أسماء ميزات
دكتورة في القانون الخاص
أستاذة زائرة بالكلية متعددة التخصصات الناظور

DAR AL AFAK
COPY

عقد المقاولة بين القانون والممارسة

تقديم
الدكتور أحمد خرطة
مدير مختبر البحث في قانون العقار والتعمير
ومتطلبات الحكامة الترابية

الطبعة الأولى 2025

الفهرس

مقـدمة..... 1

الباب الأول: تكوين عقد المغارسة

الفصل الأول: ماهية عـقد المغارسة..... 17

المبحث الأول: مـــفهوم المغارسة ومشروعيتها..... 18

المطلب الأول : مفهوم المغارسة..... 18

الفقرة الأولى: مفهوم المغارسة في الفقه الإسلامي..... 19

أولا : تعريف المغارسة لدى فقهاء المالكية..... 20

ثانيا : تعريف المغارسة لدى جمهور الفقهاء..... 23

1 : معنى المغارسة عند الفقه الحنبلي..... 23

2 : معنى المغارسة عند الفقه الشافعي..... 24

3 : معنى المغارسة عند الفقه الحنفي..... 24

الفقرة الثانية: مفهوم المغارسة قانونا..... 25

أولا: تعريف المغارسة في بعض القوانين المقارنة..... 25

ثانيا : تعريف المغارسة في التشريع المغربي..... 27

المطلب الثاني : مشروعية وتكييف عقد المغارسة بين الفقه والقانون..... 30

الفقرة الأولى: مشروعية عقد المغارسة..... 30

أولا: موقف الفقهاء من مشروعية المغارسة..... 30

1 : لدى فقهاء المالكية..... 30

2 : لدى جمهور الفقهاء..... 33

ثانيا: موقف القانون من مشروعية المغارسة والحكمة منها 37
1 : موقف القانون من مشروعية المغارسة 38
2: الحكمة من مشروعية المغارسة 39
الفقرة الثانية : تكييف عقد المغارسة 40
المبحث الثاني : تمييز عقد المغارسة عن بعض العقود المشابهة وصوره 45
المطلب الأول : عقد المغارسة وتمييزه عن غيره من العقود 45
الفقرة الأولى : اختلاط المغارسة ببعض العقود المنظمة من قبل المشرع 45
أولا : تمييز عقد المغارسة عن عقد الكراء الفلاحي 45
ثانيا : حق الغارس وتمييزه عن صاحب حق الانتفاع 47
ثالثا : عقد المغارسة وإحياء أراضي الموات 49
الفقرة الثانية : اختلاط عقد المغارسة ببعض العقود غير المنظمة 50
أولا: أوجه الإختلاف بين عقدي المغارسة والمساقاة 50
ثانيا: عقد المغارسة والمزارعة 51
المطلب الثاني: صور عقد المغارسة 52
الفقرة الأولى: المغارسة على وجه الإجارة 53
الفقرة الثانية: المغارسة على وجه الجعل 54
الفقرة الثالثة: المغارسة بالمشاركة 55
الفصل الثاني: أركان عقد المغارسة 59
المبحث الأول : رضا طرفي عقد المغارسة وشكليته 59
المطلب الأول : رضى المتعاقدين 59
الفقرة الأولى : عنصر الأهلية 60
الفقرة الثانية : عنصر الإرادة 62
المطلب الثاني : الشكلية في عقد المغارسة وصيغته 63

DAR AL AFAK
COPY

الفقرة الأولى : الإيجاب والقبول بين طرفي العقد 64
الفقرة الثانية : خصوصية الكتابة في عقد المغارسة 66
أولا : توثيق المغارسة في الوثيقة العدلية 67
ثانيا : توثيق المغارسة في الوثيقة العصرية 69
المبحث الثاني: المحل والسبب في عقد المغارسة 71
المطلب الأول : محل عقد المغارسة 73
الفقرة الأولى: أرض المغارسة وشروطها 73
أولا: ضرورة أن تكون الأرض في ملكية صاحبها 73
ثانيا: ألا تكون المغارسة على أرض الوقف أو الحبس 74
1: حكم المغارسة في أرض الوقف 75
2: موقف القضاء المغربي من المغارسة في أراضي الأوقاف 78
ثالثا: خلو الأرض المراد غرسها من الأغراس 84
الفقرة الثانية: الشيء المراد غرسه وشروطه 85
أولا: أن يغرس فيها أشجارا ثابتة الأصول دون الزرع 86
ثانيا: أن يكون معين النوع والعدد 86
ثالثا: أن تتفق أصناف الأجناس أو تتقارب في مدة إطعامها 87
المطلب الثاني: السبـــب في عقد المغارسة 87
الفقرة الأولى: العمل الواجب على الغارس في عقد المغارسة 88
الفقرة الثانية: حصة العامل في عقد المغارسة 92
أولا: بيـــان المـــدة في عـــقد المغارسة 92
ثانيا: تحديد حصة العامل 96

DAR AL AFAK
COPY

الباب الثاني : آثار عقد المغارسة

الفصل الأول :التزامات طرفي عقد المغارسة وآليات تمويله في البنوك التشاركية 103
المبحث الأول :التزامات طرفي عقد المغارسة 103
المطلب الأول : التزامات مالك الأرض 104
الفقرة الأولى: التزام مالك الأرض بتسليم أرضه للغارس وضمانها 104
أولا : التزام المالك بالتسليم 104
1: مفهوم التسليم 105
2 : مضمون التسليم 106
ثانيا : التزام مالك الأرض بالضمان 110
1 : ضمان التعرض 110
أ : التعرض المادي 112
ب : التعرض القانوني 113
ج : التعرض الصادر عن الغير 113
2 : ضمان الإستحقاق 116
الفقرة الثانية : إعطاء الحصة المشتركة للغارس بعد إنتهاء المدة 120
أولا : المغارسة في العقار غير المحفظ 123
ثانيا : المغارسة في العقار في طور التحفيظ 125
ثالثا : المغارسة في العقار المحفظ 127
المطلب الثاني: التزامات الغارس 131
الفقرة الأولى : المحافظة على الأرض محل المغارسة 131
الفقرة الثانية : رد الحصة الشائعة إلى صاحبها بعد انتهاء مدة المغارسة 135
المبحث الثاني : صيغة التمويل بعقد المغارسة في البنوك التشاركية 137
الفقرة الأولى : مفهوم البنوك التشاركية 141

DAR AL AFAK
COPY

أولا : التعريف بالبنوك التشاركية 141
ثانيا : خصائص البنوك التشاركية 144
1 : استبعاد التعامل بالفائدة 144
2 : التعامل بقاعدة الغنم بالغرم 145
3 : السمة العقائدية 146
4 : تبني قاعدة الخراج بالضمان 146
الفقرة الثانية : خدمات البنوك التشاركية 146
أولا : قبول الحسابات (الودائع) المصرفية 147
1 : الحسابات الجارية أو تحت الطلب 148
2 : الحساب الإستثماري المشترك 148
3 : الحساب الإستثماري المخصص 148
ثانيا : التحويلات المصرفية 149
ثالثا : تحصيل الأوراق التجارية وخصمها 149
رابعا : الإكتتاب وحفظ الأوراق المالية 150
المطلب الثاني : التمويل بالمغارسة في البنوك التشاركية 150
الفقرة الأولى : شركة المغارسة 151
أولا : البنك في صفة المالك للأرض 152
ثانياً : البنك في صفة الغارس 153
الفقرة الثانية : التطبيق المعاصر للتمويل بالمغارسة 154
أولا : المغارسة المقرونة بالبيع والإجارة 154
ثانيا : صكوك المغارسة 155
الفصل الثاني : فساد عقد المغارسة وانقضاؤه 157
المبحث الأول : فساد عقد المغارسة 157

DAR AL AFAK
COPY

المطلب الأول : مفهوم العقد الفاسد وأسباب فساد عقد المغارسة 158
الفقرة الأولى : مفهوم العقد الفاسد 158
أولا : التعريف بالعقد الفاسد لغة 158
ثانيا: العقد الفاسد في الإصطلاح الفقهي 158
ثالثا: العقد الفاسد في القانون 159
الفقرة الثانية : أسباب فساد عقد المغارسة 161
أولا: اختلال موضوعها 161
ثانيا : فقدان أحد شروطها 161
ثالثا: اشتراط ما يخالف مقتضى عقد المغارسة وسنتها 162
المطلب الثاني : الآثار المترتبة عن عقد المغارسة الفاسد 163
المبحث الثاني: انقضاء عقد المغارسة 166
المطلب الأول: انقضاء عقد المغارسة بالمدة وبالقسمة 166
الفقرة الأولى : انقضاء عقد المغارسة بالمدة 166
أولا : تحديد المدة في الفقه المالكي 167
ثانيا : المدة في القانون 167
الفقرة الثانية : انقضاء عقد المغارسة بالقسمة 172
أولا : قسمة أرض المغارسة الواردة على العقار غير المحفظ 174
ثانيا : قسمة أرض المغارسة الواردة على العقار المحفظ 175
المطلب الثاني : انقضاء عقد المغارسة لأسباب أخرى 179
الفقرة الأولى: الإنقضاء بالعـــذر 179
أولا : مفهوم العذر 179
1 : تعريف العذر 180
أ - تعريف العذر في الفقه الإسلامي 180

ب - تعريف العذر في القانون..... 182
2 : الأعذار التي تنفسخ بسببها المغارسة..... 182
ثانيا : الآفة السماوية والجائحة..... 183
1 : تعريف الآفة والجائحة..... 183
أ – تعريف الآفة..... 183
ب – تعريف الجائحة..... 184
2: الجائحة التي يفسخ بسببها عقد المغارسة..... 186
الفقرة الثانية : الانقضاء بالإقالة وموت أحد العاقدين..... 188
أولا : الإقالة..... 188
1 : الإقالة لغة واصطلاحا..... 188
2 : الإقالة في قانون الإلتزامات والعقود المغربي..... 190
3 : آثار الإقالة في عقد المغارسة..... 192
ثانيا : موت أحد العاقدين..... 192
1: موقف الفقهاء..... 193
2 : موقف القانون..... 195
خاتـــــمة..... 199
لائـــحة المراجـــــع..... 203
الفهرس..... 231

DAR AL AFAK
COPY

يروم هذا الكتاب تسليط الضوء على عقد المغارسة باعتباره من العقود الفلاحية ذات الجذور الفقهية العميقة، والتي مازالت تثير إشكالات قانونية وتنظيمية في السياق المغربي المعاصر، خاصة بعد صدور مدونة الحقوق العينية التي نظمت هذا العقد في المواد من 265 إلى 272.

ينطلق هذا الكتاب من قراءة تأصيلية لأحكام المغارسة في الفقه الاسلامي، مرورا بتحليل دقيق لمقتضيات مدونة الحقوق العينية، مع رصد أهم الإشكاليات التي يعرفها هذا العقد سواء من خلال التنظير القانوني والتطبيق العملي، خصوصا في ضوء الأعراف الجارية في الوسط الفلاحي.

ويتطرق أيضا إلى إمكانية إدماج هذا العقد ضمن الآليات التمويلية المعتمدة من قبل البنوك التشاركية، باعتباره عقدا يقوم على الشراكة في الجهد والنتيجة، مما يجعله ملائما لفلسفة التمويل الإسلامي.

ويلخص الكتاب إلى تقييم لمنظومة هذا العقد من حيث وضوحه التشريعي، والأمن التعاقدي الذي يحققه، والتوازن المطلوب بين أطراف العلاقة التعاقدية.

كتاب يهم الباحثين في فقه المعاملات والعقود، والممارسين في المجال العقاري والفلاحي، وكل المهتمين بتطوير صيغ استثمار تتوافق مع مقاصد الشريعة ومتطلبات التنمية.

DAR AL AFAK
COPY

مكتبة دار السلام

الثمن: 90 درهم

9 789920 440202

الهاتف - الفاكس: 05 37 72 58 23
Site web : www.darassalam.ma
E-mail : lib.darassalam@yahoo.fr