

التعليق على حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2011/03/03 1

موضوع الحكم : بطلان عقد بيع العقار في طور الانجاز إذا لم يحرر من قبل مهني مأذون له بذلك طبقا للفصل 618-3 من ق.ل.ع



تعليق من إعداد الأستاذ محمد لشكار

أستاذ التعليم الثانوي التأهيلي بنيابة شفشاون

باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق - طنجة

Prof.lachkar@gmail.com

يشير الحكم المعلق عليه موضوعا في غاية الأهمية، وهو توثيق التصرفات الواردة على العقارات من جهة والعقارات في طور الانجاز من جهة ثانية.

حيث أثار هذا الموضوع سيلا من الكتابات القانونية والتعليق على القرارات من جانب الباحثين والدارسين للشأن العقاري بالمغرب، كما أنه أي موضوع توثيق التصرفات العقارية لم يكن محط إجماع بالنسبة للقضاء المغربي.

والسبب وراء طرح هذا الموضوع هو ما يهدد المشتري في عقد بيع العقار في طور الانجاز من مخاطر، خاصة إذا تهرب صاحب المشروع من إتمام التزاماته ببناء العقار، حيث تصبح حقوق المشتري في ظل عدم وجود قانون محدد للالتزامات الطرفين، ومنظم لهذه العلاقة التعاقدية محل تهديد مجموعة من المخاطر، في الوقت الذي تعرف فيه المدن المغربية توسعا حضاريا سريعا، وتناميا مهولا للبناء العمودي.

¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2011/03/03، في الملف عدد 2010/9/692، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد السادس، ماي 2011، ص: 357.

وأمام هذا الوضع، كانت هناك مجموعة من المخاطر التي تهدد المشتري تهديدا حقيقيا في حقوقه، حيث لم تكن هناك وسيلة قانونية كفيلة بحماية حقه في الملكية إلى أن تدخل المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 44.00، وجعل تحرير عقد بيع العقار في طور الانجاز في محرر رسمي أو ثابت التاريخ أمرا إجباريا تحت طائلة البطلان. وهو الموضوع الذي تمحورت حوله مضامين الحكم موضوع التعليق، حيث يثار الإشكال بخصوص الكتابة المعتبرة في عقد بيع العقار في طور الانجاز، هل هي الكتابة الرسمية أم العرفية؟ فضلا عن الجهات المخول لها قانونا تحرير عقود اقتناء العقار في طور الانجاز. وقبل الشروع في استعراض ومناقشة هذه الإشكاليات، لابد من الإشارة إلى وقائع وأسباب الحكم موضوع التعليق.

أولا: الوقائع :

تعود وقائع هذا الحكم إلى يوم 2009/06/22، حيث تقدمت المدعية بواسطة نائبها إلى كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية بمراكش بمقال افتتاحي تعرض فيه أنها اشترت من المدعى عليها بمقتضى عقد مؤرخ في 2009/08/14، شقة بمشروع سيلاحي، مبنية في نفس المقال اسم المشروع وعنوانه ورقم الرسم العقاري للتجزئة التي أقيم عليها، كما بينت عنوان الشقة ومساحتها المتفق عليها في العقد، والتي حددت في 90 مترا، وذلك مقابل ثمن إجمالي قدره 1.800.000 درهم، توصلت المدعى عليها منه بمبلغ 540.000 درهم بواسطة شيكات مسحوبة على التجاري وفا بنك بقيمة 180.000 لكل واحد، وذلك في التواريخ التالية 2006/11/19 و 2006/12/25 و 2007/01/25.

وأنها أجرت العقد مع المدعى عليها في شكل مخالف لأحكام القانون رقم 44.00، من حيث توثيقه والجهة التي وثقت العقد، وكذا البيانات التي يفرض القانون تضمينها في العقد، فضلا على عدم إرفاق العقد بدفتر التحملات، وعدم إجراء تقييد احتياطي للعقد موضوع المقال. وأن المدعى عليها لم تحترم الموصفات التي أعلنت عليها في اللوحات الإشهارية وقلصت مساحة الشقة إلى 80 متر وحذفت المسابح.

وأنها أي المدعية وجهت مجموعة من الإنذارات للمدعى عليها من أجل إتمام الأشغال دون جدوى، الأمر الذي تلتبس معه من المحكمة الحكم ببطلان العقد وفسخه، والحكم على المدعى عليها بإرجاع المبالغ المدفوعة المحددة في 540.000 درهم مع تعويض 10% عن سنتي 2009 و 2010 الذي قدر في 54.000 درهم، وتعويض قدره 20.000 درهم عن التدليس والتماطل واستغلال مبالغ بدون وجه حق والاغتناء على حسابها.

ثانيا: التعليل:

استندت المحكمة الابتدائية بمراكش لتأسيس حكمها على مجموعة من الحثيات هي: وحيث إنه من الثوابت التي تحكم الالتزامات، أنه لا يمكن الجمع في دعوى واحدة بين دعوى بطلان الالتزام وفسخه، لأن البطلان معناه تجريد الالتزام من قوته بعلّة وقوع إخلال أركانه التأسيسية، في حين أن محل الفسخ هو العقد الصحيح، والفسخ هو جزاء إخلال أحد الطرفين أو هما معا بالالتزامات الناشئة عن العقد، وعليه فإن أول ما يلزم مناقشته في هذه الدعوى هو طلب البطلان، لأنه إذا كان العقد باطلا، فإنه لا يرتب أي أثر، وبالتالي لا مجال لمطالبة الطرف الآخر بالوفاء بالتزاماته التعاقدية لأن الالتزام سيكون آنذاك منعدما.

وحيث إننا في النازلة أمام عقد بيع العقار قيد الانجاز، وذلك خلافا لما دفع به الطرف المدعى عليه من أن العقد الرابط بين طرفي الدعوى تحكمه النظرية العامة للعقد خاصة الفصل 230 من ق.ل.ع، إذ أنه بالرجوع إلى

العقد المبرم بين الطرفين الدعوى الحالية، يتبين أنه تم تحديد أجل لتنفيذ العقد وتحرير عقد البيع النهائي بتاريخ 2008/08/31، وأنه خلال هذه المدة ستقوم المدعى عليها البائعة بتنفيذ أشغال البناء والانتهاء من الأشغال، وما ذلك سوى إنجاز العقار بالمفهوم المحدد في القانون 44.00 المنظم لبيع العقار في طور الانجاز، الذي جاء في فصله الأول "يعتبر بيعا لعقار في طور الانجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل محدد كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال".

وحيث يتبين مما ذكر أن دفع المدعى عليها غير مؤسس من الناحية القانونية، إذ أن العقد موضوع الدعوى يخضع لنظام العقارات قيد الانجاز كما هو مفصل أعلاه، ومن هذا المنطلق يلزم تحرير العقد من طرف مهني تحت طائلة البطلان، وذلك بناء على الفصل 618-3 من ق.ل.ع الذي يجري سياقه على ما يلي:

"يجب أن يحضر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الانجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة وخول لها قانونا تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

وحيث إن طرفي العقد لم يحضرا العقد بواسطة مهني. بل أنجزاه بطريقة عرفية، حيث ذيل بتوقيعهما، ومن ثم لم يفرغ وفق النظام المحدد له، وهو ما جعله باطلا طبقا لأحكام الفصل المذكور أعلاه، وهذا البطلان مقرر بنص القانوني، وعليه فإن هذه المحكمة تكتفي بمعاينة البطلان كجزء تشريعي مقرر بقوة النص القانوني نفسه ولا سلطة لها في هذا المجال طالما أننا أمام نص آمر من النظام العام.

وحيث إن الباطل لا يرتب أي أثر من الناحية القانونية، فهو في حكم المعلوم حسا، وهو ما يوجب إرجاع الطرفين إلى حالة التي كان عليها قبل التعاقد، الشيء الذي يجعل المدعية محقة في طلبها الرامي إلى استرجاع مبلغ التسبيق المحدد في مبلغ 540.000 درهم.

وحيث إن طلب المدعية الرامي إلى التعويض عن التأخير ليس له ما يبرره لأن المدعية أسسته على بنود العقد الرابط بينها وبين المدعى عليها، والحال أن العقد باطل وفق ما فصل أعلاه، ومن ثم فهو لا ينتج أي أثر ولا تبنى عليه العلاقة النظامية بين الطرفين.

وحيث إن طلب التعويض عن التماطل والتدليس ليس له ما يبرره لنفس العلة السابقة، وهي أن المحكمة أبطلت العقد، مما يجرده من كل أثر، ومن ثم فإنه لا يصلح أساسا للتعويض. قضت المحكمة الابتدائية علنيا وابتدائيا وحضوريا

في الشكل: قبول المقال الأصلي والمعارض.

في الموضوع: بطلان العقد وإرجاع المدعى عليها للمدعية مبلغ 540.000 درهم.

ثالثا: التعليق :

لمناقشة الإشكال الذي يثيره الحكم موضوع التعليق، سنحاول الوقوف عند المحرر المعتبر في عقد بيع العقار في طور الانجاز (أ)، ثم سنعمل في الختام على تقييم الحكم على ضوء القانون المؤطر لبيع العقار في طور الانجاز (ب).

المحرر المعتبر في عقد بيع العقار في طور الانجاز

إذا كان الأصل في انعقاد البيع هو الرضائية، حيث يقوم العقد بمجرد توافق إرادة عاقيه واتفاقهما على الشيء المبيع والثمن وجميع الشروط الأخرى التي ينبنى عليها العقد، وذلك تطبيقا لأحكام الفصل 488 من ق.ل.ع الذي جاء فيه "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وبتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى".

فإنه ونظرا لخطورة بعض التصرفات وأهمية الحقوق المترتبة عنها، وحماية من المشرع المغربي للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، أورد بعض الاستثناءات على القاعدة أعلاه، من أهمها إقرار الكتابة كشرط انعقاد وصحة، متى كان البيع عقارا، أو حقوق عقارية أو أي أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وذلك بنص الفصل 489 من ق.ل.ع.2

وعليه وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون، غير أن اعتبار الكتابة في البيوع العقارية من الشكليات الجوهرية لوجود العقد وصحته لم يكن محط تأييد من قبل القضاء والفقهاء المغاربة، حيث منهم من يعتبر عقد بيع العقار قائما ومرتباً لآثاره القانونية بمجرد تراضي أطرافه، وما يتلوه من كتابة وتحرير لا يعدو أن يكون إلا مظهرا خارجيا للمعاملة التعاقدية، وصيغة إثباتية مهمة للحقوق الناشئة عن العقد.

بينما يؤكد الرأي الآخر وهو الراجح في نظري، أن الكتابة في البيوع العقارية قد وصلت في الوقت الراهن درجة هامة تجعلها ركنا أساسيا في العقد وليست مجرد عقد إثبات.3

وعليه، فإبرام عقد البيع الوارد على العقار أو أي حق آخر مما تم ذكرهم في الفصل 489 من ق.ل.ع يتوقف وجودا وعدما على توثيقه في محرر ثابت التاريخ.

وأمام ما عرفه الفصل 489 من ق.ل.ع من تضارب وتجاذب، قرر المشرع في الفصل 3-618 من نفس القانون وجوب تحرير عقد بيع العقار في طور الانجاز بموجب محرر رسمي أو ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني مأذون له قانون بذلك تحت طائلة البطلان.

ومن خلال مضمون الفصل المذكور، تتضح أهمية عقد بيع العقار في طور الانجاز، الذي يجب إفراغه في شكل كتابي محدد (1)، كما لا يمكن الاعتداد به إلا إذا حرر من قبل مهني مأذون له قانونا بذلك (2).

شكل الكتابة المطلوبة في بيع العقار في طور الانجاز

إن القراءة المتأنية للفصل 3-618 من ق.ل.ع تبين أن المشرع المغربي ألزم إفراغ عقد بيع العقار في طور الانجاز، سواء تعلق الأمر بالعقد الابتدائي أو النهائي، في محرر رسمي أو عقد ثابت التاريخ.

المحرر الرسمي :

نظم المشرع المغربي الورقة الرسمية في الفصول من 418 إلى 423 من ق.ل.ع، ويعرفها من خلال الفصل 418 من نفس القانون بقوله "الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون، وتكون رسمية أيضا : الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم.

الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها".

ويضيف من خلال الفصل 419 بأن "الورقة الرسمية حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور".

* 2 محمد لشقار "الحماية القانونية للمشتري في عقود اقتناء السكن" الطبعة الأولى 2011، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، ص: 28 وما بعدها.
* 3 لمزيد من التفصيل حول طبيعة الكتابة المنصوص عليها في الفصل 489 من ق.ل.ع ينظر عزيز كيان "حماية المستهلك في بيع العقار في طور الانجاز، قراءة في مضامين القانون 44.00" رسالة لنيل د.د.ع.م بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق بفاس 2006/2005، ص: 12 وما بعدها. وعلي الرام "بيع العقار في طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي" أطروحة لنيل الدكتوراه بجامعة محمد الأول، كلية الحقوق بوجدة 2004، ص: 97.

ومن ثم، فالرسمية عند جمهور الفقه، هي وصف يضيفه القانون على عقود الأطراف واتفاقاتهم، متى أنجزت بمعرفة أشخاص لهم صلاحية التوثيق وفق إجراءات شكلية محددة تجعل البيانات والوقائع الواردة فيها والتي شهد الموثقون تحت مسؤوليتهم بحصولها أمامهم ذات حجية قوية في الإثبات لا يجوز الطعن فيها إلا بالزور.⁴ وعليه، واستنادا إلى الفصول السالفة الذكر، لا يمكن إضفاء صفة الرسمية على أي وثيقة ما لم تتوفر على جملة من الشروط من أهمها:

صدور الوثيقة عن موظف عمومي أو أي شخص آخر مكلف بخدمة عامة، وكتابته إياها بنفسه أو بشخص آخر نائب عنه.

أن يكون الموظف المكلف بتحرير الوثيقة الرسمية مختصا، وله صلاحية القيام بالتوثيق.

مراعاة الشكل الذي يحدده القانون في الوثيقة الرسمية.⁵

وللإشارة، فإن تخلف هذه الشروط أو إحداها لا يجعل الوثيقة باطلة لفقدانها صفة الرسمية، وإنما ينزلها منزلة الورقة العرفية إذا كان موقعا عليها من طرف الأطراف طبقا لأحكام الفصل 423 من ق.ل.ع، أما إذا لم يكن موقعا عليها من قبل الأطراف وكان عدم التوقيع راجع إلى جهل ذي الشأن بالكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه التوقيع، فإنها تصلح أن تكون بداية حجة بالكتابة، ولا ترقى إلى مصاف الورقة العرفية.⁶

هكذا، وبناء على ما ذكر آنفا، يتبين أنه كلما كانت الوثيقة الرسمية خالية وسليمة من أي شطب أو محو أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية، أصبح كل ما ورد فيها حجة على الأطراف والغير، بحيث لا يمكنهم إنكار ما جاء فيها إلا بالطعن فيها بالزور حسب منطوق الفصل 419 من ق.ل.ع.⁷

المحرر الثابت التاريخ :

اعتمد المشرع المغربي مصطلح "عقد ثابت التاريخ" ليس فقط في معرض حديثه عن توثيق عقد بيع العقار في طور الانجاز في الفصل 618-3 من ق.ل.ع. بل تعداه إلى ما سواه من النصوص القانونية، من جملتها المادة 128 من القانون رقم 18.00 والمادة الرابعة⁹ من القانون رقم 51.00، الأمر الذي يثير التساؤل عن ماهية وطبيعة المحرر الثابت التاريخ.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي نظمت المحرر الثابت، خاصة ظهير 1945/01/12 المتعلق بوكلاء الأعمال، وظهير 2002/10/03 المتعلق ببيع العقارات في طور الانجاز وظهير 2003/11/11 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، لا نجد المشرع المغربي يعرف المحرر الثابت التاريخ، الأمر الذي اختلف معه الفقه في تحديد المراد به، حيث ذهب البعض إلى تقسيم المحررات إلى رسمية وعرفية وثابتة التاريخ، في الوقت الذي لا يرى فيه البعض الآخر مبررا لهذا التقسيم مكتفيا بالقول إن الدقة القانونية تقتضي اعتماد تقسيم ثنائي للعقود المكتوبة، بحيث هناك عقود رسمية وأخرى عرفية، أما مسألة ثبوت التاريخ فهي صفة تلحق الطائفة الأولى بصورة

* عبد المجيد بوكير " التوثيق العصري المغربي" طبع ونشر وتوزيع دار السلام بالرباط، الطبعة الثانية 2010م / 1431هـ، ص: 96.

* محمد لشقار، مرجع سابق، ص: 38.

* محمد وفلوسن "النظام القانوني للتسجيل العقاري- عقد البيع نموذجا" رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، طنجة 2009/2008، ص: 41. *

إدريس العلوي العبدلاوي "وسائل الإثبات في التشريع المغربي" مطبعة فضالة، طبعة 1977، ص: 07.

* عبد المجيد بوكير، مرجع سابق، ص: 100.

* محمد لشقار، مرجع سابق، ص: 46.

* تنص المادة 12 من القانون 18.00 على "يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان".

* تنص المادة الرابعة من القانون رقم 51.00 على أنه " يجب أن يحرر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان".

لتلقائية، في حين أنها تلحق الطائفة الثانية عند تحقق أمور معينة نص عليها الفصل 425 من ق.ل.ع من بينها المصادقة على الإمضاءات بمعرفة السلطة الإدارية المختصة.¹⁰

وعليه، فإن المحرر الثابت هو كل وثيقة عرفية يتم تحريرها وفقا للشروط التي بينها القانون من قبل محام مقبول للترافع أمام المجلس الأعلى، أو من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة ويحولها قانونها تحرير العقود وبعد اعتماده في لائحة سنوية يحددها وزير العدل.

والواقع أن المشرع المغربي لم ينظم مسألة ثبوت تاريخ الوثيقة العرفية المحررة وفقا للقواعد القانونية أعلاه، بحيث لا نجد إلا نص خاص يتعلق بثبوت تاريخ المحرر الذي يحضره محام مقبول للترافع أمام المجلس الأعلى، بتصحيح الإمضاءات لدى رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها.

أما إضفاء الصفة الثبوتية للتاريخ على محرر عرفي موثق من قبل مهني معتمد بلائحة سنوية يحددها وزير العدل، ظل محل جدل بين من يميزون المحرر الثابت التاريخ عن الورقة العرفية، وبالتالي لا يمكن إعمال قواعد هذه الأخيرة لإثبات تاريخ المحرر المذكور، وبين من لا يعتبرون المحرر الثابت التاريخ سوى وثيقة عرفية ألحقت بها صفة ثبوت التاريخ بتحقيق أمور حددها الفصل 425 من ق.ل.ع وهي:

تسجيل الوثيقة، سواء كان ذلك في المغرب أم الخارج.

إيداع الورقة بين يدي موظف عمومي.

وفلة أو عجز من وقع الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا.

التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو في الخارج.

وجود أدلة لها نفس القوة القاطعة من شأنها أن تضيف على الوثيقة الصفة الثبوتية للتاريخ.

التوقيع الإلكتروني المؤمن للوثيقة، حيث يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.

وبعد أن تبين لنا أن المشرع المغربي أكد من خلال الفصل 618-3 على ضرورة إفراغ كل عقد، بيع محله عقار في طور الانجاز، في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، كما اشترط تحرير هذين المحررين من قبل جهات حددها بنص القانون سنقف عند دراستها من خلال العنوان الموالي.

الجهات المؤهلة لتحرير عقود بيع العقار في طور الانجاز

إن المشرع المغربي ومن خلال الفصل 618-3 أسند اختصاص تحرير عقود بيع العقار في طور الانجاز إلى مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يحولها قانونها تحرير العقود.

وبناء عليه، أوجب المشرع إبرام عقد بيع العقار في طور الانجاز بواسطة جهة مكلفة قانونا بتحرير العقود الرسمية، أو بموجب عقد ثابت التاريخ محرر من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويحولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

اختصاص العدول والموثقين بتحرير العقود الرسمية

بالرجوع إلى الفصل 618-3 يتبين أن الفصل المذكور، وكغيره من فصول القوانين العقارية الحديثة والتي تمت الإشارة لها سالفا، جعل تحرير المحررات الرسمية من اختصاص العدول والموثقين.

العدول :

¹⁰ عبد الحق صافي "بيع العقار في طور الانجاز" الطبعة الأولى 2011م/1432هـ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ص: 128.

نظم المشرع المغربي مهنة العدول بمقتضى القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة¹¹، الصادر بتطبيقه المرسوم رقم 12.208.378 حيث جاء في مادته الأولى " تمارس خطة العدالة بصفقتها مهنة حرة حسب الاختصاصات والشروط المقررة في هذا القانون وفي النصوص الخاصة، ويعتبر العدول من مساعدي القضاء". وتحدد اختصاصات العدول في تلقي الشهادة وتحريرها وفق ما هو منصوص عليه فيها وقانونا (المواد من 27 إلى 35)، شريطة أن يكون موضوعها مما يجوز التعامل به، سواء تعلقت هذه الشهادات بموضوعات المعاملات التجارية والمدنية، أو تعلقت بالتصرفات العقارية.¹³ ولا يكتسب المحرر العدلي صفة الرسمية إلا إذا خوطب عليه من قبل قاضي التوثيق بعد أن يتأكد من سلامتها وتوفرها على الشروط والأركان المحددة بنص القانون.

الموثقون :

يخضع الموثق في ممارسته لمهامه للقانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق،¹⁴ الذي خصه بمقتضى المادة 35 منه بتلقي العقود التي يفرض القانون إعطاءها الصبغة الرسمية المرتبطة بأعمال السلطة العمومية أو التي يرغب الأطراف في إضفاء هذا الطابع عليها، ويقوم بإثبات تاريخها وضمان حفظ أصولها وتسليم نظائر ونسخ منها.

وتعتبر رسمية كل وثيقة احترام الموثق في تلقيها وتحريرها الشروط المنصوص عليها قانونا، وإلا اعتبرت وثيقة عرفية فاقلة لصفة الرسمية في حال تخلف أحد الشروط التي أوجبها المشرع لإضفاء هذه الأخيرة على ما يحجره الموثق.¹⁵

اختصاص بعض المهن القانونية المنظمة بتحرير المحررات الثابتة التاريخ :

إذا ما رجعنا إلى الفصل 618-3 المشار إليه آنفا، يمكن حصر المهن القانونية المنظمة والتي يخولها قانونها تحرير العقود في صنفين هما: المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى، وباقي المحررين الآخرين.

المحامون :

إذا كانت المادة 30 من القانون رقم 28.08 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، تخول المحامي صلاحية تحرير العقود، فإن الفصل 618-3 من ق.ل.ع بعث الحيلة في هذه المادة، إلا أنه ضيق في المقابل من نطاقها عندما أوكل مهمة تحرير عقود بيع العقار في طور الانجاز للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض،¹⁶ وهذه الصفة لا يكتسبها طبقا للمادة 33 من القانون رقم 82.08 المذكور سوى :

المحامون المقيدون بالجدول منذ خمس عشرة سنة كاملة على الأقل.

المحامون الذين سبق أن عملوا كمستشارين أو محامين عامين بصفة نظامية في محكمة النقض.

قدماء القضاة، وقدماء أساتذة التعليم العالي المعفون من شهادة الأهلية ومن التمرين، عقب انصرام خمس سنوات من تاريخ تقييدهم في بالجدول.

¹¹ * ظهير شريف رقم 1.06.56 الصادر بتاريخ 15 محرم 1427 هـ الموافق لـ 14/02/2006 بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5400 الصادر بتاريخ فاتح صفر 1427 هـ الموافق لـ 02/03/2006، ص: 566.

¹² مرسوم رقم 2.08.378 الصادر في 28 شوال 1429 هـ الموافق لـ 28/10/2008 بتطبيق القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5687 الصادر بتاريخ 02 ذي الحجة 1429 هـ الموافق لـ 01/12/2008، ص: 4403.

¹³ * مرزوق آيت الحاج "الوجيز في التوثيق العدلي بين النظر والتطبيق" مطبعة طوب بريس، الطبعة الثانية 1427 هـ/2006م، ص: 105.

¹⁴ * ظهير شريف 1.11.179 الصادر بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 هـ الموافق 22 نونبر 2011م، بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادر بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 الموافق 24 نونبر 2011، ص: 5611.

¹⁵ * الشروط المنصوص عليها في المواد 30-31-32-37-39-40 من القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

¹⁶ * سعيد الوجدي "الحماية القانونية لمشتري العقار في طور الانجاز" رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق، طنجة 2010، ص: 31.

ومن ثم، يقتصر اختصاص توثيق عقد بيع العقار في طور الانجاز على الخامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض، إذ ألزمه المشرع على احترام شكلية العقد وبياناته تحت طائلة البطلان، كما أنه ومن أجل إضفاء ثبوتية التاريخ على المحرر الذي يوثقه لابد من تصحيح الإمضاءات لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يزاول الخامي مهامه ضمن دائرتها.¹⁷

باقي المحررين :

نص الفصل 618-3 من ق.ل.ع على أن وزير العدل هو المختص بتحديد اللائحة السنوية بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير عقود بيع العقار في طور الانجاز، معلقا أمر تحديد شروط التقييد في هذه اللائحة على صدور نص تنظيمي.

والرجوع إلى المادة الأولى من مرسوم 07 يونيو 2004 المتعلق بتطبيق أحكام الفصلين 618-3 و618-16 من ق.ل.ع، نجده قد أكد على أن تحديد المهن القانونية والمنظمة المخول لها تحرير عقود بيع العقار في طور الانجاز، وكذا تحديد شروط تقييد أعضائها في اللائحة الاسمية المحددة سنويا، يتم بقرار مشترك لوزير العدل ووزير الفلاحة والتنمية القروية والوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالإسكان والتعمير.

وفي انتظار تدارك التأخير الحاصل، وصدرت اللائحة الاسمية عن وزارة العدل يمكن التمييز ضمن محرري العقود بين من يمتنعون هذه المهنة بصورة أصلية وبين من يأخذ بها عن طريق التبعية.

فبصورة أصلية يمتنع تحرير هذه العقود وكلاء الأعمال والمستشارون القانونيون والائتمانيون والخبراء والمحاسبون والمهندسون المعماريون والطوبغرافيون والكتاب العامون.

وبصفة تبعية نجد فئة الخبراء في الشؤون العقارية والشركات العامة التابعة للدولة التي بدورها تتولى تحرير عقود بيع العقارات التي تنجزها مثل المؤسسات الجهوية للبناء والتجهيز والشركة العامة العقارية، والوكالة

الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق وغيرها من المتدخلين في مجال تهيين انجاز العقارات.¹⁸

تقييم الحكم على ضوء ما هو منصوص عليه في القانون :

إن تقييم الحكم موضوع التعليق يستدعي الوقوف عند مدى مطابقة ما قضت به المحكمة لما هو منصوص عليه في القانون (1)، فضلا الحكم على تقييم الحكم (2).

مدى مطابقة ما قضت به المحكمة لما هو منصوص عليه في القانون :

تفيد وقائع الحكم موضوع التعليق أن المدعية تقدمت إلى المحكمة بطلب بطلان العقد الذي يربطها بالمدعى عليها وفسخه، والحكم على هذه الأخيرة بإرجاع مبلغ التسبيق والتعويضات الواجبة للإخلال بالنظام التعاقدية.

استجابة المحكمة لطلب البطلان لا الفسخ :

بالرجوع إلى منطق الحكم المعلق عليه، نجد المحكمة قد استجابت فقط لطلب بطلان العقد دون فسخه، معتبرة البطلان تجريد الالتزام من قوته بعلة وقوع إخلال في أركانه التأسيسية، في حين أن محل الفسخ هو العقد الصحيح. ومن ثم، فإن القراءة الأولية للنصوص التشريعية المؤطرة لكل من البطلان والفسخ باعتبارهما

¹⁷ * عبد الحق صافي، مرجع سابق، ص: 118.

* محمد بلهاسمي التسولي " المحامي وتحرير العقود" سلسلة القانون في خدمة المجتمع، العدد 13، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى 1427هـ/ 2006م، ص: 46.

¹⁸ * محمد بن أحمد بونبات "بيع العقار في طور الانجاز - دراسة في ضوء القانون 44.00" مطبعة الوراقة بمراكش، الطبعة الأولى 2003، ص: 112.

جزائين مدنيين، يتضح أن الأول وفي ظل غياب تعريف المشرع المغربي له، وعلى حد تعبير عبد الرزاق أحمد السنهاوري "هو الجزء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها".¹⁹ وهو في نظر مأمون الكزبري "الجزء الذي يقرره المشرع إما على عدم توافر ركن من أركان العقد، وإما بموجب نص قانوني يقضي في حالة خاصة ولا اعتبارات تتعلق بالنظام العام، ببطالان تصرف ما رغم توفر سائر أركان انعقاده".²⁰

وعليه فإن البطلان يعني إعدام العقد بأثر رجعي كمبدأ عام، لأنه تكون غير مستجمع لعناصره القانونية. أما الثاني أي الفسخ، فهو جزء مدني يرمي إلى وضع حد للعلاقة التعاقدية بمبادرة من أحد الأطراف أو نتيجة لشرط في العقد عند عدم قيام التعاقد الثاني بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فبموجبه يستطيع المشتري إنهاء العقد في حال إخلال البائع بالتزاماته.²¹

ولا يمكن إعمال جزء الفسخ والحكم به من قبل المحكمة إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط من جملتها: وجود عقد صحيح، وإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماتهما التعاقدية، ووفاء طالب الفسخ بالتزاماته التعاقدية، أو بالأقل إعرابه عن استعداده للوفاء بها وباستطاعته إعادة الأمور إلى حالتها الأصلية، فضلا عن إخطار المدين من قبل الدائن بضرورة الوفاء بالتزاماته.

وأمام تأمل المحكمة مدى تحقق شروط الفسخ في النازلة المعروضة أمامها، تبين لها تخلف الشرط الجوهرى لإعمال جزء الفسخ، وهو الشرط الأول المتمثل في ضرورة وجود عقد صحيح يجمع الطرفين المتنازعين ويلقي عليهما بالتزامات متبادلة، الأمر الذي دفع بها إلى التخلي عن النظر في طلب الفسخ، والبحث في مدى إمكانية استجابتها لطلب البطلان.

واستنادا إلى ما سبق ذكره، وتماشيا مع أحكام الفصل 618-3 من ق.ل.ع، وحيث إن البطلان المقرر في الفصل الأخير هو بطلان مطلق يتعلق بالنظام العام، ويجوز لكل ذي مصلحة إثارتها، كما يحق للمحكمة الإعلان عنه من تلقاء نفسها.

وحيث يتبن من وقائع النازلة أننا أمام عقد بيع عقار في طور الانحياز بالمفهوم المحدد في الفصل 618-1 من ق.ل.ع.

وحيث إن الأطراف لم يحترما المقتضيات القانونية المنصوص عليها في الفصل 618-3 من ق.ل.ع، واكتفيا بتحرير العقد بطريقة عرفية وذيلاه بتوقيعهما.

كانت المحكمة على صواب عندما استجابت لطلب المدعية باعتبارها صاحبة المصلحة في إثارة البطلان، وقضت ببطالان العقد الذي يجمعها بالمدعى عليها.

وهكذا، فإن أخذ المحكمة ببطالان العقد بدلا من فسخه راجع بالأساس إلى استحالة الجمع في دعوى واحدة بين دعويين هما دعوى بطلان العقد ودعوى فسخه من جهة، ومن جهة أخرى انعدام وجود عقد صحيح بين الطرفين المتنازعين لعدم توفر شروط شكلية أقرها المشرع بنص قانوني آمر يتعلق بالنظام العام.

عدم استجابة المحكمة لطلب التعويض :

إن عدم استجابة المحكمة لطلب المدعية الرامي إلى التعويض عن التأخير، مستندة، أي المدعية، في ذلك على أحكام الفصل 618-12 من ق.ل.ع الذي نص في فقرته الثانية على أنه "في حال تأخر البائع عن إنجاز العقار

¹⁹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري "الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام" دار النهضة العربية بالقاهرة 1964، ص: 486.

²⁰ مأمون الكزبري "نظرية الالتزام في ضوء ق.ل.ع- الجزء الأول: مصادر الالتزام" مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثانية، ص: 202.

²¹ محمد لشقار، مرجع سابق، ص: 150.

في الأجل، فإنه يتحمل تعويضا بنسبة 1% عن كل شهر من المبلغ المؤدى على ألا يتجاوز هذا التعويض 10% في السنة"، وهو في نظرنا عين الصواب على اعتبار أن طلب المدعية عندما اكتشفت المحكمة موجبات بطلان العقد لم يعد مبنيا على أساس، ومبرر هذا القول إن طلب التعويض المشار إليه أعلاه يفرض وجود عقد صحيح بين الطرفين، مع إخلال البائع بالتزامه بإنجاز العقار موضوع العقد في الأجل المتفق عليه، وحيث إن العقد المذكور هو والعدم سواء لتقرير بطلانه من طرف المحكمة بناء على طلب المدعية، فإن القول باستحقاق هذه الأخيرة التعويض المذكور عن سنتي 2009 و2010 هو قول مناف للصواب وليس له ما يبرره في هذه النازلة.

في حين يعد رفض المحكمة لطلب المدعية بتعويض قدره 20000 درهم عن التدليس والتماطل واستغلال أموال بدون وجه حق والاغتناء على حسابها محل نظر.

إذ أن القراءة المتأنية للأحكام القانونية المؤطرة للتدليس، توضح أن المشرع المغربي لم يعرف التدليس مكتفيا ببيان أحكامه في الفصلين 52 و53 من ق.ل.ع، مما ذهب معه الفقه إلى القول بأن التدليس هو استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد،²² وبقراءة الفصلين المذكورين يتضح أن شروط أعمال التدليس هي:

استعمال المدلس طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد الآخر.

أن تكون الأفعال الاحتياطية هي التي دفعت المدلس عليه إلى التعاقد.

صدور الأفعال الاحتياطية عن المتعاقد الآخر أو نائبه أو عن شخص يعمل بتواطؤ معه.²³

وهي الشروط التي لم تكلف المحكمة نفسها عناء التحقق من توافرها في النازلة المعروضة عليها، مما يفسر عدم توقفها في رفض طلب المدعية بالتعويض، وذلك لعدة اعتبارات من جملة:

إن المدعى عليها باعتبارها شخصية معنوية تعمل في مجال الإنعاش العقاري، وتجعل من العقارات في طور الانجاز مجالا لاستثماراتها، يفترض فيها العلم بالأحكام القانونية المؤطرة لبيع العقار في طور الانجاز، خاصة الجزء المدني المترتب عن عدم تحرير عقد بيع العقار في طور الانجاز في محرر رسمي أو عقد ثابت التاريخ من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويحولها قانونها تحرير العقود.

عدم احترام المدعى عليها التصاميم المعلن عنها في اللوحات الإشهارية، حيث قلصت مساحة الشقة موضوع العقد من 90 إلى 80 متر مربع، كما أنها حذفت المسابح من المشروع عند انجازه، وهي خروقات تبرهن على الطرق التدليسية التي لجأت إليها المدعى عليها لجلب المشتريين.

عدم توثيق العقد وفقا لما هو منصوص عليه في الفصل 618-3 من ق.ل.ع، يبرهن على تهرب الشركة المدعى عليها من إرفاق العقد بالملحقات المنصوص عليها في الفصل المذكور، والتي تشكل قوة إثبات للمشتري ضدها في حال قيام نزاع.

تمتع المدعى عليها بقوة اقتراحية وتفاوضية في العقد، جعلها تستغل المشتري باعتبارها طرفا ضعيفا في العقد، وفي حاجة ملحة للسكن، وتفتقر للخبرة والثقافة القانونية التي من شأنها أن تمكن المدعية من استيعاب قواعد ومضامين إبرام عقد بيع العقار في طور الانجاز، من أجل إيهامها بأن الطريقة العرفية التي أبرم بها العقد

²² * عبد الحق صافي "القانون المدني، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد" الطبعة الأولى 1427هـ/2006م، دون ذكر المطبعة، ص: 328.

²³ * مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص: 99.

صحيحة وقانونية وتضمن حقوق الطرفين، ومن المؤكد أن المدعية لو علمت ببطلان ما هي أقدمت عليه لما كانت أبرمت الصفقة.

إن عدم تنفيذ المدعى عليها العقد في الأجل المتفق عليه رغم توصلها بدفعات من ثمن البيع وبمجموعة من الإنذارات من أجل إتمام إنجاز الشقة موضوع العقد، يترجم كذلك سوء نية المدعى عليها في استغلال المشترية للحصول على تمويل لمشروعها.

وعليه، يتضح أن غاية المدعى عليها هي التدليس على المدعية ودفعها إلى التعاقد وأداء التسبيق والأقساط من أجل تمويل المشروع، في أفق أن تتحلل من التزامها اتجاه المشترية بإنجاز الشقة، عن طريق لجوء هذه الأخيرة إلى القضاء، حيث ستقرر المحكمة بطلان العقد لا الاستجابة لطلبات المشترية لاختلال ركنه الشكلي، وبالتالي تتخلص المدعى عليها من التزاماتها وتبحث عن مشترين جدد بأثمان أكثر مما اتفقت عليه مع المدعية.

الحكم على الحكم: رغم كون هذا الحكم يعتبر بكورة القضاء المغربي في مجال تطبيق القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الانجاز، وكونه سعى إلى التطبيق الحرفي للفصل 618-3 من قانون الالتزامات والعقود، حيث قضى ببطلان العقد الذي يجمع طرفي النزاع لعدم وروده في الشكل المحدد في الفصل المذكور، إلا أن ما يلاحظ هو نظر المحكمة في النازلة المعروضة أمامها من جانب واحد، في الوقت الذي أغفلت فيه جوانب عدة كان من شأنها أن تضمن حقوق المدعية.

ومن ثم، فإن هذا الحكم يبقى في جميع الأحوال حكماً عادياً لا يرقى إلى مصاف الأحكام التي تشكل تحولا نوعيا في الاجتهاد القضائي، وتكرس مبادئ قانونية جديدة.