



حماية الملكية العقارية الخاصة

دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والتشريع الفلسطيني

الدكتور
إبراهيم محمد الخلايلة



دار الثقافة
للنشر والتوزيع
عمان - الأردن



346, 04
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2022/11/5642)
المؤلف: إبراهيم محمد الخلايلة
الكتاب: حماية الملكية العقارية الخاصة
الواصفات: الملكية الخاصة - القانون المدني - القانون المقارن
لا يعبر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أو الناشر
ISBN:978-9923-15-185-3

الطبعة الأولى 2023م - 1444هـ

جميع الحقوق محفوظة © All rights reserved Copyright

يُحظر نشر أو ترجمة هذا الكتاب أو أي جزء منه، أو تخزين مادته بطريقة الاسترجاع، أو نقله على أي وجه، أو بأية طريقة، سواء أكانت إلكترونية أم ميكانيكية، أو بالتصوير، أو بالتسجيل، أو بأية طريقة أخرى، إلا بموافقة الناشر الخطية، وخلاف ذلك يُعرض لطائلة المسؤولية.

No part of this book may be published, translated, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or using any other form without acquiring the written approval from the publisher. Otherwise, the infractor shall be subject to the penalty of law.

المركز الرئيسي
عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني
سوق البتراء - عمارة الحجيري - رقم 3 د
هاتف: 6 4646361 (+962) فاكس: 6 4610291 (+962)
ص.ب 1532 عمان 11118 الأردن
فرع الجامعة
عمان - شارع الملكة رانيا العبد الله (الجامعة سابقاً)
مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري - رقم 261
هاتف: 6 5341929 (+962) ص.ب 20412 عمان 11118 الأردن
Website : www.daralthaqafa.com
e-mail : info@daralthaqafa.com



أسسها خالد محمود جابر حنيف عام 1984 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan

عمان - شارع الملكة رانيا العبد الله (الجامعة سابقاً)
مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري - رقم 261
الطابق الأول - هاتف: 6 5344929 (+962) ص.ب 13488 عمان 11942 الأردن
Website : www.elmiahdawliah.com
e-mail : info@elmiahdawliah.com



أسسها خالد محمود جابر حنيف عام 2000 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 2000 Amman - Jordan

حماية الملكية العقارية الخاصة

دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والتشريع الفلسطيني

الدكتور
إبراهيم محمد الخلايلة

أصل هذا الكتاب (رسالة دكتوراه)
بإشراف الأستاذة الدكتورة فاتحة مشماشي
في جامعة محمد الخامس - المغرب

دار الثقافة
للنشر والتوزيع

1444 هـ - 2023 م

قائمة المختصرات

- م. أ. ع - المجلة : مجلة الأحكام العدلية.
م. ق. م. ف: مشروع القانون المدني الفلسطيني.
ق. ل. ع: قانون الالتزامات والعقود.
م. ح. ع: مدونة الحقوق العينية.
ظ. ت. ع: ظهير التحفيظ العقاري.
ق. م. م: قانون المسطرة المدنية.
م. أ. م: مدونة الأسرة المغربية.
ق. ر: قانون رقم.
م. س: مرجع سابق.
ص: صفحة.

Op Cit: Ouvrage Précité.

P: Page.

N: Number.

ED: Edition.

T: Tome.

L G D G: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Y: Year.

إهداء وشكر

الحمد لله الذي أعانني على إنجاز هذا الكتاب الذي في أصله كان أطروحة دكتوراه

وبعد، أتوجه بأسمى عبارات الشكر والتقدير

إلى كل من وقفوا عوناً وسنداً لي في مسيرتي التعليمية كل باسمه وصفته

وخاصة إلى أبي وأمي وأهلي، وكذلك أساتذتي الأفاضل في المملكة المغربية والأساتذة

الأعزاء في بلدي فلسطين وفي المملكة الأردنية الهاشمية الذين لم يخلوا في معلومة أو

تسهيل الوصول لها

إلى زملائي المحامين الأعزاء شكراً لكم .

وأهدي هذا الكتاب إلى كل قارئ وباحث وطالب وأستاذ ومحامٍ

ولكل باحث للمعلومة القانونية بشكل عام

مراجياً من الله العليّ القدير التوفيق والسداد .

المؤلف

فلسطين

2022/5/31

الفهرس

المقدمة.....13

الباب الأول

الإطار الحمائي العام للملكية العقارية الخاصة

- الفصل الأول: الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة.....35
- المبحث الأول: آلية التوثيق وحماية الملكية العقارية الخاصة.....37
- المطلب الأول: إثبات العقود العقارية بواسطة السندات الرسمية.....38
- الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للسندات الرسمية.....38
- الفقرة الثانية: حجية السندات الرسمية.....54
- المطلب الثاني: الإثبات للعقود العقارية بواسطة السندات العرفية.....79
- الفقرة الأولى: مفهوم السندات العرفية وشروطها.....79
- الفقرة الثانية: حجية السندات العرفية.....83
- المبحث الثاني: الحماية المدنية للحيازة العقارية.....97
- المطلب الأول: ماهية الحيازة العقارية ودعاؤها.....99
- الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للحيازة العقارية.....99
- الفقرة الثانية: دعاوى حماية الحيازة العقارية مدنياً.....113
- المطلب الثاني: خصوصية الحيازة في الأراضي الأميرية والمناطق المصنفة (ج) في فلسطين.....131
- الفقرة الأولى: خصوصية الحيازة للأراضي الأميرية.....132
- الفقرة الثانية: الحيازة العقارية في المناطق المصنفة (ج) في فلسطين.....144

الفهرس

الفصل الثاني: حماية التصرفات الواردة على الملكية العقارية	
الخاصة.....	158
المبحث الأول: إزالة الضرر والغصب عن الملكية العقارية الخاصة.....	161
المطلب الأول: ماهية الضرر والغصب للعقار الخاص.....	161
الفقرة الأولى: مفهوم الضرر والغصب وأساس إزالته عن الملكية الخاصة.....	162
الفقرة الثانية: أشكال الضرر الواقع على الملك العقاري الخاص.....	168
المطلب الثاني: أحكام إزالة الضرر المحدث على العقار الخاص.....	169
الفقرة الأولى: إزالة الضرر المحدث وتقدير التعويض للمالك في القانون	
الفلسطيني.....	169
الفقرة الثانية: إزالة الضرر عن العقار الخاص وتقدير التعويض للمالك في	
القانون المغربي.....	176
المبحث الثاني: دعاوى الضمان وعوارض الأهلية وأثرها على الملكية العقارية	
الخاصة.....	186
المطلب الأول: دور دعاوى الضمان في حماية الملكية العقارية الخاصة.....	186
الفقرة الأولى: دور آلية ضمان التعرض والاستحقاق في حماية ملكية	
العقار.....	187
الفقرة الثانية: دور آلية ضمان العيوب في تثبيت ملكية العقار.....	201
المطلب الثاني: عوارض الأهلية للمتعاقدین وأثرها على الملكية العقارية	
الخاصة.....	211
الفقرة الأولى: عوارض نقص وفقد الأهلية القانونية للمالك.....	212
الفقرة الثانية: ضوابط التصرف في ملكية ناقص وفاقد الأهلية.....	222

الباب الثاني

تأثير القواعد الخاصة في حماية الملكية العقارية

الفصل الأول: دور نظام التحفيظ والتسوية العقارية في حماية الملكية العقارية الخاصة.....	237
المبحث الأول: حماية الملكية العقارية الخاصة خلال المرحلة الإدارية للتحفيظ والتسوية العقارية.....	239
المطلب الأول: انطلاق عملية التحفيظ (التسوية) وتحديد للعقارات.....	240
الفقرة الأولى: انطلاق عملية التحفيظ أو التسوية للعقارات.....	240
الفقرة الثانية: تحديد للعقار محل التحفيظ وعملية التسوية.....	256
المطلب الثاني: التعرضات وأثرها على الملكية العقارية الخاصة خلال التحفيظ والتسوية.....	273
الفقرة الأولى: التعرضات خلال المرحلة الإدارية للتحفيظ والتسوية العقارية.....	274
الفقرة الثانية: التعرضات خلال المرحلة القضائية للتحفيظ "التسوية".....	293
المبحث الثاني: حماية الملكية العقارية الخاصة بعد المرحلة الإدارية في السجل العقاري.....	310
المطلب الأول: إصدار سند التسجيل النهائي للعقار المحفظ وأثره التطهيري.....	310
الفقرة الأولى: إصدار الرسم العقاري وحجته القانونية تجاه المالك والغير.....	311
الفقرة الثانية: المسؤولية القانونية للمحافظ العقاري ومأمور التسوية للأراضي والمياه.....	329
المطلب الثاني: دور آلية التقييد في حماية الحقوق الواردة على العقار المحفظ "المسوى".....	341
الفقرة الأولى: التقييدات العادية في السجل العقاري.....	342
الفقرة الثانية: التقييدات الاحتياطية على الرسم العقاري والتشطيب عليها.....	355

الفهرس

الفصل الثاني: دور القضاء في حماية الملكية العقارية وفقاً للقواعد الخاصة.....	370
المبحث الأول: دور الشفعة والأولوية والقسمة في حماية الملكية العقارية الخاصة.....	371
المطلب الأول: حق الشفعة وحق الأولوية (الرجحان) وحق الأفضلية.....	372
الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لحق الشفعة ولحق الأولوية (الرجحان) وحق الأفضلية.....	372
الفقرة الثانية: الإجراءات الخاصة للمطالبة بالشفعة والأولوية والأفضلية.....	385
المطلب الثاني: دعوى القسمة العينية للعقار المشاع.....	406
الفقرة الأولى: ماهية وشروط القسمة العينية للعقار المشاع.....	407
الفقرة الثانية: إجراءات دعوى القسمة العينية البتية والآثار الناتجة عنها.....	414
المبحث الثاني: دعوى إفراغ العقار ودور الحماية الجنائية للملكية العقارية.....	426
المطلب الأول: أسباب إفراغ العقار المأجور.....	427
الفقرة الأولى: أسباب إفراغ العقار المأجور في قانون رقم 67.12 وقانون رقم 49.16.....	427
الفقرة الثانية: أسباب الإفراغ للعقار المأجور في الضفة الغربية وقطاع غزة.....	453
المطلب الثاني: الحماية الجنائية للعقار الخاص في التشريعين المغربي والفلسطيني.....	467
الفقرة الأولى: شروط جريمة انتزاع الحيازة أو الملكية للعقار من يد الغير.....	467
الفقرة الثانية: الجهات المكافحة للجرائم الماسة بالملكية العقارية الخاصة.....	476
الخاتمة.....	489
المراجع.....	503

المقدمة

خلق الله الإنسان ليسكن الأرض ويعمرها، فكان دائماً حريصاً على الحفاظ عليها والعمل بها وتطويرها بشكل مستمر، ويسعى دوماً إلى توسيع نطاق المساحات التي يعمل بها. والأرض كانت وما زالت عنصراً هاماً للاستقرار والتنمية في مختلف المجتمعات، ونتيجة لتطورها عملت على وضع قوانين تنظم كافة مجالات عيشها خاصة المتعلقة بالعقارات، فتميزت كل بلد بقوانين تنظم هذا الرصيد المهم من الأموال غير المنقولة كما في حالة المملكة المغربية ودولة فلسطين.

حيث تعتبر الأنظمة العقارية السارية في كل من البلدين متميزة بتنوعها وتعددتها، فبالنسبة لطبيعة وأنواع العقارات الموجودة في المملكة المغربية من حيث بنيتها، تتضمن العقارات المحفظة والعقارات غير المحفظة وكذلك العقارات في طور التحفيظ، ومن حيث أنواعها فإنها تشمل الملك الخاص وملك الدولة العام وملك الدولة الخاص والملك الوقفي وملك الجماعات الترابية وملك الأراضي الجماعية⁽¹⁾.

كذلك في دولة فلسطين تتنوع الأنظمة العقارية حيث تحتوي خمسة أنواع وهي؛ العقارات الملك، والعقارات الأميرية والعقارات الموقوفة والعقارات المتروكة والعقارات الموات. أما من حيث بنيتها فهي تشمل العقارات المساواة والعقارات في طور التسوية والعقارات غير المساواة.

أما فيما يتعلق بالإطار القانوني المنظم للملكية العقارية الخاصة في المملكة المغربية فإنه تطور بشكل تدريجي بدءاً من فترة دخولها للإسلام وما خلفه الفقه المالكي من قواعد فقهية ساهمت بشكل كبير في الحفاظ على الملكية العقارية الخاصة. وما خلفته فترة الحماية الفرنسية على المغرب إلى حين استقلاله من قوانين

(1) العربي محمد مياذ: "الدليل العملي للملك الخاص للدولة على ضوء القانون والعمل القضائي"، مطبعة بروموبا - الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص 9.

المقدمة

متعددة. ثم مرحلة ما بعد الاستقلال إلى الوقت الحالي، كل ذلك أوجد العديد من التعديلات والتشريعات المتنوعة والكثيرة، أدت إلى بروز نظام العقارات المحفظة والعقارات في طور التحفيز والعقارات الغير محفظة.

بينما في الوضعية القانونية لحالة العقارات في فلسطين، يتضح بأنها خضعت لموجة كبيرة من التعديلات والتشريعات الجديدة تفوق ما حصل في المملكة المغربية، بحيث خلفت كل فترة من فترات الحكم المتعاقبة على فلسطين التاريخية تعديلات وتشريعات خاصة بها⁽¹⁾، فتعددت الجهات التي حكمت فلسطين، بدءاً من الحكم العثماني والانتداب البريطاني والحكم الأردني للضفة الغربية والحكم المصري لقطاع غزة، ثم الاحتلال الإسرائيلي، وأخيراً قدوم السلطة الوطنية الفلسطينية لأرض الوطن عام 1994.

حيث قامت السلطات الحاكمة المتعاقبة على فلسطين التاريخية، خاصة في مرحلة ضعف الدولة العثمانية، وأيضاً خلال مرحلة الانتداب البريطاني، بالعمل على إصدار العديد من القوانين العقارية التي أدت بالنتيجة إلى إضعاف حماية الملكية العقارية الخاصة⁽²⁾، وتسهيل تمليكها وتسريبها لليهود الوافدين من كافة أقطاب العالم بنية إنشاء الوطن القومي اليهودي المزعوم، والذي نذكر منها: قانون انتقال الأراضي لعام 1920، وقانون الأراضي المحلولة لعام 1920، وقانون أراضي الموات لعام 1921⁽³⁾، وغيرها العديد من القوانين التي سيتم توضيح أثرها على الملكية العقارية

(1) أمين دواس: "قانون الأراضي"، نشر المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، فلسطين، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص 11.

(2) حسين عاهد حسين عيسه: "النظام القانوني للملكية الأراضي في الضفة الغربية وقطاع غزة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - طنجة، السنة الجامعية 2017 - 2018، ص 56.

(3) سلمى سليمان: "الأراضي قوانين وإجراءات"، إصدار الكلية العصرية الجامعية، رام الله - فلسطين، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص 28.

المقدمة

الخاصة في فلسطين، والذي كان خلال فترة الانتداب البريطاني حيث ساهم ذلك بشكل كبير في إضعاف هذه الملكية العقارية، وتهيئة كل الظروف لإنشاء دولة الاحتلال فوقها، بخلاف الأصل لمفهوم الانتداب الذي يهدف من ورائه إلى تخليص سكان الدولة محل الانتداب من آثار احتلالها من قبل دولة أخرى، ولكن حقيقة الأمر مختلفة، بحيث كان سبب وجود هذا الانتداب مجرد ذريعة للتمهيد لإنشاء الوطن اليهودي الاحتلالي على أرض فلسطين التاريخية⁽¹⁾. واستكمالاً لدور الانتداب البريطاني، جاء دور الاحتلال الإسرائيلي بعد احتلاله الفعلي لكامل فلسطين التاريخية وما فرضه من تعديلات على القوانين العقارية النافذة بموجب الأوامر العسكرية، حيث يتضح بأن الهدف الأساسي من ورائها، يكمن في إضعاف الملكية العقارية الخاصة للفلسطينيين سواء الذين بقوا في أرضهم المحتلة أو الذين هجروا بفعل أعمال الحرب التي تم ارتكابها من قبل الاحتلال منذ عام 1948.

أدى التدخل في الجانب التشريعي من قبل السلطات المتعاقبة على فلسطين إلى أن يأخذ قالباً مؤثراً في حماية الملكية العقارية الخاصة في فلسطين، حيث صدرت تلك القوانين في حقب حكمية مختلفة، ثم تبعها تعديلات بموجب الأوامر العسكرية الإسرائيلية التي بقيت نافذة ولم تلغ ومن تلك القوانين يذكر؛ مجلة الأحكام العدلية (الحكم العثماني)⁽²⁾، وقانون الأراضي عام 1858 (الحكم العثماني)⁽³⁾، وقانون

(1) حسين عاهد حسين عيسه: "النظام القانوني للملكية الأراضي في الضفة الغربية وقطاع غزة"، م س، ص 53.

(2) تجدر الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293 هـ (1876م)، تم إصدارها من قبل الدولة العثمانية، دون تحديد تاريخ النشر بالضبط أو عدد الجريدة الرسمية وتاريخ نشرها أيضاً، المصدر: موقع المقتضي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين)، الرابط الإلكتروني:

<http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/LegCard.aspx?id=3905>.

تاريخ الزيارة: 20 - 1 - 2020، وقت الزيارة: 2.48 مساءً. وهي بمثابة التشريع المدني الساري في الضفة الغربية وقطاع غزة إلى أن يتم المصادقة على مشروع القانون المدني الفلسطيني المعد منذ عام 2003.

(3) أيضاً نشير إلى أن قانون الأراضي، تم إصداره من قبل الدولة العثمانية، بتاريخ: الأول من ذي الحجة في عام 1274 هـ، (12 يوليو من عام 1885م)، ولم يتم تحديد عدد الجريدة الرسمية التي نشر فيها، وهذا القانون بقي سارياً في كل

المقدمة

التصرف في الأموال غير المنقولة لعام 1913 (الحكم العثماني)⁽¹⁾، وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 (الحكم الأردني)⁽²⁾، وقانون رقم 41 لسنة 1953 المتعلق بتحويل الأراضي من نوع الأميري إلى ملك خاص (الحكم الأردني)⁽³⁾، وقانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 (الحكم الأردني)⁽⁴⁾، وقانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها، رقم 6 لسنة 1964 (الحكم الأردني)⁽⁵⁾، وقانون رقم 51 لسنة 1958، المتعلق بتعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة (الحكم الأردني)⁽⁶⁾. وقانون منازعات وضع اليد رقم 76 لسنة 1932 (الانتداب البريطاني)⁽⁷⁾.

من الضفة الغربية وقطاع غزة. المصدر: موقع المفتي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين)، الرابط الإلكتروني: <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/LegCard.aspx?id=11849>، تاريخ الزيارة: 20 - 1 - 2020، وقت الزيارة: 2.38 مساءً.

(1) وكذلك تشير إلى أن قانون التصرف في الأموال غير المنقولة لعام 1331 هـ، الصادر من قبل الدولة العثمانية، بتاريخ: 5 جمادى الأولى 1331 هـ (11 أبريل 1913)، وهو ساري فقط في قطاع غزة دون الضفة الغربية، ولم يتم تحديد عدد الجريدة الرسمية التي نشر فيها. المصدر: موقع المفتي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين)، الرابط الإلكتروني: <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/LegCard.aspx?id=7024>، تاريخ الزيارة: 20 - 1 - 2020، وقت الزيارة: 2.33 مساءً.

(2) قانون رقم 49 لسنة 1953، المتعلق بالتصرف في الأموال غير المنقولة، المنشور في الجريدة الرسمية (الحكم الأردني للضفة الغربية وجاري به العمل حالياً)، عدد 1135، الصادرة بتاريخ: 1 - 3 - 1953، ص: 577.

(3) قانون رقم 41 لسنة 1953، المتعلق بتحويل الأراضي من نوع الميري إلى ملك، المنشور في الجريدة الرسمية (الحكم الأردني للضفة الغربية وجاري به العمل حالياً)، عدد 1134، الصادرة بتاريخ: 16 - 2 - 1953، ص: 559.

(4) قانون رقم 40 لسنة 1952، المتعلق بتسوية الأراضي والمياه، المنشور في الجريدة الرسمية (الحكم الأردني للضفة الغربية)، عدد 1113، الصادرة بتاريخ: 16 - 6 - 1952، ص: 279.

(5) قانون رقم 6 لسنة 1964، المتعلق بتسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يسبق تسجيلها، المنشور في الجريدة الرسمية (الحكم الأردني ومطبق في الضفة الغربية دون قطاع غزة)، عدد 1743، الصادرة بتاريخ: 1 - 3 - 1964، ص: 199.

(6) قانون رقم 51 لسنة 1958 معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، المنشور في الجريدة الرسمية (الحكم الأردني ومطبق في الضفة الغربية دون قطاع غزة)، عدد 1410، الصادرة بتاريخ: 1 - 1 - 1959، ص: 50.

(7) قانون رقم 76 لسنة 1932، المتعلق بمنازعات وضع اليد على الأراضي، المنشور في مجموعة درايتون (الانتداب البريطاني)، عدد 76، الصادرة بتاريخ: 22 - 1 - 1937، ص: 949.

المقدمة

بينما كان تدخل سلطات الاحتلال من خلال الأوامر العسكرية التي ترتب عنها تعديل بعض القوانين سאלفة الذكر؛ الأمر عسكري رقم 811 لسنة 1979⁽¹⁾، بشأن قانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958. والأمر عسكري رقم 847 لسنة 1980⁽²⁾، بشأن قانون تعديل الأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة (تعديل). والأمر عسكري رقم 448 لسنة 1971⁽³⁾، بشأن تعديل قانون تسجيل الأموال غير المنقولة التي لم يتم تسجيلها بعد، وغيرها من الأوامر العسكرية.

كذلك لم يقتصر تدخل الاحتلال على صعيد تعديل القوانين العقارية بشكل طفيف، بل امتد لكي يشمل مجموعة آليات إضافية تقوم بالاعتداء والاستيلاء على الملكية العقارية للمواطنين الفلسطينيين في كافة مناطق الضفة الغربية وقطاع غزة، وخاصة في المناطق المصنفة (ج) منها، من خلال فرضه أوامر عسكرية متعددة تقيد وتسلب الملكية العقارية الخاصة⁽⁴⁾، نظراً لخصوصية هذه المناطق في الضفة الغربية، التي تشكل ما مساحته 61٪ منها، بما فيها القدس الشرقية، وبموجب هذه القيود الإسرائيلية يتم فرض قيود كبيرة على المالكين، في استعمال واستغلال عقاراتهم، ناهيك عن سيطرته على مساحات شاسعة من الرصيد الاحتياطي من أراضي الدولة، وغيرها من المساحات الشاسعة من الأراضي الزراعية وغيرها من الأراضي التي تحتوي على ثروة متعددة الجوانب لا تقدر بثمن. ويتضح من الوهلة الأولى بأن القيود الاحتلالية

(1) والمنشور في العدد 46 من المناشير والأوامر والتعيينات (خلال فترة الاحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية وجاري به العمل حالياً)، بتاريخ 31 - 8 - 1981، ص: 231.

(2) أمر عسكري رقم 847 لسنة 1980، والمنشور في العدد 47 من المناشير والأوامر والتعيينات (خلال فترة الاحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية وجاري به العمل حالياً)، بتاريخ 30 - 4 - 1982، ص: 449.

(3) أمر عسكري رقم 448 لسنة 1971، المنشور في المناشير والأوامر والتعيينات (الاحتلال الإسرائيلي - الضفة الغربية وجاري به العمل حالياً)، عدد 29، بتاريخ 12 - 9 - 1972، ص: 1088.

(4) عائشة أحمد: "السياسات الإسرائيلية في المناطق المصنفة (ج)، معوقات التنمية فيها وتدخلات الحكومة الفلسطينية في مواجهتها (خطط وتحديات)"، سلسلة تقارير خاصة رقم: 85، الصادر عن الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المطالم)، رام الله، فلسطين، سنة 2016، ص: 7.

المقدمة

على الملكية العقارية الخاصة في الضفة الغربية يهدف من ورائها إلى منع المالكين من التصرف في ملكهم وعدم تدميرها أو تطويرها.

عندما دخلت السلطة الوطنية الفلسطينية عام 1994 أرض الوطن، وجدت نفسها أمام كم هائل من القوانين التي أضعفت مكانة ووضع الملكية العقارية الخاصة، وأمام وضع قانوني نادر الحدوث لأي دولة أخرى في العالم. عندئذ قام المجلس التشريعي الفلسطيني بإصدار تشريعات تنظم مجال العقارات في دولة فلسطين، ومن التعديلات التي حدثت منذ قدوم السلطة الوطنية الفلسطينية هو إنشاء سلطة الأراضي الفلسطينية⁽¹⁾، وكذلك إعادة إنشاء هيئة التسوية للأراضي والمياه⁽²⁾، التي كان الاحتلال قد أوقف نشاطها منذ انتهاء الحكم الأردني على الضفة الغربية عام 1967.

لكن هذا الدور المتواضع للسلطة الوطنية الفلسطينية أدى إلى حالة من التخبط في تطبيق القوانين خاصة، عندما تم التأكيد على سريان كافة القوانين التي كانت مطبقة على أرض الضفة الغربية وقطاع غزة قبل يوم 5 - 6 - 1967 وما وقع عليها من تعديلات بموجب الأوامر العسكرية بقيت سارية هي أيضاً، وذلك بموجب القرار الرئاسي رقم 1 لسنة 1994⁽³⁾، في المادة الأولى منه التي نصت على أنه: "يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية "الضفة الغربية وقطاع غزة" حتى يتم توحيدها". في حين كان من

(1) بموجب القرار بقانون رقم: 6 لسنة 2010، المتعلق بسلطة الأراضي الفلسطينية، المنشور في الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، عدد 86، الصادرة بتاريخ: 9 - 6 - 2010، ص: 5.

(2) بموجب القرار بقانون رقم: 7 لسنة 2016، المتعلق بهيئة تسوية الأراضي والمياه الفلسطينية، المنشور في الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، عدد ممتاز رقم 11، الصادرة بتاريخ: 20 - 3 - 2016، ص: 57.

(3) قرار رئاسي رقم (1) لسنة 1994، بشأن استمرار العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية حتى يتم توحيدها، المنشور في الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، عدد 1، الصادرة بتاريخ: 20 - 11 - 1994، ص: 10.

المقدمة

الأفضل تفعيل السلطة الوطنية الفلسطينية لدور المجلس التشريعي خاصة من خلال العمل على إلغاء القوانين الماسة بالملكية العقارية الخاصة، وأيضاً العمل على توحيد التشريعات المتعددة والمتعارضة في بعض الأحيان بين الضفة الغربية وقطاع غزة، الذي يفترض أنهما جزئي وطن واحد.

يوجد في النظام العقاري الفلسطيني نوع من العقارات التي يطلق عليها الأراضي الأميرية المحددة في قانون الأراضي العثماني لعام 1858 في المادة الأولى منه⁽¹⁾. وهو نوع من العقارات التي لا يوجد مقابل لها في النظام العقاري المغربي، حيث يتميز صاحب حق التصرف فيها بأنه يتمتع بكافة حقوق وخصائص حق الملكية الأصلي ولكنه ليس بمالك لها قانوناً، وهو ما يدفع إلى تمحيص وضعية صاحب حق التصرف في هذا النوع من العقارات في فلسطين (الضفة الغربية وقطاع غزة)، وتوضيح أثر الإبقاء على هذا النوع من العقارات التي خلفتها الدولة العثمانية إبان حكمها لفلسطين التاريخية على حماية الملكية العقارية الخاصة. وكيف عمل الاحتلال الإسرائيلي على استغلال الأحكام القانونية القديمة للاستيلاء على عقارات المواطنين الفلسطينيين.

فنظراً لما لحق الملكية في العقارات الخاصة من أهمية ومكانة خاصة، فقد قام كلا المشرعين المغربي والفلسطيني بالاعتراف بحق الملكية، وأيضاً إقرار العديد من المبادئ التي تحرص على حماية وتكريس هذا الحق السامي، وذلك على المستوى الوطني وأيضاً على المستوى الدولي كذلك.

(1) المادة الأولى من قانون الأراضي العثماني، التي نصت على أنه: "تقسم الأراضي الكائنة في ممالك الدولة العلية إلى خمسة أقسام:

القسم الأول: الأراضي المملوكة أي الأراضي الجاري التصرف بها بوجه الملكية.

القسم الثاني: الأراضي الأميرية.

القسم الثالث: الأراضي الموقوفة.

القسم الرابع: الأراضي المتروكة.

القسم الخامس: الأراضي الموات."

المقدمة

فيإذا تم التمعن في التشريع المغربي، فيتضح بأنه اعترف بحق الملكية. وأكد على المكانة الهامة لهذا الحق العيني في الدستور المغربي لعام 2011 خاصة في الفصل 35 الذي نص على أنه: "يضمن القانون حق الملكية".

بينما في المقابل يتضح أيضاً تأكيد المشرع في دولة فلسطين على حماية حقوق الإنسان بشكل عام، وعلى الرغم من عدم النص على حق الملكية صراحة إلا أن فلسطين موقعة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي يدخل من ضمنها حق الملكية. حيث جاء في القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 كما تم تعديله⁽¹⁾، وخاصة في المادة العاشرة منه التي نصت على أنه:

- 1- "حقوق الإنسان وحياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام.
- 2- تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان".
- وعلى الصعيد الدولي، جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مؤكداً أيضاً على حماية حق الملكية، خاصة في المادة 17 منه والتي نصت على أنه:
- 1- "لكل فرد حق في التملك، بمفرده أو بالاشتراك مع غيره.
- 2- لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً"⁽²⁾.

نطاق البحث وأهميته:

1. نطاق البحث:

إن البحث في مجال الملكية العقارية الخاصة وسبل حمايتها، يتطلب الخوض في مختلف مقتضيات التشريعات المغربية والفلسطينية، لتسليط الضوء على أهم الآليات

(1) القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 كما تم تعديله، المنشور في الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، عدد ممتاز، بتاريخ: 19 - 3 - 2003، ص: 5.

(2) انظر: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 217، في باريس، بتاريخ: 10 كانون أول - ديسمبر 1948، المنشور في الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة، الرابط الإلكتروني: <https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/index.html>.

وقت الزيارة: 1:00 مساءً، بتاريخ: 5 - 1 - 2020.

المقدمة

القانونية التي يمكن من خلالها حماية حق الملكية في العقارات الخاصة. تلك الآليات الحمائية التي وردت في القواعد القانونية العامة، أو التي وردت في القواعد القانونية الخاصة، تم العمل على تحليلها ومقارنة مدى فعاليتها في خلق بيئة قانونية آمنة ومستقرة، للمالكين وللغير ذوي الحقوق.

ولتسليط الضوء حول مدى فعالية هذه القواعد القانونية العامة والخاصة على حد سواء، لم يتم التطرق للمقتضيات القانونية فقط بل تم التطرق لمعالجة دور القضاء في كلا البلدين، وذلك في سبيل توضيح صورة البيئة القانونية لحماية الملكية العقارية الخاصة ومدى فعالية هذا الدور القضائي في تطبيق القواعد الحمائية لها.

كل ذلك، يقود إلى ضرورة توضيح معالم هذه الآليات التي تشكل معالم الحماية للملكية العقارية الخاصة، سواء وفقاً للقواعد القانونية العامة أو القواعد القانونية الخاصة، والتي تشمل عدة آليات من أهمها، آلية التوثيق للمعاملات العقارية؛ ولتوضيح دور وفعالية آلية التوثيق، يتطلب ذلك مقارنة الشروط والضوابط الواجب توفرها فيها المحددة في القواعد القانونية العامة والقواعد القانونية الخاصة.

في جانب آخر يتعلق بالبحث عن سبل حماية ملكيات الفاقدين والناقصين للأهلية القانونية، حيث إنه ليس كل الخاضعين للقوانين يمتلكون الأهلية القانونية الكاملة، منهم من هو فاقد وناقص لها، وهؤلاء قد يمتلكون عقارات خاصة بهم، فكيف يمكن حماية ملكيتهم العقارية الخاصة.

كذلك فيما يتعلق بضمانات تنفيذ الالتزامات في العقود العقارية، هل تعتبر الضمانات الواردة في القواعد العامة كافية لتحقيق ذلك أم لابد من اللجوء للضمانات الواردة في القواعد الخاصة أو العمل بالموازنة بينهما كلاهما. وكيف عمل كلا المشرعين على فرض شروط الحيابة العقارية المكسبة للملكية العقارية وسبل حمايتها.

المقدمة

وهل حققت القواعد القانونية المتعلقة بضمان الضرر والغصب الواقع على العقارات الخاصة الحماية المرجوة للمالكين. وكيف عمل نظام السجل العقاري في كلا التشريعين المغربي والفلسطيني⁽¹⁾، على حماية الملكية العقارية الخاصة من خلال دخولها في نظامه.

إن حالة الشيوع في المال غير المنقول الذي في وضعية قانونية شائعة بين الملاك⁽²⁾، يتطلب البحث عن الآليات القانونية التي يمكن للمالك الشريك اللجوء لها للخروج منها، والظفر بحرية التصرف بملكه العقاري. وكيف عمل كلا المشرعين على حماية الملكية العقارية الخاصة المكتراة، سواء للغرض السكني أو المهني وكذلك المكتراة لغرض التجاري والصناعي والحرفي. ولا يخفى على أحد الدور الهام للقواعد القانونية الواردة في التشريع الجنائي وما تضمنتها من آليات يمكن من خلالها فرض طوق حامي للملكية العقارية الخاصة، في كلا التشريعين المغربي والفلسطيني.

2- أهمية الموضوع:

نظراً لما لحق الملكية من مكانة وخصوصية قانونية واقتصادية واجتماعية، فإنه يعتبر من أهم الحقوق التي تم تنظيمها في مختلف القوانين الخاصة سواء في المملكة المغربية أو في دولة فلسطين، والذي يتميز بأنه لا يحتاج إلى حق آخر لكي ينشأ

(1) محمد خيرى: "العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي - المساطر الإدارية والقضائية للتحفيظ"، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، الطبعة الأولى، سنة 2014، ص 625.

- سلمى سليمان: "الأراضي وقوانين وإجراءات"، م س، ص 15.

- أحمد قنديل: "شرح قانون تسوية الأراضي والمياه والقوانين الأخرى المكمل"، نشر دار الأديب، عمان، الأردن، الطبعة الأولى سنة 2013، ص 82.

(2) علي حيدر: "درر الحكام شرح مجلة الأحكام"، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية سنة 2015، ص 741.

المقدمة

صحيحاً⁽¹⁾، وفقاً للمادة 9 من مدونة الحقوق العينية⁽²⁾، وأنه من الحقوق العينية الأصلية⁽³⁾، التي تعطي صاحبها سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف للعقار محل الملكية، أي أن هذا الحق يخول صاحبه استعمال الشيء في كل ما أعد له وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه⁽⁴⁾، والمقصود بسلطة الاستغلال للمالك، أن يقوم باستغلال ملكه والانتفاع من خيراته سواء بشكل شخصي، أو من قبل من ينوبه في ذلك، وهذا الاستغلال يشمل جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية، أما سلطة التصرف في الملكية

(1) Ch. LARROUMET, Droit civil, Les biens droits réels principaux, T 2,3 éme Ed, Economica, Paris, y 1998, p, n 22.

- J-L. BERGEL, Traité de droit civil, les biens, L.G.D.J. DELTA, y 2000, p, n 42.

أوردتهم: رمزي ساسي: "إشهار الحق العيني العقاري"، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص: 34.

(2) القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.11.178، بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 هـ، (22 نوفمبر 2011)، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5998، بتاريخ 27 من ذي الحجة 1432 هـ (24 نوفمبر 2011)، ص: 5587.

- وفقاً للمادة 9 من ذات المدونة، والتي نصت على أنه: "الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه.

- والحقوق العينية الأصلية هي: حق الملكية ...".

(3) وهذا الحق العيني الأصلي، يمكن أن يظفر به المالك وحده، وأن ينتفع به من خلال تأجير العقار على سبيل المثال، أو يمكن أن يكون في وضعية مشتركة إجبارية تعرف بحالة الشيع، ويكون المالك في هذه الحالة محدود التصرف في ملكه ويخضع للقيود القانونية لحالة الشيع التي يوجد فيها عقاره. ويتميز حق الملكية بأنه حق جامع، ومانع ودائم. والمقصود بأنه حق جامع أنه حق يجمع السلطات الثلاث للمالك من استعمال واستغلال وتصرف، وأنه حق مانع أي أنه حق يقتصر على صاحبه المالك دون غيره، وفيما يتعلق بأنه حق دائم، أي أنه حق لا يحد نطاقه أي قيد زمني وأنه غير مرهون بوقت محدد، فيبقى هذا الحق قائماً ما دام العقار موجوداً وحتى إن هلك العقار يبقى هذا الحق وينتقل بين ورثة المالك. كل هذه السلطات والخصائص لا يحدّها إلا القانون.

- يراجع: عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية"، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1970، ص: 534.

(4) عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية"، م. س، ص: 497.

المقدمة

فيقصد بها حرية إجراء المالك كافة التصرفات القانونية والمادية الناقلة وغير الناقلة للملكية كالرهن والبيع وغيرها⁽¹⁾.

أهمية الموضوع على المستوى النظري:

تظهر حينما تؤدي الملكية العقارية الخاصة دوراً جوهرياً في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾، وهو ما أكدته الرسالة الملكية الموجهة إلى المشاركين في المناظرة الوطنية حول السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية⁽³⁾، حيث جاء في منها: "إن العقار عامل إنتاج استراتيجي ورافعة أساسية للتنمية المستدامة بمختلف أبعادها. فالعقار هو الوعاء الرئيسي لتحفيز الاستثمار المنتج المدر للدخل والموفر لفرص الشغل ولانطلاق المشاريع الاستثمارية في مختلف المجالات الصناعية والفلاحية والسياحية والخدماتية وغيرها".

ولكن هذه الفعالية للملكية العقارية الخاصة في كلا البلدين، تحتاج لكي تكون ذات تأثير حقيقي في التنمية، إلى أن يتم تنظيمها وحمايتها في القوانين السارية فيها، فتطور البلاد وتحقيق تنمية فعالة فيها لا يتحقق إلا بقدرة الدولة على توفير بيئة قانونية توفر الاطمئنان للمالكين ولأصحاب الحقوق، نظراً للتأثير المهم لهذا الاطمئنان على السلم الاجتماعي في البلاد⁽⁴⁾.

ولما لتوفير الأمن القانوني والعقاري من أثر مهم في تحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة، من خلال تحصين هذه الثروة من المنازعات وضبط وضعيتها القانونية⁽⁵⁾،

(1) عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية"، م س، ص: 502.

(2) محمد مجبوبي: "أساسيات في نظام التحفيظ العقاري والحقوق العينية العقارية"، مطبعة المعارف - الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2014، ص: 11.

(3) الرسالة الملكية الموجهة إلى المشاركين في المناظرة الوطنية حول السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، صغيرات، في 8 - 9 دجنبر 2015، ص: 2.

(4) حسن الزاهر: "حماية الملكية العقارية"، مقال منشور في مجلة القبس المغربية، العدد الثالث، في يوليوز 2012، ص 24.

(5) نزهة الخلدي: "التوثيق دعامة أساسية لتحقيق الأمن العقاري"، مقال منشور في المنازعات العقارية، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط، طبعة سنة 2018، ص: 84.

المقدمة

وتطوير ترسانتها التشريعية وتحديثها بما يتناسب مع التطور الحاصل في مختلف مجالات الحياة العملية وخاصة المتعلقة بالعقارات وتداولها.

أهمية الموضوع على المستوى العملي:

تظهر من خلال ما أصبحت البيئة القانونية المتعلقة بالملكية العقارية الخاصة في خطر نتيجة بروز العديد من أشكال التعديات وأعمال الاستيلاء عليها، التي أصبحت تمس الهدف الأساسي من فرض القوانين التي يهدف منها أساساً تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع من خلال فرض احترامها ومنع تجاوزها من قبل المخالفين لها ذوي سوء النية⁽¹⁾، الذين من خلال لجوئهم لهذه الأعمال الماسة بالملكية العقارية الخاصة بمختلف الطرق التقليدية والحديثة منها، أدت بالنتيجة إلى إحداث خلل في الأمن القانوني والعقاري، سواء في المملكة المغربية أو في دولة فلسطين.

تلك الأهمية العملية للموضوع لكي تظهر بشكل جلي، فإنه من المهم معالجة الدور التي تقوم به أهم القواعد القانونية التي عملت على تكريس حق الملكية العقارية الخاصة، بدءاً من القواعد القانونية العامة، السارية في المغرب ثم السارية في فلسطين، وهذه القواعد الواردة في قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية، وما يقابلها في التشريع الساري في فلسطين من مجلة الأحكام العدلية العثمانية الأصل، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وكذلك تبيان دور القواعد القانونية الخاصة في سبيل فرض واقع عقاري آمن ومستقر من خلال مجموعة القوانين السارية في كلا البلدين.

حيث إنه كلما توفرت الحماية الفعالة للملكية العقارية الخاصة أدى بالنتيجة إلى تعزيز فرص الاستثمار المتعدد الأغراض، في كلا البلدين، حيث إن الاستثمار

(1) حسن فتوح: "حسن النية وسوؤها في حقل التصرفات العقارية"، مقال منشور في مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 78 سنة 2014، ص 407.

المقدمة

بشكل عام يوجد ويتوسع أينما وجدت أرضية آمنة وصلبة تقوم عليها ، وتحفظ استمرارها ، وهذا الاستمرار والإنتاج قد يتأثر بشكل سلبي إذا لم تتم حماية الملكيات العقارية التي تنشأ فوقها.

لكن مدى فعالية القواعد القانونية سواء العامة أو الخاصة منها وما تتضمنه من آليات تشكل الدرع الواقعي لحق الملكية في العقارات الخاصة ، تحتاج إلى تكريس واقعي لها ، وذلك التكريس يتضح من خلال ما جادت به الأعمال القضائية المرتبطة بها ، والصادرة عن مختلف المحاكم بتعدد درجاتها في كل من المغرب وفلسطين.

إشكالية الكتاب:

إن تسليط الضوء على حق الملكية في العقارات الخاصة ، والوصول إلى واقع قانوني وعقاري آمن لها ، فإنه في حقيقة الأمر يتطلب تضافر الجهود بين كافة الفاعلين في المجال القانوني والعقاري ، وأيضاً بين الفاعلين في كافة أجهزة الدولة للحفاظ عليه وتكريس ثقافة الأمن القانوني والعقاري في كلا النظامين القانونيين المغربي والفلسطيني. وكل ذلك يدفعنا باتجاه طرح الإشكالية الرئيسة للأطروحة ، التي تنصب حول مدى فعالية دور التشريع والقضاء في حماية الملكية العقارية الخاصة وتكريسها ، في ظل تعدد القوانين والأنظمة الجاري بها العمل ، ومدى تأثيرها في استقرار المعاملات العقارية والحفاظ على المراكز القانونية لأصحاب الحقوق الواردة عليها ، في ظل واقع معاش يتميز بعدم احترام خصوصية الملكية العقارية الخاصة وظهور العديد من التعديات عليها في المملكة المغربية ودولة فلسطين؟

المناهج العلمية المستخدمة في الكتاب:

في سبيل معالجة وضعية الملكية العقارية الخاصة ، في كلا النظامين القانونيين ، وأيضاً عندما نكون أمام وضعية قانونية نادرة الحدوث ، كما في حالة النظام التشريعي الفلسطيني ، وكذلك لمعالجة وتحليل الإشكالية الرئيسة ، تم استخدام مجموعة من المناهج العلمية ، في سبيل إيجاد معالجة شاملة لموضوع البحث.

المقدمة

خطة البحث:

من أجل معالجة الإشكالية الرئيسية للأطروحة تم اعتماد التصميم التالي:

الباب الأول: الإطار الحمائي العام للملكية العقارية الخاصة.

الباب الثاني: تأثير القواعد الخاصة في حماية الملكية العقارية.