هشام المراكشي
دكتوراه في الحقوق
دكتوراه في الدراسات الإسلامية
أستاذ باحث بجامعة شعيب الدكالي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالجديدة
محافظ مكلف بالتحفيظ سابقا

نوازل العقار في الفقه المالكي والعمل بأحكامها في القضاء المغربي

دراسة في 150 نازلة معززة بأزيد من 400 قرار قضائي

نوازل حق الملكية العقارية - نوازل الماء - حق الانتفاع - حق السطحية - الحقوق العرفية - حقوق الارتفاق - مضار الجوار - الحيازة - المغارسة - المساقاة - المزارعة - الشفعة - القسمة - الهبة - الصدقة - دعوى الاستحقاق - أصل التملك - اللفيف - الترجيح بين البينات

DAR AL AFAK
COPY

تقـديم

الدكتور عبد الرزاق الجايي
أستاذ السنة وعلومها
بجامعة محمد الخامس الرباط

الدكتور محمد بن يعيش
رئيس هيئة بمحكمة النقض
أستاذ بالمعهد العالي للقضاء أستاذ زائر بكليات الحقوق

الطبعة الأولى
1445 هجرية – 2024 ميلادية

فهرس الموضوعات

كلمة تقديمية بقلم فضيلة العلامة الدكتور عبد الرزاق الجايي 9

كلمة تقديمية بقلم فضيلة العلامة الدكتور محمد بن يعيش 11

مقدمة 19

الباب الأول

نوازل حق الملكية العقارية وطرق اكتسابها

الفصل الأول: أحكام حق الملكية العقارية 37

المبحث الأول: عناصر حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه 38

المطلب الأول: عناصر حق الملكية ونطاقه 38

الفقرة الأولى: عناصر حق الملكية ونطاق حق الملكية 39

أولا: عناصر حق الملكية 39

ثانيا: خصائص حق الملكية 40

ثالثا: نطاق حق الملكية 41

• نازلة: لمن يعود الكنز الموجود في عمق الأرض؟ 43

الفقرة الثانية: حق الملكية المنصب على الماء 44

• مسألة: هل الماء عقار أم منقول 44

أولا: ملكية الماء 45

ثانيا: بعض التصرفات الواردة على الماء 46

1- بيع نوبة ماء 47

2- قسمة الماء 49

DAR AL AFAK COPY

• نازلة: قسمة البئر 50

المطلب الثاني: نوازل الحقوق المتفرعة عن الملكية العقارية 50

الفقرة الأولى: حق الانتفاع وحق السطحية 51

أولا: حق الانتفاع 51

ثانيا: حق السطحية 52

الفقرة الثانية: الحقوق العينية العرفية 52

أولا: حق الزينة والهواء 54

ثانيا: حق الجزاء والجلسة 56

المبحث الثاني: القيود الواردة على حق الملكية 59

المطلب الأول: حقوق الارتفاق 60

الفقرة الأولى: حق الشرب 61

الفقرة الثانية: حق المجرى 63

• نازلة: المسكن المجاور للوادي 64

الفقرة الثالثة: حق المسيل أو المصرف 65

المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق الملكية العقارية ومضار الجوار 67

الفقرة الأولى: التعسف في استعمال حق الملكية العقارية 68

• نازلة: البناء في ملك الغير والتضييق في الطريق 69

الفقرة الثانية: مضار الجوار 71

أولا: بناء الجدار 72

ثانيا: أغصان الشجر 72

ثالثا: فتح كوة ومطلات 73

• نازلة: الضرر القديم والضرر المتجدد 77

الفصل الثاني: طرق كسب الملكية العقارية 79

DAR AL AFAK

المبحث الأول: الحيازة 79

المطلب الأول: شروط الحيازة وموانعها 81

الفقرة الأولى: وضع اليد 82

الفقرة الثانية: تصرف الحائز في الملك 84

الفقرة الثالثة: نسبة الملك للشخص 85

• نازلة: نسبة الملك لميت 86

الفقرة الرابعة عدم المنازع 88

• نازلة: المنازعة اللاحقة على مدة الحيازة 89

الفقرة الخامسة: استمرار مدة الحيازة طول المدة المقررة شرعا وقانونا 90

أولا: حيازة الأجنبي غير الشريك 91

ثانيا: مدة الحيازة بين الأقارب 92

• نازلة: الأقارب الذين بينهم شجار أو عداوة 93

• نازلة: ما المقصود بالأقارب في حيازة 40 سنة؟ 94

الفقرة السادسة: عدم العلم بالتفويت 95

المطلب الثاني: موانع الحيازة 95

الفقرة الأولى: الحيازة المبنية على الغصب 97

الفقرة الثانية: السفه والقصر 98

• نازلة: وجود نائب للقاصر المحوز عنه 98

الفقرة الثالثة الغيبة 99

الفقرة الرابعة: الحيازة القائمة على عيب الخوف والإكراه 101

• نازلة: أثر السكوت على الحيازة مع القدرة على المنازعة 101

المبحث الثاني: اكتساب ملكية العقار عن طريق العقود الزراعية 103

المطلب الأول: المغارسة 104

DAR AL AFAK
COPY

- نازلة: المغارسة بدون إذن 104
- نازلة: المغارسة في ملك حبسي 105

المطلب الثاني: المساقاة والمزارعة 107

الفقرة الأولى: المساقاة 107

الفقرة الثانية: المزارعة 108

- نازلة: ثمار الأشجار 109

المبحث الثالث: اكتساب ملكية العقار عن طريق الشفعة والقسمة 109

المطلب الأول: الشفعة 110

- مسألة: هل تثبت الشفعة في الثمار؟ 110

الفقرة الأولى: موجبات الشفعة 112

أولا: ثبوت الشياع 112

- مسألة: المنازعة في الاستحقاق وتملك العقار 113
- نازلة: هل تثبت الشفعة للشفيع ولو باع حصته؟ 115
- مسألة: أثر القسمة على الشفعة 115
- مسألة هل تثبت الشفعة في البيع المفرز؟ 116

ثانيا: ثبوت البيع 117

ثالثا: أن لا يكون التفويت تبرعا 120

- مسألة: مصروفات الشفعة من كتابة وتوثيق 122

الفقرة الثانية: تزاحم الشفعاء وتعدد البيوع وأثرهما على الشفعة 123

أولا: تزاحم الشفعاء 123

1 – حالة التساوي 123

2 – حالة الأولوية 123

ثانيا: تعدد البيوع 129

DAR AL AFAK

الفقرة الثالثة: سقوط الشفعة 132
أولا: فوات الأجل 132
• مسألة سكوت الشفيع رغم كونه حاضر بالبلد 134
• مسألة: هل يمكن للشفيع أن يتنازل عن حقه في الشفعة قبل البيع 135
ثانيا: تبعيض الشفعة 135
• مسألة: أثر وفاة الشفيع على الشفعة 137
المطلب الثاني: القسمة 138
الفقرة الأولى: أنواع القسمة 140
أولا: قسمة بتية وقسمة مهيأة 140
ثانيا: قسمة مهيأة زمانية مهيأة مكانية 140
ثالثا: قسمة رضائية وقسمة قضائية 142
رابعا: قسمة عينية وقسمة تصفية 142
الفقرة الثانية: موجبات القسمة 147
أولا: ثبوت الملك والشياع 147
• مسألة: قسمة المال المتنازع عليه 148
ثانيا: إدخال جميع الشركاء 150
الفقرة الثالثة: طوارئ القسمة 151
أولا: طارئ الغبن 153
ثانيا: طارئ العيب 154
ثالثا: طارئ الاستحقاق 155
رابعا: طارئ ظهور وارث جديد أو موصى له 156
خامسا: طارئ الدين 158
المبحث الرابع: اكتساب ملكية العقار عن طريق التبرع 159

DAR AL AFAK
COPY

المطلب الأول: الهبة 159
الفقرة الأولى: أركان وشروط الهبة 160
• نازلة: هبة المال المشاع 161
• مسألة: تفضيل الأولاد في العطية 162
• نازلة: التبرع للجنين ولمن سيولد مستقبلا 163
الفقرة الثانية: الحوز في الهبة 164
• حوز الأب عن أبنائه القاصرين 165
• مسألة: من له الحق الطعن في تخلف الحوز 165
أولا: أنواع الحوز 165
ثانيا: طرق الحوز 166
1 – المعاينة 166
2 – التصرف 167
مسألة التقييد بالرسم العقاري 167
3 – إخلاء العقار 168
• نازلة: حوز العقار الفلاحي غير سكنى الواهب 168
ثالثا: معيقات الحوز 169
• نازلة إحاطة الدين بالهبة 169
الفقرة الثالثة: الرجوع في الهبة 171
• مسألة: هل يمكن الرجوع في الهبة لكون سببها هو الحياء والخجل؟ 171
• مسألة: من له الحق في الاعتصار 172
• مسألة: شرط عدم الاعتصار 174
المطلب الثاني: الصدقة 175
الفقرة الأولى: موجبات تحقق الصدقة 176
• تساؤل: هل يمكن كتابة عقد الصدقة باللغة الفرنسية؟ 176

DAR AL AFAK
COPY

• نازلة: منش روط صحة الصدقة إفزاغ المنزل من الشواغل 177
الفقرة الثانية: موانع قيام عقد الصدقة 177
أولا: إحاطة الدين بالصدقة 177
ثانيا: الصدقة في مرض الموت 178

الباب الثاني

المنازعة في تملك حق الملكية العقارية

الفصل الأول: المنازعة في تملك العقار «دعوى الاستحقاق أنموذجا» 183
المبحث الأول: الإثبات في دعوى الاستحقاق 183
المطلب الاول: عبء الإثبات في دعوى الاستحقاق 183
الفقرة الأولى: البينة على المدعي 183
الفقرة الثانية: انتقال عبئ الإثبات إلى المدعى عليه 186
• مسألة: هل يعفى المدعي العاثر من البينة؟ 187
المطلب الثاني: أصل التملك 188
الفقرة الأولى: التمييز بين أصل الملك وأصل المدخل 189
الفقرة الثانية: ما لا يصح أن يكون أصلا للتملك 189
أولا: رسوم الأشرية 190
• مسالة: رسوم الأشرية القديمة والمتعاقبة 193
ثانيا: رسم الإشهاد 195
ثالثا: رسم الإراثة 195
• نازلة: من ادعى شيئا له ورثه عن أبيه هل ملزم بإثبات وفاة أبيه 196
رابعا رسم الإحصاء 197
المبحث الثاني: وسائل إثبات استحقاق العقار 198
الفقرة الأولى: الشهادة واللفيف 198

أولا: الشهادة 198
• تساؤل: هل تجوز شهادة القريب؟ 200
• مسألة: الشهادة بالسماع الفاشي 200
• تساؤل: هل يجوز الرجوع في الشهادة؟ 202
• تساؤل: متى يعتد بالرجوع في الشهادة؟ 203
ثانيا: اللفيف 203
• مسألة: استفسار شهود اللفيف 206
المطلب الثاني: اليمين 208
الفصل الثاني: الترجيح بين البينات 211
المبحث الأول: الجمع بين الحجج في حالة تحقق شروطه 213
المبحث الثاني: قواعد الترجيح بين الحجج 215
المطلب الأول: قواعد الترجيح الشكلية 218
الفقرة الأولى: الترجيح بتاريخ البينة 218
أولا: تقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة 218
ثانيا: تقديم البينة السابقة على اللاحقة تاريخا 220
• تساؤل: ما المقصود بالبينة سابقا تاريخا؟ 222
• نازلة: اقتران البينة الحديثة بالحيازة 225
الفقرة الثانية: الترجيح بشهادة الشهود 227
أولا: الترجيح بزيادة العدالة 228
ثانيا: الترجيح بتعدد الشهادة على شهادة الواحد 232
• نازلة: تعارض بينة بشاهدين مع بينة بشاهد ويمين 234
المطلب الثاني: قواعد الترجيح الموضوعية 235
الفقرة الأولى: الترجيح استنادا على الملك 235
أولا: ذكر سبب الملك مقدم على عدم ذكره 235

DAR AL AFAK
COPY

- نازلة: تعارض بينة الملك مع بينة السبب..... 238
ثانيا: ترجيح بينة الملك على بينة الحوز..... 238
الفقرة الثانية: الترجيح استنادا إلى الشهود..... 242
أولا: الترجيح بالإثبات على بينة النفي..... 243
ثانيا: بينة الأصالة مقدمة على خلافها أو ضدها..... 247
- نازلة: هل كبر السن يعتبر سببا للتحجير..... 250
ثالثا: تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب..... 251
رابعا: تقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال..... 256
المطلب الثالث: تنازع ضوابط الترجيح أفقيا..... 258
المبحث الثالث: إسقاط الحجيتين معا..... 261
- نازلة: ما العمل في حالة إسقاط الحجتين..... 263
- نازلة: إذا كان العقار المدعى فيه لا يد عليه..... 265
خاتمة..... 267
قائمة المراجع..... 269
فهرس الآيات..... 281
فهرس الأحاديث..... 283
فهرس الموضوعات..... 285

DAR AL AFAK
COPY

من إصدارات المؤلف











هذا من فضل ربي

مطبعة الأمنية - الرباط 2021

120 درهما

DAR AL AFAK
COPY