المصطفى الزرقاني
دكتور في الحقوق
قاض

استبعاد وترجيح الرسوم المثبتة لملكية العقارات غير المحفظة

DAR AL AFAK
COPY

الجزء الأول

النظرية العامة في استبعاد وترجيح رسوم التملك

السلطة التقديرية للقضاء في استبعاد رسوم التملك وترجيحها



الفهرس

بيان الرموز والمختصرات : Principales abréviations 5
المقدمة 7
أولا – مدخل إلى الموضوع 7
ثانيا – إشكالية الموضوع 15
ثالثا – أهمية الموضوع 17
رابعا – دوافع اختيار الموضوع (والدراسات السابقة) 21
خامسا – نطاق البحث 24
سادسا – صعوبات البحث 29
سابعا – منهجية البحث وخطته 30

الباب الأول:
النظرية العامة لاستبعاد وترجيح رسوم التملك

الفصل الأول: الترجيح والاستبعاد في رسوم التملك 35
الفرع الأول: الأحكام العامة لرسوم تملك العقارات غير المحفظة 35
المبحث الأول: ماهية رسوم التملك 35
المطلب الأول: أصول رسم الملكية وطبيعته التوثيقة 36
الفقرة الأولى: أصول ترجيح واستبعاد رسوم التملك 36
أولا: أصول العمل برسم الملكية 36
ثانيا: الأصول الفقهية للاستبعاد والترجيح 42
ثالثا: تطور الترجيح بين البينات في كتب الفقه المالكي 45
رابعا: الاختلاف بين تطور ضوابط الترجيح وأسباب الاستبعاد 58

الفقرة الثانية: الأساس الفقهي لعملية الترجيح بين رسوم التملك واستبعادها 58
أولا: الأساس الفقهي لعملية الترجيح بين رسوم التملك واستبعادها
في الفقه الإسلامي 58
ثانيا: الأساس الفقهي لعملية الترجيح بين رسوم التملك واستبعادها في القانون 62
أ – فكرة الترجيح والتعارض في القانون 62
ب – نظرية الإثبات النسبي لحق الملكية العقارية 66
ج – نظرية الحجج الأكثر إقناعا للمحكمة 68
د – ضوابط الترجيح لدى القضاء الفرنسي 69
ثالثا: تقدير الأساس الفقهي للترجيح والاستبعاد في الفقه الإسلامي والقانون 70
المطلب الثاني: الطبيعة التوثيقة لرسم الملكية وتمييزه عن شهادة السماع بالملك 76
الفقرة الأولى: الطبيعة التوثيقة لرسم الملكية 76
أولا: التعريف بالتوثيق العدلي 76
ثانيا: أهمية التمييز بين أنواع الوثائق العدلية 78
أ – الوثيقة العدلية الأصلية 78
ب – الوثيقة العدلية الاسترعائية 80
ثالثا: أنواع الوثائق الاسترعائية وأثرها على رسم الملكية 81
الفقرة الثانية: التعريف بوثيقة رسم الملكية وتمييزها عن شهادة السماع بالملك 84
أولا: التعريف بوثيقة رسم الملكية 84
ثانيا: المقصود بالرسم 92
ثالثا: رسم التملك في الأنظمة المقارنة 93
رابعا: الشهادة المكتوبة 94
1 – الشهادة المكتوبة استثناء عن الأصل 96
2 – مظاهر التشابه استبعاد وترجيح القضاء لرسم الملكية مع الشهادة المكتوبة 98
3 – تمييز رسم الملكية عن الشهادة المكتوبة 100
4 – موقف القضاء المغربي من الشهادة المكتوبة 100

خامسا: الاختلاف بين رسم الملكية وبينة ثبوت سبب الملك أو ثبوته بالسماع..... 101
أ - مفهوم بينة السماع..... 101
ب - شروط إعمال بينة سبب الملك بالسماع..... 105
1 - الشروط العامة في بينة السماع..... 105
2 - الشروط الخاصة بثبوت سبب الملك بالسماع..... 106
ج - تعارض رسم الملكية عن بينة الملك بالسماع..... 110
د - موقف محكمة النقض من إعمال بينة السماع بالملك..... 110
هـ - تعارض رسم الملكية مع رسم سبب الملك بالسماع..... 112
المبحث الثاني: الشروط الواجبة في العقار موضوع رسم الملكية..... 113
المطلب الأول: موضوع رسم الملكية حق عيني عقاري..... 113
الفقرة الأولى: مفهوم العقار في رسوم التملك..... 113
أولا: الأصول..... 117
ثانيا: العروض..... 118
الفقرة الثانية: موضوع رسم الملكية عقار بالتخصيص..... 119
الفقرة الثالثة: موضوع رسم الملكية حقوق عينية عقارية..... 121
أولا: حق الملكية..... 122
ثانيا: الحقوق العينية موضوع رسم الملكية..... 122
- حق الارتفاق..... 123
- حق الزينة..... 123
- حق الانتفاع..... 124
- حق السطحية..... 125
ثالثا: أثر دخول مدونة الحقوق العينية حيز التطبيق على إنشاء رسوم استرعائية..... 125
أ - الحقوق العينية غير مثبتة عن طريق رسوم استرعائية..... 127
-حق الانتفاع..... 127
- حق الاستعمال..... 127

- حق العمرى 127
- الكراء الطويل الأمد 127
- حق الزينة 128
- حق الهواء والتعلية 128
- الحقوق العينية العرفية 128
ب - الحقوق العينية التي يمكن إثباتها عن طريق رسوم استرعائية 129
- حق السطحية 129
- حقوق الارتفاق 130
رابعا: التاريخ المعتمد لصحة رسوم تملك الحقوق العينية 130
المطلب الثاني: موضوع رسم الملكية عقار غير محفظ مملوك ملكية خاصة 131
الفقرة الأولى: رسم الملكية يتعلق بالعقارات غير المحفظة 131
الفقرة الثانية: الملكية العقارية الخاصة 132
أولا: إثبات الوقف بالوثائق العدلية وأثر تعارضها مع رسم الملكية 134
أ - نطاق تعارض رسوم التملك مع الأملاك الوقفية 134
ب - أثر التمييز بين إثبات الوقف عن طريق الوثائق العدلية الأصلية والاسترعائية 136
ج - تعارض رسم الملكية مع رسم أصلي بالوقف 139
1 - تعارض رسم التحبيس مجرد عن مدخله مع رسم الملكية 139
2 - تعارض رسم التحبيس مبني على أصل للملك مع رسم الملكية 140
3 - تعارض رسم التحبيس مبني على مدخل للتملك مع رسم الملكية 140
4 -خصوصية رسم إحصاء الوقف المنجز من طرف العدول 141
د - تعارض رسم الملكية مع الوثائق الإسترعائية المثبتة للوقف 142
ثانيا: أملاك الجماعات السلالية 144
ثالثا: أملاك الجيش أو الكيش 145
رابعا: الملك الغابوي 147
خامسا: الملك المائي 149

سادسا: الأملاك العقارية للجماعات الترابية 149
الفرع الثاني: ماهية الاستبعاد والترجيح في رسوم التملك 151
المبحث الأول: الترجيح بين رسوم التملك 151
المطلب الأول: مفهوم الترجيح بين رسوم التملك 151
الفقرة الأولى: مفهوم الترجيح 152
أولا: المفهوم العام للترجيح بين الحجج 152
أ – الترجيح في اللغة 152
ب – الترجيح في الاصطلاح الفقهي 153
ثانيا: التعريف الاصطلاحي للترجيح بين وسائل الإثبات المقدمة أمام القضاء 155
ثالثا: مفهومنا للترجيح بين رسوم التملك 157
الفقرة الثانية: انتقاد فكرة الترجيح بين رسوم التملك 158
المطلب الثاني: أركان الترجيح بين رسوم التملك 162
الفقرة الأولى: ركن التعارض بين رسوم التملك 162
أولا: مفهوم التعارض بين رسوم التملك 163
أ – تعريف التعارض 163
ب – التعارض اصطلاحا 165
ج – التعارض القضائي 166
ثانيا: شروط قيام التعارض بين رسوم التملك 168
الشرط الأول: يجب أن تكون أمام رسوم ملكية منجزة من طرف العدول 169
1 – تعارض بين رسم الملكية والمحاضر المنجزة من طرف المفوض القضائي 169
2 – التعارض بين رسم الملكية والوثائق العرفية 171
3 – التعارض بين رسم الملكية والوثائق الإدارية 172
الشرط الثاني: انطباق رسوم التملك على العقار المدعى فيه 175
الشرط الثالث: أن يكون لإعمال رسوم التملك أثر في الدعوى 176
الشرط الرابع: قيام المحكمة بإجراءات التحقيق قبل ترجيح رسوم التملك 177

DAR AL AFAK
COPY

الشرط الخامس: توافر عناصر التملك في الرسم العدلي 179
أ – تضمين رسوم التملك بالعبارات التي تفيد عناصر الحيازة المكسبة للملكية 179
1 – مركز عناصر الحيازة المكسبة للتملك في وثيقة رسم الملكية 180
2 – أثر تخلف عناصر الحيازة في رسوم الملكية 185
ب – تطبيقات لرسوم عدلية لا تقبل الترجيح مع رسوم التملك 187
1 – رسوم التصرف 187
2 – رسم الاستغلال 193
3 – الغاية من إنجاز رسوم استرعائية غير رسم الملكية 196
4 – رسم إحصاء متروك 197
5 – شهادة إثبات الحال 202
الفقرة الثانية: عدم إمكانية الجمع بين رسوم التملك 202
أولا: مفهوم الجمع بين رسوم الملكية 203
ثانيا: أساس الجمع بين رسوم الملكية 205
ثالثا: التمييز بين الجمع والتساقط 209
رابعا: حالات الجمع بين الحجج ورسوم التملك 210
أ – تؤكد رسم الملكية 210
ب – الحالة التي تنتهي بالقسمة عند الجمع 211
خامسا: سلطة المحكمة في إعمال الجمع بين رسوم التملك 213
أ – السلطة التقديرية للمحكمة في إعمال الجمع بين رسوم التملك 213
ب – شروط الجمع بين الرسوم التملك 215
المبحث الثاني: استبعاد رسوم التملك 216
المطلب الأول: ماهية استبعاد رسوم التملك 217
الفقرة الأولى: تحديد مفهوم استبعاد رسوم التملك 217
الفقرة الثانية: تمييز استبعاد رسم ملكية عن ترجيحه 221
أولا: تمييز استبعاد المحكمة لرسم الملكية عن القيام بترجيحه 221

ثانيا: التمييز بين حالات الاستبعاد 223
ثالثا: تمييز الاستبعاد عن التساقط 224
المطلب الثاني: شروط استبعاد رسم الملكية من طرف المحكمة 225
الفقرة الاولى: إظهار المحكمة للنقص الذي يعتري رسم الملكية 225
الفقرة الثانية: قيام المحكمة بإجراءات التحقيق 226
الفصل الثاني: الرقابة القضائية على رسوم الملكية 229
الفرع الأول: السلطة التقديرية للمحكمة ورقابة القاضي المكلف بالتوثيق على رسوم التملك 230
المبحث الأول: نطاق السلطة التقديرية للمحكمة في المنازعات المرتبطة برسوم الملكية 230
المطلب الأول: أساس السلطة التقديرية للمحكمة في المنازعات المتعلقة برسوم التملك 230
الفقرة الأولى: مفهوم السلطة التقديرية للمحكمة 231
أولا: اختلاف حول وجود السلطة التقديرية للمحكمة 231
أ – مؤيدات إنكار السلطة التقديرية 232
ب – مؤيدات إقرار السلطة التقديرية 233
ج – أهمية وجود سلطة التقدير للقضاء 235
ثانيا: التعريف بالسلطة التقديرية للمحكمة 237
ثالثا: أثر المنطق على السلطة التقديرية للمحكمة 241
أ– مفهوم المنطق القانوني والقضائي 243
1 – المنطق القانوني 243
2 – المنطق القضائي 244
3 – الترابط بين المنطق القانوني والقضائي 246
4 – مدارس المنطق القضائي 248
– المنطق الصوري –التقليدي– أو القياس المنطقي 248

DAR AL AFAK
COPY

- المنطق الحديث أو المنطق غير الصوري 250
- الاستدلال الخطابي 251
ب - أثر المنطق القضائي في عملية ترجيح رسوم التملك واستبعادها 255
1- المنطق الخطابي كمعيار للترجيح 255
2 - المنطق الصوري وغير الصوري كمعيار للترجيح 256
3 - صلة المنطق بعملية ترجيح رسوم التملك واستبعادها 257
الفقرة الثانية: أساس ومركز السلطة التقديرية للمحكمة 260
أولا: أساس السلطة التقديرية المخولة للمحكمة في استبعاد وترجيح رسم الملكية 260
ثانيا: مركز الاستبعاد والترجيح في ممارسة المحكمة لنشاطها التقديري 265
المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية للمحكمة في المنازعات المرتبطة برسوم الملكية 266
الفقرة الأولى: مفهوم نطاق السلطة التقديرية في المنازعات المتعلقة برسوم الملكية 266
الفقرة الثانية: حدود سلطة المحكمة في الرجوع إلى الفقه المالكي 268
أولا: تعريف الراجح والمشهور في الفقه المالكي 270
أ - تعريف الراجح في الفقه المالكي 270
ب - تعريف المشهور في الفقه المالكي 271
ثانيا: تعريف ما جرى به العمل في الفقه المالكي 273
ثالثا: الترجيح عند تعارض القول الراجح والمشهور وما جرى به العمل 277
المبحث الثاني: رقابة القاضي المكلف بالتوثيق على رسوم التملك 279
المطلب الأول: مشروعية مراقبة قاضي التوثيق لرسم الملكية 280
الفقرة الأولى: التعريف بمؤسسة قضاء التوثيق 280
الفقرة الثانية: أساس مراقبة قاضي التوثيق لرسوم التملك 280
المطلب الثاني: أثر مراقبة قاضي التوثيق على رسم الملكية 282
الفقرة الأولى: مركز قاضي التوثيق في وثيقة رسم الملكية 282

DAR AL AFAK
COPY

الفقرة الثانية: السلطة التقديرية لقاضي التوثيق في مراقبة رسم الملكية 285
أولا: نطاق رقابة قاضي التوثيق على رسوم التملك في الفقه المالكي 285
ثانيا: رقابة قاضي التوثيق على شكليات رسم الملكية وموضوعه 288
ثالثا: خطاب القاضي المكلف بالتوثيق على رسم الملكية 292
أ - أصل نشأة خطاب القاضي على الوثائق 293
ب - التعريف الفقهي والقضائي للخطاب على الوثائق 294
ج - المفهوم القانوني لخطاب قاضي التوثيق على الوثائق 295
رابعا: طبيعة السلطة المخولة للقاضي المكلف بالتوثيق في الامتناع عن الخطاب 296
الفرع الثاني: السلطة التقديرية للمحكمة في تعاملها مع رسوم التملك ورقابة محكمة النقض 301
المبحث الأول: السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في استبعاد رسم الملكية وترجيحه 301
المطلب الأول: رقابة المحكمة على رسم الملكية من خلال استبعاده وترجيحه 301
الفقرة الأولى: مركز رقابة محكمة الموضوع على رسم الملكية عند استبعاده أو ترجيحه وحدودها 302
أولا: مركز رقابة محكمة الموضوع على رسم الملكية عند استبعاده أو ترجيحه 302
ثانيا: أساس وحدود الرقابة المخولة للمحكمة في ترجيح أو استبعاد رسم الملكية 306
أ - أساس الرقابة المخولة للمحكمة في ترجيح أو استبعاد رسم الملكية 306
ب - حدود الرقابة المخولة للمحكمة في ترجيح أو استبعاد رسم الملكية 310
الفقرة الثانية: سلطة المحكمة في إثارة حالات الاستبعاد أو الترجيح بشكل تلقائي 312
المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية للمحكمة في تعاملها مع رسوم التملك بين الواقع والقانون 316
الفقرة الأولى: نطاق السلطة التقديرية للمحكمة في الوقائع المضمنة في رسم الملكية وحدودها 317
أولا: نطاق السلطة التقديرية للمحكمة على الوقائع المضمنة في رسم الملكية 318
ثانيا: حدود سلطة المحكمة في الوقائع المضمنة في رسم الملكية 321

أ – حدود سلطة المحكمة في الحيازة موضوع رسم الملكية 321
ب – حدود سلطة المحكمة بالنسبة للشهادة موضوع رسم الملكية..... 324
ج – حدود سلطة المحكمة فيما يخص أحكام توثيق رسم المليكة..... 325
الفقرة الثانية: نطاق السلطة التقديرية للمحكمة على رسوم التملك من حيث القانون 326
أولا: تقييد سلطة المحكمة عندما يكون الحل القانوني مُتَمَثِلا في قاعدة قانونية واضحة 327
ثانيا: الحل القانوني يتمثل في قاعدة قانونية غامضة أو سلطة التفسير 333
أ – سلطة التفسير المخولة للمحكمة ومدى ارتباطها بالنصوص المنظمة لرسم الملكية..... 334
ب – تفسير المحكمة لطبيعة رسم الملكية انطلاقا من نصوص مدونة الحقوق العينية..... 348
1 – موقف الفقه من طبيعة رسم الملكية..... 349
2 – موقف القضاء من طبيعة رسم الملكية 353
3 – مناط التعارض بين نصوص مدونة الحقوق العينة المرتبطة بطبيعة رسم الملكية 356
ثالثا: الحلول القانونية المتروكة لسلطة المحكمة التقديرية 362
أ – تطويع النصوص القانونية المرتبطة برسوم التملك 365
ب – الاختيار بين أكثر من حل..... 368
ج – البحث عن النص الواجب التطبيق أو نظرية التفويض الضمني..... 369
د – العبرة بموافقة الحكم للفقه المطبق على المنازعات المتعلقة برسوم التملك 371
المبحث الثاني: رقابة محكمة النقض على الأحكام الفقهية المتعلقة بالاستبعاد والترجيح 374
المطلب الأول: خصوصية رقابة محكمة النقض على الشروط الشكلية لرسوم الملكية..... 375
الفقرة الأولى: موقف محكمة النقض اتجاه رسوم التملك 375

الفقرة الثانية: موقف محكمة النقض اتجاه مختلف الرسوم المدلية..... 376
المطلب الثاني: دور محكمة النقض في إثارة ومراقبة الأحكام الفقهية للاستبعاد والترجيح..... 377
الفقرة الأولى: إثارة الأحكام الفقهية للاستبعاد والترجيح..... 378
أولا: سلطة محكمة النقض في إثارة الأحكام الفقهية للاستبعاد والترجيح..... 378
ثانيا: تطبيقات قضائية لإثارة محكمة النقض لأحكام الاستبعاد والترجيح..... 382
الفقرة الثانية: مراقبة محكمة النقض لحسن تطبيق الأحكام الفقهية المتعلقة بالاستبعاد والترجيح من خلال تطبيقاتها القضائية..... 384
أولا: مراقبة محكمة النقض لحسن تطبيق الأحكام الفقهية المتعلقة بالاستبعاد والترجيح..... 384
ثانيا: التطبيقات القضائية لحسن تطبيق الأحكام الفقهية المتعلقة بالاستبعاد والترجيح..... 386

DAR AL AFAK
COPY

هذا المؤلف:

تطور الترجيح بين البينات في كتب الفقه المالكي - مراقبة قضاء التوثيق لرسوم التملك - الأساس الفقهي والقانوني للترجيح والاستبعاد - بينة ثبوت سبب الملك بالسماع - الحقوق العينية موضوع رسوم عدلية استرعائية - تعارض رسم الملكية مع الأملاك العقارية الخاصة - انتقاد فكرة الترجيح - تعارض رسم الملكية مع الوثائق العرفية والإدارية و المحاضر المنجزة من طرف المفوضين القضائيين - تعارض رسم الملكية مع رسم إحصاء تركة ورسم تصرف... - الجمع بين رسوم التملك - مفهوم استبعاد رسوم التملك وشروطه - أثر المنطق في الترجيح - أثر الحيازة في طبيعة رسم الملكية - نطاق وحدود السلطة التقديرية للمحكمة في استبعاد رسوم التملك وترجيحها - الاثارة التلقائية - الواقع والقانون في رسوم التملك - دور محكمة النقض في مراقبة شكليات رسوم التملك واثارة الاحكام الفقهية للاستبعاد الترجيح...

DAR AL AFAK
COPY

مطبعة الأمنية الرباط

دار الآفاق المغربية
للنشر و التوزيع

الدار البيضاء ـ المغرب
الهاتف : 99-33-83-522-212+
البريد الإلكتروني : daralafak@gmail.com
الموقع الرسمي : www.daralafak.com

9 789920 508087

150 د.

المصطفى الزرقاني
دكتور في الحقوق
قاض

استبعاد وترجيح الرسوم المثبتة لملكية العقارات غير المحفظة

DAR AL AFAK
COPY

الجزء الثاني

أسباب استبعاد رسوم التملك

ضوابط الترجيح بين رسوم التملك

دار الآفاق المغربية

الفهرس:

الباب الثاني:
حالات استبعاد رسوم التملك وضوابط الترجيح بينها

الفصل الأول: حالات استبعاد رسوم التملك 5
أولا: الإعذار في رسوم التملك 5
ثانيا: تدارك رسم الملكية 7
ثالثا: استخلاف الشهود 8
رابعا: الشهادة بالملك بين البت والعلم 9
1 – الأصل في الشهادات الاسترعائية أن ترد على العلم 10
2 – خصوصية رسوم التملك في الشهادة على البت 11
3 – استمرار الملك يثبت على العلم 11
4 – عدم التصريح بالعلم أو البت 13
5 – خصوصية الشهادة بالمنازعة 13
خامسا: رسم الملكية بين المطالبة بالبطلان أو الاستبعاد 15
سادسا: استبعاد الشهادة بين الفقه المالكي والنظريات القانونية 18
الفرع الأول: حالات الاستبعاد المرتبطة بتوثيق رسم الملكية وبموضوعه 21
المبحث الأول: حالات الاستبعاد المرتبطة بتوثيق رسم الملكية 22
المطلب الأول: حالات استبعاد رسوم التملك المتعلقة بإنجاز رسم الملكية 22
الفقرة الأولى: أثر التاريخ والتلقي على استبعاد رسوم التملك 22
أولا: مكانة التأريخ في رسوم التملك 22
ثانيا: أثر التاريخ على استبعاد رسوم التملك 25
أ – التاريخ المعتبر في رسم الملكية 25

ب – أثر عدم وجود التاريخ في رسم الملكية 27
ج – أثر إنجاز رسم الملكية خلال قيام الخصومة القضائية 30
ثانيا: أثر التلقي على رسوم التملك 31
أ – مدى صحة أداء الشهود شهاداتهم أمام القضاء واعتبارها سندا للملك 31
ب – أثر التلقي الفردي على استبعاد رسوم التملك 34
الفقرة الثانية: استبعاد رسوم التملك لعدم بيان عناصر الشهادة 36
أولا: المشهود له والشهود في رسوم الملكية 37
ثانيا: المشهود فيه برسوم التملك 42
ثالثا: المشهود به في رسوم التملك 45
المطلب الثاني: حالات استبعاد رسوم التملك المتعلقة بنفاذ رسم الملكية 45
الفقرة الأولى: أثر تخلف خطاب القاضي المكلف بالتوثيق على رسوم التملك 46
الفقرة الثانية: أثر تخلف الشهادة الإدارية والطعن بالزور في رسوم الملكية 49
أولا: أثر تخلف الشهادة الإدارية في استبعاد رسم الملكية 50
أ – الأساس القانوني للشهادة الإدارية 50
ب – أثر عدم وجود الشهادة الإدارية في رسم الملكية 52
ج – الامتناع عن تسليم الشهادة الإدارية بسبب وجود منازعة من الغير 56
1 – وجود منازعة غير قضائية حول العقار 56
2 – وجود منازعة قضائية حول العقار 56
ثانيا: الطعن بالزور في رسم الملكية 59
أ – فرضيات الطعن بالزور في رسم الملكية 59
ب – حالات الطعن بالزور في رسم الملكية 61
1 – الطعن بالزور عن طريق الدعوى العمومية 61
2 – الطعن بالزور عن طريق الدعوى المدنية 62
ج – أثار الطعن بالزور في رسم الملكية 63
المبحث الثاني: حالات الاستبعاد المرتبطة بموضوع رسم الملكية 64
المطلب الأول: حالات الاستبعاد المتعلقة بتخلف ركن من أركان التملك

DAR AL AFAK
COPY

في رسم الملكية 65
الفقرة الأولى: استبعاد رسوم التملك لتخلف الأركان المتعلقة بالمشهود له 65
أولا: استبعاد رسوم التملك لتخلف ركن اليد 65
ثانيا: استبعاد رسوم التملك لتخلف ركن التصرف 67
ثالثا: استبعاد رسوم التملك لتخلف ركن النسبة 69
الفقرة الثانية: استبعاد رسوم التملك لتخلف ركن المدة وعدم المنازع 72
أولا: استبعاد رسوم التملك لتخلف ركن المدة 72
أ – أثر ذكر عبارة «المدة المعتبر شرعا» على رسوم التملك 72
1 – موقف فقه التوثيق من عبارة «المدة المعتبر شرعا» 72
2 – موقف القضاء من عبارة «المدة المعتبر شرعا» 73
3 – وجهة نظر بخصوص ذكر المدة المعتبر شرعا 74
ب – أثر إنشاء رسم تملك على العقار المجهول أصله والمعلوم أصله 76
1 – أثر إنشاء رسم تملك على العقار المجهول أصله 76
2 – أثر رسم الملكية على العقار المعلوم أصله 78
– يجب أن تكون الحيازة بما ينقل الملك (أصل المدخل) 78
• الكراء 80
• الرهن 81
• شراء منفعة عقار 81
• الحيازة التي تبنى على الغصب والتعدي 82
• الاستغلال على وجه البر والإحسان أو المزارعة 82
• الحراسة 82
• الإسكان 83
• عن طريق التقديم 83
• رسوم الإرث 83
• رسوم القسمة 84
• رسوم الشياع 86

DAR AL AFAK
COPY

• رسوم المخارجة 86
• محضر الحجز 87
• مطلب تحفيظ 88
• التصرف على وجه الخبزة 88
– مدة عشر سنوات 89
المشهود له أجنبي غير شريك عن المحوز عليه 89
المشهود له شريك للمحوز عنه وأجنبي عليه 90
المشهود له قريب من المحوز عليه لكن بعداوة بينها 90
– مدة أربعين سنة 91
ثانيا: استبعاد رسوم التملك لتخلف ركن عدم المنازع 93
أ – إثبات وجود النزاع 95
ب – العبرة بالنزاع القائم خلال مدة الحيازة المشهود بها 96
المطلب الثاني: استبعاد رسم الملكية لعدم ثبوت استمرار الملك 98
الفقرة الأولى: تمييز رسم الملكية عن رسم الاستمرار 98
أولا: رسم الملكية يهدف إلى إثبات التملك والاستمرار يهدف إلى إثبات الحيازة 98
ثانيا: الاستمرار المبني على رسم الملكية 99
ثالثا: تقدير هذا الاتجاه 99
رابعا: رسم الملكية للحي والاستمرار لورثته من بعده أو لمن هم في حكمهم 100
الفقرة الثانية: أثر تخلف ركن عدم العلم بالتفويت وشرط التلفيق
على رسوم الاستمرار 103
أولا: استبعاد رسوم الاستمرار لتخلف ركن عدم العلم بالتفويت 103
1 – أصل اشتراط عدم العلم بالتفويت 104
2 – استقرار الفقه على اشتراط عدم العلم بالتفويت في رسم الاستمرار
دون رسم الملكية 105
3 – أثر التمييز تخلف «عدم العلم بالتفويت» بين رسم الملكية ورسم الاستمرار 107
ثانيا: استبعاد رسوم الاستمرار لتخلف شرط تلفيق مدة الحيازة 108

DAR AL AFAK
COPY

أ – التلفيق بالنسبة للخلف العام مفترض 108
ب – التلفيق بالنسبة للخلف الخاص بوضع اليد 109
الفرع الثاني: حالات الاستبعاد المرتبطة بشهود رسم الملكية وشهاداتهم 110
المبحث الأول: حالات الاستبعاد المرتبطة بشهود رسم الملكية 111
المطلب الأول: استبعاد رسم الملكية لأسباب تتعلق بطبيعة الشهود 111
الفقرة الأولى: نصاب عدد الشهود وتجريحهم 111
أولا: أثر النصاب في استبعاد رسوم التملك 112
ثانيا: تجريح شهود رسم الملكية 114
ثالثا: استبعاد الشهادة للقرابة بغض النظر عن درجتها 118
1 – شهادة الأقارب قاصرة على شهادة الإخوة بعضهم لبعض فقط 119
2 – اختلاف الفقه في الأخذ بشهادة الأخ 119
3 – شروط الأخذ بشهادة الأخ لأخيه 121
4 – وجود شهادة الأخوة في رسم الملكية سبب لاستبعاده 122
5 – شهادة الأقارب ومن في حكمهم سبب لاستبعاد رسم الملكية 123
الفقرة الثانية: أثر شهادة النساء في رسوم التملك 125
المطلب الثاني: استبعاد رسم الملكية بسبب العداوة ورجوع الشهود عن شهاداتهم 128
الفقرة الأولى: الرجوع في الشهادة المضمنة في رسوم الملكية 128
أولا: الرأي القائل بأن الرجوع لا أثر له على حجية رسوم التملك 128
ثانيا: الرأي القائل بأن الرجوع يستبعد رسوم التملك 129
ثالثا: ما يقاس على الرجوع في الشهادة 132
رابعا: التراجع جائز أمام المحكمة أو العدول 133
خامسا: الرجوع في الشهادة والتلقية 134
الفقرة الثانية: العداوة بين المشهود له وشهود رسم الملكية 135
أولا: شروط العداوة المستبعدة لرسوم التملك 136
ثانيا: إثبات العداوة بين الشهود والمشهود عليه 137

DAR AL AFAK
COPY

المبحث الثاني: حالات الاستبعاد المرتبطة بطبيعة الشهادة في رسم الملكية 137
المطلب الأول: استبعاد رسم الملكية لغلبة الظن بعدم صدقه 138
الفقرة الأولى: أسباب استبعاد رسم الملكية الراجعة لاحتمالية عدم صدقه 138
أولا: الاسترابة 138
أ - الحيازة 140
ب - الشهود 141
ج - التوثيق 141
ثانيا: الاستغراب 142
ثالثا: عدم توفر الأسباب التي أجيز لأجلها العمل برسم الملكية 144
الفقرة الثانية: التناقض 146
أولا: التناقض داخل رسوم التملك 148
ثانيا: تناقض خارج رسم الملكية 149
ثالثا: أثر التناقض بين رسم الملكية وحجج المشهود له 151
رابعا: لا مجال لتأويل رسوم التملك المتناقضة 151
المطلب الثاني: استبعاد رسم الملكية بسبب الاستفسار ومستند علم الشهود 152
الفقرة الأولى: استبعاد رسم الملكية بسبب الاستفسار حول الشهادة 152
أولا: مفهوم الاستفسار 153
ثانيا: التمييز بين الاستفسار ومسطرة البحث 154
ثالثا: أثر اختلاف الفقه والقضاء على الاستفسار في رسم الملكية 155
أ - حكم الاستفسار: 155
الاتجاه الأول: إلزامية الاستفسار 155
الاتجاه الثاني: عدم وجوب الاستفسار إلا لوجود سبب له 157
ب - حكم الاستفسار في رسم الملكية 159
ج - من له الحق في الاستفسار 159
د - الجهة التي يتم أمامها الاستفسار 160
رابعا: أجل الاستفسار وموقف محكمة النقض 161

DAR AL AFAK
COPY

أ – أجل الاستفسار 162
ب – موقف محكمة النقض 163
خامسا: أثر الاستفسار 164
الفقرة الثانية: استبعاد رسم الملكية لأسباب تتعلق بمستند علم الشهادة 165
أولا: استبعاد رسم الملكية لعدم ذكر مستند العلم الخاص بالشاهد 166
أ – مستند العلم المتطلب في المنازعات العقارية 167
ب – مستند العلم المتطلب في رسوم التملك 167
ثانيا: الاستبعاد بسبب الإجمال في قول الشاهد أو في مستند علمه 168
أ – الأساس الفقهي لاستبعاد رسم الملكية بسبب الإجمال والإرسال 169
ب – تطبيقات لاستبعاد رسم الملكية بسبب الإجمال والإرسال 170
ثالثا: أثر الشهادة بالحكاية على رسم الملكية 171

الفصل الثاني: ضوابط الترجيح بين رسوم التملك 173
أولا: يتعلق الأمر بضوابط للترجيح وليس قواعد للترجيح 174
ثانيا: من حيث تقسيم ضوابط الترجيح 176
ثالثا: التمييز بين ضوابط الترجيح المستقلة والضوابط المتصلة بالشهادة 177

الفرع الأول: ضوابط الترجيح المحكوم بها انفرادا 178
المبحث الأول: المرجحات الناقلة في رسوم التملك 179
المطلب الأول: ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه 179
الفقرة الأولى: أحكام ترجيح رسوم الملكية التي تتضمن سبب تملكها 179
أولا: ذكر سبب الملك مرجح يقدم عن باقي المرجحات 180
ثانيا: مفهوم سبب التملك باعتباره مرجحا 181
أ – التعريف بسبب الملك 182
ب – التمييز بين أصل الملك وأصل المدخل 184
1 – مرجعية مفهوم الأصل والمدخل في الفقه المالكي 184
2 – التمييز بين أصل الملك وأصل المدخل انطلاقا من طبيعة الحيازة 185
3 – أصل الملك ينظر فيه إلى العقار وأصل المدخل ينظر فيه إلى الحائز 186

DAR AL AFAK
COPY

4 – التمييز بين أصل الملك وأصل المدخل انطلاقا من التقويت والحوز 189
5 – مفهوم أصل الملك من خلال العمل القضائي 190
6 – أصل المدخل سبب في أصل الملك 191
7 – سبب الملك والسبب الصحيح 192
8 – أثر التمييز بين أصل الملك ووجه المدخل وأصله 193
ج – التمييز بين وجه المدخل وأصل المدخل 193
د – مفهوم الترجيح بسبب الملك 195
هـ – قيود الفقه في الترجيح بسبب الملك 197
1 – أن لا يكون مما اعتاد المشهود له العمل به 197
2 – عدم الشراء من المقاسم أو وقعت في سهمه 199
ثالثا: التعارض بين بينة الملك وبينة السبب دون الملك 199
رابعا: اعتبار الأحكام القضائية أصول للتملك فيما بين أطرافها 200
الفقرة الثانية: أوضاع الترجيح بذكر سبب الملك بين رسوم التملك 202
أولا: ذكر أحد رسوم التملك لسبب التملك 203
ثانيا: حقيقة الترجيح عند اتحاد السبب واختلافه 203
أ – إذا كان سبب الملك متحدا فيهما 203
ب – إذا كان سبب الملك مختلفا 204
1 – سبب الملك يختلف من حيث الشخص والمصدر 204
2 – سبب الملك يعود لنفس الشخص مع اختلاف نوع التصرف 205
المطلب الثاني: تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب 206
الفقرة الأولى: العلاقة بين بينة النقل وبيان سبب الملك 207
أولا: الأساس الفقهي للترجيح بالنقل 207
ثانيا: البينة الناقلة تطبيق لسبب الملك 209
الفقرة الثانية: شرح الضابط وتطبيقاته القضائية على رسم الملكية 210
أولا: مفهوم بينة النقل على بينة الاستصحاب 210
ثانيا: التطبيقات القضائية للضابط 211

DAR AL AFAK
COPY

المبحث الثاني: ترجيح رسوم التملك عن مختلف وسائل الإثبات 213
المطلب الأول: ترجيح رسم الملكية عن بينة الحوز 213
الفقرة الأولى: التمييز بين بينة الحوز ورسم الملكية 214
أولا: شرح مقتضى ضابط تقديم بينة الملك عن بينة الحوز 214
ثانيا: تمييز رسم الملكية عن بينة الحوز 216
الفقرة الثانية: أساس ترجيح رسوم الملكية عن بينة الحوز وتطبيقاتها القضائية 219
أولا: أساس ترجيح رسم الملكية عن بينة الحوز 219
ثانيا: التطبيقات القضائية لترجيح رسم الملكية عن بينة الحوز 220
المطلب الثاني: ترجيح رسم الملكية عن وسائل الإثبات المقررة بمقتضى القانون 222
الفقرة الأولى: ترجيح رسم الملكية عن الوثائق الأصلية 224
أولا: حقيقة ترجيح الوثائق الأصلية عن رسوم التملك 226
ثانيا: رسوم التفويت المجردة في مواجهة المشهود له في رسم الملكية 229
1 – التعريف برسوم التفويت المجردة 229
2 – أساس ترجيح رسم الملكية عن رسوم التفويت 230
3 – العلة من ترجيح رسم الملكية عن رسوم التفويت 233
ثالثا: المشهود له في رسم الملكية هو من قام بالتفويت 234
رابعا: تسلسل رسوم التفويت 236
خامسا: التعارض بين رسم الملكية ورسوم التفويت التي يستند صاحبها
على الحوز 239
سادسا: انتقال التعارض إلى رسوم التفويت 240
أ – رسوم التفويت من نفس المفوت 240
ب – اختلاف المفوت 241
الفقرة الثانية: أثر تعارض رسم الملكية مع مختلف وسائل الإثبات 242
أولا: خصوصية شهادة الشهود عند تعارضها مع رسم الملكية 242
ثانيا: تعارض رسم الملكية مع الإقرار 244
ثالثا: تعارض رسم الملكية مع اليمين 248

DAR AL AFAK
COPY

رابعا: تعارض رسم الملكية مع القرائن 250
خامسا: الترجيح بين وسائل الإثبات وأثره على رسم الملكية 252
أ – نظرة حول تاريخ الترجيح بين وسائل الاثبات 252
– المرحلة الأولى: غياب فكرة الترجيح بين وسائل الإثبات 253
– المرحلة الثانية: ظهور فكرة الترجيح بين وسائل الإثبات 255
1 – مظاهر الترجيح في القوانين القديمة 255
2 – مظاهر الترجيح في القانون الروماني 257
3 – مظاهر الترجيح المنظمة بشكل قانوني في العالم الاسلامي 260
ب – التعارض والترجيح بين وسائل الإثبات المنظمة في القانون 261
ج – أثر ترتيب وسائل الإثبات المنظمة في القانون من حيث القوة على رسوم التملك 267
الفرع الثاني: التنازع بين ضوابط الترجيح المتعلقة بالشهادة في رسوم التملك 268
المبحث الأول: ضوابط الترجيح المتعلقة بالشهادة في رسوم التملك 269
المطلب الأول: الترجيح بتحمل الشهادة والشهود 269
الفقرة الأولى: ضوابط الترجيح المتعلقة بتاريخ الشهادة في رسوم التملك 269
أولا: تقديم رسم الملكية المؤرخ عن غير المؤرخ 269
أ – مفهوم تقديم رسوم التملك المؤرخة عن غير المؤرخة 270
ب – التمييز بين استبعاد رسم الملكية لتخلف التاريخ وترجيح لعدم ذكر التاريخ 271
1 – موقف الفقه المعاصر من التاريخ المعتمد في الترجيح 271
2 – التاريخ المعتمد في الترجيح 272
ج – نطاق تقديم رسوم التملك المؤرخة عن غير المؤرخة 274
د – أسباب ترجيح الحجة المؤرخة 274
ثانيا: تقديم رسم الملكية الأقدم تاريخا 276
أ – التعريف بضابط الترجيح بقدم التاريخ في رسوم التملك 277
ب – العلة من ترجيح رسوم التملك الأقدم تاريخا 279
ج – شروط إعمال رسوم التملك الأقدم واستثناءات إعماله 281

1 – شروط إعمال رسوم التملك الأقدم تاريخا 281
– الشرط الأول: استغراق نفس المدة والترجيح بالزيادة 281
– الشرط الثاني: استمرار الملك للمشهود له به 282
– الشرط الثالث: عدم تأريخ الرسوم في وقت واحد 283
– الشرط الرابع: ألا يكذب قدم التاريخ المشهود به رسم الملكية 284
– اشتراط ألا يكون المتنازع فيه بيد صاحب رسم الملكية الأحدث تاريخا 284
2 – استثناءات قاعدة تقديم البينة السابقة التاريخ على لاحقته 287
د – تاريخ التحمل هو المعتبر في ترجيح رسوم التملك 288
الفقرة الثانية: ضوابط الترجيح المتعلقة بعدالة الشهود وعددهم في رسم الملكية 292
أولا: زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد ومدى تطبيق هذا المرجح على رسم الملكية 292
أ – تعريف الضابط ومفهوم العدالة اليوم 293
1 – شرح ضابط زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد 293
2 – مفهوم العدالة اليوم 294
3 – العبرة بصفة العدل القانونية وليس بتزكيته 295
4 – أداء اليمين تتميما للمرجح 296
5 – العلة من العمل بهذا المرجح 297
ب – حالات ترجيح رسم الملكية 298
1 – تعارض رسم ملكية علمي مع رسم ملكية لفيفي 298
2 – تعارض ملكية مثلية مع ملكية عدلية أو لفيفية 300
3 – تعارض بينة ستة من اللفيف مع اليمين، وبينة عدل واليمين 300
ج – ترجيح رسم الملكية اللفيفي الأقدم عن الشهادة العلمية 301
د – تقديم الشهادة المتواترة عن شهادة العدول 301
ثانيا: نطاق تطبيق الترجيح بعدد الشهود على رسوم التملك 302
أ – مفهوم الترجيح بتعدد الشهادة 303
ب – اختلاف نطاق العمل بمرجح العدالة عن العدد 304

DAR AL AFAK
COPY

المطلب الثاني: ضوابط الترجيح المتعلقة بموضوع الشهادة في رسم الملكية 306
الفقرة الأولى: تقديم رسم الملكية عن البينات النافية له أو التي تدعي خلافه 306
أولا: نطاق تطبيق الإثبات والنفي على رسوم التملك 307
أ – مفهوم الضابط 307
ب – العلل التي يقوم عليها 309
ج – شروط ترجيح بينة الإثبات عن النفي 309
د – مدى تطبيق الإثبات والنفي على رسوم التملك 311
هـ – استثناء تقديم بينة النفي عن رسم الملكية 312
و – التطبيقات القضائية لإعمال الضابط 312
ثانيا: ترجيح رسوم التملك باعتبارها بينة أصالة على خلافها أو ضدها 315
أ – تعريف الضابط 316
ب – التطبيقات القضائية لإعمال الضابط على رسوم التملك 318
الفقرة الثانية: تقديم رسم الملكية المفصل عن المجمل 320
أولا: التعريف بالضابط 320
ثانيا: العلة من ترجيح رسم الملكية المفصل 320
ثالثا: التطبيقات القضائية لترجيح رسوم التملك المفصلة 321
رابعا: الإجمال بين الترجيح والاستبعاد في رسم الملكية 322
خامسا: صحة الترجيح بالاستفسار 323
المبحث الثاني: تنازع ضوابط الترجيح وسقوط رسوم التملك 325
المطلب الأول: تنازع ضوابط الترجيح المتعلقة بالشهادة 325
الفقرة الأولى: موقف الفقه من التنازع بين ضوابط الترجيح 326
الفقرة الثانية: معيار تعدد ضوابط الترجيح 330
المطلب الثاني: سقوط رسوم التملك 333
الفقرة الأولى: معنى سقوط رسوم التملك وأساس العمل به في الفقه المالكي 335
الفقرة الثانية: أساس العمل بسقوط رسوم التملك في الفقه المالكي 337
الفقرة الثالثة: العلة من أحكام تساقط رسوم التملك 339

الفقرة الرابعة: ضوابط الترجيح عند سقوط رسوم التملك 340
أولا: العقار موضوع الدعوى بيد الطرفين معا 341
ثانيا: العقار بيد أحد الأطراف فقط 342
ثالثا: العقار موضوع الدعوى بيد الغير 346
أ – إقرار الغير بأن العقار لأحد الطرفين 346
ب – ادعاء الغير أن العقار موضوع الدعوى هو في يده 347
ج – إقرار الغير بأن العقار لشخص آخر غير طرفي النزاع 348
د – سكوت الغير بشأن العقار المدعى فيه 349
رابعا: إذا كان العقار محل النزاع لا يد عليه 349
الفقرة الخامسة: القسمة كأثر لتساقط رسوم التملك 351
أ – الحكم بالقسمة يكون على قدر المطالب به في الدعوى 351
ب – طبيعة الحكم الصادر في حالة التساقط 354
خاتمة 355
لائحة المراجع والمصادر 365
الفهرس 435

DAR AL AFAK
COPY

هذا المؤلف:

الإعذار في رسوم التملك وتداركها - استخلاف الشهود - التنازع بين ضوابط الترجيح - الشهادة بالملك بين البت والعلم - رسم الملكية بين المطالبة بالبطلان والاستبعاد- أثر التاريخ في استبعاد رسوم التملك - الاستبعاد لتخلف عناصر الشهادة و الحيازة- أثر تخلف الشهادة الإدارية - ذكر عبارة المدة المعتبرة شرعا - التمييز بين رسم الملكية ورسم الاستمرار- أثر نصاب الشهادة في رسوم الملكية- الاستبعاد للقرابة- الرجوع في الشهادة - التلقية - الشهادة بالحكاية - الاستبعاد لغلبة الظن بعدم صدق رسم الملكية - الاستفسار- مستند العلم في الشهادة - الترجيح بسبب التملك - الترجيح بين أصل التملك وأصل المدخل ووجه التملك - الترجيح بين وسائل الإثبات المنظمة بمقتضى القانون - التعارض بين وسائل الإثبات ورسم الملكية - أوضاع الترجيح بين رسوم التفويت - تراتبية ضوابط الترجيح- ضوابط الترجيح عند سقوط رسوم التملك...

DAR AL AFAK
COPY

مطبعة الأمنية الرباط

دار الآفاق المغربية
للنشر و التوزيع

الدار البيضاء ـ المغرب
الهاتف : +212522-83-33-99
البريد الإلكتروني : daralafak@gmail.com
الموقع الرسمي : www.daralafak.com

9 789920 508087

160 د.