

إثبات

الحيازة الاستحقاقية على ضوء العمل القضائي

ذ. محمد الميني

قاض ملحق بوزارة

العدل

مديرية الشؤون

المدنية

تمهيد:

تحتل دعاوى الاستحقاق الحيز الأكبر من القضايا العقارية التي تعرض على المحاكم الابتدائية بالنظر لتعددتها وتنوع مواضيعها بخصوص المنازعة في الملك وإنكار حق المدعي عليه والتعرض له. وتتجلى أهمية دعوى الاستحقاق باعتبار البث فيها إيجابا غالبا ما يعد مجرد مقدمة تمهيدية أو مسألة أولية للانتقال ومناقشة ومعالجة طلب إضافي أو دعوى جديدة تتعلق بالشفعة أو القسمة أو غيرهما، مما ينبني على أصل الحق، كما أن البث في دعوى الاستحقاق سلبا يجعل سائر الدعاوى التي تتوقف عليها غير مقبولة شرعا.

فارتباط دعوى الاستحقاق أحيانا بشكل أو بآخر بغيرها من الدعاوى، واعتبار حق الملكية العقارية أهم الحقوق العينية وأقدسها على الإطلاق يضيف على دعوى الاستحقاق المتعلقة بها أهمية أكبر وصعوبة بالغة، خاصة في مجال العقار الغير المحفظ، بالنظر لتعدد المصادر والمراجع الفقهية المعتمدة وعدم وضوح أو صعوبة ضبط الراجح والمشهور وما جرى به العمل في نطاقها، مما يحتم تقنين هذا المجال لتسهيل مهمة الممارسين أولا، ولتفعيل دور هذا العقار العادي في التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

و الاستحقاق في اللغة هو إضافة الشيء لمن يصلح به، وله عليه حق، يقال استحق فلان كذا استوجبه.

وفي الاصطلاح الفقهي عرفه ابن عرفة " الاستحقاق هو رفع ملك الشيء بثبوت ملكه قبله بغير عوض أي القضاء بتقرير ملك سابق بعد إلغاء اليد الحالية أو الملك الحالي"¹.

ويستخلص من هذا التعريف أن الاستحقاق هو القيام على الملك حكم عليه رفع يده بالملك للقائم.

فالاستحقاق هو انتزاع الشيء من يد حائزه بظهور مالكة الحقيقي².

ودعوى الاستحقاق هي التي يكون محلها المطالبة بملكية الشيء عقارا كان أم منقولا فهي إذن الدعوى التي تقوم لحماية الملكية، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير.

والحيازة في الفقه الإسلامي إذا توافرت شروطها الشرعية تكون مثبتة للملك³.

والحيازة هي سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على الشيء أو على حق عيني على منقول أو عقار وتنقسم الحيازة بمعنى وضع اليد إلى قسمين: إما استحقاقية أي يستحق بها الحائز الشيء المحوز ويتملكه بها عند توفر شروطها وبذلك تكون داخلة ضمن أسباب كسب الملكية.

وإما عرضية أو ما يطلق عليه الحيازة التصرفية التي تتيح لصاحبها التصرف في الشيء والانتفاع به وحق في أن يتملك بها الشيء المحوز⁴.

فالحائز العرضي في الحيازة التصرفية لا يحوز الشيء الذي بيده إلا بمقتضى سند قانوني يخول له ذلك كعقد الكراء بالنسبة للمستأجر أو بمقتضى ترخيص من القانون كحيازة الأراضي الجماعية فهي حيازة قانونية مادية تفتقد للركن المعنوي الذي هو نية التملك، بحيث يكون الحائز ملزما بردها إلى صاحبها عند زوال سند الحيازة.

والحيازة الاستحقاقية مدار بحثنا تنقسم بحسب العقار المنصبة عليه إلى نوعين اثنين أحدهما ما يثبت به تملك العقار وثانيهما ما يقطع النزاع بشأنه ويرد دعوى القائم.

¹ - مذكور عند عبد الله الداودي، تحليل وإيضاح لحكم مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، قضية عدد 8225، مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، عدد 1، ص 73.

² - حسب تعريف الزرقاني والرهوني، انظر محمد العلوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، مطبعة إفريقيا الشرق، ط 1994/2، ص 95.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية حق دائم لا يزول بعدم الاستعمال، لكن المالك الأصلي تزول عنه الملكية ولا يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الذي ملك بالتقادم ويرجع ذلك لا لأن المالك الأصلي قد فقد ملكيته بعدم الاستعمال أو سقطت دعواه في الاستحقاق بالتقادم المسقط ولكن هناك شخصا آخر قد حاز الشيء وكسب ملكيته بالتقادم المكسب، لكن على خلاف ذلك فإن العقارات الآتية لا تستملك بالتقادم ولا تنفع معها حيازة ولو طالمت وهي:

+ العقارات المحفظة.
+ الأملاك الجماعية.
+ العقارات الحسبية.
+ الأملاك العمومية.
+ أراضي الجيش

⁴ - عبد العلي العبودي، الحيازة فقها وقضاء، المركز الثقافي العربي الدار البيضاء، ط 1، 1996 ص 21.

1) حيازة تثبت الملك أو الحيازة المكسبة للملك.

وهي المقصود بالتمسك بها تملك العقار المحوز أي تجعله مستحقا لمن هو بيده مصدقة لادعائه إياه وتنصب على عقار جهل أصله لمن كان قبل هذا الحائز ويدخل في حكمها إحياء الأراضي الموات تطبيقا للحديث الشريف: " من أحيا أرضا ميتة فهي له "، ويكتفي في حيازتها بالسنة أو العشرة أشهر.

2) الحيازة القاطعة للنزاع:

وهي الحيازة القاطعة لحق الغير على العقار المحاز بعد إثبات موجباتها الشرعية لقول خليل " وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز طال كعشرة أشهر وإنها لم تخرج عن ملكه في علمهم "، ولقول الزقاق:

يد نسبة طول كعشرة أشهر

وفعل بلا خصم به الملك يجتلى

وهل عدم التقويت في علمهم كما

ل أم صحة للحي للميت ذا أقبلا

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1970/05/27 " إن الحيازة القاطعة في القانون الإسلامي تقتضي التصرف بدون منازع عشر سنين بدون منازع إذا علم أصل الملك"⁵.

كما جاء في قرار آخر " إن دعوى استحقاق العقار لا يمكن سماعها ولا قبول البينة المؤيدة لها بعد مرور عشر سنين عن حوز وتصرف الأجنبي غير الشريك مع حضور القائم بها وسكوته بلا مانع طول المدة المذكورة"⁶.

وسنتعرض لأحكام دعوى الاستحقاق في العقار الغير المحفظ من خلال بحث شروط الحيازة الاستحقاقية (المبحث الأول) على أن نتناول قواعد الفصل في الاستحقاق في (المبحث الثاني)

⁵ - مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 13.

⁶ - حكم مدني رقم 11 بتاريخ 66/10/26، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 22، ص 8.

المبحث الأول: شروط الحيابة الاستحقاقية.

يشترط لصحة حيابة الحائز⁷:

- أن يكون واضعا يده على العقار، (المطلب الأول)
- أن يتصرف تصرف المالك في ملكه، (المطلب الثاني)
- أن ينسب الملك لنفسه والناس ينسبونه إليه كذلك، (المطلب الثالث)
- ألا ينازعه في ذلك منازع، (المطلب الرابع)
- أن تستمر الحيابة طول المدة المقررة في القانون. (المطلب الخامس)

المطلب الأول: وضع اليد أي الحوز.

ويقصد بوضع اليد على الشيء المحوز السيطرة الفعلية عليه

وقد وضح القرافي في كتاب الفروق معنى اليد عند قوله " اليد عبارة عن القرب والاتصال وأعظمها ثياب الإنسان الذي عليه ويلبها البساط الذي هو جالس عليه والداية التي هو راكبها، وتليه الداية التي هو سائقها أو قائدها والدار التي هو ساكنها"⁸.

والحيابة كما قد يباشرها الشخص بنفسه فإنه يباشرها عن طريق الغير بالوساطة متى كان وكيلا له أو ممثلا له في ذلك، لأنه لا يحوز لنفسه وإنما لحساب غيره. والقاعدة أن الحائز يفترض فيه أنه حائز لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره.

لكن هل يمكن للحائز العرضي أن يتحول إلى حائز بنية التملك (حيابة استحقاقية) وقد أكدت محكمة النقض في مصر في قرارها الصادر بتاريخ 96/4/23 جواز انقلاب الحائز العرضي إلى حائز

⁷ - المادة 250 من مشروع القانون المغربي المتعلق بمدونة الحقوق العينية. وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1999/3/3 أن خلو اللفيف من الإشارة إلى ملكية المشهود له للمشهود به بشروط الملك المعتبرة شرعا يفقد اللفيف قيمته الإثباتية. النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، ع 7 / 2000، ص 7.

⁸ - القرافي، الفروق. المجلد الرابع، ص 130.

بنية التملك إما بفعله أو بفعل الغير إذ قررت " أن وضع اليد بسبب وقتي معلوم غير اسباب التملك لا يعتبر صالحا للتمسك به إلا إذا حصل تغيير في سبب يزيل عنه صفة الوقتية. وهذا التغيير لا يكون إلا بإحدى اثنتين: أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد أنه هو المالك لها والمستحق للتصرف فيها، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية ملك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلية أو بصفة قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها بها دونه⁹ لكن في حالة تغير صفة الحيازة لا يبدأ التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير.

فالحيازة لا تنتقل الملك مبدئيا ولم مع ادعاء التملك ولكنها قرينة دالة عليه¹⁰.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1986/7/15 " أن كل ما سبقت يده إلى شيء لا يخرج من يده إلا بيقين وإن واطع اليد غير مكلف بإثبات شيء إذ إن وضع اليد يعتبر حجة يجب أن يعارض بحجة أقوى¹¹.

لكن هل تكون الحيازة كافية لوحدها في سقوط دعوى مدعي الملكية، أم لا بد من أن يعززها الحائز بيمينه على أن ذلك الشيء ملك له؟، للفقهاء المالكية في ذلك قولان:

القول الأول: إن الحائز لا يحتاج إلى يمين، بناء على أن الحيازة شاهد عرفي، وأن الشاهد العرفي يقوم مقام شاهدين. وهذا هو مذهب المدونة، ومشى عليه ابن الحاجب، وتبعه الشيخ خليل في مختصره.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 11 مارس 1963 "حيث إن المعتمد فقها في مسألة الحيازة الفاطعة للنزاع أنه لا يمين على المدعى عليه الحائز"¹². وهذا الاتجاه هو المستقر عليه قضاء.

القول الثاني: إنه لا بد من يمين الحائز، لأن الشاهد العرفي إنما ينزل منزلة شاهد واحد، ولذلك يجب أن يعززها الحائز بيمينه¹³.

ولا تقوم الحيازة إذا بنيت على عمل غير مشروع¹⁴ كالغصب والإكراه والتعدي أو التدليس، وفي هذا يقول المتحف:

⁹ - قرار رقم 76 مذكور عند مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، دار العربية للطباعة والنشر، ط 87/2، ص 199.

¹⁰ - محمد العلوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 88.

¹¹ - قرار عدد 1019 ملف عقاري عدد 4978 / 85 قضاء المجلس الأعلى عدد 40، ص 143. كما جاء في قرار آخر " أن وضع اليد الذي يعتبر تجاوزا من المرجحات لا يؤخذ به إلا في حالتي تجرد الدعوى أو تساوي البينتين وهو قول الشيخ خليل: وببدي وإن لم ترجح بنية مقابلة " قرار عدد 295 وتاريخ 98/1/21 ملف مدني رقم 94/4862. قضاء المجلس الأعلى عدد 54/53، ص 106.

¹² - قرار عدد 278، مجلة القضاء والقانون عدد 59-61، ص 540.

¹³ - انظر، محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، 1995، ص 406. وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 14 فبراير 1982 "أما توجيه اليمين على المدعى عليه الحائز فهو فقه مسلم، لأنه شاهد عرفي وهو اليد فيحلف معه ويبقى المدعى فيه بيده" قرار رقم 792، مجلة القضاء والقانون عدد 132، ص 139.

¹⁴ - أي أن تكون الحيازة مبنية على حسن نية، للتعمق بخصوص هذا المبدأ يراجع - نبيلة الكراي، حسن النية في المادة العقارية، دار محمد علي للنشر، سلسلة حمو رابي، ط 1 / 2005.

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1982/9/8 " إن الحيابة المعتد بها هي التي تتم على وجه شرعي وقانوني "15.

ولكي تصح الحيابة يجب أن يكون الحائز مغربي الجنسية أو حاصل على الإذن بالتملك أو يكون تملكه عن طريق الشراء لا عن طريق مجرد الحيابة، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1981/07/01 " إن حق تملك الأجنبي غير المواطن المغربي للعقار بالمغرب إنما يكون بطريق الشراء فقط وبإذن من الدولة المغربية ولذلك فإن حيابته للعقار داخل المغرب لا تكسبه ملكيته ولو طال ما دامت غير مقرونة بالشراء والترخيص من الجهة المختصة "16. كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 95/3/21 " بمقتضى المادة 60 من عقد الجزيرة الخضراء المبرم سنة 1908 فإن حق تملك الأجنبي غير المواطن المغربي للعقار بالمغرب إنما يكون بطريق الشراء فقط وبإذن من الدولة المغربية، ولذلك فإن حيابته للعقار داخل المغرب لا تكسبه ملكيته ولو طال ما دامت غير مقرونة بالشراء والترخيص من الجهة المختصة.

مجرد عدم الإدلاء بالإذن المذكور يكفي وحده لاعتبار الشراء لاغيا بصرف النظر عما يتعلق بالدفع بعدم مخاطبة القاضي على رسم الشراء وإقرار الدولة المغربية بملكية الطالبة ووجود مطلب للتحفيظ "17.

المطلب الثاني: ادعاء الملك.

ويقصد بادعاء الملك شرط النسبة بحيث ينسبه لنفسه والناس كذلك بحيث يقول حوزي وملكي ويقول الغير في حقه " حوز فلان وملكه " ولو من دون بيان سبب الملك.

فالحياة لا تنتفع صاحبها إلا مع ادعاء التملك وأما الحياة المجردة عن دعوى التملك فلا تنتفع صاحبها ولو طال.

ويتم التعبير عن شرط النسبة في بينة الحياة بعبارة " وعلى ملكه مالا من أمواله وملكا خاصة من جملة أملاكه.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2000/3/14 " إن من شروط إثبات الملك النسبة كما جاء في العمل الفاسي أن التصييص على ذكر النسبة في الوثيقة سواء كانت علمية أو استرعائية لازم "18.

15- قرار رقم 688 الصادر بتاريخ 1982/9/8 ملف عقاري رقم 91344. قضاء المجلس الأعلى عدد 36/35، ص 67.

16- قرار المجلس الأعلى عدد 751 وتاريخ 81/7/1 ملف مدني 61700 قضاء المجلس الأعلى عدد 31 ص 17.

17- قرار عدد 1087 في الملف عدد 89/1666 مجلة القضاء والقانون، عدد 152، ص 217.

18- قرار عدد 1116 ملف عقاري 95/9/1/2309 غير منشور.

المطلب الثالث: تصرف الحائز في الشيء المحوز.

التصرف شيء زائد عن الحوز ويقصد به مباشرة الحائز لمختلف أنواع التصرفات الشرعية على الشيء المحوز من استعمال واستغلال وتقويت بحسب طبيعة العقار كسكنى الدار وحرث الأرض وغرسها وفي ذلك يقول الشيخ خليل " وصحة الملك بالتصرف".

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1967/3/21 " إن التصرف عام لا ينحصر في الحرث والغرس بل يشملهما وغيرهما من الرعي والحفر وغير ذلك "19.

المطلب الرابع: عدم المنازع

من شدة احتياط الفقهاء ولحفظ حقوق الغير أوجبوا في الحائز أن تكون حيازته إضافة إلى الشروط المتقدمة هادئة وخالية من النزاع وأن يستمر هذا الهدوء والخلو من النزاع طيلة مدة الحيازة المقررة سواء بشأن واقعة الحوز في حد ذاتها أو بشأن تصرف الحائز أو بشأن نسبة الملك المتصرف فيه إلى نفسه بحيث يسود عدم النزاع سائر شروط الحيازة²⁰.

فالتصرف الهادئ العلني المستمر المدة القانونية هو الذي يكسب الملك²¹.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 68/9/8 " إذا اعتبرت المحكمة أن هناك نزاعا في التصرف أو التباسا في الحيازة وقررت عدم قبولها له تكون قد صادفت الصواب "22.

فمنازعة الغير للحائز تجعل حيازته للمدعى فيه حيازة غير عاملة والدعوى بشأنها غير مسموعة.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى أن عدم جواب المحكمة على ما أبداه الطاعن من طعون منصبية على الملكية من كونها تفتقر لبعض شروط الملك من تصرف هادئ وعدم المنازع مدعما ذلك بقرار استئنافي وبوثائق إدارية تتعلق ببناؤه أرض النزاع وبكرائه للغير يجعل حكمها مشوب بعيب نقصان التعليل²³.

19- حكم شرعي رقم 343، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 6، ص 13.

20- محمد القدوري، حيازة العقار وحيازة المنافع " حيازة الضرر " وأحكام المياه ودعاوى حماية الحيازة في ضوء الفقه المالكي والتشريع والقضاء المغربي، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، 2005، ص 81.

21- قرار المجلس الأعلى عدد 330 بتاريخ 24 يونيو 1975، مجلة القضاء والقانون، عدد 126، ص 99.

22- قرار عدد 217، قضاء المجلس الأعلى عدد 1 ص 36.

23- قرار المجلس الأعلى عدد 2994 الصادر بتاريخ 2002/10/02 ملف عقاري عدد 2002/1/1/800

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2002/4/10 " عدم جواب المحكمة على دفع الطالب بأن له عداوة مع بعض شهود الملكية المدلى به من طرف المطلوب مؤيدا دفعه بحكمين جنبيين يجعل حكمها مشوب بعيب عدم الجواب عن دفع المنزل منزلة انعدام التعليل "، قرار عدد 1289 ملف عقاري عدد 2001/4/1/2774 غير منشور.

كما ان المقصود بالنزاع الذي يعيب الشروط الموجبة للملك هو الإدعاء بالحق خلال المدة المشهود بها، أما إقامة الدليل بعد ذلك فلا تشكل منازعة مؤثرة في شروط إثبات الملك²⁴.

وليس من اللازم أن يكون النزاع الذي لا تنفع معه الحيابة نزاعاً قضائياً²⁵.

ولا تعتبر الحيابة هادئة وخالية من النزاع إلا إذا كان لم ينازع المحوز عنه الحائز فيها وكان حاضراً عالماً بالغاً رشيداً لم يمنعه من القيام بها مانع، لقول المتحف:

والمدعي إن أثبت النزاع مع خصيمه في مدة الحوز انتفع

وقائم دون غيبة بعيادة حجتـه باقية مفيدة

المطلب الخامس: طول مدة الحيابة

ويقصد بطول مدة الحيابة مرور المدة المقررة للحيابة واستمرار وضع اليد على الشيء والتصرف فيه لقول الرسول ص " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له " وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1968/5/8 " إن من شروط الحيابة أن تطول عشر سنين مع حضور المدعي وسكوته بلا مانع طول المدة المذكورة²⁶.

كما جاء في قرار آخر " إن الحيابة القاطعة في القانون الإسلامي تقتضي التصرف بدون منازع مدة عشرة سنوات إذا علم أصل الملك²⁷.

وقد قسم الفقهاء الحيابة من حيث مدخل الحائز إلى ما جهل أصله أو علم أصله.

فحيابة ما جهل أصله:

ويقصد بجهالة الأصل أن يكون أصل الملك غير معروف للمدعي ولا لغيره بحيث يكون مدخله إليه مجهول فهي الحيابة الواقعة على شيء غير مملوك لأحد والمقصود بها إحياء أرض الموات الذي يعرف مالها ولا المنتفع باستغلالها بكيفية ظاهرة²⁸.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2001/05/17 " الإحياء الذي يؤدي إلى الملكية هو الذي يكون محله أرضاً غير مملوكة أما الأرض المملوكة لشخص إذا أهملها حتى صارت ميتة فلا يعتبر إحياءها من طرف الغير سبباً لمليكتها²⁹.

ويكفي في حوزها عشرة أشهر فأكثر.

²⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد 2405 الصادر بتاريخ 2003/7/24 ملف مدني عدد 2002/4/1/23/8 غير منشور. انظر في نفس الاتجاه قرار عدد 669 صادر بتاريخ 2002/02/20، ملف 2001/1/1/1873 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 61، ص 21.

²⁵ - قرار عدد 217 بتاريخ 1968/05/08 ملف عدد 1420 غير منشور.

²⁶ - مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 1، ص 26.

²⁷ - قرار رقم 250 صادر بتاريخ 1970،/5/27 مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 13.

²⁸ - قرار عدد 69 صادر بتاريخ 1983/03/17، ملف 3/83/4 منشور بمجلة الندوة، عدد 2، ص 79.

²⁹ - قرار عدد 1930 ملف مدني عدد 99/2/3/985 غير منشور.

لقول صاحب العمل الفاسي

وحوز ما جهل أصله كفى
عشرة أشهر والعام وفي
تصرف المالك والنسبة مع
يد ولا متنازع طول وقع
هذا إذا توفرت فيشهد
عالمها بملك من له اليد

حيازة ما عرف أصله

فالمراد بعلم الأصل أن يكون أصل التملك معروف للمدعي أو لموروثه وانتقل من يد المدعي إلى يد الحائز بوجه معروف لا يوجب الملك كالكراء والعمري والإسكان فلا عبدة بمدة الحيازة ولو بلغت ما بلغت.

كما يمكن أن يكون أصل التملك معروف للمدعي أو لموروثه وانتقل من يد المدعي إلى يد الحائز بوجه معروف يوجب الملك كالثراء أو الهبة أو الصدقة.

ويمكن أن يكون أصل التملك معروف للمدعي أو لموروثه وانتقل من يده إلى يد الحائز بطريقة مجهولة أي لم يعرف الشهود وجه مدخل الحائز مع تحققهم أن الملك أصله لمدعي أو لموروثه ومضت مدة الحيازة على حيازة الحائز.

ويقول التسولي في ذلك: حيازة عشرة أعوام مع علم أصل الملك لمن هو عاملة، لأنها قطعت حجة القائم على علم أصل ملكه ومحل قطعها لذلك فيما لم يعلم أصل مدخله أما إذا علم ككونه دخل بالكراء من القائم أو إسكان أو نحو ذلك فلا تنفع.

وفي التبصرة لا تسمع دعوى الحاضر الأجنبي بعد العشرة أعوام، وفي لامية بهاء الدين بهرام ما نصه:

وليس لمن قد حيز عنه متاعه مقال إذا ما الحوز كان مطولا³⁰

فالأصل أن المدعي عليه يكفيهِ الجواب بالحوز والملك ولا يضيره جهل الوجه الذي تملكه به إذ لا يكلف الحائز ببيان وجه مدخله إلا بعد إثبات المدعي لدعواه ثبوتاً كافياً.

فإذا أثبت المدعي دعواه بحجة تامة ومستوفية لكافة شروطها الشرعية يؤمر المدعي عليه بالجواب وبيان وجه مدخله ويجبر على ذلك ولا ينفعه مجرد ادعاء الحوز والملك.

وهذه الحيازة³¹ والتي تعتبر دليلاً على الملك ومسقطاً لحق من يدعي ملكيته لذلك الشيء الذي يوجد تحت حيازة غيره فإن مدتها تختلف بحسب العلاقة القائمة بين الحائز والمحوز عليه.

³⁰ - أبي عيسى سيدي المهدي الوزني، النوازل الجديدة الكبرى في ما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المغرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة المحمدية 1998، ص 12.

أولاً: حيازة الأجانب:

1- حيازة الأجنبي غير الشريك.

الأجنبي الذي لا قرابة له وليس بشريك إذا حاز الشيء عشر سنين فهو له কিفما كان نوع الحيازة ولو بأضعفها، فإن كان شريك اكتفى في التصرف بمثل سكنى الدار وزرع الأرض.

2- حيازة الأجنبي الشريك.

أما الأجنبي الشريك إذا حاز الشيء عشر سنين فهو له أيضا بشرط أن تكون الحيازة بهدم أو بناء أو غرس أو قلع أشجار أو تفويت دون الحيازة سكنى الدار أو ازدياع الأرض فلا تنفعه لأنه شريك.

ثانياً: حيازة الأقارب.

1- الحيازة بين الأصول والفروع:

فالحيازة ضد الأصول والفروع مهما طالمت مدتها لا يصح الاحتجاج بها، ولقد أشار إلى ذلك الشيخ خليل بقوله: " لا بين أب وابنه وإلا كهبة إلا أن يطول معهما أمد تهلك فيه البيئات وبتقطع العلم. وهكذا جاء في قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1988/11/1 " إن الحيازة التي لا تعتبر أصلاً بين الأقارب هي التي تكون بين الأب وابنه أما بين الأقارب الآخرين فهي عاملة وهي عشر سنين إذا كان بينهم تشاجرا وإلا فأربعون سنة سواء كانوا شركاء أم لا³¹.

والحاصل أن الحيازة لا تعتبر بين الأب وابنه إلا إذا كان تصرف الحائز بما يفوت الذات أو كان بالبناء أو الهدم أو ما ألحق بهما وطالمت مدة الحيازة جدا كالتستين سنة والآخر عالم حاضر ساكت طول المدة بلا مانع من التكلم، إذ لا يوجد أب وابنه يعيشان معا ستين سنة كانا معا في أولها راشدين وبقيا مصاحبين إلى نهايتهما، ربما يوجد ولكن نادر.

³¹ - وقد قسم الفقهاء الحيازة التصرفية إلى ثلاث مراتب:

+ التصرف القوي كالتفويت بالبيع والهبة والصدقة.

+ التصرف المتوسط كالهدم والبناء.

+ التصرف الضعيف كسكنى الدار وازدياع الأرض.

الشيخ سيدي محمد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، مكتبة الاستقامة تونس، ط 2 المواد 86 إلى 88.

³² - ملف شرعي رقم 86/6307، قرار عدد 1265، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 43/42، ص 175.

وأما الحيابة بمجرد ازدياع الارض وسكنى الدار بدون بناء ولا هدم ولا غرس ولا قلع اشجار ولا تفويت والمحوز عنه حاضرا أو قريب الغيبة فلا تتفع بين الأب وابنه مطلقا.

2-الحيابة بين غيرهم من الأقارب

أما بقية الأقارب من الإخوة والأعمام والأخوال والأزواج والأصهار، فمدة الحيابة التي يمكن الاحتجاج بها ضدهم تختلف بحسب ما إذا كانت بينهم أو لا عداوة أو خصومة.

إذا ثبت أن بينهم خصومة أو عداوة فمدة الحيابة عشر سنوات فأكثر.

إذا لم يكن بينهم عداوة ولا خصومة فمدة الحيابة يجب ألا تقل عن أربعين سنة.

وفي ذلك يقول صاحب التحفة

فهو بما يجوز الأربعين وذو تشاجر كالأبعدين

وهكذا جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 99/11/13 " من المقرر فقها أن الحيابة المبطللة للملك (أو القاطعة لحجة القائم) محلها ما إذا علم مالك الشيء قبل حائزه وجعل أصل المدخل للحائز أو عرف أصل مدخله ولكنه كان مما ينقل الملك من شراء أو تبرع، وهي عاملة ومكسبة للملك حتى بين الأقارب وإنما تختلف مدتها بين ما إذا كان بينهم تشاجر أو لا.

لما كان الطاعنون أدلوا ببينة متوفرة على الشروط المعروفة ومنها حيابة موروثهم وحيابتهم بعده عن مدة تجاوزت الأربعين سنة فإن قضاة الموضوع عندما اعتبروا هذه الحيابة غير عاملة بعلة أن موروث الطاعنين إنما هو أحد الورثة، وهذا لا يعطيه الحق في التملك مهما طالت مدة تصرفه واستجابوا بناء على ذلك لطلب المطلوبين في النقض الرامي إلى قسمة المدعى فيه من الورثة فإنهم يكونون قد أهدروا القيمة الفقهية للبينة المذكورة وخرقوا قواعد الحيابة المبطللة للملك³³.

كما جاء في قرار آخر المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1966/4/27 على أنه " تنص القاعدة الفقهية على أن أمد الحيابة (التقادم) بين الأقربين هو أربعون عاما ما دام لم يكن بينهم تشاجر ولا عداوة ولهذا تكون محكمة الموضوع قد خرقت هذه القاعدة عندما رفضت تطبيق مبدأ تقادم أربعين سنة بين أقربين لعللة أن حقوق الفريقين غير مشاعة بينهم³⁴.

وعلى من يدعي القرابة أن يثبتها ليخضع لمدة الحيابة بين الأقارب، ولينتهي العمل بالحيابة بين الأجانب التي مدتها عشر سنوات³⁵.

³³ - قرار رقم 50 ملف عدد 59/59 التقرير السنوي للمجلس الأعلى 1999، ص 98.

³⁴ - حكم مدني رقم 317، قضاء المجلس الأعلى عدد 21، ص 4. انظر في نفس الاتجاه قرار عدد 396 صادر بتاريخ 1966/6/29 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 22، ص 4. أيضا قرار عدد 73 صادر بتاريخ 1983/1/19، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 37.

³⁵ - قرار عدد 42 بتاريخ فاتح يوليو 1985، قضاء المجلس الأعلى عدد 18 ص 736.

وتلحق مدة الحيازة بين الوارث والموروث، فإذا حاز الحائز الشيء خمسة أعوام ومات وحازه وارثه خمسة أعوام أخرى من بعد موت الموروث فقد تمت مدة الحيازة إذا كان المحوز عنه حاضرا راشدا عالما ساكتا بلا عذر مدة خمسة أعوام أخرى فقد تمت مدة الحيازة.

وخلو بينة الحيازة من شرط المدة يجعلها غير عاملة وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1982/11/16 " لما كانت الملكية التي انبنى عليها عقد الشراء لا تتضمن بيان مدة الحيازة فهي لذلك تعتبر حجة ناقصة عن درجة الاعتبار "36.

كما أن الإجمال في بيان مدة الحيازة يعد عيبا في البينة الشاهدة بها، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1985/5/8 " إن الإجمال في بيان مدة الحيازة واقتصار الشهود على القول بأنها تزيد على أمد الحيازة المعتبرة شرعا يعد عيبا في الرسم "37. ذلك أن الإجمال في مدة الحيازة مبطل للشهادة بها لما في المعيار عن اليزناسني " أن المذهب رد الشهادة بالإجمال والإرسال "38.

ونشير في الأخير إلى أن شرط عدم التفويت هو شرط كمال في وثيقة الحي وشرط صحة في وثيقة الميث إذا أثبت الورثة الملك.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1999/12/29 " من المقرر أنه إذا كان المشهود له في بينة الملك ميتا فإن تضمنها لعبارة " لم يخرج عن ملكه في علمهم " يعتبر شرط صحة بخلاف ما إذا كان المشهود له حيا فإن ذلك يعتبر شرط كمال فقط، لقول الزقاق في اللامية " وهل عدم التفويت في علمهم كمال أم صحة للحي للميث ذا إجلا "39.

ويلزم الورثة بالإدلاء ببينة الاستمرار أي استمرار المدعى فيه على ملك مورثهم إلى وفاته وانتقال الملك المذكور إليهم وإلا كانت الشهادة بملكية مورثهم المتوفى ناقصة بحيث لا ينفعهم مجرد التمسك بالاستصحاب.

³⁶ - قرار رقم 721 ملف عقاري رقم 91242. مذكور عند عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى سنة 2002، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2002، ص 160.

³⁷ - قرار رقم 110 ملف مدني 72015، قضاء المجلس الأعلى عدد 38/37، ص 60.

³⁸ - حكم قاضي سطات، عدد 119 بتاريخ 14 شوال 1343 هـ قضية رقم 425، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي، المجلس الأعلى المجلد الأول مطبعة فضالة المحمدية 1999/1420، ص 445.

³⁹ - قرار رقم 1909 ملف عدد 98/2/6/794 القرار السنوي للمجلس الأعلى 1999، ص 111. كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 98/3/11 " في حالة نسبة الملك لميت من طرف القائم فإن المتفق عليه فقها أن شرط اشتغال الوثيقة المثبتة للملك على عدم علم شهودها بالتفويت يعتبر شرطا من شروط صحتها، لما كانت الطاعة أدلت بموجب لا تتوفر فيه شروط الملك التي من بينها الشرط المشار إليه أعلاه، فإن المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت أن حجتها ناقصة عن درجة الاعتبار ولم تكن في حاجة لإعذارها إذ لا إغذار في ناقص ولكونها من جهة أخرى مدعوة قانونا للإدلاء تلقائيا بحجة صحيحة لإثبات دعواها " قرار رقم 1643 مؤرخ في 98/9/11 ملف مدني 92/3650. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 54/53، ص 115.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الاعلى صادر بتاريخ 95/11/28 " الشهادة بالملكية للميت يلزم ان تذكر استمرار الملك بيد ورثته وإلا لم تنفعهم، وأن على هؤلاء الورثة أن يثبتوا استمرار الملك ولا ينفعهم مجرد التمسك بالاستصحاب⁴⁰.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2000/09/20 " النص في الاستمرار على عدم التفويت بالنسبة للميت شرط صحة في ثبوت الملك مجمع عليه، المحكمة التي اعتمدت استمرارا لم يشر إلى عدم تفويت الميت يكون قرارها غير مؤسس⁴¹.

وللحائز أن يثبت حيازته بمختلف الوسائل غير أن الوسيلة الأكثر استعمالا هي الوثائق العدلية، وهي الرسوم التي يحرر لها العدول وتتضمن الشهادة بأن المشهود له هو المالك بالشروط المتقدمة وهذه الوثائق العدلية نوعان: النوع الأول شهادات أصلية يملئها عدلان في علمهما يشهدان فيها العدلان لطالب الشهادة بملكته للأرض موضوع الشهادة.

والنوع الثاني: شهادات لفيفية يضمنها عدلان شهادة اثني عشر نفرا بأن الأرض المشهود بها ملك لطالب الشهادة بالشروط المتقدمة⁴². ويجب أن تكتب بألفاظ واضحة لا غموض فيها مع التحرز والاحتياط مما يسهل تزويرها.

وقد نص الفصل 31 من القانون رقم 03.16 المتعلق بخطة العدالة " يتعين أن تشمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه، وحقه في التصرف في المشهود فيه، وكونه يتمتع بالأهلية القانونية لهذا التصرف. يتعين أن تشمل الشهادة أيضا على تعيين المشهود فيه تعيينا كافيا " .

وتكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب.

تدين الوثيقة بتوقيع عدليها مقرونا باسميهما مع التنصيص دائما على تاريخ التحرير " المادة 33 " .

وهكذا تشتمل الوثيقة على البيانات التالية:

1- إسم العدلين والدائرة التي يعملان فيها،

2- الهوية الكاملة للمشهود عليه والشهود،

⁴⁰ - قرار عدد 2096 ملف شرعي عدد 91/5464 غير منشور. انظر في نفس الاتجاه قرار عدد 2112 ملف مدني عدد 01/4/1/4376 صادر بتاريخ 2003/7/3 مجلة المعيار عدد 31 ص 210.

⁴¹ - قرار 861 في الملف العقاري عدد 96/1/2/160، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق ص 357.

⁴² - محمد القدوري حيازة العقار وحيازة المنافع مرجع سابق، ص 97. للمزيد من التعمق راجع توثيق التصرفات العقارية أشغال الندوة العلمية الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، كلية الحقوق مراكش، يومي 11 و 12 فبراير 2005، منشورات كلية الحقوق مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، عدد 23. ومن الجدير بالإشارة أن شهادة السماع اذا كانت تنفع الحائز، فإنها لا ينتزع بها من يد حائز، راجع : قرار 131 في الملف العقاري عدد 77486 صادر بتاريخ 1981/4/8، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق ص 138، وفي ذلك يقول المتحف وأعملت شهادة السماع.... وفي تملك لملك بيد يقام فيه بعد طول المدد.

3- وصف المعقود عليه وصفا كاملا،

4- ضرورة النص في الشهادة على المستندات اللازمة والتي تتوقف عليها الشهادة،⁴³

5- النص على شروط الملك،

6- مستند علم الشهود⁴⁴

7- وضع التاريخ في الوثيقة،

8- ختم وتوقيع العدلين على الوثيقة،

9- مخاطبة القاضي.

ويتأكد القاضي من توافر الشروط الشكلية والموضوعية للوثيقة قبل الخطاب عليها لتكتسب الصفة الرسمية.

وهكذا نصت المادة 35 من القانون الجديد لخطة العدالة رقم 16/03 "يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات والتأكد من خلوها من النقص وسلامتها من الخلل وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها" وبذلك أصبحت الصياغة الجديدة للخطاب على جميع الرسوم العدلية موحدة هي "الحمد لله أعلم بأدائها ومراقبتها" .

وقد اعتبر المجلس الأعلى أن قضاة الموضوع لهم الحق في تصفح الرسوم المدلى بها لديهم واعتبار صحتها شكلا وموضوعا قبل أن يعملوا بها، ولو لم يقع فيها أي طعن من لدن المحتج بها عليه، وأن ذلك داخل في سلطتهم التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى⁴⁵.

وتطرح هنا حجية الوثائق التي لا تتوفر على بعض الشروط المنصوص عليها قانونا أو غير المخاطب عليها⁴⁶.

⁴³ - كالإدلاء بما يفيد كون الأرض غير جماعية أو حبسية أو غابوية أو لا تخضع لقانون التجزئات العقارية..

⁴⁴ - يجوز أن يكون مستند علم الشهود السماع استثناء في إثبات الملك فيما يخص الشهادة للحائز، أما غير الحائز فلا ينتفع بها، لأنها ضعيفة لا ينتزع بها من يد حائز، لكن شهادة السماع يجب أن تتوفر على الشروط التالية حتى يعتد بها وهي: - أن يكون الملك عقارا أو منقولاً، - طول مدة الحيازة لمدة 20 سنة أو أكثر، - أن يكون القائم الذي يحتج ضده بشهادة السماع له عذر في عدم القيام على الحائز طيلة هذه المدة كالغيبية والحجر ونحوه، - أن يدعي الحائز الشراء من القائم أو موروثه.

⁴⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 217 صادر بتاريخ 8 ماي 1968، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 1 ص 36، وهو ما أكده أيضا في قراره الصادر بتاريخ 9 فبراير 1982 الذي جاء فيه "لما قررت المحكمة بأن زمام التركة مجرد تصريح من المدعيات للعدلين فلا يكون حجة يصح الاعتماد عليها تكون قد استعملت سلطتها في أن تناقش تلقائيا قيمة الحجج المدلى بها من طرف الخصوم، فلا رقابة عليها في ذلك"، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 أكتوبر 1982 ص 81 للتعلم بشأن الموضوع يراجع: ادريس بلحجوب، من أهم توجهات المجلس الأعلى ورقابته في مجال شروط وتقنيات تحرير الوثيقة العدلية وصحتها، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12 فبراير 2005، في موضوع: توثيق التصرفات العقارية، منشورات بكلية الحقوق بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، ط 2، 2005، ص 233 يراجع أيضا: عبدالعالي حفيظ: الرقابة القضائية على صحة المحررات العدلية مجلة القصر عدد 5 الصفحة 97.

⁴⁶ - اعتبر القضاء الإداري "إن امتناع قاضي التوثيق من الخطاب على الرسوم يعتبر قرارا إداريا قابلا للطعن بالإلغاء، حكم المحكمة الإدارية بمكناس صادر بتاريخ 19/12/1996 حكم رقم 3/96/79، أيد من طرف المجلس الأعلى قرار رقم 1295 بتاريخ 21/10/1999 ملف إداري 97/478، انظر: ادريس بلحجوب، مرجع سابق، ص 233.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 27 مايو 1981 "إن الرسم العدلي الذي لم ينص فيه على أنه قد أدرج في كناش العدل المتوفى الشاهد فيه ولم يشر بهامشه إلى تاريخ تضمينه بأحد كنانيش المحكمة و إلى الرقم الذي أعطي له الكناش يفقد صفة الرسمية، كما لا يعتبر محررا عرفيا لعدم التوقيع عليه، فلا يمكن الاحتجاج به على الخصم.

لا يجوز التعريف بالرسم في هذه الحالة لأن التعريف بالرسوم لا يكون إلا في الحالة التي يكون فيها الرسم مدرجا بكناش الجيب وتوفى العدل دون أن يضمن بأحد كنانيش المحكمة"⁴⁷،

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2 يونيو 1985 "لكن حيث إن رسم الشراء المحتج به حرر من طرف شخص عرف به بأنه كان وقت تحريره عدلا، غير أنه لم يؤد شهادته عند القاضي الذي عدله، فتبقى شهادته بدون أداء محض زمام لا يحص الاحتجاج به، والمحكمة غير ملزمة بمناقشة حجة باطلة لأن الباطل لا يحتج به"⁴⁸

وإذا كان الفقه والقضاء قد اختلفا حول القيمة الإثباتية لشهادة الليف⁴⁹ باختلاف مجال الشهادة خاصة على مستوى إثبات البيع والقسمة وغيرها من العقود الإنشائية، فإن هذا الاختلاف لم يمس الإجماع الحاصل فقها والمستقر عليه قضاء حول حجية الليف في إثبات الحيازة الاستحقاقية، لأنه لاغنى عن شهادة الليف في إثباتها .

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 28 مايو 1985 "إن الدفع بأن الليف لا يقوم حجة على الملك"⁵⁰.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 28 فبراير 1990 "إن دعاوى التحفيظ تطبق فيها قواعد الفقه الإسلامي التي تجيز إثبات الملك بالبيينة الشرعية"⁵¹.

كما يمكن للمالك الذي ملك الأرض بسبب الشراء أن يثبت ملكيته بعقد شرائه شريطة إثبات ملكية البائع لما باعه، أي إثبات أصل التملك.

⁴⁷ - عبد العزيز توفيق مرجع سابق ص 147.

⁴⁸ - مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية "1965- 1989 ادريس ملين، منشورات جمعيات تنمية البحوث والدراسات القضائية 1990 ص 426.

⁴⁹ راجع "ندوة شهادة الليف العدلي، مجلة محاكم فاس، عدد1، أكتوبر 2003 وأيضا: رشيد عسوع، حجية الليف في فض النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، ندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الخامسة المنظمة من طرف المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيسه، مطبعة الأمنية الرباط، 2007 ص 288.

⁵⁰ - مجموعة قرارات المجلس الأعلى (1968-1982) ص 421.

⁵¹ - قرار عدد 453، ملف مدني عدد 87/2049، غير منشور.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 67/11/7 " لا بد في كل دعوى من ان تشمل على أركانها والتي منها معرفة المدعي والمدعى عليه والمدعى فيه ⁵⁴.

وشروط الدعوى:

- أن تكون الدعوى معلومة،

- أن تكون مما لو أقر بها حكم أو عرف صحيح،

- أن تكون الدعوى متحققة لتعذر الحكم بمجهول،

- أن تكون مما لا تشهد العادة بكذبها.

القاعدة 2: يلزم في الدعاوي المتعلقة بالعقار تشخيص العقار وتعيينه بذكر حدوده من جهاته الأربع ولا يكفي التحديد بالأشخاص بل يلزم التحديد بالعقار المحاذي له ببيان نوعه ككونه أرض أو دار أو غيرهما وبيان سند تملكه.

القاعدة 3: تحديد ماهية المدعي:

- المدعي من مجرد قوله
والمدعي مطالب بالبينة
والمدعى عليه باليمين
من أصل أو عرف بصدق يشهد
وحالة العموم فيه ببينة
في حالة عجز مدعى عن التبيين⁵⁵

القاعدة 4: إن العمل أن كل من طلب حقا بسبب ميت أن يكلف بإثبات وفاة مورثه وعدة وورثته لقول الزقاق في اللامية:

- ومن يدعي حقا لميت فليثبتن له المورث والوارث بعد لتفصلا

+ وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1980/12/16 " الدعوى لميت أو عليه لا تكون مسموعة شرعا إلا بعد إثبات موته وعدة إراثته ولهذا تكون المحكمة قد خرقت هذه القاعدة عندما

⁵³ - لا بد من تعيين المدعى به في الدعوى وإلا سقطت بسبب عدم التعيين، حكم قاضي سلا، عدد 24 بتاريخ 13 شوال 1339 هـ في القضية رقم 347، الاحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي مرجع سابق ص 135.

⁵⁴ - قرار شرعي رقم 37 صادر بتاريخ 1967/11/7، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 02، ص 38.

⁵⁵ - وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 21 يناير 1998 "لما كان الطاعنون قد أثبتوا دعواهم بحجج متوفرة على الشروط الفقهية تبين منها وجه مدخل المطلوب في النقض في العقار موضوع النزاع، فإن المحكمة لما أبعدت تلك الحجج وقضت على المطلوب بيمين الإنكار تكون قد خرقت القواعد الفقهية" قرار رقم 395 ملف مدني عدد 94/4862، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق ص 292.

سمعت دعوى المدعيتين اللتين ادعتا ان الملك لولدهما دون ان يدلليا بما يثبت صفتها بالإرث في المدعى فيه ويثبت موت والدهما وعدة إرائته⁵⁶.

+ المطلوب شرعا في الشهادة بالميراث إذا كان المنازع أحد العصابة هو بيانها القعدد الذي يجتمع فيه مع الهالك وليس معرفة الشهود للقعدود⁵⁷.

القاعدة 5: إن طالب الاستحقاق غير ملزم بتقديم طلبه في مواجهة جميع الورثة وإنما ضد من بيده العقار⁵⁸.

القاعدة 6: دعوى الاستحقاق قابلة للتجزئة ولا مانع فيها من توجيه دعوى الاستحقاق من بعض الورثة دون الآخرين⁵⁹.

- إن طالب استحقاق عقار غير ملزم ببيان تاريخ استيلاء خصمه عليه وتقديم طلبه في مواجهة جميع الورثة وإنما ضد من بيده العقار.

القاعدة 7: إن طلب استحقاق شيء إنما يخاصم من بيده ذلك الشيء⁶⁰.

القاعدة 8: لا يحلف أحدا ليستحق غيره⁶¹.

القاعدة 9: لا يجوز توجيه يمين الإنكار على المحاجر " تكون المحكمة قد خالفت القاعدة الفقهية القائلة بأن يمين الإنكار لا توجه إلى المحاجر، حسبما نص على ذلك الفقيه أبو الشناء الصنهاجي في كتابه مواهب الخلاق في الجزء الثاني رادا على التسولي والرهوني اللذين ذكرا بيمين الإنكار ويمين التهمة تؤخران إلى رشد المحجور ونظم ذلك في أبيات منها " ولا نطالب بهما المحجور إنخ⁶² .

القاعدة 10: لا مانع من اعتماد بحث أجري بعين المكان من طرف هيئة سابقة ومضت عليه مدة طويلة⁶³.

⁵⁶ - قرار رقم 594 ملف شرعي رقم 79076. عبد العزيز توفيق ، م. س، ص 128. ومن المهم الإشارة إلى أن المقرر فقها وقضاء العمل بشهادة السماع في إثبات الوفاة وعدة الورثة لقول المتحف و عملت شهادة السماع إلى أن قال والحيز والميراث وقد علق التسولي على ذلك بقوله "حيث شهدوا انه يجتمع معه في الجد الفلاني أو في جد آخر" انظر القرارين الصادرين عن المجلس الأعلى، الأول عدد 3058 وتاريخ 09/5/21 ملف مدني عدد 94/1319 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 54/53 ص 92، والثاني عدد 795 صادر بتاريخ 2000/2/23 ملف مدني عدد 99/4/1/1986 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 58/57 ص 92.

⁵⁷ - قرار المجلس الأعلى عدد 3747 صادر بتاريخ 2000/10/11 في الملف المدني عدد 2000/1/1/784، مجلة الإشعاع، عدد 26، ص 169.

⁵⁸ - ملف 2004/4/1/1425.

⁵⁹ - قرار صادر عن استئنافية القنيطرة بتاريخ 1992/1/27 ملف عدد 91/1161، مجلة الإشعاع عدد 7، ص 131.

⁶⁰ - حكم اجتماعي رقم 139 وتاريخ 13 يوليوز 1970 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 22، ص 40. انظر في نفس الاتجاه حكم قاضي الصويرة في القضية رقم 271 عدد 3 بتاريخ 23 ذو الحجة 1338 هـ الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، مرجع سابق، ص 33.

⁶¹ - حكم مجلس الاستئناف الشرعي، مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، عدد 1 ص 69.

⁶² - قرار رقم 90/5/15/622 ملف شرعي 86/6540، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 44، ص 61.

⁶³ - القرار عدد 3180 وتاريخ 97/5/27 ملف مدني رقم 92/5223، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53 - 54، ص 19.

القاعدة 11: إجراء المعاينة أو الخبرة ، ضروري لتطبيق الرسوم على المدعى فيه في حالة وجود منازعة في الحدود⁶⁴.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 99/01/16 " لما تمسك الطاعن بحجة يدعي فيها أن مساحة وحدود العقار موضوع طلب التحفيظ مختلفة وطلب إجراء معاينة لتطبيق حجج الطرفين على محل النزاع دون أن تبين في قرارها من أين استخلصت الانطباق يكون قرارها ناقص التعليل⁶⁵. كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2005/09/07 " إن مطابقة أو عدم مطابقة العقد المذكور على محل النزاع لا تتأتى إلا باتخاذ الإجراءات المناسبة لهذه الغاية طبقاً للفصلين 34 و 43 من ظهير التحفيظ العقاري وخاصة وقوف المستشار المقرر على عين العقار الجاري فيه التحفيظ⁶⁶. ومن المهم الإشارة إلى أن تطابق الحدود وما يمكن أن يستنتج منه فيما يرجع لشهادة الشهود مسألة واقعية محضة غير خاضعة لرقابة المجلس الأعلى⁶⁷.

- يجب الوقوف على عين المكان عند اختلاف الطرفين حول محل النزاع المتعلق بقطعتين مختلفتين الأسماء⁶⁸.

- لا يلجأ إلى الترجيح بين الحجج إلا بعد انطباقها على محل النزاع⁶⁹

القاعدة 12: دعوى التخلي عن عقار مشاع بين الشركاء - لا -.

- دعوى التخلي عن عقار لا يمكن أن تنصب إلا على مالا مفرز باعتبار أن لكل مالك على النزاع حصة شائعة في ملكيته الشيء طبقاً للفصل 973 من ق.ل.ع.
إن المحكمة عندما بنتت في استحقاق الجزء المتنازع فيه من عقار لم تتم قسمته بقسمة بتيية لم تجعل لقرارها أساس قانوني⁷⁰.

⁶⁴ - قرار 34 وتاريخ 1976/6/20 ملف شخصي 46250، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص 96.

⁶⁵ - قرار رقم 90 بتاريخ 99/1/16 ملف مدني رقم 95/1/1/3906، قضاء المجلس الأعلى عدد 54/53، ص 5.

⁶⁶ - عدد 2337 ملف مدني 2004/1/1/2222، غير منشور.

⁶⁷ - قرار رقم 187 بتاريخ 8 يونيو 1979 في الملف المدني رقم 40903، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26، ص 51. كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2003/2/6: " من شروط المدعى فيه أن يكون محققاً ومبيناً لقول المتحلف والمدعى فيه له شرطان تحقق الدعوى مع البيان، لما أثار الطاعن عدم انطباق حدود المدعى فيه لما يجوز له أدلى إثباتاً لذلك بالموجب عدد ... وتاريخ ... فقد كان على المحكمة أن تتأكد قبل البث في الدعوى من انطباق حجج المطلوبين على المدعى فيه حتى لا تخرق قاعدة التحقق المميز للمدعى فيه، عدد 423 ملف عقاري عدد 2002/4/1/281 غير منشور.

⁶⁸ - قرار رقم 1761 الصادر بتاريخ 1994/1420 م. ع رقم 89/7873، مجلة قضاء الأعلى، عدد 47، ص 158. كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2005/2/01 "يجب على المحكمة المصدرة للقرار أن تتأكد من المدعى فيه بصفة يقينية بالنظر لما أثير بشأن الخبرة من كون الخبرين لم يقوموا بالطواف بالمدعى فيه بعين المكان، وانه كان عليهما الخروج إلى عين المكان لرفع كل لبس في الموضوع مستعينة بكل من ترى حضوره ضرورياً لذلك، حتى يكون قضاؤها في معلوم النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى عدد 16 ص 9.

⁶⁹ - قرار المجلس الأعلى عدد 3181 الصادر بتاريخ 2003/11/04 ملف مدني عدد 2002/1/1/4228، غير منشور.

⁷⁰ - قرار رقم 1911 صادر بتاريخ 97/3/26. ملف مدني رقم 94/5/1/2319، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 54/53، ص 47

القاعدة 13: عدم إلزام تعيين نصيب كل مالك على الشياح في دعوى التخلي. " للمالكين على الشياح الحق في المطالبة بالتخلي عن الشيء المشاع المعتدى عليه من طرف الغير دون أن يكونوا ملزمين بتعيين نصيب كل واحد منهم في ذلك الشياح ما دام أنهم تقدموا جميعا بطلب التخلي⁷¹.

المطلب الثاني: قواعد الفصل الموضوعية في الاستحقاق

يمكن إجمال هذه القواعد الفقهية والقضائية التي تعكس في حقيقة الحال توزيعا عادلا لنظام الإثبات في الفقه الإسلامي في القواعد التالية:

القاعدة 1: يقع إثبات الاستحقاق على مدعيه

لقول صاحب التحفة: المدعي استحقاق شيء يلزم بيينة مثبتة ما يزعم

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1983/3/23 " على المدعي بالاستحقاق أن يثبت دعواه ... وإذا عجز المدعي عن الإثبات حلف المدعي عليه الحائز وبقي الشيء بيده⁷².

لكن في مجال العقار المحفظ فيقع على المتعرض عبئ إثبات استحقاقه للمدعي فيه حسب المادة 37 من ظهير التحفيظ العقاري⁷³، لكن التساؤل المطروح هل تنتفع المتعرض الحيازة إذا كان طالب التحفيظ يتوفر فقط على مطلب مجرد؟، خاصة أن المجلس الأعلى اعتبر بموجب قراره الصادر بتاريخ 2005/07/20 أن "مطلب التحفيظ مجرد إجراء إداري لا يشكل وسيلة إثبات قانونية للحيازة"⁷⁴

لقد تطور اتجاه المجلس الأعلى في قراءته لمضمون المادة 37 من اتجاه مشدد يمنع المحكمة مناقشة حجج طالب التحفيظ ما لم يدل المتعرض بحجج قوية، صحيحة، خالية من القوادح والطمعون⁷⁵

⁷¹ -- قرار المجلس الأعلى عدد 1324 الصادر بتاريخ 2002/04/11 ملف عقاري 2000/2/3/1847 غير منشور.

⁷² - قرار رقم 419 ملف عقاري رقم 42869، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35 - 36، ص 116.

⁷³ - تنص هذه المادة كما تم تعديلها بظواهر 24 شتبر 1917 و 5 أبريل 1938 و تم ظهير 25 غشت 1954 " وتبث المحكمة في وجود الحق الذي ادعاه المعارضون وكذا في نوعه وتبوئه ومداه ثم توجه الخصوم إلى المحافظ الذي له وحده النظر في القضية ليتأمل في مقررهما ويقبل أو يرفض طلب التحفيظ كلياً أو جزئياً، وذلك ما عدا إذا وقع الرجوع عن الأحكام المنصوص عليها في الفصل 96، للتعلم بشأن الصيرورة التاريخية للنص وحمولته، راجع: - محمد ناجي شعيب، قاضي التحفيظ العقاري بين إجحاف النص ومتطلبات الواقع، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 2- عبد القادر الراجعي، عبئ الإثبات في مادة التحفيظ العقاري، ندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الخامسة المنظمة من طرف المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيسه، مطبعة الأمنية الرباط، 2007، ص 280- عادل العشاب، مدى فعالية المرحلة القضائية لمسطرة التحفيظ العقاري في تحقيق العدالة وتشجيع الاستثمار، العقار و الاستثمار، أشغال الندوة المنظمة من طرف وحدتي التكوين والبحث لنيل الدكتوراه ودبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار بكلية الحقوق جامعة محمد الأول، وجدة، 19-20 ماي 2006، مطبعة الجسور وجدة ص 71.

⁷⁴ - قرار رقم 2174، مجلة القضاء والقانون عدد 152، ص 163.

⁷⁵ - قرار رقم 165، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 1، ص 24.

،إلى اتجاه وسط يخولها فحص الرسوم المستدل بها من طرف طالبي التحفيظ او من المتعرضين ليقارنوا بين قوة كل رسم وذلك بما يملكون من كامل السلطة في هذا الشأن⁷⁶، ليستقر الاتجاه صوب منحى أكثر التصاقا بالعدالة جدير بالتأييد يعتمد قواعد الفقه الإسلامي في ترجيح الحجج مطهرا صرامة النص من العيوب التي أصقت به تشريعيًا وعلى مراحل .

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 21 يناير 2003 " إن المدعى فيه عندما تثبت حيازته للطرف المتعرض بمقتضى حكم فإن عبئ إثبات استحقاقه يقع على عاتق طالب التحفيظ غير الحائز"⁷⁷.

وسيرا على نفس الاتجاه في دعم مركز الحيازة كمرجح في العقار المحفظ، اعتبر المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 09 فبراير 2005 " يكون القرار معللا لما ورد فيه بأن المتعرض ملزم بإثبات الحق المدعى فيه بحجة مقبولة شرعا في ميدان الاستحقاق، وأن الطاعنين انما أدلوا برسم تصرف لا تتوفر فيه شروط الملك المعلومة شرعا، وغير مقرون بأهم عناصر الملك الذي هو الحيازة التي هي بيد طالب التحفيظ حسب ما أكدته الشهود المستمع إليهم ابتدائيا خلال البحث في عين المكان"⁷⁸.

القاعدة 2:

لا يكلف الحائز ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه.

لقول صاحب التحفة: من غير تكليف لمن تملكه من قبل ذا بأي وجه ملكه

ولقول صاحب العمل: إن قام في أصل على من حازه مع الخصوم مدة الحيازة

يسأل من أين صار الأصل له لم يلزم الجواب عن ما سألته

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 06/02/2003 " أن المدعى عليه في دعوى الاستحقاق يكفيته التمسك بالحوز والملك ولا يكلف ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى القائم بحجة تامة مستجمعة لشروط الملك المنصوص عليها في قول خليل " وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز طال كعشرة أشهر وأنها لم تخرج عن ملكه في علمهم"⁷⁹، "ذلك أن الحيازة تنتج آثارها القانونية حتى ولو لم تكن مستندة على أي رسم"⁸⁰، مادام أن الحائز للشيء هو مالكة حتى يثبت العكس"⁸¹

⁷⁶ - قرار رقم 242، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 22 ص 26 .

⁷⁷ - قرار رقم 214، ملف مدني عدد 2002/1/1/2252 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 ، ص 24.

⁷⁸ - قرار رقم 433، ملف مدني عدد 04/1088 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ، ص 30.

⁷⁹ - قرار عدد 435 ملف عقاري عدد 02/4/1/946 غير منشور.

في نفس الاتجاه راجع قرار رقم 1203 الصادر بتاريخ 1994/10/4 ملف رقم 89/6326 غير منشور.

⁸⁰ - قرار رقم 250 صادر بتاريخ 1970/5/27، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 20، ص 13.

⁸¹ - قرار رقم 2879 صادر بتاريخ 1999/6/2، مجلة الإشعاع عدد 26، ص 193.

القاعدة 3: إذا أثبت المدعي وجه تملكه للعقار فلا ينفع المدعى عليه الحائز إلا إثبات وجه مدخله وإلا استحق العقار من يده ولا يكفيه أن يدفع بقوله حوزي وملكي.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1982/12/14 " إذا أثبت المدعي القائم دعواه ثبوتاً كافياً، فإنه يتعين على المدعى عليه أن يدلي ببيان وجه مدخله ولا يغنيه عن ذلك مجرد التمسك بالحوز والتصرف"⁸².

القاعدة 4:

- إذا ثبت أن الحيازة كانت بموجب مدخل غير ناقل للملكية فلا ينتفع بها ولا تكسبه الملك ولو طالت⁸³.

- إذا علم أصل مدخل المدعى عليهم في المنازع فيه وهو الإسكان على وجه الخير والإحسان فلم يبق لهم في الحيازة والتصرف الذي ادعوه نفع، إذ الحيازة لا تنفع إلا مع ما جهل أصل مدخل الحائز.

ونقول خليل وبإسكان ونحوه

لقول المتحف:

إلا إذا أثبت حوزاً بالكرأء أو ما يضاهيه فلن يعتبر

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 99/3/24 " إن المحكمة كانت على صواب لما استبعدت حوز المتعرض لأرض لما تبث لها أنه كان عن طريق الإسكان من البائعين لطالب التحفيظ"⁸⁴.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 82/5/25 " لما كان الطاعن لم يدع الحوز والملك للمدعى فيه وإن عارض دعوى استرداد العارية بطول المدة الأمر الذي يدل على اعترافه بوقوعها فإن طول المدة لا أثر له ما دام وجه المدخل قد عرف"⁸⁵.

⁸² - قرار رقم 889، ملف عقاري عدد 89858، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 32، ص 57.
⁸³ - قرار صادر بتاريخ 1980/3/18، ملف شرعي 68430، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 82.
⁸⁴ - قرار رقم 1415 ملف مدني رقم 2329/1/1/98، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، ص 13.
⁸⁵ - قرار رقم 456، ملف عدد 463 عن مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31، ص 62.

القاعدة 5: إذا أجاب المدعى عليه بأن العقار موضوع النزاع اشتراه من المدعي أو موروثه فإن ذلك يفيد إقراره بملكية المدعي أو بملكية موروثه ولا يكلف هذا الأخير بإثبات الملك⁸⁶.

القاعدة 6: إذا أجاب المدعى عليه بأن بعض المدعى فيه متخلف عن الموروث والبعض الآخر خاص به، فمن المسلم به فقها أن إثبات الاختصاص يقع عليه لا على المدعي وإلا اعتبر الكل تركة⁸⁷، لكون القاعدة الشرعية تفترض أن كل مال بين يدي أحد الورثة، أنه مملوك للورثة بينهم على وجه الشياح.

القاعدة 7: من اعترف بالملك لغيره وادعى انتقاله إليه يجب عليه إثبات ذلك⁸⁸.

القاعدة 8: إذا أقر المدعى عليه بأن ما بيد المدعي هو له فيبقى بيده بمقتضى الإقرار المذكور⁸⁹. لقول ابن عرفة أقر الخصم وارتفع النزاع⁹⁰، ولقول صاحب اللامية، فإن بان إقرار المجيب فنفسه، ولما جاء في التحفة: ومالك لأمره أقر في صحة لأجنبي اقتفى

ذلك أنه لما أثبت المدعي دعواه بإقرار خصمه قضائياً كانت ملكيته زائدة.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1997/10/21 "الإقرار بالملكية يغني عن اثباتها"⁹¹.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2003/04/23 "يمكن تجزئة الإقرار إذا انصب على وقائع متميزة منفصلة بعضها على البعض والمطلوب في النقص لما أقر بحيازة الطاعنة لأرض

⁸⁶ - قرار رقم 120 الصادر بتاريخ 1979/3/13 رقم الملف الشرعي 69093، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 102.
⁸⁷ - القرار رقم 456 ملف عقاري رقم 69463، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31، ص 74. كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 04/12/29 "لا ينفع الحوز بين الورثة مادام قد ثبت أن الأرض موضوع النزاع ملك للموروث، أن الحيازة العائلية تنفي الاختصاص، ومؤدى ذلك إن الوارث يحوز لنفسه ولغيره ما لم تستغرق حيازته الأربعين سنة المعمول بها بين الأقارب"، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 63، ص 23.

⁸⁸ - قرار عدد 467 بتاريخ 1961/4/17، مذكور عند عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى، الأحوال الشخصية والعقار من سنة 57 إلى 2002، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط 1، 2002، ص 16.

⁸⁹ - حكم قاض سطات عدد 14 بتاريخ متم جمادى الأولى 1339 قضية رقم 305 الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى م.س، ص 79، كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2005/09/14 "إن الطاعن لما أقر بنسبة جزء من المدعى فيه لموروث الطرفين ونسب الجزء الباقي لنفسه دون إثبات اختصاصه به يجعل الحكم بإجراء القسمة في الكل مطابقاً للمقرر فقها وفقاً لما نقله الحطاب في باب الإقرار"، القرار رقم 416 ملف عقاري رقم 2003/1/2/464، مجلة العرائض عدد 2، ص 117. وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1981/10/12 "إن دفع المدعى عليه في الشفعة بأن الشفيع أولى بالقسمة مع الشركاء، يتضمن إقراراً له بملكته على الشياح، ولا يكلف بإثبات هذا الشرط، أما ادعاؤه القسمة فعليه هو عبثاً وإثباته وإلا استحققت الشفعة" قرار عدد 1318، ملف عقاري عدد 84/4431، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق ص 257. كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1985/06/02 "القسمة الاستغلالية بين الورثة لا تزيل الشياح، ومن يدع القسمة الاستغلالية يكون قد اعترف بالشياح كشرط لممارسة الشفعة" قرار عدد 929، غير منشور كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 5 مايو 1981 "لما كان المطالب بالشفعة لا ينكر أن للشفيع واجبا في المدعى فيه متخلفاً عن والده فإن الشفيع يبقى على واجبه مادام لم يثبت تفويته"⁸⁹ - قرار رقم 266، ملف شرعي عدد 57416 عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص 206.

84 كما أن جواب المدعى عليه بأن الشفيع لم يعد مالكا يتضمن إقراراً ضمناً بملكته عملاً بقول خليل: أو وهبته لي أو بعته فأقرار من المدعى عليه، قرار المجلس الأعلى رقم 426 صادر بتاريخ 25 مارس 1986، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص 250. لكن خلافاً لهذا الاتجاه المستقر عليه فقها وقضاء مازالت بعض محاكم الموضوع لا تأخذ بالإقرار كحجة في إثبات الملك في العقار غير المحفظ بعلّة عدم الإضرار بحقوق الغير، من ذلك مثلاً ما قضت به محكمة الاستئناف بالناضور بتاريخ 11 نوفمبر 2000 "قرار رقم 358 ملف رقم 98/503، غير منشور. هذا رغم أن حق الغير يظل محفوظاً بمقتضى عدة مساطر قانونية سنت لمواجهة هذه الوضعية كمبدأ نسبية الأحكام والتعرض الخارج عن الخصومة، وحق التدخل في الدعوى.

⁹⁰ - حكم قاضي فاس عدد 84 بتاريخ 26 ذي القعدة 1342، قضية رقم 553 مرجع سابق، ص 345.
⁹¹ -- قرار عدد 653 ملف عقاري عدد 92/5927 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 52 ص 76.

النزاع، وادعى ان هذه الارض الت إليه بالقسمة، فإن الإقرار انصب على واقعتين متميزتين، وهما الحيازة والتصرف في الملك من جهة أخرى، والقسمة من جهة أخرى، وهذه الواقعة الأخيرة ينبغي إثباتها. والقرار المطعون فيه لما ذهب عكس ذلك يكون غير مرتكز على أساس قانوني⁹².

كما جاء في قرار آخر أيضا صادر بتاريخ 02 أبريل 1971⁹³ لما اعتبرت المحكمة أن الإقرار بالملك للموروث هو غير الإقرار للوارث لاحتمال أن يكون قد فوت المال قيد حياته، تكون قد حرقت قاعدة الاستصحاب القائلة: من مات على حق فلوارثه إلى أن يثبت العكس⁹³.

القاعدة 9: دعوى التخلي تتضمن إقرارا ضمنيا بحيازة المدعى عليه للمدعى فيه إذ أن غير الحائز لا يطالب بالتخلي⁹⁴.

القاعدة 10: الحكم بالاستحقاق يستتبع فقها وقضاء وجوبا الحكم بالتخلي⁹⁵.

القاعدة 11: إذا صرح المدعي في مقاله أن المدعى فيه مرهون أو معار أو نحوه للمدعى عليه وأجاب هذا الأخير عن الدعوى بالحوز والملك وإنكار الرهينة أو الإعارة أو غيرهما فمدعي الرهينة أو الإعارة أو نحوهما يقع عليه عبء الإثبات ولا يكلف المدعى عليه بإثبات أصل حيازته أو مدخله، لقول المتحف

أو من يدعي حصوله تبرعا من قائم فليثبتن ما ادعا

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 14/3/1967 " خرق قسم الاستئناف قاعدة الإثبات المشار إليها حين صرح المدعي في مقاله بأن المدعى فيه مرهون للمدعى عليه الذي أجاب عن الدعوى بالحوز والملك وإنكار الرهينة وعجز المدعي عن الإثبات فحول قسم الاستئناف عبء الإثبات عن كاهل المدعي الذي عجز عنه إلى المدعى عليه ليثبت أصل حيازته ومدخله⁹⁶.

القاعدة 12: إذا طلب المدعي استحقاق الكل مع الإدلاء بما يثبت استحقاق الجزء يستوجب الحكم باستحقاق هذا الجزء⁹⁷.

⁹² - قرار عدد 1257 ملف عقاري عدد 2001/1/1/2485 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 65/64 ص 19.

⁹³ - قرار عدد 96 ملف شرعي، عبد العزيز توفيق مرجع سابق ص 64.

⁹⁴ - قرار عدد 1614 ملف عقاري رقم 92444، وتاريخ 27/11/1984، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41، ص 145.

⁹⁵ - وهو ما يتأكد من خلال تعريف الاستحقاق بأنه انتزاع الشيء من يد حائزه بظهور مالكة الحقيقي، فضلا عن أن جل الأحكام الشرعية القديمة منها أو الحديثة تقرن الحكم بالاستحقاق دائما بالتخلي، كما أن الهدف من رفع هذه الدعوى ليس مجرد الإقرار بالملك للمدعي وإنما ترتيب أثره القانوني بطرد المدعى عليه من الملك وإلا لما كان للحكم بالاستحقاق معنى، أضف إلى ذلك أن الحكم بالتخلي على غير الحائز لن يضره في شيء، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 19/5/2004 "إذا كان الطاعنان ينكران استيلاءهما على العقار المدعى فيه، فإن ماقضى به القرار المطعون فيه من تخليهما عنه لفائدة المطلوبة استحقاقا لن يضرهما في شيء"، قرار عدد 1591 ملف مدني عدد 2001/4/1/2248 غير منشور.

⁹⁶ - حكم شرعي رقم 317. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 06، ص 8.

⁹⁷ - قرار عدد 2997 بتاريخ 02/10/2002 ملف عقاري عدد 97/6/1/1128. غير منشور.

- رسوم الأشرية المجردة عن الحيازة أو أصل التملك⁹⁸ لا توجب الملك وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2004/10/6 الأشرية المجردة عن أصل التملك لا ينتزع بها الملك من يد حائزه⁹⁹.

- لا يكفي دفعا لرسم الشراء المستند على ملكية البائع الجواب بالحوز والملك.

- إذا كانت القاعدة الفقهية تقضي بأن الأشرية المجردة لا ينتفع بها من يد حائزه فإن الأشرية المذكورة تكون عاملة إذا كانت مدعمة بالحيازة لقول التاودي، المقرر أن رسوم الأشرية لا تفيد الملك ولا ينتزع بها من يد حائزها¹⁰⁰.

- عقد الشراء ينتزع به من يد حائز لم يدع الملك لما حازه لأن الشراء وإن لم يتضمن الملك لكنه مظنته لما جاء في الاختصار لخليل وفي المعيار.

- مجرد إنكار دعوى المدعي دون التمسك بالحوز والملك لا يفيد المدعى عليه ولو لم يكن رسم الشراء مستند على أصل التملك.

- رسوم الأشرية المجردة لا تفيد إلا في مواجهة البائع ولا ينتزع بها من يد حائز مدعي الملك¹⁰¹، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2002/03/14 "إن المحكمة حين استبعدت عقد الشراء رغم كونه حجة بين عاقيه وورثتهما واعتمدت على شهادة المحافظ التي تشير إلى طلب تحفيظ الملك وإلى تعرض موروث المطلوبين عليه واعتبرتها حجة على ملكية موروث الطالبين بواجبه المفوت تكون بنت قضاءها على غير أساس صحيح وعرضته للنقض¹⁰²".

- الشراء من غير المالك لا يخول للمشتري حقا على المبيع ولا يوجب له إلا الرجوع على البائع¹⁰³.

⁹⁸- وقال المزري: اعلم أننا لا نبيح للشاهد أن يشهد بالملك بمجرد مشاهدته لإنسان باع سلعته من آخر لأنه قد يبيعهها غاصب أو مودع ومن لا يجوز له البيع، انظر أبي عيسى سيدي المهدي الوزني، النوازل الجديدة الكبرى في ما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة المحمدية 1998، ص 11.

⁹⁹- عدد 2835 ملف مدني عدد 2003/1/1/3334 غير منشور. كما جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2005/4/20 قرار عدد 1128 ملف مدني عدد 2003/4/1/3342 غير منشور "إن المحكمة اعتمدت في قضائها على رسم شراء مجرد عن الملكية وانتزعت به عقارا من يد حائزه فخرقت بذلك القاعدة الفقهية القائلة لا توجب الملك عقود الأشرية وعرضت بذلك قرارها للنقض".

¹⁰⁰- قرار المجلس الأعلى عدد 2638 المؤرخ في 2002/7/24 ملف عقاري عدد 2002/1/1/77 غير منشور.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2002/7/25 عدد 2679 ملف عقاري عدد 2000/2/9/1457 غير منشور اعتماد المحكمة في قضائها بالتخلي عن نصف العقار المدعى فيه على عقد شراء مجرد يجعل قرارها غير مرتكز على أساس قانوني لقول التاودي في شرح التحفة "المقرر أن رسوم الأشرية بمجرد لا تفيد الملك ولا ينتزع بها من يد حائز" في نفس الاتجاه قرار رقم 1341 الصادر بتاريخ 1988/11/15 ملف عقاري 86/6237

¹⁰¹- حكم قاضي الدار البيضاء عدد 158 بتاريخ 09 شعبان 1344 هـ في القضية رقم 859 القرارات الصادرة م.س، ص 615.

¹⁰²- ملف عقاري عدد 97/1/2/143 غير منشور.

¹⁰³- حكم قاضي الصويرة عدد 156 بتاريخ 08 رجب 1344 هـ في القضية رقم 865 الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي، م.س، ص 607.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2006/09/27 لما قضت المحكمة على البائعين بمقتضى قرار بات بأن عقد البيع الصادر عنهم بيع تام مستجمع لأركانه، ثم عمدوا بعد ذلك إلى بيع العقار لسلف المطلوبين فقد باعوا ما لا يملكون، وأن حسن نية المشتري الثاني وحدها لا أثر لها على صحة شرائه لعقار غير محفظ في ملك الغير، وإنما تمنع المالك من مطالبة المشتري بإزالة البناءات التي أقامها على الأرض التي اشتراها.

لذلك كان على المحكمة أن تثبت في طلبات الطاعن باعتباره المشتري الأول على ضوء الوثائق المدلى بها، وأنها لما اعتمدت مجرد حسن نية المشتري الأخير وتسلمه للعقار للحكم بعدم قبول طلب الطاعن، ودون أن تبين ما إذا كانت حيازة المشتري مستوفية للشروط المنصوص عليها فقها، فقد عللت قرارها تعليلاً ناقصاً يوازي انعدامه مما عرضه للنقض والإبطال¹⁰⁴.

- رسوم الأثرية القديمة وما في حكمها دليل على الحوز¹⁰⁵.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1988/4/19 " من المعلوم فقها أن رسوم الأثرية القديمة وما في حكمها دليل على الحوز فيكون القول قول من بيده حتى يثبت العكس.

للقرائن والأمارات تأثير في الأحكام الشرعية قال أبو علي في حاشيته " إن قيام القرائن واحتفافها بالقضية يقوم مقام النص في عينها وفي المختصر فإن قامت قرينة فعلية¹⁰⁶.

- الأثرية المتسلسلة مع مرور أمد الحيازة كالبينة القاطعة التي لا يمين معها¹⁰⁷.

- إدلاء المدعي برسم شراء مجرد عن أصل التملك يوجب توجيه اليمين للمدعى عليه لرد دعوى الاستحقاق، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1998/7/30 " أن موضوع النزاع هو استحقاق المدعي للمدعى فيه والمحكمة عندما ردت تلك الدعوى مع يمين المدعى عليه باعتبار أن حجة المدعي التي هي رسم الشراء المجرد عن أصل التملك ناقصة عن درجة الاعتبار تكون قد طبقت تطبيقاً سليماً للقاعدة الفقهية البينة على المدعي واليمين على من أنكر¹⁰⁸.

- إذا ادعى المدعى عليه أن حيازته كانت على وجه الشراء مدة تفوق مدة الحيازة الطويلة الأمد المكسبة للملكية صدق في ادعائه الشراء مع يمينه.

تكون المحكمة قد خالفت قول التحفة

¹⁰⁴ -القرار عدد 2804، ملف مدني عدد 2004/4039، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 67 ص 121.
¹⁰⁵ - وسئل عن العقود القديمة هل يجوز التعرض لها بما يؤثر فيها أو لا؟ فأجاب عقود الأثرية القديمة وغيرها لا يبطلها وجود رسم غير مستوفٍ للشروط، لأن حوزة على وجه الملك والشراء والتصرف هو الذي ثبت به الملك، أنظر أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، مرجع سابق، ص 9.

¹⁰⁶ -القرار رقم 506 ملف شرعي رقم 85/4104. مجلة قضاء الأعلى عدد 42 - 43، ص 171.
¹⁰⁷ -حكم قاضي فاس، عدد 36 بتاريخ 23 ربيع الثاني 1340 هـ، قضية رقم 193، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي، م.س، ص 181.

¹⁰⁸ - قرار عدد 5202 ملف عقاري عدد 95/9/1/1966 غير منشور.

واليمين له إن ادعى الشراء منه معلمة.

حين قضت على المدعى عليه بالتخلي ورفضت الدفع بالحياسة على وجه الشراء بعلّة أن جوابه يتضمن إقراراً منه بملكية والد المدعي وأن ادعائه الشراء مجرد عن الحجة¹⁰⁹.

- إذا أدلى كل من طرفي الدعوى برسمي شراء من نفس المالك فيرجح الشراء الأقدم تاريخاً.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى " الطاعن الذي أسس دعواه على شرائه المؤرخ سنة 1963 والمستأنف أسس استئنافه على شراءه المؤرخ سنة 1965 وكل من الطرفين اشترى من بائع واحد فإن المشتري الأول إذا كان شراءه ينطبق على المدعى فيه يجعل شراء الثاني لا محل له لكونه اشترى ما لا يملكه البائع والحياسة لا تفيده"¹¹⁰.

- إذا أدلى كل من طرفي الدعوى برسم شراء من بائعين مختلفين

- يرجح الشراء المستند على أصل تملك البائع.

- وعند عدم وجوده يرجح الشراء الأقدم تاريخاً.

- وعند التطابق في تاريخ الشراء يوماً وساعة وسنة يرجح الحائز.

لقول خليل وببدي إن لم ترجح بينة مقابلة

ولقول المتحف وإن يعدم الترجيح فاحكم لحائز.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى " لما اعتبرت المحكمة أن حجج الطرفين متساويتان، تعين عليها إسقاطهما معا وعدم العمل بأي واحدة منهما وأنا لما قضت مع ذلك للمدعي وفق دعواه تكون قد أخذت بحجة دون أن تعلل ما قضت به مما يعرض قرارها للنقض"¹¹¹.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ " إلقاء كل من الخصمين برسمين للشراء مجردين عن الملك وكون البائع لهما شخص واحد يلزم المحكمة مناقشة الرسمين معا، عدم قيامها بذلك وحكمها برفض الطلب لكون رسم الشراء المدعي مجرد عن الملك يعرض قرارها للنقض"¹¹².

وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2005/6/29 " إن اعتماد القرار مجرد ادعاء حياسة المدعى فيه منذ تاريخ الشراء، دون البحث عن الحائز للعقار موضوع النزاع، ومدى توفر حيازته على الشروط المعتمدة شرعاً، ومقارنة شرائي الطرفين يجعل القرار المطعون فيه ناقص التعليل"¹¹³

¹⁰⁹- قرار عدد 722 وتاريخ 1979/12/11 ملف شرعي 60279، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28، ص 95.

¹¹⁰- قرار رقم 42 وتاريخ 97/1/28 ملف عقاري 92/5977 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 54/53، ص 103.

¹¹¹- قرار رقم 424 صادر بتاريخ 82/5/15، ملف عقاري 91543 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31، ص 71.

¹¹²- قرار رقم 1855 صادر بتاريخ 98/3/18، ملف مدني 96/2294 مجلة الإشعاع عدد 22، ص 165.

¹¹³- مجلة النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، عدد 17 ص 10.

كما جاء في قرار اخر " إن تعارض الحجتان موجب لسقوطهما معا، لا يقضى بسقوط البينتين إلا إذا تعادلتا وتعذر ترجيح إحدهما على الأخرى بوجه من وجوه الترجيح الشرعية، لا تعادل بين ملكية مستوفية الشروط التملك الشرعي وموجب التصرف الذي لا يشتمل على شرط الملك " .¹¹⁴

- إذا تعارضت البيئات المدلى بها لإثبات الحيازة وكان الجمع بينها غير ممكن فترجح البيئـة الأقدم تاريخا على مستوى التصرف، لقول المتحف:

وقدم التاريخ ترجيح قبل ولو مع يد والعكس عن بعض نقل

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1985/1/04 " إن قدم التاريخ الذي يقع به الترجيح بين البيئات يعني قدم تاريخ الشيء المشهود به لا تاريخ تحرير البيئات فإذا ما شهدت بيئـة بأن فلانا تصرف منذ أربع وأربعين سنة وأخرى شهدت بأن خصمه تصرف منذ أربعين سنة فإن الأول مرجحة بقدمها"¹¹⁵.

- إذا كان الشيء المدعى فيه بين الطرفين من دون بيئـة ولا يد لأحدهما يقسم بينهما بعد يمين كل منهما¹¹⁶.

القاعدة 14: رسم الإحصاء أو زمام التركة حجة بين أطرافه ولا يلزم من لم يقمه أو يوافق عليه¹¹⁷.

القاعدة 15: شهادة إثبات الحال لا ترمي إلى إثبات الملكية، وإنما إثبات أن شخصا أو أكثر كانوا يعيشون على حال واحد وعلى مائدة واحدة مجتمعين غير متفرقين

- المحكمة التي ردت شهادة إثبات الحالة بعلـة أنها غير متوفرة على شروط الملك الخمسة تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا يوازي انعدامه.¹¹⁸

¹¹⁴ - قرار رقم 7097 بتاريخ 98/11/24 ملف مدني عدد 4304/1/1/95، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، ص 33

¹¹⁵ - قرار المجلس الأعلى رقم 48 ملف مدني رقم 97348. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41، ص 45

¹¹⁶ - حكم قاضي الجديدة عدد 137 بتاريخ 09 ربيع الثاني 1344 هـ في القضية رقم 697، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، م.س، ص 527.

¹¹⁷ - قرار المجلس الأعلى عدد 184 الصادر بتاريخ 96/02/27 ملف عقاري عدد 88/6376 عبد العزيز توفيق مرجع سابق ص 258. كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1982/2/9 "لما قررت المحكمة بأن زمام التركة مجرد تصريح قدم للعدلين والى خبير فلا يكون حجة يصح الاعتماد عليها، تكون قد استعملت سلطتها في أن تناقش تلقائيا وتقيم حجج الأطراف، فلا رقابة عليها في ذلك"، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30، ص 81. انظر أيضا في نفس الاتجاه، قرار عدد 614 بتاريخ 1992/6/9 ملف عقاري 123698، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 47، ص 1، لكن على خلاف هذا الاتجاه اعتبر المجلس الأعلى بموجب قراره الصادر بتاريخ 13 أبريل 1999 "إن المحكمة التي عللت قرارها برفض التزام باقي الورثة بإقامة زمام التركة بأنه لا يوجد نص قانوني يخول أحد الورثة إلزام باقي الورثة بإقامة باقي الورثة بإقامة زمام التركة يكون قرارها مخالفا للقواعد العامة وهي المحافظة على التركة من الضياع واختصاص كل وارث بما نابه فيها"، عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص 325.

القاعدة 16: إذا اجاب المدعى عليه بالمغارسة فإنه لا شيء له إلا بعد إثبات الغرس وبلوغه الحق المشترط لقول ابن رشد " ليس للعامل في الأرض والشجر حتى يبلغ الغرس ما شرط "119. فالمغارسة تستمر إلى وقت إطعام الشجر المغروس وتنتهي باقتسام الأرض المغروسة¹²⁰.

- إن ما جرى به العمل أن الغارس لا يكون مالكا للغرس والأرض مع رب هذه الأخيرة إلا إذا بلغ ما غرسه حد الإطعام

القاعدة 17: الإعذار بمعارضة البيئة ببيئة أخرى إنما يعتبر إذا لم يمكن الجمع بينهما، أما إذا أمكن الجمع بينهما فلا تعارض.

القاعدة 18: البيئتان إذا تعارضتا وتعادلتا تساقطتا وإن وجد ما يرجح إحداها على الأخرى عمل بالبيئة الراجحة.

القاعدة 19: الترجيح يكون بذكر سبب الملك في إحدى البيئتين وإهماله في الأخرى، وبذكر التاريخ في إحداها دون الأخرى وبزيادة عدالة شهود إحداها على الأخرى.

القاعدة 20: تقدم البيئة الناقلة على المستصحبة والمثبتة على النافية وبيئة الصحة على المرض وبيئة الإكراه على بيئة الطوع وبيئة السفه على بيئة الرشد وبيئة اليسر على بيئة العسر وبيئة الجرح على بيئة التعديل والبيئة المفصلة على المجملة وبيئة الملك على الحوز واليد على مجرد الدعوى.

القاعدة 21: إذا تكافأت البيئتان فيما لا يعلم أصل بقي الشيء بيد حائزه من المتداعين مع يمينه وإن كان فيما عرف أصله ككونه بالإرث من فلان وأقام كل البيئة على أنه وارثه قسم بينهما.

القاعدة 22:

إذا تكافأت البيئات وسقطتا وكان المتنازع فيه بيد ثالث فإن أقر به لواحد منهما فهو للمقر له بيمينه وإن أقر لغيرهما أو لم يدعه لأحد كان بينهما وإن ادعاه لنفسه فهو له.

ومما لا شك فيه فإن إخراج مدونة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات الغير المحفوظة من شأنه أن يحسم تشريعيًا في مختلف الإشكاليات المطروحة والتي كثيرا ما اختلف بشأنها من أجل ضمان للاستقرار والتوقع القانوني والقضائي بما له من أثر على دور هذا العقار في التنمية.

وتهدف هذه المدونة حسب ما جاء في ديباجتها سد ثغرة كبيرة في نظامنا القانوني تتمثل في عدم وجود تشريعية خاصة تسهل الوصول إلى الأحكام المتعلقة بالحقوق الواردة على هذه العقارات، لدى فهي أداة للقضاء على الصعوبات القانونية الناتجة عن هذه الوضعية وما ترتب عنها من تجميد

¹¹⁸ - قرار المجلس الأعلى رقم 495 ملف مدني رقم 97/1/1/1107 صادر بتاريخ 99/2/3. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، ص 39

¹¹⁹ - قرار المجلس الأعلى عدد 3323 الصادر بتاريخ 03/11/13 ملف مدني عدد 2002/6/1/1746 غير منشور.

¹²⁰ - قرار رقم 1725 وتاريخ 1983/11/23، ملف مدني رقم 778 د 8، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 35 - 36، ص 7.

لجزء كبير من ثروتنا العقارية، إذ بواسطتها سيتم التعرف على الوضعية القانونية للعقارات الغير المحفظة والأحكام المنظمة للمعاملات الجارية عليها، الأمر الذي سيمكن المهتمين والمتعاملين في العقار إلى المعرفة المسبقة للقاعدة القانونية التي يجب أن يطبقها القاضي على كل نزاع يتعلق بها مع ما يترتب عن ذلك من اطمئنان للتعامل في هذه العقارات واختصارا للوقت عند الفصل في المنازعات وتوحيد الحلول القضائية المتعلقة بها، وفي عبارة وجيزة فهذه المدونة تدعم مبدأ الاستقرار القانوني مثلما تقوي التوقع القانوني وهما أهم الشروط القانونية التي يقتضيها إدماج العقار الغير المحفظ في مسار التنمية وتوظيفه قصد تنمية الاستثمار خاصة في الفلاحة والتعمير والسياحة والصناعة.

ولقد استمدت مواد هذه المدونة من قواعد الفقه الإسلامي في ضوء مذهب الإمام مالك أصولا وفروعا مع مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية والاستفادة من القانون الوطني أي من التشريعات النافذة وما استقر عليه الاجتهاد القضائي، ومن القانون المقارن وروعي في ذلك حاجات المجتمع العصري المتطور، والرغبة في استقرار التعامل، وانتشار الأمن العقاري، والدور الذي يجب أن تلعبه الملكية العقارية في معركة التنمية¹²¹.

ولقد سعينا في هذا البحث إلى محاولة وضع دليل عملي للقاضي والمتقاضي في دعوى الاستحقاق العقارية، ولتكتملة المهمة ارتأينا إلحاقه بمشروع مدونة الحقوق العينية في الجانب المتعلق بالحيازة الاستحقاقية.

وقد قطع مشروع مدونة الحقوق العينية عدة مراحل في إطار إعداده ووضع صيغته النهائية، انطلقت بمشروع أولي أعدته وزارة العدل ووجه إلى الأمانة العامة للحكومة التي تولت مهمة عرضه على مختلف الوزارات التي قامت بإبداء ملاحظاتها أخذت جلها وزارة العدل بعين الاعتبار، إلا أن وزارة الفلاحة (الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية) تولت إعادة صياغة كثير من مواد المشروع مع إعادة تبويبه مما استدعى تكوين لجنة بين ممثلي وزارة العدل وممثلي الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية لإيجاد صياغة موحدة في إطار التوافق وتجاوز نقط الخلاف بين المشروعين.

وفيما يلي مواد المشروع:

الفصل الثالث : الحيازة

الفرع الأول : أحكام عامة

¹²¹ - محمد مومن، تدوين قانون متعلق بالعقارات الغير المحفظة، العقار غير المحفظ إلى أين؟، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 فبراير 2004، منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، ط 1، 2004، ص 96 وما بعدها.

المادة 249

"تقوم الحيازة الاستحقاقية على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه، ولا تقوم هذه الحيازة لغير المغاربة مهما طال أمدها".

المادة 250

"يشترط لصحة حيازة الحائز:

- 1- أن يكون واضعا يده على الملك،
- 2- أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه،
- 3- أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك،
- 4- ألا ينازعه في ذلك منازع،
- 5- أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون،
- 6- وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

المادة 251

"لا تقوم الحيازة إذا بنيت على عمل غير مشروع".

المادة 252

"لا يكف الحائز ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه".

المادة 253

"يباشر الحيازة الشخص بنفسه ويمكن أن يباشرها بواسطة شخص يأتمر بأمره. ويفترض في واضع اليد على العقار أنه حائز لنفسه إلى أن يثبت العكس. تباشر الجماعات السلالية الحيازة لفائدتها ويمكن أن تباشرها بواسطة أفراد ينتمون إلى الجماعة.

يجوز أن يحوز شخصان أو أكثر ملكا مشاعا فيما بينهم. يمكن لفاقد الأهلية أو ناقصها أن يكتسب الحيازة إذا باشرها نائبه الشرعي نيابة عنه".

المادة 254

"إذا كانت الحيازة اللاحقة استمرارا لحيازة سابقة اعتبر استمرارها من تاريخ حيازة الحائز الأول".

المادة 255

"إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب. كما لا يكون للحيازة أثر إذا كانت متقطعة وغير مستمرة.

تعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها إذا استغل الملك بكيفية اعتيادية ومنتظمة وبدون منازع".

المادة 256

"لا تقوم الحيازة ولا يكون لها أثر إذا ثبت أن أصل مدخل الحائز غير ناقل للملكية؛ ولا يحق لو اضع اليد أن يغير بنفسه لنفسه سبب وضع اليد على الملك محل ادعاء الحيازة ولا الأصل الذي تقوم عليه."

المادة 257

"يمكن أن تنتقل الحيازة من الحائز إلى الغير شرط أن يتفقا على ذلك مع السيطرة الفعلية على الملك محل الحيازة. وتنتقل الحيازة أيضا بسبب الإرث أو الوصية بصفاتهما إلى الخلف العام."

المادة 258

"تبقى الحيازة محتفظة بالصفات التي بدأت بها من وقت اكتسابها ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك".

المادة 259

"تنقضي الحيازة إذا تخلى الحائز عن السيطرة الفعلية على الملك أو فقدها، ومع ذلك فلا تنقضي حيازته إذا منعه من مباشرتها مانع وقتي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي".

الفرع الثاني : مدة الحيازة

المادة 260

"إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكا حيازة مستوفية لشروطها و استمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة والقائم حاضر عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار".

المادة 261

"تكون مدة الحيازة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة ولا تشاجر أربعين سنة، وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة أو تشاجر".

المادة 262

"تحسب مدة الحيازة كاملة".

المادة 263

"تبدأ مدة الحيازة في السريان من تاريخ وضع الحائز يده على الملك بنية تملكه و في حالة توالي التفويتات من تاريخ بداية حيازة أول مفوت".

المادة 264

"تجمع مدد الحيازات المتعاقبة لحساب المدة المقررة في القانون".

المادة 265

"لامحل للحيازة :

- بين الأب وابنه وإن سفل ولا بين الأم وأبنائها وإن سفلوا؛
- بين الأزواج أثناء قيام الزوجية؛
- بين الشركاء مطلقاً؛
- بين النائب الشرعي ومن هم إلى نظره؛
- بين الوكيل وموكله؛
- بين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال".

مادة 266

" لا يعتد بالحيازة :

- 1- إذا كان المحوز عليه فاقد الأهلية أو ناقصها وليس له نائب شرعي، وفي هذه الحالة لا تبدأ مدة الحيازة في السريان إلا من تاريخ تعيين هذا النائب أو من تاريخ الرشد حسب الأحوال،
- 2- إذا غاب المحوز عليه غيبة طويلة متواصلة، يفترض عدم علمه بحيازة ملكه إلى أن يثبت العكس،

3- إذا منع المحوز عليه مانع قوي من المطالبة بحقه كالخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستند إلى سلطة،

4- إذا منع المحوز عليه مانع بأن كان في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال المدة المقررة للحيازة".

المادة 267

" تنقطع مدة الحيازة في الأحوال الآتية :

1- إذا فقد الحائز حيازته أو تخلى عنها،

2- إذا رفعت الدعوى ضد الحائز، وفي هذه الحالة لا يكون للانقطاع أثر إذا رفضت المحكمة دعوى المدعي موضوعا أو وقع التنازل عنها،

3- إذا أقر الحائز بصحة دعوى المحوز عليه".

المادة 268

" إذا انقطعت مدة الحيازة بسبب من الأسباب المذكورة في المادة السابقة، فتبتدىء مدة الحيازة الجديدة من تاريخ زوال سبب الانقطاع".

المادة 269

" لا يجوز تعديل مدة الحيازة بالزيادة أو بالنقصان، وكل اتفاق على ذلك يقع باطلا".

الفرع الثالث : آثار الحيازة

المادة 270

" يترتب على الحيازة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار .

المادة 271

" لا تكتسب بالحيازة:

- أملاك الدولة العامة والخاصة؛

- الأملاك المحبسة؛

- أراضي الجماعات السلالية؛

- املاك الجماعات المحلية؛

- العقارات المحفظة؛

- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون".

المادة 272

" يطبق الفصل 101 وما يليه من ظهير تاسع رمضان 1331 (12 غشت 1913)

بمنابة قانون الالتزامات والعقود على تملك الغلة والمسؤولية عن هلاك الشيء المحاز".