مما يفيد أن هذا الرهن قابل للانتقال لاستعمال المشرع مصطلح "نقل".

¹ - أنظر الفصل العاشر و 11 و 12 و الفقرة الأولى من 13 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم.
² - عرف الفصل 619 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي المعاوضة بأنها: " عقد بمقتضاها يعطي كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية، شيئا منقولاً أو عقارياً، أو حقاً معنوياً، في مقابل شيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر".
ظهير الالتزامات والعقود الصادر بتاريخ 12/08/1913، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 8 دجنبر 1913، الصفحة 78، وقد عرف هذا الظهير مجموعة من التعديلات، كان آخرها :
القانون رقم 40.24 القاضي بتغيير وتتميم الفصل 573، الصادر بتاريخ 07/08/2024 الجريدة الرسمية عدد 7328 بتاريخ 22 غشت 2024، الصفحة 5362.

³ - عرفت المادة 273 من مدونة الحقوق العينية الهبة بأنها: " تملك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض".
وللاطلاع على أحكام الهبة أنظر: العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الثاني، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016، الصفحة 66 وما يليها.

⁴ - عرفت المادة 290 من مدونة الحقوق العينية الصدقة بأنها: " تملك بغير عوض، ويقصد بها وجه الله تعالى".
وللاطلاع على أحكام الهبة أنظر: العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الثاني، مرجع سابق، الصفحة 66 وما يليها.

⁵ - عرفت المادة 165 من مدونة الحقوق العينية الرهن الرسمي بأنه: " حق عيني تبقي بقرار على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء الدين".
وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 165 إلى 213 من مدونة الحقوق العينية.

وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: محمد العربي مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2017، الصفحات ابتداء من 11.

= - عبد الكريم العيوني، انتقال ملكية العقار المرحون رهنا رسمياً، المنازعات العقارية، الجزء الأول، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014، ابتداء من الصفحة 67.

- والرهن الحيازي²، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 145 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي : " تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ"، مما يفيد أنه مادام المشرع قد صرح بتمديد أحكام الرهن الرسمي إلى الرهن الحيازي كلما انصب على عقار محفظ، مما يعني أن نص المادة 174 أعلاه تطبق في هذا الإطار. وعلى الرغم من أن هذه الحالة تتعلق حصرا بالعقار المحفظ، وهو لا يندرج في إطار دراسة هذا الموضوع الذي ناقشه، إلا أننا نقول أن الرهن سواء كان حيازيا أو رسميا فهما قابلين للتداول لعدم وجود منع تشريعي. وعلى الرغم من قابليتهما للتداول إلا أنهما بالنظر لاستنادهما على حق شخصي³، فإنه لا صفة لأصحابهما في التقدم بمطلب التحفيظ، إلا إذا اكتسبا صفة الحاجز وفقا للشروط المنصوص عليها في الفصل 11 من ظهير التحفيظ العقاري⁴. (5) أن من هذه الحقوق ما يقوم على حق شخصي غير قابل للتداول، ويتعلق الأمر هنا بحق الامتياز⁵ وهو حق عيني تبقي غير قابل للتداول بالنظر لطبيعته القانونية، وطبيعة الحقوق التي يقوم عليها، والمركز القانوني للشخص المستفيد منها، إذ تنص الفقرة الأولى من 144 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي : "إن الديون التي لها وحدها امتياز على عقارات المدين هي :

أولا : المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه ؛

ثانيا : حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها"، مما يفيد أن الأشخاص الذين لهم حق الامتياز يتمثلون أولا في المحكمة بمناسبة المصاريف القضائية ذات الصلة ببيع عقار بالمزاد العلني، وثانيا في الخزينة العامة للمملكة. فالامتياز في هذا الإطار هو حق عيني تبقي يقوم على حق شخصي، ويرتبط بشخص محدد.

¹ أصدر المحافظ العام دوريته عدد 405 سنة 2015 المتعلقة بتطبيق الفقرة الثانية من المادة 174 من مدونة الحقوق العينية، ويتبين من خلالها أن الرهن الرسمي قابل للتداول.

² - عرفت الفقرة الأولى من المادة 145 من مدونة الحقوق العينية الرهن الحيازي بأنه : " حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويحول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حسيه إلى أن يستوفي دينه". وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 145 إلى 164 من مدونة الحقوق العينية.

وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر : مُجد العربي مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2017، الصفحات ابتداء من 11.

³ - في هذا الإطار أنظر المادة 10 من مدونة الحقوق العينية.

وللاطلاع على بعض الفروق بين الحق العيني والحق الشخصي أنظر : أبو بكر مهم، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2021، الصفحة 35.

⁴ - في هذا الإطار أنظر الفصل 11 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم الذي ينص على ما يلي : " يجوز للدائن، الذي لم يقبض دينه عند حلول أجله، طلب التحفيظ بناء على قرار قضائي صادر لفائدته بالحجز العقاري ضد مدينه".

⁵ - إن حق الامتياز الوارد على العقارات والحقوق العينية العقارية منظم بموجب مدونة الحقوق العينية عرفت المادة 142 من مدونة الحقوق العينية الامتياز بأنه : " حق عيني تبقي يحول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنين".

ومنع أصحاب حق العمرى وحق الاستعمال والحقوق العينية التبعية ينصب فقط على إمكانية التقدم بمطلب التحفيظ، دون إمكانية التقدم بالتعرض وفقاً للإجراءات المحددة قانوناً¹، لأن الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم ينص على ما يلي: " يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض في مسطرة التحفيظ خلال أجل شهرين يبتدئ من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية إن لم يكن قام بذلك من قبل وذلك: 2 - في حالة الادعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه"، مما يفيد أنه مادامت كل الحقوق العينية قابلة للتقييد بالرسم العقاري مبدئياً²، فإنه بإمكان أصحاب حق العمرى وحق الاستعمال وأصحاب الحقوق العينية التبعية التقدم بالتعرض، وبالتالي فأصحاب الحقوق أعلاه مستثناة من إمكانية التقدم بطلب التحفيظ فقط، وتستثنى بالنتيجة من إمكانية اكتساب صفة طالب التحفيظ، وبالمقال فهي لا تستثنى من إمكانية اكتساب صفة متعرض.

وتأسيساً على ما سلف، يتضح أن المشرع قد اعترف بالصفة الإجرائية في تقديم مطلب التحفيظ للفئات المحددة بموجب الفقرة الثالثة من الفصل العاشر أعلاه، بالنظر لكونهم أصحاب حقوق عينية أصلية قابلة للتداول ومتفرعة عن حق الملكية، مخلوفاً بإيهاهم حق المبادرة دون ارتهاج بإرادة المالك. بيد أن هذه الاستقلالية تنحسر عند الانتقال إلى مركز الممتنع بارتفاق عقاري المذكور في الفقرة الرابعة من نفس الفصل أعلاه، والذي لئن كان حقه متفرعاً عن الملكية وقابل للتداول أيضاً، إلا أن المشرع أخضع صفته الإجرائية لقيد جوهرى يربطها بإرادة المالك. وهو التباين المنهجي الذي يدفعنا لبحث أحكام هذا المركز الأخير وشروطه ضمن المطلب الموالي.

المطلب الثاني : صفة صاحب حق الارتفاق في التقدم بطلب التحفيظ شريطة موافقة المالك

اشترط المشرع في الفقرة الرابعة من الفصل العاشر أعلاه على الممتنع بارتفاق أو ارتفاقات عقارية ضرورة أخذ موافقة صاحب الملك، وذلك على خلاف أصحاب الحقوق العينية الأخرى التي تمت دراستها سابقاً، مما نتساءل معه عن سبب هذا الاشتراط التشريعي؟

للجواب على هذا التساؤل يتعين علينا أولاً أن نعرض لتعريف الارتفاق العقاري، والذي يتمثل في كونه: " حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر"³، مما يفيد أن المقصود بصاحب الملك الذي يتعين أخذه موافقته هو مالك العقار المرتفق به أي مالك العقار الذي تقرر عليه التحمل، وليس مالك العقار الذي يستفيد من التحمل، لأن هذا المالك الأخير قد يكون هو صاحب حق الارتفاق.

¹ - للمزيد من الاطلاع حول خصوصيات الجوانب الإجرائية لممارسة التعرض، أنظر: عمر السكتاني، خصوصيات الجوانب الإجرائية لممارسة التعرض في نظام التحفيظ العقاري الجديد، دراسة في تطور الاجتهاد القضائي المغربي، المنازعات العقارية، الجزء الأول، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014، ابتداء من الصفحة 52 وما يليها.

² - علماً أنه طبقاً للمادة 143 من مدونة الحقوق العينية فالامتياز يترتب آثاره ولو لم يتم تقييده بالرسم العقاري، علماً أنه قابل للتقييد به.

³ - المادة 37 من مدونة الحقوق العينية.

وتعتبر موافقة مالك العقار المرتفق به حجر الزاوية في تحريك مسطرة التحفيظ العقاري، التي يباشرها صاحب حق الارتفاق، نظراً للمساس المباشر الذي تلحقه هذه المسطرة بحق الملكية العقارية. وتأرجح هذه الموافقة بين جانبيين متكاملين؛ جانب قبلي يتعلق بالضوابط والشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحتها القانونية، وجانب بعدي يرتبط بالآثار والحدود التي ترسم معالم الصلاحيات المخولة للمرتفق بموجبها، سواء من حيث النطاق العيني للطلب أو التحملات المالية الناشئة عنه. وبناءً على ذلك، تقتضي الإحاطة بهذا المطلب تقسيمه إلى فقرتين متتاليتين؛ نخصص الأولى لبحث ضوابط الموافقة الصادرة عن المالك للمرتفق، على أن نعرج في الثانية على تحديد حدود صلاحيات المرتفق المترتبة عن هذه الموافقة.

الفقرة الأولى : ضوابط الموافقة الصادرة عن المالك لفائدة المرتفق

في هذا الإطار سنقوم بدراسة موجبات اشتراط موافقة المالك في نقطة أولى، على أن نتطرق في نقطة ثانية للشروط المطلوبة في هذه الموافقة حتى يعتد بها قانوناً.

أولاً : موجبات اشتراط موافقة المالك

تتمثل أسباب اشتراط المشرع أخذ المرتفق موافقة المالك فيما يلي:

(أ) أن حق الارتفاق لا يمكن أن يكون حقاً مستقلاً عن حق الملكية العقارية المقرر عليها، إذ أن إعطاء المالك موافقته للمتمتع بارتفاق عقاري معين يفيد موافقته على إخضاع عقاره للنظام المطبق على العقارات في طور التحفيظ. وقد يتم الاعتقاد أن هذه المسألة يتعين تعديلها، لأن المستفيد من حق المرور¹ مثلاً باعتباره من بين الارتفاقات يعطي تعويضاً اتفاقياً أو قضائياً للمالك²، مما يفيد أنه مادام قد عوض صاحب الملك المرتفق به، فيتعين تمكينه من الحق في التقدم بمطلب التحفيظ، دون ضرورة أخذ موافقة المالك. ولكن هذا الاعتقاد غير مؤسس ولا يمكن الأخذ به، لأن التعويض الذي يحصل عليه المالك من صاحب حق المرور مثلاً، ليس مقابلاً لشراء حق الملكية، بل هو فقط مقابل تمكينه من استغلال عقاره، وليس استغلال العقار المرتفق به.

وبطبيعة الحال فحق المرور أو غيره من حقوق الارتفاق يبقى مرتبطاً بالعقار المرتفق به، أي العقار الذي يتحمل بالارتفاق، ولا يمكن فصلهما عن بعضهما البعض.

وبناءً عليه، تجد علة اشتراط موافقة المالك المسبقة سندها الأولى في الخصائص المحددة لطبيعة حق الارتفاق ذاته، ذلك أن هذا الحق لا يقوم كعموم عقاري مستقل بذاته، وإنما يمثل تكليفاً عينياً يثقل كاهل عقار مرتفق به لمصلحة عقار مرتفق، وينبغي على هذا التكييف أن الارتفاق يشكل عبئاً مادياً ينقص بصفة مباشرة من القيمة الاقتصادية والمالية للعقار المرتفق به.

¹ - تم تنظيم حق المرور في المادتين 64 و65 من مدونة الحقوق العينية، وهو حق حصول مالك عقار على ممر في أرض جاره، لأن ليس له منفذ إلى الطريق العمومي أو له منفذ ولكنه غير كاف لاستغلال عقاره.

² - أنظر المادة 64 من مدونة الحقوق العينية، وإن كان تحديد هذا التعويض في حال رفع النزاع أمام القضاء يتم استناداً إلى خبرة، يحدد من خلالها الخبير قيمة التعويض، استناداً على مجموعة من المعايير، ومن بينها طبيعة العقار، وقيمتها التجارية والمساحة التي يمر منها الممر طولاً وعرضاً.

ولما كانت مباشرة مسطرة التحفيظ تهدف إلى تثبيت هذا التحمل العقاري بصفة قانونية، فإن المشرع أحاط الملكية بضمانة حمائية من خلال حظر اتخاذ أي إجراء إداري يمس بنيتها أو يقلص من سلطات صاحبها إلا إذا اقترن ذلك برضاه الصريح والتعبير عن إرادته الحرة.

ب- صيانة مبدأ اختيارية التحفيظ منعاً لإجبار المالك على الخضوع لنطاق مسطرة التحفيظ العقاري، ويرتبط هذا الأمر برغبة المشرع في صيانة المبادئ التوجيهية الكبرى لنظام التحفيظ العقاري، وعلى رأسها مبدأ اختيارية¹ مسطرة التحفيظ كأصل عام، إذ لو أجاز المشرع للمتمتع بحق الارتفاق الانفراد بتقديم مطلب التحفيظ بمعزل عن إرادة المالك، لأدى ذلك من الناحية القانونية إلى إجبار صاحب العقار المرتفق به على الخضوع لمسطرة تفرض على عقاره فرضاً، وهو ما يمثل تطاولاً على مبدأ الاختيارية وهدماً لسلطة المالك الإرادية على ملكه، مما جعل التدخل التشريعي حاسماً في تعليق الصفة الإجرائية للمرتفق على موافقة المالك منعاً لإجباره هذا الأخير على تحفيظ عقاره.

ج- تبعية حق الارتفاق للعقار المرتفق لا شخص صاحب حق الارتفاق، إذ أن حق الارتفاق لا يُمنح لمالك العقار المرتفق، بل يُمنح للعقار المرتفق ذاته ويتحملة العقار المرتفق به. هذا الحق يرتبط بالعقار ولا ينفصل عنه؛ فإذا بيع العقار المرتفق به، ينتقل حق الارتفاق تلقائياً للمشتري الجديد دون حاجة لنص جديد.

وبالتالي، فإن مطالبة صاحب حق الارتفاق بتحفيظ حقه، بشكل مستقل وبمطلب منفرد يعني اقتطاع وتثبيت جزء من سلطات عقار الجار المرتفق به رغمًا عنه، وهنا تظهر خطورة التبعية العقارية التي جعلت المشرع يشترط موافقة المالك للعقار المرتفق به. وهذا بخلاف الوضع بشأن باقي الحقوق العينية الواردة في الفقرة الثالثة من الفصل العاشر أعلاه، إذ أنها وإن كانت متفرعة عن حق الملكية، إلا أنها تتمتع بـ "استقلالية ذاتية وقيمة مالية منفصلة" عن حق الملكية، إن أنها قابلة للتصرف فيها بشكل مستقل، وذلك بخلاف الارتفاق الذي لا يكون التصرف فيه إلا تبعاً للتصرف في العقار المرتفق، أي أنه حق ينتقل تبعاً لانتقال الأصل المرتبط به.

تأسيساً على ما تقدّم، يتضح أن اشتراط موافقة المالك لا يقف عند حدود تبرير الأسباب والموجبات الحمائية للملكية العقارية، بل يتعداه إلى وجوب استجماع هذه الموافقة لكافة الشروط القانونية والشكلية المطلوبة لصحتها. وبذلك، يُشكل هذا التلازم بين موجبات الموافقة وشروطها الضمانة الأساسية لاستقرار المعاملات العقارية.

ثانياً: الشروط المطلوبة في موافقة المالك لفائدة المرتفق

يشترط في الموافقة التي يقصدها المشرع في الفقرة الرابعة من الفصل العاشر، أن تكون :

- **صريحة، أي أنه لا يعتد بالموافقة الضمنية للمالك، التي يمكن استنتاجها مثلاً من إعطاء المالك الوثائق التي تثبت ملكيته للمرتفق، إذ لو كان الأمر كذلك لقلنا أن هذه الموافقة مفروضة أيضاً على أصحاب الحقوق العينية الواردة في الفقرة**

¹ - في هذا الإطار أنظر الفصل السادس من ظهير التحفيظ العقاري الذي ينص على ما يلي : " إن التحفيظ أمر اختياري، غير أنه إذا قدم مطلب للتحفيظ فإنه لا يمكن سحبه مطلقاً".

الثالثة من الفصل العاشر، إذ أنه يتعين عليهم طبقا للفصل 14 من ظهير التحفيظ العقاري، الإدلاء أيضا بالوثائق التي تتعلق بحقهم العيني وبالوثائق التي تتعلق بالملكية.

وبناء عليه، فالموافقة لم تشترط إلا بشأن أصحاب الارتفاقات العقارية دون أصحاب الحقوق العينية الواردة في الفقرة الثالثة، وبالتالي لا يمكن تحميل هذه الأخيرة بما لم يشترطه المشرع.

- **مكتوبة**، أي أنه لا يعتد بها إذا كانت شفوية، إذ يتعين على المرتفق أن يدلي بها برفقة طلب التحفيظ، ولا يشترط فيها أن تكون رسمية، بل يمكن أن تكون عرفية، وذلك لأنها لا تتضمن نقل حق عيني أو تعديله أو إنشائه أو إسقاطه، أي أنها موافقة لا يشترط فيها أن تكون في ضوء المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية¹.

- **صريحة وواضحة**، إذ ينبغي أن يتضمن الحرر المتضمن للموافقة عبارات صريحة لا لبس فيها، تفيد رضا المالك بتقديم طلب التحفيظ من طرف المتمتع بحق الارتفاق الوارد على عقاره، مما يفيد أن المالك لا يمكن أن يكون مجبرا في هذه الحالة على الخضوع لمسطرة التحفيظ، بل إنه مخير، إذ لا يمكن للمرتفق التقدم بطلب التحفيظ بدون موافقته.

- **أن تصدر الموافقة من المالك**، إذ بالرجوع للفقرة الرابعة نجد أن المشرع قصد حصر صفة الموافق في المالك، دون باقي أصحاب الحقوق العينية الأخرى الواردة في الفقرة الثالثة من الفصل العاشر، وذلك لأن الحقوق الواردة في الفقرة الرابعة متفرعة عن حق الملكية وليس عن الحقوق الواردة في الفقرة الثالثة.

والمالك قد تكون ملكيته منفردة، وقد تكون مشاعة، الأمر الذي يفيد أن هذه الموافقة يتعين أن تكون صادرة عن جميع الشركاء في حال تعددهم، ما لم يملك أحدهم وكالة خاصة بذلك.

- **أهلية المالك**: يجب أن يتمتع المالك وقت إعطاء موافقته بالأهلية القانونية الكاملة²، أي يجب أن يكون كامل الأهلية مبدئيا أو مرشدا³.

¹ - تنص المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية على ما يلي : " يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بما في ذلك الوعد بالبيع العقاري وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك. يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حرته. تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة.

ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها".
وللمزيد من الاطلاع حول تطبيق المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، أنظر : نزهة الخلدي، التوثيق دعامة أساسية لتحقيق الأمن العقاري، المنازعات العقارية، الجزء الرابع، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2018، الصفحة 85 وما يليها.

2 - وفقا للمادة 209 من مدونة الأسرة تكتمل الأهلية ببلوغ الشخص 18 سنة شمسية كاملة، مع ضرورة عدم اعتراض هذه الأهلية بعراض من العوارض.

3 - تنص الفقرات من الثالثة إلى الأخيرة من المادة 218 من مدونة الأسرة على ما يلي : " إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده".

يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيده القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، إذا أنس منه الرشد.

- أن تتضمن الموافقة بيانات الأطراف كهوية المالك وصاحب حق الارتفاق، وبيانات تتعلق بحق الملكية والعقار الوارد عليه وباقي الحقوق العينية التي قد يكون هذا العقار متحملاً بها، مع تحديد دقيق للمساحة والموقع والحدود لمنع أي تداخل في الحقوق.
 - أن تكون الموافقة صادرة قبل التقدم بطلب التحفيظ للمحافظ على الأملاك العقارية، بحيث لا يصح مباشرة الإجراءات بملف خالٍ من موافقة المالك ثم محاولة استصدارها لاحقاً لتصحيح المسطرة.
 - أن تنصب الموافقة على حق الملكية المترتب على عقار غير محفظ، أما إذا كان في طور التحفيظ أو محفظ، فلا فائدة منها، لأن الهدف منها هو تقديم طلب التحفيظ.
- بعد الإحاطة بالضوابط الشكلية والموضوعية التي تحكم موافقة المالك، يبرز التساؤل الجوهرى حول الحكمة التشريعية من تكريس هذا القيد. فاشتراط رضا المالك الأصلي ليس مجرد إجراء روتيني، بل يمثل ضماناً محورية تكفل استقرار المعاملات، وتحمي الملكية العقارية من التعسف، وتوازن بدقة بين الحقوق المتفرعة عنها.
- تأسيساً على ما سبق، يتضح أن استجماع موافقة المالك للضوابط القانونية أعلاه يجعله الركيزة الأساسية لشرعية المسطرة وصحتها القانونية. غير أن حصول المرتفق على هذه الموافقة لا تعني منحه سلطة مطلقة، بل تظل محكمة بآثار قانونية محددة ترسم معالم ما يقوم به في إطارها. وهو ما يستدعي بالضرورة الانتقال لبحث حدود الصلاحيات المترتبة عن هذه الموافقة، وتحديد نطاقها العيني والمالي.

الفقرة الثانية : الحدود القانونية لصلاحيات المرتفق المترتبة على موافقة المالك

- إن التساؤل الذي يطرح -في إطار دراستنا- هو هل التقدم بطلب التحفيظ من قبل المتمتع بحق الارتفاق يفيد أنه طلب يشمل كل العقار المتحمل بالارتفاق أو فقط الجزء الذي ينصب عليه الارتفاق؟
- نرى في هذا الإطار أن طلب التحفيظ يشمل كل العقار الذي يتقرر عليه ارتفاق معين، لأنه لا يمكن فصل الملكية العقارية على حق الارتفاق، كما أن هذا الطلب يمتد ليشمل الحقوق العينية الواردة على العقار المرتفق به، وإلا فإن لأصحابها حق التقدم بالتعرض، تطبيقاً للفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري.
- وبناء عليه، فمادام المتقدم بطلب التحفيظ هو من يؤدي وجيبات التحفيظ¹، فإن معنى ذلك أن صاحب حق الارتفاق هو من يتحمل بتلك الوجيبات، وليس المالك الذي أعطى موافقته لصاحب حق الارتفاق، مما يفيد أن المالك سيعفى من أداء تلك الوجيبات، وبالتالي فمن مصلحته في هذا الإطار إعطاء موافقته.

يترتب عن الترشيد تسلم المرشد لأمواله و اكتسابه الأهلية الكاملة في إدارتها و التصرف فيها، وتبقى ممارسة الحقوق غير المالية خاضعة للنصوص القانونية المنظمة لها.

وفي جميع الأحوال لا يمكن ترشيد من ذكر، إلا إذا ثبت للمحكمة رشده بعد اتخاذ الإجراءات الشرعية اللازمة".

¹ - تم تنظيم هذه الوجيبات في المرسوم رقم 2.16.375 الصادر بتاريخ 18 يوليو 2016 المتعلق بتحديد تعريف وجيبات المحافظة العقارية كما وقع تغييره، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 6484 بتاريخ 2016/07/21، الصفحة 5621.

كما يطرح تساؤل آخر حول ما إذا كان بإمكان صاحب حق الارتفاق أن يتقدم بطلب واحد يرمي لتحفيظ العقار المرتفق والعقار المرتفق به في آن واحد؟

نرى مبدئياً أن هذه الإمكانية غير متاحة قانوناً، لأنه بالرجوع للمادتين الأولى¹ والتاسعة² من المرسوم المتعلق بشأن إجراءات التحفيظ العقاري يتبين أن مطلب التحفيظ يشمل عقاراً واحداً، ولو كان متكوناً من أكثر من قطعة، شريطة أن تكون متجاورة، كما أن المحافظ على الأملاك العقارية لا يمكن له أن يؤسس رسماً عقارياً واحداً لعقارين ولو كانا متجاورين.

ونشير إلى أنه ليس معنى أخذ موافقة صاحب الملك أنه يمكن التقدم بطلب تحفيظ العقار المتحمل بالارتفاق والعقار المستفيد منه بموجب طلب واحد للتحفيظ، بل يمكن التقدم بطلب التحفيظ بشأن هذين العقارين في إطار الفصل 16 من ظهير التحفيظ العقاري، إذا توفرت شروط تطبيقه، الأمر الذي قد يترتب عنه إمكانية تأسيس رسم عقاري مستقل وخاص بكل عقار من العقارين وليس رسماً عقارياً واحداً.

وبالتالي فالإمكانية المتاحة لصاحب حق الارتفاق في هذا الإطار هي سلوك المسطرة المقررة في الفصل 16 من ظهير التحفيظ العقاري، التي تتعلق بالأملاك المتجاورة، مما يفيد أنه لقبول طلب تحفيظ العقار المرتفق والعقار المرتفق به أن يكونا متجاورين، أو يفصل بينهما بعض الفواصل من الملك العمومي، أما إذا لم يتحقق هذا الشرط فإن المحافظ على الأملاك العقارية سيرفض الطلب المقدم له في هذا الإطار، ومثال ذلك أن يتعلق الأمر بحق الشرب³ أو حق المجرى⁴، فهذين الحقين من حقوق الارتفاق قد يستفيد منهما صاحب ملكية عقارية مجاورة للعقار المرتفق به وقد لا تكون هاتين الملكيتين واقعيتين على عقارين متجاورين، مما يفيد أنه يتعين لقبول المحافظ على الأملاك العقارية لطلب التحفيظ في إطار الفصل 16 من ظهير التحفيظ العقاري أن يكون العقار المرتفق والعقار المرتفق به متجاورين، أو يفصل بينهما بعض أجزاء الملك العام على الأقل.

وليس معنى التقدم بطلب التحفيظ في هذا الإطار استناداً إلى الفصل 16 المشار له أعلاه أن المحافظ سيؤسس رسماً عقارياً واحداً لكلا العقارين، بل إنه سيؤسس رسماً عقارياً مستقلاً لكل عقار من هذه العقارات، وذلك استناداً إلى المادة 9 من المرسوم المتعلق بإجراءات التحفيظ العقاري.

وعلى الرغم مما سبق، نشير إلى أنه لتطبيق التحفيظ الجماعي للأملاك العقارية المتجاورة، يتعين طبقاً لظاهر الفصل 16 أعلاه أن يكون هناك اتفاق بين ملاك العقارات المتجاورة أو التي يفصل بينها جزء من الأملاك العمومية، مما يفيد أنه يتعين أن

¹ - تنص المادة الأولى من المرسوم المتعلق بشأن إجراءات التحفيظ العقاري على ما يلي : " يمكن تقديم مطلب التحفيظ العقاري يتكون إما من قطعة واحدة أو من قطع متجاورة تفصل بينها أجزاء من الملك العمومي".

² - تنص المادة التاسعة من المرسوم المتعلق بشأن إجراءات التحفيظ العقاري على ما يلي : " وفقاً لمقتضيات الفصلين 52 و 54 من الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري، يقوم المحافظ على الأملاك العقارية بتأسيس رسم عقاري في اسم مالك واحد أو عدة ملاك على الشياخ لكل أجزاء العقار المتكون إما من قطعة واحدة أو من قطع متجاورة تفصل بينها أجزاء من الملك العمومي".

³ - تعرف المادة 50 من مدونة الحقوق العينية حق الشرب بأنه : " هو نوبة من الماء ينتفع بها لسقي الأراضي وما بها من غرس وشجر".

⁴ - تعرف المادة 56 من مدونة الحقوق العينية حق المجرى بأنه : " هو الحق في تمرير ماء الري من موره بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها به وذلك عبر مجرى أو مواسير".

يتفق مالكا العقارين المتجاورين المرتفق والمرتفق به، من أجل سلوك مسطرة تحفيظ الأملاك المتجاورة، أي أنه لا يمكن لمالك العقار المرتفق والذي هو نفسه المستفيد من ارتفاق على عقار مجاور لعقاره أن يطلب تحفيظ العقارين معا في إطار الفصل 16، ولو أخذ موافقة مالك العقار المرتفق به.

وبناء عليه فإذا طلب كل من صاحب حق الارتفاق ومالك العقار المرتفق به تحفيظ عقارتهما طبقا للفصل أعلاه، فإنه لا حاجة للموافقة التي يطلبها صاحب حق الارتفاق من مالك العقار المرتفق به، مادام هذا الأخير سيباشر مسطرة تحفيظ عقاره في إطار الفصل أعلاه، إذا توفرت الشروط المنصوص عليها.

وختاماً، يمكن القول إن قراءتنا التحليلية للفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل العاشر من ظهير التحفيظ العقاري، كشفت عن الأبعاد العميقة للفلسفة التشريعية التي تبناها المشرع المغربي، لضبط النطاق الشخصي والحدود القانونية لافتح المسطرة العادية للتحفيظ العقاري، من قبل أصحاب الحقوق العينية الأصلية القابلة للتداول والمتفرعة عن حق الملكية. كما بينت أن مقاربة المشرع المغربي للنطاق الشخصي لطلب التحفيظ العقاري تعكس رغبة حثيثة في الموازنة بين حماية المراكز القانونية المستقرة والمحافظة على ديناميكية الحقوق العينية المتداولة.

ومن خلال مقتضيات الفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل العاشر من ظهير التحفيظ العقاري، أبان المشرع عن وعي عميق بخصوصية الأثر التطهيري لمسطرة التحفيظ، وما قد ينجم عنه من آثار تؤدي إلى ضياع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، في حال تقاعس المالك الأصلي عن التصريح بأصحاب هذه الحقوق المتفرعة عن ملكيته. غير أن هذه التوسعة الإجرائية لم تكن شيكاً بدون مؤونة، بل ظلت محكومة بهاجس حماية حق الملكية من التعسف، وهو ما تجلّى بوضوح في إفراط حق الارتفاق بقواعد مسطرية خاصة تشترط موافقة المالك، لتظل هذه الثنائية التشريعية تتأرجح بين مرونة الحماية الإجرائية للأغيار وصلابة النواة الأصلية للملكية العقارية.

وبناءً على هذه المعطيات التحليلية، يمكن إجمال أهم الاستنتاجات التي خلصنا إليها من خلال هذه الدراسة فيما يلي:
أولاً: إن منح الصفة في التقدم بطلب التحفيظ لأصحاب الحقوق العينية الأصلية الواردة في الفقرة الثالثة من الفصل العاشر أعلاه غير مشروط بحصول أصحابها على موافقة المالك، مما يشكل استثناءً تشريعياً مبرراً تلبية الضرورة الحماية ضد الأثر التطهيري المطلق للتحفيظ، الأمر الذي سيساهم في تعزيز الأمان العقاري وتحسين القيمة الاقتصادية لهذه الحقوق.

ثانياً: يكرس التمييز التشريعي بين أصحاب الحقوق العينية الواردة في الفقرة الثالثة وبين أولئك المنصوص عليهم في الفقرة الرابعة، وعياً بخصوصية حق الارتفاق؛ باعتباره تحملاً عقارياً يثقل كاهل العقار المرتفق به، مما جعل اشتراط موافقة المالك صمام أمان قانوني لمنع إثقال الملكية بغير رضا صاحبها، فاشتراط المشرع موافقة المالك الصريحة لصاحب حق الارتفاق يمثل قيداً إجرائياً حكيماً يمنع إثقال كاهل العقار بغير رضا صاحبه، ويؤكد سمو حق الملكية.

ثالثاً: تثير الضوابط المسطرية المفروضة على تحفيظ هذه الحقوق إشكالات عملية أمام المحافظة العقارية، لاسيما عند نشوء نزاع بين المالك وصاحب الحق المتفرع عن الملكية حول حدود وجوهر الحق المراد تحفيظه استقلالاً.

رابعا : أظهرت الدراسة أن حق المرتفق في طلب التحفيظ ليس حقاً مطلقاً، بل هو مقيد بضرورة حماية حق الملكية العقارية، مما يفسر إلزامية موافقة المالك.

خامسا : وجود نوع من الغموض التشريعي في مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري بشأن تحديد النطاق العيني للتقدم بطلب التحفيظ من قبل صاحب حق الارتفاق مما يترك المجال للاجتهاد القضائي والإداري للمحافظة العقارية.

سادسا : غياب معيار مالي واضح، بسبب عدم وجود مقتضيات صريحة توزع التحملات والواجبات المالية للتحفيظ بين المالك والمرتفق، مما يجعل المسألة خاضعة إما لاتفاق الأطراف أو للقواعد العامة في الالتزامات والعقود.

وتأسيساً على هذه الاستنتاجات، نتقدم بجملة من الاقتراحات :

أولاً: الدعوة إلى إعادة صياغة مقتضيات الفصل العاشر من ظهير التحفيظ العقاري بشكل مرن، ليتسع صراحة لجميع أصحاب الحقوق العينية الأصلية المتفرعة دون حصر ضيق، تماشياً مع ما تقره مدونة الحقوق العينية.

ثانياً: وضع آليات مسطرية بديلة تتيح لصاحب حق الارتفاق اللجوء إلى القضاء الاستعجالي أو استصدار أمر قضائي للتقدم بطلب التحفيظ، في حال امتناع المالك عن منح موافقته، وذلك حماية لمصلحة العقار المرتفق ومنعاً لضيق الحق.

ثالثاً : تيسير تقدم أصحاب الحقوق العينية الواردة في الفقرة الثالثة بطلب في حال تقاعس المالك أو غيابه أو امتناعه عن تمكينهم من وثائق إثبات ملكيته، عبر إقرار مساطر قضائية استعجالية تمنحهم إذن ممارسة هذا الحق حمايةً لاستثماراتهم العقارية.

رابعا : دعوة المشرع المغربي إلى تعديل مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري لتحديد النطاق العيني لطلب التحفيظ بشكل صريح، تفادياً لإثقال كاهل العقارات المرتفق بها بمساطر معقدة.

خامسا: اقتراح إقرار نص قانوني يحدد بوضوح من يتحمل صوائر وواجبات تحفيظ حق الارتفاق، مع ترجيح كفة تحميلها للمرتفق باعتباره المستفيد المباشر من هذا الإجراء، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

سادسا : حث المحافظين على الأملاك العقارية على تشجيع وتسهيل مسطرة الفصل 16، وتوفير إرشادات عملية للأطراف عند الرغبة في التحفيظ المشترك للعقارين المرتفق والمرتفق به.

سابعا : المطالبة بتوحيد الشروط الشكلية لموافقة المالك وجعلها في محرر رسمي أو ثابت التاريخ بشكل وجوبي، لتفادي النزاعات أثناء جريان مسطرة التحفيظ بشأن مدى إصدار الموافقة، ومدى قانونيتها.

ثامنا : تفعيل وتوسيع الدور الإيجابي للمحافظ العقاري في توجيه وإرشاد أصحاب الحقوق المتفرعة عن الملكية أثناء تقديم المالك لطلب التحفيظ، وتسهيل إجراءات النشر والإشهار الخاصة بهذه الحقوق، لضمان علم الكافة بما قبل فوات آجال التعرض.

وصفوة القول، إن صيانة الائتمان العقاري وتشجيع الاستثمار يقتضيان صياغة تشريعية متكاملة، لا تكتفي بفتح باب الصفة الإجرائية، بل تحصينها بآليات عملية تضمن عدم التضحية بالحقوق المتفرعة عن حق الملكية، تحت ذريعة حماية الملكية

العقارية، وهو الرهان الذي يبقى معلقاً على وعي القضاء الذي يبت في القضايا العقارية ذات الصلة، وتدخل المشرع في أي تعديل مستقبلي.

لائحة المراجع:

1. أبو بكر مهم، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2021.
2. إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون 39.08، منشورات مجلة الحقوق، 2013 - العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016.
3. أمينة مبروك مهلاوي، مدخل لدراسة النظام العقاري المغربي، مقارنة قانونية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2018.
4. عبد الكريم العيوني، انتقال ملكية العقار المرحون رهنا رسمياً، المنازعات العقارية، الجزء الأول، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014.
5. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفقاً للقانون رقم 39.08، مطبعة الأمانة، الرباط، 2018.
6. العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2015.
7. العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الثاني، مطبعة الأمانة، الرباط، 2016.
8. العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017.
9. العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون المدني العربي الموحد، الجزء الخامس، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017.
10. العربي محمد مباد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الثالث مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016.
11. عمر السكتاني، خصوصيات الجوانب الإجرائية لممارسة التعرض في نظام التحفيظ العقاري الجديد، دراسة في تطور الاجتهاد القضائي المغربي، الجزء الأول، المنازعات العقارية، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014.
12. نزهة الخلدي، التوثيق دعامة أساسية لتحقيق الأمن العقاري، المنازعات العقارية، الجزء الرابع، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2018.