

إثبات استحقاق العقار عن طريق إعمال قواعد الترجيح	العنوان:
مجلة القانون المدني	المصدر:
المركز المغربي للدراسات والإستشارات القانونية وحل المنازعات	الناشر:
المعروفى، سعاد	المؤلف الرئيسي:
ع4	المجلد/العدد:
نعم	محكمة:
2017	التاريخ الميلادي:
172 - 198	الصفحات:
891194	رقم MD:
بحوث ومقالات	نوع المحتوى:
Arabic	اللغة:
IslamicInfo	قواعد المعلومات:
القوانين والتشريعات، الدعوى القضائية، الاستحقاق العقاري، المغرب	مواضيع:
http://search.mandumah.com/Record/891194	رابط:

للإستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب إسلوب الإستشهاد المطلوب:

إسلوب APA

المعروفي، سعاد. (2017). إثبات استحقاق العقار عن طريق إعمال قواعد الترجيح. مجلة القانون المدني، ع4، 172 - 198. مسترجع من <http://search.mandumah.com/Record/891194>

إسلوب MLA

المعروفي، سعاد. "إثبات استحقاق العقار عن طريق إعمال قواعد الترجيح." مجلة القانون المدني ع4 (2017): 172 - 198. مسترجع من <http://search.mandumah.com/Record/891194>

إثبات استحقاق العقار عن طريق إعمال قواعد الترجيح

سعاد المعروف في

باحثة في صف الدكتوراه بجامعة مولاي إسماعيل،
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مكناس

مقدمة

دعوى الاستحقاق العقارية هي الدعوى التي يكون الغرض منها الحصول على عقار بيد الغير، فإذا كان هذا العقار محفظا فإن مجرد إثبات تسجيله بالرسم العقاري باسم صاحبه يعتبر دليلا قاطعا على ملكيته لهذا العقار، ويكون بذلك التسجيل في الرسم العقاري حجة له ضد الكافة.

أما إذا كان العقار غير محفظ، فإن مشروع مدونة الحقوق العينية⁽¹⁾ قد رتب على الحياة المستوفية لشرائطها القانونية اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ أو أي حق عيني آخر يرد عليه إلى أن يثبت العكس⁽²⁾. وتبعاً لذلك يعفى الحائز من عبء الإثبات، وعلى المدعي إقامة الدليل على ذلك، فالأصل في الإثبات أن البيئة على المدعي.

فإذا اتفق المدعي في دعوى الاستحقاق والحائز على أن العقار الذي يدعي المدعي هو ذاته الذي يحوزه الحائز، ثم نجح في إثبات ملكيته للعقار المحوز ببيئة شرعية، فعبء الإثبات ينتقل في هذه الحالة إلى الحائز، الذي يجب عليه أن يثبت ملكيته لنفس العقار، فإن عجز حكم القاضي بملكية العقار المحوز للمدعى عليه⁽³⁾.

أما إذا أتى المدعى عليه ببيئة تشهد بغير ما تشهد به بيئة المدعي، ولم يستطع هذا الأخير إثبات دحضها، ففي هذه الحالة إما أن يتم الجمع بين البيئتين والحكم بمقتضاهما، وإما ألا يمكن الجمع بينهما لتعارضهما فيتم اللجوء حينها إلى إعمال قواعد الترجيح بين الحجج. وإحكام القاضي

1 - القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011).

2 - المادة 3 من م.ح.ع.

3 - محمد بادن "دعوى الاستحقاق العقارية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة، 2010/2009، ص 200.

لهذه القواعد في هذه الحالة يحتم عليه اختيار البيئة ذات القوة الشبوتية الأكثر حين تتساوى البيئات أو تتعارض فيما بينها.

وقد اهتم فقهاء المالكية⁽⁴⁾ بوضع القواعد العامة للترجيح قبل أن يكرسها المشرع في بنود الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من م.ح.ع.

وعليه، فإن الحديث عن قواعد الترجيح بين الأدلة يقتضي تحديد المفهوم (الفرع الأول)، قبل التطرق للموضوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الترجيح بين الأدلة المتعارضة

وطرق دفع التعارض بينها

تنص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من م.ح.ع على أنه: "إذا تعارضت البيئات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينها غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة...".

وعليه، فإن هذه المادة لا تلزم بإعمال قواعد الترجيح بين الأدلة إلا حالة وقوع تعارض بين البيئات المدلى بها للإثبات، وعجز القاضي عن الجمع بينها، ذلك أن تساوي الأدلة وتوفر شروطها

4 - لقد عالج فقهاء المالكية موضوع الترجيح بين الحجج في مطولاتهم ومختصراتهم ومنظوماتهم وشروح هذه المختصرات والمنظومات، ومن المتون التي أسهمت في هذا المجال متن الشيخ خليل ومنظومة لامية الزقاق. قال الشيخ خليل في معرض حديثه عن التعارض بين الحجج: "وإن أمكن جمع بين البيتين: جمع، وإلا رجح بسبب ملك. كنسج، ونتاج إلا بملك من المقاسم، أو تاريخ، أو تقدمه، وبمزيد عدالة، لا عدد، وبشاهدين على شاهد، ويمين، أو امرأتين، وببد، إن لم ترجح بيته مقابله، فيحلف، وبالمملك على الحوز؛ وينقل على مستصحة".
أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني "مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل"، طبعة خاصة، ج8: باب الشهادات، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2003، ص 253 وما يليها.
وجاء في لامية الزقاق:

بأسباب الملك رجحن إن تعارض	بدا من شهود وانتفى الجمع أولا
كنسج لنفس أو نتاج ورجحن	على الملك إلا من مقاسم فاقبلا
وملك على حوز وزيد عدالة	وبالنقل والإثبات أو ما قد أصلا
وبائنين والتاريخ أو سبقه ومن	يفصل فمختار على ما قد أجملا

أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي "فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق"، ط1، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، 2008، ص 303 و 304.

يجعل القاضي في حيرة من أمره بين الحكم لأحد الأطراف عن طريق الترجيح أو الجمع بين البيّنات على الرغم من التعارض أو إسقاطها والاستناد إلى الوضع الظاهر في بناء حكمه⁵.

وحتى تتمكن من الإحاطة أكثر بهذا الموضوع، لا بأس من تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين نتناول في الأولى مفهوم الترجيح بين الأدلة وشروطه، وفي الثانية طرق الجمع بين الأدلة وإسقاطها.

الفقرة الأولى: مفهوم الترجيح بين الأدلة وشروطه

معلوم أن لجوء القاضي إلى مسطرة الترجيح بين الأدلة في مجال إثبات العقار غير المحفوظ أو أي حق عيني مترتب عليه رهين بمدى توفر مجموعة من الشروط (ثانياً)، لكن وقبل التعرض لها يتعين علينا بيان المقصود بالترجح بين الأدلة (أولاً).

أولاً: مفهوم الترجيح بين الأدلة

الترجح لغة : مصدر رجح وهو يدل على رزانة وزيادة، يقال رجح الميزان إذا مال. وفي الحديث: ﴿زَنَ وَأَرْجَحَ﴾. وتقول: ناوأنا قوماً فرجحناهم، أي كنا أرزن منهم. وقوم مراجيح في الحلم ؛ الواحد مرجاح. وذكر بعضهم أن الرجاح المرأة العظيمة العجز. وأنشد : ومن هواي الرّجح الأثاث⁶.

وعرف اصطلاحاً بعدة تعاريف نذكر منها : "عبارة عن إظهار قوة لأحد الدليلين المتعارضين لو انفردت عنه لا تكون حجة معارضة. وقيل : عبارة عن اقتران أحد الصالحين للدلالة على المطلوب، مع تعارضهما بما يوجب العمل به وإهمال الآخر"⁷.

5 - محمد الحجاجي "الترجح بين الحجج في منازعات العقار غير المحفوظ"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة، 2014/2013، ص 10.

6 - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي "معجم مقاييس اللغة"، طبعة خاصة، ج2، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1979، ص 489.

وجاء في لسان العرب : "الراجح : الوزان. ورجح الشيء بيده : رزنه ونظر ثقله. وأرجح الميزان أي أثقله حتى مال ... ورجح في مجلسه يرجح : ثقل فلم يخف، وهو مثل. والرجاحة : الحلم، على المثل أيضاً، وهم ممن يصفون الحلم بالثقل كما يصفون ضده بالخفة والعجل. وقوم رجح ومراجيح ومراجح : حلماء ؛ قال الأعشى :

من شباب تراهم غير ميل وكهولاً مراجحاً أحلاماً".

ابن منظور الافرقي المصري أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم "لسان العرب"، ط1، المجلد الثاني، دار صادر، بيروت - لبنان، 1955، ص 445.

7 - محمد بن محمود بن أحمد البابرتي "الرودود والنقود : شرح مختصر ابن الحاجب"، ج2، ط1، مكتبة الرشد، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2005، ص 733، هامش 2.

ويقصد به كذلك: "تقوية أحد الدليلين على الآخر"⁽⁸⁾، وفي تعريف آخر: "تقوية إحدى البيتين بمرجح من المرجحات التي أشار إليها الفقهاء حيث يعمل بالراجحة منها وتلغى الأخرى"⁽⁹⁾.

وقد عمد أغلب الفقهاء⁽¹⁰⁾ إلى تعريف الترجيح بين الأدلة عن طريق تحديد الأشياء التي يتم بها ترجيح البيئات، وهو ما يتضح مع التأودي في شرحه للامية الزقاق بقوله: "وإن لم يكن الجمع بينهما صير إلى الترجيح ويكون بأشياء: منها اشتغال أحد البيتين على بيان سبب الملك"⁽¹¹⁾.

ثانيا: شروط الترجيح بين الأدلة

إن أعمال الترجيح وتطبيقه على الأدلة المدلى بها في دعوى الاستحقاق، يقتضي بالضرورة توفر شروط معينة منها ما يرتبط بالحجة أو الدليل موضوع الترجيح (أ) ومنها ما يرتبط بمضمون تلك الحجج (ب).

8 - محمد رياض "أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي"، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996، ص523.

9 - عبد المجيد الكتاني "الترجيح بين البيئات في ضوء الفقه المالكي وم.ح.ع"، مجلة القبس المغربية، ع3، 2012، ص141.

10 - ذلك أن أغلبهم لم يعرف الترجيح بين الأدلة، وإن كانت بعض التعاريف قد استلهمت مفهومه من مفهوم الترجيح بين الأدلة عند التعارض عند الأصوليين والمحدثين، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الترجيح من فعل المجتهد - القاضي -، وعرفوه بأنه: "تقوية أحد الطرفين على الآخر فيعلم الأقوى فيعمل به، وي طرح الآخر، وإنما قلنا طرفين؛ لأنه لا يصح الترجيح بين الأمرين إلا بعد تكامل كونها (طريقين لو) انفرد كل واحد منهما فإنه لا يصح ترجيح الطرف على ما ليس بطرف".

محمد بن علي الشوكاني "إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول"، ج2، المقصد السابع: من مقاصد هذا الكتاب في التعادل والترجيح، ط1، دار الفضيحة، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2000، ص1113.

أما البعض الآخر من الحنابلة والشافعية ومنهم الإمام الأمدي فعرف الترجيح بأنه: "عبارة عن اقتران أحد الصالحين للدلالة على المطلوب مع تعارضها بما يوجب العمل به وإهمال الآخر".

علي بن محمد الأمدي "الإحكام في أصول الأحكام"، ج4، ط1، دار الصميعي، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2003، ص291.

وهكذا فمفهوم الترجيح عند الفقهاء بها فيهم فقهاء المالكية يقوم على التعارض فحيثما انتفى التعارض انتفى معه الترجيح.

11 - أبو الشتاء بن الحسن الغازي الصنهاجي "مواهب الخلاق على شرح التأودي للامية الزقاق، المسماة: تحفة الحكام بمسائل الدعاوي والأحكام"، ج1، ط1، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، 2008، ص448 و449.

أ- صحة الأدلة

إن إعمال قواعد الترجيح بين الأدلة المدلى بها من طرف الخصوم في دعوى الاستحقاق العقارية مرهون بمدى صحة هذه الأدلة للإثبات، فكلما اختل شرط من شروطها الجوهرية إلا واعتبر ذلك عيباً مؤثراً في صحتها، يتعين على القاضي بموجبه استبعادها أثناء إعماله لقواعد الترجيح. ذلك أن الدليل القائم بذاته مطلوب أن تتوفر فيه جميع الشروط والشكليات وفقاً لما تقتضيه قواعد التوثيق وإلا اعتبر باطلاً.

فالإدلاء برسم الملكية دون إتباع الإجراءات الإدارية اللازمة لإقامته أو عدم توافر العدد الكافي في الشهود لإقامته الليفية يجعل الدليل خارجاً من نطاق ترجيحه بغيره⁽¹²⁾، وهو ما ظلت محكمة النقض تؤكد في عدد من قراراتها، حيث جاء في أحدها: "خلو رسم طالب التحفيظ من عنصر النسبة يجعله ناقص الحجية مما لا مجال معه لإعمال الترجيح مع رسم المتعرض الذي ينطبق على محل النزاع المستوفي لجميع شروط الملك المتطلبة شرعاً"⁽¹³⁾.

وفي قرار آخر: "لا يلجأ إلى الترجيح بين الحجج بالأقدمية إلا إذا كانت الحجتان صحيحتين من حيث الشكل ومتجتي في الدعوى"⁽¹⁴⁾.

بالمقابل قد يكون الدليل مستوفياً للشروط المتطلبة قانوناً وشرعاً، ومع ذلك يتم استبعاده من نطاق الترجيح، حالة كون هذا الدليل المدلى به قد سبق واعتمد في قضية تم الفصل فيها وذلك إعمالاً لمبدأ حجية الأمر المقضي به، وهو ما قضت به استئنافية تطوان في قرار لها جاء فيه: "المستأنف قد صدرت في حقه أحكام قضت باستحقاق المستأنف عليهم للمدعى فيه إعمالاً لحجتهم وترجيحها لها على حجته وبالتالي فإن إعادة عرضه للنزاع مرة ثانية على أساس أنه دعوى بطلان رسم الملكية

12 - عبد الرحمن دريوش "قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة بشأن النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفوظ"، أعمال الندوة الوطنية المنظمة بمركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بجامعة القاضي عياض، كلية الحقوق، مراكش، تحت عنوان "العقار غير المحفوظ إلى أين؟"، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2004، ص 207.

13 - قرار 989 مؤرخ في 2 أبريل 2003 ملف مدني عدد 2002/1/1/505. مجلة القضاء والقانون، عدد 148، السنة الواحدة والثلاثون، ص 253.

14 - قرار رقم 3910 مؤرخ في 18 يوليوز 1995 ملف عدد 91/3549. أورده: عبد العزيز توفيق "قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة"، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999، ص 293.

أو دعوى ترجيح ملكية على ملكية المستأنف عليهم حسب ما جاء في مذكرة دفاعه في مرحلة الاستئناف هو خرق لقاعدة قوة الشيء المقضي به، على اعتبار أن النزاع يناقش حجة سبق للمحكمة أن اعتبرتها صحيحة ورجحتها على حجة المستأنف وبالتالي فلا مجال للقول باختلاف موضوع النزاع لمجرد تغيير إسم الدعوى⁽¹⁵⁾.

إلا أن مبدأ أسبقية الفصل في النزاع أو حجية الأمر المقضي به لا يمكن الأخذ به على إطلاقه في مجال الترجيح بين الأدلة على اعتبار أن بعض الرسوم قد تفيد تملك صاحبها لعقارات متفرقة، إذ يمكن أن يثار نزاع حول واحد منها فتستند المحكمة للبت في النزاع على ذلك الدليل مع بقاءه منتجاً لآثاره بخصوص باقي العقارات⁽¹⁶⁾. وعليه، فإن حجية الأمر المقضي به لا تمنع إعمال الترجيح إلا في حدود القطعة موضوع النزاع الذي سبق للمحكمة أن فصلت فيه دون باقي القطع الأخرى التي تبقى محتفظة بحق الاستناد إلى نفس الدليل حالة نشوب نزاع حولها⁽¹⁷⁾.

ب - تعارض الأدلة

إن تحقق شرط صحة الأدلة المدلى بها للإثبات، يبقى لوحده غير كاف لسلوك باب الترجيح، ما لم يتوفر شرط آخر يقضي بأن تكون هذه الأدلة متعارضة فيما بينها⁽¹⁸⁾.

ويقصد بالتعارض⁽¹⁹⁾ التقابل بين الحجتين المتساويتين على وجه توجب كل واحدة منها ضد ما توجب الأخرى⁽²⁰⁾. بمعنى أن كل دليل يتضمن عكس الآخر في واقعة واحدة فينشأ بينهما التباين⁽²¹⁾.

15 - قرار عدد 1203 مؤرخ في 10 يوليوز 1997، ملف مدني عدد 97/1203. أورده : محمد الحجاجي، م.س، ص 21.

16 - عبد الحق حكيم "إثبات ملكية العقار غير المحفظ بين الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة، 2010/2011، ص 71.

17 - محمد الحجاجي، م.س، ص 22.

18 - تنص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من م.ح.ع على أنه "إذا تعارضت البيانات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينهما غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة...".

19 - جاء في لسان العرب : "عارض الشيء بالشيء معارضة قابله، وعارضت كتابي بكتابه أي قابله. وفلان يعارضني أي يباريني. وفي الحديث : إن جبريل عليه السلام، كان يعارضه القرآن في كل سنة مرة وإنه عارضه العام مرتين، قال ابن الأثير : أي كان يدارسه جميع ما نزل في القرآن، من المعارضة المقابلة".

ابن منظور الافريقي المصري أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم "لسان العرب"، المجلد السابع، م.س، ص 167.

20 - عبد اللطيف الودناسي "إثبات ملكية العقار في القانون المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق، مراكش، 2001/2000، ص 259.

كما عرف في حاشية الدسوقي بـ : "قوله على تعارض البينتين : هو اشتغال كل منهما على ما ينافي الأخرى". ==

وفي تعريف آخر : "التعارض بين البيّنات هو أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً يؤيد دعواه وينفي دعوى الآخر، بحيث لو انفرد دليل أحدهما لحكم له به"⁽²²⁾.

ويتضح من هذا أن التعارض يستوجب أن يدل كل من الدليلين على ما ينافي ما يدل عليه الدليل الآخر، كأن يدل أحدهما على النفي بينما يدل الآخر على الإثبات، أو يشهد أحدهما على تاريخ معين في حين يشهد الآخر على تاريخ سابق أو لاحق للتاريخ الذي شهد به الدليل الأول. فإذا تحقق هذا وجب على المحكمة إعمال قواعد الترجيح لترجيح أحد الأدلة على الآخر، مستندة في ذلك إلى الضوابط المعمول بها في الفقه خاصة المالكي حتى لا يكون حكمها خارقاً للقانون، على اعتبار أن هذه القواعد الخاصة بالترجيح والمنظمة في الفقه هي ذاتها المضمنة في بنود الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من م.ح.ع.

وفي هذا يقول الأستاذ عبد الرحمان بلعكيد : "إذا وقع تعارض بين رسوم الملكية فإنه يعمل بقواعد الترجيح، وهي قواعد دقيقة ومقاييس مضبوطة وأدوات حادة في صناعة القضاء والغاية منها منع تضارب الأحكام وإنهاء الخصام"⁽²³⁾.

♦ = شمس الدين الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، ج 4 : باب في الشهادة وما يتعلق بها، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ص 219.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يقيد التعارض بعدم إمكان الجمع ولا بتساوي الحجيتين في القوة ونحوها، وإنما اعتبر تعارض البيّتين هو مطلق اشتغال أحدهما على ما ينافي الأخرى. فقد تشمل إحداهما على أمر ينافي الأخرى من وجه ولا ينافيها في وجه آخر فيجمع بينهما. وقد يكون التنافي بينهما من كل وجه لكنهما متفاوتتان في القوة أو الحجية فترجح إحداهما على الأخرى.

♦ محمد عبد الله محمد الشنقيطي "تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة"، ط 1، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1999، ص 56.

وهذا التعريف الذي جاء به ابن عرفة هو ذاته الذي قال به كل من الصنهاجي في حاشيته والرصاع. أنظر :

♦ أبو الشتاء بن الحسن الغازي الصنهاجي "مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ..."، ج 1، م.س، ص 446.

♦ أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع "شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1993، ص 604 و 605.

21 - عبد اللطيف الودناسي "إثبات ملكية العقار ..."، م.س، ص 259.

22 - محمد مصطفى الزحيلي "وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية"، ط 1، ج 1 و 2، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982، ص 803.

23 - عبد الرحمان بلعكيد "وثيقة البيع بين النظر والعمل"، ط 2، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، 1995، ص 153.

ولكي يتحقق التعارض لابد للدليلين من أن يكونا متساويين، إذ لا مقابلة ولا تعارض بين قوي وضعيف حيث يعمل بالأقوى ويطرح الدليل الأضعف⁽²⁴⁾. وفي هذا صدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "لا يعمل بقواعد الترجيح إلا إذا تعادلت البيّنات"⁽²⁵⁾. وفي قرار آخر: "لا يعمل بالترجيح إلا إذا تساوت حجية البيّنات"⁽²⁶⁾.

هذا ويقضي التساوي بين الأدلة تساويها على مستوى القوة الثبوتية بأن يكون محل الحجيتين المتعارضتين واحدا كما لو استند كل طرف في الدعوى إلى رسم ملكية مستجمعا لشروطه. أما التعارض بين رسم الملكية ورسم آخر لا تتوفر فيه شروط الملك المعتبرة شرعا، فلا يكون سببا لإعمال الترجيح لانتفاء المساواة بين الرسمين. وهو ما عبرت عنه محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "إن الترجيح بين حجج الطرفين لا يلجأ إليه إلا عند تساويها في الحجية وانطباقها على محل النزاع"⁽²⁷⁾.

وعموما فإعمال قواعد الترجيح مشروط بأن تكون الأدلة صحيحة ومتعارضة. وهي شروط استقر العمل القضائي المغربي على ضرورة توفرها قبل صدور المدونة والتي عملت على تكريس ذات القواعد في نص قانوني رغبة منها في توحيد العمل القضائي فيما يخص مسألة اللجوء إلى قواعد الترجيح، وإن كان سلوك هذه القواعد تحكمه مجموعة من الضوابط بحسب كل نازلة على حدة.

الفقرة الثانية: طرق الجمع بين الأدلة وإسقاطها

يتعين على القاضي بمناسبة بثه في النزاعات المتعلقة بإثبات ملكية عقار أو حق عيني وارد عليه، أن يجمع بين البيّنات المتعارضة إذا أمكنه ذلك (أولا)، أو يسقط جميع الأدلة المتعارضة متى انتفت أسباب الترجيح (ثانيا).

24 - عبد الرحمان دريوش "قواعد الترجيح بين الحجج المتعارضة..."، م.س، ص 206.

25 - قرار عدد 205 مؤرخ في 25 يناير 2006 ملف عدد 04/4/1/645. محمد بفتير "مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي"، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، ص 33.

26 - قرار عدد 667 مؤرخ في 10 فبراير 2010 ملف مدني عدد 08/1/1/1205. المرجع نفسه، ص 39.

27 - قرار عدد 984 مؤرخ في 2 أبريل 2003 ملف مدني عدد 02/1/1/505. مجلة القضاء والقانون، عدد 148، السنة الواحدة والثلاثون، ص 253.

أولاً : الجمع بين الأدلة المتعارضة

يقصد بالجمع هنا العمل بالدليلين المتعارضين في جميع ما شهدا به، إذ يعمل بهما وكأن لا تعارض بينهما، فيحكم بما شهد به كل منهما دون تصرف فيهما أو في واحد منهما، لا بترجيح ولا بإسقاط⁽²⁸⁾.

بمعنى أنه يتعين على القاضي كلما توفر لديه دليلان أو أكثر في ملف معروض عليه، أن يبحث عن إمكانية الجمع بين هذه الأدلة التي بين يديه، فإن أسعفه ذلك عمل بها وحكم بهم جميعاً، وهو ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من م.ح.ع أعلاه، وأيضاً ما تقضي به أحكام الفقه المالكي من قبل، لقول الشيخ خليل : "وإن أمكن جمع بين البيتين جمع"⁽²⁹⁾. كما جاء في لامية الزقاق :

بأسباب الملك رجحن إن تعارض * بدا من شهود وانتفى الجمع أولاً⁽³⁰⁾

وعليه، فإنه إذا أمكن الجمع بين الدليلين المتعارضين ظاهراً جمع، ولم يعمل بالترجيح. وقد أورد الأستاذ المعطي الجبوجي مثلاً يوضح فيه قاعدة الجمع، مفادها أنه إذا أدلى المدعي بإثارة صحيحة تحصر عدد الورثة في خمسة وأدلى المدعى عليه هو الآخر بإثارة صحيحة تحصر عدد الورثة في ثمانية غير الذين شهدت بهم الأولى أو شهدت ببعضهم فإنه يتعين العمل بالإراثتين ويقضى للورثة المذكورين في الإراثتين معاً لأن الشهادة بحصر عدد الورثة تكون حسب علم الشهود وهذا لا يتنافى أن يكون للهالك ورثة آخرون لم يعلمهم شهود الإثارة الأخرى⁽³¹⁾.

وفي هذا أصدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه : "الإثارة الجامعة والمتضمنة لجميع الورثة مقدمة على الإثارة الناقصة، فإن كانت الإراثتان ناقصتان فإنه يتم الجمع بينهما ما لم يتعارضاً لقول الفقهاء وإن أمكن الجمع فاجمع"⁽³²⁾.

28 - محمد الحجاجي، م.س، ص 26.

29 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني "مواهب الجليل ..."، م.س، ص 253.

30 - أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي "فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق"، م.س، ص 303.

31 - المعطي الجبوجي "القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج"، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002، ص 153.

32 - قرار عدد 1 مؤرخ في 7 يناير 2014 ملف شرعي عدد 12/1/2/198. المجلة المغربية للدراسات القانونية أو القضائية، ع 10، ص 278.

كما جاء في قرار آخر : "لا مخالفة بين الإرادة التي تشهد بكون المطلوب من جملة أبناء الهالك وبين الإرادة التي تدلي بها الطاعنة أرملة الهالك النافية لوجوده ضمن ورثته فكل منهما شهدت بما في علم شهودها"⁽³³⁾.

فالجمع بين الأدلة إذن يقوم على التوفيق بين الأدلة فيما بينها من حيث إعمال كل واحدة في حدود ما أثبتته من كل وجه إن أمكن فإن تعذر العمل بها من كل وجه وأمکن العمل بهما من وجه دون الآخر وجب العمل بذلك⁽³⁴⁾.

وخلاصة القول، فإنه إذا اجتمع دليلين وأمکن العمل بهما معا عمل بذلك، وإلا صير إلى الإسقاط مادام أن إعمال الدليلين يقي دائما أولى من إعمال أحدهما⁽³⁵⁾.

ثانيا : تساقط الأدلة

التساقط هنا يعني استبعاد الأدلة المتعارضة من النزاع واعتبارها كأن لم تكن، فيتم الحكم وفق الأوضاع الظاهرة قبل عرض الحجج وبقا للأدلة المستمدة من الوضع الظاهر أو ما يسمى بقرائن الأحوال⁽³⁶⁾.

وعليه، فإن المتخاصمين يصبحون كمن لا بينة لهم مادام العمل ببينتهم متعذرا لتنافي موجبها - الجمع أو الترجيح - ولاستحالة كون العين الواحدة مملوكة بأكملها لاثنتين في زمن واحد.

وبالرجوع إلى م.ح.ع خاصة الفقرة الثالثة من المادة الثالثة نجدها لا تنص على هذه القاعدة، بل تكفي فقط بإمكانية اللجوء إلى الترجيح لأحد أسبابه حالة تعذر الجمع⁽³⁷⁾. الشيء الذي يحيلنا على المصدر الاحتياطي الثاني للمدونة والمتمثل في الراجع والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي مادام المصدر الاحتياطي الأول لم يتعرض لهذه المسألة. وهكذا فإن الراجع لدى فقهاء

33 - قرار عدد 1479 مؤرخ في 17 دجنبر 1985 ملف شرعي عدد 39. أورده المعطي الجبوجي، م.س، ص 153.

34 - حميد البشري "دعوى استحقاق العقار غير المحفظ بين الفقه المالكي والاجتهاد القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة، 2010/2009، ص 98.

35 - بدران أبو العين بدران "أدلة التشريع المتعارضة ووجوه الترجيح بينها"، مؤسسة دار الشباب الجامعية، الإسكندرية 1985، ص 161.

36 - عبد الحق حكيم، م.س، ص 75.

37 - الشيء الذي دفع أحد الفقهاء إلى انتقاد موقف المشرع ومناذاته بضرورة تعديل هذه الفقرة، بالنص صراحة على السقوط كنتيجة لتعذر الجمع والترجيح. واعتقد أن تحديد المشرع في المادة الأولى من المدونة للمصادر الاحتياطية للمدونة كفيل بترميم هكذا فراغات ونواقص على اعتبار أن دور المصدر الاحتياطي يكمن في هذا الترميم.

عبد المجيد الكتاني "الترجيح بين البيّنات ..."، م.س، ص 145.

المالكية هو وجوب إسقاط الحجج عند التعارض وعدم وجود أي مرجح من المرجحات، وهو ما قال به ابن فرحون : "وإذا لم يكن الترجيح بين البيتين سقطتا ويقتضى المدعى فيه بيد حائزته مع يمينه"⁽³⁸⁾. كما جاء في لامية الزقاق : "وإن يعدم الترجيح فاحكم لحائز"⁽³⁹⁾. وهو نفس قول معظم أئمة المالكية، حيث قال الخطاب : "ومن أقام بينة في دار أنه ابتاعها من فلان، وأنه باعه ما ملك، وأقام من هي بيده بينة أنه يملكها، قضى بأعدهما، وإن تكافأنا سقطتا، وبقيت الدار بيد حائزها"⁽⁴⁰⁾.

ومعنى هذا أن الأدلة إذا تعارضت سقطت ويحكم بالوضع الظاهر، فالبينة إنما شرعت لإظهار ما هو خفي في مواجهة ما هو ظاهر، فإن قوبلت ببينة تمنع ذلك الخفي من الظهور تكون قد أنقضتها، الشيء الذي ينزل الحجج المتعارضة منزلة العدم ليحكم بعدها للحائز. وعليه، فإن تعذر الترجيح لعدم وجود شروطه يجعلنا أمام ما يسمى بالتساوي الذي يؤدي إلى التسايط تطبيقاً للقاعدة "إذا تساوتا سقطتا"⁽⁴¹⁾.

والأحكام القضائية على اختلاف الأزمنة كانت ولا زالت وفيه لقاعدة الإسقاط. فقد قضى مجلس الاستئناف الشرعي في حكم له بما يلي: "إذا تعارضت البيتان سقطتا وبقي الشيء بيد حائزته يقضى له به مع يمينه"⁽⁴²⁾. وأكدت محكمة النقض بدورها هذه القاعدة، حيث جاء في قرار لها : "يجد قضاء المحكمة أساسه القانوني في قاعدة أن تعارض الحججتين موجب لسقوطها وبقاء الشيء بيد حائزته"⁽⁴³⁾.

38 - برهان الدين محمد بن فرحون المالكي "تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام"، ج 1 : القسم الثاني في أنواع البيئات، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003، ص 265.

39 - أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي "فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق"، م.س، ص 304.

40 - أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني "النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى"، ج 7، ط 1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، المحمدية، 1997، ص 330.

41 - محمد الهيني "إثبات الحيازة الاستحقاقية في الفقه الإسلامي بين النظر والعمل"، مجلة الحقوق المغربية، ع 2، ج 2، 2010، القاعدة 18، ص 81.

42 - الحكم عدد 150 مؤرخ في 20 جمادى الثانية 1344، قضية رقم 477. المجلس الأعلى : "الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى"، المجلد الأول: الأحكام ذات الأعداد الوترية (1920-1927)، مطبعة فضالة، المحمدية، 1999، ص 581.

وفي حكم آخر لمجلس الاستئناف الشرعي : "... والبيتان إذا تقابلتا وانعدم الترجيح سقطتا وبقي الشيء بيد حائزته..."

حكم عدد 31 مؤرخ في 4 حجة الحرام 1347، قضية رقم 1138. المجلس الأعلى : "الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى"، المجلد الثاني : الأحكام ذات الأعداد الوترية المضمنة في السجلين الثالث والرابع (1928-1933)، الرباط، 2002، ص 119.

43 - قرار عدد 1614 مؤرخ في 27 نونبر 1984 ملف عقاري عدد 92444. مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 41، ص 145 وما يليها.

وفي قرار آخر : "حيث يتجلى من تصفح الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت أن كل من حجة المدعي والمدعى عليه متساويتان في الصحة وهذا الأمر يقتضي سقوطها وعدم العمل بأي واحدة منها"⁽⁴⁴⁾.

وهكذا فإذا تعذر الجمع بين البيتين فإن العقار المتنازع على ملكيته يبقى في يد حائزه، وفي هذا يقول ابن رشد : "العبرة باليد عند تكافؤ البيتين وتساقطهما ... فإن كان بيد أحدهما ثبت له، وإن كان بأيديهما أو بأيدي غيرهما قسماه بعد أيمنهما ..."⁽⁴⁵⁾.

ويتضح من هذا أنه إذا كان الشيء المتنازع فيه بيد المتنازعين معا ولم يكن بالإمكان ترجيح بيعة أحدهما على بيعة الآخر فإنها يحلفان كل على مقتضى دعواه، ثم يقسم ذلك الشيء بينهما على قدر الدعاوى، فإن ادعى كل واحد منهما أنه يملك المدعى فيه جميعا دون غيره قسم بينهما مناصفة، وإن ادعى أحدهما ملكية الجميع وادعى الآخر ملكية نصفه قسم أثلاثا بينهما وأعطى مدعي الجميع ثلثيه ومدعي النصف الثلث⁽⁴⁶⁾، وإن اتفقا على أن كل منهما يملك حظا في ذلك الشيء لكنهما يجعلان مقدار ما يملك كل واحد فيه فيحكم بالشيء مناصفة بينهما أيضا⁽⁴⁷⁾.

ويبدو أن هذا يقربنا من من مضمون ما جاء به المشرع في الفصل 170 من ق.م.م والذي جاء فيه : "إذا ادعى كل من المدعي والمدعى عليه أنه الحائز وتقدم كل منهما بأدلة على تلك الحيازة فللقاضي أن يقي الحيازة لهما معا في نفس الوقت أو أن يأمر بحراسة قضائية على المتنازع فيه أو أن يسند حراسته لأحد الطرفين مع التزامه بتقديم حساب عن ثماره إذا اقتضى الحال ذلك".

44 - قرار عدد 428 مؤرخ في 15 ماي 1982 ملف عقاري 91543. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، السنة الثامنة، ص 71.

45 - أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني "النوازل الجديدة الكبرى ..."، ج 7، م.س، ص 357.

46 - وهو رأي مالك وعدد من تلامذته. أما تلميذه ابن القاسم فقال بتقسيم المدعى فيه أرباعا لمدعي الكل ثلاثة أرباع ولمدعي النصف الربع.

برهان الدين محمد بن فرحون المالكي "تبصرة الأحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، ج 1 : القسم الثاني في أنواع البيئات، م.س، ص 263 و 264.

وقد حكم بهذا الرأي عدد من قضاة المالكية المتقدمين، من ذلك ما حكى عن القاضي ابن شبرمة، في نازلة تتعلق بنزاع بين شخصين كان في أيديهما دار، فادعاهما أحدهما كلها، وادعى الآخر نصفها، فقضى أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها، مبرا حكمه بأن النصف له لا ينازع فيه، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه.

عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي "المغني ويلي الشرح الكبير ويلي معجم الفقه الحنبلي"، ج 14 : كتاب الدعاوى والبيئات، دار الكتاب العربي، ص 288 و 289.

47 - أنظر : ♦ محمد ابن معجوز "وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1995، ص 188.

♦ فاطمة الزهراء علاوي "أثر الحيازة في ترجيح البيئات"، مجلة القانون المغربي، ع 12، 2008، ص 89.

حيث يتضح من هذا أيضا أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية في حالة إدلاء كل من المدعي والمدعى عليه بحجة متساوية تثبت حيازتهما للعقار، فله أن يبقى هذا الأخير لهما معا وأن يأمر بحراسة قضائية أو يسند الحيازة لأحدهما مع إلزامه بتقديم حساب عن الثمار.

أما إذا كان الشيء المتنازع فيه بيد غير المتنازعين فإن الشيء يبقى بيد حائزه، فإن أقر هذا الحائز بأن المتنازع فيه لأحد المتداعين فإن المقر له يحلف على مقتضى هذا الإقرار ويدفع للمقر له بالشيء حينئذ لأن هذا الإقرار يصبح بينة لهذا المقر له.

الفرع الثاني: إعمال قواعد الترجيح بين الأدلة

سبق القول أن اللجوء إلى الترجيح لا يتم إلا في حالة استعصاء الجمع بين الأدلة بحيث يتعين على القاضي البحث في كافة الوسائل التي تكفل استعمال الدليل قبل الحكم بإسقاطه، مستعينا في ذلك بما خطه الفقهاء القدامى من قواعد تعتبر بمثابة معايير ومقاييس تزن أدلة الخصوم حتى إذا ما ثقلت إحدهما على الأخرى رجحت عليها.

والواضح أن هذه القواعد هي ذاتها التي نص عليها المشرع في المادة الثالثة من م.ح.ع. جاعلا منها قواعد للترجيح على سبيل المثال فقط، تاركا لاجتهاد القاضي فرصة للبحث عن باقي القواعد الأخرى إن اقتضى حال النازلة ذلك.

وبالقراءة المتأنية لهذه القواعد نلاحظ أن منها ما هو مرتبط بموضوع البينة (الفقرة الأولى)، ومنها ما هو مرتبط بشهود هذه البينة وشكلياتها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المرجحات المرتبطة بموضوع البينة

معلوم أن الذي جرى به العمل في المغرب حالة تعارض الأدلة فيما بينها هو تقديم سبب الملك على عدم بيانه (أولا)، وتقديم بينة الملك على بينة الحوز (ثانيا)، وبينة النقل على بينة الاستصحاب (ثالثا)، وبينة الإثبات على بينة النفي (رابعا)، وبينة الأصالة على خلافها أو ضدها (خامسا).

أولا: ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه

المقصود بسبب الملك ذكر السبب الذي بواسطته حصل التملك، فإذا شهدت بينة أن دارا للمدعى، وشهدت بينة أخرى أنها للمدعى عليه، فإننا نقارن بينهما فإن ذكرت إحدهما سبب الملك، كما إذا قالت بينة المدعى أن هذه الدار له وهو الذي بناها أو ورثها عن أبيه، في حين قالت بينة المدعى

عليه إنها له، ولم تزد على ذلك بحيث لم تذكر سبب تملكه لها، فإن البيئة الأولى تقدم على الثانية ويعمل بمقتضاها وتلغى الثانية⁽⁴⁸⁾.

وفي مثل هذا يقول ابن فرحون: "وأما سبب الملك فمثل أن تذكر إحدى البيتين سبب الملك من نتاج أو زراعة، وتكون شهادة البيئة الأخرى مطلقة لا تذكر سوى مجرد الملك، فإنه يرجح من ذكر السبب"⁽⁴⁹⁾.

وجاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل بهذا الخصوص، ترجيح بيئة الملك الذي ذكر سببه على تلك التي شهدت بالملك المطلق⁽⁵⁰⁾.

وإعمالاً لهذا جاء في حكم شرعي صادر عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى ما يلي: "... فحكم قاضي أحفير بترجيح بيئة المدعي على بيئة المدعى عليه لأنها بينت سبب الملكية وهو الإحياء. قال الشيخ خليل: وإن أمكن الجمع بين البيتين جمع وإلا رجح سبب ملك لنسج ونتاج وفي المجموع وإن أمكن جمع بين البيتين جمع وإلا رجح سبب الملك... ولما تصفح قاضي وجدة الحكم المذكور تبين له أنه صحيح لترجيح البيئة المبينة لسبب الملك على التي شهدت به مطلقاً..."⁽⁵¹⁾.

كما أن محكمة النقض سارت على نفس المنوال، إذ جاء في قرار لها: "المحكمة كانت على صواب لما استبعدت رسوم الأثرية المجردة بعلّة أنها غير مؤسسة على أصل الملك، وبالتالي فإن قرارها جاء على صواب ومرتكزاً على أساس، وغير خارق لقواعد مسطرة التحفيظ... فرسوم الأثرية المجردة لا تثبت الملك ولا ينتزع بها الملك من يد الحائز"⁽⁵²⁾.

48 - محمد ابن معجوز "وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، م.س، ص 162.

49 - برهان الدين محمد بن فرحون المالكي "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، ج 1: القسم الثاني في أنواع البيئات، م.س، ص 265.

50 - عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري "شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني في ما ذهل عنه الزرقاني"، ج 7: باب في الشهادات، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2002، ص 382 و 383.

51 - حكم عدد 65 مؤرخ في 23 شوال 1341 في القضية رقم 283. المجلس الأعلى: "الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى"، المجلد الأول، م.س، ص 287.

52 - قرار محكمة النقض عدد 190 مؤرخ في 16 يناير 2001، ملف مدني عدد 1061/1/2000.

كما جاء في قرار آخر: "إن رسم المخارجة غير مؤسس على سند الملك لا ينهض حجة للملك ولا يثبت استمرار الحوز".

وفي قرار آخر : "المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللته بأنه تبين لها أن ملكية الطرف المدعي ... هي المرجحة لكونها تضمنت وجه مدخل العلم، والثابت فقها أن المبينة لوجه المدخل تقدم على الخالية منه، فإن ملكية المدعى عليهما هاته في مرتبة أدنى من ملكية المدعيين... فإنها طبقت قواعد الفقه تطبيقاً سليماً ولم تحرق أي نص قانوني"⁵³.

وهكذا، فلسبب الملك المدعى به تأثير واضح على نتيجة الحكم باعتباره من المرجحات القوية المعتمدة في الإثبات، بل إنه يمكن القول بتقديمها حتى على باقي المرجحات شريطة أن يكون وجه مدخل الملك ناقلاً للملكية.

ثانياً: تقديم بينة الملك على بينة الحوز

إذا تعارضت بينة الحوز⁵⁴ مع البينة الشاهدة على الملك، فإن هذه الأخيرة ترجح على الأولى⁵⁵. ومثال ذلك أن يتنازع شخصان حول ملكية أرض، فيأتي أحدهما ببينة تشهد له بأن تلك الأرض على ملكه، ويأتي آخر ببينة تشهد بأن تلك الأرض في حوزة ولم تذكر أنه يملكها، فإن البينة

قرار محكمة النقض عدد 3452 مؤرخ في 10 أكتوبر 2001، ملف مدني عدد 2001/01/1/768.

القراران أوردهما : فاطمة الزهراء علاوي "قواعد الترجيح بين الحجج وفق القانون الجديد لدونة الحقوق العينية"، مجلة الحقوق، الإصدار الخامس، 2012، ص 38 و 39.

53 - قرار عدد 2303 مؤرخ في 17 ماي 2011 ملف مدني عدد 2008/3/1/1739. مجلة ملفات عقارية، ع 1، 2012، ص 99.

54 - يجب التمييز بين الحيابة المكسبة للملكية والحيابة بوضع اليد دون ادعاء الملكية، فالأولى خصصها المشرع بقواعد مستسقة من الفقه المالكي، وذلك في المواد من 239 إلى 263 من م.ح.ع، وينحصر نطاقها في العقارات غير المحفظة وكذا العقارات في طور التحفيظ. أما الثانية المقصود بها الحوز فهي الحيابة بمعنى وضع اليد دون نية التملك، وقد حمها المشرع في الفصول من 166 إلى 170 من ق.م.م إذا ما توفرت حالاتها وشروطها.

وبما أن الحوز ليس بالضرورة أن يكون عن ملك فهذا يعني أن غرض المشرع في البند الثاني من الفقرة الثالثة من المادة الثالثة هو الصنف الثاني من الحيابة وليس الحيابة الاستحقاقية. وتبعاً لذلك فلو أرفق المدعي مقالته بما يفيد تملكه للعقار وأدلى المدعى عليه برسم يثبت أنه يحوز العقار وأن رسم الملكية يعود إلى رسم الحيابة، وأثبت الحائز حيازته المدة المطلوبة (والقائم حاضر بالبلد ساكناً بلا مانع)، فالحيابة في هذه الحالة تكون عاملة، ولا يقوى أمامها رسم الملكية.

وفي هذا صدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "إن سكوت الطاعن مدة خمس عشرة سنة بدون مانع، بعد ما كان قد قدم دعوى وألغيت شكلاً، قد أكسب المدعى عليه الحيابة القاطعة التي لا تسمع معها دعوى المدعي ولا بينته".

قرار عدد 968 مؤرخ في 28 يونيو 1983 ملف عقاري عدد 85324. لمزيد من التفصيل أنظر :

فاطمة الزهراء علاوي "قواعد الترجيح بين الحجج ..."، م.س، ص 39.

55 - محمد بخنيف "ضوابط الترجيح بين البينات في الفقه المالكي على ضوء المادة 3 من م.ح.ع"، مجلة القبس المغربية، ع 5، 2013، ص 89.

الأولى تقدم على الثانية لأن الحوز قد يكون عن ملك وقد يكون عن غير ذلك فهو أعم والملك أخص والأعم لا يدل على الأخص⁽⁵⁶⁾.

وفي هذا قال الشيخ خليل: "وبالملك على الحوز"⁽⁵⁷⁾. وجاء في التبصرة: "ولو شهدت إحدهما - البيتين - بالملك وشهدت الأخرى بالحوز، قدمت بينة الملك؛ لأن الملك أقوى، والحوز قد يكون لغير ملك فيقضى بينة الملك، وإن كان تاريخ الحوز متقدما"⁽⁵⁸⁾.

وقال بن فرحون: "وإن كان - الملك - في يد أحدهما، وأقام كل واحد منهما بينة، وتساويا في العدالة رجح جانب الذي بيده ذلك لكونه حائزا، فيحكم له به مع اليمين. وهذا معنى قولهم: تقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافؤ"⁽⁵⁹⁾.

وتطبيقا لهذا، صدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "يقصد بالاستحقاق دفع ملك شيء بثبوت ملك قبله وأن الملك لمن أقام عليه البينة، وبينه الملك مقدمة عن بينة الحوز إن تعارضتا لقول الخليل: وبالملك على الحوز"⁽⁶⁰⁾.

ثالثا: تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب

الاستصحاب⁽⁶¹⁾ يستوجب التمسك بالأصل ما لم يوجد دليل على خلافه، فالأصل بقاء الملكية لصاحبها حتى يثبت نقلها لشخص آخر بدليل يبين سبب النقل من بيع أو إرث أو نحوه، فإن لم يبين سبب النقل فلا تقدم⁽⁶²⁾.

-
- 56 - هذا المثال أدرجه محمد ابن معجوز في مؤلفه "وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، م.س، ص 164.
- 57 - عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري "شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ..."، ج 7: باب في الشهادات، م.س، ص 386.
- 58 - برهان الدين محمد بن فرحون المالكي "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، ج 1: القسم الثاني في أنواع البيئات، م.س، ص 265.
- 59 - المرجع نفسه، ص 264.
- 60 - قرار عدد 2153 مؤرخ في 20 يونيو 2007 في الملف عدد 06/3/1/1594. أورده: عمر أزوكار "قضاء محكمة النقض في التريجيج بين البيئات والحجج"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014، ص 40.
- 61 - الاستصحاب في اللغة من "صحب" والصاد والحاء والباء أصل واحد يدل على مقارنة شيء ومقارنته ... وكل شيء لاء م شيئا فقد استصحبه.
- ==

فمثلا لو تنازع شخصان حول ملكية دار فأدلى المدعي ببينة تشهد بأن تلك الدار له وأنها لم تخرج في علمهم عن ملكيته إلى حينه، وأتى المدعى عليه ببينة تشهد بأنه اشترى تلك الدار من المدعي، فإن هذه البينة الأخيرة تقدم لأنها علمت ما لم تعلمه البينة الأخرى⁽⁶³⁾.

وهكذا فالبينة التي تنقل الملك من الأصل تقدم على البينة التي أثبتت الأصل المنقول عنه هذا الفرع، ويقال لها البينة المستصحبة للأصل⁽⁶⁴⁾، وفي هذا قال الشيخ خليل: "ونقل على مستصحبه"⁽⁶⁵⁾.

كما جاء في لامية الزقاق ما يفيد ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة حيث جاء فيها:

وملك على حوز وزيد عدالة * وبالنقل والإثبات أو ما قد أصلا⁽⁶⁶⁾

وأيضا في تبصرة الحكام: "وتقدم البينة الناقلة على المستصحبة ... فالبينة الناقلة علمت والمستصحبة لم تعلم، فلا تعارض بين الشهادتين"⁽⁶⁷⁾.

وفي هذا أصدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "تقضي قاعدة الاستصحاب بترجيح بينة انتساب الملك إلى المورث عن بينة الوارث لافتقارها إلى التخصيص وما يثبت الناقل الشرعي تطبيقا لقاعدة من مات عن حق فلوارثه"⁽⁶⁸⁾. وفي قرار آخر: "في حالة تقديم حجة مستصحبة ضد حجة ناقلة فمن المقرر فقها عند تعارض الحجيتين ترجيح الحجة الناقلة على المستصحبة"⁽⁶⁹⁾.

= أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي "معجم مقاييس اللغة"، ج3، م.س، ص335. وفي الاصطلاح هو: "عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام الغير. وهو مرجح في الدفع وإبقاء الحال على ما كان عليه، ولا يصح حجة للاستحقاق ولذلك فمن ثبت له حق في حالة فيحكم باستمرار هذه الحالة له بناء على ثبوتها في وقت سابق، لأن ما ثبت ولم يظهر زواله ظن بقاءه، فهو حجة ظنية شأنه شأن بقية المرجحات التي تقوي جانب المدعى عليه، حتى يثبت عكس ذلك".

محمد مصطفى الزحيلي، م.س، ص662.

62 - محمد ربيعي "تعارض البينات الليفية وقواعد الترجيح بينهما في مجال العقار غير المحفظ"، مجلة الإشعاع، ع37-38، 2010، ص21.

63 - محمد ابن معجوز "وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، م.س، ص164.

64 - فاطمة الزهراء علاوي "قواعد الترجيح بين الحجج ..."، م.س، ص40.

65 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني "مواهب الجليل ..."، م.س، ص257.

66 - أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي "فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق"، م.س، ص304.

67 - برهان الدين محمد بن فرحون المالكي "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، ج1: القسم الثاني في أنواع البينات، م.س، ص265.

68 - قرار عدد 422 مؤرخ في 5 يونيو 2002 في الملف عدد 02/1/2/69، عمر أزوكار "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج"، م.س، ص61 وما يليها.

69 - قرار عدد 416 مؤرخ في 11 ماي 1982 في الملف العقاري عدد 34446. أورده: المعطي الجبوجي، م.س، ص181.

رابعاً: تقديم بينة الإثبات على بينة النفي

إذا تعارضت الحجج فيما بينها، بحيث كانت حجة أحد الخصوم تثبت واقعة معينة وحجة الخصم تنفيها، وجب إعمال قواعد الترجيح والتي تقضي بالحجة المثبتة مقدمة على الحجة النافية، وهكذا إذا أدلى كل من الخصمين بحجة وكانت إحدى الحججت تثبت بالنسبة للمدعى فيه والبيئة الأخرى تنفي بالنسبة لنفس الموضوع كالبيع في الإثبات ولم ينع في النفي، فإن الحجة المثبتة للمدعى فيه بالبيع ترجح على النافية لهذا التصرف لأن الحجة المثبتة علم شهودها ما لم يعلمه شهود النفي⁽⁷⁰⁾. وقد أشار صاحب التحفة لهذا بقوله :

وقول من يثبت مقدم* على مقال من بنفي يحكم⁽⁷¹⁾

وشرح التسولي ترجيح الإثبات على النفي بقوله أن البيئة : "المثبتة للحكم كشهادة إحداهما بأنه خطه ... وشهدت الأخرى أنه غير خطه ... فإن المثبتة للخط والكفاءة وغيرهما أولى لأنها أثبتت حكماً وأوجبته أي أوجبت حقاً لم يكن وأثبتته"⁽⁷²⁾. ويعبر عن هذا بالقاعدة الفقهية والأصولية عند التعارض وهي أن : «المثبت مقدم على النافي»⁽⁷³⁾.

وقد جاء في المعيار : "من أثبت شيئاً أولى ممن نفاه، هذا الذي تقرر عليه مذهب الإمام مالك وأصحابه وقال به حذاقهم وبه العمل"⁽⁷⁴⁾. وهو بالفعل ما طبقه القضاة قديماً حيث : "سئل سيدي أحمد البعل عن وصي على محجورة اشترى شخصاً في ملك مشترك مع محجورته ثم أقام بينة بأن لا مال لها وأسقط عنه القاضي الشفعة، ولما كبرت البنت أثبتت بينة أنها كانت مملوكة وقت البيع، ولم تزل على ذلك إلى الآن، وأرادت الأخذ بالشفعة فما ترى في ذلك؟".

فأجاب النظر في ذلك للقاضي فإن رأى إصلاحاً للمحجورة في الشفعة شفع لها، وإن لم ير لها إصلاحاً في الشفعة أسقطها.

70 - المرجع نفسه، م.س، ص 175.

71 - علي بن عبد السلام التسولي "البهجة في شرح التحفة"، ط 1، ج 2 : باب في الضرر وسائر الجنائيات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1998، ص 561.

72 - علي بن عبد السلام التسولي "البهجة في شرح التحفة"، ج 1 : فصل في مسائل من الشهادات، م.س، ص 233 و 234.

73 - جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي "الخواص للفتاوي في الفقه وعلوم التفسير والحديث والأصول والنحو والإعراب وسائر الفنون"، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1983، ص 342.

74 - أبو الشتاء الغازي الصنهاجي "التدريب على تحرير الوثائق العدلية"، ج 2، ط 1، مطبعة الأمانة، الرباط، 1968، ص 606.

وأجاب بعض الفقهاء بأن بينة الوصي نفت المال، وبينه المحجورة أثبتته، فبينه الوصي تبطلها بينة البنت كما في علمكم أن من أثبت مقدم على من نفى، وهذه قاعدة أصولية، بمقتضاها جرى العمل في الأحكام"⁷⁵.

وأيضا عمل به حديثا في عدد من تطبيقات محكمة النقض جاء في أحدها: "إن رسم الصدقة الذي شهد عدلاه بحيازة المتصدق عليه للمتصدق به معاينة وطوفا لا يمكن أن يناهض بحجة معارضة لنفي الحيازة لكون الحجة المثبتة مقدمة على النافية"⁷⁶.

وفي قرار آخر: "ترجح لفيفة الحوز للإشهاد عليه وقت إبرام الهبة على لفيفة الخصم النافية لها، الشهادة المثبتة للحوز مقدمة على الشهادة النافية له، البينة الموجبة لحق ومثمرة لحكم أولى من البينة النافية له وإن من أثبت شيئا أولى ممن نفاه"⁷⁷.

خامسا: تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها

يقصد بهذا المرجح أن الحجة التي شهدت بالأصل مقدمة على الحجة التي شهدت بالفرع، وهو ما عبر عنه الزقاق في لاميته بالقول: "... أو ما قد أصلا"⁷⁸، ومعناه أن بينة الأصالة تقدم على البينة الفرعية كبينه شهدت بأن شخصا أوصى بعقار معين أو جزء منه وهو صحيح البدن، وشهدت البينة الأخرى أنه أوصى بذات العقار أو جزء منه وهو مريضه، فتقدم بينة الصحة لأنها الأصل والغالب، فكل إنسان يولد صحيحا إلى أن يثبت العكس"⁷⁹.

75 - أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني "النوازل الجديدة الكبرى..."، ج 7، م.س، ص 475.
76 - قرار عدد 368 مؤرخ في 15 ماي 2002 في الملف عدد 99/1/2/374. محمد بفقير "مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي"، م.س، ص 29.

77 - قرار عدد 584 مؤرخ في 11 أكتوبر 2006 ملف شرعي عدد 06/1/2/270. عمر أزوكار "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والهجج"، م.س، ص 175 وما يليها.

وفي قرار آخر: "العبرة بالواقعة موضوع النزاع في أعمال قاعدة أن الحجة المثبتة مقدمة على الحجة النافية".

قرار محكمة النقض عدد 1392 مؤرخ في 5 يونيو 1985 ملف مدني 84/719. المعطي الجبوجي، م.س، ص 175.

78 - أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي "فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق"، م.س، ص 304.

79 - عبد المجيد الكتاني "الترجيح بين البيئات..."، م.س، ص 154.

فإذا كان هناك نزاع معروض على المحكمة وادعى أحد الأطراف المرض من أجل إبطال تصرف الطرف الآخر، فيجب استصدار حكم تمهيدي بإجراء خبرة طبية في هذا الشأن وهو الأمر المكرس قضائيا. حيث جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 674 مؤرخ في 2 فبراير 2002 أن: "مجرد إقامة لفيف الإثبات أن البائع مريض لا تأثير له ما دام البائع قد صادق على توقيعه بالعقد ولم يثبت أنه كان مريضا مرضا يفقده الإدراك أثناء البيع".

لمزيد من التفصيل أنظر: محمد بخنيف "ضوابط الترجيح بين البيئات..."، م.س، ص 100.

وهكذا أشار ابن فرحون إلى أن : "المتعاقدان محمولان على المعرفة حتى يثبت الجهل، وعلى جواز الأمر - الرشد - حتى يثبت السفه، وعلى الرضا حتى يثبت الإكراه، وعلى الصحة حتى يثبت السقم، وعلى الملاء حتى يثبت الفقر، وعلى الحرية حتى يثبت الرق، وعلى الإسلام حتى يثبت الكفر، وعلى العدالة حتى يثبت الجرح، والغائب محمول على الحياة حتى يثبت الموت"⁽⁸⁰⁾. وعليه، فمتى شهدت بيئة من حجج الخصمين بالأصل وشهدت الأخرى بالفرع عن هذا الأصل قدمت الحجة المتمسكة بالأصل. يقول صاحب التحفة في هذا :

القول قول مدع للأصل * ...⁽⁸¹⁾

الفقرة الثانية : المرجحات المرتبطة بشهود وبيانات البيتين

لدراسة هذه الفقرة سنتطرق للمرجحات المرتبطة بشهود البيتين (أولا)، ثم للمرجحات المرتبطة ببيئتيهما (ثانياً).

أولاً : المرجحات المرتبطة بشهود البيتين

سنتولى دراسة هاتين المرجحتين على التوالي :

أ - زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد

يقصد بزيادة العدالة تلك الحجة التي يعرف شهودها بالمروءة والعفة والورع، مقابل الحجة التي يكون شهودها على مستوى الحال بأن لا يعرف خيرهم من شرهم حتى مع كثرة عددهم كاللفيف مثلاً⁽⁸²⁾، لقول خليل : "وبمزيد عدالة، لا عدد"⁽⁸³⁾، وقضاء مالك في نازلة بشهادة أعدل الحجتين وإن كانت أقل عدداً⁽⁸⁴⁾.

80 - علي بن عبد السلام التسولي "البهجة في شرح التحفة"، ج 2: باب البيوع، م.س، ص 10.

أنظر في هذا أيضاً :

♦ المعطي الجبوجي، م.س، ص 181.

♦ مؤلف جماعي "الدليل العملي للعقار غير المحفظ"، ع 2، مطبعة فضالة، الرباط، 2007، ص 75 و 76.

♦ عبد الإله عزمي "إعمال قواعد الترجيح في دعوى استحقاق العقار وفق قرارات المجلس الأعلى"، الندوة الجهوية الخامسة : "المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، سطات 27/26 أبريل 2007، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 333.

81 - علي بن عبد السلام التسولي "البهجة في شرح التحفة"، ج 2: فصل في اختلاف المتبايعين، م.س، ص 149.

= =

82 - المعطي الجبوجي، م.س، ص 196.

وهكذا فعندما يكون شهود إحدى البيتين أكثر عدالة من شهود البيئة الأخرى، كما إذا أدلى كل من الخصمين بحجة تأييد دعواه وكانت الحجتان متعارضتان إلا أن إحداها يتوفر شهودها على زيادة العدالة والأخرى تتوفر على زيادة في عدد شهودها. وكان العدد الكثير لا يتوفر على الصفة الزائدة في العدالة كما هو الشأن في الحجة الأخرى، فترجح البيئة ذات العدالة على التي كثر عدد شهودها - لأن زيادة المزية في العدالة دون زيادة العدد⁸⁵ - ما لم تكن كثرة الشهود بلغت حد التواتر، بحيث يستحيل تواطؤهم على الكذب وتفيد شهادتهم العلم لكثرتهم فتقدم حينئذ الحجة ذات العدد الكثير على الحجة التي فيها وصف زيادة العدالة.

لأن التواتر يفيد العلم وشهادة العدلين تفيد الظن فقط. إلا أن هذا التواتر الذي كان يقدم على شهادة العدلين عند المتقدمين لم يكن يدخل في باب الشهادة أصلاً إلا من باب المجاز وليس هو التواتر الذي قصده المتأخرون عندما اشترطوا في اللفيف أن يكون شهوده اثني عشر شاهداً، ذلك أنه لم يكن يلجأ إليه إلا عند الضرورة.

وعليه فإن عدد شهود اللفيف - وإن كثر - لا يعتد به في مواجهة الشهادة العلمية التي يشهد فيها العدلان المنتصبان، ولذلك فإن الشهادة العلمية تقدم دائماً على الشهادة الليفية⁸⁶.

والعبرة في ترجيح مزيد العدالة على مزيد العدد، هو أن مزيد العدالة أقوى في التعذر من زيادة العدد، إذ أن في استطاعة كل من الخصمين الزيادة في عدد شهوده بخلاف زيادة العدالة. فقد يتعذر على أحد الخصمين إشهاد من هو أكثر عدالة من غيره، كما أن وجود من هو أكثر عدالة في إحدى الحجتين يبعث في النفس الطمأنينة بشهادة أكثر مما تبعثه شهادة حجة الآخر⁸⁷.

وفي هذا صدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "لكن حيث إن محكمة الاستئناف اعتمدت على الليفية ورجحتها على الشهادة العدلية في حين أن الشهادة العدلية وثيقة رسمية وتحمل تاريخاً أقدم من

83 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني "مواهب الجليل ..."، م.س، ص 253.

84 - الصادق عبد الرحمن الغرياني "مدونة الفقه المالكي وأدلته"، ج 4: الترجيح بمزيد العدالة، ط 1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2002، ص 441.

85 - جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس "عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة"، ج 3، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 2003، ص 1087.

86 - محمد الكويط "طرق الترجيح بين الشهادات العدلية المتعارضة"، مقال منشور (بتاريخ 26 مايو 2016) على الموقع الإلكتروني: http://evidorgom.blogspot.com/2016/05/blog-post_26.html

87 - محمد ابن معجوز "وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، م.س، ص 163.

تاريخ اللفيف. وفي حين أن شهادة اللفيف مبنية على السماع الفاشي، الأمر الذي تكون معه محكمة الاستئناف قد خرقت قواعد الإثبات والترجيح بين البيانات وبالتالي قد عرضت قرارها للنقض⁽⁸⁸⁾.

وفي قرار آخر: "المعلوم فقها أنه إذا ظهر في الترجيح البيئة العادلة على كثرة الشهود، ولذلك فشهادة عدلي التلقي أرجح من شهادة اللفيف..."⁽⁸⁹⁾.

ب - تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد

إذا تعارضت حجتان إحداهما مكونة من شاهدين وأخرى من شاهد واحد فإنه تقدم شهادة الشاهدين فأكثر على شهادة الواحد، وهو ما عبر عنه خليل بقوله: "وبشاهدين على شاهد"⁽⁹⁰⁾. فإذا شهد اثنان بمال لزيد، وشهد آخر به لعمرو، وحلف عمرو مع شاهده، فإن بيئة زيد ترجح على بيئة عمرو، ولو كان شاهد عمرو أعدل أهل زمانه، إذ قدمت حجة زيد المكونة من شاهدين على الحجة المكونة من شاهد لأن البيئة الأولى مجمع على قبولها⁽⁹¹⁾.

وفي هذا صدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "... شهادة الشاهدين تقدم على الشاهد واليمين. ففي الزرقاني على الشيخ خليل: ورجح شاهدين من جانب على شاهد ويمين من جانب آخر ولو كان أعدل أهل زمانه"⁽⁹²⁾.

ثانيا : المرجحات المرتبطة ببيئات البيتين

تتمثل هذه المرجحات فيما يلي :

- 88 - قرار عدد 73 مؤرخ في 21 مارس 1985 ملف إداري رقم 7295. أورده : محمد بادن، م.س، ص 331.
- 89 - قرار محكمة النقض عدد 503 مؤرخ في 9 نونبر 2005 ملف شرعي عدد 04/1/2/66. عمر أزوكار "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج"، م.س، ص 260 وما يليها.
- وهو ما سار عليه قضاء الموضوع أيضا، حيث جاء في حكم لاستئنافية الرباط ما يلي: "شهادة العدلين بمعاينة حوز المتصدق عليها للدار موضوع الصدقة وهي فارغة من شواغل المتصدقين هي شهادة علمية أصلية ترجح على شهادة اللفيف والشهادة الإدارية للسكنى".
- قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 155 مؤرخ في 8 مارس 2011 ملف عدد 10/1302/413. محمد بفقير "مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي"، م.س، ص 42.
- 90 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني "مواهب الجليل..."، م.س، ص 254.
- 91 - محمد ابن معجوز "وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، م.س، ص 163.
- 92 - قرار عدد 3355 مؤرخ في 30 أكتوبر 2002 ملف مدني رقم 2001/1/1/2820. مجلة القضاء والقانون، عدد 147، السنة الواحدة والثلاثون، ص 224.

أ - تقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة

ويقصد بها ترجيح البينة التي ذكر تاريخها على البينة المطلقة لقول خليل: "أو تأريخ"⁽⁹³⁾. فإذا تنازع شخصان في ملكية معينة، فإن البينة التي بينت تاريخ ملك أحد المتنازعين مقدمة على الأخرى التي لم تذكره، كما لو شهدت بينة المدعي بأن دارا على ملكه منذ خمس سنوات وشهدت بينة المدعى عليه بأن تلك الدار على ملكه ولم تذكر تاريخا، فإن الأولى ترجح على الثانية لاشتغالها على التاريخ⁽⁹⁴⁾. فالبينة المؤرخة فيها مزيد تفصيل وزيادة علم على مقابقتها، إذ حددت تاريخ الملك وبينته، بينما البينة المعارضة خالية منه، إذ أثبتت فقط الملك مطلقا ومجردا عن التاريخ.

وفي هذا صدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "خلافا لما جاء في الوسيلة فإن محكمة الاستئناف لم تصرح بأن كلا الرسمين لا يتوفر على قوة الإثبات بل صرحت بأن الرسمين إن كانا معا أقيما من أجل الاحتجاج بهما في النزاع فإن الرسم المدلى به من طرف المطلوب في النقض له تاريخ ثابت وسابق مما جعل محكمة الموضوع ترجحه على الآخر..."⁽⁹⁵⁾.

هذا ونجد لهذا المرجح تطبيقا في القواعد العامة، حيث أدرجه المشرع في باب القرائن الواقعية، أي تلك القرائن التي لم يقررها القانون وإنما جعل أمرها موكل لحكمة القاضي⁽⁹⁶⁾، حيث جاء في الفقرة الثانية من الفصل 458 من ق.ل.ع: "إذا لم يكن سند أحد الخصمين ثابت التاريخ رجح جانب من كان لسنده تاريخ ثابت".

ب - تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخا

إذا شهدت بيئتان بالملك ذاته وذكرت كل منهما تاريخا لهذا الملك فإنه يعتد بالبينة الأسبق تاريخا. وإلى هذا أشار الشيخ خليل بقوله: "... أو تقدمه..."⁽⁹⁷⁾. وأيضا ابن عاصم بقوله:

93 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني "مواهب الجليل..."، م.س، ص253.

94 - محمد ابن معجوز "وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، م.س، ص162.

95 - قرار عدد 79 مؤرخ في 14 أبريل 1972 ملف مدني عدد 19968 و19824. أورده: عبد المجيد الكتاني "الترجيح بين البينات..."، م.س، ص160.

96 - ينص الفصل 454 من ق.ل.ع على أنه: "القرائن التي لم يقررها القانون موكلة لحكمة القاضي. وليس للقاضي أن يقبل إلا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها. وإثبات العكس سائغ، ويمكن حصوله بكافة الطرق".

97 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني "مواهب الجليل..."، م.س، ص253.

وقدم التاريخ ترجيح قبل * ... (98).

كما جاء في التبصرة أن الترجيح يحصل بوجوه، منها: "اشتغال إحدى البيتين على زيادة تاريخ متقدماً وسبب ملك مرجح، مثل أن تشهد بينة أنه ملكه منذ سنة، وتشهد الأخرى للآخر أنه ملكه منذ سنتين فتقدم السابقة -الأبعد تاريخاً-"⁽⁹⁹⁾.

وهكذا فلو حدث وتعارضت بيتان، بحيث شهدت كلتاها بالملك وذكرت كل منهما تاريخاً لهذا الملك، كما إذا قالت إحدهما أن هذه الدار لزيد ملكها منذ خمس سنوات، وقالت الأخرى إن نفس الدار لبكر ملكها منذ ثلاث سنين، فتقدم الأولى بسبب أن التاريخ الذي عينته مقدم على تاريخ الأخرى⁽¹⁰⁰⁾.

وهو ما أكدته حكم لمجلس الاستئناف الشرعي الأعلى جاء فيه: "يرجح الشراء المجرد المتقدم تاريخاً على الشراء المتأخر إذا أشكل الأمر على القضاء"⁽¹⁰¹⁾. وفي هذا الصدد صدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "إن البينة المتأخرة تاريخها هي الراجحة على المتقدمة عليها لأنها تشهد بالملك في زمان مضى"⁽¹⁰²⁾.

وفي قرار آخر: "يرجح الشراء الأقدم تاريخاً ولو كان الشراء الأحدث مقروناً بالحيازة ما لم تكن مدتها كافية لاكتساب الحق بالحيازة الاستحقاقية"⁽¹⁰³⁾. وهو أيضاً ما سار عليه قضاء الموضوع، حيث جاء في قرار لاستئنافية الرباط ما يلي: "الترجيح في الحجج المتعلقة بعقار غير محفظ بين شراء الطاعن وشراء المستأنف عليه يكون بحسب أيهما أسبق في التاريخ"⁽¹⁰⁴⁾.

-
- 98 - علي بن عبد السلام التسولي "البهجة في شرح التحفة"، ج 1: فصل في مسائل من الشهادات، م.س، ص 233.
- 99 - برهان الدين محمد بن فرحون المالكي "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، ج 1: القسم الثاني في أنواع البيئات، م.س، ص 264 و 265.
- 100 - محمد ابن معجوز "وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، م.س، ص 162.
- 101 - حكم رقم 59 مؤرخ في 1 صفر 1341 قضية رقم 417. المجلس الأعلى: "الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى"، المجلد الأول، م.س، ص 267.
- 102 - قرار عدد 2240 مؤرخ في 5 يونيو 2006 ملف مدني عدد 05/1/136. محمد بفقير "مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي"، م.س، ص 34.
- 103 - قرار محكمة النقض عدد 924 مؤرخ في 14 مارس 2007 ملف مدني عدد 5/1/1/2478. عمر أزوكار "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج"، م.س، ص 225 وما يليها.
- 104 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 404 مؤرخ في 22 نونبر 2006 ملف عدد 6/04/5/7. محمد بفقير "مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي"، م.س، ص 41.

هذا ويقصد بسبق التاريخ في هذا المرجح التاريخ الأسبق للشيء المشهود به أو الواقعة وليس تاريخ تحرير البيانات⁽¹⁰⁵⁾. فمثلا لو تعارضت بيئتان الأولى لزيد حررت بتاريخ 2005 تشهد بأنه يحوز منذ سنة 1992، والثانية لعمر حرت بتاريخ 1994 تشهد بأنه يحوز منذ سنة 1994، فإن بيئة زيد هي المرجحة رغم أن تاريخ تحريرها لاحق على تاريخ تحرير بيئة عمرو ذلك أن تاريخ حياة صاحبا الذي هو 1992 أقدم من التاريخ الذي أشارت إليه بيئة عمرو والذي هو 1994. إذ العبرة ليست بقدّم تاريخ تحرير البيئة ولكن بقدّم بدء الحياة وهو ما دأب على تكريسه القضاء المغربي منذ زمن. حيث جاء في حكم صادر عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى ما يلي: "المراد بقدّم التاريخ هنا ما يكشف عن طول مدة الحياة. جاء في التحفة :

وقدم التاريخ ترجيح قبل * لا مع يد والعكس عن بعض نقل⁽¹⁰⁶⁾

كما جاء في قرار لمحكمة النقض: "ترجح الحجة الأقدم تاريخا على الحجة الأحدث. العبرة في قدم الحجة بطول مدة حياة المشهود له بالملك المشهود به لا بأسبقية تاريخ تحريرها"⁽¹⁰⁷⁾.

وفي قرار آخر: "إن الترجيح بقدّم التاريخ بين بيئتين باحتساب مدة الحياة المشهود بها محله أن تكون إحداها تشهد لمدة أطول بالملك لطرف والأخرى تشهد به لمدة أقل لطرف آخر"⁽¹⁰⁸⁾.

ج - تقديم بيئة التفصيل على بيئة الإجمال

الإجمال عند الفقهاء هو احتمال اللفظ لمعنيين أو أكثر، وقيل بأنه الشهادة الخالية من التفصيل المشترك في صحة الشهادة الموصل إلى غالب الظن⁽¹⁰⁹⁾.

105 - ودليل ذلك ما أورده المشرع في المشروع السابق لمدونة الحقوق العينية رقم 19.01 والذي نصت المادة 124 منه على أنه: "إذا تعارضت البيانات المدلى بها لإثبات حياة عقار أو حق عيني على عقار وكان الجمع بينهما غير ممكن فترجح البيئة الأقدم تاريخا والعبرة في قدم التاريخ بالتصرف لا بتاريخ البيئة المراد بها إثبات الحياة...". أما تنصيبه في المادة الثالثة من م.ج.ع وخاصة البند التاسع من الفقرة الثالثة على: "تقديم البيئة السابقة على البيئة اللاحقة تاريخا" فقط، فيأتي في إطار السياسة التي تبناها المشرع على مدار نصوص المدونة والتي تهدف إلى ترك حيز كبير للاجتهاد القضائي حتى يقوم بدوره في استنباط الأحكام من المصادر الاحتياطية للمدونة، حيث يرجع في هذه الحالة للمصدر الاحتياطي الثاني والمتمثل في الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي والذي يؤكد الطرح الذي جاء في المتن أعلاه.

106 - حكم عدد 152 مؤرخ في 26 جمادى الثانية 1344 في القضية رقم 737. المجلس الأعلى: "الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى"، المجلد الأول، م.س، ص 593.

107 - قرار عدد 326 مؤرخ في 2 يونيو 1998 في الملف العقاري عدد 92/5802. محمد بفقير "مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي"، م.س، ص 28.

108 - قرار محكمة النقض عدد 538 مؤرخ في 23 فبراير 2005 ملف مدني عدد 03/1/3033. عمر أزوكار "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج"، م.س، ص 175 وما يليها.

109 - المعطي الجبوجي، م.س، ص 173.

وهذا يعني أن البيئة المضمنة غير منتجة كلما تعارضت مع بيئة مفصلة. فإذا ما تم الاحتجاج ببيتين متعارضتين في نزاع ما، وكانت إحداها متسمة بالإجمال والأخرى مفصلة، فإن هذه الأخيرة هي المرجحة لقول الزقاق في لاميته :

وبائنين والتاريخ أو سبقه ومن * يفصل فمختار على ما قد أجملا⁽¹¹⁰⁾

فإذا تنازع شخصان حول ملكية عقار، وأدلى المدعي ببيئة تشهد بأن المدعى فيه ملك له منذ أكثر من عشر سنين، وشهدت بيئة المدعى عليه بحوزة للعقار مدة عشرين سنة، فالأولى تعتبر بمجملة والثانية مفصلة لذلك ترجح الثانية على الأولى⁽¹¹¹⁾.

وقد طبق القضاء هذا عندما قضى بما يلي: "ترجح البيئة المفصلة على المجملة... ترجح الإرادة التي علم شهودها ما لم تعلمه البيئة المدلى بها من الخصم"⁽¹¹²⁾.

كما جاء في قرار آخر: "ترجح الإرادة التي شهد شهودها بما لم يعلمه شهود غيرها، ولا تهدم بمجرد أدلة ظنية"⁽¹¹³⁾.

وأیضا في قرار آخر: "... المحكمة التي اعتبرت بأن رسم شراء طالب التحفيظ الذي لا يتضمن الحدود لا يرقى إلى درجة الاعتبار للترجيح بينه وبين رسم المتعرض الذي جاء مستوفيا لجميع الشروط الشكلية والموضوعية من تراص ووجود ثمن ومثمن وانطباقه على القطعة الأرضية موضوع مطلب التحفيظ تكون قد ركزت قضاءها على أساس سليم"⁽¹¹⁴⁾.

110 - أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي "فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق"، م.س، ص 304.

111 - عبد اللطيف الودناسي "إثبات ملكية العقار..."، م.س، ص 264.

112 - قرار محكمة النقض عدد 224 مؤرخ في 20 أبريل 2005 ملف شرعي عدد 04/1/2/167. عمر أزوكار "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج"، م.س، ص 148 وما يليها.

113 - قرار محكمة النقض عدد 64 مؤرخ في 2 فبراير 2005 ملف شرعي عدد 04/1/2/315. المرجع نفسه، ص 146 وما يليها.

114 - قرار محكمة النقض عدد 4434 مؤرخ في 24 دجنبر 2008 ملف مدني عدد 06/1/1/1696. مجلة القضاء المدني، عدد 9، ص 191.

خاتمة

اعتمد المشرع المغربي عند تنظيمه لقواعد الترجيح بين الحجج على توظيف الفقه الإسلامي، خاصة الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

إذ حول اجتهاد الفقهاء المتقدمين بخصوص موضوع التعارض الحاصل بين البيّنات والحجج إلى جملة من القواعد التي صيغت بطريقة دقيقة، سعيًا منه إلى تحقيق نوع من العدالة أثناء فض المنازعات بين الأطراف.

ويبقى على القضاء التطبيق السليم لبنود المدونة وتحديد ما إذا كانت بالفعل مكنته من التغلب على الصعاب التي كانت تعترضه قبل صدورها.