

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 - الحيابة - المغارسة -  
المساقاة - المزارعة - الشفعة - القسمة - الهبة - الصدقة - دعوى  
الاستحقاق - أصل التملك - اللضيف - الترجيح بين البيّنات

تقديم

الدكتور محمد بن يعيش

رئيس هيئة محكمة النقض

أستاذ بالمعهد العالي للقضاء أستاذ زائر بكليات الحقوق

الدكتور عبد الرزاق الجايي

أستاذ السنة وعلومها

بجامعة محمد الخامس الرباط

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  
أولاً: عناصر حق الملكية .....39  
ثانياً: خصائص حق الملكية .....40  
ثالثاً: 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  
أولاً: ملكية الماء .....45  
ثانياً: بعض التصرفات الواردة على الماء .....46  
1- بيع نوبة ماء .....47  
2- قسمة الماء .....49

- 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

- 79.....المبحث الأول: الحيابة
- 81.....المطلب الأول: شروط الحيابة وموانعها
- 82.....الفقرة الأولى: وضع اليد
- 84.....الفقرة الثانية: تصرف الحائز في الملك
- 85.....الفقرة الثالثة: نسبة الملك للشخص
- 86.....\* نازلة: نسبة الملك لميت
- 88.....الفقرة الرابعة عدم المنازع
- 89.....\* نازلة: المنازعة اللاحقة على مدة الحيابة
- الفقرة الخامسة: استمرار مدة الحيابة طول المدة المقررة شرعا
- 90.....وقانوننا
- 91.....أولا: حيابة الأجنبي غير الشريك
- 92.....ثانيا: مدة الحيابة بين الأقارب
- 93.....\* نازلة: الأقارب الذين بينهم شجار أو عداوة
- 94.....\* نازلة: ما المقصود بالأقارب في حيابة 40 سنة؟
- 95.....الفقرة السادسة: عدم العلم بالتفويت
- 95.....المطلب الثاني: موانع الحيابة
- 97.....الفقرة الأولى: الحيابة المبنية على الغصب
- 98.....الفقرة الثانية: السفه والقصر
- 98.....\* نازلة: وجود نائب للقاصر المحوز عنه
- 99.....الفقرة الثالثة الغيبة
- 101.....الفقرة الرابعة: الحيابة القائمة على عيب الخوف والإكراه
- 101.....\* نازلة: أثر السكوت على الحيابة مع القدرة على المنازعة
- 103.....المبحث الثاني: اكتساب ملكية العقار عن طريق العقود الزراعية
- 104.....المطلب الأول: المغارسة

- 104..... \* نازلة: المغارسة بدون إذن
- 105..... \* نازلة: المغارسة في ملك حبسي
- 107..... المطلب الثاني: المساقاة والمزارعة
- 107..... الفقرة الأولى: المساقاة
- 108..... الفقرة الثانية: المزارعة
- 109..... \* نازلة: ثمار الأشجار
- 109..... المبحث الثالث: اكتساب ملكية العقار عن طريق الشفعة والقسمة
- 110..... المطلب الأول: الشفعة
- 110..... \* مسألة: هل تثبت الشفعة في الثمار؟
- 112..... الفقرة الأولى: موجبات الشفعة
- 112..... أولا: ثبوت الشيع
- 113..... \* مسألة: المنازعة في الاستحقاق وتملك العقار
- 115..... \* نازلة: هل تثبت الشفعة للشفيع ولو باع حصته؟
- 115..... \* مسألة: أثر القسمة على الشفعة
- 116..... \* مسألة هل تثبت الشفعة في البيع المفرز؟
- 117..... ثانيا: ثبوت البيع
- 120..... ثالثا: أن لا يكون التصويت تبرعا
- 122..... \* مسألة: مصروفات الشفعة من كتابة وتوثيق
- 123..... الفقرة الثانية: تراحم الشفعاء وتعدد البيوع وأثرهما على الشفعة
- 123..... أولا: تراحم الشفعاء
- 123..... 1 - حالة التساوي
- 123..... 2 - حالة الأولوية
- 129..... ثانيا: تعدد البيوع

- 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: تبعض الشفعة ..... 135
- \* مسألة: أثر وفاة الشفيع على الشفعة ..... 137
- المطلب الثاني: القسمة ..... 138
- الفقرة الأولى: أنواع القسمة ..... 140
- أولا: قسمة بتية وقسمة مهياة ..... 140
- ثانيا: قسمة مهياة زمانية مهياة 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

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

- 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 الأول: عبء الإثبات في دعوى الاستحقاق ..... 183  
 الفقرة الأولى: البيئة على المدعي ..... 183  
 الفقرة الثانية: انتقال عبئ الإثبات إلى المدعي عليه ..... 186  
 • مسألة: هل يعفى المدعي الحائز من البيئة؟ ..... 187  
 المطلب الثاني: أصل التملك ..... 188  
 الفقرة الأولى: التمييز بين أصل الملك وأصل المدخل ..... 189  
 الفقرة الثانية: ما لا يصح أن يكون أصلا للملك ..... 189  
 أولا: رسوم الأشرية ..... 190  
 • مسألة: رسوم الأشرية القديمة والمتعاقبة ..... 193  
 ثانيا: رسم الإشهاد ..... 195  
 ثالثا: رسم الإرث ..... 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



- 198 ..... أولاً: الشهادة
- 200 ..... \* تساؤل: هل تجوز شهادة القريب؟
- 200 ..... \* مسألة: الشهادة بالسمع الفاشي.
- 202 ..... \* تساؤل: هل يجوز الرجوع في الشهادة؟
- 203 ..... \* تساؤل: متى يعتد بالرجوع في الشهادة؟
- 203 ..... ثانياً: اللفيظ
- 206 ..... \* مسألة: استفسار شهود اللفيظ.
- 208 ..... المطلب الثاني: اليمين
- 211 ..... الفصل الثاني: الترجيح بين البيئات
- 213 ..... المبحث الأول: الجمع بين الحجج في حالة تحقق شروطه
- 215 ..... المبحث الثاني: قواعد الترجيح بين الحجج
- 218 ..... المطلب الأول: قواعد الترجيح الشكلية
- 218 ..... الفقرة الأولى: الترجيح بتاريخ البيئة
- 218 ..... أولاً: تقديم البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة
- 220 ..... ثانياً: تقديم البيئة السابقة على اللاحقة تاريخاً
- 222 ..... \* تساؤل: ما المقصود بالبيئة سابقاً تاريخاً؟
- 225 ..... \* نازلة: اقتران البيئة الحديثة بالحيازة
- 227 ..... الفقرة الثانية: الترجيح بشهادة الشهود
- 228 ..... أولاً: الترجيح بزيادة العدالة
- 232 ..... ثانياً: الترجيح بتعدد الشهادة على شهادة الواحد
- 234 ..... \* نازلة: تعارض بيئة بشاهدين مع بيئة بشاهد ويمين
- 235 ..... المطلب الثاني: قواعد الترجيح الموضوعية
- 235 ..... الفقرة الأولى: الترجيح استناداً على الملك
- 235 ..... أولاً: ذكر سبب الملك مقدم على عدم ذكره

- 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

# من إصدارات المؤلف



هذا من فضل ربي

