

أثر الفقه المالكي على المشرع المغربي مدونة الحقوق العينية نموذجاً دراسة نظرية

The impact of Maliki's jurisprudence on Moroccan legislators the Code of the rights in rem as a Model Theoretical Study

aṭar al-fiqh al-maliki 'alā al-moṣarri' al-maḡribī modawwanāt al-ḥoqūq al-'ayniyyāt namūḍajā dirāsāt naẓariyyāt

¹ نورالدين الباد*

كلية العلوم الشرعية، السمارة، المغرب، oulbad@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7209-9447>

¹ **Noureddine OULBAD**

Islamic Sciences Faculty, Es-Smara, Morocco, oulbad@gmail.com.

تاريخ النشر: 2022/09/30

تاريخ القبول: 2022/09/29

تاريخ الاستلام: 2022/08/11

توثيق هذا المقال: أسلوب إيزو 2010-690

الباد، نورالدين، سبتمبر 2022. أثر الفقه المالكي على المشرع المغربي مدونة الحقوق العينية نموذجاً دراسة نظرية. مجلة التراث، المجلد 12، العدد 03 من ص 01، إلى ص 34. [E-ISSN 2602-6813 ISSN: 0339-2253].

TO CITE THIS ARTICLE: Style ISO 690-2010

Oulbad, Noureddine, septembre 2022. The impact of Maliki's jurisprudence on Moroccan legislators the Code of the rights in rem as a Model Theoretical Study. *AL TURATH Journal*. volume 12, issue 03, P 01, P34. [ISSN: 0339-2253 E-ISSN. 2602-6813].

تنبيه:

ما ورد في هذه المجلة يعبر عن آراء المؤلفين ولا يعكس بالضرورة آراء هيئة التحرير أو الجامعة وتخضع كل منشورات للحماية القانونية المتعلقة بقواعد الملكية الفكرية، ويحمل أصحابها فقط كل تبعات مؤلفاتهم.



Attention:

What is stated in this journal expresses the opinions of the authors and does not necessarily reflect the views of the editorial board or university. All publications are subject to legal protection related to intellectual property rules, and their owners only bear all the consequences of their literature.

Open Access Available On:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/323>



V .4 .0

*نورالدين الباد: البريد الإلكتروني: oulbad@gmail.com

سادت أحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب المالكي تراب المملكة المغربية منذ القديم، يرجع إليها في فض النزاعات وفصل الخصومات، سواء ما اختص بالمنقولات أو ما تعلق بالعقارات، إلى أن بليت بلادي بالاحتلال الفرنسي، الذي سن قوانين وضعية تخدم مآربهم، حذرين من مخالفة ما ألفه المغاربة من أحكام الفقه المالكي، ولكن لم يمنعهم ذلك من إقحام ما يضمن للأجانب (حقوقهم).

وقد عانى مجال العقار من وجود تشريعات متعددة تنصب عليه، فكان لزاما إحداث ترسانة موحدة وجديدة، تلملم شعث ما تفرق في غيرها، وتضبطه وتفصله، وهو ما تحقق بإصدار القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية. وفي هذا السياق يأتي هذا البحث ليبين تأثير المشرع المغربي بالفقه المالكي عند وضع هذه المدونة على وجه الخصوص.

كلمات مفتاحية: الحق العيني؛ العقار؛ المال؛ المنقول؛ المصدر.

تصنيفات JEL : B00 ، K00 ، Z12.

Abstract:

The provisions of the Islamic sharia in accordance with the Maliki doctrine have prevailed in the territory of the Kingdom of Morocco since ancient times, due to the settlement of disputes and the dismissal of litigants, whether related to Movables or related to immovables, until my country's French occupation, which has enacted statutory laws that serve their purposes, is wary of violating Moroccan jurisprudence.

The area of immovables has suffered from the existence of multiple legislation on which it is focused, and it was necessary to create a unified and new arsenal, knowing, adjusting, and detailing what differs from others, which was achieved by the promulgation of Act No. 39.08 on the Code of the rights in rem.

In this context, this research shows that Moroccan legislators have been influenced by Maliki's jurisprudence when drawing up this Code in particular.

Keywords: Rights in rem; Immovables; Property; Movables; Source.

JEL Classification Codes: B00, K00, Z12.

Résumé:

Les dispositions de la charia islamique conformément à la doctrine Maliki ont prévalu sur le territoire du Royaume du Maroc depuis l'Antiquité, en raison du règlement des litiges et du licenciement des justiciables, qu'ils soient liés à des biens meubles ou à des immeubles, jusqu'à ce que l'occupation française de mon pays, qui a promulgué des lois statutaires qui servent leurs fins, se méfie de violer la jurisprudence marocaine.

Le domaine des immeubles a souffert de l'existence de multiples législations sur lesquelles il se concentre, et il était nécessaire de créer un arsenal unifié et nouveau, sachant, ajustant et détaillant ce qui diffère des autres, qui a été réalisé par la promulgation de la Loi no 39.08 sur le Code des droits réels.

Dans ce contexte, cette recherche montre que les législateurs marocains ont été influencés par la jurisprudence de Maliki lors de l'élaboration de ce Code en particulier.

Mots clés: Droits immobiliers; Fonds; Biens; Propriété; Source

JEL Classification Codes: B00, K00, Z12.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على رسوله الأمين، المبعوث بالحق رحمة للعالمين، وأترضى على الصحابة والتابعين، ومن اهتدى بهديهم واقتفى أثرهم إلى يوم الدين.

أما بعد؛

فقد شرع الله لعباده ما تستقيم به حياتهم، وما ترتقي به أرواحهم وأنفسهم، ونظم علاقاتهم ومعاملاتهم، سواء فيما بينه وبينهم أو فيما بينهم وبين أنفسهم أو فيما بينهم وبين غيرهم من بني جلدتهم، فكانت شرعته لهم نبراس هدى ومنهاج حياة، لمن أراد النجاح والنجاة.

ولما أن بليت بلاد المسلمين بالاحتلال الغاشم، وجر عليها ما جر من ويلات وهنات، من أعظمها محاولة طمس الحكم بالشرعية الإسلامية وإحلال القانون الوضعي مكانها، إلا أن الباحث ليقف دهشا لما يجده من آثار الفقه الإسلامي في القانون الوضعي، حتى ليكاد يجزم أنها من السرقات العلمية الموصوفة مع سبق الإصرار والترصد.

تأتي هذه الورقات لتقارب هذا الموضوع، من خلال إبراز: أثر الفقه المالكي في المشرع المغربي، خصوصا ما يتعلق بمدونة الحقوق العينية.

أسباب اختيار الموضوع

من الأسباب التي دعت إلى تحرير هذه السطور أذكر ما يلي:

- أثناء دراستي في كلية الشريعة والقانون، كنت أجد دائما في مواد القانون الوضعي صدى عميقا وأثرا بالغال للفقه الإسلامي، مغلفا بلبوس لغوي عصري مزيف، فأردت التحقق من ذلك.
- رغبتني في تبين مكانة فقهاء القانون الوضعي، وأنهم عالية على فقهاء الشريعة، أصولها وفروعها.

إشكالية البحث

يمكن صياغة إشكالية هذا البحث كالتالي: إلى أي مدى تأثرت مدونة الحقوق العينية المغربية بالفقه المالكي؟

فرضيات البحث

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة، أقدم الفرضية التالية: أحكام الفقه المالكي مصدر أساسي بنيت عليه مدونة الحقوق العينية.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى إبراز التأثير الكبير لمدونة الحقوق العينية بالفقه المالكي، وبيان قيمة علماء الشريعة عموماً؛ إذ إن كل من بعدهم عالية عليهم، حتى أولئك الذين يضعون القانون.

أهمية البحث

تتجلى أهمية البحث في بيان قيمة علمائنا المتقدمين، ومحاولة تغيير النظرة التقليدية للفقه الإسلامي، والكشف عن حقيقة القانون الوضعي الذي استفاد كثيراً من أصول وفروع الشريعة الإسلامية.

الحدود الزمانية للبحث

تناول هذا البحث مدونة الحقوق العينية الصادرة سنة 2011.

الحدود المكانية للبحث

ينحصر هذا البحث في إطار مدونة الحقوق العينية المغربية.

الدراسات السابقة

مما وقفت عليه من الدراسات السابقة، بحث بعنوان: أثر الفقه المالكي في التشريعات العربية والغربية، للباحث: عبد القادر بن حرز الله، جامعة دراية، أدرار، الجزائر، مقدم خلال فعاليات: الملتقى الدولي الثالث عشر: المذهب المالكي: تاريخ وآفاق، بتاريخ: 2010-11-30.

بين فيه كاتبه أثر الفقه المالكي على التشريعات الوضعية المختلفة، العربية منها والأجنبية، على جهة العموم والإجمال، وكان ذلك قبل صدور مدونة الحقوق العينية سنة 2011، وقد بذل فيه جهداً يشكر عليه.

أما بحثي هذا، فسيفتصر على جزئية واحدة وهي مدونة الحقوق العينية المغربية، فهو بذلك أضيق نطاقاً، وأخص موضوعاً.

منهجية البحث

اعتمدت في بحثي منهجين:

- المنهج الوصفي: يتجلى في بيان بعض المفاهيم الواردة في المدونة ونظيراتها في الفقه.
- المنهج المقارن: يتجلى في مقارنة ما جاء في المدونة مع ما اصطلح عليه المالكية.

خطة البحث

سأجعل بحثي في مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة:

المقدمة وهي هذه.

وقد خصصت المبحث الأول لبيان مصدرية الفقه المالكي في مدونة الحقوق العينية، والثاني لمفهوم الحق العيني وخصائصه والثالث لمفهوم المال وأقسامه، والرابع لمفهوم العقار وأنواعه.

ثم ذيلت بخاتمة سودتها بأهم النتائج والتوصيات.

أرجو من الله سبحانه وتعالى أن يتقبل مني هذا العمل وأن يجعله لي ولكم ذخرا يوم لقاءه، ولا أدعي بلوغ الغاية فيه، ولكن ما كان فيه من صواب فمن الله وحده، وما كان فيه من زلل فمن نفسي ومن الشيطان، وكما قال الحريري في ملحته:

وإن تجد عيبا فسد الخلا فجل من لا عيب فيه وعلا

تمهيد

وصل الدين الإسلامي المغرب الأقصى¹ على يد عقبة بن نافع (ت: 63هـ) رحمه الله، واعتنق المغاربة الإسلام زرافات ووحدانا، واستقر أهل المغرب على المذهب المالكي² بعدما نقله إليه تلامذة إمام دار الهجرة (ت: 179هـ) رحمه الله.

وكانت أحكام الشريعة الإسلامية - وفق المذهب المالكي - هي السائدة في شتى مناحي الحياة، وعلى امتداد التراب المغربي، وانتظمت في سلكها فتاوى الفقهاء وأحكام القضاء، يرجع إليها في فض النزاعات وفصل الخصومات، سواء ما اختص بالمنقولات أو ما تعلق بالعقارات.

فبعد احتلال المغرب سنة 1912م، وفرض ما سمي زورا وبهتانا بالحماية، سارع الفرنسيون إلى حماية مصالحهم وعقاراتهم التي استولوا عليها، بسن قوانين تخدم مآربهم بالدرجة الأولى، وأضفوا عليها لبوس العصرنة والحداثة، وكانوا حذرين من مخالفة إلف المغاربة للفقه المالكي، ولكن لم يمنعهم ذلك من إقحام ما يضمن للأجانب (حقوقهم)، سواء فيما بينهم أو بينهم وبين المغاربة.

فأسسوا محاكم عصرية لتعزيز وجود الاحتلال وتمهيد الطريق أمامه للاستغلال، كما في ظهير تاسع رمضان 1331هـ الموافق لثاني عشر غشت 1913م، إلا أنه أبقى أحكام العقار في مرحلة أولى خاضعة لأحكام الفقه المالكي، سواء في اختصاص المحاكم الشرعية في منازعات العقار غير المحفظ، أو في اختصاص المحاكم العصرية في منازعات العقارات المحفظة أو تلك التي في طور التحفيظ، بمقتضى الفصل الثالث من ظهير آخر صادر في التاريخ نفسه، وهو المتعلق بالتحفيظ العقاري³، "ومما يوضح النية السيئة لمصالح (...) [الاحتلال] آنذاك هو أن تلك القوانين ظلت تطبق باللغة الفرنسية حتى لا تعرف عنها الأغلبية الساحقة من الشعب أي شيء"⁴.

فكان العقار خاضعا في هذه الفترة لأحكام الفقه المالكي، إلا ما تعلق بنزاع طرفاه أو أحدهما من الأجانب.

ولكن لم يستمر الوضع على ما هو عليه، إذ بصدر ظهير تاسع عشر رجب 1333م الموافق لثاني يونيو 1915م، القاضي بإنشاء التشريع المطبق على العقارات المحفظة، استقل الفقه المالكي بالتنزيل على العقارات غير المحفظة وتلك التي في طور التحفيظ، ومع ذلك فقد ظلت المحاكم العصرية ترجع إلى أحكام الفقه المالكي كلما أعوزها النص.

غير أنه بصدر قانون التوحيد والمغربة والتعريب بتاريخ سادس وعشري يناير 1956م، الذي ألغى المحاكم العصرية، ازداد البعد عن الفقه المالكي في مجال الفقه العقاري، إذ صار يتوجب بمقتضى الفصل الثالث من هذا القانون أن تطبق أمام جميع المحاكم - بعد إلغاء المحاكم العصرية والشريعة - مقتضيات ظهير تاسع عشر رجب 1333هـ في العقار المحفظ، وأحكام الفقه الإسلامي في العقار غير المحفظ ومقتضيات ظهير الالتزامات والعقود في الدعاوى العينية المتعلقة بمنقول فضلا عن القضايا المدنية.⁵

فتولد عن ذلك وجود تشريعات متعددة تنصب على موضوع واحد وهو العقار، فكان لزاما إحداث ترسانة موحدة وجديدة، تلملم شعث ما تفرق في غيرها، وتضبطه وتفصله، وهو ما تحقق بإصدار القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، بتاريخ خامس وعشري ذي الحجة 1432 الموافق لثاني وعشري نونبر 2011.

فتم بذلك توحيد الأحكام المطبقة على العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة، وبالتالي فإن كثيرا من الأحكام لم تعد تُقصر على العقار المحفظ كأحكام العقار بالتخصيص، وبالمقابل أيضا فإن بعض الأحكام مما جرى به العمل على مذهب مالك من قبيل حق الجلسة لم تعد من الحقوق العينية المقررة إلا ما كان قائما قبل صدور المدونة.⁶

وقد تطلب إعداد هذه المدونة مدة تزيد عن العشر سنوات، تم في مرحلة أولية صياغة مسودة، كانت موضوع تنقيحات وإضافات من طرف القطاعات ذات الصلة بموضوع العقارات، ثم أحيل قصد الدراسة على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس المستشارين بتاريخ 27 يوليوز 2011، ثم عرض المشروع على مجلس النواب في مرحلة لاحقة.⁷

وتتكون مدونة الحقوق العينية من أربع وثلاثين وثلاثمائة مادة، موزعة كالآتي:

1. فصل تمهيدي يتضمن الأحكام العامة (المواد من 1 إلى 7).
2. وكتاب أول يتضمن الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية (الفصول 8 إلى 221).
3. وكتاب ثاني يتناول أسباب كسب الملكية والقسمة العقارية (الفصول من 222 إلى 334).

وهذا الكتاب الثاني ذيل بمادتين فريدتين، وهما:

- المادة 333 الذي ينص على ما يلي: " ينسخ هذا القانون الظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1333 (02 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة".

والمادة 334، والتي تقضي بما يلي: " يسري العمل بهذا القانون، بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية".

المبحث الأول: الفقه المالكي من مصادر مدونة الحقوق العينية

نصت المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية على أن الفقه المالكي مصدر من المصادر التي تستمد منها القواعد المطبقة على العقارات، إلا أنها جعلته ثالثاً في الترتيب، "وليس يعني هذا التأخير أن القانون غير مؤسس على الفقه المالكي؛ فما هو إلا ترجيح واختيار لأقوى الأقوال في المذهب على الغالب، لكن ما يعاب عليه هو تقديم ظهير الالتزامات والعقود وإن كان لا يخالف الفقه هو أيضاً إلا أن كثيراً من أحكامه لا تطابق نظر الفقهاء إلى الحق العيني كما في الدعاوى المنقولة"⁸.

ذلك أن مدونة الحقوق العينية استمدت من الفقه المالكي أصالة، وطعمت ببعض التقنيات الحديثة من قبيل وسائل الإثبات والتسجيل ومساطر التقاضي، ونصت على الرجوع إلى الفقه المالكي في حالة عدم وجود النص القانوني، وهو ما يؤكد محورية الفقه المالكي في مدونة الحقوق العينية.

وتم التنصيص في المادة الأولى على مصطلحات معينة مرجعاً للقضاة في الأخذ بالفقه المالكي عند عدم النص في مدونة الحقوق العينية ولا في قانون الالتزامات والعقود، وهي: الراجح والمشهور وما جرى به العمل، وسنخصص مطلباً لبيان كل واحد من هذه المفاهيم.

المطلب الأول: الراجح

أولاً: التعريف اللغوي

رجح الميزان يَرَجِّحُ ويَرَجِّحُ ويَرَجِّحُ رجحاناً: مال. رَجَحَ: الراجح: الوازن⁹، ورجح الشيء: ثقل وزاد وزنه، ورجحت إحدى كِفَّتَي الميزان على الأخرى: مالت بالموزون. ورجح رأيه: غلب على غيره، رأي راجح.¹⁰

ويمكن القول إن الراجح لغة هو: الثقل الذي زاد وزنه عن غيره ومال به وغلب على غيره.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

واختلفوا في معناه الاصطلاحي، فقيل: الراجح هو ما قوي دليله، وقيل: الراجح ما كثر قائله، فيكون مرادفاً للمشهور أو أحد أفرادها، وندر إطلاقه عليه.

والذي عليه جمهور العلماء هو ما قوي دليله؛ فهو الأنسب للمعنى اللغوي¹¹، يقول أبو الشتاء الصنهاجي:¹²

إن يكن الدليل قد تقوى
فراجح عندهم يسـمى

وعند الخطاب في شرح مختصر خليل أن الراجح من أفراد المشهور، لكونه جعل أمثلة الراجح من أمثلة المشهور، فيكون المشهور أعم من الراجح، وهو مخالف لما عند الهلالي في شرح خطبة المختصر وأكثر فقهاء المذهب، فيكون ما ذهب إليه الأكثر من الفرق بين الراجح والمشهور هو الشائع وما للحطاب نادر.

ويوجد في الاصطلاح ما يفيد معنى الراجح، كقولهم: الأصح، أو الأصوب، أو الظاهر، أو المفتى به كذا، أو العمل على

كذا، ونحو ذلك.¹³

ويقابل الراجح: المرجوح أي الضعيف، وهو ما ضعف دليله، "... والضعيف مقابل الراجح".¹⁴

يقول الإمام القراني: "إن الحاكم إن كان مجتهداً فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلداً جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه وأن يحكم به، وإن لم يكن راجحاً عنده مقلداً في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي يقلده كما يقلده في الفتيا".¹⁵

المطلب الثاني: المشهور

أولاً: التعريف اللغوي

الشهرة: ظهور الشيء في شئعة حتى يشهره الناس. قال الجوهري: الشهرة وضوح الأمر. والشهر القمري سمي بذلك لشهرته وظهوره وقيل: إذا ظهر وقارب الكمال.¹⁶ فيكون المشهور لغة هو: الشيء الظاهر الواضح للناس.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

قال ابن بشير رحمه الله: إن العلماء اختلفوا في المراد من لفظ المشهور على قولين:¹⁷ أحدهما: ما قوي دليله، والآخر: ما كثر قائله.

وبعد أن ذكر الشيخ القولين قال: والصحيح أنه ما قوي دليله.¹⁸ وحكى الدسوقي رحمه الله ثلاثة أقوال في مصطلح المشهور هي:

الأول: ما قوي دليله فيكون بمعنى الراجح.

الثاني: ما كثر قائله وهو المعتمد. "وعلى القول الثاني فلا بد من أن تزيد نقلته عن ثلاثة، ويسميه الأصوليون المشهور والمستفيض أيضاً".¹⁹

الثالث: رواية ابن القاسم عن مالك رحمه الله في المدونة.²⁰ "وإليه مال شيوخ الأندلس والمغرب: كالباجي، وابن اللباد، واللخمي، وابن أبي زيد، والقابسي".²¹

ومذهب جمهور المالكية أنه ما كثر قائله، لا ما قوي دليله؛ "لأنه التفسير المناسب للمعنى اللغوي في لفظ المشهور، ولأن مذهب الفقهاء والأصوليين تقديم الراجح على المشهور عند معارضتهما، ولو لم نفسر المشهور بما كثر قائله، بأن فسرناه بما قوي دليله لكان مرادفاً للراجح، فلا تتأت معارضتهما، حتى يقال يقدم الراجح عليه، ولأن العلماء ذكروا أن أحد القولين قد يكون مشهوراً لكثرة قائله، وراجحاً لقوة دليله".²²

يقول أبو الشتاء الصنهاجي: "والقول إن كثر من يقول به يسمى بمشهور لديهم فانتبه".²³

والتأمل لكتب المالكية يجد أن مسائل المذهب تدل على أن «المشهور» هو ما قوي دليله، وأن مالكا كان يراعي من الخلاف ما قوي دليله، وليس ما كثر قائله.²⁴

والذي رجحه ابن عرفة الدسوقي والشيخ عليش وغيرهما من متأخري المالكية القول الثاني - ما كثر قائله - وأيده الشيخ أحمد الرجراجي.²⁵

ترجيح العلماء للمشهور:

قال ابن فرحون: "قول ابن القاسم هو المشهور في المذهب، إذا كان في المدونة، والمشهور في اصطلاح علماء المغاربة هو مذهب المدونة، والعراقيون كثيراً ما يخالفون المغاربة في تعيين المشهور ويشهرون بعض الروايات، والذي جرى به عمل المتأخرين اعتبار تشهير ما شهّره المصريون والمغاربة".²⁶

ثالثاً: التعارض بين الراجح والمشهور

اختلف فقهاء المالكية في حكم التعارض بين الراجح والمشهور على قولين:

القول الأول: تقديم المشهور على الراجح. قاله العدوي في حاشيته على الخرشي²⁷، وغيره.

القول الثاني: تقديم الراجح على المشهور، وإليه مال أبو بكر بن العربي²⁸، وهو مذهب الجماهير من الفقهاء والأصوليين، قال الهلالي: "فإن تعارضاً بأن كان في المسألة قولان، أحدهما راجح والآخر مشهور، فمقتضى نصوص الفقهاء والأصوليين أن العمل بالراجح واجب".²⁹

وللتشهير علامات تدل عليه، منها: المذهب كذا، الظاهر كذا، الراجح كذا، المفتى به كذا، الذي عليه العمل كذا، المعروف كذا، المعتمد كذا.³⁰

والقول الأشهر يقابله القول المشهور، وهو دونه في المشهورية، وذكر الأشهر دليل على أن في المسألة قولين؛ المشهور منهما دون الآخر في الرتبة.³¹

ومقابل المشهور يسمى بالشاذ.³²

المطلب الثالث: ما جرى به العمل

مصطلح ما جرى به العمل من المصطلحات التي انفرد بها المذهب المالكي، وهو يظهر العبقرية الفقهية للعلماء المغاربة، في تكييف النصوص النظرية مع الواقع العملي، الذي يكثر تغيره وتطوره مع تبدل وتطور الحاجات والمصالح، كما يبرز مرونة الفقه المالكي الذي يراعي في أصوله المصلحة بشروطها المرعية وضوابطها الشرعية.³³

أولاً: مفهوم ما جرى به العمل

وقد عرف مصطلح ما جرى به العمل في المذهب المالكي بتعريفات نذكر منها:

التعريف الأول: "العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، رعيًا لمصلحة الأمة

وما تقتضيه حالتها الاجتماعية".³⁴

التعريف الثاني: "حكم القضاة بالقول وتواطؤهم عليه، من غير أن يكون كل ما حكم به فاض جرى به العمل".³⁵

التعريف الثالث: "اختيار قول ضعيف والحكم به، وتماثل الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك".³⁶

التعريف الرابع: "القول الذي حكم به قضاة العدل"³⁷، وقد نظم ذلك أبو الشتاء الصنهاجي بقوله:

عَمَلْنَا هُوَ الَّذِي بِهِ حَكَمَ قِضَاةُ الْاِقْتِدَاءِ رَعِيَا لِلْحَكَمِ

التعريف الخامس: "الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في مقابل الراجح أو المشهور؛ لمصلحة أو ضرورة أو عرف، أو غير ذلك من الأسس".³⁸

يتضح من خلال التعريفات السابقة، أن ما جرى به العمل في العرف المالكي، هو العدول عن حكم إلى حكم آخر يخالفه، والإفتاء بالقول الشاذ بدل المشهور أو الراجح في المسألة، لسبب من الأسباب، إما لتجنب مفسدة، أو تلافي فتنة، أو جريان عرف، أو تحصيل مصلحة تحققت لدى القاضي أو المفتي المجتهد في ترك المشهور؛ بأن يكون الحكم بالمشهور يفوت مصلحة أو يجلب مفسدة، فيكون هذا العدول مقبولاً ومسوغاً عند أهل الفقه والقضاء من المالكية.

ثانياً: شروط العمل بما جرى به العمل

حتى لا يكون باب العمل بما جرى به العمل مفتوحاً على مصراعيه، فقد وضع العلماء شروطاً لهذا العمل، لأنه قد يصدر عن أناس غير مؤهلين فيما ذهبوا إليه. إما لجهلهم أو جورهم، أو اتباعهم للهوى، أو غير ذلك من الأسباب.

وحتى لا يلج هذا الباب كل من هب ودب، اشترط الفقهاء لتقديم ما جرى به العمل على الراجح أو المشهور شروطاً³⁹، وهي:

- ثبوت جريان العمل بذلك: فلا بد من إثبات ذلك بنقل صحيح، حتى يصبح في قوة المشهور والراجح.
- معرفة محلية جريانه عاماً أو خاصاً بناحية من النواحي المكانية، وكذا معرفة الزمان: فإنه متى جهل المحل أو الزمان الذي جرى به العمل لم تتأت تعديته إلى غير ذلك المكان أو الزمان، إذ للأمكنة خصوصيات كما للأزمنة خصوصيات.
- معرفة كون من أجرى ذلك العمل من الأئمة المقتدى بهم في الترجيح: فإذا لم يعرف من أجره لم تثبت أهليته، فربما عمل بعض القضاة بالمرجوح لجهله أو لجوره لا لموجب شرعي.
- معرفة السبب الذي لأجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله: لاحتمال أن يكون السبب الموجب معروفاً في البلد الذي يراد تعديته إليه.

وهذه الشروط مجموعة فيقول النابغة:⁴⁰

شروط تقديم الذي جرى العمل به أمـــــور خمسة غير همل

أولها ثبوت اجراء العمل	بذلك القول بنص يـتمـل
والثاني والثالث يلزمـان	معرفة المكان والزمـان
وهل جرى تعميما أو تخصيصا	ببلد أو زمن تنصـيـصا
وقد يخص عمل بالأمكنة	وقد يعم وكذا في الأزمنة
رابعها كون الذي أجرى العمل	أهلا للاقتداء قولاً وعمل
بحيث لم تثبت له الأهلية	تقليده يمنع في النقلية
خامسهما معرفة الأسباب	فإنها معينة في الباب

ولم يشترط⁴¹ المهدي الوزاني في جريان العمل إلا شروطا ثلاثة تبعا للشيخ ميارة رحم الله الجميع، وهي:

- 1- كون العمل المذكور صدر من المقتدى به.
- 2- وأن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل.
- 3- أن يكون جاريا على مقتضى قواعد الشرع وإن كان شاذاً.

ثالثا: أقسام العمل

ينقسم العمل إلى قسمين:

الأول: العمل المطلق، وهو لا يختص ببلدة واحدة؛ لأنه لا يرتبط بالعرف الخاص، بل مرجعه إلى العرف العام، أو المصلحة العامة، أو الضرورة العامة، أو فساد الزمن، فهو غير مقيد بمكان مخصوص، وقد أَلَّفَ السجلماسي الرباطي (ت1214هـ) كتابه (العمل المطلق) ذكر فيه العمل الفاسي، وعمل قرطبة وتونس وغيرها من الأقاليم.

الثاني: العمل الخاص، وهو ما يختص ببلدة واحدة، "كالعمل السوسي"، و"العمل المراكشي"، بحيث تجري به أحكام لا تطبق إلا فيها، لوجود الباعث على ذلك.⁴²

المبحث الثاني: مفهوم الحق العيني وأقسامه وخصائصه

تصور مفهوم الحق العيني تصورا صحيحا يقتضي أولا تحديد مفهوم الحق، ثم بيان معناه إذا اتصل بضميمة العيني، وبعدئذ يمكن التطرق إلى أقسامه وخصائصه، وهو موضوع هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم الحق

أولا: الحق لغة

الحق "نقيض الباطل"⁴³، وهو لغة يرجع إلى معاني: الوجوب والثبوت والإحكام والصحة، فهو "يدل على إحكام الشيء وصحته"⁴⁴، "[و]حقَّ الشيء يحقُّ حقا أي وَجِبَ وجوبا"⁴⁵، والحق "مصدر حقَّ الشيء من بايَّ ضرب وقتل إذا وجب وثبت".⁴⁶

فيؤخذ مما سبق أن الحق هو: الشيء الواجب الثابت المحكم الصحيح.

ثانيا: الحق عند الفقهاء

الحق في اصطلاح الفقهاء يقرر المعنى اللغوي ويزيد عليه، فالحق عندهم هو: "الصواب [وهو] ضد الباطل، [بمعنى] الثابت الذي لا يجوز إنكاره"⁴⁷، ويأتي مقيدا بأوصاف أخرى مثل:⁴⁸

- حقوق الدار: مرافقها.
- حق المرور: حق اجتياز ملك الغير.
- حق الشرب: النصيب المعين من ماء النهر ونحوه لري الارض ونحوها.
- حق المسيل: حق تمرير الماء في عقار الغير.
- حق الآدمي: ما وجب للآدمي على غيره.
- حق الله: ما وجب لله تعالى على الانسان.
- حق شخصي: ما وجب لشخص معين على غيره.
- حق عيني: تعلق الحق بعين معينة لا بذمة.

ثالثا: الحق في القانون الوضعي

توجد ثلاثة مذاهب في تعريف الحق عند فقهاء القانون:⁴⁹

- 1- المذهب الشخصي: ينظر إلى الحق على أنه سلطة يخولها القانون لشخص معين، فهو شخصي من جهة اعتباره الحق قدرة إرادية يتمتع بها صاحب الحق.

2- المذهب الموضوعي الشكلي: يعتبر الحق مصلحة مادية معنوية يحميها القانون، فهو موضوعي من جهة اعتباره الحق مصلحة، وشكلي باعتبار حماية القانون لتلك المصلحة عن طريق القضاء.

3- المذهب المختلط: وهو جمع بين المذهبين السابقين، فهو يرى الحق سلطة ومصلحة يحميها القانون في نفس الوقت.

ومما سبق يمكن القول بأن الحق هو: "سلطة يقرها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال وتصرفات معينة تحقيقاً لمصلحة مشروعة".⁵⁰

المطلب الثاني: مفهوم الحق العيني وأقسامه

قسم القانونيون الحقوق تقسيمات مختلفة باختلاف زوايا النظر، فالحقوق تنقسم إلى:⁵¹

1- حقوق سياسية: وهي التي يقرها القانون للشخص باعتباره منتبياً إلى بلد معين، بقصد المشاركة في إدارة شؤون المجتمع الذي ينتمي إليه، كحق تولي الوظائف وحق الانتخاب.

2- حقوق مدنية: وهي التي تثبت للشخص وهو يمارس نشاطه العادي في الجماعة ويقوم بأعمال معينة يستفيد في حياته، كالحق في الحياة والحق في البيع والشراء، وهذه تنقسم إلى:

أ. حقوق عامة: وهي التي تثبت للشخص بمجرد وجوده، كالحق في التنقل والتجمع والتعبير، وتتميز بكونها لا تقدر بمال وغير قابلة للانتقال من شخص لآخر.

ب. حقوق خاصة: وهي التي لا تثبت إلا للشخص الذي توفرت فيه أسباب اكتسابها بمقتضى القانون، كالحق في الإرث وحق استيفاء الدين، وهذه تنقسم هذه إلى:

• حقوق الأسرة: وهي التي تتصل بالحياة العائلية للشخص باعتباره عضواً من أسرة معينة، كحق الحضانة وحق النفقة.

• حقوق مالية: وهي التي يكون محلها قابلاً للتقويم بمبلغ من المال.

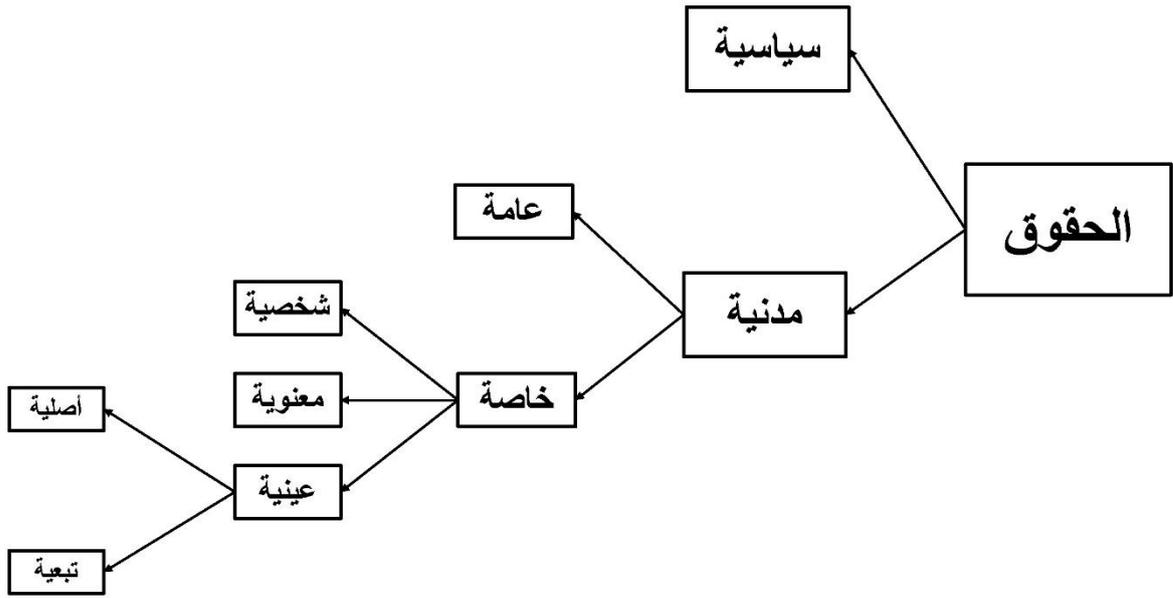
وهذه الحقوق المالية، تنقسم بدورها - بحسب ما ترد عليه - إلى ثلاثة أقسام:

1- الحق العيني: إذا ورد الحق على شيء مادي: دار، سيارة، أرض... الخ

2- الحق الشخصي: إذا ورد الحق على إعطاء شيء كحق البائع في تسليم الثمن، أو عمل كأداء العامل لمهمته، أو امتناع عن عمل كعدم المنافسة من البائع لمدة معينة لمن اشترى أصلاً تجارياً.

3- الحق المعنوي أو الذهني أو الأدبي: إذا ورد الحق على إنتاج ذهني أو فكري للإنسان، كحقوق التأليف وبراءات الاختراع.

رسم توضيحي 1: تقسيمات الحقوق



أولاً: مفهوم الحق العيني

الحق العيني هو: "سلطة مباشرة يقرها القانون لشخص على شيء مادي معين، تخوله - هذه السلطة - الحصول على منافع هذا الشيء كلها أو بعضها"⁵²، وهو قريب مما ورد في مدونة الحقوق العينية، بزيادة تقييد الحق العيني بكونه عقارياً تمييزاً له عن الحق المتعلق بالمنقولات، فقد جاء في المادة الثامنة أن: "الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين"⁵³، ولم يرد في هذه التعريف ذكر منافع الشيء أو قيمته المالية، وقد ذكرت هذه الأخيرة في تعريف ثالث، قرر أن "الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين بالذات تخول له الاستئثار بقيمة مالية"⁵⁴.

من خلال ما سبق في التعاريف أعلاه يمكننا القول إن: الحق العيني هو سلطة قانونية مباشرة لشخص معين على عقار معين بالذات، تخول له الحصول على منافع هذا العقار كلها أو بعضها وتخوله الاستئثار بالقيمة المالية لهذه المنافع.

وهذه الحقوق حصرها المشرع المغربي في المادة التاسعة والعاشرة من مدونة الحقوق العينية، ونص في المادة الحادية عشرة على أنه "لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقانون"⁵⁵.

ثانياً: أقسام الحق العيني

الحقوق العينية تنقسم إلى نوعين، فهي إما أصلية وإما تبعية:

أ. الحق العيني الأصلي: وهو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه، وعدتها أحد عشر حقاً وهي:

1- حق الملكية؛

2- حق الارتفاق والتحملات العقارية؛

3- حق الانتفاع؛

4- حق العمرى؛

5- حق الاستعمال؛

6- حق السطحية؛

7- حق الكراء الطويل الأمد؛

8- حق الحبس؛

9- حق الزينة؛

10- حق الهواء والتعلية؛

11- الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

ب. الحق العيني التبعية: وهو الحق الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي، ويكون ضمانا للوفاء به، وعدتها ثلاثة حقوق:

1- الامتيازات؛

2- الرهن الحيازي؛

3- الرهن الرسمية.

المطلب الثالث: خصائص الحق العيني

الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء يتمكن بموجبها من استيفاء منافع ذلك الشيء دون وساطة أحد، ويقابل الحق العيني الحق الشخصي والحق الذهني، لذلك لا بد من بيان الخصائص التي تميز الحق العيني عن غيره من الحقوق الأخرى، وهو ما سأورده باختصار⁵⁶ فما يلي:

1- الحق العيني يولي صاحبه ميزة التتبع: بحيث يستطيع صاحب الحق أن يتتبع الشيء في أي يد ينتقل إليها ليمارس حقه عليها، ويظهر بجلاء في الحقوق العينية التبعية كالرهن، بخلاف الحق الشخصي حيث إن الدائن العادي⁵⁷ لا سلطة له في منع انتقال الأموال من المدين أو إليه ما دامت ذمة المدين قابلة لتلقي الحقوق والالتزامات.

2- الحق العيني يخول صاحبه ميزة التقدم والأفضلية: بحيث إن صاحب الحق العيني يكون مفضلاً على غيره من أصحاب الحقوق، فصاحب الدين المضمون برهن رسمي مقدم على صاحب الدين العادي.

- 3- الحق العيني حق مطلق: لأنه يمكن صاحبه من الاحتجاج به على كافة الناس، خلافاً للحق الشخصي فلا يحتج به إلا بين أطرافه.
- 4- بروز محل الحق العيني واختفاء المدين: إذ وجود الشيء محل الحق وتعيينه هو المعتبر في وجود الحق العيني.
- 5- إمكانية التخلي عن الحق العيني: يجوز لصاحب الحق العيني التخلي عن هذا الحق، بخلاف الحق الشخصي فإن المدين لا يمكنه التخلص من التزامه إلا برضى الدائن.
- 6- الحق العيني قابل للحيازة المادية: إذ إن مالك الشيء المادي يحوزه غالباً، وفي هذه الحيازة تتجلى سلطته القانونية على الشيء المملوك له، ومن ثم يمكن اكتساب الملكية عن طريق التقادم بالحيازة متى توافرت شروطها.

المبحث الثالث: مفهوم المال وأقسامه

المال عصب الاقتصاد، ولب المبادلات بين العباد، والمتبادر إلى الذهن عند إطلاقه هو النقود والعملات، ولكن هل مفهوم المال منحصر في الفلوس والسنتيمات، أم يتعداها إلى صنوف أخرى من الممتلكات؟

المطلب الأول: مفهوم المال

أولاً: المال لغة

المال: "ما ملكته من جميع الأشياء"⁵⁸، وهو "في الأصل: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان. وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم".⁵⁹

فبهذا الاعتبار اللغوي يكون المال هو: كل ما يتموله ويملكه الإنسان ويتخذه قنية، ويرجع في ذلك إلى العرف⁶⁰، فيخرج من ذلك في اللغة ما لا يمكن تملكه كالطير في الهواء والسماك في الماء وأشبه ذلك.

ثانياً: المال فقهاً

الفقهاء رحمهم الله في تعريف المال على رأيين:

1- الأحناف: المال عندهم "هو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة"⁶¹، ويلاحظ أنهم اشترطوا للمال شرطين: أولهما إمكان الحيازة والإحراز، فتخرج الأمور المعنوية كالعلم والصحة والهواء الطلق وحرارة الشمس وغيرها، وثانيهما إمكان الانتفاع به عادة، فيخرج لحم الميتة وحب القمح الواحدة وقطرة الماء الواحدة وغيرها.⁶²

2- الجمهور: المال عندهم "هو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه".⁶³

وقال المالكية إن المال هو "ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه"⁶⁴، فالمال بهذا الاعتبار يشمل العين والمنفعة معاً، إذ يصح وقوع التملك على المنفعة كالإجارة مثلاً، وقد قرر المالكية هذا المعنى بقولهم إن "الملك في اصطلاح الفقهاء حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة".⁶⁵

ولا عبرة بالقلة والكثرة عند المالكية ما لم تبلغ حد التفاهة، "[ف]كل ما يملك شرعاً ولو قل"⁶⁶ يعد مالاً، والتافه عندهم دون القليل، وهو ما "لا تلتفت إليه النفوس كل الالتفات، وهو ما دون الدرهم الشرعي، أو ما لا تلتفت النفس إليه وتسمح غالباً بتركه، كعصا وسوط وشيء من تمر، أو زبيب".⁶⁷

فيكون المال عند المالكية هو: كل ما يصح تملكه شرعاً، عينا أو منفعة، ولو قل.

ثالثاً: المال قانوناً

المال عند فقهاء القانون هو: كل حق ذو قيمة مالية، سواء كان الحق شخصياً أم معنوياً، وسواء كان منقولاً أم عينياً⁶⁸، فكل حق تترتب عنه قيمة مالية يعتبر مالاً، ويدخل في ذلك الأمور المادية والمعنوية، فبراءات الاختراع وحقوق التأليف تعد قانوناً من الأموال.

المطلب الثاني: أقسام المال

تختلف تقسيمات المال باختلاف الاعتبارات التي بني عليها النظر إليه، أذكر منها خمسة:⁶⁹

1- مادي ومعنوي: باعتبار طبيعة كيانها:

- الأشياء المادية هي التي لها كيان مادي محسوس.
- والأشياء المعنوية هي التي يكون محلها الحقوق المعنوية/ الذهنية/ الفكرية، كحق المؤلف الأدبي، ويظهر هذا التقسيم واضحاً بالنسبة للمحلات التجارية، فالمحل التجاري يحتوي على عناصر مادية تخصص للتجارة كالبضاعة، وعناصر أخرى معنوية كالاسم التجاري والزيائن.

2- متقوم وغير متقوم: باعتبار إباحة الانتفاع وحرمته:

- المال المتقوم: وهو كل ما كان محرزاً بالفعل، وأباح الشرع الانتفاع به، كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها.
- والمال غير المتقوم: وهو قسمان، الأول: ما لم يحرز بالفعل، ومثاله: السمك في الماء والطير في الهواء والمعادن في باطن الأرض ونحوها من المباحات كالصيد والحشيش فهي غير متقومة عرفاً. والثاني: ما لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار، ومثاله: الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم فهما غير متقومين شرعاً، فلا يباح للمسلم الانتفاع بهما إلا عند الضرورة وبقدر الضرورة.

3- عقار ومنقول: باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره فيه:

- فالعقار هو الشيء المادي الذي له موقع ثابت غير منتقل، بحيث لا يمكن نقله بدون تلف كالمنزل والأرض. وسيأتي مزيد بيان لمعنى العقار في المبحث الرابع.
- والمنقول هو الشيء الذي ليس له موقع ثابت ويمكن نقله من مكانه دون أن يلحقه التلف كالحياوان والسيارة. أو هو ما ليس عقاراً ولا شيئاً معنوياً.

4- مثلي وقيمي: باعتبار تماثل أحاده أو أجزاءه وعدم تماثلها:

- الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وهي التي تقدر في إطار التعامل بالاستناد إلى العدد، أو القياس، أو الكيل، أو الوزن.
- أما الأشياء القيمية فهي كل شيء لا يدخل في نطاق الأشياء المثلية ولا يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء، كقطعة أرض أو حيوان معين، فهذه الأشياء تقوّم بذاتها وبأوصافها المميزة لها.

5- استهلاكي واستعمالي: باعتبار بقاء عينه بعد أول استعمال وعدم بقائها:

- المال الاستهلاكي: وهو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، كأنواع الطعام والشراب والخطب، والنفط، والورق، والنقود. فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ما عدا النقود إلا باستتصال عينها. وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكيها، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل.
- والمال الاستعمالي: هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها.

المبحث الرابع: مفهوم العقار وأنواعه

الإنسان مجبول على حب الأرض والتعلق بما عليها من مبان وغراس، وتقوم الخصومات والعداوات بسبب ذلك بين الناس، وإن كان ابن آدم محبا للمال كيفما كان، فإنه للعقار أشد وجدا وكذا كان، وقد تقدم في المبحث السابق أن المال ينقسم باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره فيه إلى: منقول وعقار، وهذا الأخير هو موضوع هذا المبحث من حيث بيان مفهومه وإيراد أنواعه.

المطلب الأول: مفهوم العقار لغة وفقها وقانونا

أولاً: العقار لغة

(ع ق ر) في معاجم اللغة أصلاً: "فالأول الجرح (...). وأما الأصل الآخر فالعقر القصر الذي يكون مُعتمداً لأهل القرية يلجؤون إليه"⁷⁰، ومنه العَقَّار "ضبيعة الرجل، يجمع عَقَّارات"⁷¹.

والعَقَّار بتشديد القاف وفتحها: "الَّذِي يَعْئُفُ بِالْإِبِلِ لَا يَزْفُقُ بِهَا فِي أَقْتَابِهَا فَتُدْبِرُهَا"⁷².

والعَقَّار بضم العين وتخفيف فتح القاف: "الخمر التي لا تلبث أن تُسَكِر"⁷³.

والعَقَّار بكسر العين وتخفيف فتح القاف: "المعاقر: إدمان شرب [الخمر]"⁷⁴.

والعقار بتخفيف فتح العين والقاف هو:⁷⁵ المنزل والضيعة والنخل والأرض ونحو ذلك. وخص بعضهم بالعقار النخل. فيقال للنخل خاصة من بين المال لورود ذلك في الحديث، عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: «لما قدم المهاجرون المدينة من مكة، وليس بأيديهم - يعني شيئاً - وكانت الأنصار أهل الأرض والعقار، فقامتهم الأنصار على أن يعطوهم ثمار أموالهم كل عام، ويكفوهم العمل والمثونة»⁷⁶.

أستخلص مما سبق أن العقار لغة يطلق على: الأرض وما يتصل بها من دور وغراس ونحو ذلك.

ثانياً: العقار فقها

يوجد مذهبان كبيران في تعريف العقار، أولها حنفي وثانيهما مالكي.

قال الأحناف: "العقار هو ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي"⁷⁷، "ويلاحظ أن البناء والشجر والزرع في الأرض لا تعد عقارا عند الحنفية إلا تبعاً للأرض، فلو بيعت الأرض المبنية أو المشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه، أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليهما حكم العقار"⁷⁸.

وقال المالكية: "العقار اسم للأرض وما اتصل بها من بناء، أو شجر"⁷⁹، فهو "عندهم (...). ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر. فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضاً، والشجر يصبح أخشاباً"⁸⁰.

فكأن المالكية وسعوا نطاق العقار خلافا للحنفية، إذ إنهم لم يقصروا معنى العقار على الأرض وما اتصل بها اتصالا قارا، وإنما عدوه إلى ما يتصل بها من شجر أو بناء أو غيرهما، ويظهر لي أن رأي المالكية هو الموافق لما ورد في القانون المغربي، وهو المنسجم مع التقسيم الوارد في مدونة الحقوق العينية.

ثالثا: العقار قانونا

لم تتعرض مدونة الحقوق العينية لتعريف العقار قانونا، وإنما اكتفت بذكر أقسامه، حيث نصت المادة الخامسة على أن العقار على قسمين: "إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص"⁸¹، وسيأتي تفصيلها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: أنواع العقار

ينقسم العقار إلى نوعين اثنين حسب مدونة الحقوق العينية:

أولا: العقار بطبيعته

حسب المادة السادسة من مدونة الحقوق العينية، "العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته"⁸²، ويشمل هذا القسم من العقار الأراضي بكل أنواعها الفلاحية والعارية والمنجمية، الأبنية سواء منها ما كان فوق الأرض أو تحتها، الآلات والمنشآت المثبتة، النباتات.⁸³

ثانيا: العقار بالتخصيص

وحسب المادة السابعة من مدونة الحقوق العينية، "العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة"⁸⁴، فهو ما يرصده مالكه لخدمة عقار مملوك له أيضا ضمانا لاستمرار استغلاله كآلات والحيوانات التي يرصدها أو يخصصها صاحبها لخدمة مزرعته.⁸⁵

ومن خلال هذا التعريف أستشف شرطين⁸⁶ ليصح إطلاق اسم العقار بالتخصيص على المنقول:

1- أن يكون المالك لهما واحدا، احترازا من إمكان استرداد المنقول إذا كان بيد غير مالك العقار.

2- أن يرصد هذا المنقول بصفة دائمة لخدمة هذا العقار لا لخدمة المالك.

وتزول صفة العقار بالتخصيص بانقطاع العلاقة بينه وبين العقار الذي خصص لخدمته، وهذا إما بإرادة المالك كما لو باع المنقول دون العقار أو العكس، أو بأسباب خارجة عن إرادة المالك كما لو هلك العقار الذي خصص المنقول لخدمته.⁸⁷

ومما تجب الإشارة إليه هنا أن "العقار بالتخصيص" ليس من اصطلاح الفقهاء وإن كان اختيار تعريفهم يوحي بذلك، فهذا تعبير قانوني لا يأخذ به فقهاء المالكية. وعليه فإن ما يعتبر عقارا بالتخصيص في القانون لا تزول عنه صفة المنقول عندهم.⁸⁸

في ختام بحثي هذا، أورد بعض الخلاصات والتوصيات مما له علاقة بما سبق بيانه:

الخلاصات والنتائج

- أحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب المالكي سادت تراب المملكة المغربية منذ القديم، يرجع إليها في فض النزاعات وفصل الخصومات، سواء ما اختص بالمنقولات أو ما تعلق بالعقارات، إلى أن بليت بلادي بالاحتلال الفرنسي.
- المحتل الفرنسي قام بسن قوانين تخدم مآربهم، حذرين من مخالفة ما ألفه المغاربة من أحكام الفقه المالكي، ولكن لم يمنعهم ذلك من إقحام ما يضمن للأجانب (حقوقهم)، سواء فيما بينهم أو بينهم وبين المغاربة.
- مجال العقار انصبت عليه تشريعات متعددة، فكان لزاماً إحداث ترسانة موحدة وجديدة، تلملم شعث ما تفرق في غيرها، وتضبطه وتفصله، وهو ما تحقق بإصدار القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.
- مدونة الحقوق العينية مبنية أساساً على الفقه المالكي، لكن ما يعاب عليها هو تقديم ظهير الالتزامات والعقود على الفقه المالكي إذا عدم النص القانوني.
- المادة الأولى تنص على أنه عند عدم النص، لا في مدونة الحقوق العينية ولا في قانون الالتزامات والعقود، يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل.
- الراجح هو ما قوي دليله والمشهور هو ما كثر قائله.
- مذهب جمهور الفقهاء والأصوليين تقديم الراجح على المشهور.
- ما جرى به العمل هو العدول عن حكم إلى حكم آخر يخالفه، والإفتاء بالقول الشاذ بدل المشهور أو الراجح في المسألة، لسبب يقتضي ذلك.
- الحق هو الصواب، بمعنى الثابت الذي لا يجوز إنكاره، وهو ضد الباطل.
- الحق هو سلطة يقرها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال وتصرفات معينة تحقيقاً لمصلحة مشروعة.
- الحق العيني هو سلطة قانونية مباشرة لشخص معين على عقار معين بالذات، تخول له الحصول على منافع هذا العقار كلها أو بعضها وتحويله الاستئثار بالقيمة المالية لهذه المنافع.
- الحقوق العينية محصورة معدودة، لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقانون.
- الحقوق العينية تنقسم إلى نوعين، فهي إما أصلية وإما تبعية.
- الحق العيني الأصلي هو الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه. (أحد عشر حقاً).

- الحق العيني التبعية هو الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي، ويكون ضمانا للوفاء به، (ثلاثة حقوق).
- للحق العيني خصائص تميزه عن الحقوق الأخرى فهو: يولي صاحبه ميزة التبعية، ويحول صاحبه ميزة التقدم والأفضلية، وهو حق مطلق، ومحله بارز، ويمكن التخلي عنه، وهو قابل للحيازة المادية.
- المال عند الملكية هو كل ما يصح تملكه شرعا، عينا أو منفعة، ولو قل.
- المال في القانون هو كل حق ذو قيمة مالية، سواء كان الحق شخصا أم معنويا، وسواء كان منقولاً أم عينياً.
- المال ينقسم باعتبارات مختلفة إلى: مادي ومعنوي، متقوم وغير متقوم، عقار ومنقول، مثلي وقيمي، استهلاكي واستعمالي.
- الملكية وسعوا نطاق العقار خلافاً للحنفية، إذ إنهم لم يقصروا معنى العقار على الأرض وما اتصل بها اتصالاً قاراً، وإنما عدوه إلى ما يتصل بها من شجر أو بناء أو غيرها، ورأي الملكية هو الموافق لما ورد في القانون المغربي، وهو المنسجم مع التقسيم الوارد في مدونة الحقوق العينية.
- العقار ينقسم إلى نوعين اثنين حسب مدونة الحقوق العينية: العقار بطبيعته وهو كل شيء مستقر بجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته، والعقار بالتخصيص وهو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رسداً لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة.
- لا بد من شرطين ليصح إطلاق اسم العقار بالتخصيص على المنقول: اتحاد المالك لهما، أن يرصد هذا المنقول بصفة دائمة لخدمة هذا العقار لا لخدمة المالك.
- العقار بالتخصيص ليس من اصطلاح الفقهاء، فهذا تعبير قانوني، وعليه فإن ما يعتبر عقاراً بالتخصيص في القانون لا تزول عنه صفة المنقول عندهم.

آفاق البحث

- الاعتزاز بالتراث الفقهي، فهو كنز ثمين وموروث نفيس.
- عدم الاعتزاز بعلم المتأخرين، فإن المتقدمين فاقوهم كثيراً، خصوصاً فيما يتعلق بالتقعيد.
- مدونة الحقوق العينية تحتاج إلى دراسة تطبيقية، تروم تجميع موادها وبيان أثر الفقه المالكي في بنودها.
- الدعوة إلى دراسات معمقة مقارنة، تبين ما استله القانون الوضعي من الفقه ونسبه إليه، والتركيز على أصول وقواعد الاستنباط.
- هذا ما تيسر - والله الحمد والمنة - جمعه والعناية به، وأسأل الله سبحانه وتعالى أن أكون وفقت فيما انتصبت للقيام به، إنه بكل جميل كفيل وهو حسبي ونعم الوكيل.

- ¹ أبو العباس أحمد بن خالد الناصري (ت: 1315هـ)، الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، تحقيق: جعفر الناصري ومحمد الناصري، دار الكتاب، الدار البيضاء، 1418هـ/1997م، ج: 1 ص: 137.
- ² محمد المختار المامي، المذهب المالكي، مركز زايد للتراث والتاريخ، ط: 1، 1422هـ/2002م، ص: 95.
- ³ حسن القصاب، محاضرات الحقوق العينية، كلية الشريعة، أيت ملول، الموسم الجامعي: 2015/2014، ص: 3.
- ⁴ شبيهنا ماء العينين حمداتي، تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط: 1، 2007م، ص: 66.
- ⁵ حسن القصاب، مرجع سبق ذكره، ص: 3.
- ⁶ نفس المرجع، ص: 4.
- ⁷ الحسن اولياس، تأثير القواعد الفقهية والقضائية على صياغة بنود القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، تقنين قواعد الترجيح والإثبات بين الحجج ومؤسستي الحياة وأراضي الموات - نموذجاً -، مجلة منازعات الأعمال، العدد: 23، أبريل 2017، ص: 41 و 43.
- ⁸ حسن القصاب، مرجع سبق ذكره، ص: 4.
- ⁹ محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور (ت: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط: 3، 1414هـ، ج: 2 ص: 445.
- ¹⁰ أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: 1424هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط: 1، 1429هـ/2008م، ج: 2 ص: 857.
- ¹¹ مريم محمد صالح الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه الرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، دار ابن حزم، ط: 1، 1422هـ/2002م، ص: 204.
- ¹² أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، ط: 2، 1955م، ج: 2 ص: 337.
- ¹³ عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1417هـ/1996م، ص: 38.
- ¹⁴ أبو العباس أحمد بن عبد العزيز بن الرشيد الهلالي، نور البصر شرح خطبة المختصر للعلامة خليل، تحقيق: محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف بن تاشفين ومكتبة الإمام مالك، ط: 1، 1428هـ/2007م، ص: 126.
- ¹⁵ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القراني (ت: 684هـ)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط: 2، 1416هـ/1995م، ص: 92.
- ¹⁶ جمال الدين ابن منظور، مرجع سبق ذكره، ج: 4 ص: 431-432.
- ¹⁷ محمد إبراهيم الحفناوي، الفتح المبين في حل رموز ومصطلحات الفقهاء والأصوليين، كلية الشريعة والقانون، طنطا، د.ط، د.ت، ص: 89-90.
- ¹⁸ إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط: 1، 1406هـ/1986م، ج: 1 ص: 71.
- ¹⁹ إبراهيم بن علي بن فرحون (ت: 799هـ)، كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، تحقيق: حمزة أبو فارس وعبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، ط: 1، 1990م، ص: 62-63.
- ²⁰ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ط، د.ت، ج: 1 ص: 20. إبراهيم ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب، ص: 62-63.
- ²¹ التعارض بين الراجح والمشهور في المذهب المالكي، قطب الريسوني، دار ابن حزم، ط: 2، 2014م، ص: 14 - 15.
- ²² رفع العتاب والملام عن قال: العمل بالضعيف اختياراً حرام، محمد بن قاسم القادري الحسني (ت: 1231هـ)، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: 1، 1406هـ/1985م، ص: 17-18.

- 23 أبو الشتاء الصنهاجي، مرجع سبق ذكره، ج: 2 ص: 237.
- 24 محمد إبراهيم الحفناوي، مرجع سبق ذكره، ص: 90.
- 25 مريم الظفيري، مرجع سبق ذكره، ج: 1 ص: 202.
- 26 إبراهيم ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج: 1 ص: 71.
- 27 أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشبي (ت: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، د.ط، د.ت، ج: 7 ص: 140.
- 28 أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 3، 1424هـ/2003م، ج: 1 ص: 241.
- 29 أبو العباس الهلالي، مرجع سبق ذكره، ص: 125.
- 30 محمد إبراهيم الحفناوي، مرجع سبق ذكره، ص: 95.
- 31 إبراهيم ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب، ص: 88.
- 32 أبو العباس الهلالي، مرجع سبق ذكره، ص: 126.
- 33 رشيد كرموت، الاجتهاد القضائي عند تعارض المشهور وما جرى به العمل، بحث منشور على منصة المنهل، ص: 4. <https://platform.almanhal.com/Files/2/70847>، تاريخ التصفح: (2021/01/17) على الساعة: (19:13)
- 34 عمر بن عبد الكريم الجيدي (ت: 1995م)، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهوما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المحمدية، ص: 342.
- 35 نفس المرجع، نفس الصفحة.
- 36 نفس المرجع نفس الصفحة.
- 37 أبو الشتاء الصنهاجي، مرجع سبق ذكره، ج: 2 ص: 396.
- 38 محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي (ت: 1376هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1416هـ/1995م، ج: 2 ص: 465.
- 39 عمر الجيدي، مرجع سبق ذكره، ص: 360.
- 40 محمد النابغة بن عمر الغلاوي (ت: 1245هـ)، البوطلجية في المعتمد من الكتب والفتوى على مذهب المالكية، تحقيق: يحيى بن البراء، مؤسسة الريان، بيروت، ط: 2، 1425هـ/2004م، ص: 123-125.
- 41 عمر الجيدي، مرجع سبق ذكره، ص: 361-362.
- 42 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي (ت: 1342هـ)، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1422هـ/2001م، ص: 14.
- 43 أبو الحسين أحمد بن فارس (ت: 395هـ)، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ/1979م، مادة: (حق)، ج: 2 ص: 15.
- 44 نفس المرجع، مادة: (حق)، نفس الصفحة.
- 45 أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت: 170هـ)، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د.ط، د.ت، مادة: (حق)، ج: 3 ص: 6.
- 46 أحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، مادة: (ح ق ق)، ج: 1 ص: 143.
- 47 محمد رواس قلججي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط: 2، 1408هـ/1988م، ص: 182.
- 48 نفس المرجع، ص: 182-183.

- 49 محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 1427هـ/2006م، ص: 98-99.
- 50 نفس المرجع، ص: 99.
- 51 نفس المرجع، ص: 100 وما بعدها. عبد الرحمان حموش ومحمد العلمي، محاضرات في المدخل إلى العلوم القانونية، 2015م/2016م، ص: 125 وما بعدها.
- 52 نفس المرجع، ص: 128.
- 53 وزارة العدل المغربية، مدونة الحقوق العينية، قانون رقم 39.08، الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432، صيغة مخرجة بتاريخ 12 مارس 2018.
- 54 ادريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون رقم 38.02، دار نشر المعرفة، الرباط، 2013م، ص: 8.
- 55 مدونة الحقوق العينية، قانون رقم 39.08.
- 56 ادريس الفاخوري، مرجع سبق ذكره، ص: 9 وما بعدها.
- 57 يقابله الدائن الممتاز، كصاحب الدين المضمون برهن رسمي.
- 58 جمال الدين ابن منظور، مرجع سبق ذكره، مادة: (م و ل)، ج: 11 ص: 635.
- 59 مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن الأثير (ت: 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/1979م، ج: 4 ص: 373.
- 60 أحمد الفيومي، مرجع سبق ذكره، ج: 2 ص: 586.
- 61 وهبة بن مصطفى الزحيلي (ت: 1436هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط: 4، ج: 4 ص: 2875.
- 62 وتثبت المالية عندهم بتمول الناس كلهم أو بعضهم، فالخمر أو الخنزير مال لا تنتفع غير المسلمين بهما. وإذا ترك بعض الناس تمول مال كالثياب القديمة فلا تزول عنه صفة المالية إلا إذا ترك كل الناس تموله.
- 63 وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ج: 4 ص: 2877.
- 64 إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي (ت: 790هـ)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط: 1، 1417هـ/1997م، ج: 2 ص: 32.
- 65 محمد بن علي بن حسين (ت: 1367هـ)، تحذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، مطبوع بخاصية: أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي (ت: 684هـ)، عالم الكتب، د.ط، د.ت، ج: 3 ص: 232.
- 66 بلغة السالك لأقرب المسالك، أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي (ت: 1241هـ)، دار المعارف، د.ط، د.ت، ج: 4 ص: 742.
- 67 محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سبق ذكره، ج: 4 ص: 120.
- 68 عبد الرحمان حموش ومحمد العلمي، مرجع سبق ذكره، ص: 136.
- 69 وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ج: 4 ص: 2879. ادريس الفاخوري، مرجع سبق ذكره، ص: 4 وما بعدها.
- 70 أحمد بن فارس، مرجع سبق ذكره، مادة: (ع ق ر)، ج: 4 ص: 95.
- 71 الخليل بن أحمد الفراهيدي، مرجع سبق ذكره، مادة: (ع ق ر)، ج: 1 ص: 151.
- 72 أحمد بن فارس، مرجع سبق ذكره، مادة: (ع ق ر)، ج: 4 ص: 91.
- 73 الخليل بن أحمد الفراهيدي، مرجع سبق ذكره، مادة: (ع ق ر)، ج: 1 ص: 151.
- 74 نفس المرجع، نفس الصفحة.

- 75 جمال الدين ابن منظور، مرجع سبق ذكره، مادة: (ع ق ر)، ج: 4 ص: 597.
- 76 أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت: 256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط: 1، 1422هـ، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: فضل المنيحة، حديث رقم: 2630، ج: 3 ص: 165-166.
- 77 لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوايني، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، المادة: 129، ص: 31.
- 78 وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ج: 4 ص: 2882.
- 79 محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سبق ذكره، ج: 3 ص: 479.
- 80 وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ج: 4 ص: 2882.
- 81 مدونة الحقوق العينية، قانون رقم 39.08.
- 82 نفس المرجع.
- 83 حسن القصاب، مرجع سبق ذكره، ص: 8.
- 84 مدونة الحقوق العينية، قانون رقم 39.08.
- 85 حسن القصاب، مرجع سبق ذكره، نفس الصفحة.
- 86 نفس المرجع، ص: 9.
- 87 نفس المرجع، نفس الصفحة.
- 88 نفس المرجع، نفس الصفحة.

قائمة المراجع:

الكتب والمراجع باللغة العربية

1. إبراهيم بن علي بن فرحون (ت: 799هـ)، كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، حمزة أبو فارس وعبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، 1990م.
2. إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ/1986م.
3. إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي (ت: 790هـ)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، 1417هـ/1997م.
4. أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، ط: 2، 1955م.
5. أبو العباس أحمد بن خالد الناصري (ت: 1315هـ)، الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، تحقيق: جعفر الناصري ومحمد الناصري، دار الكتاب، الدار البيضاء، 1418هـ/1997م.
6. أبو العباس أحمد بن عبد العزيز بن الرشيد الهلالي، نور البصر شرح خطبة المختصر للعلامة خليل، تحقيق: محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف بن تاشفين ومكتبة الإمام مالك، 1428هـ/2007م.

7. أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي (ت: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، د.ط، د.ت.
8. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القراني (ت: 684 هـ)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط: 2، 1416هـ/1995م.
9. أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 3، 1424هـ/2003م.
10. أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت: 170هـ)، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د.ط، د.ت.
11. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت: 256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، 1422هـ.
12. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشبي (ت: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، د.ط، د.ت.
13. أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي (ت: 1342هـ)، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1422هـ/2001م.
14. أحمد بن فارس بن زكرياء (ت: 395هـ)، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د.ط، 1399هـ/1979م.
15. أحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.
16. أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: 1424هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، 1429هـ/2008م.
17. إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون رقم 38.02، دار نشر المعرفة، الرباط، 2013م.
18. حسن القصاب، محاضرات الحقوق العينية، كلية الشريعة، أيت ملول، الموسم الجامعي: 2014/2015.
19. شبيهنا ماء العينين حمداتي، تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2007م.
20. عبد الرحمان حموش ومحمد العلمي، محاضرات في المدخل إلى العلوم القانونية، 2015م/2016م.
21. عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1417هـ/1996م.
22. عمر بن عبد الكريم الجيدي (ت: 1995م)، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المحمدية.
23. قطب الريسوني، التعارض بين الراجح والمشهور في المذهب المالكي، دار ابن حزم، ط: 2، 2014م.

24. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.
25. مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد ابن الأثير (ت: 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/1979م.
26. محمد إبراهيم الحفناوي، الفتح المبين في حل رموز ومصطلحات الفقهاء والأصوليين، كلية الشريعة والقانون، طنطا، د.ط، د.ت.
27. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 1427هـ/2006م.
28. محمد المختار المامي، المذهب المالكي، مركز زايد للتراث والتاريخ، 1422هـ/2002م.
29. محمد النابغة بن عمر الغلاوي (ت: 1245هـ)، البوطليحية في المعتمد من الكتب والفتوى على مذهب المالكية، تحقيق: يحيى بن البراء، مؤسسة الريان، بيروت، ط: 2، 1425هـ/2004م.
30. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ط، د.ت.
31. محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي (ت: 1376هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ/1995م.
32. محمد بن علي بن حسين (ت: 1367هـ)، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع بحاشية: أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي (ت: 684هـ)، عالم الكتب، د.ط، د.ت.
33. محمد بن قاسم القادري الحسني (ت: 1231هـ)، رفع العتاب والملام عن من قال: العمل بالضعيف اختياراً حرام، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1406هـ/1985م.
34. محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور (ت: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط. 3، 1414هـ.
35. محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط. 2، 1408هـ/1988م.
36. مريم محمد صالح الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، دار ابن حزم، 1422هـ/2002م.
37. وهبة بن مصطفى الزحيلي (ت: 1436هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط: 4، د.ت.

المقالات والمجلات والدوريات

1. الحسن اولياس، تأثير القواعد الفقهية والقضائية على صياغة بنود القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، تقنين قواعد الترجيح والإثبات بين الحجج ومؤسستي الحياة وأراضي الموات - نموذجاً -، مجلة منازعات الأعمال، العدد: 23، أبريل 2017.

1. وزارة العدل المغربية، مدونة الحقوق العينية، قانون رقم 39.08، الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432، صيغة مخينة بتاريخ 12 مارس 2018.

مصادر على الأنترنت

1. رشيد كرموت، الاجتهاد القضائي عند تعارض المشهور وما جرى به العمل، بحث منشور على منصة المنهل، ص4. الساعة: (19:13).
<https://platform.almanhal.com/Files/2/70847>، تاريخ التصفح: (2021/01/17) على
2. عبد القادر بن حرز الله، أثر الفقه المالكي في التشريعات العربية والغربية، جامعة دراية، أدرار، الجزائر، مقدم خلال فعاليات: الملتقى الدولي الثالث عشر: المذهب المالكي: تاريخ وآفاق، بتاريخ: 30-11-2010، منشور على موقع الجامعة: <https://dspace.univ-adrar.edu.dz/jspui/handle/123456789/3458> تاريخ التصفح: (2022/08/07) على الساعة: (23:40).

REFERENCES IN ROMAN SCRIPT

1. **al-kutub wa al-marāġi' bi al-luġat al-'arabiāt**
2. ibrahīm bn 'alī bn farḥūn (t: 799h.), kašf al-nqāb al-ḥāġib mn muṣṭalaḥ abn al-ḥāġib, ḥamza' abū fāris wa' abd al-salām al-šarīf, dār al-ġarb al-islāmī, ṭ: 1, 1990m.
3. ibrahīm bn 'alī bn farḥūn (t: 799h.), tabšira' al-ḥukkām fī ašūl al-'aqqā' wa manāhiġ al-'aḥkām, maktaba' al-kullīāt al-'azharīāt, ṭ: 1, 1406h./1986m.
4. ibrahīm bn mūsā bn muḥammad al-šātibī (t: 790h.), al-muwāfaqāt, taḥqīq: abū 'ubaīda' mašhūr bn ḥasan al- salmān, dār abn 'affān, 1417h./ 1997m.
5. abū al-ššitā' bn al-ḥasan al-ġāzī al-ššahīr bi al-ššanḥāġī, mawāhib al-ḥallāq 'lā šarḥ al-ttāūdī li lāmīāt al-zzaqqāq, ṭ: 2, 1955m.
6. abū al-'abbās aḥmad bn ḥālid al-nnāširī (t: 1315h.), al- istiḡsā li aḥbār duwal al-maġrib al-'aqṣā, taḥqīq: ġa'far al-nāširī wa muḥammad al-nāširī, dār al-kitāb, al-dār al-baīdā', 1418h./1997m.
7. abū al-'abbās aḥmad bn 'abd al-'azīz bn al-rašīd al-hilālī, nūr al-bašar šarḥ ḥuṭba' al-muḥtašar li 'allāma' ḥalīl, taḥqīq: muḥammad maḥmūd wald muḥammad al-'amīn, dār iūsuf bn tāšafīn wa maktaba' al-imām mālik, 1428h./2007m.
8. abū al-'abbās aḥmad bn muḥammad al-šāwy (t: 1241h.), bulġat al-sālik li aqrab al-masālik, dār al-ma'ārif, d.ṭ, d.t.

9. abū al-‘abbās šihāb al-dīn aḥmad bn idrīs bn ‘abd al-raḥmān al-qarāfī (t: 684 h.), al-iḥkām fī tamīz al-fatāwā ‘an al-‘aḥkām wa tašrūfāt al-qāḍī wa al-imām, taḥqīq: ‘abd al-fattāḥ abū ḡuddaḥ, dār al-bašā’ir al-islāmīaḥ liṭṭībā‘aḥ wa al-našr wa al-taūzī‘, baīrūt, ʔ: 2, 1416h./1995m.
10. abū bakr muḥammad bn ‘abd al-lah bn al-‘arabī (t: 543h.), aḥkām al-qur‘ān, taḥqīq: muḥammad ‘abd al-qādir ‘aṭā, dār al-kutub al-‘ilmīaḥ, baīrūt, ʔ: 3, 1424h./2003m.
11. abū ‘abd al-raḥmān al-ḥalīl bn aḥmad al-farāḥīdī (t: 170h.), kitāb al-‘aīn, taḥqīq: maḥdī al-maḥzūmī wa ibrahīm al-sāmurrā’ī, dār wa maktabaḥ al-hilāl, d.ʔ, d.t.
12. abū ‘abd al-lah muḥammad bn ismā‘īl al-buḥārī (t: 256h.), šaḥīḥ al-buḥārī, taḥqīq: muḥammad zuḥaīr bn nāšir al-nāšir, dār ṭaūq al-naḡāḥ, 1422h.
13. abū ‘abd al-‘lāh mūḥammād bn ‘abd al-‘lāh al-ḥurašī (t: 1101h.), šarḥ muḥtašar ḥalīl li ḥurašī, dār al-fikr li ṭībā‘aḥ, baīrūt, d.ʔ, d.t.
14. abū ‘īsā sīdī al-maḥdī al-wazzānī al-fāsī (t: 1342h.), tuḥfaḥ akīās al-nās bišarḥ ‘amaliyīaḥ fās, wizāraḥ al-‘aūqāf wa al-šū‘ūn al-islāmīaḥ, al-maḡrib, 1422h./2001m.
15. aḥmad bn fāris bn zakarīā’ (t: 395h.), maqānīs al-luḡaḥ, taḥqīq: ‘abd al-salām muḥammad ḥārūn, dār al-fikr, d.ʔ, 1399h./1979m.
16. aḥmad bn muḥammad bn ‘alī al-fayūmī (t: 770h.), al-mišbāḥ al-munīr fī ḡarīb al-šarḥ al-kabīr, al-maktabaḥ al-‘ilmīaḥ, baīrūt, d.ʔ, d.t.
17. aḥmad muḥtār ‘abd al-ḥamīd ‘umar (t: 1424h.), mu‘ḡam al-luḡaḥ al-‘arabīaḥ al-mu‘āširaḥ, ‘ālam al-kutub, 1429h./2008m.
18. idrīs al-fāḥūrī, al-ḥuqūq al-‘aīnīaḥ wifqa al-qānūn raqm 38.02, dār našr al-ma‘rifāḥ, al-ribāḥ, 2013m.
19. ḥasan al-qasšāb, muḥāḍarāt al-ḥuqūq al-‘aīnīaḥ, kulliyīaḥ al-šarī‘aḥ, aīt mallūl, al-maūsīm al-ḡāmi‘ī: 2014/2015.
20. šbīhnnā mā’ al-‘aīnaīn ḥamdātī, t’attur mašādir al-iltizām fī al-qānūn al-waḍ‘ī bi al-fiqḥ al-islāmī, maṭba‘aḥ al-ma‘ārif al-ḡadīdaḥ, al-ribāḥ, 2007m.
21. ‘abd al-raḥmān ḥammūš wa muḥammad al-‘alamī, muḥāḍarāt fī al-madḥal ilā al-‘ulūm al-qānūnīaḥ, 2015m/2016m.
22. ‘abd al-salām al-‘asrī, naẓariyīaḥ al-‘aḥḍ bimā ḡarā biḥ al-‘amal fī al-maḡrib fī iṭār al-madḥab al-mālikī, wizāraḥ al-‘aūqāf wa al-šū‘ūn al-islāmīaḥ, 1417h./1996m.
23. ‘umar bn ‘abd al-karīm al-ḡīdī (t: 1995m), al-‘urf wa al-‘amal fī al-madḥab al-mālikī wa mafḥūmḥ mā ladā ‘ulamā’ al-maḡrib, maṭba‘aḥ fḍālaḥ, al-muḥammadīaḥ.
24. quṭb al-rīsūnī, al-ta‘āruḍ baīn al-rāḡiḥ wa al-mašḥūr fī al-madḥab al-mālikī, dār ibn ḥazm, ʔ: 2, 2014m.

25. lağnaġ mukawwanaġ min 'iddaġ 'ulamā' wa fuqahā' fī al-ḥilāfaġ al-'uṭmāniyaġ, mağallaġ al-'aḥkām al-'adliyaġ, taḥqīq: nağġb hawāwynī, nūr muḥammad, kārhānah tiğarati kutub, arām bāğ, karātšī.
26. mağd al-dīn abū al-sa'ādāt al-mubārak bn muḥammad bn muḥammad ibn al-'aṭīr (t: 606h.), al-nihāiā fī ġarġb al-ḥadīṭ wa al-'aṭar, taḥqīq: ṭāhir aḥmad al-zāwy wa maḥmūd muḥammad al-ṭināḥī, al-maktabaġ al-'ilmīaġ, baīrūt, 1399h./1979m.
27. muḥammad ibrahīm al-ḥafnāwī, al-fatḥ al-mubīn fī ḥall rumūz wamuṣṭalaḥāt al-fuqahā' wa al-'uṣūliyin, kullīaġ al-šarī'aġ wa al-qānūn, ṭantā, d.ṭ, d.t.
28. muḥammad al-ṣağīr ba'lī, al-madḥal ll'ulūm al-qānūniāġ, dār al-'ulūm, 'annābaġ, al-ğazā'īr, 1427h./2006m.
29. muḥammad al-muḥtār al-māmī, al-madḥab al-mālikī, markaz zāīd litturāt wa al-tārīḥ, 1422h./2002m.
30. muḥammad al-nābiğāġ bn 'umar al-ğallāwī (t:1245h.), al-būṭlaīḥiāġ fī al-mu'tamad mina al-kutub
31. wa al-fatwā 'alā madḥab al-mālikīaġ, taḥqīq: īaḥīā bn al-barā', mū'ssaṣaġ al-raīān, baīrūt, ṭ: 2, 1425h./2004m.
32. muḥammad bn aḥmad bn 'arafaġ al-ddusūqī (t: 1230h.), ḥāšīaġ al-ddusūqī 'alā al-šarḥ al-kabīr, dār al-fikr, d.ṭ, d.t.
33. muḥammad bn al-ḥasan bn al-'arabī bn muḥammad al-ḥağwī (t: 1376h.), al-fikr al-sāmī fī tārīḥ al-fiqh al-islāmī, dār al-kutub al-'ilmīaġ, baīrūt, 1416h./1995m.
34. muḥammad bn 'alī bn ḥusaīn (t: 1367h.), taḥdīb al-furūq wa al-qwā'id al-sanīaġ fī al-'asrār al-fiqhīaġ, maṭbū' biḥāšīaġ: anwār al-burūq fī anwā' al-furūq, abū al-'abbās aḥmad bn idrīs bn 'abd al-raḥmān al-qarāfī (t: 684h.), 'ālm al-kutub, d.ṭ, d.t.
35. muḥammad bn qāsim al-qādirī al-ḥasanī (t:1231h.), raf' al-'itāb wa al-malām 'amman qāl: al-'amal bi al-ḍḍa'īf iḥṭārā ḥarām, taḥqīq: muḥammad al-mu'tašim bi al-lah al-bağdādī, dār al-kitāb al-'arabī, baīrūt, 1406h./1985m.
36. muḥammad bn mukrim bn 'alī ġamāl al-dīn abn manzūr (t: 711h.), lisān al-'arab, dār šādir, baīrūt, ṭ.3, 1414h.
37. muḥammad rawwās qal'ağī wa ḥāmid šādiq qanībī, mu'ğam luğāġ al-fuqahā', dār al-nafā'īs li ṭibā'aġ wa al-našr wa al-taūzī', ṭ.2, 1408h./1988m.
38. marīam muḥammad šāliḥ al-zzafīrī, muṣṭalaḥāt al-madāhib al-fiqhīaġ wa asrār al-fiqh al-marmūz fī al-'alām wa al-kutub wa al-'ārā' wa al-tarğīḥāt, dār ibn ḥazm, 1422h./2002m.
39. wahbaġ bn muṣṭafā al-zzuḥāīlī (t: 1436h.), al-fiqh al-islāmī wa adillatuh, dār al-fikr, dimašq, ṭ:4, d.t.

al-maqālāt wa al-mağallāt wa al-daūrīāt

1. al-ḥasan ūlīās, ta'aṭīr al-qawā'id al-fiqhīāt wa al-qaḍā'īāt 'alā ṣaīāgaṭ bunūd al-qānūn raqm 39.08 al-muta'alliq ba mudawwanaṭ al-ḥuqūq al-'aīnīāt, taqnīn qawā'id al-ttarğīḥ wa al-iṭbāt baīn al-ḥuḡaḡ wa mū'assasataī al-ḥīāzaṭ wa arāḍī al-mawāt - namūḍaḡā -, mağallaṭ munāza'āt al-'a'māl, al-'adad: 23, abrīl 2017.

Qawānīn

1. wizāraṭ al-'adl al-maḡribīāt, mudawwanaṭ al-ḥuqūq al-'aīnīāt, qānūn raqm 39.08, al-ṣādir fī 25 min ḍī al-ḥiḡḡaṭ 1432 (22 nūfambir 2011), al-ḡarīdaṭ al-rasmīāt 'adad 5998 bi tāriḥ 27 ḍū al-ḥiḡḡaṭ 1432, ṣīḡaṭ muḡayianaṭ bi tāriḥ 12 māris 2018.

maṣādir 'alā al-'antirnit

1. aršīd karmūt, al-iḡtihād al-qaḍā'ī 'ind ta'aruḍ al-mašhūr wa mā ḡarā bih al-'amal, baḥṭ manšūr 'alā minassaṭ al-manhal, ṣ4. <https://platform.almanhal.com/Files/2/70847>, tāriḥ al-taṣaffuḥ: (17/01/2021) 'alā al-sā'aṭ: (19:13).
2. 'abd al-qādir bn ḥirz al-lah, aṭar al-fiqh al-mālikī fī al-tašrī'āt al-'arbīāt wi al-ḡarbīāt, ḡāmi'aṭ drāīāt, adrār, al-ḡazā'ir, , muqaddam ḥilāl fa'ālīāt: al-multaqā al-daūlī al-tālīt 'aṣar: al-maḡhab al-mālikī: tāriḥ wa afāq, bi tāriḥ: 2010-11-30, manšūr 'alā maūqi' al-ḡāmi'aṭ: <https://dspace.univ-adrar.edu.dz/jspui/handle/123456789/3458>, tāriḥ al-taṣaffuḥ: (07/08/2022) 'alā al-sā'aṭ: (23:40).



V .4.0

JOURNAL INDEXING

مَجَلَّةُ التُّرَاثِ

AL TVRATH Journal (ALT)

ثلاثية، دولية، دورية، محكمة، تعنى بالدراسات الإنسانية والاجتماعية

متعددة التخصصات، متعددة اللغات

Trimestral, International, Periodic And Arbitrated Manner, Devoted To Human And Social Studies

Multidisciplinary, Multilingual.

LEGAL DEPOSIT: 2011- 1934

ISSN: 2253-0339

E-ISSN: 2602-6813



ASJP
Algerian Scientific Journal Platform



RSDT
البحث العلمي في خدمة المواطن

SCRIBD
Mir@bel



TOGETHER WE REACH THE GOAL



ESJI
Eurasian Scientific Journal Index
www.ESJIndex.org

calameo



AskZad

RESEARCHBIB
ACADEMIC RESOURCE INDEX

المنهل
ALMANHAL



Scientific Indexing Services

CiteFactor
Academic Scientific Journals

شامعة
shamaa



Web of Science Group

A Clarivate Analytics company

Arcif

معامل التاثير والاستشهادات المرجعية العربي
Arab Citation & Impact Factor

ScienceGate Academic Search Engine

INDEX COPERNICUS
INTERNATIONAL

الكشاف العربي
للإستشهادات المرجعية

ISSN
INTERNATIONAL
STANDARD
SERIAL
NUMBER
INTERNATIONAL CENTRE

R^G ResearchGate