



مركز الدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية  
مختبر البحث: القانون الخاص ورهانات التنمية  
أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص  
في موضوع:

قواعد الترجيح بين البيئات  
في ضوء مدونة الحقوق العينية  
- دراسة تأصيلية-

تحت إشراف الأستاذ:

د. محمد بخنيف

إعداد الطالبة الباحثة:

غزلان شبلاوي

لجنة المناقشة:

مشرفا ورئيسا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	د. محمد بخنيف
عضوا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	د. محمد شيلح
مقررا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	د. سعيد البكوري
مقررا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بمكناس	د. ادريس جويلل
عضوا	خبير ورئيس غرفة محكمة النقض	د. محمد بنيعش

## شكر وتقدير

قال رسول الله ﷺ: " لا يشكر الله من لا يشكر الناس "

الحمد لله والشكر له كما ينبغي لجلال وجهه الكريم وعظيم سلطانه على ما أكرمني به من نعمة الصبر والقدرة على إتمام هذه الدراسة التي أرجو أن تنال رضا.

لا يسعني وأنا أضع اللمسات الأخيرة في هذه الرسالة إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساهم من قريب أو بعيد على مساعدتي لإتمام هذا العمل، وأخص بالشكر:

أستاذي محمد بخنيف لتأطيري وإشرافه على هذه الأطروحة، فلم يبخل يوماً في تقديم ملاحظاته العلمية وتوجيهاته ونصائحه، فكان لي طيلة سنوات البحث نعم الأستاذ والموجه، فالله تعالى أسأل أن يجازيه عني خير الجزاء.

كما أقدم فائق شكري وتقديري إلى الاساتذة أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول المساهمة في مناقشة هذا العمل وهم :

الأستاذ سيدي محمد شيلح فقيه القانون المدني، الذي درسني خلال سنوات الإجازة والماستر التي قضيتها برحابة هذه الكلية..

الشكر موصول لأستاذي عبد الحميد الذي لم يتردد يوم في دعمي واسداء النصح لي كلما طرقت بابه.

والشكر كل الشكر لأستاذي سعيد البكوري الذي لم يتردد بقبول قراءته لأطروحتي واغنائها بملاحظاته العلمية فجزاه الله عني كل خير.

وأقدم بالشكر الجزيل للأستاذ محمد بنيعيش لقبوله قراءة أطروحتي فتكبد عناء السفر رغم ضيق وقته وتزامم التزاماته العملية.

والشكر مماثل للأستاذ الجليل ادريس جويلل، على قبول قراءة هذه الأطروحة وتكبده عناء السفر من مدينة مكناس رغم استثنائية الظرفية، لأن يكون عضوا في لجنة مناقشتها واغنائها بملاحظاته العلمية.

وشكري وامتناني أيضا لكل الأطر الادارية العاملين بكلية الحقوق فاس، وعلى رأسهم السيدة "حكيمه لغريم" وأطر المكتبة الوطنية بالرباط وكذا مكتبة آل سعود بالدار البيضاء، وباقي كليات الحقوق التي زرتها، على حسن تفانيهم وتعاونهم لأجل تيسير عمل الطلبة الباحثين.

كما وأشكر الهيئة القضائية بدائرة محكمة الاستئناف بفاس من مسؤولين قضائيين وقضاة وأطر كتابة الضبط على تجاوبها وتفاعلها التشاركي مع البحث العلمي. وكذلك بدائرة محكمة مكناس وابتدائية تازة والناظور.

فشكرا لكل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز وإتمام هذا العمل ولو بدعوة..

## إهداء

إلى من زرع فيَّ المحبة والصفاء، ومنحني اسمه واختار العلم طريقاً لتتویر دربي.

إلى روح والدي الحبيب.

إلى من علمتني الصبر والعزم والجد، إلى رمز الوفاء التي أحببتي بإخلاص  
وكانت دائماً بجانبني إلى وحيدتي النبيلة في حبها وأختها ودعمها لي،

إلى روحك الطيبة أختي.

إلى الحنونة الغالية أمي التي أفنت الغالي والنفيس في سبيل تحقيق طموحاتي  
وسعادتي، ولم تبخل يوم بالتضحية براحتها في سبيل راحتي ودراستي.

إلى ابني الذي لم ينجبه رحمي وأنجبه قلبي وكبدي، إلى صغيري "إسلام".

إلى من كانوا بجانبني في طريق الحياة، ففرحوا لفرحي وحزنوا لحزني، كل أفراد  
أسرتي وصديقاتي وأحبائي كل باسمه.

إليكم جميعاً أهدي عملي المتواضع هذا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فك الرموز المتوسل بها:

العاصمية أو التحفة: تحفة ابن عاصم.

الزقاقية: منظومة الزقاق.

المختصر: مختصر الشيخ خليل.

المدونة الكبرى: المدونة المروية عن الإمام مالك.

ج : الجزء.

ص: الصفحة.

ط : الطبعة.

م : المادة.

ف: الفصل.

نفسه: نفس المرجع أعلاه.

م س: مرجع سابق.

ط : الطبعة.

ق.ل.ع.م: قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ق.م.م : قانون المسطرة المدنية.

م.ح.ع: مدونة الحقوق العينية.

P : page

Ed : Edition

## مقدمة.

إذا كان النظام العقاري المغربي يتميز بازدواجية أفرزت نظامين عقاريين مختلفين، لكل منهما أسسه ومراجعته وإطاره القانوني، فإن إثبات الملكية العقارية في القانون المغربي تتميز بخصوصية تتمثل في كونها تنقسم إلى قسمين: ملكية عقارية محفظة و ملكية عقارية غير محفظة.

وإذا كانت الأولى تخضع في إثباتها إلى نظام السجلات العقارية حيث إن ما ضمن بالرسم العقاري يعتبر حجة قطعية يستمد قوته من مفهوم القوة التطهيرية للرسم العقاري وفق ما نص عليه الفصلان 1 و2 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بإجراءات التحفيظ العقاري، المعدل بموجب قانون رقم 07-14. فإن إثبات ملكية العقار غير المحفوظ والذي في طور التحفيظ أصبحت تخضع في قواعدها لقانون 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المستمدة أحكامها من مبادئ الفقه المالكي خاصة الراجح<sup>1</sup> والمشهور<sup>1</sup> وما جرى به العمل من الفقه المالكي<sup>2</sup>؛ وكذا قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية.

---

<sup>1</sup>الراجح هو القوي والوازن، ورجحت الشيء فضلته وقويته (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار أحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1988، ج 2/ص 445). فهو ما قوي الدليل على أنه قول مالك وإن قلَّ عدد القائلين به، فقوته تنشأ من الدليل نفسه من غير نظر للقائل به. (محمد بن عرفة الدسوقي، الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، طبعة 2011، ج 1/ص 20). وفي هذا الصدد نظم أبو الشتا الصنهاجي قوله: وإن يكن الدليل قد قوي\*\*\* فراجح عندهم يسمى. (أبو الشتا الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الثانية 1375هـ 1955م، ج 2/ص 237). فالحاكم إن كان مجتهدا 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 راجحا عنده مقلداً في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي يقلده في الفتيا (شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس القرافي: الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994، ص 58). ومثاله اعتبار الحيابة حسب الراجح لدى فقهاء المالكية مجرد قرينة دالة على الملك لا سبب من أسباب الملكية، ما يفسر إيراد الفقهاء لأحكامها ضمن أحكام الشهادات. وذلك خلافا لما نص عليه المشرع في مدونة الحقوق العينية حيث اعتبرها سببا من أسباب كسب الملكية.

لذلك فإن المنازعات القضائية المتعلقة بالـعقار غير المحفظ يتم الإثبات فيها وفقاً لقواعد الفقه المالكي الذي أبدع قضاياه في بناء منظومة شرعية متكاملة تضمن للمالك حقه باعتبار أن نظام الإثبات في هذا النوع من العقارات تختلف

<sup>1</sup> المشهور من الشهرة وهي ظهور الشيء في شئته أي شهرته، (مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: "القاموس المحيط"، تحقيق محمود مسعود أحمد، طبعة 2008، ج1/ص 591). والشهرة وضوح الأمر.

وهو ما قوي دليله، لقول الونشريسي: "...اختلفوا في المشهور فقل ما قوي دليله وهو المشهور في المشهور" (أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والمغرب في فقه النوازل، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، طبعة 1981، ج 12/ص 37). فهو بهذا المعنى يعتبر مرادفاً للراجح، وذهب ابن عرفة إلى أنه لا بد أن يزيد قائله على ثلاثة (محمد بن عرفة الدسوقي، م س، ج 1/ص 20)، فحسب الفقهاء لا يكون القول ظاهراً منتشراً إلا إذا قال به جماعة من الناس أقلهم ثلاثة. (أبو الشتا الصنهاجي، مواهب الخلاق، م س، ج 2 ص 237). فالحكم بالمشهور واجب ولا تحل الفتوى في الله إلا به، فيجب على القاضي أن يحكم في حقوق الناس بالمتفق عليه ثم بقول الأكثر، وهو المشهور، فكل من المفتي والقاضي لا يحق لهما الحكم إلا بما اشتهر في مذهبهما من أقوال وآراء، إذ إن القول المشهور هو مناط حكمهما.

ويقول بن فرحون في تبصرته أنه يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه، وذكر عن المازري رحمه الله أنه بلغ درجة الاجتهاد وما أفتى قط بغير المشهور وعاش ثلاثاً وثمانين سنة وكفى به قدوة في هذا. (برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله ابن فرحون اليعمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام"، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1995، ج1/ص 161). ومن الفقهاء من قال أنه: " لا يعدل عن المشهور وإن صح مقابله" (علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، دار الرشاد الحديثة، طبعة 2008، ج 1 ص 40). والفرق بين المشهور والراجح أن المشهور قوته تنشأ من قائله، أما الراجح فقوته تنشأ من الدليل ذاته.

<sup>2</sup> ما جرى به العمل، هو الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في مقابل الراجح أو المشهور، لمصلحة أو ضرورة أو عرف أو غير ذلك من الأسس.. وفي واقع الأمر لما أقفل باب الاجتهاد سداً لريعة من قد يدعيه دون أن يكون من أهله، فتح فقهاء المالكية باباً آخر له عن طريق ما جرى به العمل حين طرأت نوازل ووقائع، واستجدت أموراً كان لا بد من مواجهتها بالنظر في المذهب إلى أقوال مهجورة، وآراء منثورة لتصبح لها حظ من النظر بعد تقويتها بأدلة وأصول. (محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996، ص 513-514).

وتطلق عبارة ما جرى به العمل من مذهب مالك غالباً على الاجتهادات القضائية والفقهية التي خالفت الراجح أو المشهور في المذهب لظروف اقتضت ذلك كدرء مفسدة أو جلب مصلحة (محمد كشور، شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006، ج 1 ص 46). ومن أمثلة ما جرى به عمل العلماء والقضاة اعتماد شهادة جمع من الناس استثناءً متى تعذر الحصول على شهادة عدلية (محمد الربيعي، موقف الفقه والقضاء من اللبغيات قديماً وحديثاً، مجلة الإشعاع العدد 15، يناير 1997 ص 108).

فيه وسائل الإثبات وتتعدد بين الشهادة والإقرار واليمين والمعينة... وهو ما يخالف نظام التحفيظ العقاري الذي يقوم على الكتابة والتسجيل كأهم مرتكزات له في الإثبات، أو ما يعبر عنه بالبيّنات التي تعتبر وسيلة في الإثبات<sup>1</sup>.

هذا، ولقد حاول المشرع من خلال قانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية حسم الخلاف الذي كان قائما بين الفقه والقضاء حول القانون الواجب التطبيق، فهو قانون الالتزامات والعقود أم الفقه المالكي بالنسبة للعقارات غير المحفظة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون 39-08 على أنه: "تُطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي".

وجدير بالذكر أن نظام العقارات غير المحفظة من الأنظمة التي حظيت بأهمية كبيرة في النسيج العقاري المغربي نظرا لشساعة المساحة التي تحتلها هذه العقارات ببلادنا، إذ غالبا ما يتشبه أصحابها بالإبقاء عليها بنفس الوضعية القانونية التي هي عليها، وذلك خوفا من طول إجراءات التحفيظ وارتفاع تكاليفه، ومخافة فقدان عقاراتهم بسبب التعرضات على مطلب التحفيظ. والتي غالبا ما تعرقل عملية التحفيظ، بل وتؤدي أحيانا إلى فقدان عقاراتهم نتيجة ضعف الرسوم والحجج التي يستندون إليها تدعيما لملكيتهم لها؛ لذلك فهذا النوع من العقارات يعد مجالا خصبا للنزاعات العقارية حيث إن طباع الإنسان وفطرته التي تحكمها غريزة حب الامتلاك والتملك، تعتبر سببا في كثرة الاعتداء على حق ملكية الغير، وتعارض المصالح والمنافع بين

<sup>1</sup> عبد الرحمان بلعكيد، الترجيح بين البيّنات، دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2019، ص 5.

الملاكين، ونشوب الخلافات والنزاعات؛ وبالتالي عدم استقرار وتوازن المراكز الحقوقية للمتنازعين.

ولعل أهم ما يطبع النزاعات المثارة حول العقارات غير المحفوظة ارتباطها بدعويين هما دعوى الاستحقاق التي تهدف إلى حماية أصل حق الملكية وبشكل أعم أصل الحق العقاري، فلا سبيل للمدعي لإثبات واقعة الترامي والاستحواذ على عقاره الذي يملكه إلا بالاعتماد على ملكية مستوفية لشروط الملك الخمسة المعمول بها فقها<sup>1</sup>، ودعوى الحيازة التي تهدف إلى حماية حيازة الحق العقاري من خلال إثارتها في حال توفر شروطها القانونية الشكائية<sup>2</sup> والموضوعية<sup>3</sup>.

ففي حال نشوء نزاع بين متخاصمين حول حق الملكية، تثار إشكالية أساسية وجوهرية تتعلق بإثبات الحق المدعى فيه، كأن يدعي شخص ملكية عقار أو حق عيني وارد عليه ويدعي شخص آخر خلاف ذلك، وكل واحد منهما ينكر ما يدعيه خصمه.

<sup>1</sup> شروط إثبات الملك خمسة: اليد، تصرف الحائز تصرف المالك، والنسبة، وعدم المنازع، وطول مدة الحيازة. (أبو عبد الله محمد عيسى المهدي الوزاني: النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، طبعة 1412هـ- 1992م، ج 4 ص 364).

<sup>2</sup> حدد المشرع المغربي شروط الدعوى الشكائية في الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية من خلال نصه بأن ترفع الدعوى في مقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح يدلي به المدعي شخصيا ويحرر به أحد أعوان كتابة الضبط المحلفين محضرا يوقع من طرف المدعي أو يشار في المحضر إلى أنه لا يمكن له التوقيع. ويضيف الفصل 32 من نفس القانون، أنه يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه والمدعي وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعي.. وكذا بسط موضوع الدعوى بوضوح والوقائع وتعيين المدعى فيه تعيينا كافيا، والإشارة إلى الحجج التي ينوي المدعي تدعيم مقاله بها واستعمالها عند الاقتضاء...

<sup>3</sup> المقصود بالشروط الموضوعية ما نص عليه المشرع في الفصل الأول من ق.م.م الذي جاء فيه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه..."

كما يمكن أن يثار مشكل الإثبات حتى في الحالة التي لا يكون فيها أي نزاع، كحالة إثبات واقعة الحيازة أثناء مبادرة الحائز بتقديم مطلب لتحفيظ العقار المحوز حيازة قانونية؛ ففي هذه الحالة قد يكون الحائز يحوز عقاره حيازة تتوفر فيها كافة الشروط المقررة فقها وقانونا لكن يعوزه الدليل حيث يفتقر إلى الوثيقة المثبتة لحيازته، مما قد ينتج عن ذلك رفض المحافظ قبول طلب التحفيظ، أو قد يفقد عقاره في حالة قبول تعرض خصمه، الشيء الذي تتضح معه بجلاء أهمية الحجة أو الدليل الذي يستند عليه الحائز لدعم حيازته وإثباتها بشروطها كاملة.

فكل حق عيني عقاري مدعى به لا تدعمه وسائل إثبات عند قيام نزاع بشأنه يعتبر معدوما والادعاء به عبثا، ولا يلتفت إلى التصرفات العقارية إلا إذا قام الدليل عليها عند نشوء نزاع ما بشأنها.

فمن كان حائزا لحق عيني عقاري وزعم غيره انتقال ملكيته إليه فلا عبرة بزعمه إذا لم يثبت بوجه صحيح الوسيلة التي انتقلت إليه بها ملكية ذلك الحق، ولا حاجة إلى مطالبة المدعى عليه بإثبات صحة ملكيته، عملا بمبدأ الاستصحاب الذي هو أصل من أصول الفقه والذي يوجب بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يُغَيِّرُهُ.

فالأصل حسب الفصل 401 من قانون الالتزامات والعقود هو قبول كل وسائل الإثبات ما لم يقرر القانون شكلا معيناً، وقد حدد المشرع وسائل الإثبات من خلال الفصل 404 من نفس القانون في: الإقرار، الحجة الكتابية، شهادة الشهود، القرينة، واليمين، ويصطلح عليها الفقه الإسلامي باليمين المتممة للنصاب أو يمين النكول.

فإثبات التصرفات العقارية في المغرب عرف تنوعا في وسائله، تبعا لتعدد الجهات المخول لها قانونا مهمة توثيق تلك التصرفات ، حيث تنوعت بين نظام التوثيق الذي كان خاضعا لظهير 4 ماي 1925 الذي نسخ بموجب قانون 32.09، ونظام التوثيق العدلي الخاضع لقانون 16.03، ثم المحررات العرفية الموكول تحريرها للمحامون شريطة أن يكونوا مقبولين للترافع أمام محكمة النقض وأن يكونوا مسجلين في اللائحة السنوية التي تصدرها مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل المغربية<sup>1</sup>.

ومعلوم أن ممارسة مهنة التوثيق في المغرب غير قاصرة على المهنيين المذكورين أعلاه، وإنما هناك أشخاص آخريين غير نظاميين يقومون بتحرير عقود عرفية لا تخضع لأية ضوابط أو معايير، ما أدى إلى الإضرار بحقوق المتعاملين خاصة في ميدان العقار غير المحفظ.

ومن أجل تأهيل مهنة التوثيق فقد عمل المشرع المغربي على إصلاح هذا القطاع من خلال وضع قوانين جديدة، أسند من خلالها مهمة توثيق العقود لجهات مؤهلة للقيام بهذه المهمة ممن لهم الكفاءة العالية والإلمام الواسع بالقواعد القانونية المنظمة لها؛ وهؤلاء هم السادة: العدول والموثقون، وأحاط المحررات الصادرة عنهم بشروط تكتسب بتوفرها، صفة الرسمية.

<sup>1</sup> يرجع إلى الفصل 30 من قانون 28.08 المتعلق بالنظام الأساسي للمحاماة، ثم المادة 12 من قانون 18.00 المعدل بموجب قانون 106.12 المتعلق بالملكية المشتركة، وكذا المادة 4 من قانون 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز والمادة 3 من قانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، ثم المادة 4 من قانون 39.08 الخاص بمدونة الحقوق العينية.

فالوثيقة العدلية التي تتوفر فيها الشروط الشكلية والموضوعية المحددة في قانون 16-03 والمرسوم التطبيقي<sup>1</sup> المتعلق بقانون خطة العدالة تُكسبها الصفة الرسمية<sup>2</sup> التي تجعلها حجة بذاتها دون حاجة إلى الاقرار بها من طرف المحتج بها عليه، بخلاف ما عليه الأمر بالنسبة للمحررات العرفية.

كما تعتبر رسمية الوثائق المحررة بمقتضى المادة 44 من قانون رقم 32-09 المنظم لمهنة التوثيق، وهي حجة - في الإثبات - على الوقائع والتصرفات المضمنة بها.

هذا، وقد جعلت وسائل الإثبات وسيلة لاقتضاء الحق، يتمسك بها المضرور عند ممارسته للدعوى أمام المحاكم، وهي وسائل يستعين بها القاضي لفض النزاعات بين الأطراف ضمانا لحق كل صاحب حق مفترض<sup>3</sup>.

فالادعاء لا يخول صاحبه إمكانية اقتضاء الحق موضوع النزاع إلا إذا كان له ما يثبتته، حيث إن تحديد المكلف بالإثبات من بين الخصوم له تأثير بالغ على سير الدعوى القضائية باعتبار أن الخصم المتحمل لعبء الإثبات يجعله في مركز أدنى قانونا من خصمه المدعى عليه والذي يقف موقفا إيجابيا

<sup>1</sup> مرسوم رقم 2.08.378 صادر في 28 من شوال 1429 (28 أكتوبر 2008) بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

<sup>2</sup> ينص الفصل 35 من قانون 16.03 المتعلق بتنظيم خطة العدالة على أنه: "يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة، والتأكد من خلوها من النقص، وسلامتها من الخلل، وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها. كما يتعين على القاضي ألا يخاطب على الشهادات الخاضعة لواجبات التسجيل إلا بعد تأديتها. ولا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب، وتعتبر حينه وثيقة رسمية."

<sup>3</sup> ذ خالد الحبيب، الطالبات العارضة في قانون المسطرة المدنية المغربي، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 4 ماي 2008، ص 5.

تجاه خصمه المدعي، إعمالاً لقاعدة "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"<sup>1</sup>.

فتحقيق المدعي لالتزامه بتحمل عبء الإثبات عن طريق الإدلاء بالحجج والسندات التي تثبت ادعاءه يجعل العبء ينتقل إلى المدعي عليه، وذلك من خلال ادلائه بما يدحض به حجج المدعي. فإن تمكن من ذلك وأدلى بحجة تشهد بما يخالف بينة المدعي دون أن يتمكن هذا الأخير من نقضها، كان لزاماً على القاضي أن يبحث في السبل الكفيلة لحل النزاع، من خلال البحث في مدى إمكانية استعمال حجج الأطراف جميعها عن طريق الجمع والتوفيق بينها، استناداً لما تقضي به القاعدة الفقهية والقانونية من أن "إعمال الحجة أولى من إهمالها"، حتى إذا لم يتأتى له ذلك لجأ إلى قواعد الترجيح المنصوص عليها في المادة 3 من قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية<sup>2</sup>، حيث تُعين القاضي على تمحيص حجج المدعين، يحاول أن يرجح بينها بواسطة هاتاه المرجحات عند تعارضها.

ولقد ظلت قواعد الترجيح بين البيئات قواعد فقهية بعيدة عن أي تقنين تشريعي، باستثناء إشارات خجولة من المشرع لبعض القواعد من خلال الفصل 458 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والذي أشار من خلاله إلى ترجيح البينة السابقة تاريخاً على اللاحقة، وكذا ترجيح من كان لسنده تاريخ ثابت.

<sup>1</sup> الإمام الحافظ ابن العربي المالكي، عارضة الأحودي بشرح الترميذي، دار الكتب العلمية بيروت، ج 6 ص 86.

<sup>2</sup> الأصل في قواعد الترجيح المنصوص عليها في المادة 3 من مدونة الحقوق العينية، أنها قواعد فقهية جرى العمل بها من طرف القاضي الشرعي المالكي.

فكان على القاضي الرجوع إلى المؤلفات والمصنّفات الفقهيّة لاستنباطها والاهتداء بها في ترجيح بينة على أخرى، لأنها قواعد مستمدة من نوازل الفقهاء المالكيين ونظّمهم ومن القضاء الشرعي الأعلى الذي أبدع من خلال قراراته في وضع تخريجات ساهمت في نفض الغبار عن كثير من القواعد المبتوثة في كتب الفقه المالكي، والتي كثيرا ما شكّلت اتجاهات دقيقة أغنت البحث القانوني، وتبناها المشرع في مدونة الحقوق العينية. ولقد كان إثبات المعاملات العقارية والحقوق العينية الواردة على العقار غير المحفظ يخضع في أحكامه قبل صدور مدونة الحقوق العينية لقواعد الفقه المالكي، وكلها قواعد وردت متفرقة في المراجع الفقهيّة وكتب فقه النوازل؛ ثم عمل المشرع من خلال المادة 3 من مدونة الحقوق العينية الإحالة على قواعد الترجيح المعمول بها في الفقه المالكي. وأهم ما يميز هذه القواعد في باب الترجيح بين البيّنات أنها قواعد صيغت في ضوء الأحكام القضائية المتينة التي صاغها قضاء النقض على مدى ما يناهز قرنا من الزمن، بداية بمجلس الاستئناف الشرعي الأعلى وصولا إلى المجلس الأعلى الذي تحول مؤخرا إلى محكمة النقض.

وقد حاول المشرع تدارك ذلك من خلال المادة 3 المذكورة أعلاه حيث نص على عشر مرجحات بمثابة قواعد وضوابط تعين القاضي على الفصل في المنازعات العقارية التي تعرض أمام المحاكم حيث نطاقها، المنازعات التي يكون موضوعها عقارات غير محفظة التي تفتقر إلى ما يصونها من وثائق ذات حجية قاطعة ومطلقة.

غير أن الجهد الذي بذله المشرع بمناسبة إصلاحه لمنظومة التشريع العقاري وهو بصدد توحيد القوانين المطبقة على المنازعات العقارية، لم يكن كافيا حيث ترك مجموعة من المنازعات العقارية خاضعة لأحكام ظهير

الالتزامات والعقود والراجح والمشهور وما جرى به العمل من فقه الإمام مالك؛ هذا القصور ظهر جليا من خلال تخصيص مادة فريدة هي المادة 3 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على المرجحات العشر، التي أوردتها المشرع على سبيل المثال فقط لا الحصر، واستعمل عبارات فضفاضة يصعب تحديد المراد منها بشكل دقيق.

فقد اكتفت المادة الثالثة بسرد لقواعد الترجيح بعيدا عن كل تفصيل، ما يتنافى مع الأمن القانوني الذي يعتبر وضوح النصوص القانونية والدقة المفترضة فيها أحد أركانه؛ التي ينجلي بها الغموض أو اللبس أو النقص عند التطبيق السليم للقانون، ولا يعرض الأحكام القضائية لأي تضارب بسبب التأويل أو سوء الفهم المختلف لهذه القواعد.

هذا ما وقفنا عليه من خلال تفحصنا لمجموعة من الأحكام والقرارات القضائية كما سيأتي لاحقا، حيث أصبح كل من الباحث القانوني والقاضي يواجهان صعوبة في تمييز الراجح من قواعد الفقه المالكي عن المشهور وما جرى به العمل في كثير من الأحيان؛ وهي صعوبة كان يمكن تداركها ضمن نصوص المدونة بالنص الصريح على المقتضيات التي يتنازعها الخلاف في قواعد الفقه المالكي عموما وقواعد الترجيح خاصة، وبيان ما جرى به العمل من عدمه.

وبناء على ما ذكر، فقد جاء اختيارنا لموضوع الترجيح بين البيئات نتيجة المستجدات التشريعية التي تضمنتها مدونة الحقوق العينية، ومنها المادة 3 التي أصبحت مقتضياتها منظمة بموجب نص تشريعي، وفي الوقت نفسه تتجاذبها

مرجعية فقهية إسلامية، متمثلة في الراجح والمشهور وما جرى به العمل من فقه الإمام مالك.

إذن هي محاولة للوقوف على تلك المقتضيات القانونية التي عنى بها فقهاء المالكية أيما اعتناء: نظماً ومنتناً وشرحاً، وحواشي على الشروح، وطبقوها على القضايا التي كانت تعرض عليهم والتي حوتها كتب النوازل وأقضيتهم، من خلال إعمال رأيهم ونظرهم السديد. فبينوا في الحكم وجه الصواب فيه بما يعززه من الحجج ويقويه ويعضده من الأدلة.

غير أن الوقوف على تلك القواعد وقراءتها من مؤلفات هؤلاء الفقهاء القضاة، يعتبر صعب المنال، فلا يتأتى فهمها واستخراجها ببسر، نظراً للطريقة التي ألفت بها تلك الكتب. إذ نجد بعضها عبارة عن مخطوطات يصعب قراءتها والبعض الآخر كتبت على شكل جداول أو بشكل دائري لا يفهمها إلا الفقيه المتمرس؛ الشيء الذي حذى بي إلى اقتحام هذا المجال الذي كان يعتبر حكراً على فقهاء الشريعة لا الدارسين للقانون إلا النزر القليل منهم، حيث دفعتهم الحاجة إلى ذلك أو دفعهم فضول المعرفة والبحث الحرين.

من دواعي البحث في فقه المرجحات آنئذ، عدم وجود بحوث ومراجع خاصة في موضوع الترجيح بين البيّنات، إلى أن طرح لاحقاً كتابين في الموضوع: أحدهما للمحامي عمر أزوكار<sup>1</sup> وقد ركز فيه البحث على مختلف الاجتهادات القضائية حول موضوع الترجيح بين البيّنات فضم جملة من القرارات القضائية لمحكمة النقض التي عملت من خلالها على تطبيق قواعد

<sup>1</sup> ذ عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيّنات، منشورات دار القضاء، الطبعة الأولى 2014.

الترجيح. ثم كتاب آخر للأستاذ عبد الرحمان بلعكيد<sup>1</sup> عالج من خلاله مختلف قواعد الترجيح بطريقة فقهية رصينة في ضوء المذهب المالكي والتشريع القضائي.

وقد كانت غايتنا من خلال موضوع البحث التركيز على إشكالية محورية مفادها هل ضوابط الترجيح العشرة المذكورة المنصوص عليها في المادة 3 من قانون 39.08، هي على سبيل الحصر أم هي نفسها تتضمن ضوابط ترجيح فرعية كتمارسه داخل المذهب المالكي المعمول به في المغرب؟ ثم في جميع الأحوال، كيفية تعامل القضاء المغربي الحديث مع هذه القواعد أو الضوابط؟ وهل كان متأثراً بفقهاء النوازل في النزاعات العقارية المتعلقة بالعقار غير المحفظ؟

من أجل الجواب على الإشكالية الأساسية ثم الإشكاليات الفرعية، سوف نحاول العمل على شرح وتحليل الأحكام الفقهية والقانونية لكل قاعدة على حدة مستعينين في ذلك بما جادت به قريحة فقهاء المالكية من أقوال وآراء ذات صلة بالموضوع، باستخراج الأحكام الفقهية من مصادرها المعتبرة، معتمدين في ذلك على منهج استقرائي تحليلي. حيث سنعمل على شرح وتحليل مفاهيم كل لفظة متعلقة بقاعدة معينة، والوقوف على كل مرجح بما يحصل به بيانه من كل الجوانب، حيث يعتري هذه الضوابط الغموض والتشابه مع غيرها، وبالتالي تلمس الجزئيات الفقهية والقانونية المحيطة بكل قاعدة.

فلم يكن بالإمكان أن نُؤفّي قواعد الترجيح حقها دون الإتيان على سائر كلياتها وجزئيات مفهوماتها وأحكامها وآثارها؛ والإذعان لهذا القيد المنهجي قد

1 ذ عبد الرحمان بلعكيد، الترجيح بين البيئات دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2019.

يفضي بنا في بعض الأحيان إلى الإطناب والاستطراد، وهما مما يمكن أن يُغتفر للباحث لأنهما من مطابقة الكلام لمقتضى الحال.

وللإجابة على الإشكاليات السالفة الذكر - راجيين من الله أن نكون قد وُفقنا في مسعانا - فقد قسمنا موضوع الرسالة إلى مقدمة وفصل تمهيدي: ضمناه شرح المفاهيم، والأحكام العامة المتعلقة بالتعارض وطرق رفعه. ثم تطرقنا في متن الرسالة إلى تحليل قواعد الترجيح بين البيئات المتعارضة وفق تقسيم ثنائي حاولنا من خلاله أن نبحت عن قاسم مشترك بين القواعد التي نصت عليها المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية وإدراجها في محور يجمعها، خاصة وأن المشرع قد أوردها دون أي ترتيب لها، فتوصلنا إلى أن منها ما يهم **شكالية الحجج المدلى بها كوسائل الإثبات في النزاع المعروض على المحكمة** ومنها ما يتعلق **بجوهر** هذه الوسائل أو موضوعها.

هذا مع العلم أن الفقهاء أثناء وضعهم لضوابط الترجيح لم يميزوا فيها بين ما هو شكلي وما هو موضوعي، وهي خاصية لم يراعها أيضا المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية مما يقتضي في نظرنا إعادة النظر في صياغته للمادة الثالثة.

وحتى نفي بالمطلوب ودون الخروج عما قيدنا به نفسها في هذه المقدمة، سنعمل على بحث ودراسة موضوع الرسالة في بابين مستقلين وذلك على النحو التالي:

### **الفصل التمهيدي: مدخل مفاهيمي للموضوع.**

وستتناول بالتحليل إشكاليات هذا الفصل من خلال مبحثين التاليين:

## المبحث الأول: الترجيح بين البيئات المتعارضة.

### المبحث الثاني: مبادئ الترجيح بين البيئات المتعارضة

## الباب الأول: القواعد الشكلية للترجح بين البيئات المتعارضة في ضوء مدونة الحقوق العينية.

وهذا الباب سنعالج إشكالياته من خلال فصلين كالآتي:

### الفصل الأول: القواعد الشكلية للترجح بين البيئات المرتبطة بشهادة الشهود.

### الفصل الثاني: القواعد الشكلية للترجح بين البيئات المرتبطة بتاريخ البيئة.

## الباب الثاني: القواعد الموضوعية للترجح بين البيئات المتعارضة في ضوء مدونة الحقوق العينية.

وبدوره يتضمن فصلين كالتالي:

### الفصل الأول: القواعد الموضوعية للترجح بين البيئات المرتبطة بالإثبات.

### الفصل الثاني: القواعد الموضوعية للترجح بين البيئات المرتبطة بمدخل التملك.

## الفصل التمهيدي:

### مدخل مفاهيمي للموضوع

## الفصل التمهيدي: مدخل مفاهيمي للموضوع.

إن أعمال قواعد الترجيح من طرف محكمة الموضوع في النزاع المعروض عليها رهين بقيام بعض المبادئ، والتي إن كانت تختلف باختلاف غايتها، لكنها ترتبط وجودا وعدما بتطبيق قواعد الترجيح بين البيئات، فتساوي الحجج وتوفر شروطها يضع القاضي أمام خيارين متساويين.

وبما أن الحجج المستعملة في مجال الترجيح بين البيئات المتعارضة تعتبر جزء من وسائل الإثبات وإعمال ملكية العقار غير المحفظ التي جرى العمل بها في الفقه المالكي والسلطة التقديرية للقاضي، فإنه لا يكفي فيها أن تتوفر على الشكلية التي يتطلبها القانون، إنما تحكمها قواعد أخرى يجب على المحكمة مراعاتها لتحقيق الغاية من الترجيح بين البيئات.

لذلك فقد ارتأينا من خلال هذا الفصل إدراج بعض المبادئ التي تنظم عمل القاضي، فهذا الأخير وهو يفصل في دعاوى استحقاق العقار أو الحق العيني الواقع عليه، يتعين عليه إن كانت له سلطة تقديرية أثناء النظر في النزاع لتقييم الحجج المدلى بها وتقييمها استحضار مجموعة من المبادئ التي تقيد عمله وتوجهه، فتطبيقها تحكمه مساطر وإجراءات من قبيل تكييف الحجة وفق ما تتطلبه ظروف النزاع، وحصر الحجج التي تنطبق عليه، وتعليل المحكمة لحكمها أو قرارها وكيف رجحت حجة على أخرى.

## المبحث الأول: الترجيح بين البيئات المتعارضة.

لقد عالج فقهاء المالكية موضوع الترجيح وأسهبوا في بحثه وتحديد مفاهيمه، لما لوسائل الإثبات من أهمية أمام القضاء، حيث تعد الفيصل في النزاع والآلية التي يعتمدها القاضي عندما تتعارض الأدلة والحجج المدلى بها من طرف كل من المدعي والمدعى عليه، فيعتمدها للموازنة بين الحجج المتعارضة.

وقبل التطرق لقواعد الترجيح كما سطرها فقهاء المالكية في شروحاتهم ونوازلهم ونظمهم؛ وأيضا كما تبناها المشرع المغربي من خلال المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية.

وبناء عليه، لا بأس من أن نبحت في مفهوم كل مصطلح على حدة، من خلال بيان ماهية التعارض بين البيئات، من جهة (المطلب الأول)؛ وكذا ماهية الترجيح بين البيئات من جهة أخرى (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: ماهية التعارض بين البيئات.

إن الحديث عن ماهية التعارض يقتضي منا الوقوف على مفهومه الفقهي وتحديد شروطه التي بتوفرها تسمح للقول بقيام التعارض بين البيئة المدلى بها في النزاع العقاري والمقابلة لها (الفقرة الأولى)، وكذلك معرفة أهم الحالات التي يقوم فيها تعارض البيئات كما نظمها الفقهاء (الفقرة الثانية)، وسنحاول التطرق لذلك كالاتي.

### الفقرة الأولى: مفهوم التعارض بين البيئات وشروطه.

سننتظر في هذه الفقرة إلى مفهوم التعارض بين البيئات عند فقهاء المالكية (أولا) ثم بيان شروطه (ثانيا).

## أولاً: تعريف التعارض بين البيئات عند فقهاء المالكية.

لقد اهتم الفقهاء بوضع تعريف للتعارض بين البيئات كاهتمامهم بتنظيم قواعد الترجيح بينها، وذلك باعتباره مصطلحاً يستحق الإحاطة بمفهومه وبيان معناه، فحده الرصاع بأنه: "اشتمال كل من البيئتين على ما ينافي الأخرى"<sup>1</sup>، أي أن كل بيئة اجتمع فيها ما دلت به على منفاة الأخرى إما صريحا أو ضمنيا بحيث لا يمكن الجمع بينهما<sup>2</sup>. وهو ما قال به الصنهاجي من أن: "تعارض البيئتين هو اشتمال كل منهما على ما ينافي البيئة الأخرى"<sup>3</sup>.

وقيل فيه: "التعارض هو أن تشهد بيئة بحد ما شهدت به البيئة الأخرى، بأن تكون البيئتين متناقضتين تناقضا تاما بحيث لا يمكن الجمع بينهما، فإن أمكن الجمع فهو أولى و ليس هناك إذ ذاك تعارض"<sup>4</sup>.

وجاء في كتاب تبیین الحقائق بأن: "التعارض هو تقابل الحجتين"<sup>5</sup>، وقال عبد السلام العسري، التعارض أن تشهد بيئة بشيء ثم تشهد الأخرى بنقيضه، بأن لا يصح إعمالهما معا، لأن فيه جمعا بين نقيضين وهو محال<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1993، القسم الأول، ص 604.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 605.

<sup>3</sup> ابو الشتا بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، طبعة 1955، ج 1، ص 364. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة 1985، ج 4 ص 336.

<sup>4</sup> محمد العلوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، افريقيا الشرق 1991، نازلة رقم 1673، ص 212.

<sup>5</sup> عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الأولى المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق 1314 هجرية، ج 4 ص 173.

<sup>6</sup> ذ عبد السلام العسري "شهادة الشهود في القضاء الإسلامي" الجزء 2، الطبعة الأولى 2007، مطبعة دار القلم الرباط، ص 504.

فكلما تعارضت الحجج ولم يمكن الجمع بينهما وجب آنذاك اعتماد مرجحات لترجيح إحداها على الأخرى، لقول الشيخ خليل في مختصره: " وإن أمكن الجمع بين البيئتين جمع، وإلا رجح.."<sup>1</sup> وهو ما نظمته الزقاق في منظومته:

بأسباب ملك رجن إن تعارض\*\*\* بدا من شهود وانتفى الجمع أولاً<sup>2</sup>.

فلا يمكن الترجيح بين البيئات المتعارضة إلا إذا تعذر الجمع بينها والعمل بها معاً، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية بنصه: " إذا تعارضت البيئات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينهما غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة... " وذلك كأن يدلي وارث بإثباته تحدد عددا معيناً للورثة وفي المقابل يقدم أحد آخر من الورثة بيئته تشهد بوجود أشخاص آخرين لم تذكرهم الإرادة الأولى، فالبيئتين معا يمكن الجمع بينهما والحكم لكل منهم بقدر نصيبه من التركة.

### ثانياً: شروط التعارض بين البيئات.

عندما يثار النزاع أمام المحكمة يدلي المتخاصمان ببيئات تؤيد ادعاءاتهم وتثبت حق كل منهما في العقار موضوع الدعوى المتنازع فيه، وللقول بقيام التعارض بين البيئات يشترط جملة من الشروط نوردتها كالاتي:

<sup>1</sup> خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل في فقه الامام مالك، الطبعة الأخيرة 1401-1981، ص 270.

<sup>2</sup> أحمد بن علي بن قاسم الزقاق التجيبي الفاسي، الزقاقية، مخطوط، طبعة حجرية بدون تاريخ ص

## أ- أن تكون البيئتان المتعارضتان متحدتان في المحل:

مبنى هذا الشرط أن اتحاد محل موضوع الدعوى فيهما معا هو أساس قيام التعارض بين البيئات، فقد يدعي كل خصم لنفسه العقار المتنازع بشأنه فتثبت إحدى البيئتين الحق لشخص وتنفيه عنه الأخرى وتثبتها لآخر، كأن تشهد بيئة أن العين ملك لزيد وتشهد الأخرى بأن العين ذاتها ملك لعمر.

وإذا أمكن الجمع بينهما فلا تعارض، كوجود بيئة تشهد بالملك وأخرى بالحوز لأن الحوز يمكن أن يكون عن ملك كما يمكن أن يكون عن غيره فيعمل بهما معا ويحكم لصاحب بيئة الملك مع إمكان الجمع بين البيئتين<sup>1</sup>.

وكذلك إن اختلف محل الحكم فلا تعارض، وبالتالي لا مجال لإعمال قاعدة الترجيح، وقد أكد على هذا الشرط المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه أنه: "من شروط إعمال قاعدة الترجيح بين البيئات اتحاد العقار وصفا وحدودا"<sup>2</sup>، وفي قرار آخر اعتبر أنه لا يصار إلى الترجيح بين الحجج إلا إذا كانت منطبقة على محل النزاع: "إن المحكمة غير ملزمة بمناقشة حجج طالب التحفيظ، حتى يدلي المتعرض بحجة قوية، وأنه لا يصار إلى الترجيح بين الحجج إلا إذا كانت منطبقة على محل النزاع، والمحكمة التي اعتبر أن الوثائق المعتمدة من طرف المتعرضين غير كافية لإثبات ملكيتهما للمدعى فيه، لكون الرسم المعتمد عليه من طرفهما ثبت للمحكمة الابتدائية عند وقوفها على عين

<sup>1</sup> ذ محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية والمعاملات المدنية وفي الأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان دمشق، الطبعة الأولى 1982، ص 804.

<sup>2</sup> قرار عدد 161 بتاريخ 16 يناير 2008 الصادر في الملف المدني عدد 1762-1-12007، منشور بمجلة قيس المغربية، العدد 1، يونيو 2011 مطبعة دار السلام الرباط، ص 289.

المكان أنه لا يتعلق بأرض المطلب"<sup>1</sup>. كما وقضى بأنه "لا مجال للترجيح بين ملكيتين ما دام أنه ثبت للمحكمة أن ملكية الطاعنين لا تنطبق على محل النزاع"<sup>2</sup>. حيث اعتبر من شروط الترجيح بين الحجج انطباقهما على النزاع.

### ب- أن يكون الزمان متحد في البيئتين المتعارضتان:

ويُتصوّر ذلك في أن تشهد إحدى البيئتين أن البيت ملك لزيد وتشهد الأخرى أنه في ملك عمر خلال نفس الفترة، وأما إن شهدت إحدى البيئتين أن البيت كان ملكا لزيد منذ سنة وشهدت الأخرى أن عمر قد اشتراه اليوم من زيد، فلا تعارض بين البيئتين لاختلاف الزمان المشهود به<sup>3</sup>.

### ج- أن تكون البيئات المتعارضة في قوة واحدة:

لكي يتحقق التعارض بين الحجج يجب ان تكون متساوية أي أن تكون في قوة واحدة من حيث إثبات الحق، فإذا كانت إحدهما أقوى من الأخرى فتقدم الأقوى ولا تعارض، فلا مقابلة ولا تعارض بين قوي وضعيف، كالحجة الكتابية والشهادة مثلا، حيث يقدم الدليل الخطي على مجرد شهادة الشهود، والحجة الرسمية على العرفية.

ولقد اختلف الفقهاء في الحكم على قوة كل بيئة، وهل تساوي الأخرى أم لا، ككثرة الشهود مع الشاهد الواحد، وكثرة الشهود وعدالتهم وهكذا. لذلك لجأ

<sup>1</sup> قرار 4294 مؤرخ في 2008/12/17، ملف مدني عدد 2007/1/1/1667، منشور بمجلة المنازعات العقارية، سلسلة دراسات وأبحاث العدد 5، منشورات مجلة القضاء المدني، 2013، ص 271-270.

<sup>2</sup> قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 782، بتاريخ 2010/02/17، ملف مدني عدد 2008/1/1/3110، منشور بمجلة القضاء المدني 2013، م س، ص 274-275.

<sup>3</sup> محمد عبد الله محمد الشنقيطي، "تعارض البيئات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة"، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 71.

الفقهاء إلى إعمال الترجيح بين الحجج نظرا لاختلافهم في الحجة القوية والحجة الضعيفة.

أن يكون التعارض بين بيّنات لا يمكن الجمع بينهما فلا تعارض بين دليلين يمكن أن يجمع بينهما، لأنه متى كانت البيّنات متفقتان فإنه تؤيد كل منهما بالأخرى<sup>1</sup>.

فإذا اجتمعت هذه الشروط في الحجج المدلى بها من طرف الخصوم في النزاع لإثبات ملكية عقار أو حق عيني وارد عليه، جاز القول بتعارضها ليبقى الترجيح بينها إن أمكن حلا قانونيا لحسم النزاع.

### الفقرة الثانية: حالات التعارض بين البيّنات.

سنتطرق إلى حالات التعارض كما حددها الفقهاء المالكيين كالاتي:

#### أولاً: كون العقار في يد أحد المتنازعين في الدعوى دون الآخر.

تطرح هذه الحالة إذا كان العقار بيد أحد طرفي الدعوى ويقيم الطرف الآخر دعوى يطالبه فيها باستحقاقه ويدلي كل منهما ببينة مساوية للأخرى، فإنه إن كان في يد أحدهما فهو أولى به من المدعي الذي لا يد معه، فيحكم له به مع اليمين، فان نكل حلف المدعي وحكم له به، وان نكل أقر على يد من هو في يده<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بدران ابو العينين بدران، الأدلة المتعارضة و وجوه ترجيحها، مقال منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة العاشرة 1961 العدد 3-4، مطبعة جامعة الإسكندرية سنة 1962، ص 367.

<sup>2</sup> عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 2004، ج 2 ص 1565.

فإذا كانت الشهادتان فيما لا يُعلم أصله صاراً كمن لا بينة لهما<sup>1</sup> وبقي العقار بيد حائزه من المتداعيين مع يمينه<sup>2</sup>، لما قال به الزقاق في لاميته: "وان يعدم الترجيح فاحكم لحائز..."<sup>3</sup>.

وقد قضى المجلس الأعلى في هذا الصدد بأن: "المدعى عليه مادامت بيده الحيازة لا يضره ما جاء في مقال المدعي و حجته، الأمر الذي يقتضي سلوك الترجيح لإحدى الحجتين طبق المعمول به في ميدان الاستحقاق"<sup>4</sup>.

وأما فيما عُلّم أصله فقد قضى مجلس الاستئناف الشرعي أنه: "إذا كانت الشهادتان فيما عرف أصله ككونه بالإرث من فلان وأقام كل واحد البينة على أنه وارث، فلا يختص به الحائز بل يقسم بينهما"<sup>5</sup>.

وإذا ما تعذر الترجيح بين البيّنات لاختلاف الحيازة بين طرفي الدعوى، فإنه على المحكمة تحديد الطرف الحائز قبل البت في النزاع والحكم لفائدته وألا تكتفي باعتبار المدعي غير حائز، لما قضى به المجلس الأعلى في قرار جاء في إحدى حيثياته أنه:

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه اقتصر في تعليل ما قضى به تجاهه من صحة تعرض المطلوبة على أن: "المدعى فيه يوجد تحت

<sup>1</sup> أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي، فتاوي البرزلي جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 2002، ج 4 ص 232.

<sup>2</sup> جلال الدين بن نجم بن شاس المالكي، عَقْدُ الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 2003، ج 3 ص 1087.

<sup>3</sup> لامية الزقاق، المجموع الكامل للمتون، ص 714.

<sup>4</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 221، بتاريخ 1978/03/29، صادر في الملف المدني رقم 44859، مجلة القضاء والقانون عدد 128 يوليوز 1978، ص 82.

<sup>5</sup> تعليق على الحكم عدد 12، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المادة العقارية، طبعة 2007 ج 4، ص 96.

حيازة المستأنف عليها بدليل أن محمد الشامي هو طالب الاستحقاق وأن القاعدة الفقهية تقول إن بعدم الترجيح بين الحجج فاحكم لحائز... " في حين أنه يتجلى من مستندات الملف أن كلا الطرفين يدعي أنه كان حائزا للمدعى فيه وانتزعا منه الطرف الآخر إذ أن مقال الطاعن الافتتاحي يفيد أن المطلوبة هجمت على المدعى فيه بتاريخ 11 و 12 يناير 2002 وكسرت السياج، بينما المطلوبة أجابت بمقال أن الطاعن ترامي لها على مساحة 400 متر مربع وضمها إلى عقاره، مما كان معه على المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أن تبحث في موضوع الحيازة التي يدعيها الطرفان معا لا أن تقتصر في ذلك على استنتاجها من خلال المقال الافتتاحي للطاعن وحده الذي يكون معه القرار فاسد التعليل منزل منزلة انعدامه وعرضه بالتالي للنقض والإبطال"<sup>1</sup>.

### ثانيا: كون العقار في يد المتنازعين في الدعوى.

وتظهر هذه الحالة مثلا إذا ما كانت هناك دار تحت يد رجلين وادعاها كل واحد منهما لنفسه، وأقاما بينة على ما يدعيه وتساوت وتكافأت بينتُهُما، فإنهما يحلفان وتقسّم الدار بينهما بالتساوي<sup>2</sup>، وهو ما قضى به الفقهاء حيث قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: "... أي بعد يمين كل واحد منهما أنه له، ولم يذكر من الذي يبدأ منهما باليمين"<sup>3</sup>، وفيه قال ابن عاصم في تحفته<sup>4</sup>:

يُقَسَمُ مَا بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْقَسَمِ \*\*\* وَذَاكَ حُكْمٌ فِي التَّسَاوِي مُلْتَزَمٌ...

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 490 صادر بتاريخ 2008/02/06، في الملف رقم 2935/1/1/2006، نشرة قرارات المجلس الأعلى، الجزء الأول السنة 2009، ص 61.

<sup>2</sup> عبد الكريم اشهبون م س، ج 1، ص 286.

<sup>3</sup> الحاشية على الشرح الكبير، ج 4 ص 342.

<sup>4</sup> محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء، طبعة

وقد اختلف الفقهاء على رأيين بخصوص قسمة العقار المدعى فيه، فهناك من قال أنه يقسم بينهما على قدر الدعاوي، و هناك من قال أنهما لا يتفاضلان بمجرد تفاضل الدعاوي إذ أن سبب الاستحقاق بعد تساقط البيّنتين هو الحيازة، وهما فيها سياتن لذلك يقسم بينهما نصفين لتساويهما فيها، إلا أن يسلم أحدهما للآخر بعض حيازته، وكذلك لو كانوا جماعة لقسّم بينهم على عدد رؤوسهم إلا أن يسلم أحدهم بعض ما تخص حيازته<sup>1</sup>.

### ثالثاً: كون العقار في يد أحد من الغير خارج الدعوى.

قد يدعي شخصان داراً في يد شخص آخر، ويقوم كل منهما البيّنة على أنه اشترى هذه الدار من شخص غير الذي ذكره الطرف الآخر، فإن أقر به لوحد منهما لتنزّل إقراره منزلة اليد للمقر له<sup>2</sup> مع يمينه حتى ترجح البيّنة<sup>3</sup>، وإن أقر به لغيرهما أو لم يدعه لأحد فهو بينهما، ولا يُعتبر قوله ولا سكوته، فإن كان بيد غيرهما فليل يبقى بيده وقيل يُقسم بين مقيمي البيّنتين لاتفاقها على اسقاط ملك الحائز<sup>4</sup>.

هذا، إذا كانت الدعوى متساوية مثل أن يدعي كل واحد جميعه، فإن لم يكن في أيديهما وكان في يد من لا يدعيه لنفسه لم يُحكم به لأحدهما إلا ببيّنة، فإن أقام أحدهما بيّنة به حكم له به، فإن أقام الآخر بيّنة يُنظر إلى عدل البيّنتين فحكم بها، فإن تساويا في العدالة عرضت اليمين عليهما، فإن نكل

<sup>1</sup> جلال الدين بن نجم ابن شاس المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، م س، ج 3 ص 1085.

<sup>2</sup> ابن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1995، ج 1، ص 265.

<sup>3</sup> ابن شاس، م س، ج 3 ص 1085.

<sup>4</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكام، م س، ج 1 ص 265.

أحدهما حكم به للحالف، فإن حلفا قسم بينهما، وان نكلا تركا على ما كان عليه<sup>1</sup>.

وإذا تساويا في العدالة سقطتا لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى فكانا كمن لا بينة معهما، وإنما قلنا تعرض الأيمان عليهما فلأن اليمين أحد الحجج للمدعي، فان حلف أحدهما ونكل الآخر حكم به للحالف لأنه قد ساوى صاحبه بالبينّة وزاد عليه باليمين فكان أرجح منه<sup>2</sup>.

وأما إذا ادعى الحائز العقار لنفسه فهو له بيمينه، لقول الرهوني: "إن ادعاه لنفسه وسقطت البيّنتان، حلف وبقي بيده وهو قول المدونة، وقيل يُنزع منه ويقسم أيضا"<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة أن العقار قد لا يكون بيد الغير ولا بيد أي من المتنازعين وقد لا توجد لهما بينة، فإنه يقسم بينهما بعد اليمين ومن نكل عنها سقط حقه، لقول صاحب التحفة<sup>4</sup>:

والشي يدعيه شخصان معا \*\*\* ولا يدُّ ولا شهيدٌ يُدَّعى

يُقسَمُ ما بينهما بعد القسم \*\*\* وذاك حُكْمٌ في التَّساوي مُلتزم.

<sup>1</sup> أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ضبط وتصحيح: محمد بن عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1995، ج2 ص 300.

<sup>2</sup> أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 2004، ج 2 ص 465.

<sup>3</sup> عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 2002، ج 7 ص 390.

<sup>4</sup> ابن عاصم - التحفة - ، م س، ص 37.

## المطلب الثاني: ماهية الترجيح بين البيئات.

إن الوقوف على ماهية الترجيح بين البيئات يقتضي تحديد مفهومه (الفقرة الأولى) وشروطه التي بتوفرها يمكن القيام بالترجح بين أدلة إثبات الحق في الملكية العقارية أو الحق العيني العقاري الواقع عليها (الفقرة الثانية)، وذلك كالآتي.

## الفقرة الأولى: مفهوم الترجيح بين البيئات.

الترجح هو الميل والثقل، يقال: رَجَحَ الميزان يَرُجُحُ وَيَرَجُحُ<sup>1</sup>، ويستعمل متعديا فيقال: رجحته ورجح الميزان يرجح إذا أثقل إحدى الكفتين على الأخرى حتى مالت<sup>2</sup>، رجوحا ورُجْحَانَا وَرَجَاحَةً أي ثقل ومال، وترجحت الأرجوحة أي مالت، وتأتي الرَّجَاحَةُ أيضا في الحليم فيقال: الثقيل، كما يصفون ضده بالخفة والعجل، ويقال أيضا رَجَّحَ ويرجح، كل هذه الألفاظ وغيرها تفيد نفس المعنى أي الثقل والميل<sup>3</sup>.

والترجح في اصطلاح فقهاء القانون تقديم دليل على دليل آخر يعارضه، لاقتران الأول بما يقويه<sup>4</sup>. فإذا وقع تعارض بين رسوم الملكية فإنه

<sup>1</sup> محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دائرة المعاجم مكتبة لبنان، 1407هـ / 1986م، ص 99.

<sup>2</sup> المعجم الوسيط، تقديم مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة 2004، ص 329.

<sup>3</sup> ابن منظور، "لسان العرب"، الجزء الثاني، دار أحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1988 الصفحة 444 وما بعدها.

<sup>4</sup> الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الطبعة الثانية 1988، الجزء 12 ص 185.

يعمل بقواعد الترجيح، وهي قواعد دقيقة ومقاييس مضبوطة وأدوات حادة في صناعة القضاء، والغاية منها منع تضارب الأحكام وإنهاء الخصام<sup>1</sup>.

وأما لدى الفقهاء المالكيين فلم نقف على تعريف دقيق للترجيح عندهم، في الوقت الذي اهتموا فيه بتحديد أسبابه كما في قول الشيخ خليل في مختصره: "وَأِنْ أَمَكَّنَ جَمْعُ بَيْنِ الْبَيْنَتَيْنِ جُمْعَ وَإِلَّا رُجِّحَ بِسَبَبِ مَلِكٍ كَنَسَجٍ، وَتَنَاجٍ إِلَّا بِمَلِكٍ مِنَ الْمُقَاسِمِ، أَوْ تَارِيخٍ أَوْ تَقَدِّمِهِ، أَوْ بِمَزِيدٍ عَدَالَةٍ لَا عَدَدٍ وَبشَاهِدَيْنِ عَلَى شَاهِدٍ وَيَمِينٍ، أَوْ أَمْرَاتَيْنِ، وَبَيِّدٍ إِنْ لَمْ تُرَجَّحْ بَيِّنَةٌ مُقَابِلِهِ فَيُخَلَّفُ، وَبِالْمَلِكِ عَلَى الْحَوْزِ، وَبِنَقْلِ عَلَى مُسْتَصْحَبَةٍ"<sup>2</sup>.

وقد اختلف بعض الفقهاء في بيان المعنى الاصطلاحي للترجيح متخذين في ذلك اتجاهات عدة، وإن كانت جل هذه التعريفات مأخوذة من مفهوم الترجيح لدى الأصوليين نظرا لعدم اهتمام فقهاء القانون بمفهومه فيما يتعلق بأدلة الإثبات في الدعوى، وإن كانت هذه التعريفات يمكن إسقاطها على الترجيح بين البيئات في إطار أدلة الإثبات، وهكذا يمكن اجمال تلك الاتجاهات فيما يلي:

**الاتجاه الأول:** هذا الاتجاه يؤسس رأيه على أن وجود قوة أحد الدليلين يجعله ظاهرا على الدليل الذي يعارضه، ومن ذلك ما جاء في البحر المحيط أن: "الترجيح هو بيان اختصاص الدليل بمزيد قوة عن مقابله ليعمل بالأقوى"<sup>3</sup>، وأنه تقوية إحدى الإماراتين على الأخرى لدليل ولا يكون إلا مع وجود التعارض

<sup>1</sup> ذ عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة طبعة 1995، ص 153.

<sup>2</sup> خليل بن اسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأخيرة 1401 هـ-1981م، ص 270.

<sup>3</sup> بدر الدين الزركشي، " البحر المحيط "، دار الصفاة للطباعة مصر، الطبعة الثانية، 1413هـ-1992، ج 6 ص 130.

فحيث انتفى التعارض انتفى الترجيح، لأنه فرعه لا يقع إلا مرتبا على وجوده، فالترجيح فعل المرجح الناظر في الدليل، من خلال تقديم إحدى الامارتين-الحجة والدليل- الصالحتين للإفضاء إلى معرفة الحكم لاختصاص تلك الإمارة بقوة في الدلالة.<sup>1</sup>

**الاتجاه الثاني:** هو القائل بأن الترجيح من فعل المجتهد، فقد عرفه عبد اللطيف البرزنجي بأنه: "تقديم المجتهد بالقول أو بالفعل أحد الطريقتين المتعارضتين لما فيه من مزية معتبرة تجعل العمل به أولى من الآخر"<sup>2</sup>، والواقع أن هذا التعريف وإن جاء في باب الترجيح بين الأدلة الشرعية فإن القول بذلك محل نظر، لأن قوله: "تجعل العمل به أولى من الآخر"، يفهم منه أن العمل بالدليل الآخر يبقى جائزا، وهو ما لا يمكن قبوله في حق أدلة الشرع، لأن في هذه الأخيرة إن رجح أحد الدليلين على الآخر لتعارضهما يكون العمل بالدليل المرجح أمرا واجبا، وليس من باب أولى.

ويبقى هذا الاتجاه الأكثر دقة في التعبير عن معنى الترجيح، وقد استعمله البعض من الأصوليين في تعريفهم للترجيح بين الأدلة الشرعية<sup>3</sup>، ويمكن توظيفه لصياغة تعريف للترجيح بين البيّنات، وهو الذي ساقه أحد الفقهاء<sup>4</sup> بقوله: "الترجيح هو تقديم القاضي بالقول أو الفعل أحد الطريقتين المتعارضتين لوجود مزية توجب هذا التقديم".

<sup>1</sup> أبو البقاء محمد بن أحمد الفتوحى المصرى، شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير في أصول الفقه، الناشر وزارة الاوقاف السعودية طبعة 1993، المجلد الرابع، ص 594.

<sup>2</sup> عبد اللطيف البرزنجي، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1993، ص 89.

<sup>3</sup> محمد ابراهيم محمد الحفناوى، التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامى، نشر دار الوفاء المنصورة، الطبعة الثانية، 1987، ص 282.

<sup>4</sup> سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الاثبات -دراسة فقهية وقانونية مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية 2006، ص 42.

فدور القاضي في عملية الترجيح لا يبدأ إلا عندما يتأكد من وجود التعارض، مما يجعل الترجيح ملازماً للتعارض ولا وجود له إلا بوجوده فهو يدور معه وجوداً وعدمًا، ويجعل التعارض شرطاً محورياً لإعمال الترجيح يضاف إلى غيره من الشروط التي سنعمل على توضيحها.

### الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين البيئات.

يتوقف إعمال الترجيح وتطبيقه على الحجج المدلى بها في موضوع النزاع على توفر مجموعة من الشروط، منها ما يرتبط بالحجة من حيث وجوب كونها صحيحة، ومنها ما يتعلق بمضمونها، فيكون التقابل بينهما على وجه توجب كل واحدة منها عكس ما توجبه الأخرى، ويتوجب على القاضي وهو بصدد النظر في النزاع المعروض أمامه التأكد من توفرها والتي يمكن إجمالها في الآتي:

#### أولاً: صحة الحجج المدلى بها.

إن الترجيح بين البيئات المدلى بها من الأطراف المتنازعين في الدعوى، من أجل إثبات تملكهم للعقار المتنازع عليه، يفرض على القاضي قبل ذلك البحث في مدى صحة تلك الحجج من عدمه، شكلاً ومضموناً، فوجود عيب في الرسم أو الوثائق المدلى بها، كما لو تخلف شرط جوهرى من شروط صحته يجعل الرسم باطلاً فقهاً وشرعاً وبالتالي لا مجال لترجيحها بغيرها.

وقد أكد المجلس الأعلى ذلك، حيث جاء في إحدى قراراته بأنه: "... لكن خلافاً لما يدعيه الطاعنون، فإن المحكمة ناقشت حجج الطرفين ورأت شراء المتعرضين مجرداً عن أصل الملك وعن الحيازة، لذلك لم تكن في حاجة إلى الترجيح حسب الأقدمية التي لا يُلجأ إليها إلا إذا كان العقدان معاً صحيحين من

حيث الشكل ومنتجين في الدعوى، أما في نازلة الحال فإن حجج المتعرضين لا تفيدهم في الدعوى"<sup>1</sup>.

وأكد في قرار آخر أن: "المحكمة لا تلجأ إلى قواعد الترجيح بين الحجج إلا عندما تكون حجج الطرفين مستوفية للشروط المتطلبة شرعا ومنطبقة على أرض النزاع"<sup>2</sup>.

فالمحكمة لا تعتمد في الترجيح على الحجة التي اختل أحد شروطها، وهو ما سارت عليه أيضا محاكم الموضوع، ففي حكم ابتدائية سطات جاء فيه أنه: "لا يلجا إلى الترجيح بين حجج الطرفين إلا اذا كانت مستوفية للشروط الشرعية"<sup>3</sup>.

ومن هذه الشروط أيضا ما يتعلق بصحة مقال الدعوى فهي تعتبر صحيحة مبدئيا إلا أن يكون فيها إجمال، حيث يجب على المدعي أن تكون دعواه واضحة ومبيّنة بدقة وغير مبهمة وإلا كانت غير مسموعة لفقدانها البيان، وأن تكون موجهة إلى معين لكون الدعوى بالمجهول لا تسمع لتعذر القضاء به<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> قرار عدد 3910 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 يوليوز 1995، في الملف رقم 91/3549، أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري خلال اربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2003، ص 293.

<sup>2</sup> قرار عدد 570 مؤرخ في 20/02/2001، ملف مدني عدد 2000/11/1652، أورده عبد العزيز توفيق، قضاة المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري خلال اربعين سنة، م س، ص 142.

<sup>3</sup> حكم رقم 141 صادر بتاريخ 20/03/2013 ملف رقم 2012/1401/181، غير منشور.

<sup>4</sup> علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، دار الرشد الحديثة، طبعة 2008، ج 1 ص 51.

وهو ما لخصه الزقاق أيضا في لاميته بقوله: "... و دعواه صحّت لكن إن كان مُجملاً"<sup>1</sup>.

فقد اشترط الفقهاء بأن ترد مقالات الدعوى مبينة غير مجملة لقول صاحب التحفة:

والمدعى فيه له شرطان \*\*\* تحقّق الدعوى مع البيان<sup>2</sup>.

حيث نبهوا إلى ضرورة أن يبين المدعي ما ورد غامضا أو مجملا في دعواه. فذهب الزقاق في لاميته إلى وجوب أن تأتي الدعوى خالية من الاجمال وأن يتم المدعي ما نقص منها ويفسر إبهامها ورتب على خلاف ذلك سقوطها لقوله: "يسقط إجمالاً"<sup>3</sup>.

وهو ما سار عليه المشرع المغربي من خلال الفقرة الثانية من الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية<sup>4</sup>، حيث يشترط لقبول الدعوى توفر شروط نخص منها بالذكر ما يتعلق بوقائع النزاع والتي قد تكون شخصية أو عينية، فقد استهل المشرع الفصل المذكور بعبارة "يجب" والتي تعني الالتزام والوجوب في أن يبين الأطراف في مقال الدعوى موضوع النزاع ووقائعه بدقة.. وذلك حتى يتسنى

<sup>1</sup> أبي الحسن علي بن القاسم التّجيبّي الفاسي المعروف بالزقاق، منظومة الزقاقية ، طبعة حجرية، بدون تاريخ، ص 2.

<sup>2</sup> إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س، ص 11.

<sup>3</sup> - ابي الحسن علي بن قاسم بن محمد التّجيبّي "المنهج المنتخب في قواعد المذهب"، م س، ص 16.

<sup>4</sup> ينص الفصل 32 من ق.م.م على أنه:

- يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية و الشخصية و صفة أو مهنة و موطن أو محل إقامة المدعي عليه و المدعي و كذا عند الاقتضاء أسماء و صفة و موطن وكيل المدعي، وإذا كان أحد الأطراف شركة و جب أن يتضمن المقال أو المحضر أسمها و نوعها و مركزها.

- يجب أن يبين بإيجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع الدعوى و الوقائع والوسائل المثارة وترفق بالطلب المستندات التي ينوي المدعي استعمالها عند الاقتضاء مقابل وصل يسلمه كاتب الضبط للمدعي يثبت فيه عدد المستندات المرفقة و نوعها...

للقاضي درءً لأي غموض معرفة المحل المتنازع بشأنه بوضوح، لأن تأثير الإجمال والتفصيل في البيئات لا يظهر إلا بعد أن تعرض أمام المحكمة فترجح إحدى البيئات لورودها مفصلة بعلل واضحة خالية من الغموض على البيئة المقابلة.

لذلك يشترط في المقال الافتتاحي للدعوى أن يتوفر فيه شرط البيان ورفع الإجمال، فتستدعي صحته تعيين العقار بذكر حدوده من حيث جهاته الأربع على وجه مفصل كأن يقال أرض بالقرية الفلانية يحدها قبلة أرض أو بستان فلان أو واد يعرف باسم كذا أو طريق عام، كما أن تعيين العقار يتطلب بيان نوعه إذا كان أرضاً فلاحية أو عقاراً مجهزاً للبناء أو مبنياً.

ويمكن للقاضي المقرر أو المكلف بالقضية أن يطلب تحديد البيانات غير التامة أو التي وقع إغفالها، وهو ما نص عليه المشرع من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من ق.م.م حتى يتضح موضوع النزاع ويتسنى للمحكمة إعطاء كل ذي حق حقه، فهو مطالب باستجلاء الغموض وتفسير المجمل في حال عدم وضوح بيانات موضوع النزاع، فيكون عليه تفصيل المجمل شفهيًا إن كانت المسطرة شفهيّة، أو إصلاح المقال إن كانت المسطرة كتابية وذلك يدخل في إطار سلطته في تجهيز القضية وإعداد الدعوى، وهو أمر لا يتنافى مع الحياد الإيجابي المفترض في القاضي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ذ عادل حاميدي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية و المدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقہ الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2015، ص 612.

هذا وتستبعد المحكمة الحجج إذا سبق الإدلاء بها للإثبات في نزاع سابق وتم الحكم فيه، وذلك إعمالاً لمبدأ حجية الأمر المقضي به<sup>1</sup>.

غير أن مبدأ أسبقية البث في النزاع لا يمكن أخذه على إطلاقه في مجال الترجيح بين البيئات، على اعتبار أن بعض الرسوم قد تفيد تملك صاحبها لعقارات مختلفة ويمكن أن يثار نزاع حول واحد منها، فتستند المحكمة على تلك البيئة للفصل في النزاع مع بقاء نفس البيئة في نزاع آخر قد يثور حول قطعة أخرى.

وعموماً يبقى شرط صحة الحجج المدلى بها ضرورياً من أجل إعمال قواعد الترجيح، فلا مجال أمام المحكمة لأن تقارن بين حجة صحيحة وأخرى باطلة.

### ثانياً: تعارض الحجج.

إن القول بإعمال قاعدة الترجيح بين الحجج لا يمكن اعتمادها إلا إذا وقع بينها تعارض، وتحققت شروطه وكانت البيئتين منتجتين معا في الدعوى<sup>2</sup>،

<sup>1</sup> يترتب على صدور الحكم اكتسابه حجية فيما فصل فيه من مسائل متنازع عليها، ومعنى ذلك أنه لا يجوز عرض نفس الدعوى مرة أخرى بنفس عناصرها من موضوع وسبب وأطراف أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام محكمة أخرى بغير اتباع طريق من طرق الطعن إن كان مسموحاً به، وإذا حصل ذلك جاز للمدعى عليه في المنازعة الثانية أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها.

- ذ عبد الحميد أخريف، محاضرات في القانون القضائي الخاص، أقيمت على طلبه السنة الرابعة، شعبة القانون، طبعة 2002، ص 284-285.

فحجية الأمر المقضي به تحول دون إعادة الدعوى من جديد إلى ساحة القضاء، وتختلف عن "قوة الأمر المقضي به" في أن قوة الأمر المقضي تمنح للحكم القضائي حصانة أكثر من حجية الشيء، حيث أنها تحصنه من طرق الطعن العادية و تمنحه قوة تنفيذية مؤقتة إلى أن يستنفد طرق الطعن غير العادية ويصبح باتاً.

<sup>2</sup> ذ محمد الربيعي، "تعارض البيئات الليفية في مجال العقار غير المحفظ وقواعد الترجيح بينها"، مقال منشور بمجلة الملف عدد 16 ابريل 2010، ص 27.

فمتى تحقق التعارض بين الحجج وجب على المحكمة مناقشتها وبيان نوع التعارض والسبيل القانوني الذي اعتمده في الترجيح، ولكي يتحقق شرط التعارض يجب أن تكون البيئتين متساويتين، وتنطبقان معا على نفس الملك المتنازع بشأنه، وهو ما أقرته محكمة النقض: "ان المحكمة لما لها من سلطة تقديرية في تقييم الحجج واستنتاج قضائها منها، حيث عللت قرارها بأن حجة المستأنفين بصفتهم متعرضين وهي رسم الاستمرار عدد 7118، مستوفية لكافة الشروط المطلوبة شرعا في إثبات الملك وتنطبق تمام المطابقة على الملك موضوع الطلب ومقرونة بالحيازة بمعايينة المحكمة خلال بحث أجري بواسطة المستشار المقرر، وبإقرار طالبي التحفيظ في حين أن رسم استمرار طالبي التحفيظ الذي يثبت كذلك أن المالكين المذكورين فيه قد فوتوا جزءا منه للمسمى... حسب رسم المبيع المدلى به في الملف والذي يحد الملك موضوع الطلب حاليا من الشمال، تؤكد أنه لا ينطبق على الملك، فإنه بهذه التعديلات يكون القرار معللا بما فيه الكفاية، كما أن المحكمة لا تلجئ إلى قواعد الترجيح بين الحجج إلا عندما تكون حجج الطرفين مستوفية للشروط المتطلبة شرعا ومنطبقة جميعها على أرض النزاع"<sup>1</sup>.

كما أنه لا مقابلة ولا تعارض بين دليل قوي ودليل ضعيف، فلا تعارض بين وثيقة رسمية و أخرى عرفية<sup>2</sup>، حيث يتم العمل بالأقوى وهي الوثيقة الرسمية لي طرح الدليل الأضعف، وتطبيقا لذلك جاء في قرار لمحكمة النقض ما

<sup>1</sup> قرار عدد 750، بتاريخ 20/04/2001، في الملف المدني عدد 1652/1/2000، أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري خلال أربعين سنة، م س، ص 124.  
<sup>2</sup> ذ عبد الرحمان الدريوش، "قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة بشأن المنازعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ" أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش تحت عنوان "العقار غير المحفظ... إلى أين"، وذلك يومي 27 و 28 فبراير 2004، المطبوعة والوراقة الوطنية مراكش، طبعة 2004، ص 206.

يلي: " إن المحكمة وما لها من سلطة في تقييم الأدلة واستخلاص قضائها منها فإنها حين عللت قرارها بأن: " الترجيح بين الحجج لا يلجأ إليه إلا عند تساويها في الحجية وأن الثابت من رسم المتعرض عدد 165 أنه ينطبق على محل النزاع ومستجمع لشروط الملك الخمسة من يد ونسبة وطول مدة التصرف وانعدام المنازع وعدم الفوت، خالف رسم طالبي التحفيظ عدد 763 الخالي من عنصر النسبة مما يجعله ناقص الحجية بالنسبة للأول وبالتالي فهو غير قابل لعملية الترجيح معه، وأن شهود الإثبات زمن المعاينة وحتى الشاهد الثالث من شهود النفي فشهادتهم لصالح الطرف المتعرض، وأن الرسم المعرف عدد 227 لم يثبت للمحكمة خلال المعاينة الابتدائية تعلقه بالمدعى فيه حتى يجري فيه الترجيح مع رسم المتعرض عدد 165 مما يكون معه التعرض مرتكزا على أساس وثابتا بما فيه الكفاية"، فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معلالا تعليلا كافيا مما تبقى معه علة الأخرى المنتقدة عللاً زائدة يستقيم القضاء دونها، والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار"<sup>1</sup>.

فإعمال الترجيح بين البيئات لا يتأتى إلا بعد البحث الدقيق والفحص العميق للتأكد من تحقق شروطه، وذلك حتى تتمكن المحكمة من تحقيق الغاية المتوخاة بالأساس من دفع التعارض وإعمال قواعد الترجيح بين البيئات التي تعتبر مخرجا بيد القاضي يفض من خلالها النزاع حسب ما قرره الفقهاء ونصت عليه مدونة الحقوق العينية. وأما ان لم تتوفر شروط الترجيح فإن المحكمة تلجأ إلى الجمع بين الحجج كأصل سابق للترجيح أو إسقاطها كما سنبين في المطلب اللاحق.

<sup>1</sup> قرار عدد 984 المؤرخ في 2003/04/02، ملف مدني رقم 2002/1/1/505، عمر أزوكار "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج" مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2014 ص 168.

## المبحث الثاني: مبادئ الترجيح بين البيئات المتعارضة.

إن اللجوء إلى الترجيح لحل التعارض القائم بين الحجج يحتم على القاضي تحديد أطراف النزاع لمعرفة من عليه تقديم بينته أولاً لإثبات ادعائه ومن يعفى بالمقابل من الإثبات، إلى حين إدلاء الطرف الآخر ببينته، و يقع بالأساس عبء الإثبات على المدعي تبعاً للقاعدة الفقهية المعروفة التي تقول إن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر، والتي تجد سندها الشرعي في الحديث النبوي الشريف، حدثني أبو الطاهر أحمد بن عمرو بن سرح، أخبرنا ابن وهب عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: "لو يُعْطَى الناسُ بدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ"<sup>1</sup>.

فمن ادعى ملكية عقار أو حق عيني عقاري لزمه إقامة البيئة المثبتة لما يدعيه، فإدراك المراكز القانونية للخصوم في مجال الإثبات له أهمية كبيرة للحسم في النزاع، لما يترتب عنه من تحديد لمسار الدعوى عموماً.

وقد ارتأينا في هذا المبحث الوقوف على أهم القواعد التي تنظم دور القاضي في الترجيح بين البيئات (**المطلب الأول**)، قبل الانتقال إلى الحديث عن طرق دفع التعارض في (**المطلب الثاني**) وتتمثل في الجمع بين البيئات وتساقطها، دون الإسهاب في الترجيح - وإن كان طريق من طرق رفع التعارض بين الحجج - باعتباره محور الدراسة وسنتطرق له بالتفصيل فيما بعد.

<sup>1</sup> محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، دار الفجر للتراث - القاهرة، الطبعة الأولى 1420هـ / 1999م، المجلد السادس، ص222.

## المطلب الأول: القواعد الإجرائية للترجيح بين البيئات.

إن دور القاضي لا يقف عند حد توزيع عبء الإثبات إنما يمتد إلى ما بعد ذلك، من خلال أعمال سلطته المنوطة به قانوناً لتقييم حجج الأطراف و تمحيصها، حتى يتمكن من تحديد البيئة المرجحة على غيرها، ويكون ملزماً أثناء نظره في النزاع، بمراعاة قواعد مسطرية خلال تطبيقه لقواعد الترجيح، لأن هذه الأخيرة تحظى بحماية قضائية تكفل تطبيقها تطبيقاً سليماً، وتضمن الغاية التي شرعت لأجلها، وسنحاول الوقوف على قاعدة سلطة المحكمة في الترجيح بين البيئات (الفقرة الأولى) وتعليل المحكمة سلطتها في الترجيح (الفقرة الثانية) قبل أن ننتقل إلى قاعدة استبعاد قواعد الترجيح (الفقرة الثالثة).

### الفقرة الأولى: قاعدة سلطة المحكمة في الترجيح بين البيئات.

يعتمد القاضي على ما تقدم به المتنازعين من حجج لإثبات ادعاءاتهم، حيث يلقى على عاتقه عبء تفحصها وتقييمها لاستخلاص الوقائع وتقرير مدى صحة هذه الحجج حتى تتكون لديه قناعة بقيمة وقوة البيئة الثبوتية، وهو ما يندرج مبدئياً ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع واستقلاليتها للبت في النزاع، فلديها مطلق الصلاحية في تقدير الدليل والأخذ به من عدمه، وهو ما أكدته المجلس الأعلى في قرار له: "تقييم الحجج وتقديرها موكول لسلطة قضاة الموضوع"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 664 صادر بتاريخ 1995/3/28، في الملف العقاري 90/6784، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني من 1983 إلى 1995، مطبوعة ومكتبة الأمنية، ص 253.

وفي قرار آخر: " ان محكمة الموضوع لها السلطة التقديرية في تقييم الأدلة المعروضة عليها واستخلاص قضائها منها"<sup>1</sup>.

فالقاضي يقف موقفا وسطا في الدعوى، بين الإيجاب والسلب حيث يعمل على توجيه الخصوم لاستكمال الأدلة الناقصة وتوضيح المبهم منها وهذا لا يتعارض بأي شكل من الأشكال مع تقيد القاضي بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيمتها، حيث تبقى له السلطة التقديرية لتقدير حجية كل دليل في حدود قيمته القانونية<sup>2</sup>.

وهو ما أقر به المجلس الأعلى في قرار جاء فيه أن: " المحكمة يمكنها أن تفحص الحجج المستدل بها من لدن الأطراف قصد المقارنة بين قوة إثبات كل حجة، ولكن إذا كان المتعرض قد عزز تعرضه بحجج مقبولة شرعا في إثبات ما يدعيه. فإن المحكمة اعتبرت بما لها من سلطة تقديرية أن اللفيفتين عدد 30 و 416، اللتين أدلى بهما الطاعن لا ترقيان إلى درجة الاعتبار، مبينة بما فيه الكفاية أسباب استبعادها، ومن جهة أخرى فإن الطاعنين لم يبينوا ما هو الموجب الثالث الذي أدلو به ولم تتعرض له المحكمة كما أن محضر الوقوف على عين المكان لا يتضمن أي عنصر إيجابي يفيد الطاعنين في إثبات ادعاءاتهم، هذا بالإضافة إلى أن المحكمة غير ملزمة بالرد صراحة على جميع أقوال الطاعنين الغير منتجة في الدعوى، وأنه فيما يتعلق بزورية حجج طالب التحفيظ فإن المحكمة لم يكن

<sup>1</sup> قرار عدد 1164، صادر بتاريخ 2002/04/03 في الملف المدني عدد 2001/1/1/3111، منشور بمجلة رسالة المحاماة عدد 2003/07/20، ص 171.

<sup>2</sup> ذ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2 ص 31.

لديها ما يبرر بحثه ما دامت قد استبعدت حجج المعارضين فتكون بذلك وسائل الطاعنين جميعا غير جديرة بالاعتبار وغير مرتكزة على أساس<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: قاعدة تعليل المحكمة لسلطتها في الترجيح بين البيئات.

إذا كان للمحكمة مطلق السلطة في تقدير طرق الإثبات الذي ترى الأخذ به واعتماده في قضائها، فإن هذه السلطة تبقى مقيدة وهي بصدد تطبيق قواعد الترجيح على النزاع المعروض أمامها، وذلك بوقائع النزاع وحدوده وباستخلاص وتفحص العناصر الواقعية المنتجة في الدعوى<sup>2</sup>.

وأن تعمل على تعليل ترجيحها لبيئة دون الأخرى تعليلا كافيا، يُبرز مجموعة الأسانيد الواقعية والقانونية التي بني عليها منطوق الحكم<sup>3</sup>، وذلك تحت طائلة فقدان الحكم الصادر لقوته وأساسه القانوني وتعريض حكمها للطعن فيه بطريق من طرق الطعن المقررة قانونا، وهو ما تبناه المشرع المغربي حيث اعتبر أن عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل من بين الأسباب الموجبة لطلب نقضه، فقد نص من خلال الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية إلى أنه: " يجب أن تكون طلبات نقض الأحكام المعروضة على محكمة النقض مبنية على أحد الأسباب الآتية: ...

5- عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل".

<sup>1</sup> قرار عدد 2359، بتاريخ 18/10/1985، في الملف المدني 77921، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية من سنة 1989 إلى 1991، ص 308.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أيوب، التكييف القانوني - الأسس النظرية والجوانب العملية - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء، 2003-2004، ص 273.

<sup>3</sup> ذ محمد كشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية، مطبعة النجاح الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1982، ص 487.

وهو ما سار عليه العمل القضائي حيث تبنته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "حيث ثبت صحة ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه التمس في مقاله الافتتاحي الحكم باستحقاقه نصف العقار وتمكينه من شفعة نصفه الباقي من يد المدعى عليه، وبعد أن قضت المحكمة الابتدائية بعدم قبول طلبه، استأنف الحكم الابتدائي وأكد طلبه الرامي إلى الاستحقاق والشفعة وأدلى برسم شراء مبني على ملكية تحت عدد 298... والذي يفيد أن الطاعن اشترى أصالة عن نفسه ونيابة عن إخوانه... "للذكر مثل حظ الأنثيين" نصف العقار موضوع الدعوى، غير أن المحكمة اكتفت في تعليل قرارها بالقول أن "الشفعة تقتضي إثبات حالة الشيعاء واثبات المشفوع للشقص المراد شفحته الشيء الذي لم يتحقق في النازلة ما دام أن الوثائق المدلى بها لا تبرر كون المستأنف"، دون أن تناقش موضوع الاستحقاق ودون أن تقيم الوثائق المدلى بها من طرف المدعي لتدعيم دعواه بخصوص طلب الاستحقاق، فجاء قرارها ناقص التعليل ومنزل منزلة عدمه<sup>1</sup>. فتقييد سلطة المحكمة بتعليل اعتمادها دليل دون الآخر يعتبر من الضمانات الأساسية لحسن التقاضي وحسن سير العدالة.

### الفقرة الثالثة: قاعدة استبعاد قواعد الترجيح يعد خرقاً للقانون.

إن تطبيق قواعد الترجيح المنصوص عليها من طرف المشرع في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية يخضع لرقابة محكمة النقض، باعتبارها قواعد يتعين على محاكم الموضوع تطبيقها تطبيقاً سليماً كلما أثير النزاع أمامها وتعارضت حجج الأطراف الإثباتية.

<sup>1</sup> قرار عدد 1/414، مؤرخ في 26 نونبر 2013، صادر في الملف المدني، عدد 2013/4/1/3054، غ.م.

فخرق قواعد الترجيح أو عدم تطبيقها تطبيقاً سليماً يعتبر سبباً موجباً للطعن أمام محكمة النقض، لتعلق الأمر بمسألة حسن تطبيق القانون، الذي يرجع أمر النظر فيه لمحكمة النقض، وهو ما سارت في قرار لها جاء فيه<sup>1</sup>: "...حيث صح ما نعتة الوسيلة، ذلك أنه لئن كان المعتبر في أهلية الشاهد هو زمن ادائه للشهادة لا زمن تحمله بها، فإن ذلك منوط بأن يكون يوم التحمل عاقلاً قادراً على التمييز يستطيع ضبط الشهادة وحفظها إلى وقت أدائها، ولا يكون كذلك إلا إذا بلغ سن التمييز، لأن العقل بما يقتضيه من إدراك وتمييز شرط في التحمل والاداء معاً كما هو مقرر فقهاً، والمحكمة لما اكتفت بتوفر شرط الاداء وقبلت شهادة الشاهدين بالإثارة عدد 293 بالرغم من أن الأول مزداد سنة 1949 وقبل سنة فقط من حصول الواقعة المشهود بها وهي وفاة الهالك موروث المطلوبين في النقض سنة 1950، والثاني مزداد سنة 1954، أي بعد ذلك بأربع سنوات ولا يتوفران بالتالي على أهلية التحمل بالشهادة ورتبت على ذلك اعتبار الإثارة عدد 293 و عدد 439 المذكورتين متكافئتين وعمدت إلى ترجيح المثبتة على النافية بالرغم من انعدام التكافؤ بينهما لعدم توفر أهلية التحمل في شاهدين من شهود الإثارة عدد 293، بينما الإثارة 439 قد أنجزت بعد وفاة الهالك، وبذلك تكون المحكمة قد خرقت قواعد الترجيح المقررة فقهاً وعرضت قرارها للنقض".

فالإلزامية وحسن تطبيق قواعد الترجيح من طرف محاكم الموضوع اكتسبتها من أهميتها ودورها في حل اشكالية تعارض الحجج وتحقيق الهدف المرجو منها في حل النزاع بما يصون الحق ويحفظه، لذلك فاعتبار خرق هذه

<sup>1</sup> قرار عدد 319، مؤرخ في 2007/05/30، في الملف الشرعي 2005/1/2/217، قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات لعمر أزوكار، م س، ص 132-134.

القواعد خرقاً للقانون يعتبر أمراً مجمعا عليه سواء من طرف الفقهاء أو التشريع أو القضاء.

### المطلب الثاني: الجمع بين البيئات وامكانية إسقاطها.

تعتبر الدعوى نطاق معالجة ودفع التعارض بين أدلة الإثبات حيث يتقدم كل خصم ببينة تدعم ادعاءه ومزاعمه وتعارض حجة الخصم المقابل، ويكون حكم المحكمة هو الفاصل لدفع هذا التعارض.

فعندما يعرض النزاع على المحكمة ويكون لكل من الخصمين بيئة تؤيد دعواه ويظهر تعارضها، فإنها تصبح ملزمة لرفع هذا التعارض، وذلك بإعمال القواعد الفقهية التي صاغها الفقهاء وكانوا من خلالها يمكنهم الوقوف على البيئة العاملة في النزاع وتساعدتهم على حسمه، وهي القواعد نفسها التي اعتمدها القضاء المعاصر كلما ظهر تعارض بين البيئات.

فأول خطوة تلجأ إليها المحكمة عند قيام التعارض بين الحجج المدلى بها من طرف الخصوم، هي محاولة الجمع بين هذه البيئات، حتى إذا تعذر انتقلت إلى الخطوة الثانية وهي الترجيح بينها بالمرجحات المعلومة، والتي تبناها المشرع المغربي في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، وإلا انتقلت إلى الخطوة الأخيرة وهي إسقاطها.

فهناك ثلاث طرق لرفع التعارض بين البيئات، وهي الجمع بينها (الفقرة الأولى) أو ترجيح إحداها على الأخرى أو إسقاطها وتهاترها (الفقرة الثانية)، وسنرجئ البحث في الترجيح بين البيئات باعتباره موضوع الدراسة والبحث حتى نتناوله بإسهاب في حينه.

### الفقرة الأولى: الجمع بين دليلين متعارضين.

إن رفع التعارض بين البيّنات لا يمكن أن يتم إلا بمراعاة الترتيب فلا يمكن الترجيح بينها قبل محاولة الجمع، وتعذره وهو ما قال به المشرع في المادة الثالثة من المدونة بنصها "... وكان الجمع بينها غير ممكن".

والجمع بين البيّنات هو التوفيق بينها وذلك بإعمال كل منهما فيما أثبتته من كل وجه إذا أمكن، فإن تعذر العمل بها من كل وجه وأمكن العمل بها من وجه وجب العمل بها، لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان<sup>1</sup>.

فتمتّى عرض على المحكمة نزاع حول عقار أو حق عيني واقع عليه، ووجدت بالملف بيّنات أو أكثر، فإنها تبحث حول إمكانية الجمع بين البيّنات، للتوفيق بينها وإعمالها فيما أدلت لإثباته إن أمكن، وهو ما تقتضيه أحكام الفقه المالكي، لقول الشيخ خليل في مختصره: "وان أمكن الجمع بين البيّنات جمع"<sup>2</sup>، وقول الزقاق في لاميته:

وبأسباب ملك رجن ان تعارض\*\*\* بدا من شهود وانتفى الجمع أولاً.

وهو ما أقره العمل القضائي حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى أن: "التعارض الذي يوجب الالتجاء إلى المرجحات هو الذي لا يمكن معه الجمع بين مدلول الحجتين لطالبهما، فعندئذ يلجأ إلى الترجيح أو التساقل"<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ذ محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية وفي المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان دمشق، الطبعة الأولى 1982، ص 808.

<sup>2</sup> الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، م س، ص 270.

<sup>3</sup> قرار عدد 148، بتاريخ 11 مارس 1973، صادر في الملف الشرعي عدد 43203، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 32، السنة 1984، ص 38.

فالقاعدة تقضي أن الدليلين إذا تعارضا ينبغي التوفيق بينهما وإعمالهما معا إن أمكن، لأن إعمال الحجة خير من إهمالها، وهو مبدأ يفرض أولا وأخيرا العمل بالبينتين معا والحكم بهما واعتبار كل واحدة منهما تشهد بحق ويكون ذلك غالبا في الرسوم التي يذكر شهودها ما شهدوا به على سبيل العلم فقط لا على القطع<sup>1</sup>.

وذلك كأن يدلي أحد الورثة بإرثه تشهد بأن الهالك ترك أربعة أبناء، ويدلي وارث آخر بإرثه تشهد بأن الهالك ترك أربعة أبناء وبنت، وهذا ما سار عليه قضاء محكمة النقض في قرار جاء فيه: " لا مخالفة بين الإرث التي تشهد بكون المطلوب من جملة أبناء الهالك، وبين الإرث التي تدلي بها الطاعنة أرملة الهالك النافية لوجوده ضمن ورثته فكل منهما شهدت بما علم شهودها<sup>2</sup>"، وهو نفس ما جاء به في قرار آخر قضى أن: " يمكن الجمع بين إرثتين إن شهد شهودها بما في علمهم بالورثة واحتوت الأولى جميع ما احتوته الإرثة الثانية وزيادة لقول الشيخ خليل 'إن أمكن الجمع جمع'<sup>3</sup>."

### الفقرة الثانية: تساقط البيئات وتهاترها.

لقد وضع الفقهاء ثلاث طرق يمكن للمحكمة من خلالها الفصل في النزاع عند تعارض البيئات، اثنان منهم -الجمع والترجيح- يتم فيها الاعتماد على نفس البيئات المتعارضة، بينما الطريق الثالث يُلجأ إليه عند تعذر المسلكين الأولين،

<sup>1</sup> ذ خالد مداوي، بعض مبادئ الفقه الإسلامي المنظمة للعقار، السلسلة العقارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2000، ص 76.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 1479، بتاريخ 17 دجنبر 1985، منشور بمجلة المجلس الأعلى عدد 39 ص 122.

<sup>3</sup> قرار عدد 747، بتاريخ 2007/02/28، صادر في الملف المدني عدد 2005/1/1/1709، منشور بمجلة سلسلة الاجتهاد القضائي عدد 2 ماي 2011، ص 155.

ويتعلق الأمر بالتهاتر أو التساقط، حيث تعتبر المرحلة الأخيرة التي يسلكها القاضي وهو في معرض تحقيق الدعوى من حيث الإثبات.

ويراد بالتساقط هنا استبعاد الحجج المتعارضة من النزاع واعتبارها كأن لم تكن، والحكم كأن الدعوى مجردة، وفق الأوضاع الظاهرة قبل عرض الحجج ووفق المرجحات المستمدة من الوضع الظاهر أو ظاهر الأمور أو ما يسمى بقرائن الأحوال، وبالتالي يصير المتخاصمون كمن لا بينة لهم، ما دام العمل بالبيئات متعذرا لتنافي موجبهما ولاستحالة كون العين الواحدة مملوكة بأكملها لاثنتين في زمن واحد. وفي ذلك قال الشيخ خليل في مختصره<sup>1</sup>:

وإن بدا تعذر سقطتا \*\*\* وببدا الحائز يبقى مثبتا

فالبينة شرعت لإظهار ما هو خفي في مواجهة ما هو ظاهر فإن قوبلت ببينة تمنع ذلك الخفي من الظهور تكون قد نقضتها، كما لو أثبتت إحدى البيئات وجوب شيء وأثبتت الأخرى نفيه، حيث يصبح والحالة هذه اجتماع النقيضين من المحال فيتسقطان وتصبح الدعوى مجردة من البيئات المؤيدة أو النافية لها، لتكون المحكمة مضطرة للرجوع إلى المرجحات الأولى التي اعتمدها للفصل بين الخصوم في حالة فقدهم لوسائل الإثبات.

ونفس الموقف جاء عند ابن فرحون بقوله: "وإذا لم يمكن الترجيح بين البيئتين سقطتا، وبقي المدعى فيه حائزه مع يمينه"<sup>2</sup>، وهو ما أجمع عليه معظم الأئمة المالكية، حيث جاء في لامية الزقاق: "وإن يعدم الترجيح فاحكم لحائز"،

<sup>1</sup> الشيخ خليل بن اسحاق، المختصر، مكتبة الإمام مالك، الطبعة الأولى 2007، الصفحة 75.  
<sup>2</sup> ابن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأول دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1995، الصفحة 346.

بما معناه أن البيئات إذا تعارضت سقطت ويحكم بالوضع الظاهر<sup>1</sup>، وهو ما قضى به مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى<sup>2</sup>: "إذا تعارضت الحجتان سقطتا فيما تعارضتا فيه وبقي استصحاب الحال وما كان على ما كان"، وقد سار العمل القضائي على نفس النهج حيث طبق القاعدة الفقهية المتعلقة بتعادل البيئتين وانعدام المرجح وذلك في قرار جاء فيه: "أنه عند انهيار الحجج يبقى الشيء المتنازع فيه بيد حائزه مع يمينه"<sup>3</sup>، و يتعين على المحكمة عندما تقضي بسقوط الحجج أن تميز بين حالتين<sup>4</sup>:

- حالة ما إذا كان العقار محل النزاع بيد غير المتنازعين: حيث يبقى للحائز ولا ترجح بيئته أحد المتنازعين إلا إذا أقر الحائز بأن العقار ملكا له وأدى المتنازع المقر له اليمين على ذلك.
- حالة ما إذا كان العقار محل النزاع بيد المتنازعين معا أو بيد غيرهما ولم يدعيه هذا الأخير لنفسه و لا اقره لأحد المتنازعين: في هذه الحالة المتنازعين اللذين لم تستطع المحكمة ترجيح بيئته أحدهما على الآخر يحلفان كل على مقتضى دعواهم، ثم يقسم ذلك العقار بينهما على قدر ما يدعيه كل منهما.

<sup>1</sup> بو الششاء الغازي الصنهاجي، مواهب الخالق على شرح التاودي للامية الزقاق، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الثانية 1375 هـ 1955م، الجزء الثاني ص 346.

<sup>2</sup> حكم عدد 24 مؤرخ في 13 شوال 1339 هـ قضية رقم 347 مجموعة الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول، طبعة 1420 هـ - 1999م، الصفحة 135.

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 428 صادر بتاريخ 14 دجنبر 1978 مجلة القضاء والقانون عدد 129، الصفحة 144.

<sup>4</sup> ذ عبد الرحمان دريوش، قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة بشأن النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، مقال منشور ب: العقار غير المحفظ... إلى أين؟ الجامع لأشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و 28 فبراير 2004، الطبعة الأولى 2004، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، ص 216.

وتعتبر المحكمة خاضعة لرقابة محكمة النقض لأنها مسألة قانون لا واقع، وفي ذلك قرار للمجلس الأعلى قضى فيه أن: "لما اعتبرت المحكمة أن حجج الطرفين متساويتان يتعين عليها إسقاطهما معا وعدم العمل بأي واحدة منها وأنها لما قضت مع ذلك للمدعي وفق دعواه تكون قد اخذت بحجته دون أن تعلق ما قضت به مما يعرض قرارها للنقض"<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض<sup>2</sup> جاء فيه أنه: "لكن لما كانت الدعوى استحقاقية وأدلى رافعها بملكية أجاب المدعي عليهم بالحوز والملك وعززوا جوابهم بملكية متساوية في القوة الإثباتية مع ملكية المدعي، فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه عندما عللت قضاءها بالقول بأن الهدف من هذه الدعوى هو طلب الاستحقاق وأن كلا الطرفين يدعيان ملكية المدعى فيه وأدليا كل فيما يخصه بملكية تامة الأركان والشروط المنصوص عليها فقها، وأن الملكيتين المذكورتين أقيمتا في سنة واحدة وتتضمنان عشر سنوات كمدة التصرف سابقة على تاريخ التلقي ولهما نفس قوة الإثبات التي للأخرى مما يجعلهما متساويتين، وبهذا التساوي تحقق التعارض ويستحيل بذلك الجمع بينهما و أنه في حالة تساوي الحجج تتناقض ويعمل حينئذ بالحوز باعتباره مقدما على مجرد الدعوى".

هذا وأن إسقاط الحجج رهين بشرط أن يكون التعارض بين حجج من نفس النوع والصفة والقوة الإثباتية وأما إن كانت حجج الطرفين لا علاقة بينهما فلا مجال لإعمالها، وهو ما قررتة محكمة النقض في قرار جاء فيه: "حيث

<sup>1</sup> قرار عدد 424، بتاريخ 15/05/1982، الصادر في الملف العقاري عدد 91543، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31، السنة الثامنة مارس 1983، ص 70.

<sup>2</sup> قرار عدد 2372، بتاريخ 19/07/2006، الصادر في الملف رقم 2185/4/1/2005، منشور بمجلة المعيار عدد 37، يونيو 2007، ص 135.

يعيب الطاعن القرار في السبب الأول بانعدام الأساس القانوني ذلك أن القرار اعتمد قاعدة تعارض الحجّتين موجب لسقوطهما مع أن التعارض المقصود فقها هو التعارض اللاحق بحجج من نفس النوع والصنف والقوة الإثباتية، وأن حجج الطرفين لا علاقة نوعية بينها، وكان على المحكمة أن توازن بينها وتبين من فيهما الأقوى الذي لا يبقى معه مجال لإعمال القاعدة المذكورة"<sup>1</sup>.

ونود أن نشير أن المشرع لم يشر من خلال مدونة الحقوق العينية صراحة إلى مسألة تساقط البيئات عند عدم إمكانية الجمع والترجيح لا منطوقا ولا مفهوما، في حين كان عليه أن ينتبه لهذه المسألة ويعمل على تعديل المادة الثالثة والنص على إسقاط البيئات نتيجة لتعذر الجمع والترجيح بينها.

---

<sup>1</sup> قرار عدد 7097، بتاريخ 24 نونبر 1998، صادر في الملف المدني عدد 95/1/1/4304، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 دجنبر 2004، ص 9.

## الباب الأول:

# القواعد الشكلية للترجيح بين البيئات المتعارضة في ضوء مدونة الحقوق العينية

الباب الأول: القواعد الشكلية للترجيح بين البيئات المتعارضة في ضوء  
مدونة الحقوق العينية.

تهدف الدعوى القضائية إلى حل النزاع بصدور حكم يصون الحق ويضع  
حدا للخصومة واستمرارها، وتتميز النزاعات العقارية بتشعبها وكثرة

اشكالاتها، خاصة في ظل العقار غير المحفظ، لذلك يسعى أطراف النزاع إلى تقديم كل ما لديهم من حجج ورسوم تثبت صحة ادعاءاتهم أو تقند ادعاء الخصم المقابل، لدرجة ينشأ معها تعارض بين حجج كل منهم وعلى قاضي الموضوع من أجل الحسم في النزاع تفحص فحواها للترجيح بينها والأخذ بإحداها دون الأخرى، وذلك وفق قواعد للترجيح مسطرة لا جدال فيها.

غير أنه ولقبول هذه الأدلة كوسيلة للإثبات يجب أن تتوفر على شروط شكلية صحيحة تجعلها مقبولة كوسيلة قوية للإثبات أمام محكمة الموضوع فهذه الأخيرة لا تبحث في الحجج المدلى بها للترجيح بينها إلا إذا كانت صحيحة شكلا، أما لو اختلف شرط من شروطها فالحجة تعتبر باطلة.

وبالنظر في قواعد الترجيح التي جاء بها المشرع في المادة 3 من مدونة الحقوق العينية المغربية<sup>1</sup>، نجد المشرع قد ذكرها على إجمالها دون تمييز بين القواعد الترجيحية الشكلية التي يتم الترجيح بواسطتها انطلاقا من ظاهر الوثيقة

<sup>1</sup> إذا تعارضت البيئات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينها غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها:

- ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه؛
- تقديم بيئة الملك على بيئة الحوز؛
- زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد؛
- تقديم بيئة النقل على بيئة الاستصحاب؛
- تقديم بيئة الإثبات على بيئة النفي؛
- تقديم بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها؛
- تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد؛
- تقدم البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة؛
- تقديم البيئة السابقة على البيئة اللاحقة تاريخا؛
- تقديم بيئة التفصيل على بيئة الإجمال.

دون النفوذ لمضمونها، وبين القواعد الموضوعية. وحتى نفي بالمطلوب ودون الخروج عنه سأعمل خلال هذا الباب على التطرق إلى القواعد الشكلية المرتبطة بشهادة الشهود (الفصل الأول) قبل الانتقال إلى القواعد الشكلية المرتبطة بتاريخ البيئة (الفصل الثاني).

## الفصل الأول: القواعد الشكلية للترجيح بين البيئات المرتبطة بشهادة

### الشهود.

حظيت الشهادة كوسيلة اثبات تُحفظ من خلالها الحقوق وتوثق بها المعاملات بمكانة عظيمة، فقد ثبتت حجيتها بنصوص كريمة من الكتاب والسنة واجمع الفقهاء بمختلف مذاهبهم على مشروعيتها، فمن القرآن الكريم قوله جل شأنه: " لَكِنَّ اللّٰهَ يَشْهَدُ بِمَا اَنْزَلْنَا اِلَيْكَ اَنْزَلْنَاهُ بِعِلْمِهِ وَالْمَلٰٓئِكَةُ يَشْهَدُوْنَ وَكَفٰى بِاللّٰهِ شَهِيدًا"<sup>1</sup>، وقال عز وجل: " فَكَيْفَ اِذَا جِئْنَا مِنْ كُلِّ اُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَىٰ هٰؤُلَاءِ شَهِيدًا"<sup>2</sup>، ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم: " أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بها ويستخرج بهم الباطل"<sup>3</sup>، فقد دعى رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى إكرام الشهود والرفق بهم لأن بهم تصل العدالة إلى الحق.

فالشهادة حظيت باهتمام كبير سواء على المستوى الفقهي أو القانوني أو القضائي فهي تُعتمد كثيرا في حل النزاعات القضائية وإن على سبيل الاستئناس، وقد نظمها المشرع المغربي من خلال الفصول من 443 إلى 448 من قانون الالتزامات والعقود في جانبها الموضوعي ومن خلال الفصول من 71 إلى 84

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 166.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 41.

<sup>3</sup> شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، 1409 - 1989 الطبعة الأولى، المجلد

من قانون المسطرة المدنية في جانبها الإجرائي، وكذلك من خلال قواعد قانونية خاصة كالقانون المنظم لخطة العدالة 03-16، إلا أن هذا التنظيم يعتبر قاصرا دون أن يحدد تعريفا لها وأنواعها وشروطها، مما يفسح المجال للرجوع إلى أحكام وقواعد المذهب المالكي.

فقد وضع الفقهاء شروطا يجب أن تتوفر في الشهادة اثناء إثارتها في النزاع إلى جانب وسائل أخرى للإثبات، فعمل الفقهاء المالكيين على وضع قواعد تساعد القاضي للترجيح بين شهادة الشهود في الدعوى الواحدة، وذلك من خلال قاعدة الترجيح بزيادة العدالة وليس بعدد الشهود (الفرع الأول) وقاعدة ترجيح كثرة الشهود على شهادة الرجل الواحد (الفرع الثاني) وسنعمل على تفصيل كل قاعدة من خلال الوقوف على معناها وشروطها كما أوردها الفقهاء بمنظوماتهم ومن خلال ما ساقه المشرع ببعض الفصول القانونية العامة منها أو القوانين الخاصة.

### الفرع الأول: الترجيح بزيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد.

تحتل شهادة الشهود مكانة بارزة ضمن وسائل الإثبات، نظمتها بعد الفقه الإسلامي مختلف القوانين الوضعية، وذلك لأن إشهاد الناس متيسر في غالب الأحيان، ومتوافر في كل المجتمعات، فهي تُكون الطريق العادي للإثبات الوسيلة التي حظيت باهتمام بالغ من الفقهاء قبل التشريعات الوضعية

وشراحها، فسيقت لها تعاريف عديدة، وكان من بين ما وضع لها من تعاريف أنها "خبر قاطع بما شاهد الإنسان وعين بنفسه، أو بما علم واستفاض عن طريق غيره"، وهي "إخبار الناس في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره ترتب عليها ثبوت حق لغيره على أن يكون الشاهد قد أدرك شخصيا بحواسه الواقعة التي شهد بها، بحيث يكون قد رآها أو سمعها بنفسه"، فالشهادة تعتمد بالأساس على الإنسان وذاكرته وضميره، فقد تكتنفها مخاطر لا تقوم بالنسبة لغيرها من وسائل الإثبات كالكتابة، إذ من جهة يمكن إغراء الشهود بتغيير الحقيقة فيشهدون زورا، ومن ناحية أخرى قد يقع الشهود في أخطاء بسبب عدم دقة الملاحظة أو ضعف الذاكرة.

ونظرا لما تطرحه أمام المحكمة في حالة تعارض شهادتين، فقد وضع الفقهاء المالكيين قواعد للترجيح بين شهادات الشهود المتعارضة في الدعوى الواحدة، تمثلت في قاعدة الترجيح بزيادة العدالة والعبارة ليست بالعدد، وحتى نفي بالمطلوب ودون الخروج عنه ارتأيت قبل تحليل هذه القاعدة (المبحث الثاني) أن أتوقف على مفهومها وشروط الترجيح بها (المبحث الأول).

### المبحث الأول: مفهوم بينة العدالة.

نص المشرع من خلال الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية على أنه:

... "يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها:

- زيادة العدالة والعبارة ليست بالعدد".

إن العدالة صفة في المرء تجعل شهادته مقبولة وجديرة بالاطمئنان لها، لذلك واعتبارا لما لها من أهمية في الترجيح نرى ضرورة الاستهلال بتعريفها، حيث سنحاول الوقوف على مفهومها اللغوي والفقهي (المطلب الأول) قبل الانتقال لسرد شروطها التي وضعها الفقهاء حتى يعتد بها في الترجيح (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم العدالة.

حتى نفي بالمطلوب ونعطي لكل ذي حق حقه، لأن تعريف أي مصطلح وأي كلمة كيفما كانت مكانتها سواء في القانون أو الاقتصاد أو غيرها من التخصصات العلمية، يقتضي معرفة مفهومها الوقوف على تعريفها اللغوي لدى فقهاء اللغة (الفقرة الأولى) حيث فيه نقف على جمالية المصطلح من خلال مرادفاته و اضداده، قبل ان ننتقل إلى تعريفها من خلال شروحات فقهائنا بمختلف مذاهبهم، لكن وحتى لا نخرج عن نطاق البحث والذي يهم الترجيح بين البيّنات في المنازعات العقارية كما نظّمته مدونة الحقوق العينية المستتبّط جل قواعدها من الفقه المالكي، سأكتفي بمفهوم العدالة كما جاءت في شروحات الفقهاء المالكيين خصوصا (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: العدالة لغة.

العدالة في مقاييس اللغة: أصلها عدل، العين والدا ل واللام أصلان صحيحان، لكنهما متقابلان كالمتضادين: أحدهما يدل على استواء، والآخر يدل على اعوجاج. فالأول العدل من الناس: المرضي المستوي الطريقة يقال هذا عدلٌ، وهما عدلٌ وهم عدولٌ، وإن فلانًا لعدل بين العدل والعدو لة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ابي الحسن احمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة و النشر، طبعة 1399هـ 1989م، ج 4 ص 264 .

وهي الاستقامة في لسان العرب، فالعدل ما قام في النفوس أنه مستقيم وهو ضد الجور، عدل الحاكم في الحكم يعدل عدلاً وهو عادل من قوم عدول. وبسط الوالي عدله ومعدلته. وفي أسماء الله الحسنى "العدل" وهو الذي لا يميل به الهوى فيجور ويظلم<sup>1</sup>.

فالعدل من الناس هو المرضي قوله وحكمه، ورجل عدل وعادل: جائز الشهادة، ورجل عدل: رضاء ومفنع في الشهادة. والعدالة والعدولة والمعدلة والمعدلة، كله العدل. وتعديل الشهود: أن تقول إنهم عدول. وعدل الحكم: أقامه. وعدل الرجل: زكاه. والعدل الذي لم تظهر منه ريبة<sup>2</sup>.

والعدل هو القصد في الأمور، يقال عدل في أمره عدلاً من باب ضرب و عدل على القوم عدلاً أيضاً ومعدلة (بكسر الدال وفتحها)، ودل عن الطريق عدولاً مال عنه وانصرف، وعدل الشيء (بكسر العين) مثله من جنسه أو مقداره. وعدله (بفتح العين) ما يقوم مقامه من غير جنسه و منه قوله تعالى<sup>3</sup>: ﴿...أَوْ عَدَلُ ذَلِكَ صِيَامًا﴾، ويطلق العدل على الواحد وغيره بلفظ واحد، وجاز أن يطابق في التثنية والجمع فيجمع على عدول وقال في ذلك الأنباري:

وتعاقدوا العقد الوثيق وأشهدا \* \* \* من كل قوم مسلمين عدولاً<sup>4</sup>

ويقال أيضاً عدلت الشيء فاعتدل: قومتها فاستقام. ودل الحكم: أقامه. وعدلت الشيء بالشيء أعدله عدولاً: أي ساويته به. وعدل عن الشيء يعدل عدلاً وعدولاً:

<sup>1</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري: لسان العرب، دار النوادر/ الكويت، طبعة 1431هـ/2010م، ج 13/ ص 456.

<sup>2</sup> محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دائرة المعاجم مكتبة لبنان، 1407هـ / 1986م، ص 176.

<sup>3</sup> سورة البقرة الآية 95.

<sup>4</sup> العلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان طبعة 1987، صفحة 150.

حاد وعن الطريق جَارَ، ومعدِلُ الحقِّ: طَريقه ومذهبه<sup>1</sup> فالعدْلُ صفة الذي لم تظهر منه ريبة.

### الفقرة الثانية: العدالة اصطلاحا.

عرف الفقهاء المالكيين العدالة بإسهاب وتوسع، حيث أفاضوا في تعريفاتها، فقد ورد لهم فيها أقوال متعددة وإن كانت متقاربة، تشير إلى أن الشاهد بالعدل هو المرضي في دينه أفعاله<sup>2</sup>، مصداقا لقوله تعالى ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾<sup>3</sup>.

فقالوا في العدالة: هي استواء أحوال الإنسان في دينه واعتدال أقواله أفعاله، لقوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾<sup>4</sup>..

ففي تحديد المعنى الاصطلاحي للعدالة ذهب الفقهاء إلى أنه يجب على من يجعله الناس محجا لمصالحهم ومآربهم ان يكون مشهورا بالاستقامة في دينه ومعروفا بسلوكه القويم<sup>5</sup>، عفيفا عن المحارم، متوقيا للمآثم، بعيدا من الريب مأمونا في الرضا والغضب<sup>6</sup>.

وقد فسروا اعتدال أحوال الدين بصلاح العدل في دينه، من خلال أداء الفرائض، واجتناب المحارم بأن لا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة ومشهورا بمروءته، وقال ابن رشد: " واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة

<sup>1</sup> صالح العلي الصالح، الصافي في اللغة العربية، دون ذكر الناشر، طبعة 1401هـ، ص 404.

<sup>2</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكام، م س، ج 1/ ص 184.

<sup>3</sup> سورة البقرة الآية 282.

<sup>4</sup> سورة الطلاق الآية 2.

<sup>5</sup> ذ جمال مكودة، الوثيقة العدلية انفتاح على المجتمع وتحقيق لمصالحه ودرء لمفاسده وضمن

لحقوق أفراد، من مجلة الأملاك العدد العاشر، السنة 2011، ص 121.

<sup>6</sup> العلامة برهان الدين ابي الوفاء ابراهيم بن شمس الدين ابي عبد الله بن فرحون المالكي، تبصرة

الحكام في أصول الأفضية ومناهج الاحكام، دار عالم الكتب 2003، ص 185.

زائدة على الإسلام، هو أن يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحباته، ومتجنباً للمحرمات والمكروهات"<sup>1</sup>.

فمن يتولى حقوق الناس ويتولى مهمة الإشهاد عليها قصد تثبيتها لا يجب أن ينعت بنقص أو عيب في سلوكه كالنصب أو الاحتيال أو السفه، فقد اشترط الفقهاء أن يكون من أهل السلامة والتيقظ من التغفل<sup>2</sup> أن يكون العدل مصون الديانة، مؤتمناً من التزوير بعيداً عن مواطن الفساد، لا تنساق نفسه مع الهوى، فلا مروءة للسارق والزاني والمرابي وكل من يرتكب فعل ما يخل بمروءته ويسقط شهادته، فلا يمكن للناس أن يضعوا ثقتهم فيه ويضعوا أموالهم وحقوقهم وأسرارهم لدى شاهد لا تتوفر فيه من المروءة<sup>3</sup> والأخلاق ما يجعلها عرضة للضياع والإفشاء...

<sup>1</sup> القاضي ابن الوليد، محمد بن احمد بن محمد بن رُشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الأولى 1415 هـ، الفصل الاول- الشهادة، الجزء الرابع، ص 434.

<sup>2</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكام، دار عالم الكتب 2003، م س، ص 184.

<sup>3</sup> المروءة في تعريف ابن عرفة: \* هي المحافظة على فعلٍ مَّا تركُّهُ من مُباحٍ يُوجبُ الذَّمَّ عُرفاً... وعلى تَرْكٍ مَّا فعلُهُ من مباحٍ يُوجبُ ذمَّهُ عُرفاً\*.

== أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود بن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1993، القسم الأول ص 591.

وهي في تعريف المعجم الوسيط آدابٌ نفسانية تحمل مراعاتها الإنسان على الوقوف عند محاسن الأخلاق وجميل العادات، وهي كمال الرُّجوليَّة، (ص 860، م س). ويمكن تعريفها بأنها صفة تميز الإنسان في أدبه وخلقه الرفيع، حيث يعرف بمحاسن أخلاقه وصدق لسانه.

وهو نفس ما استقرت عليه القوانين المنظمة للتوثيق<sup>1</sup> ابتداءً بظهير 07 يوليوز 1914، إلى غاية ظهير 14 فبراير 2006 المنظم لخطة العدالة.

والعدل إلى جانب أنه لا يجب أن يكون متهماً في دينه وفي استقامته يجب أن يكون عالماً بصناعة التوثيق، فأما من لا يحسن وجوه الكتابة ولا يقف على فقه الوثيقة فلا ينبغي أن يترك للانتصاب لئلا يُفسد على الناس كثيراً من معاملاتهم.. وكذلك إن كان عالماً لوجوه الكتابة إلا أنه متهم في دينه فلا ينبغي تركه لذلك، لأن ذلك يعلم الناس وجوه الشر والفساد ويلهمهم تحريف المسائل<sup>2</sup>.

وفي ذلك قال ابن المناصف: "وكثيراً ما يأتي الناس يستفتون في نوازل المعاملات الربوية والمشاركة الفاسدة والأنكحة المفسوخة ونحو ذلك مما لا يجوز، فإذا صرفهم عن ذلك أهل الديانة والتحقيق أتوا إلى مثل هؤلاء فحرفوا ألفاظها وتحيلوا لها بالعبارات التي ظاهرها الجواز وهي مشتملة على صريح الفساد، فضلوا وأضلوا، يسهلون بذلك الباطل سبيلاً، ويمتنون من جوانح الشرع مراكب من الفساد، وتملاً الناس بذلك على التهاون بحدود الإسلام والتلاعب في طرق الحرام، قال تعالى ﴿... وَسَيَعْلَمُ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَيَّ مُنْقَلَبٍ يَنْقَلِبُونَ﴾<sup>3</sup>.

وحدها ميارة الفاسي بأنها التيقظ والفتنة والتحرز، لأن العدل إن كان من أهل الغفلة أو البله لم يؤمن عليه التحيل من أهل الحيل فيشهد بالباطل<sup>4</sup>. فقد وضعها

<sup>1</sup> ظهير 7 يوليوز 1914 يعتبر أول قانون أتى على ذكر مهنة التوثيق وإن كان الظهير جاء لينظم القضاء الشرعي ونقل الملكية العقارية في المملكة، فقد نظم في مجموعة من فصوله التوثيق الإسلامي وأول ما بدأ به هو التأكد من أهلية العدول وكفاءتهم.

<sup>2</sup> جمال مكودة، الوثيقة العدلية انفتاح على المجتمع وتحقيق لمصالحه ودرء لمفاسده وضمن لحقوق أفراد، مقال منشور بمجلة الأملاك العدد العاشر، السنة 2011، ص 122.

<sup>3</sup> سورة الشعراء الآية 227.

<sup>4</sup> أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الاتقان والإحكام شرح تحفة الحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث القاهرة طبعة 2011، ج 1/ص 121.

ميارة من خلال شرحه قول الناظم شرطاً من شروط الشهادة وصفة من صفات الشاهد.

وَالْعَدْلُ مِنْ يَجْتَنِبُ الْكِبَائِرَ \*\*\* وَيَتَّقِي فِي الْغَالِبِ الصَّغَائِرَ

وَمَا أْبِيحَ وَهُوَ فِي الْعِيَانِ \*\*\* يَقْدَحُ فِي مَرْوَةِ الْإِنْسَانِ

فالعدل هو الذي يجتنب الذنوب الكبائر دائماً، كالشرب والسرقة ونحوهما، ويتقي الذنوب الصغائر في غالب أحواله، ويتقي أيضاً الأمر المباح الذي يقدح في المروءة وذلك كالمشي حافياً في بلد لا يفعلون ذلك أو الأكل في الأسواق... وعرف الشيخ خليل العدالة بأنها اجتناب للكبائر من زنا وشرب الخمر وقتل النفس بغير حق وشهادة الزور والغيبة والنميمة والسحر، وكذلك الصغائر، وحفظ المروءة<sup>1</sup>.

وفي التحفة نظم الناظم قوله<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> المروءة هي: العرف السوي، وهي تختلف بحسب الأزمان والأعراف، والمروءة في اللغة: كمال الرجولية. مَرُوُّ الرَّجُلِ يَمْرُؤُ مَرْوَةً، فهو مَرِيٌّ، على فعيل، وَتَمْرَأُ، على تَفَعَّلَ: صار ذا مَرْوَةٍ. والمروءة: الإنسانية. وقيل: المروءة: العفة والحرفة وقيل: أن لا يفعل في السر أمراً وهو يستحي أن يفعله جهراً. وفي اصطلاح الفقهاء: فهي لا تبعد عن مدلولها اللغوي، فقيل: هي المحافظة على فعل ما تركه من باب ما يوجب الذم عرفاً، وقيل المروءة: التخلق بخلق أمثاله في زمانه ومكانه، وعدم التهمة، وهي: أن لا يرتكب ما لا يليق بأمثاله من المباحات بحيث يسخر به ويضحك منه. وقيل: أن يصون نفسه عن الأذناس، ولا يشينها عند الناس، وهي فعل ما يجمله ويزينه، وترك ما يدنسُه ويشينه. والعلة في اشتراط المروءة؛ لأن حفظها من دواعي الحياء، وإن كان لا يفسق المرء بتركها، ولكنها تدل على فضيلة صاحبها وصيانتها لنفسه والتحفظ في حقها، فإن تركها دل ذلك على عدم مبالاة الإنسان بما يصنع وما يسقط منزلته بين الناس، فلا يؤمن منه أن يجترئ على الكذب في الشهادة؛ لأن حياؤه قل، ومن قل حياؤه لم يبالي بما يصنع، وفي الحديث: "إِنَّ مِمَّا أَدْرَكَ النَّاسُ مِنْ كَلَامِ النَّبِيِّ إِذَا لَمْ تَسْتَحْيِ فَأَفْعَلْ مَا شِئْتَ". فمن أهمل المروءة دل ذلك منه على إهماله دينه وقلة مراعاة ما يلزمه من حق الله وسبقت الظنة إليه وقدح ذلك في عدالته، والفقهاء يشترطون في الشاهد انتفاء التهمة في الجملة، وقليل المروءة متهم فردت شهادته وإن لم يصل أمره إلى القول بفسقه.

<sup>2</sup> إحكام الأحكام على تحفة الحكام، للشيخ محمد بن يوسف الكافي، م س، ص 23-24.

فالعَدْلُ ذُو التَّبْرِيزِ لَيْسَ يَقْدَحُ \*\*\* فِيهِ سِوَى عِدَاوَةٍ تَسْتَوْضِحُ

وغيرُ ذِي التَّبْرِيزِ قَدْ يُجَرِّحُ \*\*\* بِغَيْرِهَا مِنْ كُلِّ مَا يُسْتَقْبَحُ

فقد ذكر ابن عاصم ما لا يُجَرِّحُ به الشاهد وما يُجَرِّحُ به، والحاصل أن العدل مُبَرَّرٌ وغير مُبَرَّرٍ، فالمبرز لا يُقْدَحُ فيه ولا يجرح إلا بالعداوة وأما غيره فيُقدح فيه وجرح بالعداوة والقراة وغيرهما من كل قبيح<sup>1</sup>. وهو من فاق اقرانه في التقوى والصلاح والمروءة وليس هو من برر وتصدى ونصب نفسه لتلقي الشهادات من الناس، ولا يقدح فيه إلا بالعداوة أو القراة القريبة جدا كالأصول و الفروع<sup>2</sup>.

وقال التسولي في العدالة أنها تتضمن الإسلام والعقل والبلوغ، إذ كل عدل مطلقا كان، عدل روائية أو شهادة لا بد فيه منها وقت الأداء والأخبار<sup>3</sup>، فقد جعل من الإسلام والعقل والبلوغ أيضا صفات يجب أن تتوفر في العدل أثناء أداءه الشهادة أو أثناء الإخبار عن رواية.

وقال ابن الحاجب أن العدالة هي المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة<sup>4</sup>.

انطلاقا مما سبق فالمتأمل في أقوال الفقهاء المالكيين من خلال تعريفهم للعدالة يجد أنهم قد عرفوا العدالة بمعنى الرضا عن الشخص، فحقيقة الشاهد

<sup>1</sup> ميارة الفاسي، الاتقان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والاحكام، طبعة 2011، ص123.

<sup>2</sup> الأموال في الفقه المالكي، م س، نازلة رقم 1466، ص 188.

<sup>3</sup> البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الاندلسي، م س، ج1/ص155.

<sup>4</sup> أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكتب، 2003، ج8/ص162.

العدل هو المرضي في دينه وفي مروءته، وذلك اقتداء بقوله تعالى: "...مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ"<sup>1</sup>.

وأضاف الفقهاء في تفسير الآية أن المراد منها: المرضي دينه وصلاحه، والرضى إنما يكون للعدل، لذلك اختص الله جل شأنه العدل بالشهادة فقال عز من قائل<sup>2</sup>: (وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ)، فرضى الله تعالى في الأفعال يكون باجتناب المرء الكبائر كلها وتوقي الصغائر قدر المستطاع وعدم الإصرار عليها حال وقوعها لأن الابتعاد عن جميع الصغائر مما لا يقوى عليه بشر، مصداقا لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: "لو لم تُدْنِبُوا لَذَهَبَ اللَّهُ بِكُمْ و لَجَاءَ بِقَوْمٍ يُذَبُّونَ فَيَسْتَغْفِرُونَ اللَّهَ فَيَغْفِرُ لَهُمْ"<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: شروط الترجيح ببينة العدالة.

إن الترجيح بزيادة العدالة لدى الفقهاء المالكيين محكوم بشروط منها ما يتعلق بموضوع البينة حيث تهم المال المتنازع بشأنه، ومنها ما يرتبط بالبينة ذاتها، وأخرى تشترط في الشهود.

<sup>1</sup> سورة البقرة الآية 282.

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>3</sup> صحيح مسلم، كتاب التوبة، باب سقوط الذنوب بالاستغفار والتوبة، رقم الحديث 6965،

ص1191.

### الفقرة الأولى: أن يكون المدعى فيه مالا أو ما يؤول إليه.

اشترط الفقهاء للترجيح بزيادة العدالة أن يكون المدعى فيه مالا أو ما يؤول إليه، فقد جاء بتبصرة الحكام أنه: " لا يحكم بأعدل البيّنتين عند التعارض إلا في الأموال الخاصة"<sup>1</sup> فما المقصود بالمال؟

### أولاً: المفهوم الفقهي للمال.

عرفه الشاطبي بأنه: " ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه ، ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها وما يؤدي إليها من جميع المتمولات"<sup>2</sup>.

وعرف ابن العربي المال بأنه: " ما يصلح عادة وشرعا للانتفاع به، فإن منعه الشرع لم ينفع ولا يتصور الانتفاع منه كالخمر والخنزير مثلا"<sup>3</sup>.

وفي تعريف آخر للمال: " يقطع في جميع المتمولات التي تتمول في العادة ويجوز أخذ الأعاوض عليها"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> برهان الدين ابي الوفاء ابراهيم بن شمس الدين ابي عبد الله ابن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1995، ج1/ص 265.

<sup>2</sup> أبي إسحاق الشاطبي/ إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، دار عفان الطبعة الأولى 1995، القسم الثالث كتاب المقاصد، ص 226.

<sup>3</sup> أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن (لابن العربي)، دار الكتب العلمية الطبعة الثالثة 2003، ج2، ص 107.

<sup>4</sup> عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي أبو محمد، الاشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن القيم طبعة 2008، ج2، ص 271.

الملاحظ مما سبقناه أنه يمكن استخلاص عناصر محددة للمال من خلال تعاريف فقهاءنا المالكيين له، فأهم العناصر التي تبناها الفقهاء في تعريفهم للمال:

1- التمول، و هو كل ما له قيمة مادية.

2- صلاحية الانتفاع به.

3- جواز وإباحة الانتفاع به شرعا.

4- إمكان المعاوضة عنه.

وبالتالي فإن الشيء لا يعتبر مالا إلا إذا توفر له عنصر القيمة والإباحة وقابلية الانتفاع، ويمكن القول أن المقصود بالمال هو كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد، وهو كل ما يمكن ان يكون محلا للامتلاك ومحلا للتصرف فيه كالعقارات والمنقولات وكل ما ليس منهيّا عن التعامل به، "فالمال هو ما يمكن حيازته وإحرازه، والانتفاع به انتفاعا معتادا"<sup>1</sup>.

فالفقهاء يعتبرون ما يتعامل فيه غير المسلمين من أهل الذمة أموالا، بينما يذهب جمهور الفقهاء إلى أن المنافع أموال، لأن مصادرها وهي الأعيان يجري عليها الإحراز والحيازة، ولم يعتبر الجمهور الخمر الخنزير أموالا لا بالنسبة للمسلم ولا بالنسبة لغيره.

### ثانيا: المفهوم القانوني للمال.

لم يعرف المشرع المغربي المال من خلال قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على خلاف ظهير 1331 الموافق 12 يونيو 1915، حيث عرف

<sup>1</sup> ذ وهبة الزحيلي، "موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة"، مطبعة دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الثالثة 2012، الجزء العاشر، ص 49 وما بعدها.

المال من خلاله في الفصل الخامس بأن: "الأموال عقارات، إما بطبيعتها أو بالتخصيص أو بالمحل الذي تنسحب عليه".

والملاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع اعتبر العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص وكذلك الحقوق العينية المترتبة على هذه العقارات من قبيل الأموال، وبالرجوع إلى المادتين السادسة والسابعة من مدونة الحقوق العينية يستفاد أن العقارات بطبيعتها<sup>1</sup> والعقارات بالتخصيص<sup>2</sup> هي من قبيل الأشياء، بينما وحسب الفصل الثامن تعتبر العقارات بحسب المحل الذي تنسحب إليه من قبيل الحقوق<sup>3</sup>، فهو بذلك جعل مفهوم المال يشمل كلا من الأشياء الحقوق على حد سواء.

وهو نفس ما اعتمده من خلال قانون 39.08 أثناء تعريفه للأشياء بحيث اعتبرها إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص من خلال الفصل الخامس حيث ينص على أن: "الأشياء العقارية إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص"، فجاء مكتفيا بها دون الحقوق التي تنسحب إليها والتي أفرد لها قسما خاصا معنونا بالكتاب الأول من مدونة الحقوق العينية العقارية.

<sup>1</sup> عرف المشرع المغربي العقار بالطبيعة في المادة 6 من مدونة الحقوق العينية بأنها: "... كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيأته".

<sup>2</sup> عرف المشرع المغربي العقار بالطبيعة في المادة 7 من مدونة الحقوق العينية بما يلي: "العقار بالتخصيص هو كل شيء متعلق بالعقار، فهو كل شيء جعله مالك العقار لخدمة عقاره، كآلة للفلاحة أو حيوان، فهو من المنقولات الملحقة بالملك بصفة دائمة ولكن صفة الدوام جعلته يتصف بصفة عقار بالتخصيص، لأنه مخصص لخدمة العقار دون غيره (المادة)".

<sup>3</sup> الحق العيني العقاري عرفه المشرع المغربي في المادة الثامنة من مدونة الحقوق العينية بأنه: "سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصليا أو تبعيا".

يستفاد مما سبق أن الترجيح بزيادة العدالة أو بعدالة الشهود يجوز في الدعاوي التي يكون موضوع النزاع فيها يهدف إلى إثبات ملكية عقار سواء بالطبيعة أو بالتخصيص أو أي حق عيني واقع على هذا العقار.

### الفقرة الثانية: أن يكون الترجيح في الشهادة الأصلية لا المزكية.

لا بأس قبل الحديث وتوضيح الشهادة الأصلية أن نتطرق باختصار لمفهوم الشهادة المزكية وشروطها كما بينها الفقهاء المالكيين.

### أولاً: الشهادة المزكية.

تجوز الشهادة المزكية في الشاهد الذي لا تتوسم عدالته ففي ذلك قال المتيطي: "وأما الشاهد الذي لا تتوسم فيه العدالة ولا الجرحه فلا تجوز شهادته في موضع من المواضع دون تزكيته"، وهذه التزكية لا يقبل فيها أقل من رجلين عدلين لما جاء من قول مالك في المدونة: "لا يقبل في التزكية أقل من رجلين"، فالعدالة تثبت بشهادة رجلين إذا كان التعديل من القائم بالشهادة، فلا يقبل أقل من رجلين لأنها شهادة، وقيل واحد لأنها من باب الخبر، ولكن استحسنا - في قول اللخمي - رجلين عدلين مبرزين<sup>1</sup>، وإلى ذلك أشار الناظم:

وشاهد تعديله باثنين \*\*\* كذلك تجريح مبرزين<sup>2</sup>.

فلا يعمل بشهادة التزكية إلا إذا كان كل من الشاهدين بها عدلاً مبرزاً فطنا لا يخدع في عقله ولا يستنزل عن رأيه عارفاً بأحوال الناس، وممن خالط المزكي وطالت صحبته إياه في الحضر والسفر<sup>3</sup>، وأن يشهدوا بأن المزكي من أهل

<sup>1</sup> ميارة الفاسي، الاتقان والاحكام شرح تحفة الحكام، م س، ج 1/ ص 128.

<sup>2</sup> العلامة الشيخ محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، على منظومة القاضي

أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، م س، ص 24.

<sup>3</sup> مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، م س، ج 8/ ص 173.

العدل والرضى، فالشهادة المزكية وحسب المفهوم الفقهي لها هي شهادة عدلين معروفين يشهدان بأن الشاهد المزكى عدلٌ رضى، حيث اشترطوا فيها ضرورة الجمع بين العبارتين في شهادة العدلين، "عدلٌ" و"رضى" فلا يجوز الاقتصار على لفظ دون الآخر، وفي ذلك يقول ابن عاصم: ومن يزكي فليقل عدلٌ رضى<sup>1</sup>.

واشترط الفقه أن يكون المزكي "مبرزاً عارفاً بباطن المزكى" بفتح الكاف، بأن خالطه في الأخذ والعطاء وصاحبه في السفر والحضر عارفاً لا ينخدع بزواهر الناس معتمداً على طول معاشرته له من أهل سوقه أو حومته ولا يعتمد على السماع إلا إن استفاض وكثر واشتهر على ألسنة الناس جميعاً من أهل العدل وغيرهم<sup>2</sup>، وهو نفس توجه العمل القضائي حيث رفض مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى تزكية أشخاص مجهولين غير معروفين من لدن العدول، إذ اعتبر هذه التزكية معدومة شرعاً "...تزكية الشخصين المجهولين من مطلق العدول غير المعلومين بالتبريز لا تقبل"<sup>3</sup>.

وتتجلى تزكية الشاهد من طرف القاضي إما سراً أو علانية:

أ- **تزكية الشاهد سراً:** حيث يتولى خلاله القاضي السؤال عن الشاهد أو يتخذ رجلاً من أهل العدل والرضى فيوليه السؤال عنه سراً<sup>4</sup>، غير أن هذه المسألة يصعب تصور القيام بها في العصر القضائي الحالي اعتباراً لضيق

<sup>1</sup> تحفة ابن عاصم الأندلسي، م س، ص 24.

<sup>2</sup> عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية- بيروت، طبعة 2002، ج7/ ص 299.

- وورد أيضاً في النازلة رقم 1478 من كتاب الأموال، م س، ص 189.

<sup>3</sup> حكم عدد 45 بتاريخ 4 جمادى 1340، قضية رقم 409، منشور بمجلة الاحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، مرجع سابق، ص 211.

<sup>4</sup> ذ محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، النجاح الجديدة طبعة 1995، ص 153.

وقت القضاة وتراكم الملفات لكثرة النزاعات، فلا تتاح لهم إمكانية تولي السؤال عن الشهود، ناهيك عن صعوبة تحديد من هم أهل العدل و الصدق الذين يقبلون القيام بهذه المهمة نظرا لغياب تأطير تشريعي وقوة قانونية تلزمهم و تراقب عملهم هذا.

ويمكن أن يرسل القاضي كتابا باسم الشاهد المراد التثبيت والتحري عن حاله إلى المعدل الذي يثق به القاضي ولديه معرفة بحال الشاهد، و على القاضي أن لا يختار إلا من كان معروفا عنده بأنه يعرف الشاهد لكونه من جيرانه أو أصحابه أو أهل محله، فإن تعذر عليه إيجاد من توفر فيه ذلك سأل الناس عن من يمكن أن يطلع القضاء عن أحوال الشاهد<sup>1</sup>، إلا ان هذه الطريقة أيضا لتزكية الشاهد تظل صعبة التطبيق لعدم إمكانية ان تتم سرا في وقتنا.

فأمام صعوبة سلوك هاذين الطريقتين يبقى أنسب حل هو الخروج عن الأصل الذي يقضي بالقاعدة الفقهية القائلة أن "القاضي لا يستند إلى علمه في حكمه" والتي يعتمدها المشرع في القوانين الوضعية، إلى تبني استثناء منها وهو إمكانية أن يستند القاضي إلى علمه في تعديل وتجريح الشهود<sup>2</sup>، فإذا علم عدالة الشاهد وشهد لديه بما يعلم القاضي أنه الحقيقة، قبل شهادته وأخذ بها، وإن شهد أمامه بما يعلم القاضي خلافه لخطأ في التقدير سواء من القاضي أو من الشاهد، فإن القاضي في هذه الحالة ليس له أن يرد شهادة من

<sup>1</sup> ذ مصطفى ديب البغا، ومن معه، دعاوي والبيّنات والقضاء، مطبعة دار المصطفى مصر، الطبعة الأولى 2006، ص.93.

<sup>2</sup> ذ محمد الأمير الكبير، الإكليل في شرح مختصر خليل، مطبعة مكتبة القاهرة، دون ذكر الطبعة، ص 402.

يعلم عدالته، وإنما عليه أن يرفع الأمر إلى قاضي آخر ليقرر هذا الأخير في شهادة الشاهد وشهادة القاضي معا<sup>1</sup>.

ولكن مادامت هذه القاعدة عمليا قد بقيت على إطلاقها بغير استثناء فإنه لا يُتصور العمل به، وكل خروج عنها في نظري يشكل خروجا عن الحياد المفروض في القاضي، لذلك يبقى اعتماد المحكمة لشهادة الشاهد اجراء قانوني يجب احترامه والقيام به بغض النظر عن حال الشاهد أو المعدّل صادقا كان أم لا، مادامت شهادته يسبقها أداء اليمين، لأن القاضي ملزم باتباع كل اجراءات الدعوى منذ بدايتها حتى نهايتها وإلا عرض حكمه للبطلان.

#### ب- تزكية الشاهد علانية:

متى ثبت من تزكية الشاهد سرا أنه عدل مقبول الشهادة فإن القاضي يطلب آنذاك من الخصم المشهود له أن يزكي شاهده، من خلال الإتيان بشاهد عدل مقبولة شهادته، فقد اشترط الفقهاء المالكيين في تزكية العلانية أن لا تتم و أن تكون مسبوقه بتزكية السر حيث جعلوها مجرد تعزيز لها<sup>2</sup>، فقد أولوها أهمية خاصة و اعتبروا بأنها عنصرا مهما لا تتم التزكية إلا بها وكما تمت التزكية علانية ولم تتم سرا فإنها غير تامة.

فهذا الإجراء يبدو أنه أكثر تيسيرا على القاضي من سابقه، باعتبار أن المشهود له هو الذي يختار من يزكي شاهده، غير أنه لن يجنب الوقوع في المحاباة لأن المشهود له وسوف يعمل على اختيار من يجر له النفع وبالتالي

<sup>1</sup> ذ أحمد امغار، شهادة اللفيّف واعتمادها كحجة إثبات، مقال منشور بمجلة رابطة القضاة، العدد المزدوج 16-17، مارس 1986، ص 16.

<sup>2</sup> محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، المطبعة الأزهرية للتراث، دون ذكر الطبعة، ج 4 ص 120.

محاباته، لذلك يبقى هذا الإجراء بدوره غير ذي أهمية للقول بعدالة الشهود وصلاحهم.

### ثانياً: الشهادة الأصلية.

هي الشهادة التي يشهد الشاهد بما وقع تحت بصره أو سمعه، وإخبار عدل حاكم بما علم، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه، وقيل هي إخبار حاكم عن علم، أي إخبار الشاهد عن علمه لا عن ظنه<sup>1</sup>، وتسمى بالشهادة المباشرة والشهادة العيانية حيث يعاين الشاهد فيها بنفسه الواقعة التي يشهد بمضمونها دون إخبار من الغير.

ويكون موضوع الشهادة الأصلية ومضمونها من إملاء المشهود عليه، ويقتصر فيها الشاهد العدل على تسجيل ما يسمعه من هذا الأخير، كأن يشهد المدين بدين مترتب في ذمته لدائنه، فيقتصر العدل على تسجيلها، ويقابلها في الإثبات القانوني "الإقرار"<sup>2</sup>.

وتسمى الشهادة المباشرة لأن الشاهد يخبر بما وقع تحت بصره وسمعه وهو حاضر مجلس العقد، كما لو شاهد البائع يتعاقد مع المشتري فيشهد بما رآه وسمعه<sup>3</sup>، وهي إخبار الشخص في مجلس القضاء بعلمه عن واقعة تثبت حقاً لغيره في مواجهة آخر.

<sup>1</sup> ابن فرحون، م س، الطبعة الأولى 1995، ج 1 ص 164.

<sup>2</sup> الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر قصد ترتيب هذا الحق في ذمته وإعفاء الطرف الآخر في النزاع من إثباته، وقد نظمته المشرع المغربي من خلال الفصول 405 إلى 415 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

<sup>3</sup> ذ إبراهيم سعد، "الإثبات في المواد المدنية والتجارية" دار النهضة العربية للطباعة و النشر بيروت، دون ذكر الطبعة، ص 171.

### الفقرة الثالثة: أن لا يبلغ عدد الشهود من الكثرة حدا يحصل به العلم.

إذا كانت قاعدة زيادة العدالة تقوم على الترجيح بشهادة من هم أكثر عدلا على البيئة التي شهودها أكثر عددا لكنهم ليسوا عدولا، فقد وضع الفقهاء استثناءً لهذه القاعدة وقيدوها بشرط أن لا تبلغ كثرة شهود البيئة الثانية حد التواتر لدرجة يحصل معها العلم. لأن التواتر يفيد العلم، وشهادة العدلين تفيد الظن فقط<sup>1</sup>.

فمتى بلغ الأمر من الشهرة حد التواتر أو حد الاستفاضة فالشهادة به شهادة ولو كان مستندها السماع، وإن حصل العلم اليقيني للشاهد وأصبح جازما بما شهد به فتلك شهادة قطعية ولو كانت مستندة على السماع وكيفما كانت الطريقة التي حصل بها العلم اليقيني للشاهد... وأما إن كان الشاهد يشهد على مجرد خبر اتسع وذاع وتناقلته الأجواء ولم يتع-أي لم يحصل له اليقين- الشاهد بصحته، وإنما ذلك مجرد اتساعه فهذا النوع الأخير هو شهادة السماع عند الفقهاء<sup>2</sup>.

فالفقهاء ذهبوا للقول بأنه لا اعتبار لكثرة الشهود، حيث لا يلزم ترجيح شهود أحد الطرفين لكثرتهم بالنسبة إلى شهود الطرف الآخر إلا إذا كانت كثرتهم قد بلغت درجة اليقين.

فالتواتر لغة يقصد به: تتابع الأشياء واحدا بعد الواحد.

<sup>1</sup> ذ محمد بخنيف، ضوابط الترجيح بين البيئات في الفقه المالكي على ضوء المادة 3 من مدونة الحقوق العينية المغربية، م.س. ص.24.

<sup>2</sup> نازلة رقم 1651 من كتاب الأموال في الفقه المالكي، م س، ص 209.

**واصطلاحاً:** هو تتابع الخبر عن جماعة بلغوا بالكثرة إلى حيث حصل العلم بقولهم<sup>1</sup>، وهو خبر جماعة لا يجوز العقل اتفاهم على الكذب<sup>2</sup>، والتواتر عند جمهور الفقه من أظهر البيئات وهو أقوى من شهادة الشاهدين.

فالتواتر يمكن القول عنه أنه يفيد علم اليقين لأنه من المستحيل عقلاً أن يتفق جمع غير محصور متباين في الرأي وفي الأخلاق والوطن على شيء محسوس وغير ثابت في نفس الأمر، يعني أن العقل يحكم قطعاً أن هذا الجمع غير المحصور لا يتفق على الكذب وأن الذي أخبر به هو الصدق ولا مجال للعناد في اليقينيّات، ولا احتمال لزوال ذلك اليقين.

فما سبق يتضح أنه من أجل الترجيح بزيادة العدالة لا يجب أن يكون عدد شهود البيئة الثانية المتعارضة يصل للحد الذي يحصل معه اليقين بصدق علمهم أو صدق شهادتهم، فمتى بلغت كثرة الشهود درجة التواتر فإنه أرجح وإن كان الترجيح بهذه الصورة ليس لكثرة عدد الشهود بل لقوة الدليل، بتعبير آخر يمكن القول أن قوة الدليل هو الباعث على الترجيح .

<sup>1</sup> ذ علي بن محمد الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الطبعة 1424 - 2003، الجزء الاول، ص 151.

<sup>2</sup> ذ حسين رجب مخلف الزيدي، قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية، مكتبة السنهوري الطبعة الأولى 2011، ص 74.

## المبحث الثاني: تحليل قاعدة الترجيح بزيادة العدالة والعبرة ليست

بالعدد.

بعد أن بينا مفهوم قاعدة زيادة العدالة من خلال تعريفها اللغوي والفقهية وشروطها التي وضعها الفقهاء المالكيين قصد الترجيح بمقتضاها متى تعارضت بينتين تتضمن كل منهما عددا من الشهود، سنحاول تحليلها من خلال الوقوف على تطبيقاتها أو حالاتها (المطلب الأول) قبل الانتقال إلى مضمونها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: حالات الترجيح بقاعدة زيادة العدالة.

لقد اختلف الفقه والقضاء حول شهادة اللفيف كقوة ثبوتية، فمن الفقهاء من اعتبر أنه لا أصل لشهادة اللفيف إطلاقاً، ومنهم من اعتبر أن اللفيف هي شهادة جماعة غير عدول أساسها تواتر المفيد للعلم، في حين ذهب رأي آخر أن الضرورة هي التي فرضت الأخذ بشهادة اللفيف خصوصاً أنه لم يكن في البلاد عدول وبالتالي أصبحت واقعا مفروضا.

وهذا الخلاف انعكس على مستوى القضاء حيث نجد قرارات تعتبر شهادة اللفيف مجردة من كل قيمة وهي مجرد لائحة شهود، وقرارات اعتبرتها وثيقة رسمية من حيث الشكل ومجرد شهادة عادية من حيث المضمون<sup>1</sup> في حين ذهبت قرارات أخرى لاعتبارها قرينة فعلية مساوية في قيمتها لشهادة العدول لإثبات حق<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 529 صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 1977/09/21، منشور بمجلة المحاماة، السنة الحادية عشر، العدد 1، يوليوز 1978، ص 80.

- قرار عدد 809 صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 25 دجنبر 1982، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، سنة الثامنة، مارس 1983، م س، ص 45.

<sup>2</sup> قرار عدد 400 صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 2000/05/29، ملف شرعي عدد 98/1/2/129. قرار ورد في "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج" للاستاذ عمر ازوكار، م س، ص 213.

وفي ظل هذا الاختلاف الفقهي القضائي كان علينا الوقوف على حالات الترجيح بزيادة العدالة أثناء تعارضها مع زيادة العدد من الشهود في حالة تعارض بينة شهود عدول مع غيرها من اللفيقيات المكونة من غير العدول، وهذا يقتضي في نظري الوقوف على شهادة اللفيق من خلال بيان مفهومها (الفقرة الأولى) قبل الانتقال إلى حالات الترجيح لزيادة العدالة (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: تعريف شهادة اللفيق.

إذا كانت شهادة العدول تعتبر الأصل في الإثبات، فقد جرى العمل منذ منتصف القرن التاسع الهجري على الأخذ بشهادة اللفيق على وجه الاستثناء، نظرا للنقص الذي يشكو منه ميدان العدول في تلك الفترة، فنشأت شهادة اللفيق لسد الفراغ في الشهاد كوسيلة للإثبات، خاصة في بعض المواضيع التي يصعب إثباتها بغير هذه الشهادة ذات الطبيعة الاستثنائية، فكانت النشأة وليدة الضرورة.

وقد وضع فقهاء الوثائق تعاريف لشهادة اللفيق تميزها عن غيرها من الشهادات، الأمر الذي يستلزم عرض أبرز هذه التعاريف، فهي تطلق مجازا على الوثيقة المتضمنة شهادة عدد من الناس مستوري الحال، غير عدول وغير مزكين<sup>1</sup>. وعرفوها أيضا بأنها شهادة عدد من الناس يبلغ اثني عشر رجلا من غير الشهود المنتصبين لتلقي الشهادة، وشهادة اللفيق تكون حيث لا يتأتى ولا يتيسر إسهاد ذوي عدل منتصبين لذلك<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ذ محمد احمداداش، شهادة اللفيق، مقال منشور بمجلة ندوات محاكم فاس، العدد الأول، ص 31.

<sup>2</sup> أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوي المتأخرين من علماء

المغرب، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1999، الجزء التاسع، ص 429.

فإذا كان الأصل هو شهادة العدول، فقد جرى العمل في المغرب منذ عهد بعيد على الأخذ بشهادة اللفيف على وجه الاستثناء، لسد النقص الذي كان يعاني منه ميدان الإشهاد في تلك الفترة. وهي شهادة مجموعة من الأفراد بما يعلمونه بحكم المجاورة والمخالطة والاطلاع على الأحوال. وهم ليسوا منتصبين للإشهاد بين الناس. لهذا فلا تشترط فيهم العدالة، بل ستر الحل فقط، ومن تم فلا يقدح فيهم إلا بالعداوة والقرابة والصدقة والسكر والمجاهرة بالفسق والقمار<sup>1</sup>.

وقد عرفت شهادة اللفيف من خلال المادة الأولى من مشروع قانون اللفيف بأنها: "شهادة جمع من الناس لإثبات وقائع أو حقوق أو تصرفات لا ينص القانون على وجوب إثباتها بوسيلة خاصة، وتؤدي امام عدلين منتصبين للإشهاد وفق الأحكام الواردة في هذا القانون".

وتجدر الإشارة إلى أنه يعاب على كل التعاريف الفقهية لشهادة اللفيف في أنها لم تحدد النصاب العددي للفيف وللجهة التي يقع أداء الشهادة أمامها، في حين تعتبر الشهادة الليفية من أكثر وسائل الإثبات التي يتم اللجوء إليها من قبل الأفراد لإثبات حقوقهم الواقعة على العقارات غير المحفظة خصوصا عندما لا يملكون رسوما لإثبات ملكية هذه العقارات.

### الفقرة الثانية: حالات الترجيح لزيادة العدالة.

يمكن استخلاص حالات الترجيح بقاعدة زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد، من خلال ما نظمه أبو الششاء الصنهاجي بقوله:

وإن تعارض لفيف وعدول\*\*\* فاحكم بتقديم شهادة العدول

<sup>1</sup> ذ محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموتقين والمحركات الصادرة عنهم، دراسة في ضوء مستجدات قانون 16-03 المتعلق بخطة العدالة وقانون 32-09 المتعلق بالتوثيق، مكتبة المعرفة- مراكش الطبعة الثانية مارس 2015، ص 158.

وكذلك ست مع العدل رفع \*\*\* قدم على لفيفهم في الجمع  
والعدل واليمين قل مقدم \*\*\* على اللفيف الست حيث يقسم  
وإن تعارض لفيف مع لفيف \*\*\* الحقه بالعدول فيما ألف

### أولاً: تعارض شهادة العدول مع شهادة اللفيف.

تقتضي قاعدة زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد أنه عندما يعرض على المحكمة نزاع يملك طرفيه حجتان متفاوتتين من حيث القوة الثبوتية، كما لو أدلى أحدهما بشهادة لفيفية مقابل إدلاء الطرف الآخر بشهادة عدلين، فأيهما ترجح المحكمة على الأخرى؟

ذهب العربي الفاسي للقول بأنه: "إذا تعارضت لفيف وبينة العدول، فبينة العدول أرجح لا محالة"<sup>1</sup>، فمتى وجد العدول في مكان الإشهاد لم يعد هناك مجال لقبول شهادة اللفيف، لأن اللجوء إلى هذا الأخير مع وجود العدول فيه ريبة وشك، تطبيقاً لقاعدة "العدول عن العدول ريبة" وهي شهادة أشخاص لا تتوفر فيهم شروط العدالة المقررة بحيث يحصل بها العلم على وجه التواتر، وهي شهادة اثني عشر نفراً أو دونهم، مستوري الحال ممن لا تتوفر فيهم شروط العدالة المقررة فقها - كما سبق وذكرنا في سابق تعريف للعدالة- لدى عدلين منتصبين للشهادة، بواقعة أو تصرف أو حق يتعذر إثباته بغير هذه الشهادة<sup>2</sup>.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الشرعي حيث اعتمد على هذه القاعدة لإصدار الأحكام، فجاء في هذا الإطار في حكم لمجلس الاستئناف الشرعي ما يلي:  
"دعوى وكيل المدعين بقيت مجرد عن الثبوت الشرعي لمعارضة ما أدلى به من

<sup>1</sup> ذ محمد العربي الفاسي، شهادة اللفيف، مركز إحياء التراث المغربي الرباط، ص 32.  
<sup>2</sup> ذ عادل حاميدي، شهادة اللفيف وإشكالاتها الفقهية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط،

طبعة 2015، (بتصرف)، ص37.

شهادة ستة اللفيف بما أدلى به وكيل المدعى عليه من شهادة اثني عشر من اللفيف، وهم يعارضون ستة من اللفيف بكل حال، إذ ستة من اللفيف إنما يقومون مقام العدل الواحد، واثنا عشر يقومون مقام العدلين، ومعلوم أن شهادة العدلين أو ما يقوم مقامها تقدم على شهادة عدل واحد وما يقوم مقامه، كما أن ستة من اللفيف مع العدل الواحد يقدمون على اثني عشر من اللفيف<sup>1</sup>.

وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في بعض قراراته حيث اعتبر شهادة العدول مقدمة على شهادة اللفيف، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض<sup>2</sup>: "إن تقدير وسائل الإثبات مما تستقل به محكمة الموضوع، ولا رقابة عليها إلا فيما تستخلصه منها بأدلة سائغة، والمحكمة لما ناقشت الوثائق المستدل بها رجحت ما شهد به العدلان في عقد التنزيل من أتمية المنزل بما تقتضيه من الصحة الطوع الجواز على ما شهد به الشهود من اللفيفتين اللتين استدل بهما الطالبون من أن المشهود عليه المذكور كان مصابا بخلل عقلي وردت الشواهد الطبية الصادرة خلال 1995، لأنها لا تصف الحالة الصحية للمنزل وقت الإشهاد عليه سنة 1980 تكون قد استعملت سلطتها في تقدير الأدلة وساقته من الأسباب ما يبرر قضاءها..."

وفي قرار آخر لمحكمة النقض اعتبرت فيه إن الشهادة العدلية مقدمة على شهادة اللفيف<sup>3</sup>، وذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها إلى أن: "شهادة العدلين بمعاينة حوز المتصدق عليه للدار موضوع الصدقة وهي فارغة من

<sup>1</sup> الحكم 65 من مجموعة الأحكام الشرعية، أورده الأستاذ عبد المجيد الكتاني، مجلة قيس المغربية، العدد 1 يونيو 2011، مطبعة دار السلام الرباط، ص 156.

<sup>2</sup> قرار عدد 20 الصادر بتاريخ 13 يناير 2010، ملف عدد 117 / 2 / 1 / 2008، قرار منشور بمجلة القضاء المدني عدد 4، 2011، ص 139.

<sup>3</sup> قرار عدد 3525 بتاريخ 10 دجنبر 2003، صادر الملف المدني عدد 2497 / 1 / 2 / 2002 منشور بمجلة رسالة المحاماة، عدد 22، ص 122.

شواغل المتصدقين، هي شهادة علمية أصيلة ترجح على شهادة اللّيف والشهادة الادارية على السكنى"<sup>1</sup>.

### ثانيا: تعارض بينة عدل وست من اللّيف مع شهادة اللّيف.

قد تتعارض أحيانا بينة الخصوم حيث قد تتضمن إحداها شهادة بلّيفية كاملة وتتضمن الثانية شهادة بعدل واحد وستة من اللّيف، فما هي الوسيلة المعتمدة للقاضي في تغليب الحجة على الأخرى؟

إن بينة ستة من اللّيف وعدل واحد مقدمة هنا على بينة اللّيف المحضة لزيادة العدالة في ذات العدل مع اللّيف الستة، وهو ما جاء به العمل الفاسي، فالعدد الذي كان معمولا به هو اثنا عشر، الستة مع العدل ينتزلون منزلة العدل الثاني، هكذا كانت الأحكام جارية بالحضرة الفاسية وقت الأشياخ المقتدى بعلمهم<sup>2</sup>.

وإذا كان الأمر كذلك في هذه الفرضية، فمن باب أولى أن ترجح بينة العدلين عندما تقابلها بينة عدل واحد وستة من اللّيف، وذلك لزيادة العدالة في الأولى عن الثانية.

### ثالثا: تعارض بينة عدل مع اليمين وبينة ستة من اللّيف مع

اليمين.

لقد جاء في النوازل الكبرى أنه: "ما يؤيد صحة ما جرى به عندنا كثيرا من الحكم بستة من اللّيف مع اليمين في الأموال وما يؤول إليها قلت: وكذا يقدم ستة

<sup>1</sup> قرار عدد 155، بتاريخ 8 مارس 2011، صادر عن الغرفة المدنية في الملف عدد: 413 / 1302 / 2010، منشور بمجلة محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 3، سنة 2013، ص 41.

<sup>2</sup> محمد بن القاسم السجلماسي، "شرح العمل الفاسي" الجزء الثاني، طبعة حجرية بفاس، ص 108.

من اللفيف مع عدل على بيئة اللفيف لوجود العدالة في الجملة، وكذلك يقدم عدل مع اليمين على ستة من اللفيف مع اليمين<sup>1</sup>.

يظهر من خلال ما سبق أن اعتماد الفقهاء على زيادة العدالة في الترجيح عن زيادة العدد يرجع إلى تعذر توفر شهود عدول بالمقارنة مع زيادة عدد الشهود، إذ أنه في استطاعة كل من الخصوم أن يزيد في عدد شهوده، على خلاف زيادة العدالة فقد يستعصي على أحد الخصوم إسهاد من هو أكثر عدالة من غيره، فوجود من هو أكثر عدالة في إحدى البيئتين يبعث في النفس الطمأنينة أكثر مما تبعثه الشهادة الأخرى.

### المطلب الثاني: مضمون قاعدة الترجيح بزيادة العدالة.

إن المقصود بقاعدة " العدالة والعبرة ليست بالعدد " التي نص عليها المشرع من خلال المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، متبعاً في ذلك نهج الفقهاء المالكيين حيث عبروا عنها بقولهم: " وشاهد صفته المرعية عدالة تيقظ حرية ولا بد من العقل والبلوغ والرشد، والعدل في كل زمان عدوله فيختار الأمثل من كل أهل بلد حتى لا تضيع المصالح"<sup>2</sup>، وقال فيها الزقاق: " وزيد عدالة"، والشيخ خليل: " أو بمزيد عدالة لا عدد"<sup>3</sup>، هو أنه عندما يقع التعارض بين بيئتين تتضمن كل منهما عدداً من الشهود فإنه على المحكمة أن تنظر في مدى عدالة شهود البيئة، فإن كان أحد الشهود أكثر عدالة رجحت شهادتهم حتى وإن كانت البيئة المتعارضة أكثر عدداً، حيث على المحكمة أن تبحث عن البيئة التي

<sup>1</sup> المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، طبعة وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية المغربية، مطبعة فضالة المحمدية، - الطبعة 1420 هـ 1998 م، الجزء التاسع، ص 446.

<sup>2</sup> محمد العلوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، نازلة رقم 1463 باب الشهود، م س، ص 187.

<sup>3</sup> محمد بن عبد الله بن علي الخرشني المالكي، حاشية الخرشني، مختصر خليل ومعه حاشية العدوي على الخرشني، دار الكتب العلمية الطبعة الثانية 1997، باب الشهادة، ج 8/ ص 106.

زادت عدالة شهودها بغض النظر عن عددهم. إلا أن أعمال هذه القاعدة في الترجيح يبقى مشروطا بزيادتها في البيئة الأصلية لا المزكية - كما سبق بيانه - و أن لا يصل عدد شهود البيئة الثانية حد التواتر الذي يحصل معه العلم.

ويظهر من خلال تتبع نصوص فقهاء المذهب المالكي عند تصنيفهم لقواعد الترجيح أن زيادة العدالة ليست في المقام الأول على باقي المرجحات، وإنما هناك ضوابط أخرى ترجح حتى مع وجود العدالة، ومن بينها قدم التاريخ، كما جاء في حاشية الدسوقي حيث قال: "أن البيئة المتقدمة تاريخا ترجح على البيئة المتأخرة ولو كانت هذه الأخيرة أعدل من الأولى"<sup>1</sup>، كما وتتقدمها مرجحات أخرى كالمفصلة، فالنظر في التفصيل والإجمال مقدم على النظر في الأعدلية.

فالجوء لشهادة الشهود كانت ولا زالت السبيل الأكثر اعتمادا من بين طرق الإثبات المختلفة التي تستأنس إليها المحكمة من أجل إثبات حق أو دحضه فهي تعتبر السبيل الأكثر اعتمادا نظرا لعامل التقوى الذي كان يمتلك الناس في جملتهم حيث كان الشهود يتصفون بصفات مميزة تجعلهم أكثر شهرة بالخير والصلاح وأكثر ضبطا وحكمة وتمكنهم من تفادي الحيل<sup>2</sup>، وأما اليوم فقد تغير حال الناس دينا وخالقا فتغيرت المبادئ والأخلاق جملة وتفصيلا، فأصبحت مظنة للتهمة والشك نظرا إلى أن هذه الشهادة تجمع أخلاط الناس، فظلت خاضعة لنظر القاضي وتقديره يحكم بها متى تشكلت لديه قناعة بصدق الشهادة المدلى بها.

<sup>1</sup> محمد بن عرفة الدسوقي، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، م س، ج 4، ص 220.

<sup>2</sup> ذ محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، دار النجاح الجديدة طبعة

لذلك أعتقد أن تبني المشرع المغربي لقاعدة الترجيح بزيادة العدالة وإدراجها ضمن قواعد الإثبات، من خلال المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، من شأنه أن يقطع السبيل أمام شهود السوء والمرتشين ويحمي حقوق الناس. كما وتشكل ضمانات أكثر لقطع النزاع إذ بإمكان كلا من الخصمين زيادة عدد الشهود كيف شاء ولكن لا يمكنه زيادة عدالتهم لتعزيز ادعاءه. فوجود شهود أكثر عدالة يبعث على الطمأنينة في شهادتهم على البيئة الأخرى وإن تعدد شهودها<sup>1</sup>.

فمضمون القاعدة يكمن في اعطاء قوة قانونية لعدالة الشاهد- متى كان عدلا ضابطا- على كثرة عدد الشهود، حيث يفترض أن تصدر البيئة عن شخص تتوافر فيه العدالة على نحو تعد شهادته قرينة على صحة ما يشهد به، فتعتبر بذلك حجة قاطعة موجبة للحكم، هذه القاعدة نجدتها مكرسة في العمل القضائي المغربي من خلال حكم لمجلس الاستئناف الشرعي والذي ورد فيه ما يلي: "... لا تعارض بين شهادة لفيف وشهادة عدول، إذ الشهادة العدلية أرجح"<sup>2</sup>.

وقد ذهب الاجتهاد القضائي لترجيح بيئة العدالة على اللفيف، تماشيا في ذلك مع ما نص عليه غير واحد من الفقهاء من أن شهادة اللفيف لا يلجأ إليها فيما يخص المعاملات الا عندما تدعو إليها الضرورة التي يجب بيانها، وأن العدول عن العدول المتوفرين في مكان الواقعة القانونية واللجوء إلى الإثبات بواسطة اللفيف يعد ريبة في شهادتهم توجب إبعادها وعدم العمل بها.

<sup>1</sup> ذ محمد بخنيف، ضوابط الترجيح بين البيئات في الفقه المالكي على ضوء المادة 3 من مدونة الحقوق العينية المغربية، م س، ص 24.

<sup>2</sup> حكم مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى عدد 9 بتاريخ 28 ربيع الثاني 1339هـ، قضية رقم 269، مجلة الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول، م س، ص 61.

وهو ما أكده قرار للمجلس الأعلى<sup>1</sup> جاء فيه: " الأمر يتعلق ببيع عقار إن كان غير محفظ فإنه يخضع في الجوهر لأحكام الفقه المالكي التي تقرر أنه حتى بالنسبة لشهادة اللفي، فإنه لا يلتجأ إليها فيما يخص المعاملات إلا عندما تدعو إلى ذلك الضرورة التي وجب توضيحها.. "

فالمجلس الأعلى من خلال قراره هذا قضى باستبعاد الشهادة الليفية لأجل اثبات التصرفات العقارية بالنسبة للعقارات غير المحفظة تماشياً في ذلك مع القواعد الفقهية حيث استبعد غير واحد من الفقهاء المالكيين شهادة اللفي لأنها تجمع بين من يصلح للشهادة وبين من لا يصلح لها من أخلاط الناس. ونظم في ذلك أبو الشتا الصنهاجي قوله:

وإن تعارض لفي و عدول \*\*\* فاحكم بتقديم شهادة العدول

والعبرة من الترجيح بزيادة العدالة لا العدد، لأن كل من الخصمين يمكنه الزيادة في عدد الشهود كيف شاء بخلاف زيادة العدالة التي يستحيل زيادتها في الشاهد فيبقى على طبيعته، فضلاً عن أن عدالة الشاهد تبعث الاطمئنان وامكانية الثقة في شهادته أكثر من الشهود اللفي رغم كثرتهم.

فترجيح بيئة أحد الخصمين لمزيد عدد شهوده من شأنه أن يؤدي إلى إطالة الخصومة، لأن الخصم الآخر سيسعى بدوره إلى الزيادة في عدد شهوده، فإن كان شهود أحدهما اثنين سيسعى الآخر لتقديم أربع، وإن كان للآخر أربع سيقوم الآخر بزيادة عدد أكثر وهكذا، للدرجة التي يطول فيها النزاع وتتعطل الأحكام القضائية عن القيام بدورها في تحقيق الحقوق، لذلك لم تكن العبرة بعدد الشهود بل بمدى قوة الشهادة والتي تتحقق بعدالة شخص من يؤديها.

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1992/12/04، منشور بمجلة المجلس الأعلى عدد 46، صفحة 32.

وفي قرار آخر جاء فيه: "إن تقدير وسائل الإثبات مما تستقل به محكمة الموضوع، ولا رقابة عليها إلا فيما تستخلصه منها بأدلة سائغة، والمحكمة لما ناقشت الوثائق المستدل بها ورجحت ما شهد به العدلان في عقد التنزيل من أتمية المنزل بما تقتضيه من الصحة والطوع والجواز على ما شهد به الشهود من اللقيفتين اللتين استدلت بهما الطالبون من أن المشهود عليه المذكور كان مصابا بخلل عقلي وردت الشواهد الطبية الصادرة خلال 1995 تصف الحالة الصحية للمنزل وقت الإشهاد عليه سنة 1980، تكون قد استعملت سلطتها في تقدير الأدلة وساقّت من الأسباب ما يبّرر قضاءها"<sup>1</sup>.

وفي الأخير وليس أخيرا يجب التأكيد على أنه لقواعد الترجيح أسبابها ودوافعها التي حُملت على وضعها، سواء ما ارتبط منها بالزمان أو ما تعلق بالنفس البشرية، فالعدالة كانت لديها موضوعها وحجيتها الثبوتية في الشهادة أمام القضاء، نظرا لعامل الصلاح والتقوى الذي كان يطبع الناس إجمالا، أما وقد تغيرت أحوالهم دينا وخلقا، فلم يعد لهذه القاعدة قوتها السابقة، لذلك أصبح لزاما إعادة النظر فيها من طرف المشرع أو على الأقل يتعين على القاضي أن يُعمل سلطته التقديرية، نظرا لتغير مفهوم العدول من جهة ونظرا لأن الكثير ممن يزاولون مهنة العدول لم يعودوا بذلك الورع المرجو منهم من جهة أخرى، نظرا لكثرة التجاوزات التي أصبحت تشوب القيام بمهامهم.

<sup>1</sup> قرار عدد 20 صادر بتاريخ 2010/01/13، الصادر في الملف عدد 2008/1/2/117، منشور بمجلة القضاء المدني، عدد 4، 2011، ص 139.

## الفرع الثاني: الترجيح بتعدد الشهادة على شهادة الواحد.

أشار المشرع المغربي لقاعدة الترجيح بتعدد الشهادة من خلال الفقرة السابعة من المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية بقوله: "تعدد الشهادة على شهادة الواحد"، غير أن موقف المشرع المغربي من هذه البيئة كوسيلة اثبات يبقى خجولا حيث لم تحظى بتنظيم مفصل لها حيث جاءت الشهادة عموما مقتضبة مما يدفعنا إلى الارتكان إلى القواعد الفقهية لتحليلها والوقوف على مضمونها، ولمناقشة هذه القاعدة سنعمل على الوقوف بداية على النصاب الشرعي لتعدد الشهادة (المبحث الأول) قبل الانتقال إلى مناقشتها وتحليلها (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: النصاب الشرعي لتعدد الشاهد.

تعتبر الشهادة من أكثر وسائل الإثبات سلوكا في سائر الميادين مدنية كانت أو تجارية أو أسرية أو زجرية، وذلك بغض النظر عن الحقوق المراد إثباتها فهي تحتل الدرجة الأولى من بين وسائل الإثبات.

وخير دليل على أهميتها وسموها عن باقي وسائل الإثبات أن الحق سبحانه وتعالى نسبها إليه في غير موضع من كتابه العزيز حيث قال عز وجل: "هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَىٰ الدِّينِ كُلِّهِ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ شَهِيدًا"<sup>1</sup>، كما وجعلها صفة أهل العلم وشهادة منه عليهم تعالى أنه قائم بالعدل فقال عز من قائل: "شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ"<sup>2</sup>، فالشهادة تعد الحد الفاصل بين الحق و الباطل ويعتبر الشاهد عين العدالة على الحق.

<sup>1</sup> سورة الفتح الآية 28.

<sup>2</sup> سورة آل عمران، الآية 18.

ولا بأس من الوقوف على ماهية الشهادة والإحاطة بكل جوانبها كوسيلة اثبات قانونية حظيت باهتمام الفقهاء والمشرع على حد سواء (المطلب الأول)، قبل الحديث على النصاب العددي للشهادة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: ماهية الشهادة.

إن الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات ثابتة بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فمن الكتاب قوله تعالى: "وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ"، وأما السنة النبوية فمنها قوله ﷺ: "ألا أخبركم بخير الشهداء؟ هو الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها"<sup>1</sup>.

لقد نظم المشرع المغربي شهادة الشهود في القانون المدني من خلال الفصول 443 إلى 448 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، ومن في الفصول 71 إلى 84 من قانون المسطرة المدنية، وبالرجوع لهذه الفصول لا نجد للمشرع تعريفا للشهادة حيث لم يُحط بمفهومها وماهيتها، مما يفتح المجال للبحث فيما جاء به الفقهاء لتحديد مفهومها (الفقرة الأولى) وشروطها (الفقرة الثانية) وأنواعها (الفقرة الثالثة).

<sup>1</sup> صحيح مسلم، المسمى المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله، باب بيان خير الشهود، "حدثنا يحيى بن يحيى قال قرأت على مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن عثمان عن ابن أبي عمرة الأنصاري عن زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها"، دار طيبة الطبعة الأولى 2006، المجلد الأول ص 822.

## الفقرة الأولى: مفهوم الشهادة.

للقوف على مفهوم الشهادة سنتطرق لتعريفها لغة (أولاً) واصطلاحاً (ثانياً).

### أولاً: الشهادة لغة.

الشهادة في مقاييس اللغة، من شهد: الشين والهاء والذال، أصل يدل على حضور وعلم، وإعلام لا يخرج شيء من فروعه عن الذي ذكرناه، من ذلك الشهادة، يجمع الأصول التي ذكرناها من الحضور، والعلم والاعلام، ويقال شهد بشهد شهادة والمشهد من محضر الناس. والشهود جمع الشاهد وهو الماء الذي يخرج على رأس الصبي إذا ولد، ويقال بل هو الغرس<sup>1</sup>.

وشهد شهادة، شهد على شيء أي أخبر به خبراً قاطعاً. وشهد لفلان على فلان بكذا أدى ما عنده من الشهادة وأقر بما علم، ومنه ما جاء في التنزيل الحكيم: "فمن شهد منكم الشهر فليصمه"<sup>2</sup>، ويقال شهد على شهادة غيره، وشهد بما سمع. وأشهده: جعله يشهد عليه<sup>3</sup>، فالشهادة لغة من الشهادة والرؤية، وهي أيضاً الحضور لمكان الواقعة وهي البيان أو الإخبار القاطع وهي القول الصادر عن علم حصل بالمشاهدة، لذلك قالوا أنها مشتقة من المشاهدة والمعينة.

### ثانياً: الشهادة اصطلاحاً.

في تعريف ابن عرفة: "هي قول بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه ان عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه"<sup>4</sup>، فبينة الشهادة هي تقرير حقيقة

<sup>1</sup> معجم مقاييس اللغة، الزاي- الضاد، م س، الجزء الثالث، ص 221.

<sup>2</sup> سورة البقرة الآية 185: قال تعالى، "شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ".

<sup>3</sup> المعجم الوسيط، م س، ص 497.

<sup>4</sup> الخرشي على شرح مختصر خليل، م س، ج 7 ص 175. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، م

س، ج 6 ص 151.

أمر ما توصل الشاهد إلى معرفته بعينه أو بأذنه، أو هي كما عرفها بعض الفقهاء قيام الشاهد في مجلس القضاء بعد حلف اليمين بالإخبار عن واقعة حدثت من غيره و ترتب عليها حق لغيره<sup>1</sup>.

يمكن القول أن الشهادة هي أداة لإثبات تصرف قانوني حيث يقف الشاهد على حقيقة واقعة ما بعد تثبته منها بحضوره - سماعاً ومشاهدة- أو بسماع أو بمشاهدة فقط، فالشاهد يجب أن يكون قد أدرك الواقعة شخصياً بحواسه التي يشهد بها حيث يكون قد رآها أو سمعها بنفسه.. فهي قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام المحكمة عما أدركه بحاسة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، فالشاهد يخبر بواقعة صدرت من أحد الخصوم، وترتب عنها حق للخصم الآخر، فهي إذن إخبارٌ بحق على غيره لغيره.

ولأنها خبر تحتمل الصدق والكذب، ولكن يقوى فيها احتمال الصدق على احتمال الكذب لأن الشاهد يؤدي اليمين على صدق ما يقوله وأنه إنما يشهد بحق لغيره على غيره، فلا مصلحة له في الكذب، ولأن المفروض فيه أنه شاهد عدل، فشهادته تعتبر قرينة قوية على صحة ما يشهد به، وإن كان احتمال العكس لا ينتفي به انتفاء تاماً، فمن خصائصها أنها حجة متعدية إذ الأمر الذي يثبت بواسطة الشهادة يكون له حجية في مواجهة كافة الناس وليس فقط بين طرفي الخصومة وخلفهما العام والخاص<sup>2</sup>.

إلا أن الشهادة كبينة للإثبات يبقى دورها قاصر على بعض التصرفات القانونية دون الأخرى تبعاً لقيمة الحق المتنازع بشأنه حيث قرر المشرع

<sup>1</sup> ذ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة 2011، ص232.

<sup>2</sup> ذ خالد سعيد، الإثبات في المنازعات المدنية، دار السلام للنشر الرباط، طبعة يناير 2014، ص

المغربي من خلال الفصل 443 من ق.ل.ع.م مبدأ مهم وهو أن النزاعات التي تتجاوز قيمتها عشرة آلاف درهم لا تثبت إلا بالكتابة ولا يمكن قبول شهادة الشهود بخصوصها<sup>1</sup>، فهي حجة غير قاطعة حيث يمكن دحض الواقعة موضوع الشهادة بغيرها من وسائل الإثبات كالكتابة والقرائن والإقرار.

### الفقرة الثانية: شروط الشاهد.

يعتبر الشاهد أهم عنصر يعتمد عليه القضاء في الشهادة، ولقد جعل القانون المغربي أداء الشهادة واجبا على كل إنسان له علاقة بالواقعة المتنازع فيها أمام القضاء، فالشهود هم أعين العدالة وأذانها، حيث لهم دور مهم في مساعدة القضاء للوصول إلى الحقيقة في العديد من المنازعات، إلا أن المشرع المغربي لم يعرف الشاهد، مما يدفعنا للبحث عن تعريف له في الكتابات الفقهية وفيما جاءت به شروحات ونظم الفقهاء المالكيين.

ونظرا للعيوب التي يمكن أن تتخلل شهادة الشهود، وأخذا ببعض اقتراحات الفقهاء والشراح<sup>2</sup>، فإن المشرع المغربي وضع شروطا مسبقة يجب أن تتوفر في الشاهد لكي تصح شهادته يتم الاعتماد عليها كدليل اثبات، وهذه الشروط تتمثل أساسا في شرط الأهلية، وشرط عدم القرابة أو المصاهرة. ولا بأس قبل معالجتها من الإشارة إلى الشروط الفقهية (أولا) التي أوردها الفقهاء المالكيين

<sup>1</sup> ينص المشرع من خلال الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المغربي أن: "الاتفاقات و غيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود.."

<sup>2</sup> محمد ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق عبد الكريم الفضيلى، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، طبعة 2014، ص327/ معين الحكام على القضايا و الأحكام، للقاضي ابن عبد الرفيق، ج2، دار الغرب طبعة 1989، ص 642/ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، = قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، طبعة 1991، ج 1 ص 78.

في متونهم ونظمهم، قبل الانتقال إلى الشروط القانونية التي يجب أن تتوفر في الشاهد (ثانياً).

### أولاً: الشروط الفقهية.

لقد نظم ابن عاصم في شروط الشاهد قائلاً: "وشاهد صفته المرعية، عدالة تيقظ حرية..". فقد أورد من الشروط، العدالة والتيقظ والحرية واشترط الرشد والبلوغ والإسلام، دون الذكورة إذ ليست بشرط في كل الشهادات بل في بعضها<sup>1</sup>. وأضاف ابن القيم شرط عدم التهمة...

فالشاهد الذي تعتبر شهادته هو المرضية عدالته وهو الفطن المتيقظ بحيث لا يكون مغفلاً تخفى عليه الحيل، لذلك فإنه يجب ان يكون بالغاً راشداً لأن غير البالغ والعاقل لا يوصف بالفطنة، لذا لم يذكرهما ابن عاصم في تحفته... فاتفق الفقهاء على شرط البلوغ باعتبار أداء الشهادة لا يلزم إلا المكلف<sup>2</sup> البالغ الراشد استناداً في ذلك لقوله تعالى: "فَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ"<sup>3</sup> فلا يقع الحق والالتزام به إلا على الراشد المميز كامل الإدراك وأما ناقصه غير المميز من الصبية أو المجنون عديمي الأهلية وناقصيها فهو غير مخاطب في رأيي بهذه الآية.

يمكن القول أن شرط العدالة يعتبر أهم الشروط الواجب توفرها في الشاهد فهذا الأخير وإن كان مسلماً لا تقبل شهادته إن لم تعرف عدالته، وحتى مع رشد عقله فلا يعتد بشهادته إن لم تشتهر عدالته، فالصبي الذي بلغ سن الرشد لا يقبل أداء الشهادة منه حتى يُعدّل بعد بلوغه.

<sup>1</sup> محمد ابن عاصم الأندلسي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س، ص 23.

<sup>2</sup> ذ خالد سعيد، الإثبات في المنازعات المدنية، م س، ص 202.

<sup>3</sup> سورة البقرة الآية 282.

فغالبية الفقه يرى وجوب توفر عنصرين لدى الشاهد، وهما الإدراك والتمييز، حيث اتفقوا على شرط البلوغ في الشاهد مستنديين في ذلك لقوله تعالى: "وَلَا تَكْفُرُوا بِالْشَّهَادَةِ وَمَنْ يَكْفُرْ فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبًا"<sup>1</sup> وجزاء الإثم في الآية إنما يقصد به الراشد المميز كامل الإدراك الذي يدرك ما يقوم به ونتيجة فعله، ما يجعل الصبي خارجا من حكم الآية، فالقدرة على التمييز هي أساس تحمل الشهادة لان التمييز يعني القدرة على فهم الفعل وتحديد طبيعته وما ينطوي عليه من اعتداء على الحق أو المصلحة التي يحميها القانون.

## ثانيا: الشروط القانونية.

### أ: الأهلية.

الأهلية لغة، الجدارة والكفاءة لأمر من الأمور، فالأهلية تعتبر شرطا أساسيا يجب أن تتوفر في كل شاهد، وأن تكون لديه القدرة على تذكر الواقعة التي سيشهد فيها وألا يكون ذا عاهة تفقده التمييز والإدراك، لأن فقدانهما يجعلان الشخص غير أهل لأداء الشهادة، فالصغير المميز يمكن الاستماع الى شهادته على سبيل الاستئناس فقط وأما فاقد التمييز فلا يعتد بشهادته لا على سبيل البينة ولا على سبيل الاسترشاد، هذا وأن فقدان التمييز لا يكون لصغر السن فقط بل حتى المحجور عليه بسبب هرم أو مرض يعتبر فاقدا للتمييز أيضا ولا يستمع لشهادته، فالعبرة إذن ليست بسن الرشد القانونية فقط (18 سنة) بل بكمال العقل والتمييز، فالعقل من الشروط التي وضعها الفقهاء فيمن تقبل شهادته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة الآية 283.

<sup>2</sup> الشيخ صالح بن عبد الله ال فوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2002، ج2/ ص 648. الإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر دون ذكر الطبعة، ج 20/ ص 231.

ولقد نص قانون الالتزامات والعقود المغربي في فصله الثالث في الفقرة الثانية منه على أن: "كل شخص أهل للإلزام والالتزام" بعد بلوغه سن الرشد القانوني والذي حدده المشرع المغربي في 18 سنة شمسية كاملة من خلال المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية، ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك. فبمجرد تمام سن الرشد يصبح الشخص كامل الأهلية ما لم يكن هناك عارض من العوارض التي تؤثر سلبا على هذه الأهلية فهذا الاكتمال مرهون ببلوغه سن الرشد الذي اختلفت التشريعات المدنية في تحديده، ويذهب الاتجاه الغالب إلى ضبطه في سن الثامنة عشر وهي السن التي اعتمدها مدونة الأسرة في المادة المذكورة، وتعتبر قواعد الأهلية من النظام العام حيث يجب مراعاتها وفق ما قرره المشرع فلا يجوز عن طريق الاتفاق منح شخص أهلية لا يتمتع بها بحكم القانون أو حرمانه من أهلية يخولها له القانون<sup>1</sup>، فلا يمكن مخالفة القواعد المنظمة لها إلا في الحالات التي يسمح بها القانون كالترشيح المبكر أو منح أهلية إدارة المال للصغير المميز.

والأهلية نوعان حسب ما جاء من خلال المواد 206-207-208 من مدونة الأسرة المغربية: أهلية وجوب وأهلية أداء. وتعني أهلية الوجوب حسب المادة 207 من مدونة الأسرة "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها". هذه الأهلية يمكن أن تتوفر لعديم الأهلية بل وللجنين في بطن أمه حيث

<sup>1</sup> ذ عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الطبعة الأولى 2006، ج 2 ص 17.

تثبت له حقوقا شخصية كانتسابه لوالديه والارث منهما، وأخرى مالية كالوصية والاشتراط لمصلحته... وذلك شرط ولادته حيا<sup>1</sup>.

وأما أهلية الأداء فهي "صلاحيته لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من الفصل 75 من قانون المسطرة المدنية، نجد المشرع المغربي نص على أنه: " لا تقبل أيضا شهادة الأشخاص الذين نص القانون أو أمر قضائي بأنهم عديمو الأهلية لتأدية الشهادة في كل الإجراءات وأمام القضاء"، فالأصل في الإنسان كمال أهليته وخلافه هو الاستثناء، وهذا يفيد عدم إمكانية الحد من أهلية الأشخاص إلا بموجب نص قانوني خاص، فلا يعتبر الشخص فاقد للأهلية أو ناقصها إلا بمقتضى حكم صريح ويقع عبء إثبات نقص أو انعدام الأهلية على من يدعيه، فإذا ادعى العاقد مثلا نقص أهليته بهدف إبطال العقد تحمل إثبات هذا الادعاء المخالف للوضع العادي<sup>3</sup>.

فمتى قامت البيئة على انعدام الأهلية أو نقصانها فإن العقد يكون في هذه الحالة باطل أو قابلا للإبطال. وللإشارة فأحكام الأهلية تعتبر من النظام العام حيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو تعديلها، ولا يجوز للأفراد التنازل عنها، وللقاضي إثارة انعدام اهلية الشاهد تلقائيا ولو لم يثرها الأطراف<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ذ عبد القادر العرعاري، النظرة العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، ج1 مصادر الالتزام، نظرية العقد مطبعة فضالة المحمدية 1995، ص89.

<sup>2</sup> تنص المادة 208 من مدونة الأسرة المغربية: "أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية و المالية و نفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها".

<sup>3</sup> ذ عبد الحق الصافي، القانون المدني، العقد- تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006، ص 144.

<sup>4</sup> القرار رقم 815، صادر في 3 أبريل 1985 في الملف المدني عدد 93258، قرارات المجلس الأعلى عدد 97، ص 101.

كما ويشترط في الشخص أن لا يكون محكوما بعقوبة جنائية، حيث يعد المحكوم عليه بحكم قضائي يجرده من الحقوق الوطنية ممنوعا من أداء الشهادة حسب ما نص عليه المشرع من خلال الفقرة الثالثة من الفصل 26 من القانون الجنائي المغربي<sup>1</sup>.

### ب: شرط عدم القرابة أو المصاهرة.

لقد نص المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من الفصل 75 من قانون المسطرة المدنية على أنه: " لا تقبل شهادة من كانت بينهم وبين الأطراف أو أزواجهم رابطة مباشرة من قرابة أو مصاهرة من الأصول أو الفروع أو الحواشي إلى الدرجة الثالثة بإدخال الغاية عدا إذا قرر القانون خلاف ذلك".

يقتضي هذا الشرط أن يكون الشاهد أجنبيا عن موضوع الشهادة ولا تجمععه أية صلة بأي من طرفي النزاع -المدعي المشهود له والمدعى عليه المشهود عليه- وليست له مصلحة في الواقعة المشهود بها، لأنه شاهد وليس مدعيا بحق له ولا مقرا بحق لغيره عليه، ومن ذلك:

### - شهادة الأصول أو الفروع:

- <sup>1</sup> ينص الفصل 26 من القانون الجنائي المغربي: "يشمل التجريد من الحقوق الوطنية.
- 1- عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف العمومية و كل الخدمات و الأعمال العمومية.
- 2- حرمان المحكوم عليه من 2- حرمان المحكوم عليه من أن يكون ناخبا أو منتخبا وحرمانه بصفة عامة من سائر الحقوق الوطنية والسياسية ومن حق التخلي بأي وسام.
- 3- عدم الأهلية للقيام بمهمة عضو محلف أو خبير، وعدم الأهلية لأداء الشهادة في أي رسم من الرسوم أو الشهادة أمام القضاء إلا على سبيل الأخبار فقط.
- 4- عدم أهلية المحكوم عليه لأن يكون وصيا أو مشرفا على غير أولاده.
- 5- الحرمان من حق حمل السلاح ومن الخدمة في الجيش والقيام بالتعليم أو إدارة مدرسة أو العمل في مؤسسة للتعليم كأستاذ أو مدرس أو مراقب.

يرى الفقهاء أن شهادة الأب لابنه لا تقبل كما لا تقبل شهادة الابن لأبيه<sup>1</sup>، ويرجع السبب في عدم قبول الشهادة لمثل هذه الحالات إلى الشك في صدقها، وذلك نظرا للمصلحة أو للعاطفة أو حتى للكراهية التي يمكن أن تسود بين الأقارب أحيانا، ومن ناحية أخرى قد يكون الامتناع عن أداء الشهادة للقريب سببا للنفور والانشقاق بين أفراد العائلة وتشنت روابط القرابة.

### - شهادة الزوجين:

تمتنع شهادة أحد الزوجين للآخر للعلة ذاتها التي تمتنع بها شهادة الأصل للفرع أو عليه، وذلك خشية المحاباة بسبب المصلحة المشتركة وبسبب العامل العاطفي، أو ما قد يترتب عن ذلك من توتر العلاقة بين الزوجين في حالة ما إذا كانت الشهادة في غير مصلحة الزوج، فتبقى العلاقة الزوجية شبهة توجب رد الشهادة.

### - شهادة الخادم والوكيل والشريك والكفيل:

لم ينص المشرع المغربي صراحة على مثل هذه الحالات، غير أن المعمول به قضاء انه لا تجوز شهادة الخادم لمخدومه مادام في خدمته، وذلك راجع للسلطة المباشرة التي تكون للمخدوم على خادمه، أما إذا ترك الخادم تلك الخدمة فتقبل شهادته مع مخدومه السابق، ما لم يكن ترك الخدمة بالتواطؤ معه فنرفض شهادته.

كما تقبل شهادة الوكيل لموكله وذلك في حدود الأمور التي لها علاقة بالوكالة، والشيء نفسه بالنسبة للشريك فيما يتعلق بالشركة وذلك بسبب

<sup>1</sup> الكواكب النيرة حاشية على شرح ميارة للعلامة ابي عيسى محمد المهدي بن محمد بن محمد بن خضر بن قاسم العمراني الوزاني الفاسي، طبعة حجرية بمطبعة فاس سنة 1322 هـ، ص 223.

المصلحة المالية التي تجمعها في الشركة، وتمنع شهادة الكفيل فيما يخص التزامات المكفول، إذ تكون له مصلحة مباشرة في براءة ذمة هذا الأخير باعتبار أن براءة الأصيل بشهادة الكفيل تؤدي إلى تبرئة هذا الأخير أيضا من كفالة الدين وإسقاط هذه الكفالة.

### الفقرة الثالثة: أنواع الشهادة.

لقد ميز الفقهاء في الشهادة بين الشهادة المباشرة (أولا) والسماعية (ثانيا) وبالتسامع (ثالثا) وهي كالآتي:

#### أولا: الشهادة المباشرة.

الشهادة المباشرة أو ما يسميها الفقهاء بالشهادة بالسمع، ويشهد فيها الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة كمن يشاهد واقعة من الوقائع، فيقر أمام القضاء بما شاهده أو ما وقع من الغير أمامه، فهو يشهد على واقعة صدرت من غيره، ويترتب عليها حق لغيره، وفيها قال ابن شاس: "وهي أن يقول الشهود سمعنا سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم<sup>1</sup>.

ومن ثمة فإنه يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصا متحققا مما يشهد به بحواس نفسه لقوله عليه الصلاة والسلام: "إذا علمت مثل الشمس فاشهد"، كأن يكون الشخص قد حضر كتابة عقد بيع فيسمع تبادل الإيجاب والقبول، ويشاهد المشتري يسلم البائع الثمن فيشهد بما رآه، وسمعه، وهذا هو الغالب في الشهادة.

فالأصل فيها أن تكون مباشرة، حيث الشاهد يدلي بشهادته على وقائع وصلت إلى معرفته الشخصية، إما لأنه رآها بعينه أو سمعها بأذنه أو لأنه رآها

<sup>1</sup> جلال الدين بن نجم بن شاس المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 2003، ج 3 ص 1040.

وسمعتها في نفس الوقت وذلك بصفة شفوية أمام المحكمة مستمدا إياها من ذاكرته، وقد تكون في شكل تصريح كتابة يدلي به بذكر الوقائع التي عرفها معرفة شخصية، أو تصريح شفوي ويحرر بمحضر خلال مجلس الحكم. ولم يشترط فيها الفقهاء عدالة الشاهد بل اشترطوا لقبولها اللئيف، وفيه قال العبدوسي<sup>1</sup>:

و ليس من شروطها العدول \*\*\*بل اللئيف فادر ما أقول.

### ثانيا: الشهادة السماعية.

وهي شهادة غير مباشرة، حيث لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة، وإنما يشهد بما سمع رواية عن الغير، فيشهد أنه سمع شخصا معينا يروي هذه الواقعة محل الإثبات، فهنا الشاهد لم ير الواقعة بنفسه بل سمع شخصا معينا يرويها، فيقال للشهادة في هذه الحالة بأنها سماعية، وهي أقل من الشهادة الأصلية المباشرة، ويقدر القاضي قيمتها في الإثبات، فهذه الشهادة لا يعول عليها لأنها لا تنشأ عن إدراك مباشر، ولا يخفى أن الأخبار كثيرا ما تتغير عند النقل، لذلك فهي تسمى شهادة النقل، وهذه الشهادة تعتبر خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي في قبولها أو عدم قبولها، على أن القول بعدم قبول شهادة السماع يجب ألا يؤخذ على إطلاقه، فإنه إذا مات الشاهد الأصلي الذي شاهد الأمر بنفسه، أو استحال سماع شهادته لأي سبب آخر، يصح للقاضي أن يأخذ بشهادة من سمع منه مباشرة، متى كان عدلا موثوقا به<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، دار عالم الكتب 2002، ج8، ص 227.  
<sup>2</sup> خالد سعيد، الإثبات في المنازعات المدنية، الطبعة الأولى 2014، ص 194 (بتصرف).

### ثالثاً: الشهادة بالتسامع.

تختلف عن الشهادة السماعية التي تتعلق بأمر معين نقلاً عن شخص معين شاهد الأمر بنفسه، إذ يقول الشاهد: "سمعت كذا" أو أن "الناس يقولون كذا وكذا" عن هذا الأمر، دون أن يستطيع إسناد ذلك لأشخاص معينين، حيث يكفي بذكر ما تتناقله الألسن. فهي شهادة بما تسامعه الناس ولا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع بين الناس عن هذه الواقعة<sup>1</sup> وهي علم الشاهد بما شاع من خبر بين الناس ويسمونها الفقهاء المالكيين بالسماع الفاشي.

### المطلب الثاني: نصاب الشهادة العددي.

يختلف نصاب الشهادة حسب نوع الحق المشهود به ما إذا كان مالا أو غير مال، وحتى نفي بالمطلوب ودون الخروج عنه سوف نبين بالتحليل والمعالجة نصاب الشهادة في الأموال والتي يقصد بها العقار كما سبق بيانه سابقاً في تعريف الأموال موضوع البحث من خلال الحديث عن حالات تحقق النصاب في الشهادة دون الحاجة على أداء اليمين (الفقرة الأولى) ثم لحالات تحققه مع اليمين (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: تحقق النصاب في الشهادة دون أداء اليمين.

إن اكتمال نصاب الشهادة دون الحاجة إلى يمين مقرر بمقتضى قوله عز وجل: "وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى" <sup>2</sup>، فنصاب الشهادة يتحقق من غير أداء اليمين كلما كان الشهود رجلين أو رجل و امرأتان.

<sup>1</sup> حسين خضير الشمري، دور الشهادة في الاثبات المدني، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2013، ص 26.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية: 282.

## أولاً: شهادة رجلين.

فشهادة رجلين حسب قوله تعالى في الآية أعلاه تعد الأصل في نصاب الشهادة فهي حجة كاملة يجوز بها الإثبات في جميع الحقوق دون يمين، ولا يقدر في ذلك توجيه المحكمة لليمين إلى الشاهدين حتى وإن كانوا رجالاً، لأن اليمين هنا توجه فقط للقسم على قول الحق وليس لإكمال النصاب.

والقول بأن شهادة رجلين تشكل حجة تامة لا يعني أن شهادتهم تلزم المحكمة بالحكم بها، إنما لأن عددهم وجنسهم قد تحقق معه نصاب الشهادة الذي لا يلزم معه اليمين<sup>1</sup> فالمحكمة لا تنقيد بالشهادة مطلقاً، اعتباراً لكونها دليل ضعيف لا يعتد به إلا بمناسبة النزاع، وكذلك لجواز حصول النسيان للشهود وعدم الدقة أحياناً في تحديد المشهود به، ولذلك فإن المحكمة تتمتع في تقدير قبول الشهادة من عدمها بسلطة واسعة، فالقاضي هو الذي يقدر ما إذا كانت منتجة أو غير ذلك وما إذا كان سيستمع للشهادة أو يرفضها - ولو كان الشهود رجلين-، كما يقدر بعد سماعها ما إذا كانت دليلاً كافياً يطمئن إليه أو ليس كذلك. ولا رقابة عليه من قبل محكمة النقض إلا من حيث التعليل، حيث أن استبعاد الشهادة يجب أن يكون معللاً تعليلاً كافياً وإلا كان الحكم باطلاً مستوجباً للنقض. وفي ذلك قررت محكمة النقض: "إن كل حكم يجب أن يعلل تعليلاً كافياً وإلا كان باطلاً، وعليه فإن المحكمة التي تصرح باعتبار شهادة الشهود غير كافية دون أن تبين السبب لا تكون قد عللت حكمها تعليلاً كافياً وعرضته بذلك للنقض"<sup>2</sup>،

<sup>1</sup> أشير إلى أن الإمام مالك ذهب إلى أن مجرد شهادة الشاهدين لا تلزم القاضي بالحكم بها وأنها لا تعتبر حجة شرعية تامة إلا بعد أن يحلف المدعي يمينا على صحة دعواه واستحقاقه المدعى عليه به إذا كان من الأعيان دون الديون... انظر: شهاب الدين القرافي، "الفروق"، دون ذكر الطبعة، مطبعة دار المعرفة، بيروت، الجزء الرابع، ص 86 .

<sup>2</sup> قرار عدد 138، بتاريخ 12 دجنبر 1960، أورده الأستاذ عبد العزيز توفيق، "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي"، الجزء الأول، ص 211 .

وجاء في قرار آخر: "إذا كان تقدير شهادة الشهود موكول لسلطة المحكمة التي لا تخضع فيها لرقابة المجلس الأعلى فإن تعليلها خاضع لهذه الرقابة"<sup>1</sup>.

### ثانيا: شهادة رجل وامرأتان.

تعتبر شهادة رجل وامرأتان شهادة كاملة النصاب، وحجة في المال وما يؤول إليه، لقوله تعالى: "...فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء"<sup>2</sup> فقد بين الحق سبحانه أنه على صاحب الحق أن يُشهد رجلين على حقه أو رجل وامرأتان، مما يظهر أيضا أنه لا تجوز شهادة النساء إلا عند عدم وجود شهادة الرجلين، لذلك فإن شهادة رجل وامرأتان على ملكية شخص لعقار أو لإثبات حق عيني واقع على العقار محل النزاع، يشكل شهادة تامة النصاب مثلها في ذلك مثل شهادة الرجلين.

### الفقرة الثانية: تحقق النصاب في الشهادة مع اليمين.

إذا كان نصاب الشهادة في الصورتين السابقتين يتحقق من غير الحاجة إلى أداء اليمين، فإن هناك صورا أخرى لا يكتمل فيها النصاب إلا مع أداء المدعي اليمين، وهي كالاتي:

### أولا: شهادة رجل واحد مع يمين المدعي.

ذهب الفقهاء المالكيين للقضاء بشهادة رجل واحد مع يمين المدعي في الأمور المالية الخاصة، مستدلين في ذلك بما جاء في موطأ الإمام مالك، أنه قال يحيى بن سليم قال مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه: أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد. كما قال مالك: "مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد

<sup>1</sup> قرار عدد 105، بتاريخ 23 فبراير 1987، الصادر في الملف الاجتماعي عدد: 8205 / 86، منشور بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد: 9، أبريل 1989، ص 213.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 282.

يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه، فإن نكل<sup>1</sup> وأبى يحلف المطلوب، فإن حلف سقط عند ذلك الحق، وإن أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه<sup>2</sup>، ولا تقبل هذه البيئة إلا في الأموال خاصة أو ما يؤول إلى الأموال، كالأجل في البيوع، أو اختلاف المتبايعين حول الثمن، والخيار والشفعة والإجارة والوكالة بالمال... ولا يقع ذلك في شيء من الحدود ولا النكاح.. ولا في غير ذلك مما لا يثبت إلا بعدلين<sup>3</sup>.

### ثانياً: شهادة امرأتين مع يمين المدعي.

أمام اشتراط الأخذ بشهادة رجل واحد مع يمين المدعي فإنه بديهى أن يؤخذ بشهادة امرأتين مع يمين المدعي حيث إن المرأتين في مرتبة الرجل الواحد، مما يجعل الأمرين سيان. وقد عمل فقهاء المالكية بهذه الشهادة في المال وما يؤول إليه واعتبروها تامة النصاب، وفي ذلك قال القرطبي في تفسير الآية 282 من سورة البقرة إن الله سبحانه وتعالى لما جعل شهادة امرأتين بدل شهادة رجل وجب أن يكون حكمهما حكمه، فكما أن للمدعي أن يحلف مع الشاهد الرجل الواحد، كذلك يجب أن يحلف مع شهادة امرأتين بمطلق هذه الوضعية، لأن شهادة

<sup>1</sup> يقصد بالنكول: عدم الحلف حين يجب الحلف، وقد يقع ممن وجهت إليه اليمين أو ممن ردت عليه اليمين، ولأن هذا الأخير، هو من كان قد وجه اليمين أول مرة، فإنه يكون ملتزماً بالحلف، فهو لا يستطيع رد اليمين مرة أخرى على خصمه، فلا يكون أمامه إلا أن يحلف، فإذا حلف كسب الدعوى، أو ينكل فيخسر الدعوى. وحلف اليمين أو النكول عنها، يترتب آثاره القانونية في مواجهة الخصوم، أي من وجهها، ومن وجهت إليه، وخلفها العام أو الخاص، طبقاً للقواعد العامة. أنظر: محمد سليمان الفراء، "مسائل في الفقه المقارن"، دار المكتب العربي طبعة 2010، الصفحة 57 وما بعدها.

<sup>2</sup> مالك ابن أنس، "الموطأ"، رواية يحيى ابن يحيى الليثي، المجلد الثاني، كتاب الأفضية، دون ذكر الطبعة، مطبعة دار الغرب الإسلامي، ص 263.

<sup>3</sup> محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، طبعة 1995، م س، ص 206.

المرأة ضعيفة ويمينها أيضا ضعيف، فإن ضم يمين ضعيف إلى شهادة ضعيفة لم يقبل الضم<sup>1</sup>.

وجاء في الزرقاني على شرح سيدي خليل وإلا يكن المشهود به مما مر بل مالا أو آيلا إليه فعدلّ وامرأتان عدلتان أو إحداهما أي عدل فقط، أو امرأتان فقط بيمين في الأحد المذكور<sup>2</sup>.

### ثالثا: الشاهد العرفي مع يمين المدعي .

الشاهد العرفي فقها هو ما يسمى في القوانين الحديثة بالقرائن<sup>3</sup> فهو بمثابة الشاهد العدل في الفقه المالكي وجب تعضيده باليمين على من قام له، ولا يستثنى من أدائها إلا في حالة ما إذا عثر على شيء فادعى شخص أنه صاحبه وأعطى به العلامات التي لا يعرفها في العادة إلا مالك ذلك الشيء، فإنه يأخذه ولا يحتاج حينئذ إلى يمين، وهو أمر غير متصور في العقار لعدم إمكانية العثور عليه، بل

<sup>1</sup> القرطبي، "الجامع لأحكام القرآن"، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مطبعة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2006، الجزء الرابع، ص 443.

<sup>2</sup> شرح الزرقاني، م س، جزء 7 ص 180.

<sup>3</sup> لا جرم أن القرينة في معناها العام، هي استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت أو هي افتراض ثبوت واقعة غير مثبتة من خلال إثبات واقعة أخرى لقيام التلازم بينهما. فالإثبات لا يرد على الواقعة المتنازع فيها فهي مجهولة إنما يرد على واقعة أخرى قريبة منها معلومة. ولقد ورد بالقرآن الكريم ما يشير إلى القرآن من دلائل الحال وشواهد في واقعة ادعاء امرأة العزيز على نبي الله يوسف عليه السلام أنه أراد بها سوءا قدمت دليلا على ذلك قطعة قماش كانت بيدها من قميص سيدنا يوسف الذي أنكر عليها ادعاءها، فوضع القاضي بينهما قاعدة عامة مستخلصة من ظروف الحال مفادها الموضوع الذي قدت منه هذه القطعة، فإذا كانت من الأمام تصبح هي صادقة في دعواها وإن كانت من الخلف تكون كاذبة.

ونظمها المشرع المغربي في الفرع الرابع من الباب الأول من القسم السابع الخاص بإثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها في الفصول 449 إلى 459 من قانون الالتزامات والعقود.

والقرينة نوعان هما: نوع تستنبطه المحكمة من وقائع الدعوى المعروضة عليها وهو ما يعرف بالقرائن القضائية. ونوع يستنبطه المشرع من خلال وظيفته التصويرية لما يغلب وقوعه عملا وبينى عليها قاعدة عامة مجردة وهو ما يصطلح عليه بالقرائن القانونية، وهذه القرائن في الغالب أصلها قرائن قضائية تبنّاها المشرع وصاغها في نصوص قانونية. انظر: إدريس العلوي العبدلوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى 1977، ص 152 وما بعدها.

إن حتى الأراضي الموات لا يمكن اعتبار إحياءها عثوراً عليها مادامت المادة 222 من مدونة الحقوق العينية تعتبرها ملكاً للدولة<sup>1</sup> وأن إحياءها لا يترتب عنه إلا حق الاستغلال لا حق الملكية<sup>2</sup>.

ختاماً أود الإشارة إلى أن قبول شهادة رجل واحد أو امرأتان مع اليمين يتوقف على أن لا يكون الشاهد مجرد شاهد على السماع<sup>3</sup>. كما أن اليمين التي توجه للمدعي هنا هي يمين مكملة للنصاب وتختلف تمام الاختلاف عن اليمين المتممة<sup>4</sup>، حيث إنها تكمل النصاب ولا تجبر النقص الحاصل في الحجة، بخلاف اليمين المتممة التي من شروط توجيهها أن يكون هناك دليل ناقص<sup>5</sup>، وفي هذا الإطار صدر قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "وعلى عكس ما قالته الوسيلة فإن اليمين لا توجه على المدعي لنقصان حجته، لأن اليمين المكملة لا تجبر الخل والنقص الحاصل في الحجة إذا كانت الحجة باطلة وغير معتبرة شرعاً، وإنما تكمل النصاب إذا عجزت الحجة عن تمامه، كما إذا أقيمت بشاهد واحد وستة من اللفيف في الدعاوى المالية والآيلة إلى المال"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة - 222 مدونة الحقوق العينية على أن: "الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقاً للقانون."

<sup>2</sup> تنص المادة - 223 من مدونة الحقوق العينية على أن: "من أحيى أرضاً من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة فله حق استغلالها."

<sup>3</sup> ذ أحمد الحصري، "علم القضاء، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي"، الجزء الأول، الطبعة الأولى سنة 1986، مطبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ص 166.

<sup>4</sup> يقصد باليمين المتممة اليمين التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أي من الخصوم، لكي تستكمل بها أدلة الدعوى غير الكافية، فتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به. للاطلاع انظر: ذ محمد بادن، "إشكالات اليمين بين القانون والفقه الإسلامي على ضوء الاجتهاد القضائي"، الطبعة الأولى 2002، مطبعة دار القلم، الرباط، ص 86.

<sup>5</sup> ذ محمد بادن: "إشكالات اليمين بين القانون والفقه الإسلامي على ضوء الاجتهاد القضائي"، م س، ص 88.

<sup>6</sup> القرار عدد: 792، بتاريخ 14 دجنبر 1982، الصادر في الملف العقاري عدد: 92279، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 132، السنة 1984، ص 140 - 141.

وإذا كان هذا نصاب الشهادة لدى المذهب المالكي، فإن القوانين الوضعية تظل فارغة من تحديد نصاب الشهادة، فلا نجد هذا التحديد لا في تشريعنا المغربي ولا في التشريعات المقارنة باستثناء قانون الإثبات اليمني الذي حدد في المادة 45 منه نصاب الشهادة في الأموال برجلين أو رجل وامرأتين، وأجاز في المادة 46 شهادة الشاهد الواحد في الأموال وفي الحقوق، شريطة أن يقبلها المشهود عليه<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ذ عمر حسين الباز، "عبء الإثبات وطرقه"، مقال منشور بمجلة البحوث القضائية، العدد 2 ديسمبر 2005، ص 98.

## المبحث الثاني: تحليل قاعدة الترجيح بتعدد الشاهد على شهادة الواحد.

للحديث عن مضمون الترجيح بقاعدة تعدد الشهود أولى من شهادة الواحد سنعمل على تحليل القاعدة من خلال محاولة الإحاطة بحالات تعدد الشاهد (المطلب الأولى) قبل الانتقال إلى اعطاء موجز عن مضمونها (المطلب الثاني). وتجدر الإشارة أن المشرع كان عليه ان يكون أكثر دقة في استخدام مصطلح "تعدد الشهادة" فالمقصود الفقهي إنما هو تعدد شخص الشاهد وليست الشهادة كفعل، لأجل ذلك ارتأينا عنوانه المطلب ب"حالات الترجيح عند تعدد الشاهد".

### المطلب الأول: حالات الترجيح عند تعدد الشاهد.

إن الشهادة لإثبات ملكية عقار أو حق عيني واقع عليه، لا يمكن قبولها وفق قاعدة ترجيح تعدد الشاهد على الواحد، إلا بتحقق النصاب الذي يزيد فيه الشهود عن شاهد واحد، حيث يتمثل في شاهدين فأكثر أو بشاهد ويمين، فمتى حصل التعارض فإن أعمال القاعدة لا يخرج عن الحالات التالية، ترجيح شاهدين على شهادة شاهد وامرأتان (الفقرة الأولى) أو ترجيح شهادة شاهدين أو شاهدين وامرأتان على شاهد واحد مع اليمين (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: ترجيح شهادة شاهدين على شهادة شاهد وامرأتان.

لقد جعل الحق سبحانه وتعالى في الآية 282 من سورة البقرة المذكورة أعلاه مرتبة رجل واحد وامرأتان من نفس مرتبة الرجلان في الاثبات، ومتى تعارضت بينتان إحدهما مكونة من شاهدين، والثانية من شاهد واحد وامرأتان، وتساوى الرجل الذي مع المرأتين في عدالته مع الشاهدين، فشهادة الرجلين أصل، وشهادة الرجل وامرأتين فرع، ولا يلجأ إلى الفرع إلا عند فقدان الأصل<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ذ محمد مصطفى الزحيلي، م س ، ص 815 .

فقد جعل الفقهاء شهادة الشاهدين من الذكور مرجحة ومقدمة في الترجيح على شهادة الرجل مع المرأتين<sup>1</sup>.

هذا وقد اعتبر بعض الفقهاء أنه لهذه الحالة استثناء، يتمثل في الحالة التي يكون فيها الشاهد الذي مع المرأتين أعدل على الشاهدين الذكركين، فإن شهادتهم مع رجل واحد تقدم على بيعة الشاهدين، وأما إن كانت المرأتان أعدل دون الشاهد الذي معهما فتقدم حجة الشاهدين<sup>2</sup>، وأوردوا قبول الشهادة بامرأتين على ثلاثة أنواع:

1- الشهادة على ما ليس بمال ولكنه يؤول إلى المال، وتجاوز في الوكالة والوصية والشهادة على خط القاضي إذا كان مضمناه مالا وعلى النكاح والطلاق والنسب...

2- الشهادة على المال ولكنه يؤول إلى غير المال.

3- الشهادة على المال المحض، كالبيع على النقد أو الأجل، والقرض أو القراض، والوديعة والإجارة والكفالة بالمال، ودية القتل الخطأ والعمد...

وبما أن المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية لم تتطرق إلى هذه الحالة بالتفصيل، وإنما تعرضت لزيادة العدد كمرجع فقط، بصياغته في شكل قاعدة تقول ب " تقديم تعدد الشهود على شهادة الواحد " فإن المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية تغني عن ذكر ذلك مادامت تسمح باللجوء إلى قانون الالتزامات

<sup>1</sup> ميارة الفاسي، " فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق " م س، ص 309 .

<sup>2</sup> أبو الشتاء الغازي الصنهاجي، مواهب الخلاق، م س، ص 355 .

والعقود المغربي فيما لم يرد فيه نص في المدونة، وإلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من فقه الإمام مالك<sup>1</sup>.

ويبدو أن تطبيق هذا المرجح في النزاعات العقارية للعقارات غير المحفظة في الوقت الحالي يحيل إلى عدم إمكانية الأخذ به، لأن الحيابة كواقعة مادية تثبت بعدلين في الأصل أو عدل وامرأتين استثناء، لكن المرأتين يجب أن يكونا عدلتين حتى تقبل شهادتهن...

### **الفقرة الثانية: ترجيح شهادة شاهدين أو شاهدين وامرأتان على شاهد واحد مع اليمين.**

إذا تعارضت بينة طرفي الدعوى، حيث شهد لأحد الطرفين شاهدان أو شاهد وامرأتان، وشهد للطرف الآخر شاهد واحد مع يمين (أي يمين صاحب البينة وليس الشاهد، قدمت بينة الشاهدان أو الشاهد وامرأتين على بينة الشاهد مع اليمين، ولو كان هذا الشاهد المنفرد أكثر عدالة من شاهدي الطرف الأول أو من شاهد وامرأتان، وهو نفس التوجه الذي استقر عليه القضاء في اجتهاده، فقد جاء بقرار لمحكمة النقض أن: " شهادة الشاهدين تقدم على الشاهد اليمين، ففي الزرقاني: ورجح شاهدين من جانب على شاهد ويمين من جانب آخر ولو كان أعدل أهل زمانه"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية على أنه: " تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية مالم تتعارض مع التشريعات الخاصة بالعقار. تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 أغسطس 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي".

<sup>2</sup> قرار عدد: 3355، بتاريخ 30 أكتوبر 2002، الصادر في الملف المدني عدد. 2011/ 1/1/2820، بمجلة القضاء والقانون عدد 147، السنة 31، ص 224.

وقدمت شهادة الشاهدين، شهادة الواحد وامرأتين على شهادة الشاهد الواحد مع يمين المدعي، لأن شهادة الشاهد واليمين مختلف في الإثبات بهما من لدن الفقه، أما شهادة الرجلين والرجل المرأتين فهي معتبرة لدى الفقهاء المالكيين دون خلاف<sup>1</sup> وأيضا لأن أداء المدعي لليمين هو قول لنفسه ويُستبعد أن يقول غير ما ادعاه في دعواه<sup>2</sup>، فقوله سيكون لما فيه مصلحته بالدرجة الأولى، وهو بذلك كما إذا شهد لنفسه فتتوجه إليه التهمة، بخلاف شهادة الغير التي تعتبر بيينة كاملة مرجحة الصحة واليقين على مجرد الادعاء بحلف اليمين، وفي هذا الإطار هناك من يرى<sup>3</sup>، أن تقديم شهادة الشاهدين فأكثر على شهادة الواحد العدل مع يمين المدعي يتعارض مع المرجح الثالث الذي يعتبر أن العبرة بزيادة العدالة وليست بكثرة العدد، فهذه القاعدة ماهي إلا امتداد للتي قبلها (زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد) خصوصا في ظل التشريع الحالي، معتبرين أن تطبيق هذه القاعدة يبقى محصورا فقط في حال اختلاف عدد شهود كل بيينة بين الزيادة والنقصان وكان هؤلاء الشهود عدولا، وبالتالي فإن الترجيح بزيادة العدد لا يتم اللجوء إليه إلا عند التساوي في العدالة، ولو قلنا بغير ذلك فإننا سنوقع القاعدتين في التناقض.

أي أن قاعدة ترجيح تعدد الشهود على الشاهد الواحد كما تمت صياغتها في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، ستصبح متناقضة مع قاعدة الترجيح بزيادة العدالة على تعدد الشهود، مثلا لو كانت إحدى البيئات تضم لفيفية بست شهود في حين البيينة المقابلة تضم شاهدا واحدا عدلا، لقلنا بأن بيينة التعدد ستقدم

<sup>1</sup> ذ محمد ابن معجوز، م س، ص 163. (بتصرف)

<sup>2</sup> ذ مصطفى الزحيلي، م س ص 817.

<sup>3</sup> ذ محمد بخنيف، ضوابط الترجيح بين البيئات في الفقه المالكي على ضوء المادة 3 من مدونة الحقوق

العينية"، مقال منشور بمجلة قيس المغربية، عدد: 5، يوليو 2013، ص 101.

على بيئة الشاهد الواحد وهو ما لا يمكن التسليم به مطلقا لا شرعا ولا فقها ولا قضاء، لذلك نقترح إدماج القاعدتين معا أو الإبقاء على القاعدة الأولى فقط.

وإذا كان الترجيح بتعدد الشهادة مرتبطة بتحقق النصاب، فإن هناك صورة أخرى مختلف فيها بين الفقهاء ترتبط بعدم تحقق نصاب الشهادة.

### - حالة عدم تحقق شرط الليف:

في هذه الحالة قد لا يتحقق النصاب الشرعي للشهادة، أو ما يسميه الفقهاء "بالتلقية" وتفيد شرط الليف<sup>1</sup>، حيث يكون الشاهد عدل مبرز فاق أقرانه من الشهود عدالة، فقد تباينت الآراء حول ما إذا كانت شهادته تقدم على شهادة الشاهدين الأقل منه عدالة، فرجح "مطرف" شهادة الشاهدين، في حين رجح "أصبغ" شهادة العدل الواحد المبرز مع يمينه على شهادة العدلين، وهذا القول

<sup>1</sup> الليف حسب ابن منظور هو الجمع العظيم من أخلاط وزمر شتى، فيهم الشريف والدنيء، والمطيع والعاصي والقوي والضعيف (ابن منظور، م س، ج 9 ص 318). فهو شهادة عدد من الناس يبلغ اثني عشر رجلا من غير الشهود المنتصبين لتلقي الشهادة، وشهادة الليف تكون حيث لا يتأتى ولا يتيسر إسهاد ذوي عدل منتصبين لذلك ( أبو عيسى المهدي الوزاني، المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، م س، طبعة 1998، ج 9 ص 429).

وتسمى شهادة الليف ببينة ليفية عندما يتحدد عدد الشهود في اثني عشر شاهد وهو ما جرى العمل عليه قضاءً وأما إن كانت دون ذلك فتسمى تلقية ( أبو الشتا الغازي الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، مطبعة الأمنية الرباط 1995، ص 16).

فشهادة الليف أنشأت لتعذر شهادة العدول لذلك لم يُعرف لعدد شهودها نصاب معين قد يكون أكثر من اثني عشر أو أقل لعدم وجود سند ملزم، والاقتصار على هذا النصاب العددي إنما هو محض اجتهاد فقهاء التوثيق والعمل القضائي لعل كثيرة منها حصول التواتر به وأنه جمع كثرة يحصل به الاستكثار، ولكونه مظنة على الصدق لحصول التواتر به، لم يضر قبول أقل من هذا العدد طالما احتفت شهادتهم بما يثبت صدقهم بما حصل في مستند علمهم (عادل حاميدي، شهادة الليف وإشكالاتها الفقهية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2015، ص 72-73 بتصرف).

الأخير هو المشهور في الفقه المالكي، وإلى هذا الخلاف أشار ابن عاصم بقوله<sup>1</sup>:

وفي ذَوِي عَدَلٍ يُعَارِضَانِ \*\*\* مُبَرِّزًا أَتَى لَهُم قَوْلَانِ  
وَبِالشَّهِيدَيْنِ مُطَرِّفٌ قَضَى \*\*\* وَالْحَلْفَ وَالْأَعْدَلَ اصْبَغُ ارْتَضَى

### المطلب الثاني: مضمون قاعدة الترجيح بتعدد الشاهد.

بعد أن تحدثنا عن حالات الترجيح بقاعدة تعدد الشهادة مرجحة على شهادة الواحد، فإن ما يتعلق بحجية الشهادة في الإثبات نجدها خاضعة من حيث تقدير قيمتها الثبوتية لمحكمة الموضوع شرط تعليل قرارها، فللقاضي كامل السلطة والصلاحية في تقدير شهادة الشهود والاختصاص بأقوالهم أو استبعادها، وذلك لأنها تعتبر رواية واقوال عن وقائع يدلي بها الشاهد، كما تحتل الخطأ قد تحتل الصواب<sup>2</sup>، لذلك فالشهادة لا تفيد القاضي في شيء على خلاف الإقرار والدليل الكتابي واليمين الحاسمة، إذ يمكن للقاضي أن يأخذ بمضمون الشهادة متى اقتنع به أو يردّها خصوصاً عندما يجد من بين وثائق الملف ما يقدر فيها أو يثبت خلافها، فرغم أن المشرع قد نظم إجراءات الاستماع إلى الشهود وكيفية تلقي الشهادة إلا أنه أعطى لقاضي الموضوع سلطة في تقدير قيمتها وحرية تامة للأخذ بها أو طرحها حسب اقتناعه بصحتها أو عدمه<sup>3</sup>، وهذا ما يفسر كون المشرع المغربي لم يحدّد حدو الفقه المالكي في تحديد نصاب للشهادة فلم يحدّد عدداً معيناً في الشهود وفي ذلك تيسير على الأطراف لتقديم وسائل إثباتهم وبالتالي تسهيل سير

<sup>1</sup> الإمام محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س، ص 36.

<sup>2</sup> ذ خالد سعيد، م س، ص 210.

<sup>3</sup> ذ حسين رجب محمد مخلف، قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية، مكتبة

السنهوري، الطبعة الأولى 2011، ص 68.

الدعوى وحل النزاع، لذلك تبقى للمحكمة إمكانية الاستماع إلى الشاهد وإن كان منفردا.

## الفصل الثاني: القواعد الشكلية المرتبطة بتاريخ البيئة المرجحة.

أثرنا في الفصل الأول أن تعارض شهادة الشهود من أسباب الترجيح بين البيئات المتعارضة، كما تقوم إلى جانب الشهادة قواعد أخرى ترتبط بتاريخ الوثيقة المدلى بها كوسيلة إثبات لحق الملكية العقارية أو للحق العيني العقاري محل النزاع.

وإذا كانت الشهادة قد تثار كوسيلة إثبات أمام المحكمة في شكل وثيقة مكتوبة أو شفوية في مجلس القضاء ويتم إثبات أدائها كتابة في محضر الجلسة، فإن قاعدة ترجيح البيئة المؤرخة على غير المؤرخة أو ترجيح قدم تاريخ البيئة على اللاحقة لا يمكن تصورهما خارج نطاق الكتابة أي خارج نطاق الرسم المثبت للملكية أو للتصرف القانوني أو المادي الواقع على العقار، خاصة وأن المشرع المغربي كما سنرى قد اشترط إثبات جميع التصرفات الواردة على العقار والمتعلقة بنقل الملكية أو إنشاء حق العيني بموجب محرر رسمي أو ثابت التاريخ، المادة 4 من مدونة الحقوق العينية<sup>1</sup>.

فتاريخ البيئة موضوع ترجيح يعتبر شرطا من الشروط الشكلية الواجب توفرها في أي عقد مدلى به أمام القضاء حتى يسهل إثبات تاريخ التصرفات القانونية المجراة على العقار أو الحق العيني العقاري موضوع النزاع.

<sup>1</sup> تنص المادة 4 من مدونة الحقوق العينية على أن: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

لأجل ذلك عمد المشرع لإيراد قاعدة ترجيح البيئة التي ذكر فيها تاريخ محدد على الخالية منه (الفرع الأول) وإعطاء الأولوية في الترجيح للبيئة التي جاءت سابقة على البيئة اللاحقة لها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: قاعدة ترجيح البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة.

إن الترجيح بذكر التاريخ هو من بين المرجحات المعتمدة فقها وقضاء، فقد جاء عن الشيخ خليل: " وإن أمكن جمع بين البيئتين جمع وإلا رجح بسبب.. أو بتاريخ".

ولقد نص المشرع من خلال الفقرة الحادية عشر من المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية المغربية أن من قواعد الترجيح: " تقديم البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة"، وهذا معناه أنه مما يثير النزاعات تاريخ الوثيقة المثبتة للتصرفات القانونية ولاتفاق الأطراف المضمّن بالرسم المثبت للملكية العقارية أو للحق العيني العقاري المتنازع فيه، فمن وسائل الإثبات المدلى بها في النزاع ما يرتبط بالرسم المثبت للملكية العقارية أو للحق العيني المتنازع فيه، ولا يمكن تصور الرسم المثبت للملكية في غياب الكتابة، والتي يمكن أن تكون إما رسمية أو عرفية حسب منطوق الفصل 417 من ق ل ع م.<sup>1</sup>

فتاريخ الرسم المثبت للملكية، يعتبر معيارا لتحديد الأجل القانونية كالتالي تهم أداء الرسوم والضرائب الواجبة للدولة أو أجل تقادم تصرف قانوني ما... وهو مرجع لتطبيق القانون الجاري به العمل يوم تلقي الشهادة مثلما هو مرجع لاتفاقات يمكن للقانون أو للأطراف ان يجعلوها بداية انطلاق أو نقطة انتهاء لما قد

<sup>1</sup> ينص الفصل 417 من قانون الالتزامات والعقود أن: " الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية".

يتفقون عليه<sup>1</sup> وهو أداة لدرء تعارض البيئات المدلى بها لاستحقاق ملكية عقارية أو حق عيني واقع على عقار.

وللوقوف على قاعدة ترجيح البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة يتطلب ذلك بيان مفهوم تاريخ البيئة (المبحث الأول) قبل الانتقال إلى تحليلها واستخلاص مضمونها (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: مفهوم البيئة المؤرخة وأهميتها.

يعتبر تاريخ الوثيقة المعتمدة كحجة في الإثبات، بيانا جوهريا يمكن الرجوع إليه في حال قيام تعارض بين حجتين متساويتين من نفس القوة، فتاريخ الوثيقة يمكن أن يشكل مرجحا لأحدى الوثيقتين، إما لكون إحداها مؤرخة والآخرى غير مؤرخة أو لكونهما معا مؤرختين لكن إحداها سابقة التاريخ على المقابلة لها فيعتمد مبدأ قدم التاريخ وسنكتفي بالحديث عن ترجيح البيئة المؤرخة على الخالية منه.

وللوقوف على مفهوم البيئة المؤرخة سوف نعمل على تعريفها (المطلب الأول) قبل الانتقال إلى البحث في أهمية تاريخ الرسم المثبت للملكية أو للحق العيني العقاري (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تعريف البيئة المؤرخة.

عندما نص المشرع على ترجيح البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة لم يوضح التاريخ المقصود في الوثيقة محل النزاع، لذلك نتساءل هل المقصود به تاريخ تحرير الوثيقة؟ أم تاريخ توقيع الأطراف عليها...؟ لأن تواريخ المحررات

<sup>1</sup> ذ عبد المجيد بوكير، إشكالية تعدد تواريخ الوثيقة العدلية، مجلة القبس المغربية، العدد الأول يونيو

تختلف بين المحرر التوثيقي والمحرر العدلي، وسنحاول قبل ذلك الوقوف على المقصود من البيئة المؤرخة من خلال (الفقرة الأولى) قبل الحديث على المحررات التوثيقية المثبتة للملك (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: تعريف البيئة المؤرخة.

لقد وضع المشرع المغربي شروطا لتحريير الوثائق والمحررات التي تنظم المعاملات التعاقدية وذلك حتى يعتد بها كوسيلة للإثبات في النزاع المعروض على القضاء، ومن هذه الشروط كتابة تاريخ التصرف القانوني موضوع الوثيقة، حيث إن الأطراف قد يذكرون هذا التاريخ وقد لا يلتفتون إليه، ومع ذلك يصح المحرر ولو دون ذكره<sup>1</sup>. فعدم ذكر التاريخ لا ينتج عنه إبطال المحرر ولكن في حال قيام نزاع فإنه يرجح المحرر المتضمن للتاريخ الذي يشهد بالملك لصاحبه على الخالي منه. وفي ذلك قال الفقهاء المالكيون بأنه: "إذا ذكر التاريخ في إحدى البيئتين فإنها تقدم على التي لم تذكره، وذكر ابن شاس أنه: "إن كانت إحدى البيئتين مؤرخة قدمت المؤرخة على المطلقة"، قال: وهو المعتمد في المذهب<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن للمحكمة الترجيح بين البيئات المدلى بها من طرف الخصوم إلا إذا تعلق الأمر برسوم ومحررات صحيحة، وهذا معناه أن القاضي اثناء نظره في النزاع يتأكد من صحة البيانات التوثيقية للدليل الكتابي للتأكد من مدى استجماعه للبيانات الجوهرية التي لها تأثير على النزاع كما هو

<sup>1</sup> محمد سعيد خليفة، عبد الحميد عثمان محمد " أحكام قانون الإثبات"، الطبعة الأولى 2007، دون ذكر المطبعة، ص 78.

<sup>2</sup> أبو الشتاء الصنهاجي م.س - ج:1 ص462 - التسولي م.س - ج:1 ص276 .  
- محمد عيش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر الطبعة الأولى 1404هـ - 1984م، ج 8 ص 536.

الشأن بالنسبة لتاريخ اجراء التصرف من عدمه، للوقوف عما إذا كانت مؤرخة أو بيئة غير مؤرخة .

وتختلف تواريخ المحرر الرسمي حسب ما إذا كانت الوثيقة المدلى بها عدلية أو توثيقية، وهنا أرى ضرورة الوقوف على أنواع تواريخ المحرر الرسمي.

### الفقرة الثانية: المحررات التوثيقية المثبتة للملك.

#### أولاً: العقد التوثيقي.

بالنسبة للعقد التوثيقي لا يعتبره المشرع رسمياً إلا بتوقيع الموثق عليه ومن تاريخ هذا التوقيع يكتسي صفة الرسمية حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 44 من القانون رقم 09-32 و الذي جاء في ما يلي: " يكتسب العقد الصبغة الرسمية ابتداء من تاريخ توقيع الموثق".

وأضاف المشرع في المادة 43 من نفس القانون شرط وجوب ذكر تاريخ العقد بالساعة واليوم والشهر والسنة بالأرقام والحروف<sup>1</sup>.

وهو نفس ما نص عليه المشرع من خلال المادة 19 من مرسوم<sup>2</sup> 28 أكتوبر 2008: "...تشتمل الشهادة في طليعتها بمذكرة الحفظ على اسمي عدلي التلقي ومكانه مع ذكر تاريخه بالساعة واليوم والشهر والسنة بالحروف والأرقام وفق التقويم الهجري مع بيان ما يوافق من التقويم الميلادي، وذلك يوماً فيوماً بتتابع الشهادات حسب ساعات وتواريخ تلقيها".

<sup>1</sup> وعلى سبيل المقارنة هذه المقترحات هي نفسها المنصوص عليها في المادة 43 من القانون رقم 32.09

<sup>2</sup> مرسوم 28 أكتوبر 2008 الصادر بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5687 - 2 ذو الحجة 1429 (فاتح ديسمبر 2008).

إلا أنه تجدر الإشارة بأن تاريخ المحرر العدلي على خلاف التوثيقي يطرح إشكالية تحديده و معرفة التاريخ المقصود لإثبات ملكية عقار أو حق عيني واقع عليه، فهل هو تاريخ تلقي المحرر من العدلين أم تاريخ تسجيله بسجلات المحكمة؟

### ثانياً: المحرر العدلي.

إن ذكر التاريخ في الوثيقة العدلية يعتبر من البيانات الجوهرية لها والذي يجب الاهتمام به من قبل العدلين والتنصيب عليه، غير أن تاريخ العقود المحررة من قبل العدول تتميز بالتعدد يمكن أن نذكر منها:

#### أ- تاريخ تلقي الشهادة:

هو تاريخ تدوين العدلين لما سمعاه من الشهود أو المتعاقدين، وأدرجوه في مذكرة الحفظ، فتلقي الشهادة هو سماعها من المعنيين بالتصرف القانوني المراد إثباته من طرف عدلين منتصبين للإشهاد ومختصين زمانياً ومكانياً، وإدراجهما لفصولها الجوهرية في مذكرة الحفظ<sup>1</sup> لأحدهما وذلك وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ذ محمد البوشاري، التوثيق العدلي-مبادئ أولية- (بتصرف)، طباعة طوب بريس، الطبعة الأولى 2005، ص 31.

- وتجدر الإشارة إلى أن مذكرة الحفظ هي أداة لحفظ أصول الشهادات بالتتابع حسب التاريخ الهجري والميلادي وساعة التلقي، حيث يدون فيها العدل ملخص الشهادة في فصولها الجوهرية دون غموض أو إبهام مع إثبات الوثائق والمستندات الضرورية، وتكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين بطريقة مسترسلة في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب. حيث نصت المادة 33 على أنه: "تكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب". ودون خطأ مادي وإلا وجب الاعتذار عنه ما عدا البشر وهو المحو أو الكشط فلا تصحيح فيه، ويضع المشهود عليهما في أسفل الشهادة توقيعهما أو بصمتهما عند الضرورة. (ذ عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، م س، ص 303-304).

<sup>2</sup> تنص المادة 28 من قانون 03-16 المنظم لخطة العدالة أنه: "يتلقى العدلان الشهادة أولاً في مذكرة الحفظ المشار إليها أعلاه، على أن تدرج في مذكرة أحدهما فقط إذا وقع التلقي في آن واحد، وفي مذكرة

## ب-تاريخ تحرير الوثيقة العدلية:

نص المشرع المغربي من خلال المادة 33 من القانون 03-16 على ما يلي: "تكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب. وتذيل الوثيقة بتوقيع عدليها مقرونا باسميهما مع التنصيص دائما على تاريخ التحرير". فالمشرع لم يترك مسألة تحرير الوثيقة وشكلياتها لاختيارات العدول الموثقين وكتابتها وفقا لصيغ مختارة كل حسب إرادته الشخصية وميوله، بل عمل على تنظيم كيفية تحريرها<sup>1</sup>.

ويقصد بتاريخ تحرير الوثيقة العدلية ميلاد الوثيقة باعتباره يؤرخ لواقعة نقل صك الإشهاد وإفراغ مضمونه الأصلي من مذكرة الحفظ الممسوكة من طرف العدول في النص التحريري التوثيقي<sup>2</sup>. ويأتي تاريخ تحرير الوثيقة بعد تاريخ تلقيها بستة أيام، حيث نص المشرع من خلال المادة 27 من المرسوم التطبيقي 28 أكتوبر 2008 القاضي بتطبيق القانون 03-16 المتعلق بخطة العدالة على أنه: "يحرر العدل الشهادة ويقدمها للقاضي المكلف بالتوثيق في أجل لا يتعدى ستة أيام من تاريخ تلقيها ما لم ينص على خلاف ذلك..."

---

=== كل واحد منهما إذا وقع التلقي الفردي في آحاد متفاوتة، مع التنصيص في الحالتين على تاريخ تلقي الشهادة.

<sup>1</sup> ذ سليمان أدخل، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية - دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري بالمغرب - م س، ص 77.

<sup>2</sup> عبد المالك اولاد سحم، مميزات التوثيق الرسمي - الوثيقة العدلية نموذجا - مجلة الأملاك عدد 3 سنة 2007، م س، ص 111.

### ت-تاريخ تسجيل المحرر العدلي:

إن المحررات العدلية من العقود التي استوجب فيها المشرع شكلية كيفية كانت سواء تعلق الأمر بحصر تركة أو تفويت عقار بعوض أو دونه، أو الإيجار أو الرهن، أو إثبات ملكية... وغيرها. فقد ألزم المشرع المتعاقدين بالقيام بإجراءات التسجيل لدى مصلحة التسجيل والتمبر وإدارة الضرائب بمقتضى المادة 17 من قانون رقم 03-16 والتي جاء بها: "للمتعاقدين الخيار بين أن يقوموا بأنفسهم بالإجراءات المتعلقة بإدارة التسجيل والتمبر وإدارة الضرائب والمحافظة العقارية وغيرها، أو أن يكلفوا أحد العدلين المتلقين بالقيام بالإجراءات المذكورة بمقتضى تصريح موقع عليه من الطرفين بكناش يحدد شكله بنص تنظيمي".

ويقوم اجراء تسجيل المحررات العدلية على أداء رسوم لها صبغة جبائية على أساس نسبة مئوية معينة من الثمن الإجمالي لقيمة التصرف موضوع المحرر المشهود به لدى مصلحة التسجيل والتمبر.

والمقصود من تاريخ تسجيل المحرر العدلي هو تاريخ أداء الطرف المتعاقد الرسوم الضريبية لفائدة الخزينة العامة.

وتجدر الإشارة إلى أن إجراء تسجيل المحرر لا يكسب الوثيقة صفة الرسمية خلال هذه المرحلة بل يُعد إجراء شكليا محظ يمنح الوثيقة حجية لقبولها من طرف قاضي التوثيق فيما بعد.

### ث-تاريخ خطاب قاضي التوثيق:

هو تاريخ اكتساب الوثيقة- صفة الرسمية طبقا لما هو منصوص عليه في القانون المنظم لخطة العدالة، فقاضي التوثيق يخاطب على الوثيقة العدلية

بالإعلام بأدائها ومراقبتها حال ما يتأكد من تمام بياناتها وصحتها ومن خلوها من النقص وسلامتها من الخلل. فقد نص المشرع المغربي من خلال المادة 35 من قانون خطة العدالة أنه: " يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الاجراءات اللازمة والتأكد من خلوها من النقص وسلامتها من الخلل، و ذلك بالإعلام بأدائها و مراقبتها".

يجب التنبيه إلى أن خطاب قاضي التوثيق على العقد العدلي يأتي بعد تسجيله بمصلحة الخزينة العامة للدولة، حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 35 من قانون 03-16 من أنه يتعين على القاضي ألا يخاطب على الشهادات الخاضعة لواجبات التسجيل إلا بعد تأديتها.

فخطاب قاضي التوثيق يكسب الوثيقة العدلية صبغة الرسمية فتصبح حجة قانونية قاطعة يمكن الاحتجاج بها و بكل مضامينها سواء بين الأطراف أو الغير<sup>1</sup>...

جوابا على إشكالية أي تاريخ سنعتد به في تاريخ المحررات العدلية، فقد ذهب المجلس الأعلى في قرار له إلى أن العقود التي يتلقاها العدول تكتسب تاريخا صحيحا ويمكن ان تكون حجة على الغير من تاريخ تسجيلها بدفاتر المحكمة<sup>2</sup>، بذلك يمكن القول أنه متى قام نزاع لإثبات حق ثابت بمحرر عدلي أحدهما مؤرخ ومسجل بدفاتر المحكمة وبين آخر لم يتم تأريخه أو تضمن تاريخ الاشهاد فقط دون تاريخ تسجيله فانه يرجح الأول لأن المعتبر هو تاريخ التضمين بسجلات المحكمة. فلو ادعى شخصان أنهما اشتريا نفس العقار ولكل منهما بينته

<sup>1</sup> ذ سليمان أدخل، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، م س، ص 87.  
<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 54 بتاريخ 1958/12/24، منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 21، ص 833. / و منشور بقضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة، للأستاذ عبد العزيز توفيق، م س، ص 721.

العدلية وكانتا صحيحتين فالترجيح بينهما يكون بركون القاضي إلى تاريخ تسجيل العقدين في سجل المحكمة.

### المطلب الثاني: أهمية تأريخ البيئة.

إن لذكر تاريخ التصرف القانوني المضمن بالبيئة موضوع الترجيح أهمية بالغة، باعتباره عنصرا من عناصر توثيق العقود سواء كان توثيقا أو عدليا فقد شرع لتحقيق مصلحة أطراف العلاقة التعاقدية حيث أوجب المشرع المغربي توثيق التصرفات القانونية الواردة على العقارات أو على الحقوق العينية العقارية بمقتضى نصوص قانونية عامة كانت أو خاصة<sup>1</sup> وذلك نظرا لأن التوثيق يحسم النزاع متى قام بين الأطراف حيث يمنع أي لبس في العلاقة التعاقدية بينهم، فأهمية تاريخ المحررات في نظري يعتبر جزءا من أهمية توثيق العقود، لأن تاريخ البيئة عنصر من عناصر التوثيق، فمتى كانت البيئة مؤرخة ومحررة ممن هم مؤهلون قانونا لتحرير العقود وتوثيقها<sup>2</sup> تكون أقوى

<sup>1</sup> ينص الفصل 489 من قانون الالتزامات و العقود المغربي على أن: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

وجاء بالمادة 4 من مدونة الحقوق العينية المغربية: "يجب أن تحرر- تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

<sup>2</sup> وهم حسب المادة الأولى من المرسوم التطبيقي لقانون رقم 00-18 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 2.03.852 صادر في 18 ربيع الثاني 1425 (7 يونيو 2004) في الجريدة الرسمية عدد 5222 (17 يونيو 2004) أنه: "تطبيقا لأحكام المادة 12 من القانون رقم 00-18 المشار إليه، يؤهل لتحرير جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها الموثقون، والعدول والمحامون والمقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى..."

كما ونصت المادة 4 من القانون 00-51 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار أنه: "يجب أن يحرر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة

لحسم النزاع وقطع دابر التعدي على الحقوق، لأنها مسطرة ومحفوظة بتاريخ يدفع كل ارتياب، متى حاول أحد من الأغيار الترامي على الملكية العقارية وادعاء تملكها دون سند أو الاعتماد على مضي مدة من الزمن وبالتالي تغيير حالة الأشخاص إما لوفاة أو لطول غياب، وكل ما من شأنه أن يعترض الملاك في حق ملكيتهم العقارية ويعترض حق انتفاعهم بها، مما يجعل التاريخ نجاة للحقوق بمضي الزمن ووسيلة لحماية المراكز القانونية وإثباتها<sup>1</sup>.

وبناء على ما سبق، فإنه إذا لم يكن تاريخ التصرف ثابتا بالكتابة، فإن ذلك لن يكون سوى سببا في تعقيد النزاعات وفتح المجال أمام ذوي النيات السيئة للمس بحقوق الآخرين، لذلك فإنه يستحسن الحرص على إثبات تواريخ التصرفات القانونية كإجراء قانوني مهم.

---

==البطلان يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود. يقيد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى طبقا للفصل 34 من الظهير الشريف رقم 1-93-162 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة يحدد نص تنظيمي شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود. يجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته. يتم تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها".

<sup>1</sup> سعيد بوطاس، م س، ص 75.

## المبحث الثاني: قاعدة ترجيح البيئة المؤرخة ومضمونها.

سوف نحاول من خلال هذا المطلب تحليل قاعدة ترجيح البيئة المؤرخة على غير المؤرخة (المطلب الأول) قبل الانتقال إلى الحديث عن مضمونها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: ترجيح البيئة المؤرخة على غير المؤرخة.

لما كان التوثيق الطريقة المثلى للحصول على البيئة المكتوبة حيث يتمكن صاحب البيئة بواسطتها من الحصول على حقه من خلال تيسير إثباته أمام القضاء في حال قيام نزاع بشأنه، وسبق أن قلنا إن تأريخ البيئة يعتبر ذو أهمية لا تقل على أهمية الوثيقة المتضمنة له، فتأريخ البيئة يعتبر قاعدة مرجحة تُستحق بها العقارات والحقوق العينية المتنازع عليها.

ولقد أولى المشرع المغربي لإثبات تاريخ البيئة أهمية تظهر من خلال ما سطره في الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود، والمادة 28 من القانون المنظم لخطة العدالة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة 28 من قانون خطة العدالة على أنه: " يتلقى العدلان الشهادة أولا في مذكرة الحفظ المشار إليها أعلاه، على أن تدرج في مذكرة أحدهما فقط إذا وقع التلقي في آن واحد، وفي مذكرة كل واحد منهما إذا وقع التلقي الفردي في آحاد متفاوتة، مع التنصيص في الحالتين على تاريخ تلقي الشهادة". وينص الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والذي جاء فيه: " المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه. ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير إلا:

- 1 - من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج.
- 2 - من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف رسمي.
- 3 - من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا؛
- 4 - من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو في الخارج.
- 5 - إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة.

فإثبات تاريخ البيئة إما أن يكون اثناء تحريرها متى تعلق الأمر بالبيئة الرسمية المثبتة للملكية المحررة من طرف عدول منتصبين للإشهاد حيث ينص العدلان على تاريخ تلقي الشهادة الذي يعتبر تاريخا للتصرف، وإما أن يتم إثبات هذا التاريخ استنادا إلى إحدى الطرق المنصوص عليها في الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، فكلما ثبت تاريخ البيئة المحررة بإحدى الطرق التي أوردها المشرع في النصين فإنه يجب اعتبارها مؤرخة كما لو تم تأريخها منذ تحريرها، وسوف نحاول الوقوف على حالات إثبات تاريخ البيئة كالاتي:

### الفقرة الأولى: إيداع الورقة بين يدي الموظف العمومي.

يثبت تاريخ الوثيقة بتقديمها لموظف عمومي مأذون له بذلك أثناء تأدية وظيفته قصد التأشير عليها ووضع تاريخ لها، أو من طرف قاض داخل المملكة المغربية أو خارجها، والجهات التي لها صلاحية الاشهاد على صحة التوقيع قد يكون رئيس الجماعة أو رجل سلطة والأعوان الدبلوماسيين والقناصل بالنسبة للمغاربة المقيمين في الخارج<sup>1</sup>.

هذا وأن التاريخ يكون ثابتا للورقة من يوم إيداعها للموظف وليس من يوم التأشير عليها، فالمعتبر في تاريخها هو يوم الإيداع لا يوم التأشير عليها وذلك حسب ما نص عليه الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود، ويثبت تاريخ الإيداع من خلال توصيل ثابت التاريخ تسلمه الجهة التي قامت بالإشهاد على

---

6 - إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة و بموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.  
ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه".

<sup>1</sup> ذ حليلة بنت المحجوب بن حفو، نظرية الاستحقاق في القانون المغربي، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى دجنبر 2010، ص 98.

المحرر المدلى إليها حتى تعتبر بذلك البيئة ثابتة التاريخ كلما تم لها ذلك من أساسها.

ويكون تأشير الموظف العمومي على الورقة بالإشهاد على الإمضاءات من خلال وضع التاريخ الذي أجري فيه الإشهاد وهو تاريخ ثابت.

### الفقرة الثانية: إثبات مضمون البيئة المؤرخة.

عبر المشرع المغربي على هذه الحالة من خلال الفصل 425 من ق ل ع حيث جاء فيه: " إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة..."

فذكر مضمون البيئة غير المؤرخة في عقد رسمي أو عرفي تمت المصادقة على توقيعات أطرافه يجعل تاريخ تلك الورقة ثابتا من يوم تحرير العقد الرسمي ومن يوم التصديق على توقيعات الأطراف مع ضرورة اطلاع الموثق على البيئة غير المؤرخة من وقت إيراد مضمونها في الورقة الرسمية<sup>1</sup>، فالموظف المكلف بالمصادقة على التوقيعات ليس له حق التأكد ومعرفة مدى صحة مضمون التصرف القانوني الذي تم بين الأطراف المتعاقدة والذي هو موضوع البيئة المراد التصديق عليها، بل يلزمه فقط مطابقة توقيعات الأطراف على البيئة لتوقيعاتهم بالسجل الذي لديه والتصديق عليها بتاريخ ثابت.

### المطلب الثاني: مضمون قاعدة تقديم البيئة المؤرخة على غير المؤرخة.

إن اعتداد فقهاء المذهب المالكي بالبيئة المؤرخة لم يكن عبثا فقد اشترط الفقهاء تأريخ البيئة المدلى بها في النزاع أمام المحكمة كوسيلة لإثبات التصرف القانوني موضوع البيئة، وذلك لاعتبارات تتمثل في الآتي:

<sup>1</sup> ذ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج 1 / ط 7، 415.

1- إن البيئة التي تم تأريخها ترتب أثرها في أنها وذلك لأنها احترمت فيها الشروط الضرورية أثناء قيامها من البداية حتى أصبحت لها قوة ثبوتية قاطعة، فقد بينت أحقية الملك في تاريخ محدد وأصبح يقينيا، وذلك على خلاف البيئة غير المؤرخة أو الخالية من التاريخ، طبقا لقاعدة أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، واليقين لا يزول بالشك، فلا يجوز حرمان صاحب البيئة المتيقنة من حقه في ملكية العقار أو الحق العيني الواقع عليه ببيئة خالية من شرط تأريخها وبالتالي يدور حولها الشك بثبوت ملكية العقار لحاملها من عدمه.

2- إن ثبوت التاريخ بالمحرر المدلى به في النزاع يفيد أنه أوضح وأن هذه البيئة قد تضمنت مزيد تفصيل وزيادة علم وذلك لأنها تتضمن ذلك موضوع الملك بدقة وسببه وتاريخه، على خلاف البيئة غير المؤرخة التي ذكرت موضوع الملك مجردا ومطلقا عن إثبات تاريخه.

3- إن عدم ثبوت تاريخ البيئة فيه مظنة من أن يحصل تحايل من مالك العقار أو صاحب الحق العيني، نتيجة تغيير وقت التصرف غير الثابت بموجب تاريخ واضح حيث يمكن ادعاء تاريخ آخر أمام المحكمة في حال قيام نزاع، فيمكن مثلا لمالك عقار ما أن يتصرف فيه بالبيع لشخص فيؤرخان عقد البيع بإتمام اجراءات ابرامه الشكلية كاملة وبالتالي ثبوت تاريخه، في حين يعمد نفس البائع للتصرف في نفس العقار لشخص ثان وخلال نفس المدة التي باع فيها للمشتري الأول ولا يذكر تاريخ البيع الثاني، فإنه في هذه الحالة يعتبر البيع الأول صحيحا وبينته مرجحة على بيئة المشتري الثاني لعدم ثبوت تاريخها، فتأريخها يقطع دابر التحايل عليه.

## الفرع الثاني: قاعدة ترجيح البيئة السابقة على اللاحقة تاريخيا.

تعتبر قاعدة ترجيح البيئة السابقة على اللاحقة تاريخيا من قواعد الترجيح بين البيئات التي أفتى بها فقهاءنا واعتمدها قضاؤنا للفصل فيما يعرض عليه من النزاعات العقارية ولو قبل تكريسها من طرف المشرع المغربي.

وتبرز أهمية القاعدة باحتلالها المقام الثالث بعد قاعدة العدالة وقاعدة ذكر سبب الملك على عدم بيانه، حيث تتجلى في كونها أكثر المرجحات تطبيقا من طرف السلطة القضائية نظرا لكثرة وتعدد تواريخ الرسوم والوثائق المثبتة للملكية العقارية.

ومن أجل الوقوف على أهمية القاعدة سنبين المقصود من قدم التاريخ (المبحث الأول) قبل البحث في ترجيحها (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: مفهوم قاعدة الترجيح بالبيئة السابقة تاريخيا.

من أجل توضيح هذه القاعدة والإحاطة بها لابد من الوقوف على المقصود بأسبقية أو بقدم التاريخ المعتبر في الترجيح (المطلب الأول) وتحديد ضوابط وشروط هذا الترجيح (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: تعريف أسبقية التاريخ.

إن قاعدة أسبقية تاريخ الوثيقة المدلى بها في الترجيح من المرجحات التي أفتى بها الفقه واعتمدها العمل القضائي قبل تكريسها تشريعا إلى جانب باقي المرجحات لرفع التعارض بين البيئات.

لقد ميز الفقهاء في أسبقية التاريخ كقاعدة للترجيح بين البيئات بين أسبقية تاريخ تحرير الوثيقة المدلى بها في الإثبات (الفقرة الأولى) وبين أسبقية تاريخ وضع اليد على العقار موضوع النزاع (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: أسبقية تاريخ تحرير الوثيقة.

لقد وردت عدة أقوال تكرر ترجيح البيئة الأقدم تاريخاً على اللاحقة لها، ففي التبصرة يقول ابن فرحون أن اشتمال إحدى البيئتين على زيادة تأريخ متقدم أو سبب ملك، مثل أن تشهد بيئة أنه ملكه منذ سنة وتشهد الأخرى للآخر أنه ملكه منذ سنتين فتقدم السابقة أو الأبعد تاريخاً<sup>1</sup>، وجاء عن الشيخ خليل: وإن امكن الجمع بين البيئتين جمع، وإلا رجح بسبب... أو تاريخ أو تقدمه<sup>2</sup>.

وأشار الزرقاني في شرحه للمختصر أنه إذا حصل تعارض بين البيئتين وكانتا معا مؤرختين فتقدم أسبقهما تاريخاً<sup>3</sup>، وعبر عن ذلك ابن عاصم في تحفته بقوله: "وقدّم التّاريخِ تَرْجِيحُ قَبْلُ"، وفي شرح البيت قال: إذا تنازع اثنان في شيء وشهدت بيئة لأحدهما بأنه يملكه منذ سنتين، وشهدت للآخر بيئة بأنه يملكه منذ سنة، حُكِمَ به للأقدم تاريخاً سواء كان بيد أحدهما أو بيد غيرهما، أو لا يد لأحد عليه<sup>4</sup>. فإن كان تاريخ إحدى البيئتين أقدم فهي مقدمة على حديثة التاريخ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الإمام برهان الدين أبي الوفاء ابراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، م س، ص 264.

<sup>2</sup> الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، طبعة 1981، م س ص 270.

<sup>3</sup> عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، الطبعة الأولى 2002، ج 7 ص 384.

<sup>4</sup> الشيخ محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س، ص 36.

<sup>5</sup> أبي عبد الله محمد بن محمد الفاسي، الإقتان و الإحكام شرح تحفة الحكام، طبعة 2011، م س، ج 1 ص 196.

وجاء في شرح الدسوقي أيضا أن البيئة المتقدمة تاريخا تقدم في الترجيح على البيئة المتأخرة ولو كانت هذه أعدل من المتقدمة أو كان المتنازع فيه بيد صاحب المتأخرة تاريخا<sup>1</sup>. فمتى شهدت بينتين بالملك وذكرت كل منها تاريخا لهذا الملك، كما إذا قالت إحدهما أن الدار لزيد ملكها منذ خمس سنوات وقالت الأخرى إن هذه الدار لعمر وملكها منذ ثلاث سنوات، فتقدم الأولى لأن الملك ثبت للأقدم.

وقال الفقيه ابن عبد السلام التسولي<sup>2</sup> في من أدلى ببيئة تشهد أن الأرض مملوكة له وأدلى آخر ببيئة تفيد أنها ملكه وكانتا معا مؤرختين وكان تاريخ إحداها أقدم، رجح بذلك القدم لأن الملك ثبت للأقدم والأصل الإبقاء لما كان على ما كان، وما ثبتته البيئة الأخرى محتمل لمعارضة هذه البيئة له فتساقطتا فيما تعارضتا فيه ويبقى استصحاب الحال لذات الأقدم خاليا عن المعارض، وظاهره تقديمها ولو كان الشيء بيد الآخر.

وقال محمد بن عبد الحكم: ومن أقام بيئة في شيء أنه يملكه وأقام آخر بيئة أنه يملكه، فإن ورَّختُ أي أرَّختُ البيئتان قَضَيْتُ لأبعدهما تاريخا...<sup>3</sup> وفي النوادر أيضا قال ابن مواز: "قال أشهب في دار بيد رجل أقام كل واحد من الرجلين شاهدين أنه ابتاعها، قُضِيَ لأقدمهما تاريخا...<sup>4</sup>" كما وصرح في ذلك اللخمي أن البيئة إن أرختا قضي بالأقدم، وإن كانت الأخرى أعدل وسواء كانت

1 محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية دون ذكر الطبعة، ج4 ص 171.

2 أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، طبعة 2008، م س، ج 1 ص 260.

3 الشيخ أبي محمد بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، الطبعة الأولى 1999، المجلد التاسع ص 29.

4 النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، م س، ص 56.

تحت يد أحدهما أو تحت أيديهما أو تحت يد ثالث أو لا يد عليه<sup>1</sup>، فقدم التاريخ في الترجيح يعتبر من المرجحات المتفق عليها بين الفقهاء المالكيين، حيث تقدم البيئة ذات التاريخ الأقدم وترجح على البيئة الأحدث تاريخاً.

### الفقرة الثانية: أسبقية تاريخ وضع اليد.

ومن الفقهاء من اعتمد في الترجيح بقدّم التاريخ على أسبقية وضع اليد على العقار موضوع النزاع، وأن أعمال هذه القاعدة لا يكون إلا إذا ثبت استمرار الملك لصاحبه، وهو ما قضى به الحكم الخامس والستون من مجموعة الأحكام الشرعية لأبي الحسن الحاج العمارتي والذي جاء فيه أنه: "مما يرجح ملكية المدعى عليه على ملكية المدعين ما فيها من قدم التاريخ الذي هو أحد المرجحات عند تعارض البيئتين، فشهود ملكية المدعى عليه ذكروا بأنه يتصرف في المدعى فيه عشرين سنة، وملكية المدعين ذكر شهودها أن مورثهم كان يتصرف في المدعى فيه عشرة أعوام فقط، فتكون البيئة الأولى أرجح لقدم تاريخ التصرف فيها على المقابلة لها لما جاء في التحفة "وقدم التاريخ ترجيح قبل..."<sup>2</sup>

فإذا شهدت بيئة بالملك لفلان تملكه بالشراء من آخر منذ عشرين سنة وما زال في يده منذ اشتراه إلى الآن، وشهدت بيئة أخرى بالملك لشخص آخر تملكه بالشراء من نفس البائع منذ عشرة أعوام وما زال في يده منذ اشتراه إلى الآن، فإنه تقدم ذات التاريخ الأقدم صاحبة العشرين سنة، وأما ان سكنت احداهما

<sup>1</sup> مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طبعة 2003، ج 8 ص 253 . فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، الطبعة الأولى 2008، ص 310.

<sup>2</sup> الحسن بن الحاج محمد العمارتي، مجموعة الأحكام الشرعية، الطبعة الأولى 1991، ص 278.

عن بيان المدة فتقدم التي ذكرتها<sup>1</sup>. فمتى أدلى طرفا النزاع بحجج متبادلة وكان تاريخ إحداها سابقا رجحت على المقابلة لها.

فقد ميز الفقهاء في أسبقية التاريخ كقاعدة للترجيح، بين أسبقية تاريخ تحرير الوثيقة المدلى بها في الإثبات وبين أسبقية تاريخ وضع اليد على العقار موضوع النزاع.

### المطلب الثاني: شروط الترجيح بقدم تاريخ البيئة.

يعتبر قدم التاريخ كما سبق من الترجيحات التي أفتى بها فقهاءنا للترجيح بين البيئات المتعارضة من حيث تاريخها، غير أن العمل بقاعدة أسبقية التاريخ ليس على إطلاقه إنما تحكمه ضوابط يمكن إجمالها في شرط استمرار الملك لصاحب (الفقرة الأولى) ووحدة المدة المشهود بها في البيئتين موضوع الترجيح (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: استمرارية الملك لصاحبه.

إن الرسم المدلى به الذي وقع به الترجيح لأسبقيته تاريخا، يجب أن يتضمن ما يفيد استمرار ملكية العقار لصاحبه، حيث يشترط للقول بأسبقية بيئة على المقابلة لها أن يكون محل الترجيح بقدم التاريخ فيما يمكن استمرار الملك لصاحبه لا فيما لا استمرار فيه، والمقصود أنه يشترط للترجيح بأسبقية بيئة على أخرى، أن لا ترفع ملكية صاحب البيئة المرجحة عن العقار موضوع النزاع لأي سبب كان. وهو ما أقرته محكمة الاستئناف بتازة<sup>2</sup> في قرار لها جاء فيه: "...وحيث أنه في حالة استمرار الملك يرجح بقدم التاريخ...".

<sup>1</sup> الأموال في الفقه المالكي، نازلة رقم 1675، م س، (بتصرف).

<sup>2</sup> قرار عدد 47، الصادر بالملف العقاري عدد: 2006/27، بتاريخ 10 مارس 2008، أصل الحكم

2004/3، غير منشور.

فلو أن بيئة عمرو شهدت بأن العقار لم يخرج عن ملكه إلى الآن منذ تاريخ 2000، وشهدت بيئة أخرى بأن الخصم الثاني ملك العقار في سنة 2009 مثلا، فإن بيئة هذا الأخير تقدم على البيئة الأولى لعمرو وإن كانت سابقة التاريخ لأنها انتهت سنة 2000، كما وأن البيئة الجديدة لم تعارضها، فالبيئتين في هذه الحالة عاملتان ولا تعارض بينهما، وهذا معناه أن القول بترجيح البيئة الأقدم تاريخا يشترط فيه استمرار الملكية وعدم انتقالها وانقطاعها.

وقد اعتبر المجلس الأعلى أنه لا يكفي أن تستبعد المحكمة الملكية المنجزة بتاريخ قديم إذا أدلى بما يفيد استمرار ملكيته بعد تاريخ تأسيسها، إذ أن أثر الملكية يبقى نافذا باستصحاب الحال إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك<sup>1</sup>.

#### **الفقرة الثانية: وحدة المدة المشهود بها في البيئتين.**

هذا الشرط يقصد به أن المحكمة لا تلجأ إلى الترجيح بين بينتي الملك بقدم التاريخ إلا إذا كانت المدة موضوع الشهادة هي نفسها المدة الواردة في كلتا البيئتين، حيث اعتبر المجلس الأعلى بأنه: "... لا مجال للترجيح بين بينتي الطرفين في النازلة بقدم التاريخ ما دامت المدة المشهود بها في كل بيئة هي غير المدة المشهود بها في الأخرى، ولذلك فإن القرار المطعون فيه حين علل بأن: "ملكية المتعرض طالب التحفيظ المتأخر مرجحة على ملكية طالب التحفيظ المتقدمين والتي انتهى أجل علم شهودها بالحيازة وقت تاريخ التلقي الواقع في 1978/5/4، بينما انطلقت مدة الحوز بالنسبة للمتعرضة منذ حوالي سنة 1980 إلى سنة 1990 وبقيت مستمرة بعد هذا التاريخ، وأنه ثبت من الوقوف على عين المدعى فيه أن المتعرض يتصرف في حوالي هكتار واحد و 45 آر وهو الجزء

<sup>1</sup> قرار عدد 1273، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2011/03/22، في الملف المدني عدد 2009/1/1/2463، منشور سلسلة دراسات وأبحاث- العدد 5 منشورات مجلة القضاء المدني 2013، الجزء الأول، ص 284.

المحدد بالعلامات ب7، ب8، ب9 الملون بالأصفر حسب الرسم البياني المرفق بتقرير الخبير... فإنه يكون بذلك القرار المذكور، قد طبق قواعد الفقه المعمول بها<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر جاء فيه: "... لكن، ردا على الوسيطتين معا أعلاه لتداخلهما، فإنه يتجلى من وثائق الملف أن المطلوبين في النقص لم يعتمد على الحيابة فحسب، وإنما أيضا على الملكية المؤرخة في 25-11-1995 المشار إليها أعلاه التي تشهد بالملك والتصرف دون منازع لمدة 20 سنة سلفت عن تاريخها، وأنه لا حاجة للترجيح بقدّم التاريخ إذا لم ترد الحجتان معا على نفس المدة، كما هو الأمر في النازلة، وبذلك فإن القرار حين علل بأن " المستأنفين أسسوا استينافهم على كون المدعى فيه ملكهم بمقتضى رسمهم المؤرخ في 13 شوال 1295 المعرف به بالرسم عدد 1094 صحيفة 483 من الكناش الثاني رقم 83 وتاريخ 20-11-1986، إلا أن هذا الرسم على فرض تعلقه بالمدعى فيه فإنه ينسب المشهود لهما به، وهما بالنظر لحقائق هذا الرسم غير المتعرضين والمستأنفون لم يثبتوا علاقتهم بهذين المشهود لهما وبالتالي فصفتهم بالاحتجاج بهذا الرسم لمصلحتهم غير ثابتة، كما أنه لم يثبت من خلال محضر المعاينة أنهم حائزون للمدعى فيه حيازة مكسبة للملك مسقطه لحق غيرهم، بل على العكس من ذلك نفوا زمن المعاينة تصرفهم فيه، وأكدوا بأن النزاع بشأنه لم يقدّم إلا حين تقدم طالب التحفيظ بمطلب تحفيظه، وأن طال التحفيظ لا تناقش حجته ولا يُسأل عن وجه مدخله للعقار موضوع مطلبه ما لم يواجه المتعرضون بحجة تؤيد مدعاهم" فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار معللا تعليلا كافيا، وغير

<sup>1</sup> قرار عدد 3470 مؤرخ في 2002/11/13 في الملف المدني عدد 2002/1/1/1581، منشور بقضاء محكمة النقص في الترجيح بين البيئات و الحجج، عمر أزوكار، م س، ص 14-15.

خارق للقاعدة المدعى خرقها والوسيلتان معا بالتالي غير جديرتين بالاعتبار"<sup>1</sup>.

وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض<sup>2</sup> أنه: " لا يلجأ إلى الترجيح بين بينتي الملك بقديم التاريخ إلا إذا كانت شهادة الشهود فيهما واردة على نفس الفترة وتزيد إحداها على الأخرى بمدة سابقة لها، وبالتالي فلا موجب للترجيح بين بينة الملك التي يشهد شهودها بملكية المشهود له فيه عشر سنوات قبل تاريخها سنة 1930، وبين بينة الملك التي يشهد شهودها بملكية مشهود له آخر لنفس المشهود مدة عشرين سنة قبل تاريخها سنة 1953".

كما ويشترط لإعمال قاعدة أسبقية التاريخ أن يتحد محل النزاع المدعى به في البيئتين المتعارضتين، حيث ذهبت محكمة النقض في قرار لها إلى أنه لا مجال لإعمال قاعدة الترجيح اعتمادا على معيار قدم التاريخ بين الشرائين إلا إذا انطبقتا على المدعى فيه، وأن رسم الشراء الذي لا يتضمن ذكر الحدود واكتفي فيه بالتحديد العدلي المصرح به من قبل مشتري العقار، لا يرقى إلى درجة الاعتبار للترجيح بينه وبين الرسم الذي جاء مستوفيا جميع الشروط الشكلية والموضوعية... وجاء منطبقا على القطعة الأرضية موضوع مطلب التحفيظ"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 648 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20/02/2008، في الملف المدني عدد 2006/1/1/4051، منشور بمجلة، سلسلة دراسات وأبحاث العدد 5، م س ، ص 310.

<sup>2</sup> قرار عدد 1802 الصادر بالملف المدني عدد 2006/1/1/1167، بتاريخ 14 ماي 2008، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 71 طبعة 2009، ص 83.

<sup>3</sup> قرار محكمة النقض عدد 4434، صادر بالملف المدني عدد 2006/1/1/1696، منشور بمجلة القضاء المدني عدد 6، 2012 ص 169.

فقد قضت محكمة النقض أنه كلما تعارضت بينتان مؤرختان وكان تاريخ إحداهما أقدم وأسبق من تاريخ الأخرى فإنه ترجح أسبق البيئتين تاريخاً، كلما انطبقتا على المدعى فيه.

### **المبحث الثاني: ترجيح البيئة السابقة على اللاحقة تاريخاً.**

يمكن أن نتصور تطبيقات هذه القاعدة في صورتين أو في حالتين اثنتين، حالة الترجيح بأسبقية تاريخ البيئة (المطلب الأول) وحالة الترجيح بأسبقية وضع اليد على العقار محل النزاع (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول: حالة الترجيح بأسبقية تاريخ البيئة.**

لقد اعتبر الفقهاء- كما سبق بيانه- أنه للترجح بين بينتين مؤرختين نقدم البيئة الأسبق تاريخاً عن المتأخرة، وإن كانت الأخرى أعدل، فالترجح بين البيئات يقدم التاريخ يعتبر من المرجحات المعتمدة فقها وقضاء لرفع التعارض بين الحجج، ومن صورته أن يدعي مدع بأنه قد تملك عقار ما بموجب عقد للبيع صدر من شخص معين ويتمسك المدعى عليه في مواجهته بعقد بيع مماثل من نفس البائع فيحتج كل منهما بعقد صحيح ومؤرخين في فترتين زمنيتين مختلفتين تسبق إحداهما الأخرى، وتطبيقاً لقاعدة الترجيح يقدم التاريخ فإن العبرة تكون لأسبق السنتين تاريخاً ليعتد به ويرجح على أساسه لصاحبه، نظراً لتملكه السابق تاريخاً عن الآخر.

وفي هذا الصدد قضى مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في حكم له بأنه يرجح الشراء المجرد المتقدم تاريخاً على الشراء المجرد المتأخر إذا أشكل الأمر على القضاء، وجاء فيه: "...إنه وبعد القيام بمقابلة عقود الأثرية بالأثرية من طرف القاضي: تبين له أن البلدة المدعى عليها حمرية

وهي لدافيد خالصة، بناء على مقتضى أشريته وأن لا حق فيها لجماعة الكريميات، لأن شراءهم متأخر وأنه بعدما علم أن الشراء متقدم لم يبق محل للبحث والتنظير، وبه حكم حكما تاما أثبه وأمضاه وأوجب العمل بمقتضاه<sup>1</sup>.

فقد قضى الحكم المذكور ببقاء المتنازع فيه بيد صاحب الشراء المتقدم لرجحانه وبقاء الشراء المتأخر غير عامل كما يبقى استصحاب الحال لذات الأقدم خاليا من المعارض. وقد تواترت قرارات المجلس الأعلى على الأخذ بما سطره الفقهاء وبما قضى به القضاة المتقدمون في شأن الترجيح بأسبقية التاريخ فقضى في إحدى قراراته أن قدم التاريخ الذي يقع به الترجيح بين البيئات يعني قدم تاريخ الشيء المشهود به لا تاريخ تحرير البيئات<sup>2</sup>، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض حين اعتبرت أن المقصود بقدم التاريخ ليس تاريخ إقامة الحجة وإنما المدة التي تشهد فيها بالملك<sup>3</sup>.

فقد اعتمدت محكمة النقض في الكثير من قراراتها على الترجيح بقدم التاريخ، حيث قضت أنه: "تقتضي قواعد الترجيح بين الأدلة أن يعمل بالحجة الأقدم في التاريخ عن الحجة اللاحقة لها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول طبعة 1999، م س، حكم عدد 59 صادر عن مجلس الاستئناف الشرعي في القضية رقم 417 بتاريخ فاتح صفر 1341 هـ، ص 267 وما بعدها.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 84 بالملف المدني عدد 97/348، الصادر بتاريخ 4 يناير 1985، منشور في مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية الجزء الثاني سنة 1991/1983، ص 445.

<sup>3</sup> قرار محكمة النقض عدد 86 بتاريخ 03/01/2012 في الملف رقم 1657/1/1/2010، غير منشور.

<sup>4</sup> قرار محكمة النقض عدد 2498، صادر بالملف المدني عدد 2007/1/1/1599، بتاريخ 02 يوليوز 2008، منشور بمجلة سلسلة الاجتهاد القضائي عدد 2، ص 298.

ويصار إلى الترجيح بين البيئات بأسبعية التاريخ في هذه الحالة بغض النظر عن يحوز العقار المتنازع بشأنه، وهو ما سار عليه قرار للمجلس الأعلى قضي بأن الترجيح بقد التاريخ يبقى قائما سواء كانت الحيازة لأحد الأطراف أو لهما معا أو لم تكن بيد أحدهما<sup>1</sup>.

وجاء في قرار آخر أن الطاعن الذي أسس دعواه على شرائه المؤرخ سنة 1963، والمستأنف أسس استئنافه على شرائه المؤرخ سنة 1965، وكلا الطرفين اشترى من بائع واحد، فإن المشتري الأول إذا كان شراؤه ينطبق على المدعى فيه يجعل شراء الثاني لا محل له لكونه اشترى ما لا يملكه البائع والحيازة لا تفيد<sup>2</sup>.

فقد رجح المجلس الأعلى أسبعية ملكية المشتري الأول دون اعتبار لحيازة المشتري الثاني لأن شراؤه وحيازته جاءت لاحقة حيث اشترى من البائع ما لا يملكه.

وللترجيح بأسبعية التاريخ يشترط أن لا يكون صاحب الرسم الأحدث تاريخا أسبق لحيازة العقار حيازة صحيحة بتوفر شروطها المنصوص عليها في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 3180، صادر في الملف المدني عدد 92/5223، بتاريخ 27 ماي 1997، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 54/53، ص 19.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 42 مؤرخ في 28/01/97، في الملف العقاري عدد 92/5977، منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 54/53، السنة 21، ص 176.

<sup>3</sup> ينص المشرع من خلال المادة 240 من مدونة الحقوق العينية على أنه:  
يشترط لصحة حيازة الحائز:

- 1 أن يكون واضعا يده على الملك
- 2 أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه
- 3 أن ينسب الملك لنفسه و الناس ينسبونه إليه كذلك

وهو ما قضت به محكمة النقض في قرار آخر لها من أنه يرجح بقدوم التاريخ بين شراءين مصدرهما بائع واحد، ما لم يكن المشتري المتأخر قد حاز المبيع مدة الحيازة القانونية المعروفة بالحيازة المكسبة، والذي جاء فيه:

" أنه ما دام شراء كلا الطرفين صادرا من مالك واحد، فإن المحكمة اعتبرت - وعن صواب- أن شراء المطلوبين الواقع بتاريخ 1974/9/19 يكون مرجحا بقدوم التاريخ على شراء الطاعن الواقع في 1974/10/16، وأنه لا يستفاد من مستندات الملف أن الطاعن أثبت أمام محكمة الموضوع أنه حاز المدعى فيه من تاريخ الشراء واستمرت حيازته له المدة المكسبة للملك تجاه المطلوبين، فالحيازة المادية لم تثبت له بصفة قطعية من خلال ما بالملف من وثائق" <sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: حالة الترجيح بأسبقية وضع اليد.

يشترط للترجيح بقدوم تاريخ وضع اليد أن يكون تاريخ حيازة أحد الخصمين للعقار أسبق للبيئة المقابلة، وأن تكون هذه الحيازة مشروعة بتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية.

فالقول بترجيح قدم التاريخ يشترط فيه أن لا يكون صاحب الرسم الأحدث أسبق إلى حيازة العقار حيازة هادئة غير مشوبة بعنف أو إكراه أو اضطراب، ومستمرة غير منقطعة باستمرار الأعمال المكونة لها على

4 ألا ينازعه في ذلك منازع

5 أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون

6 و في حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة الى ذلك عدم العلم بالتقويت.

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض عدد 339/8 بتاريخ 18/06/2013 في الملف رقم 2071/1/8/2012. غير

النحو الذي يتفق مع العقار محل الحيازة<sup>1</sup> وذلك بأن تتوالى من الحائز أعمال السيطرة المادية التي يباشرها على الشيء المحوز في فترات متقاربة ومنتظمة على غرار ما يفعله المالك في ملكه، ويبقى لقاضي الموضوع تقدير هذا الشرط وجوداً وعدمًا<sup>2</sup>، وظاهرة غير خفية بأن كانت الأعمال المكونة لها علنية، وأن ينسب الملك لنفسه والناس ينسبون له إليه<sup>3</sup>. وسوف نتطرق للحيازة بتفصيل أكثر في حينه.

وقد قضى المجلس الأعلى بأن: "المحكمة بحثت في إطار الاستحقاق وسلكت مسلك الترجيح بين رسمي الشراء المحتج بهما من الطرفين ورجحت الرسم الأسبق تاريخاً باعتبار أن المدعى فيه قد بيع مرتين دون ملاحظة اختلاف البائعين، وأن كل طرف قد اشترى من بائع غير الذي باع لخصمه، ودون ملاحظة حيازة الطاعنان، مما كان معه ما نعاه الطاعنان صحيح ويستوجب بالتالي نقض القرار المطعون فيه"<sup>4</sup>. فالمجلس الأعلى نقض قرار قضى باستحقاق المدعي للعقار لمجرد أن رسمه أقدم تاريخاً من رسم خصمه وأغفلت المحكمة التعرض للحيازة المستوفية لشروطها.

فأجل الحيازة الصحيحة المعتد بها هو أجل 10 سنوات، فمتى كانت خلالها هادئة وعلنية واستمر وضع اليد طيلة هذه المدة دون منازع كانت ملكية الحائز تامة حيث أن النزاع الذي يجعل الملكية ناقصة عن درجة

<sup>1</sup> عبد العالي العبودي، الحيازة فقهاً وقضاءً، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء الطبعة الأولى 1996، ص 18-52-53.

<sup>2</sup> أبو مسلم الحطاب، العقار بالطبيعة وقواعد حمايته في التشريع الجنائي، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2009، ص 62.

<sup>3</sup> عبد الحكيم فودة، "أحكام دعاوي حماية الحيازة"، دون ذكر الطبعة، ص 24.

<sup>4</sup> قرار عدد 386 صادر بالملف الشرعي عدد 93/602، بتاريخ 19 مارس 1985، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية من سنة 1983 إلى 1995، الجزء الثاني الطبعة الأولى، ص 125.

الاعتبار هو النزاع المثار عند بدء الحيازة وقبل مرور مدة عشر سنوات، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في إحدى قراراته الذي جاء فيه: "... إن رسم الملكية المستفسر يشهد شهوده أن المدعى فيه موسى بن أحمد جد الطاعنين والتصرف فيما ذكر مدة عشرين سنة إلى أن توفي وترك فيه ولديه يتصرفان مدة 22 سنة إلى تاريخ تحرير العقد، فالعلنية والهدوء استمر طيلة عشرين سنة في حياة جدهم و22 سنة بعد وفاته إلى تاريخ الرسم، والنزاع الذي يجعل الملكية ناقصة عن درجة الاعتبار هو النزاع عند بدء الحيازة أي قبل استفتاء مدة عشر سنوات<sup>1</sup>.

فمتى شهدت البيئة بوضع اليد على العقار موضوع النزاع وفق الشروط المشار إليها خاصة ما تعلق منها بطول مدة الحيازة قامت حيازته قرينة على الملكية، حيث اعتبر مجلس الاستئناف الشرعي بأن المراد بقديم التاريخ ما يكشف عن طول مدة الحيازة، كما واعتبر أن المراد بقديم التاريخ هو تاريخ مدة الحيازة بالنسبة للوثيقتين وليس تاريخ تحريرهما، وأن وضع اليد على المدعى فيه قرينة على الملكية تؤيد باليمين ويستحق صاحبها مع يمينه...<sup>2</sup>

فالعمل القضائي يرجح بقديم التاريخ المراد به وضع اليد على العقار طيلة مدة الحيازة، وهو ما قضت به محكمة النقض<sup>3</sup> في قرار لها جاء فيه: "... أن ملكية المتعرض التي تشهد له بالتصرف مدة تزيد عن أربعين سنة راجحة

<sup>1</sup> قرار عدد 669، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20/02/2002، ملف مدني عدد: 2001/1/1/1873، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 61، ص 22.

<sup>2</sup> تعليق على حكم عدد 152، مجلة الاستئناف الشرعي، المجلد الأول، م س، ص 592.

<sup>3</sup> قرار عدد 829 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 14-02-2012، ملف مدني عدد 2010/1/1/471، (غير منشور).

ومقدمة على ملكية طالب التحفيظ التي تشهد له بالتصرف عشر سنوات بقدّم التاريخ المراد به مدة الحيازة بالنسبة للملكيتين".

## الباب الثاني:

### القواعد الموضوعية

# للترجيح بين البيانات المتعارضة في ضوء مدونة الحقوق العينية

## الباب الثاني: القواعد الموضوعية للترجيح بين البيئات المتعارضة في ضوء مدونة الحقوق العينية.

إن توسل القاضي بقواعد الترجيح الشكلية بمفردها قد لا يسعفه في الفصل في الدعوى، وأما كان من غير الملائم للمحكمة تضييع الحقوق وإهدار المصالح لمجرد عدم تلاؤم بعض القواعد الترجيحية وحال الحجج المدلى بها في النزاع، ولما كان الحق واحد كان على القاضي الوصول إليه مهما كلفه ذلك من جهد، لأجل أن يعطي لكل ذي حق حقه، فإن الفقه الإسلامي ولأجل صيانة حقوق الأفراد ومساعدة القاضي لتحقيق ذلك، من خلال الاجتهاد تبعا لموضوع كل نازلة وتجنبيه الغلط والتخفيف من التعويل على السوابق القضائية والسير على هديها بحثا عن الحل لما في ذلك من شبهة عدم الانطباق المطلق بين نزاعين، وما إلى ذلك من العلل الاجرائية، فقد وضع الفقهاء قواعد أخرى إلى جانب ما ذكرنا سابقا، يمكن نعتها بالقواعد الموضوعية.

هذا وإن هذه القواعد وبخلاف سابقتها الشكلية، فإنها تحتاج من القاضي إلى المزيد من الاشتغال والجهد على مضمون الحجج ومرادها، ومناقشة كل الحجج إعمالا أو إهمالا، شرحا أو تكييفا، وليس الاكتفاء بأخذها على علتها دون أي تفحص يفضي إلى معرفة المحق من الكاذب في ادعائه.

كما وأن إعمال قواعد الترجيح الموضوعية يرتبط أشد الارتباط بموضوع هذه الحجج، ويُنقل التعامل معها إلى النظر فيها موضوعا للوصول إلى ما يتيح الفصل في النزاع من إعطاء ملكية العقار إلى الطرف الذي حق في ادعائه وانصفته حججه من خلال إعمال قواعد الترجيح.

ويمكن تصنيف القواعد الموضوعية للترجيح، إلى قواعد ترتبط بشهادة الشهود إثباتا للحق أونفيه، أو بالإشهاد بأصل أو فرعه، أو استصحاب ملك أو نقله، أو بطيفية أداء الشهادة تفصيلا أو إجمالا، وقواعد أخرى مبينة لسبب الملك وأخرى مطلقة، أو ارتكاز الحجة إلى الملك أو إلى مجرد الحوز، وقد حاولنا البحث عن قاسم مشترك بينها احتراما للمنهجية الثنائية في تقسيم محاور الموضوع، فاعتمدنا التقسيم الآتي:

**الفصل الأول: القواعد الموضوعية للترجيح بين البيئات المرتبطة بالإثبات.**

**الفصل الثاني: القواعد الموضوعية للترجيح بين البيئات المرتبطة بمدخل التملك.**

## الفصل الأول: القواعد الموضوعية للترجيح بين البيئات المرتبطة

### بالإثبات.

إن شهادة الشهود كما سبق ورأينا لها دور مهم في إثبات ملكية العقار أو الحق الوارد عليه، وعلى أساسها استنبط الفقهاء قواعد شكلية للترجيح بين حجج الخصوم في الدعوى، ولم يقف هذا عند حدود تسميتها بقواعد شكلية للترجيح، بل تعداه ليكون مصدرا أساسيا لقواعد أخرى يمكن أن نطلق عليها صفة قواعد موضوعية وهي مرتبطة بشهادة الشهود باعتبارها وسيلة إثبات في مثل هذه الدعاوي.

فقواعد الترجيح الموضوعية المرتبطة بشهادة الشهود كثيرة بالمقارنة مع نظيرتها الشكلية، فهي أربع قواعد يمكن حصرها في قاعدة تقديم بيئة الإثبات على بيئة النفي، وقاعدة تقديم بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها، وقاعدة ترجيح بيئة النقل على بيئة الاستصحاب، وترجيح بيئة التفصيل على الإجمال.

وسنعمل على البحث فيها ومحاولة توضيحها جميعها من خلال التقسيم

التالي:

## الفرع الأول: الترجيح بالإثبات والأصالة .

إن القاضي وهو في الفصل في دعاوي استحقاق العقار أو الحقوق العينية الواقعة عليه، يتعين عليه أثناء التأمل في شهادة شهود طرفي الدعوى ان يستحضر كل هذه القواعد فيحرص على تقديم شهود الإثبات على شهود النفي ( المبحث الأول)، وذلك لعلم شهود الإثبات ظاهرا ما لم يعلمه شهود النفي، ويتحرى ترجيح بيبة الأصالة على خلافها أو ضدها ( المبحث الثاني).

### المبحث الأول: قاعدة ترجيح بيبة الإثبات على بيبة النفي.

لقد تبني الفقهاء قاعدة الإثبات والنفي للترجيح بين البيئات المتعارضة، فقبل إن الشهادة التي تثبت أمرا هي التي أتت بكلام مثبت وأن النافية هي التي أتت بكلام تنفيه، وسنقف خلال هذا المبحث على مفهوم قاعدة البيبة المثبتة مقدمة على النافية كما تناولها فقهاءنا المالكيين (المطلب الأول) ثم تطبيقاتها القضائية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الموقف الفقهي لترجيح بيبة الإثبات على بيبة النفي.

إن الحجج التي يقدمها الأطراف في النزاع المعروض على القضاء لا تخلو من أمرين إما أن تثبت حقا أو تنفيه، فمتى أدلى المدعي ببيبة تثبت ملكيته وأدلى خصمه ببيبة تنفي ذلك، فإن بيبة المدعي مثبتة وبيبة الخصم نافية، وحسب ما نصت عليه المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية وما جاء به الفقهاء المالكيين في نوازلهم ونظمهم فإن الحجة التي أثبتت مقدمة على التي

تنفي. لقول الزقاق في لاميته: "والإثبات"<sup>1</sup> وفي هذا المعنى من شهد عليه شهود أنه باع وشهد آخرون أنه لم يبيع... فإن من أثبت مقدم<sup>2</sup>، وبه أفتى الونشريسي في المعيار جوابا على نازلة حيث قال: "...لو قدرنا التعارض لكان من أثبت حكما أولى ممن نفاه"<sup>3</sup>.

وذهب التاودي في شرحه للامية الزقاق إلى أن المرجح في الإثبات هو تقديم البيّنة في إثبات الحق على نفيها حتى إن كانت أقل عددا وعدالة<sup>4</sup>، أي أن الحجة المثبتة للمدعى فيه كالبيع والحوز وما إلى ذلك من المعاملات ترجح على البيّنة النافية لهذا التصرف كمن يشهد بالبيع في الإثبات ويشهد آخرون بعدم البيع في النفي، فإن الحجة المثبتة للبيع ترجح على النافية له، لأن الأولى علم شهودها ما لم يعلمه شهود النفي، وكذلك الأمر في شرط صحة التبرعات حيث ذهب الفقهاء المالكيين إلى أنه لا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة، فاعتبروا أن حوز التبرع شرط لنفاذ وتتمام التبرعات<sup>5</sup> وكقولهم: "والحوز شرط صحة التحبيس.."<sup>6</sup> فإذا تنازع طرفا الدعوى في حوز

<sup>1</sup> منظومة لامية الزقاق المالكي في القضاء، النسخة الثانية، طبعة حجرية دون تاريخ، نظمة رقم

.27

وحاشية الوزاني على شرح الشيخ التاودي بن سودة، طبعة حجرية بالمكتبة الوطنية الرباط، ص

.370

<sup>2</sup> ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، م س، ص 308.

<sup>3</sup> الإمام أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والمغرب في فقه النوازل، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، طبعة 1981، ج7/ص 646.

<sup>4</sup> علي التسولي- محمد التاودي شمس الدين، الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي

على لامية الزقاق، المطبعة التونسية الرسمية، الطبعة الأولى 1303، ص 78.

<sup>5</sup> عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لابن شاس، م س ج3 ص 979.

<sup>6</sup> ابو بكر ابن عاصم الغرناطي، تحفة ابن عاصم الاندلسي، م س، ص 183.

العطية، فإن البيّنة التي شهدت بالحوز مثبتة والبيّنة التي شهدت بعدمه نافية<sup>1</sup>.

ويعبر عن ذلك بقاعدة فقهية وصولية وهي أن المثبت مقدم على النافي<sup>2</sup>، وهو ما سار عليه القضاة فيما كان يعرض عليهم من نوازل فقد جاء في نوازل المهدي الوزاني: "إن سيدي أحمد البعل سئل عن وصي على محجورة اشترى شقصا في ملك مشترك مع محجورته ثم أقام بيّنة بأن لا مال لها، فأسقط عنه القاضي الشفعة، ولما كبرت البنت أثبتت بيّنة أنها كانت مليئة وقت البيع، ولم تزل على ذلك إلى الآن، وأرادت الأخذ بالشفعة... فأجاب بعض من الفقهاء بأن بيّنة الوصي نفت المال، وبيّنة المحجورة أثبتته، فبيّنة الوصي تُبطلها بيّنة البنت فكما في علمكم أن مَنْ أُثْبِتَ مُقَدَّم عَلَى مَنْ نَفَى، وهذه قاعدة أصولية، بمقتضاها جرى العمل في الأحكام"<sup>3</sup>.

وفي نوازل ابن سهل، أفتى أبو مروان بن مالك في هبة اختلف شهودها حيث شهد بعضهم بحوزها وبعضهم بأنها لم تُحَزْ، فالشهادة بصحة الحوز أعمل<sup>4</sup>، لأن الشهادة بالحوز أثبتت الهبة بصحتها فكانت أولى من التي شهدت ببطلانها، فمن أثبت شيئا أولى ممن نفاه<sup>5</sup>. وقال ابن أشهب أن الشهادة بصحة الحوز أعمل لوجوه في النظائر، يريد بذلك أن شهادة من أحق الحق وأثبت المطلوب أولى من شهادة من شهد بما يُبطلها... فإذا شهد شاهدين في رهن

<sup>1</sup> حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، أحمد بن محمد الرهوني التطواني، طبعة 1424هـ، ص 264.

<sup>2</sup> قاعدة المثبت على النافي، بوشعيب الناصري مقال منشور بمجلة المناهج القانونية العدد 14-13، السنة 2009، ص 205.

<sup>3</sup> المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، الطبعة الأولى، 1417هـ 1996م، ج 7 ص 475.

<sup>4</sup> الفقيه الإمام المالكي أبو الأصبع عيسى ابن سهل الجباني، ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سِيرِ الحُكَّام، طبعة 2008، ص 400.

<sup>5</sup> أبو الشتاء الغازي الصنهاجي، م س، ج 2 ص 456.

على حيازته وشهد آخرا أن أنه لم يَحْزُرْه فشهادة الحوز أولى<sup>1</sup>، وهو ما ذهب إليه ابن زيدان في شهادة اختصت إحداها بحوز الرهن وشهدت الأخرى بعدمه فرُجحت الأولى لأنها مثبتة للحوز<sup>2</sup>.

فمتى اتفقت بينتان على وقوع رهن على عقار غير محفظ، وأثبتت إحدى البيئتين بأن العقار وقع تحويزه في حين شهدت البيئتين المقابلة بعدم تحويزه فحيث أنهما اتفقتا حول واقعة الرهن لكنهما اختلفتا حول واقعة الحوز فإنه وحسب ما جرى به العمل لدى الفقهاء فإن البيئتين التي أثبتت حوز الملك المرهون مقدمة على النافية له، كما لو أن بيئتين أثبتت أن عمر مثلا قد حاز هبة عقارية في حين شهدت بيئتين معارضة أنه لم يحز العقار موضوع الهبة فالأصل حسب هذه القاعدة ترجيح البيئتين التي أثبتت الحوز على التي نفتته.

وقال الونشريسي في المعيار جوابا على نازلة أنه: "...لو قدرنا التعارض لكان من أثبت حكما أولى ممن نفاه"<sup>3</sup>.

وهو ما ذهب إليه عبد المومن بن علي الألغي في جوابه على نازلة أثبت أحد الخصمين فيها عداوة بينه وبين شهود خصمه في دعوى استمرت نحو اثني عشر سنة إلى يوم النزاع وأثبت الثاني زوال هذه العداوة نحو ثمانية سنين، ففضى بسقوط هذه الشهادة تطبيقا لقاعدة "أن من أثبت حكما أولى ممن نفاه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نوازل ابن سهل، م س، ص 401.

<sup>2</sup> الإمام شهاب الدين القرافي، الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواع الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، الطبعة 1431 هـ، ج 4 الفرق 228، ص 62.

<sup>3</sup> أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، م س، ج 7 ص 646/ أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد عثمان، دار الكتب العلمية، 2011، ج 10 ص 226.

<sup>4</sup> سؤال رفع لعبد المومن بن علي الألغي في مسألة تتعلق بالعداوة بين الشهود وبين المشهود عليه، من المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، للعلامة محمد المختار السوسي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1416 هـ/1995 م، ص 117.

كما وذكره الفقيه التسولي في شرحه لقول الزقاق "ومثبت أولى من الذي نفى..". لأن من أثبت قد زاد علماً<sup>1</sup> فشهادة من يعلم مقدمة على شهادة من لا يعلم، وقال في شرحه لناظم التحفة أن البيئة المثبتة للحكم كشهادة أحدهما بأن الخط لفلان، إذا تعارضت مع شهادة أخرى تنفي ذلك، فإن البيئة المثبتة للخط أولى لأنها أثبتت حكماً وأوجبته، فأخذنا بهذه القاعدة يقدم شهود الإثبات على شهود النفي اتفاقاً وذلك لعلمهم وإطلاعهم على ما لم يطلع عليه شهود النفي. انطلاقاً من ذلك يمكن القول أن البيئة المثبتة هي تلك التي تؤكد حدوث واقعة قانونية ما والبيئة النافية هي التي تنفي حدوث نفس الواقعة، فإذا شهدت بيئة بوقوع البيع وشهدت أخرى بعدم وقوعه أي عدم خروج الملك من يد صاحبه فالحجة المثبتة لانتقال الملك أولى بالاعتبار من التي تثبت بقاءه في يده، فمتى تعارضت يقدم المثبت على النافي حسب ما سبق بيانه من أقوال الفقهاء وذلك لأنه علم واقعة لم يعلمها الثاني وهو ما يتلاءم مع طبيعة الأمور ويقتضيه المنطق القانوني، فنظراً لمكانتها وأهميتها في حل النزاعات القضائية العقارية المطروحة فقد تبناها المشرع المغربي وعمل على إدراجها ضمن قواعد الترجيح المذكورة في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية.

### المطلب الثاني: البيئة المثبتة أرجح من النافية.

لقد أدرج الفقهاء كما سبق بيئة الإثبات ضمن المرجحات التي يعتمدها القاضي عند تعارضها مع بيئة نافية، وقد أخذ القضاء المغربي بهذا المرجح في غير قليل من النزاعات التي تعرض عليه، وإعمالاً لهذا المرجح قضت محكمة الاستئناف الشرعي الأعلى في هذا السياق بأن: "شهادة الليف الشاهد

<sup>1</sup> البهجة في شرح التحفة، م س، ص 262.

بالغيبية غير عاملة لكونها نافية ولأن شهادة حضوره بيد المدعى عليه مثبتة والمثبت مقدم على النافي وهذا ما فرض صحة الملكية<sup>1</sup>. وأضاف في حكم آخر: "إن ادعى مدع الاشتراك في ملكه وأثبتته، ونفى خصمه الاشتراك وأثبت النفي وتساوت الحجتان رجحت المثبتة على النافية"<sup>2</sup>.

إن قاعدة ترجيح البيّنة المثبتة على البيّنة النافية اعتبرها القضاء من القواعد العامة المعمول بها (في الكثير من المجالات)، ومنها الترجيح بين البيّنات في دعاوى استحقاق العقارات، وهو ما أكدته محكمة النقض في إحدى قراراتها التي جاء فيها: "شهادة شهود الإثبات مقدمة على شهادة النفي قاعدة عامة يعمل بها في المجال المدني..، تكون المحكمة قد علّلت قرارها تعليلاً صحيحاً، إن استبعدت طلب إجراء بحث بعد أن ثبت لها من خلال محضر المعاينة المجرى ابتدائياً لواقعة الضرر إعمالاً لقاعدة شهادة شهود الإثبات مقدمة على شهادة شهود النفي"<sup>3</sup>. ومن تطبيقاتها نذكر الشهادة لإثبات بيع أو حوز بعض التصرفات...

فمتى تنازع المتبايعان مثلاً حول صحة البيع أو فساده قدمت البيّنة المثبتة لصحة البيع، لما قال به الفقيه ابن جزّي: "عند اختلاف المتبايعين في صحة البيع وفساده فالقول قول مدعي الصحة لأنها الأصل"<sup>4</sup>، كمن ادعى شراء عقار من مالكه ولم يُتم هذا الأخير تنفيذ العقد بتسليم المبيع للمشتري فأثبت بحجة حصول

<sup>1</sup> الحكم عدد 105 بتاريخ 5 رجب 1343 هـ في القضية رقم: 741، مجلس الاستئناف الشرعي، م س، المجلد الأول ص 393 و ما بعده.

<sup>2</sup> الحكم عدد 174 بتاريخ 25 ربيع الأول 1345 هـ، في القضية رقم 901، مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، م س، المجلد الأول ص 687.

<sup>3</sup> قرار عدد 3045، بتاريخ 2 ماي 1997، ملف مدني عدد 94/3688، منشور بمجلة المحامي عدد 34 يناير 1999، ص 274.

<sup>4</sup> ابن جزّي، القوانين الفقهية، م س، ص 213.

البيع في حين ينفيه الخصم، كما جاء في حكم لابتدائية أكادير ونصه: "...حيث وإن تعارضت شهادة الشهود المستمع إليهم وتأكيد بعضهم لواقعة شراء المدعي وبناء المدعى عليهما في البقعة المشتراة من طرفه، ونفي البعض الآخر ذلك، إلا أن شهود الاثبات مقدمون على شهود النفي طبقا للمادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية"<sup>1</sup> فتبعاً لذلك تقدم الحجة المثبتة لوقوع البيع أي المثبتة لخروج الملك عن يد صاحبه على تلك البيئة المدعية لبقاء نفس الملك في يد صاحبه وملكيته.

هذا وأنه يُعتمد بالإثبات كحجة فقد اشترط المشرع المغربي بأن تقع التصرفات والالتزامات في شكل محدد قانوناً، وذلك كإثبات التصرفات التي تتجاوز قيمتها عشرة آلاف درهم بالكتابة الرسمية أو العرفية أو الالكترونية<sup>2</sup>، وتشمل الحجة الكتابية الرسمية محررات العدول والموثقين والأحكام والأوراق المخاطب عليها قضائياً، والمحاضر والاستجابات التي يحررها الأعوان والموظفون العموميون<sup>3</sup>، وكشروط إثبات بيع العقار في محرر ثابت التاريخ<sup>4</sup> حسب ما نص على ذلك الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

<sup>1</sup> حكم صادر في الملف العقاري عدد 2012/294، بتاريخ 17 دجنبر 2013، الترجيح بين البيئات لعمر أزوكار، م س ص 123.

<sup>2</sup> ينص الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها ان تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة الاف درهم، لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود، ويلزم ان تحرر بها حجة رسمية أو عرفية وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل الكتروني أو أن توجه بطريقة الكترونية".

<sup>3</sup> الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود.

<sup>4</sup> المحرر ثابت التاريخ: لقد كرس المشرع المغربي مبدأ الازدواجية في تحرير العقود حيث يأخذ إلى جانب المحرر الرسمي أو المحرر ثابت التاريخ، وهو كل ورقة لم يتدخل في تحريرها موثق أو عدل أو موف رسمي له صلاحية إبرامها، فهو كل محرر يقوم الاطراف بتحريرها مباشرة أو بواسطة كتاب عموميون ويوقعون عليها حيث تعتبر توقيعاتهم شرط لصحة اتفاقهم شريطة المصادقة على هذه التوقيعات لدى السلطات المحلية.

فالعمل القضائي ذهب إلى الاعتداد بترجيح البيئة المثبتة على النافية كلما كان علم شهود بيئة زائد عن علم شهود البيئة المقابلة وهو ما قضت به ابتدائية مكناس في حكم لها جاء فيه: "حيث أن الثابت من الأرائحة المنجزة من طرف المدعى عليه والمشار إلى مراجعها أعلاه والمطعون في صحتها أن شهودها قد شهدوا على أن هذا الأخير هو الوارث الوحيد في الهالك... في حين شهد شهود الأرائحة الثانية المنجزة من طرف المدعية على أن كل من المدعى عليه والمدعية وارثين في الهالك المذكور، مما يؤكد على أن علم شهود الأرائحة الثانية زائد عن علم شهود الأرائحة الأولى وهو ما يؤكد رسم زواجها مع الهالك... وشهادة عدم طلاقها منه.

وحيث أن قواعد الترجيح في الفقه الإسلامي تفيد على أن الأرائحة الزائدة علما مقدمة على الأرائحة الناقصة علما لأن شهود الأرائحة الزائدة اثبتوا ما لم تثبته الناقصة علما طبقا لما جاء في المعيار: "من أثبت أولى ممن نفاه هذا الذي تقرر عليه مذهب مالك وأصحابه وبه قال حذاقهم وبه أقول" مما يستوجب ترجيح الأرائحة المنجزة من طرف المدعية لزيادة علم شهودها على شهود الأرائحة الأولى وبالتالي عدم صحة الأرائحة الأولى تبعا لذلك..."<sup>1</sup>

وهو ما ذهبت له أيضا نفس المحكمة في حيثيات حكم آخر جاء فيه: "...وحيث أنه لما ثبت للمحكمة أن الأرائحة المدلى بها من طرف المدعيين المضمنة تحت عدد 194 صحيفة 299 كناش التركات عدد 25 بتاريخ

<sup>1</sup> حكم صادر عن المحكمة الابتدائية لمكناس، في الملف رقم 2011/2239، بتاريخ 2011/11/29، غير منشور.

2011/09/26 توثيق بومية هي إرثية شاملة وتجب الإرثية المنجزة من طرف المدعي عليها، وبالتالي التصريح بترجيحها عليها"<sup>1</sup>.

كما وقضت استئنافية فاس في قرار لها جاء فيه: "...وحيث من جهة أخرى فإن الثابت فقها أن الحجة المثبتة ترجح على الحجة النافية، وحيث أدلى المدعي المستأنف عليه برسم ملكية مستجمع لشروطه الشرعية، وهو حجة مثبتة للملك، وقد أثبتت بشأنه الخبرة المنجزة على المرحلة الابتدائية بأنه يتعلق بالمدعى فيه، الأمر الذي يتعين معه بالتالي ترجيحه على رسم عدم القسمة"<sup>2</sup>.

فالإرثية المثبتة ترجح على النافية كلما تعارضت إرثية شاملة شهد شهودها بما في علمهم على سبيل اليقين لا الظن مع غيرها، حيث قضى في هذا الصدد حكم لمجلس الاستئناف الشرعي أن: "...الحكم المستأنف صحيح إذ لا عهدة لورثة السجعي لا باتباعهم بالعهد الصالحة ولا استحقاق ولا تراجع ولا يمين وأن ما أدلى به القائم عبد المعطي من إثبات المعارضة بين والده ووالد ورثة المدعي لا يعارض الشهادة بالقطع على المقاسمة والمنصوص عليه، أنه إذا تعارضت البيئتان فالمثبتة مقدمة على النافية ونحو هذا تكرر في نوازل أبي الحسن الزريولي"<sup>3</sup>.

وذهبت في نفس الاتجاه استئنافية مراكش في حكم قررت فيه أن البيئة المثبتة مرجحة على النافية بقولها أنه: "...ترجح الإرثية المثبتة بكون الولد من

<sup>1</sup> حكم صادر عن المحكمة الابتدائية مكناس، في الملف رقم 2015/1072، بتاريخ 2015/07/21، غير منشور.

<sup>2</sup> قرار عدد 71 بتاريخ 2008/05/19، في الملف العقاري عدد 08/39، أصل الحكم 2007/3، غير منشور.

<sup>3</sup> حكم شرعي عدد 48 بتاريخ 29 رجب 1340 في القضية رقم 435، مجلة الاحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى المجلد الأول، (م س) ص 223 و ما بعدها.

ورثة الهالك على الإرث النافية بكونه من جملة ورثة الهالك المذكور، لكون الأولى مثبتة والأخرى نافية لقول الزقاق في منهجه "ومثبت أولى من الذي نفى..."<sup>1</sup> فالبيئة المثبتة علم شهودها ما لم يعلمه شهود النفي.

وفي حكم شرعي آخر اعتبر القضاء بأن: "...بيئة المدعية هي وأخوها عاصبان لوالدهما أرجح من بيئة المدعي الشاهد بأنه هو العاصب لأخيه.. المذكور وذلك لكونها أثبتت حاجب الأخوة وهو الولد وبيئة المدعي عليه نفته حيث قالت لا عاصب... والمقرر أن المثبتة مقدمة على النافية والمثبتة معها مزيد من العلم"<sup>2</sup>.

هذا وأنه قد يحدث أن ينازع من له مصلحة بعد موت المتبرع بعدم حوز المتبرع له -باعتبار الحوز ركن لصحة التبرعات- في حين يتمسك هذا الأخير بالحوز قبل حصول المانع المتمثل في واقعة الوفاة، فالبيئة الأولى تنفي حصول الحوز والأخرى تثبته فطبقاً للقاعدة تقدم المثبتة لأنها موجبة لحق على النافية، وهو ما جاء به قرار للمجلس الأعلى حيث قيل فيه: "إن رسم الصدقة الذي شهد عدلاه بحياسة المتصدق عليه للمتصدق به معاينة وطوفا لا يمكن أن يناهض بحجة معارضة لنفي الحياسة لكون الحجة المثبتة مقدمة على النافية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 845 بتاريخ 1979/06/08 ملف شرعي عدد 74/1644، مجلة المحامي عدد 8، ص 93.

<sup>2</sup> حكم شرعي عدد 48 بتاريخ 1349 قضية رقم 1450، الاحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الاعلى طبعة 2002، المجلد الثاني، ص 187.

<sup>3</sup> القرار عدد 368، بتاريخ 15 ماي 2002، صادر في الملف العقاري عدد 99/1/2/374 منشور بقضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج، عمر أزوكار، م س، ص 135.

كذلك وقد ينازع ورثة المتبرع في عدم صحة تبرعه لكونه أجري في وقت كان في مرضه الذي توفي عنه<sup>1</sup>، في حين تشهد البيئة المقابلة بصحة المتبرع الجسمانية والعقلية عند قيامه بالتبرع، وقد قضى المجلس الأعلى ما يلي: " ..حيث تبين صحة ما عابه الطالب ذلك أن الأصل في الإنسان هو كمال الأهلية عند إبرام أي تصرف أو التزام طالما لم يثبت أنه كان وقت انجاز التصرف مريضا مرضا مخوفاً أفقده إرادته ومات منه، والبين أن المتصدق حضر شخصياً أمام العدلين بتاريخ 2001/11/08، ونص العقد على أنه بآتمه، أي صحيح العقل والبدن، وأشدهما على أنه تصدق على حفيده الذي كان حاضراً عنه أبوه، فضلاً عن ذلك فالطالب أدلى بما يثبت به صحة المتصدق بشواهد طبية وغيرها، وأدلى بما يفيد تسجيل رسم الصدقة باسمه في الرسم العقاري قيد حياة المتصدق الذي لم يتوفى إلا في 2004/07/26 وكذلك حيازته الفعلية للمتصدق بيه بالغرس والبناء وغيرهما، المحكمة لما لم تناقش ما أدلى به الطالب على الرغم مما له من تأثير على قضائها ولم ترد بقبوله وقضت على النحو

<sup>1</sup> تعتبر التصرفات التي يجريها المريض مرض الموت مقيدة حيث يتوقف جوازها على موافقة ورثته، لما نص عليه المشرع في قانون الالتزامات والعقود، حيث جاء في الفصل 479 من ق ل ع أن "البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344 ق.ل.ع إذا أجري لأحد ورثته بقصد محاباته، كما إذا باع له شيء بثمن يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية أو اشترى منه شيء يجاوز قيمته. أما البيع المعقود لغير وارث فتطبق عليه أحكام الفصل 345 الذي ينص على أن: "الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته".

أما الفصل 344 من نفس القانون المحال عليه نجده ينص على ما يلي: "الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة" يستفاد من ذلك أن البيع الذي يتم من المريض في مرض موته لأحد ورثته تطبق عليه أحكام الإبراء من الالتزام، وبالتالي فإن باع المريض مرض ماله لوارث يكون البيع صحيحاً، لكن إن شاب هذا البيع محاباة للوارث المشتري توقفت صحة البيع على إقراره وإجازته من باقي الورثة الآخرين. نفس الأمر على جميع التصرفات التي يقوم بها المريض في مرض موته.

المذكور فإن قرارها جاء غير مبني على أساس وناقص التعليل الذي هو بمثابة انعدامه معرضا للنقض<sup>1</sup>.

فالمجلس الأعلى اعتد بحجة الشواهد الطبية وشهادة العدول بالأتمية للقول بصحة تصرف المتبرع قيد حياته وبالتالي ترجيح بيئة الصحة على البيئة التي تنفي ذلك.

---

<sup>1</sup> قرار المجلس الاعلى عدد 279 مؤرخ في 2008/5/21، في الملف عدد 2007/1/2/262، قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات و الحجج،(م س)، ص 200.

## المبحث الثاني: قاعدة ترجيح بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها.

لم يتطرق أغلب الفقهاء المالكيين لبيئة الأصالة ضمن المرجحات كما هو الحال عليه بشأن عدالة الشهود وشهادة اللفيق واختلاف تواريخ البيئات وكذا حوز الملك، وكل الإشكالات التي يطرحها تعارض هذه البيئات من خلال النوازل التي عرضت أمامهم، فترجيح بيئة الأصالة على ما يخالفها تناوله قلة من الفقهاء.

ومن خلال هذا المطلب سأحاول معالجة هذه البيئة والتي اعتمدها المشرع المغربي من بين المرجحات العشر المنصوص عليها في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، من خلال الوقوف على مفهومها كما جاء لدى فقهاء المالكية خصوصا (المطلب الأول) وكذلك البحث في تطبيقاتها القضائية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: المفهوم الفقهي لبيئة الأصالة.

الأصل لغة: أسفل الشيء وأساسه<sup>1</sup>، قعد في أصل الجبل وأصل الحائط<sup>2</sup>، وأصل الشيء، ثبت أصله وقوي ثم كثر حتى قيل: أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه، فالأب أصل للولد<sup>3</sup> وأصل الشيء: جعله أصلا ثابتا يُبنى عليه، و"الأصالة" في الرأي، الإتيان بفكرة مبتكرة، وفي النسب عراقته.

<sup>1</sup> مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق محمود مسعود أحمد، طبعة 2008، ص 59.

<sup>2</sup> أبي القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل، الطبعة الأولى 1998، ج 1 ص 29.

<sup>3</sup> أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، م س، ص 6.

وأصل الشيء أساسه الذي يقوم عليه، و"الأصول" أصول العلوم وقواعدها التي تبنى عليها الأحكام، والنسبة إليها: "أصولي". والأصيل هو الوقت حين تصفر الشمس لمغربها<sup>1</sup>.

وفي الاصطلاح الفقهي يطلق مصطلح الأصل على معاني كثيرة منها:

1- الدليل المثبت للحكم: كقول الفقهاء، "...حيث الأصل في هذه المسألة الكتاب والسنة" أي الدليل المثبت لحكمها.

2- الراجح: كقولهم، "الأصل في الكلام الحقيقة" أي الراجح فيه عند التعارض الحقيقة دون المجاز.

3- القاعدة الكلية: كقولهم، "أكل الميتة على خلاف الأصل" أي خلاف القاعدة الكلية المستقرة.

4- المقيس عليه: وهو ما يقابل الفرع في باب القيس، كقولهم "الخمير أصل النبيذ في الحرمة" أي الحرمة في النبيذ متفرعة عن حرمة الخمير بسبب اشتراكهما في العلة.

5- الحالة الماضية المستصحة: كقولهم، "إذا شك في الطهارة والحدث، يستصحب الأصل" والأصل هنا هو الحدث.

ومفهوم القاعدة ان ما كان على حال في الزمان الماضي يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره، فما كان متصفا بصفة أو محكوما بحكم له فيما مضى يبقى على ذلك ما لم يرد دليل يثبت تغيره، فما كان حالاً يبقى حالاً إلى ان يرد دليل على الحرمة، وما كان محرماً يبقى محرماً إلى أن يرد دليل على

<sup>1</sup> المعجم الوجيز، إصدار مجمع اللغة العربية، طبعة 1989، ص 19.

الإباحة، وما كان طاهرا يبقى طاهرا إلى أن يرد دليل على النجاسة، ومن كان حيا يبقى حيا إلى أن يرد دليل يفيد الوفاة، ومن كانت ذمته مشغولة بشيء تبقى كذلك إلى أن يرد دليل على البراءة، وكذلك كل أمر علم وجوده ثم حصل الشك في عدمه فإنه يحكم ببقائه بطريق الاستصحاب لذلك الوجود السابق، لأن "الأصل في كل ثابت دوامه واستمراره"، وكل أمر علم عدمه ثم حصل الشك في وجوده فإنه يحكم بعدم وجوده استصحابا لذلك العدم السابق.

وقد عبر الفقهاء عن الأصل بالظاهر فقيل: "الظاهر بقاء ما كان على ما كان" وورد التعبير عنه لدى الونشريسي بقوله: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"<sup>1</sup>، فالتعبير بالبقاء هو بالنظر للحكم حيث الأصل فيه أن يبقى على حاله ما لم يوجد ما يغيره أو يخالفه أو ضده.

وتقدم الأصالة على الفرعية في شرح ميارة الفاسي للامية الزقاق<sup>2</sup>: "الأصل مقدم على غيره" فإذا شهدت بيئة أحدهما أنه أوصى وهو صحيح وشهدت الأخرى أنه أوصى وهو مريض، قال ابن القاسم: تقدم بيئة الصحة لأنه الأصل الغالب. فمتى تعارضت الصحة والمرض وبيننا الطوع والإكراه وبيننا الرشد مع السفه، وبيننا اليسر والعسر، فإنه تقدم بيئة الطوع على الإكراه، وبيئة الصحة على المرض، والرشد على السفه، واليسر على العسر لأنه الأصل.

فإذا شهدت بيئة أحد الخصمين بالأصل وشهدت الأخرى بالفرع عن هذا الأصل فإنه تقدم الحجة المتمسكة بالأصل، وصورتها إذا ادعى أحد الطرفين

<sup>1</sup> أحمد بن يحيى الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، تحقيق بن عبد الرحمان الغرياني، دار ابن حزم، الطبعة الأولى 1427هـ- 2006م، القاعدة رقم 114، ص 165.

<sup>2</sup> الإمام ميارة الفاسي، فتح العليم في شرح لامية الزقاق، م س، ص 309.

أنه دائن للطرف الآخر وأنكر الأخير المديونية، وأدلى كل منهما بحجة تثبت ادعائه، فإن البيئة التي أنكرت المديونية ترجح على القائلة بها لأن الأصل في الإنسان براءة الذمة - كما سيأتي بيانه- حيث يولد بذمة غير مشغولة بأية التزامات أو تكاليف إلى أن يرد ما يدل على خلاف ذلك الأصل، بحجة وبدليل يقيني ومؤسس لأن "الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين"<sup>1</sup>.

والقول قول المدعى عليه لموافقته الأصل والبيئة على المدعى لدعواه ما يخالف هذا الأصل، فإذا اختلفا في قيمة المتلف والمغصوب فالقول قول الغارم، لأن الأصل البراءة عما زاد عن قوله، ولو أقر بشيء أو حق قبل تفسيره بما له قيمة، فالقول للمقر مع يمينه<sup>2</sup>.

فمتى اختلف خصمان وادعى أحدهما الأصل في حين ادعى الآخر خلافه فالقول قول مدعي الأصل، لقول الناظم: "والقول قول مدعي الأصل..."<sup>3</sup> إلا أن يكون في الشيء المدعى فيه عرف جار قد استقر على خلاف الأصل، فإنه يرجح قول مدعي ضد الأصل، وذلك تماشياً مع ما يقضي به العرف الجاري.

فلا يخفى أن الاثبات ليس بالأمر اليسير فقد يخسر البعض دعواه لمجرد عجزه عن الاتيان بما يفيد صدق ادعائه رغم أنه قد يكون صاحب حق، لذلك كان لتحديد من يتحمل عبء الاثبات في القانون أهمية بالغة، فالقاء عبء الاثبات على المدعي يشكل ميزة للطرف الآخر الذي قد يكسب الدعوى دونما جهد في حال عجز خصمه، فكل من ادعى على غيره حقا وجب عليه اثبات دعواه، بتقديم بيئة تدحض انكار خصمه المدعى عليه، وذلك وفقا لقاعدة "البيئة على من ادعى

<sup>1</sup> إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، للونشريسي، م س، ص 80.

<sup>2</sup> الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية 1988، م س، ج 12، ص 194.

<sup>3</sup> إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س، ص 139.

واليمين على من أنكر" و التي تعتبر من أمهات القواعد الفقهية و القضائية و تجد سندها في قوله صلى الله عليه و سلم: " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"<sup>1</sup>.

وقد ذهب مجلس الاستئناف الشرعي في نفس التوجه بحيث قضى في حكم له جاء فيه: "إذا انحصر النزاع في شيء معين، ولم يدل المدعي بما يثبت به بقية المدعى عليه"<sup>2</sup>، فقد كان القضاء فيما سبق يقضي ببقاء المتنازع عليه بيد المدعي حسب الأصل.

وعرف الفقهاء المدعي بأنه من يقول "قد كان كذا" والمدعى عليه هو من يقول "لم يكن كذا"، وقيل المدعي هو الطالب والمدعى عليه هو المطلوب<sup>3</sup>، ومن الفقهاء من اعتبر المدعى عليه هو من يوافقه عرف أو أصل<sup>4</sup>.

فمناطق الحكم في هذه القاعدة هو التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وقد أولى الفقهاء المالكيين أهمية للتمييز بينهما مخافة قلب المراكز القانونية بين الخصوم، حيث قيل في ذلك: "من ميز بينهما فقد عرف وجه القضاء"<sup>5</sup>.

فمن يدعي خلاف الأصل والظاهر هو الذي يتحمل عبء اثبات ما يدعيه ببينة قوية تعضد صدق ادعائه، وهو ما تبناه قرار لمحكمة النقض حيث أشار

<sup>1</sup> أخرجه الامام البخاري في كتاب الشهادات والامام مسلم في كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه.

<sup>2</sup> حكم عدد 14 بتاريخ جمادى الأولى 1339 هـ، في القضية رقم 305، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي، المجلد الأول، م س، ص 79.

<sup>3</sup> القوانين الفقهية لابن الجزي، م س، ص 320.

<sup>4</sup> أبي الحسن علي بن قاسم بن محمد النجيبى المعروف بالزقاق، المنهج المنتخب في قواعد المذهب المالكي، م س، منظومة رقم: 358، ص 17.

<sup>5</sup> البهجة في شرح التحفة، م س، ج 1 ص 25.

إلى أنه: " من يدع خلاف الأصل يقع عليه عبء الإثبات"<sup>1</sup> فتميز البيئة التي تشهد بالأصل تتجلى بالأساس في إلقاء الإثبات على الطرف الذي ادعى ما يناقض الأصل، وأما المدعى عليه فإن موقفه يعتبر قويا لاستناده لأصل معضد فلا يلزمه غير اليمين في حال عجز خصمه عن اثبات دعواه فموقفه مرجح بعادة أو بقريضة أو موافقة أصل أو قريضة، فالبيئة على من ضعف قوله واليمين على من قوي قوله<sup>2</sup>.

وعليه يمكن القول أن بيئة الأصالة ما دل على الصفات الاصلية الثابتة للشيء بمقتضى طبيعته الاصلية التي تدرك بالعقل والحس دون الحاجة إلى دليل أو برهان يثبتها.

---

<sup>1</sup> قرار عدد 506، مؤرخ في 2006/9/6، في الملف الشرعي عدد 2006/1/2/91، غير منشور.

<sup>2</sup> القوانين الفقهية ابن الجزري، م س، ص 321.

## المطلب الثاني: ترجيح بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها.

تجد هذه القاعدة تطبيقاتها ضمن مجموعة من القواعد الفقهية التي تشكل مجتمعة قاعدة ترجيح بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها، ومن الأصول التي ترجح على أضعافها ما يهمل العلاقة فيما بين المتعاقدين (الفقرة الأولى) وما يتعلق بالعقد ذاته (الفقرة الثانية)، وسنقتصر على القواعد التي لها علاقة بإثبات ملكية العقار والحقوق العينية الواقعة عليه كما نظمها الفقهاء المالكيين والعمل القضائي.

### الفقرة الأولى: بيئة الأصالة من جانب المتعاقدين.

إن أبرز الأصول التي تتعلق بالمتعاقدين، حالة التعارض بين بيئة الصحة والمرض، والتعارض بين بيئة ملاءمة ذمة أحد أطراف الدعوى والبيئة التي تدعي عسره، والتعارض بين براءة الذمة وانشغالها.

### أولاً: ترجيح الصحة على المرض.

تعتبر من صور ترجيح قاعدة الأصالة على خلافها أو ضدها قاعدة تقديم البيئة التي تشهد بالصحة على المقابلة لها التي تشهد بالمرض، فلو أوصى شخص بماله أو جزء من ماله لو ارث أو لغير وارث ثم وبعد وفاته ادعى الورثة أن مورثهم قد كان في وقت إجراء الوصية مريضاً مرضاً أفقده التمييز في حين قدم الموصى له بيئة تشهد بأنه كان في كامل قواه العقلية وقت الوصية، فطبقاً لقاعدة الأصل على خلافه أو ضده، فإنه إذا نصت بيئة على أن الوصية صدرت من الموصى وهو صحيح ونصت الأخرى على أن الوصية صدرت منه في حالة المرض فبيئة الصحة مقدمة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> الأموال في الفقه المالكي، محمد العلوي العابدي، م س، ص 213.

فقد اعتبر الفقهاء أن الشهادة بالصحة مقدمة على الشهادة بالمرض ذلك لأن "الأصل صحة الجسم حتى يثبت المرض"<sup>1</sup>، فالأصل الصحة والعقل وخلافه عدمها من المرض والجنون<sup>2</sup>، لذلك تقدم بيينة الصحة لأن الغالب في الناس كذلك، وهو الأصل فيهم<sup>3</sup>.

تظهر هذه القاعدة فيما لو شهدت بيينة بالصحة وشهدت بيينة مقابلة بالمرض فإنه ترجح البيينة التي تشهد بالصحة لأنها توافق الأصل، كما لو أوصى شخص بنصيب من ملكه لأخر وارث أو غير وارث وبعد وفاته نازع ورثته الموصى له بعدم صحة الوصية التي قام بها مدعين أنه أجراها في وقت كان مصابا فيه بمرض فجعله لا يدرك ما يقوم به من تصرفات حيث أفقده التمييز والإدراك. حيث إعمالا لقاعدة الأصل مرجح على خلافه وعلى ما يعارضه، ترجح البيينة التي شهدت بأن الموصي قد أوصى في الصحة على البيينة التي شهدت بأنه أوصى وهو مريض.

وهو ما ذهبت له محكمة النقض في قرار لها جاء بإحدى حيثياته أن: "...حيث إن الأصل في العقود الصحة وأتمية المتعاقدين والمحكمة لما ثبت لها أن رسم الصدقة سجل بالرسم العقاري بتاريخ 2000/9/15 أي قبل وفاة المتصدق بتاريخ 2001/11/10 وكذا لما ثبت لها من الملف الطبي أن الشواهد الطبية المتعلقة بالمتصدق ترجع إلى سنة 1991 أي قبل إنجاز رسم الصدقة بنحو 9 سنوات واستخلصت من ذلك أن المتصدق لم يكن فاقدا لقواه العقلية آنذاك

<sup>1</sup> معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، الطبعة الأولى 1434هـ- 2013م، ج 6 ص 487.

<sup>2</sup> ذ عبد الغفور محمد البياتي، القواعد والضوابط الفقهية في الإثبات القضائي- دراسة موضوعية للقواعد الفقهية في وسائل الإثبات، دار الكتب العلمية 1971، ص 32.

<sup>3</sup> ذ عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى 2002، ج 4، ص 444.

تكون قد استعملت سلطتها في تقدير الحجج وعلت قرارها تعليلا سليما مما تعين معه رفض الطلب"<sup>1</sup> فقد أكدت محكمة النقض من خلال قرارها قاعدة الأصل في العقود الصحة وأتمية المتعاقدين.

هذا ويرجح العمل القضائي الشهادة العدلية بالأتمية على شهادة اللفيف بالمرض، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى قضى فيه أنه:"...بالرجوع إلى موجب الصدقة كناش عدد 14 ص 125 عدد 189 بتاريخ 24 محرم 1419، يتبين أنه نص على رقم السند العقاري وعلى الأجزاء المتصدق بها وعلى الحيازة، وأن هذه الأخيرة وقعت بحضور المتصدقة والمتصدق عليه وبحضور العدلين وإشهادهما بذلك، وعليه فهي صحيحة في ذاتها وأنه مادام العقد صحيحا فليس هناك ما يحول دون تسجيله على السند العقاري وذلك استنادا إلى الفصل 67 من ظهير التحفيظ وإلى الفصل 80 من نفس الظهير، وأن الصدقة وقعت في 1998/05/04، وأن المتصدقة لم تَمُت إلا بتاريخ 2000/02/23، أي بعد الإشهاد بها بإحدى وعشرين شهرا. إضافة إلى أن الشهادتين الطبيتين لم ينصا صراحة على مرض العقل أو غيبوبته وعليه فالدفع غير جدي، وأن اللفيف المدلى به من المستأنف عليهم المضمن بعدد 435 صحيفة 283 كتدليل على المرض فإنه لا يقاوم عدلي الإشهاد اللذين يشهدان في رسم الصدقة بكون المتصدقة تامة بالإدراك وكونها حضرت لديهما وحاز المتصدق عليه ما تصدقت به عليه بحضور عدلي الإشهاد بالصدقة، فالإشهاد بالأتمية لا ينصرف عند الموثقين إلا لكون المشهود عليه تام العقل والإدراك..."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض عدد 506، مؤرخ في 2006/9/6، في ملف شرعي عدد 2006/1/2/91، غير منشور.

<sup>2</sup> قرار عدد 621، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/02/13، في ملف مدني 2006/1/1/576، منشور في مجلة القضاء المدني، عدد 2، 2010، ص 154.

وتجدر الإشارة إلى أن المرض الذي يشتهر اتصاله بالموت يعتبر من بين الأسباب التي تجيز منع المحجور من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو على الثلث المسموح بالتبرع به من ماله<sup>1</sup>، والأمراض التي اشتهرت في الماضي اتصالها بالموت، كمرض السل والقولنج، والحمى القوية وحامل ستة (أي الحامل في شهرها السادس) والحاضر صف القتال<sup>2</sup>... لم يعد هناك مجال مع التقدم الطبي لاعتبارها من الأمراض التي عدها الفقهاء يغلب عليها الموت، وفي المقابل ظهرت أمراض جديدة أخرى كالنشمع الكبدي وداء فقدان المناعة -السيدا- وغيرها كثير<sup>3</sup>، وهي إن كانت تضعف الجسد وتُعَلِّه لكنها لا تمنع المعتل بها من مباشرة معاملاته وشؤونه القانونية بحيث لا تضعف عقله وإدراكه وتمييزه.

وبالتالي فإنه لا يمكن اعتبارها سببا لإبطال تصرفاته، وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى حيث اعتبر: "أن حالة المريض المؤدية إلى ابطال الالتزام هي التي تكون فيها حرية المريض محدودة في إطار جد ضيق إلى درجة أنه لو قام بالتصرف في ظروف عادية لما أعطى رضاه على فحوى العقد وشروطه"<sup>4</sup>، فما ينبغي الاعتداد به في ما يمكن أن يخالف الأصل هو

<sup>1</sup> الأستاذ محمد شليح، مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود، الطبعة الأولى 1998، ص 187.

<sup>2</sup> مختصر العلامة خليل، خليل بن اسحاق المالكي، طبعة 1981 ص 206.

<sup>3</sup> ذهبت محكمة النقض في معرض تعريفها لمرض الموت إلى أن: "أهم شرط لاعتبار المرض مرض الموت أن يكون مخوفا، أي أن يكون من الأمراض الخطيرة التي لا يرجى منها أي شفاء من الناحية الطبية، وتؤدي بصاحبها غالبا إلى الوفاة، ومرض تشمع الكبد والنزيف الهضمي مرض مخوف وقاتل--ويعتبر مرض موت". قرار محكمة النقض عدد 6741، الصادر بتاريخ 29-10-1997 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، سنة 2000، ص: 492.

<sup>4</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 6013 الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1995، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 49-50، سنة 1997، ص 24 وما بعده.

مدى تأثير المرض على نفس المريض وعلى عقله وليس المرض في حد ذاته.

فمن ادعى في خصومة أن خصمه مريض بغية إبطال حق طرف آخر فإنه يقع عليه عبء اثبات ما يخالف الأصل، ويثبت مرض الموت باعتباره واقعة مادية بكافة وسائل الإثبات كشهادة الليف أو بالشواهد الطبية، غير أن إثبات صحة أو مرض الخصم في الدعوى يطرح إشكالية تتمثل في حال تعارضت هذه الوسائل، كما لو أدلى أحد الخصوم ببينة ليفية تشهد بالمرض مقابل إدلاء خصمه ببينة عدلية تشهد بأتميته أو أتمية مورثه، فإنه إعمالاً لقاعدة الصحة على المرض فإن التي شهدت بالصحة ترجح وتقدم على الشهادة الليفية وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه... " شهادة العدلين بالأتمية<sup>1</sup> مرجحة على شهادة الليف بالمرض"<sup>2</sup>.

كما ويمكن أن تتعارض شهادة العدول بالأتمية مع الشهادة الطبية المدلى بها من قبل المتنازعين، فأى الشهادتين ترجح على الأخرى؟

إنه وباستقراء لبعض القرارات نجد أن القضاء يعطي للرسم العدلي الذي يشهد بالأتمية حجة رسمية، ففي قرار جاء فيه: " يعتبر الرسم العدلي الذي

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن شهادة العدول بالأتمية هي: كناية عن الطوع والرشد وصحة العقل والجسم، وأن التعاقد الذي وقع الإشهاد به قد صدر عن صاحبه وهو في كامل قواه العقلية والجسمية ومتمتعاً بالأهلية اللازمة لإجراء ذلك التصرف، وباختياره وكامل إرادته غير مكره..

للمزيد من التفصيل بشأن تحرير العقود العدلية يُنظر: أبي الشتا بن الحسن الغازي الحسيني، الطبعة الثانية الجزء الأول، ص 16 وما بعدها.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 621، مؤرخ في 2008/2/13، في الملف المدني عدد 2006/1/1/576، منشور في مجلة القضاء المدني العدد 2 سنة 2010، ص 154 .

يشهد فيه العدلان "بأتمية" المشهود عليه حجة رسمية على أنه لم يكن وقت الإشهاد مريضاً مرض الموت لا يمكن إثبات عكسها"<sup>1</sup>.

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى ما نصه: "إن التنصيص في العقد على أتمية المريض البائع يجعل البيع صحيحاً"، وأن "الإشهاد على المتصدق والبائع بالأتمية كاف في صحة عقدي الصدقة والبيع"<sup>2</sup>.

إلا أن هذا الموقف القضائي انتقد من طرف الفقه وذلك بسبب عدم اعتبار الإشهاد بالأتمية قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، ولعدم استساغته ترجيح عبارة جرت عادة العدول على ترديدها في كافة العقود على الشهادة الطبية الصادرة من ذوي الاختصاص<sup>3</sup>.

وفي قرارات أخرى نجد بأن القضاء لم يعط لشهادة العدول بالأتمية الحجة القاطعة لإثبات صحة أو عدم صحة الخصم خاصة إذا تعارضت مع الشهادة الطبية، فقد قضى المجلس الأعلى في قرار له أن: "الأتمية التي يضمنها العدلان في الرسم إنما تتعلق بصحة التعاقد ظاهرياً ولا تثبت عدم إصابة المتصدق بمرض الموت الذي يمكن الاستعانة بالأطباء المختصين لإثباته"<sup>4</sup>...

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 809، صادر بتاريخ 1982/12/25، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية الجزء الثاني، م س ص 25.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 2567 صادر بتاريخ 1994/07/20، في الملف المدني عدد 88/987، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 48، ص 67-70.

<sup>3</sup> ذ محمد كشبور، بيع المريض مرض الموت، الطبعة الأولى 2002، ص 73.

<sup>4</sup> قرار محكمة النقض رقم 1083 الصادر بتاريخ 2004/4/14 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 62 سنة 2003، ص 56 وما يليها.

لأجل ذلك يمكن القول أن تشخيص المرض ومعرفة ما إذا كان مرضاً يؤثر على سلامة الإنسان العقلية وعلى قدراته وتركيزه للقول بإمكانية الخروج عن الأصل في تقديم بيئة الصحة على المرض، هو من اختصاص أهل العلم والخبرة وهم الأطباء وليس العدول والموثقون، لذلك يجب على القضاء في نظري أن يتخذ موقفاً حول اشتراط الإدلاء بالشهادة الطبية مع شهادة العدول بالأتمية لإثبات مرض الموت.

### ثانياً: ترجيح براءة الذمة على خلافها.

البراءة لغة: بمعنى تباعد و تخلى، ويقال فلان بريء الذمة أي خلى من العيب أو التهمة فهو بريء،<sup>1</sup> والذمة لغة: العهد والأمان، لأن نقضه يوجب الذم، ومنه سمي المعاهد ذمياً، نسبة إلى الذمة بمعنى العهد، كما وتفسر بمعنى الضمان، حيث تقول في ذمتي كذا أي في ضمانني، وجمعها ذمم.<sup>2</sup>

وفي الاصطلاح الفقهي هناك من جعلها وصفا فعرفها بأنها: "صفة يصير بها الإنسان أهلاً للالتزام، فهي وصف يجعل الشخص أهلاً لتحمل ماله وما عليه، ومثال ذلك: إذا اشترى شخص شيئاً ما فإنه أهلاً لامتلاك منفعة ذلك الشيء كما ويكون أهلاً لتحمل الالتزام بدفع ثمنه، ومن الفقهاء من عرفها بأنها نفس لها عهد، حيث يولد الإنسان وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه<sup>3</sup>، وهي "معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم"<sup>4</sup>، وتتجلى أهمية

<sup>1</sup> إبراهيم مذكور، المعجم الوجيز، طبعة 1989، م س، ص 42.

<sup>2</sup> أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، م س، ص 80.

<sup>3</sup> علي بن محمد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، بتاريخ 1431 م، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، دون ذكر تاريخ الطبعة، ص 93.

<sup>4</sup> الإمام القرافي، الفروق في شرح البروق، م س، ج 3 ص 237.

القاعدة في معرفة من يتمسك بالأصل المتمثل في براءة الذمة واعتباره مدعى عليه معفى من عبء الإثبات.

فالأصل حسب فقهاءنا هو براءة الذمة<sup>1</sup> لذا لم يقبل في شغلها شاهد واحد، ولذا كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل، والبيئة على المدعى لدعواه ما خالف الأصل، فإذا اختلفا في قيمة المتلف والمغصوب، فالقول قول الغارم، لأن الأصل البراءة عما زاد عن قوله، ولو أقر بشيء أو حق قبل تفسيره بما له قيمة، فالقول للمقر مع يمينه<sup>2</sup>، فجنحوا لتقديم الظاهر الثابت بالبيئة.

ويتبع ذلك أن تكون ذمة كل شخص بريئة غير مشغولة بأي حق أو تكليف آخر، وأساس هذا التصور هو أن كل شخص يولد وذمته بريئة خالية من أي التزام، وشغلها يحصل بالمعاملات الحياتية المعيشة التي يجريها بعد اكتسابه الأهلية اللازمة لذلك. ومن يدعي شغل ذمة الغير بشيء ما فإنه مكلف بإقامة الدليل لإثباته لأنه يدعي خلاف الأصل وهو براءة الذمة، وإقامة الحجة أو البيئة تقع على من يدعي خلاف الظاهر، حيث اعتبر مجلس الاستئناف الشرعي أنه: " إذا كانت الذمة عامرة بيقين فلا تبرأ إلا بيقين"<sup>3</sup>.

فإذا ادعى أحد طرفي الخصومة قيام التزام في ذمة خصمه في حين نفي هذا الأخير وتمسك ببراءة ذمته من أي تكليف أو التزام تجاه المدعى، فالأصل كما

<sup>1</sup> معلمة زايد للقواعد الفقهية و الأصولية، م س، ص 375.

<sup>2</sup> الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية 1988، م س، ج 12، ص 194.

<sup>3</sup> حكم عدد 121 بتاريخ 2 ذي القعدة 1343هـ، في القضية رقم 481، منشور مجلة الاحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الاعلى، المجلد الأول، ص 453، م س.

جاء في الذخيرة براءة الذمة<sup>1</sup> ما لم يثبت المدعي ادعاءه بحجة أو ببينة مؤسدة، فالبينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل.

غير أنه تجدر الإشارة بأن اعتبار قاعدة براءة الذمة أصلاً وترجيحها على ما يخالفها أو يعارضها تعتبر قرينة مفترضة لا يجوز أخذها على إطلاقها، فمتى أدلى المدعي بحجة يقينية أثبتت خلاف هذا الأصل وعجز معه المدعي عليه دحضها، خرجت القاعدة عن أصلها، وانتقلت تبعاً للإثبات وعبئاً على المدعي عليه حيث تنقلب المراكز القانونية بين أطراف الخصومة، وذلك كما جاء في قرار للمجلس الأعلى قضى بأنه: "إذا أثبت المدعي الالتزام كان على من يدعي انقضاءه أن يثبت ادعاءه"<sup>2</sup>.

ويبدو أن القرار جاء تطبيقاً لما نص عليه المشرع في الفصل 400 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والذي ينص على: "إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه".

كما وجاء بحكم لابتدائية فاس قضت فيه بفسخ عقد وعد بالبيع ادعى فيه ورثة البائع أن المشتري لا زال في ذمته لفائدتهم مبلغ 10000 درهم من ثمن البيع... الأمر الذي أنكره المشتري وبأنه قد سلم المبلغ لمورثهم وأن ذمته خالية من أي دين لفائدتهم، غير أنه عجز عن الإدلاء بما يثبت ذلك، في مقابل إدلاء الورثة بنسخة من عقد الوعد ببيع قطعة أرضية من مورثهم بمبلغ قدره 53000

1 شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994، ج 11 ص 132.

<sup>2</sup> قرار عدد 1181، صادر بتاريخ 10/3/1999، في الملف المدني عدد 4285/94، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، ص 53.

درهم توصل من المشتري بمبلغ قدره 43000 درهم، و بقي في ذمته مبلغ 10000 درهم التزم بأدائها بمجرد المطالبة بها...<sup>1</sup>.

انطلاقا مما سبق فإنه يمكن الترجيح ببراءة الذمة كأصل كلما اختلف شخصان على انشغال ذمة أحدهما تجاه الآخر إثباتا ونفيا ولم تكن لأحدهما حجة فإن القول قول مدعي براءة ذمته، غير أنه كلما قام الدليل على خلاف الأصل فإن هذا الأصل يبطل ويعتبر كأن لم يكن.

### الفقرة الثانية: بيئة الأصالة من جانب العقد.

العقد لغة: نقيض الحلّ، تقول: عقدت الحبل فهو معقود، ومنه عقدة النكاح، وعقد كل شيء: إبرامه، وعقد قلبه على الشيء: لزمه، وفي الحديث: "الخيال معقود بنواصيها الخير" أي: ملازم لها، كأنه معقود فيها<sup>2</sup>، والعقد- بكسر العين:- القلادة، وبفتحها: الأحكام والشد.

لم يعرف المشرع المغربي العقد على خلاف المشرع الفرنسي من خلال الفصل 1101 من القانون المدني: "العقد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص أو عدة أشخاص بإعطاء، أو القيام أو الامتناع عن القيام بشيء"<sup>3</sup>. فهو بهذا المعنى يعتبر مرادفا للالتزام ومساويا له في الدلالة والمعنى الشرعي، فهو تصرف يتضمن انشاء حق أو نقله أو تعديله أو انهاءه سواء

<sup>1</sup> حكم بتاريخ 2010/10/7 في الملف رقم 2009/9/105 غير منشور.

<sup>2</sup> لسان العرب، م س، ج 3 / 296-299.

<sup>3</sup> Article 1101 du code civil français:

"Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose".

صدر من شخص بإرادته المنفردة كما في الوصية والهبة، أو من شخصين كالبيع والإجارة وغيرهم.

وليعتبر العقد صحيحا يشترط أن يصدر التراضي بشأنه من عاقيه وفق إرادة سليمة لا يعيبها عيب ولا يعترئها أي قدح وبرضى تام.

### أولاً: ترجيح بيئة صحة العقد على فساد.

إن الأصل صحة العقد لا فساد، فمما ترجح به بيئة الأصالة على خلافها من جانب العقد بيننا الصحة والفساد، فبيئة الصحة أعمل لأنها الأصل ما لم يغلب الفساد وإلا فتقدم بينته، وقد يقال: أنهما في مثل هذا لما تعارضتا سقطتا وبقي القول لمدعي الصحة<sup>1</sup>.

ويعتبر العقد صحيحا متى كان مستجمعا كافة شروطه وأركانه اللازم توفرها، فالعقد وسيلة تجسد توافق ارادتين لإحداث أثر قانوني، وهو إن لم يعرفه المشرع إلا أنه قام بتحديد أركانه وشروطه، فانعقاد العقد يمر بمجموعة من المفاوضات والاتفاقات التي تمهد لإنشائه لتأتي بعد ذلك مرحلة تكوينه بتوفر أركانه من أهلية وصيغة ومحل. وأما العقد الفاسد فهو خلاف الصحيح أي ما اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه.

والأصل في العقود أنها صحيحة لا تشوبها شائبة إكراه ولا يعترئها أي قدح<sup>2</sup>، ما لم يثبت خلافه وما من شأنه أن يجعل العقد فاسدا.

فمتى اختلف المتعاقدان كأن يقول أحدهما: وقع بيننا عقد صحيح ويقول الآخر: بل فاسد، فالقول قول مدعي صحة العقد دون فساد، وقيل الأصل في

<sup>1</sup> البهجة في شرح التحفة، م س، ج 1 ص 263.

<sup>2</sup> عادل حميدي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية.. م س، 335.

العقود الصّحة بمعنى الظاهر<sup>1</sup>. فقد ذهب الفقهاء إلى أنه "يقوى قول مدعي الصّحة إذا تعارضاً وليس مع أحدهما مرجح"<sup>2</sup>. إذ الأصل في العقود أن القول لمدعي صحتها ما لم يغلب الفساد<sup>3</sup>.

والفاسد لغة: نقيض الصّالح، والمفسدة خلاف المصلحة<sup>4</sup>، كما ويعني الفساد تغيير الشيء من الحال السليمة إلى الحالة الأخرى، بخروجه عن حدّ الاعتدال، فيقال: فسد اللحم واللبن والفاكهة والهواء إذا أنتن واعتراه تغيير أو عفونة حتى أصبح غير صالح. ثم استعمل لغة في جميع الأشياء والأمور الخارجة عن نظام الاستقامة، كالبغي والظلم والفتنة<sup>5</sup>، فيقال: فسدت الأمور: أي تغيّرت واضطربت، ومنه قوله تعالى: "ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ"<sup>6</sup>.

والعقد الفاسد هو ما قارنه عدم الشرط أو وجود مانع<sup>7</sup>، وقال الشربيني هو ما اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه<sup>8</sup>، وقد اعتبر البعض أن العقد الفاسد والباطل سواء<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1991، ج 1 ص 253.

<sup>2</sup> الأشباه و النظائر، مرجع نفسه، ص 255.

<sup>3</sup> المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، م س، ص 155.

<sup>4</sup> لسان العرب، ج 3/335 المصباح المنير، م س، ص 245.

<sup>5</sup> ذ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، الطبعة الثانية 2004، ج 1 ص 729.

<sup>6</sup> سورة الروم الآية 41.

<sup>7</sup> شرح حدود ابن عرفة، م س، ج 2 ص 377.

<sup>8</sup> شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ- 1997 م، ج 2 ص 40.

<sup>9</sup> ذ محمد عيش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر، الطبعة الأولى 1984م، م س، ج 7 ص 330.

ويعتبر المالكيين بأن العقد الفاسد منعقدا إلا أنه غير جائز أو محرما لقولهم: "وَأما إذا لم يتغير المبيع بيعا فاسدا وبقي على حاله، فالانتفاع به حرام والإقدام على بيعه فاسدا لا يجوز، وشراؤها لمن علم بفسادها وعقدتها معصية<sup>1</sup>."

ومن تطبيقات هذه القاعدة مثلا، البيع الذي يعتريه محاباة أو توليج كأن يبيع شخص ما ملكا لو ارث أو لغير وارث صحيحا كان أو مريضا ثم يموت ولا يعثر على الثمن في تركته أو يمر وقت من الزمن الذي يمكن أن ينفق فيه الثمن<sup>2</sup>، فهو هبة مستترة الغرض منه محاباة المشتري. والبيع بأقل من القيمة بكثير قصدا لنفع المشتري، أو الشراء بأكثر قصدا نفع البائع<sup>3</sup>، فعلى مدعي المحاباة أو التوليج إثباته وأما في حال عجزه عن ذلك فإن البيع يعتبر صحيحا، لما جاء في المعيار جوابا على نازلة من أن "الحكم ان البيع نافذ ولا مقال للزوجة ولا لغيرها من أهل الديون ويتبعون بديونهم ذمته - أي البائع- إلا أن يثبت أن البيع كان لمحاباة في بعض الثمن على القيمة وقت البيع حتى يدخل مدخل الهبات، فإن لأهل الديون السابقة فيه مُتَكَلِّمًا لأجل المحاباة، إذا لم يكن له وقت البيع ما تقع فيه المحاباة من المال"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، م س، ج 4 ص 381.

<sup>2</sup> ذ محمد شيلح، مرشد الحيران، م س، ص 192.

<sup>3</sup> ميارة شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، م س، ج 2/ ص 30.

<sup>4</sup> أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى إفريقيا والمغرب في فقه

النوازل، م س، ج 4، ص 269-270.

وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى حيث قرر بأن الأصل في العقود الصحة وعدم إثبات التوليج المدعى به يُبقي العقد بيعا ولا يرفع عنه الوسم المذكور<sup>1</sup>.

فقيام هذه القاعدة ضمن قواعد الترجيح يعتبر ذا أهمية حيث إن اعتبار العقود صحيحة- كيفما كان نوعها- يجعلها منتجة لآثارها، فإذا أبرم مثلا عقد الكراء مستجمعا كافة شروطه فإنه يخول للمكثري إمكانية الانتفاع بالعين المكتراة حسب الغرض المتفق عليه وفي المقابل يسمح للمكثري بالحصول على السومة الكرائية المتفق عليها في الوقت المتفق عليه.

وتعتبر قرينة صحة العقد مفترضة أيضا إلى أن يثبت خلافها بحجة قوية، فيقع عبء إثبات عدم صحة العقد على من يدعيه باعتباره مدع خلاف الأصل الثابت.

### ثانيا: الأصل ترجيح بينة الرضى على الإكراه.

إذا كان الأصل يقتضي ترجيح صحة العقد على فساده فإن ذلك يستتبع قيام العقد بناء على تراض واتفق سليم حيث يشترط أن يصدر عن إرادة متنورة، إذ الأصل في العقود إبرامها بإرادة سليمة طائعة، الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق إذا كان رضا أحد المتعاقدين معيبا بغلط أو تدليس أو منتزع بإكراه، وقد نظم المشرع المغربي عيوب الرضى ورتب عليها جزاء الإبطال من خلال الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود: " يكون قابلا للإبطال الرضى الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس أو المنتزع بإكراه".

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 2567 بتاريخ 20/07/1994، في الملف المدني عدد 987/88، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48، ص 20.

ولا نرى ضرورة للدخول في باقي عيوب الرضى من غلط و تدليس<sup>1</sup> لأن الفقهاء قد حصروا قاعدة الترجيح ببينة الأصالة في ما تعلق برضى المتعاقدين في تقديم الرضى على الإكراه، فمن تطبيقات الترجيح ببينة الأصالة تقديم بينة الطوع على بينة الإكراه، حيث بينة الطوع أعمل وكذا كل ضرر<sup>2</sup>.

فالأصل في العقود أن تحمل على الرضى حتى يثبت وقوع اكراه يعيب إرادة المتعاقدين. وينعقد بما يدل على الرضى كأهم ركن لقيام العقد صحيحا، ويجد هذا الركن مشروعيته في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"<sup>3</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يحل مال امرئ إلا عن طيب".

وقد أشار المشرع من خلال الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود إلى أنه: " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.. " فالرضى تبعا لذلك يعتبر ركن أساسي لقيام العلاقة التعاقدية وتحقيق الغاية التي انصرفت لها إرادة كل واحد من العاقدين وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات ادعائه وأن التصرف الذي أقدم عليه كان خلاف الأصل الثابت يقينا.

<sup>1</sup> الغلط هو: "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، و غير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها" عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، م س، ص 289.

التدليس هو:

- و للمزيد من التفصيل حول حالات الغلط و التدليس و الجزاء المترتب عليهما انظر: كتاب الاستاذ عبد الحق الصافي، القانون المدني الجزء الأول العقد، الكتاب الأول تكوين العقد، الطبعة الأولى 2006، ص 307 - 362.

<sup>2</sup> البهجة في شرح التحفة للتسولي، م س، ج 1 ص 263.

<sup>3</sup> الآية 29 من سورة النساء.

وجعل الفقهاء الطوع من شروط التعاقد بكافة أنواعه، ففي البيع مثلا جعلوا من شروط العاقد - البائع أو المشتري- أن يكون طائعا غير مكره وإلا فلا يلزمه البيع، فقد اعتبروا المكره على البيع غير مكلف به شرعا لعدم وجود الرضا المشترط في البيع<sup>1</sup>، ويعبر الفقهاء على بيع المكره ببيع المضغوط والمجبور وهو حرام ويخير فيه المكره فإن أجازة جاز وإلا بطل<sup>2</sup>.

والمكره لغة: هو الحمل على أمرٍ مكرهه، تقول: أكرهته، أي: حملته على أمر هو له كاره<sup>3</sup>. وعقد المكره باطل، لا أثر له عند فقهاء المالكية لأن المكره مسلوب الرضا، الذي هو ركن من أركان العقد، والمُعبر عنه بالصيغة<sup>4</sup>.

وقد عرفه المشرع المغربي من خلال الفصل 46 من قانون الالتزامات والعقود بأنه: "إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه".

فمتى تعارضت بينة الطوع وبينة الإكراه فإن المرجح هو تقديم قرينة الرضى في العقد على الإكراه ما لم يثبت مدعيه بحجج قاطعة فيهدم قرينة الرضى المفترضة ليصبح بذلك التصرف القانوني موضوع العقد قابلا للإبطال حسب ما نص عليه المشرع في الفصل 39 من ق.ل.ع المشار إليه أعلاه.

فالقول دائما قول مدعي الطوع وعدم الإكراه غير أنه من الفقهاء من أوجب اليمين ففي نوازل العلمي: "...إن القول قول مدعي الطوع مع يمينه، وقيل

<sup>1</sup> الخطاب، مواهب الجليل، م س، ج 5 ص 31.

<sup>2</sup> مواهب الجليل على شرح مختصر خليل، م س، ج 5 ص 35.

<sup>3</sup> لسان العرب، م س، ج 534/15.

<sup>4</sup> مواهب الجليل، م س ج ص 12، ومغني المحتاج، م س، ج 2 ص 3.

لا يمين عليه مع البيئة التي قامت له بالطوع<sup>1</sup> فمنهم من يشترط أداء اليمين مع بيئته بالطوع ومنهم من يرى أن بيئة الطوع كافية لترجيحها على بيئة الإكراه.

ويمكن إثبات الإكراه باعتباره واقعة مادية بجميع وسائل الإثبات من إقرار أو شهادة الشهود أو بالقرائن الدالة على هدم عنصر الرضى، فمدعي الإكراه يدعي ما يخالف الأصل الثابت المتمثل في الأتمية التي من بين ما تقوم عليه من صحة العقل والرشد تقوم على الطوع، وهو ما قال به العمل القضائي حيث جاء في قرار بأنه: "...في المدلول الفقهي و التوثيقي تستلزم أموراً ثلاثة هي، الطوع وصحة العقل والرشد"<sup>2</sup>.

وتبقى لمحكمة الموضوع كامل الصلاحية لتقدير وسائل الإثبات المدلى بها من طرف العاقد الذي يدعي الإكراه، و أما في حال عجزه فإنه تقدم بيئة الصحة على خلافها، ولهذا السبب رفضت محكمة النقض قبول وسيلة للطعن بالنقض من ورثة ادعوا عدم صحة وصية مورثتهم وذلك بتعليل: " أن الموصية أشهدت على نفسها بما أوصت به وهي بأتمها، مما يعني الطوع والرشد وصحة العقل، وهو ما لم يثبت الطاعنون عكسه قضاء"<sup>3</sup>.

فالرضى في العقود ركن أصيل فيها وثابت لا يرفع إلا بثابت مثله، كما قال الونشريسي اليقين لا يزول ولا ينتفي إلا بيقين مثله، فترجح بيئة الرضى أو الطوع في العقود على الإكراه إعمالاً لقاعدة الأصالة على ما يخالفها.

<sup>1</sup> كتاب النوازل، عيسى بن علي الحسين العلمي، م س، ج 2 ص 15.

<sup>2</sup> قرار محكمة استئنافية طنجة عدد 107 بتاريخ 02/04/1987 في الملف عدد 87/69، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 51، ص 67-68.

<sup>3</sup> قرار محكمة النقض عدد 138، بتاريخ 27/01/2000 صادر في الملف المدني عدد 99/2/3/1026، منشور بمجلة رسالة المحاماة، عدد 20، ص 208.

### ثالثا: الأصل ترجيح بيئة الرشد على بيئة السفه.

يعتبر كل شخص كامل الأهلية مادام لم يثبت نقصانها أو فقدانها، وقد نص المشرع المغربي في الفصل 210 من مدونة الأسرة على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته". فالأصل في كل شخص كمال أهليته، وهو أهل للإلزام والالتزام كما جاء بالفقرة الثانية من الفصل 3 من قانون الالتزامات والعقود، وإذا كان المبدأ هو أهلية كل شخص للتعاقد ما لم يثبت خلافه وأن العاقد غير ملزم بإعلان نقص أهليته<sup>1</sup> فإن عبء إثبات نقص أو انعدام الأهلية يقع على من يدعيه.

وتتأثر أهلية الشخص بمجموعة من العوارض من سفه أو جنون<sup>2</sup> أو عته، ويعد السفه العارض الأكثر طرحا في النزاعات العقارية والتي يرتبط موضوعها ارتباطا وثيقا بالأموال، فالسفيه يعتبر شخصا تام العقل غير مجنون ولا معتوه<sup>3</sup> لكن يتصرف في ماله تصرفا غير رزين ولا يعود عليه بأي

<sup>1</sup> ذ عبد الحق الصافي، القانون المدني المصدر الإرادي للالتزامات، الطبعة الأولى 2006، ج 1 ص 144.

<sup>2</sup> الجنون: كما هو متعارف عليه كل نمط تفكير و كل سلوك يتعارض مع أنماط التفكير أو السلوك السائد في مجتمع معين، و في زمان ومكان معين، فهو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته. و قد اعتبره المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 217 من مدونة الأسرة عديم أهلية الأداء، ويقصد بالجنون ذلك المرض الذي يصيب العقل ويترتب عليه فقدانه واختلال توازنه وبالتالي يعدم التمييز، وفقدان العقل يكون إما بصفة كلية متى كان جنونه يستغرق جميع أوقاته وهو المسمى بالجنون "المطبق" ويكون في هذه الحالة عديم الأهلية مطلقا وتصرفاته باطلة. وإما بصفة منقطعة يعود إليه عقله بين الفترة و الأخرى و يؤوب إلى رشده، و يكون في هذه الحالة عديم الأهلية في حالة إطباق جنونه عليه و تعود إليه أهليته في حالة وعيه، فتصح وقتئذ تصرفاته و تكون نافذة (المادة 217 م أ). و يفقد المجنون أهليته و يأخذ حكم الصغير غير المميز، فتكون تصرفاته كلها، أيا كان نوعها، باطلة بطلانا مطلقا ولا تنتج أي أثر (المادة 224 م أ).

<sup>3</sup> المعتوه : عرفه المشرع حسب المادة 216 من مدونة الأسرة المغربية: " هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته". و تخضع تصرفات المعتوه للأحكام المطبقة

نفع، طبقا لما قال به المشرع المغربي في المادة 215 من مدونة الأسرة أن: "المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا بشكل يضر به أو بأسرته".

وقد عرفه الفقهاء<sup>1</sup> بأن: "السفه خفة العقل"، فجعلوا التصرف وما يقوم به السفه عموما غير نافذ كما في حال المكره لقول الحطاب، إن المكره على البيع غير مكلف وكذلك السفه<sup>2</sup>، وقال لا ينعقد بيع غير المميز<sup>3</sup>.

فالسفه يعتبر سببا للتحجير على السفه ومنعه من التصرف في ماله، وجعل شخص آخر مقدم عليه لتولي ادارة أمواله والحفاظ عليها من إسراره وتبذيره، ويجد هذا المنع مشروع عيته في قوله تعالى: " فإذا كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل"<sup>4</sup> وقوله أيضا: "و لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيما"<sup>5</sup>.

==على تصرفات ناقص الأهلية، و تحجر عليه المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالته بذلك بناء على طلب من المعني بالأمر أو من النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا، أو ممن له مصلحة في ذلك (المادة 221 م أ)، ويرفع عنه الحجر بحكم ابتداء من تاريخ زوال السبب بناء على طلب المحجور عليه المعتوه و ذلك متى أنس من نفسه انتهاء سبب الحجر (المادة 220 من م أ)، و تعتمد المحكمة في إقرار الحجر أو رفعه على الخبرة الطبية و كافة وسائل الإثبات الشرعية (المادة 222 م أ)، إلى جانب إشهار هذا الحكم حتى يعلم الغير به و ليكون على بينة من الوضعية القانونية للمعني بالأمر عند إرادة التعاقد معه، هذا و أن وسائل الإشهار قد أسندها المشرع إلى سلطة المحكمة التي عليها أن تحددها حسب أهمية كل قضية، حيث يمكن الاكتفاء بتعليق الحكم في لوحة المحكمة المتعلقة بإشهار مختلف الإعلانات الصادرة عن المحاكم - و إن كانت في الواقع يصعب الاطلاع لكثرة الاوراق المعلقة فيها و عدم تنظيمها- كما و يمكن أن ينشر في الجرائد الوطنية و غير ذلك من وسائل الإشهار(المادة 223 من م أ).

<sup>1</sup> البهجة في شرح التحفة، للتسولي، م س، ج 2 ص 547.

<sup>2</sup> الحطاب، مواهب الجليل، م س، ج 5 ص 31.

<sup>3</sup> مواهب الجليل، نفسه، م س، ص 27.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية: 281.

<sup>5</sup> سورة النساء الآية: 5.

فالإنسان السفه ليس كذلك بطبيعته بل الأصل رشده وكمال تمييزه إلى أن يثبت خلافه ممن يدعيه بحكم قضائي بناء على طلب من يعنيه الأمر (قد يكون الاب أو الأم أو الزوج.. أو وكيل جلالة الملك) وذلك بشهادة عدلية أو لفيفية، فالفقهاء يشترطون بأن يكون عدد شهود الترشيده والتسفيه كبيراً يزيد عن عدلين من العدول المنتصبين للشهادة، لقول ميارة الفاسي: "الذي جرى به العمل عند الموتين الإكثار من الشهود في الشهادة بالتسفيه أو الترشيده وأنه لا يكفي في ذلك بالعدلين"<sup>1</sup>.

ويثبت السفه بحكم من وقت ثبوت حالته حسب ما نصت عليه المادة 220 من مدونة الأسرة، وذلك بموجب خبرة طبية وسائر وسائل الإثبات الشرعية التي تراها المحكمة مناسبة طبقاً للمادتين 222 و 223 من مدونة الأسرة.

فمتى ادعى شخص تملكه لعقار أو حق عيني واقع عليه من شخص راشد كامل الأهلية في حين ادعى آخر ممن له مصلحة أن ذاك الأخير وقت إجراء التقويت كان سفيهاً لا يميز ما يقوم به من تصرفات أضرت بمصالحه المالية، فإن الأصل يقتضي ترجيح بينة مدعي صحة التصرف ورشد المتعاقد معه لأنها أوجبّت صحة العقد، ولأن الأصل والظاهر في كل شخص هو الرشد لا السفه ما لم يثبت بحكم قاطع، حيث أن اليقين كما سبق لا يرتفع إلا بيقين.

وهو ما جاء به الفقهاء في نوازلهم، ففي سؤال للفقيه القاضي محمد بن الحسن المجاصي، حول نازلة تصرف يتيم بالغ مهمل ثبت فيه السفه وتصرف

<sup>1</sup> ميارة الفاسي، م س، 209.

بعد بلوغه بالبيع والابتياح، فأجاب: العبرة بحسن التصرف"<sup>1</sup>، حيث رجحوا صحة التصرف ورشده على السفه المدعى به.

غير أن البعض الآخر يرجحون في حال التعارض بين بيئة السفه والرشد بيئة السفه، كما جاء في قول الدر النثير بعد فتوى الغبريني بتقديم بيئة السفه بقوله: " فإن أتى الوصي بشاهدي عدل بأن اليتيم بحال سفه، كانت شهادتهما أمضى من الذين شهدوا بالترشيد، وكانت شهادتهما مدفعا في شهادة الذين شهدوا بالترشيد. وقد قصدوا في ذلك عموم مسائل الحجر، وأما الفقيه التسولي فقد قال بتقديم بيئة السفه على الرشد بالنسبة لإطلاقه من الحجر وأما بالنسبة للبيع ونحوه من المعاملات فنُقدّم بيئة الترشيد على السفه لأنها اوجبت صحة العقد<sup>2</sup>.

وهذا ما كرسه العمل القضائي أيضا بحيث جاء في إحدى حيثيات قرار محكمة النقض: " لكن حيث من جهة فإن المحكمة مصدره القرار المنتقد لما ثبت لديها بمقتضى الوثائق المشار إليها أعلاه، أن حالة المطلوبة الصحية والعقلية سليمة وإدارتها لأموالها رزينة، وأنها ليست سفهية، وأن الملف لا يتوفر على ما يفيد سببا من أسباب التحجير المنصوص عليها شرعا، تكون قد رفضت ما أثير في الوسيلة من تبذير المطلوبة لأموالها ومن سفهها والتي هي غير ملزمة بتقديم بيانات الطالبين حول إدارتها لتلك الأموال، وبالتالي فإنه ليس بالقرار المنتقد أي تحريف لوقائع النازلة والذي جاء معللا تعليلا كافيا"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نوازل العلمي، م س، ج 3 ص 52.

<sup>2</sup> أبي عيسى المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة المعيار الجديد والجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، طبعة 1998، ج 8 ص 604.

<sup>3</sup> قرار محكمة النقض عدد 884، بتاريخ 27 شتنبر 2000، صادر في الملف العقاري عدد 94/2/2/5708، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 59-60 سنة 2002، ص 106 و ما يليها.

## الفرع الثاني: الترجيح بالنقل والتفصيل.

قد يكتنف الدعوى نوعان من الشهادة واحدة تشهد بالأصل وواحدة تشهد بالنقل عن هذا الأصل، فمتى تعارضت البيئتان حول بقاء الأصل أو انتقاله فإنه يرجح النقل على الاستصحاب.

وقد تكون هذه الشهادة واضحة لا غموض فيها حيث تبين بألفاظ دقيقة موضوع الشهادة بتفصيل لا إجمال فيه، غير أنه متى جاءت البيئة الشاهدة في الدعوى مجملة غير مفصلة فقد دأب الفقه والعمل القضائي على ترجيح الأولى على الثانية، وهي القاعدة التي تبناها المشرع في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية مسائرا في ذلك ما جاء به الفقهاء في مجال الترجيح بين البيئات، فقاعدة ترجيح بيئة التفصيل على بيئة الإجمال هي قاعدة يساهم في تكوين عناصرها التطبيقية كلا من الشهود والموثقون، حيث يتعين على هؤلاء أن تأتي شهادتهم ومحرراتهم بالنسبة للموثقين واضحة خالية من أي لبس أو غموض يكتنفها.

وتعتبر قاعدتي ترجيح بيئة النقل على بيئة الاستصحاب، وترجيح بيئة التفصيل على بيئة الإجمال، من المرجحات والضوابط التي تمكن المحكمة من تحديد البيئة الواجب اعتمادها لإثبات الحق في العقار المتنازع بشأنه أو الحق العيني الواقع عليه، فهي قواعد تركز على ما قال به الشهود وما تضمنته الوثائق والرسوم المدلى بها لإثبات نقل الملك صراحة أو التفصيل فيما يتعلق به.

وسوف نحاول معالجة هذه القاعدتين بالدرس والتحليل من خلال الوقوف على قاعدة ترجيح بين النقل على بيئة الاستصحاب (المبحث الأول)، ثم قاعدة ترجيح بيئة التفصيل على بيئة الإجمال (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: قاعدة ترجيح بيئة النقل على بيئة الاستصحاب.

لقد تطرق الفقهاء المتقدمون إلى الترجيح بين بيئة الأصل التي تشهد بالأصل وبيئة النقل التي تشهد بالتحول عن هذا الأصل، فهي تقوم على أن العقار كان في ملكية من دلت عليه البيئة المستصحة إلا أنه انتقل منه بموجب شرعي إلى شخص آخر صاحب البيئة الناقلة، وكلما تعارضت بيئتان تشهد إحداها بالأصل والأخرى بالنقل عن هذا الأصل وأثبتته بسند قوي رجح جانب البيئة الناقلة، وسنعمل على الوقوف على ماهيتها (المطلب الأول) قبل الانتقال إلى الإشكالات التي يطرحها تعارض البيئتين وتطبيقاتها القضائية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: ماهية بيئة النقل على الاستصحاب.

للقوف على ماهية قاعدة البيئة الناقلة المقدمة على المستصحة، سنقف عند مفهومها حسب ما جرى به العمل في نوازل الفقهاء المالكيين (الفقرة الأولى)، قبل الانتقال إلى مفهومها القانوني (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: المفهوم الفقهي لبيئة النقل على الاستصحاب.

الاستصحاب لغة قيل فيه: " استصحت الحال " إذا تمسكت بما كان ثابتاً، كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة<sup>1</sup>، واستصحب الرجل: دعاه إلى الصحبة، و كل ما لازم شيئاً فقد استصعبه<sup>2</sup> فالاستصحاب لغة: طلب الصحبة، وهو الملازمة وعدم المفارقة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المصباح المنير، م س، ص 127.

<sup>2</sup> المعجم الصافي في اللغة العربية، ص 327 / و تاج العروس من جواهر القاموس، طبعة 1965، ج3 ص 186.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، م س، ص 75.

**واصطلاحاً:** الاستصحاب هو جعل الحكم الثابت في الزمان الماضي مستمراً إلى الزمان الحاضر، حتى يقوم الدليل على التغيير فالاستصحاب ينبنى على "استدامة إثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفيًا" أو هو الحكم بثبوت وبقاء أمر في الزمن الحاضر بناء على ثبوته في الزمن الماضي ما دام لم يرق دليل على تغييره، أو استمرار نفي ما كان منفيًا ما دام لم يطرأ دليل على رفع ذلك النفي، وهو بإيجاز "إبقاء ما كان على ما كان عليه"<sup>1</sup>.

وعبر الفقهاء المالكيين على هذه القاعدة بقولهم: "وبنقل على مستصحة"<sup>2</sup>. وفي الزقاقية قوله: "...وبالنقل"<sup>3</sup>.

فالبينة الناقلة تقدم على المستصحة، كأن تشهد بينة أن هذه الدار لزيد بناها منذ مدة، ولا يعلمونها خرجت عن ملكه إلى الآن وتشهد البينة الأخرى أن هذا اشتراها منه بعد ذلك، فالبينة الناقلة علمت والمستصحة لم تعلم، فلا تعارض بين الشهادتين<sup>4</sup>.

ومعنى قولهم، "فلا تعارض بين الشهادتين" هو ما حققه الزرقاني عندما قال بأن "الظاهر عدم التعارض بين هاتين البيئتين، فليس هذا من باب الترجيح... لأن قول إحداهما لا يعلمونها خرجت عن ملكه، لا يقتضي عدم الخروج، لأنه يفيد نفي العلم بالخروج، لا نفي الخروج"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد رياض، المدخل لدراسة الشريعة، طبعة 1997، ص 212. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، الطبعة الثانية 2001، ص 18.

<sup>2</sup> خليل بن اسحاق، م.س، ص 270.

<sup>3</sup> العلامة أحمد بن علي بن قاسم الزقاق التجيبي الفاسي، الزقاقية (مخطوط)، م س، نظمة رقم 19 من ص 4.

<sup>4</sup> تبصرة الحكام لابن فرحون، م س، ج 1 ص 265.

<sup>5</sup> ذ محمد القدوري، موسوعة قواعد الفقه والتوثيق، مستخرجة من حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، طبعة 2004، ص 261.

فإذا شهدت الأخرى بأنها خرجت عن ملكه بناقل شرعي، لم تكن الأولى مكذبة لها حتى يلزم التعارض، لأنه لا يلزم من عدم العلم عدم الخروج، ففي الخروج أعم، والأعم لا إشعار له بأخص معين<sup>1</sup>. فإذا قالت بيينة وقع النقل بالبيع في تاريخ كذا، وقالت الأخرى لم يقع بينهما بيع في ذلك أصلاً، فإن البيئتين يتعارضان حينئذ وتقدم بيينة النقل<sup>2</sup>.

وهو ما أكده التسولي بقوله: "بيئتا الملك والحوز والنقل والاستصحاب ليستا من التعارض في شيء، لأن المستصحابه شهدت بنفي العلم بالخروج عن ملكه، وذلك لا يقتضي عدم الخروج فلم يحصل تعارض في المسألتين حتى يصار للترجيح فيعمل بيينة الملك والنقل لعدم معارضة الأخرى لها<sup>3</sup>.

فإن مات شخص وأدلى أحد الورثة بيينة تشهد له بأنه قد اشترى منه في حياته عقارا وأدلى بقية الورثة بيينة على أن ذلك العقار لم يخرج عن ملكه، قدمت البيينة التي تفيد خروجه من يده على المقابلة، فالشهادة الأولى علمت ما لم تعلمه البيينة المستصحابه للأصل<sup>4</sup>.

فيرجح بالناقلة على المستصحابه كأن تشهد بيينة أن هذه الدار أنشأها ولا يعلمون خروجها عن ملكه إلى الآن، وتشهد أخرى أن زيदा اشتراها منه بعد ذلك، فتقدم الناقلة لأنها علمت ما لم تعلمه الأخرى<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> موسوعة قواعد الفقه والتوثيق، المرجع نفسه، ص 262.

<sup>2</sup> ذ عبد السلام العسري، شهادة الشهود، م س، ج 2 ص 511 (بتصرف).

<sup>3</sup> البهجة في شرح التحفة، م س، ج 1 ص 261.

<sup>4</sup> أبو الشتاء الغازي الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، م س، ج 1 ص

350.

<sup>5</sup> العلامة علي بن احمد العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني على مذهب الامام مالك، دار الكتب العلمية 2012، ج 2 ص 458.

فقاعدة ترجيح البيئة الناقلة على المستصحة أجمع عليها وقال بها غير قليل من فقهاءنا في نوازلهم ونظمهم، وفي هذا الصدد جاء في نوازل المهدي الوزاني: "...وسئلت عن رسم بملكية دار لعبد الملك بن القائد عبد الله، وكانت لأبيه القائد المذكور مدة حياته وأسكن فيها أخته، واستمر ملكه عليها إلى أن توفي وتركها لولده عبد الملك المذكور، ثم إن أخته المذكورة ماتت فاستظهر أولادها برسم من أخيها القائد المذكور أنه كان قيد حياته صير لها الدار المذكورة في ارثها من أبيها معه وحوزها لها.

فأجاب: بيئة التصيير مقدمة على بيئة الملك لأنها ناقلة، وبيئة الملك مستصحة، ومن المعلوم المقرر في دواوين الفقه أن الناقلة أولى من المستصحة، لأن التي شهدت باستمرار ملك القائد للدار إلى أن مات لم تطلع على التصيير فكانت كالعدم، وقال الشيخ التاودي في شرحها نقلا عن التوضيح، كمن له دار مات عنها وادعى ولده أنها لم تخرج عن ملك أبيه، وأقام بيئة على ذلك وأقامت الزوجة بيئة أنه اعطاها لها في صداقها، فتقدم بيئتها لأنها ناقلة.

ومثله في بيئة شهدت أن رجلا كان يغتل جميع أملاكه إلى أن مات وشهدت الأخرى بأنه كان صيرها لزوجته فيما ترتب لها قبله، و أنها حازتها عنه فإن التصيير صحيح ولا يقع في ذلك تعارض.<sup>1</sup>

وقال الزرقاني في مختصره، "ويرجح بنقل على مستصحة ولو شهدت بالملك سببه كأن تشهد انه أنشأها ولا يعلمونها أنها خرجت عن ملكه إلى الآن وتشهد الناقلة لآخر أنه اشتراها منه فتقدم لأنها علمت ما لم تعلمه المستصحة.

<sup>1</sup> ابو عبد الله محمد المهدي، النوازل الصغرى المنح السامية في النوازل الفقهية، م س، ج 4 ص

والظاهر عدم التعارض بين هاتين البيئتين، فليس هذا من باب الترجيح، لأن قول إحداهما لا يعلمونها خرجت عن ملكه لا يقتضي عدم الخروج لأنه يفيد نفي العلم بالخروج ولا نفي الخروج، فلو شهدت المستصحبة بأنها باقية في ملكه إلى الآن أو أنها لم تنتقل عن ملكه إلى الآن، فالمعارضة بينها وبين الناقلة ظاهرة. واعلم أن الناقلة في الصورة الأولى تقدم ولو كانت رجلا وامرأتين أو رجل ويمينا. وأما الصورة الثانية فإنما تقدم حيث كانت رجلين فإن كانت رجل وامرأتين قدم عليها الرجلان الشاهدان بالاستصحاب، إلا لمرجح آخر كمزيد عدالة"<sup>1</sup>.

ويستفاد من ذلك أنه لو شهدت بيئة مستصحبة أن الملك في ملك عمر مثلا وأنه لم يخرج من ملكيته إلى الآن، فالمستصحبة ظاهرة ولا تقدم البيئة الناقلة في هذه الحالة ما لم يوجد مرجح آخر كتقديم زيادة العدالة، أو العدلين على رجل وامرأتين، أو قدم تاريخ البيئة (كما سبق بيانه) فآنذاك تقدم البيئة الناقلة على الاستصحاب.

ومن صورها يضيف أنه: "تقدم الناقلة على المستصحبة ولو كانت الناقلة سماعا، كما في قوله... إلا بسماع أنه اشتراها من فلان"<sup>2</sup>. وهذا معناه أن الناقلة تقدم على البيئة المستصحبة ولو كانت سماعا بمعنى أن يشهد الشهود بأنهم سمعوا أن شخصا قد اشترى عقارا من شخص آخر باعه له منذ زمن معين.

<sup>1</sup> شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، م س، ج7، ص386.

<sup>2</sup> شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل، نفسه، ص386.

وجاء أيضا في النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل  
الفقهية سؤال المحقق الزرهوني قال: " رجل بيده بيعة شاهدة له بهبة امرأة  
حظا في دار لها ورثته من أبيها شاهدة بمعينة الحوز كما يجب، وبعد موت  
الواهبة أقام العاص بيعة بمزكيين بأنهما عاينا الواهبة تتصرف قيد حياتها في  
واجبها المذكور بكرائه وقبض مستفاده من وفاة والدها إلى أن توفيت، ولا  
يعلمان أن أحدا استفاد كرائه سواها في المدة السالفة حتى الآن، فهل تقدم بيعة  
الحيازة التي هي ناقلة على شهادة المزكيين؟

فأجاب، لا يكفي من المتلقى منهما أعلاه بمطلق الأداء في أعمال شهادتهما  
والقضاء بها، ولا بد من استفسارهما بما يزيل الشك والاحتمال عن شهادتهما،  
ككل شاهد لم يكتب شهادته بيده لاحتمال أن يكون الكاتب كتب ما لم يشهد به  
الشاهد من الفصول كلها أو بعضها، فلا يعلم ما شهد به الشاهد مما لم يشهد به  
إلا بذلك، وقبله تكون الشهادة مشكوكا فيها فلا تتم حتى ينصها نصا لا احتمال  
فيه... لو قدرنا أنهما بينا شهادتهما كما يجب، ووقفا بعد استفسارهما لم تنهض  
بشهادتهما حجة للمتمسك، ولو أنهما اعدل زمانهما... وأيضا بيعة الحوز التي  
بيده ناقلة وشهادتهما مستصحبة، والناقلة مقدمة على المستصحبة<sup>1</sup>.

فالمقصود بهذه القاعدة رجحان الأصل ببقاء الملك بيد صاحبه إلى أن  
تقوم حجة ناقلة تخرج الاستصحاب عن أصله فتصبح مقدمة لأنها تشهد بتغيير  
الوصف من حال إلى حال آخر أي من بقاء الملك على أصله إلى انتقاله  
للمشتري أو للموهوب له أو الوارث.. تبعا لنوع التصرف، فهي تقوم على  
استصحاب الأصل ببقاء ما كان على ما كان إلى أن يثبت ببينة ثابتة خلافه  
فينقل و يخرج الاستصحاب عن أصله.

<sup>1</sup> ابو عبد الله محمد المهدي، النوازل الصغرى المنح السامية في النوازل الفقهية، م س، ج 4 ص 321.

فللترجيح بالبيئة الناقلة على المستصحية يشترط الفقهاء أن تكون صحيحة حيث لا يمكن دحض حجة إلا بحجة قوية، فإن ادعى شخص انتقال الملك له فيجب أن يثبته بسبب شرعي كادعاء التملك بسبب الشراء أو التبرع أو الموت مثلاً.

### الفقرة الثانية: المفهوم القانوني لترجيح بيئة النقل على الاستصحاب.

لقد أورد المشرع المغربي هذه القاعدة ضمن المرجحات المعتمدة في حال تعارض البيئات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، من خلال المادة الثالثة من م.ح.ع حيث أقرت: "...تقديم بيئة النقل على بيئة الاستصحاب".

وذلك سواء في العقار أو الحقوق العينية الواقعة عليه كلما تعارضت البيئات المدلى بها لإثبات الملكية، آخذاً بذلك بقول الفقهاء بترجيح البيئة الناقلة على المستصحية.

فقد عمل على تقييد انتقال الملكية العقارية أو الحق العيني العقاري من خلال مجموعة من الفصول القانونية بشروط وذلك من خلال قانون الالتزامات والعقود المغربي، لتليه قوانين خاصة من قبيل القانون 03-16 المنظم لخطة العدالة، والقانون رقم 07-14 المتعلق بالتحفيظ العقاري، والقانون 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والقانون 09-32 المنظم لمهنة التوثيق.

فإذا كان كل سبب ينقل الملك من شخص لآخر يُغيره عن أصله ويخرجه من قاعدة بقاء ما كان على ما كان، فإن ذلك رهين بتوفر شروط، و على سبيل المثال نص المشرع من خلال المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية على أنه: "

يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو انشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها... وكذا الحوالات الخاصة بها<sup>1</sup> بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك".

فالمشرع أوجب ضرورة توثيق التصرفات العقارية في محرر رسمي والذي يتم تحريره من طرف موثق عصري في إطار القانون 09-32 المنظم لمهنة التوثيق أو من طرف العدول في إطار القانون رقم 03-16 المنظم لخطة العدالة، أو في محرر ثابت التاريخ من طرف محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض في إطار القانون 08-28 المنظم لمهنة المحاماة، فخصوصية توثيق التصرفات العقارية تفرض الكثير من الدقة والحذر لأنها تعمل على حماية الملكية العقارية للأفراد وضمان استقرار المعاملات.

### أولاً: شروط المحرر الرسمي.

يجب أن تحرر الورقة المتضمنة للتصرف الناقل لملكية العقار أو الحق العيني الواقع عليه من طرف موظف مختص في تحرير العقود وألا يوجد مانع قانوني يحول دون مباشرته لعمله، وأن يكون مختصاً من حيث مكان تحرير الورقة وذلك مرتبطاً بالجهة التي يعمل فيها على اعتبار أن قانون الوظيفة العمومية أو القوانين الخاصة تحدد لكل موظف حدود اختصاصه وسلطته<sup>2</sup>.

فقد أوجب المشرع المغربي من خلال المادة 36 من ق 09-32 بأن يراعى في العقود التي يتلقاها الموثقون والتي تتضمن نوع التصرف العقاري مجموعة

<sup>1</sup> أضيفت هذه العبارة بمقتضى قانون 16/69، و الذي يقضي بتتيمم المادة 4 من القانون رقم 39/08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

<sup>2</sup> ذ المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات، مكتبة الرشاد 2002، ص 57.

من البيانات أثناء تحريرها، من حيث بيان المحل المتصرف فيه ونوعه - أي ما إذا كان عقارا محفظ، في طور التحفيظ أو غير محفظ - وكل مواصفاته التي يعرف بها، والأسماء الكاملة للأطراف ولكل الموقعين على العقد، ولا يسمح باختصارها إلا إذا سبق في العقد ما يوضحها مرة واحدة على الأقل، وبيان موطنهم وكل ما يتعلق بهويتهم وجنسياتهم، وكذلك نوع الوثيقة الرسمية التي تثبت هويتهم ومراجعتها، إلى جانب بيان أركان وشروط العقد مع تعيين محله تعيينا كاملا. وبيان المراجع الكاملة للوثائق المستند عليها لإبرام العقد وأيضا كتابة المبالغ المالية بالأرقام والحروف.

كما ويشترط أن يحرر دون انقطاع وبخط واضح دون إضافة أو بشر أو إقحام أو ما شابه، حسب ما جاء في المادة 41 من نفس القانون، وكل ذلك تحت مسؤولية الموثق.

كما ونص المشرع من خلال المادة 19 من القانون المنظم لخطة العدالة بأنه متى تعلقت الشهادة بعقار وجب تعيينه بذكر اسمه ورقم الصك العقاري إن كان، ورقم مطلب التحفيظ إن كان في طور التحفيظ، وصفاته ومساحته وقيمته وموقعه وحدوده مع توضيحها بما يميزها من الأشياء الطبيعية أو بكل وسيلة أخرى، وأنه يتعين إذا كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ بأن تكون المعلومات المذكورة في الشهادة مطابقة لما يتضمنه الصك العقاري أو المطلب مع بيان جميع التحملات المذكورة فيهما.

فالعقود لا تعتبر رسمية إلا إذا استجمعت الشروط المذكورة والتي تعتبر بيانات جوهرية في تحريرها، وتخلف أي منها يؤدي إلى بطلانها وفقدانها حجيتها الرسمية في الإثبات، ولا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية<sup>1</sup>.

وتبقى لها حجة قوية في الإثبات أكدها المشرع في الفصل 419 من قانون الالتزامات والعقود حيث نص على أن: "الورقة الرسمية حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي التي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور، إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي، فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور".

كما أن مقتضيات الفصل 420 من نفس القانون كانت واضحة من حيث اعتبار الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضا حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفةها. وما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر.

وتجدر الإشارة أن حجية العقود الرسمية تثبت لنسختها المسلمة للأطراف المتعاقدة، ذلك أن قواعد التوثيق تقضي بحفظ أصول المحررات الموثقة ويُسلم للأطراف نسخا ونظائر منها، وتعتبر صورا رسمية حيث يشهد الموثق بمطابقتها للأصل، حسب ما جاء في المادة 55 من قانون مهنة التوثيق.

<sup>1</sup> ذ ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة المحمدية 1997، ص 70. (بتصرف)

ونص الفصل 440 من ق.ل.ع على أن: "النسخ المأخوذة من أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النسخ.."

### ثانياً: شروط المحرر ثابت التاريخ.

لقد نظم المشرع تحرير العقود العقارية تنظيماً محكماً ينتقي معه كل غموض، وسوف نعتمد على عقد البيع كنموذج، حيث نص الفصل 489 من ق.ل.ع على أنه: "إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهناً رسمياً وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

ولا يشترط في صحة الورقة العرفية المعدة للإثبات إلا توقيع من تعتبر حجة عليه، ومن المحامي الذي قم بتحريره، ويكون التوقيع عادة بالإمضاء كما يجوز أن يكون بالختم أو ببصمة الأصبع لمن لا يعرف القراءة والكتابة، فالتوقيع هو دلالة خطية وتعبير صريح عن الإرادة بالتراضي على مضمون العقد، لذلك فهو يوضع عادة في آخر الورقة حتى يكون منسحباً على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها<sup>1</sup>. وأما إذا كان العقد مذيلاً بالبصمة فإنها لا تشكل إمضاء يُلزم صاحبه ولا تكتسب قوة إثباتية<sup>2</sup> وإنما يصح اعتمادها كبداية حجة يتعين تفويتها بالشهادة أو القرائن القوية لتكتسب قوتها الثبوتية.

فللورقة العرفية حجية نص عليها المشرع من خلال الفصل 424 من ق.ل.ع بقوله: "الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو

<sup>1</sup> ذ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 2، الإثبات، ص 114.

<sup>2</sup> ذ المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات ص 61.

المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 و 420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد."

وقد ذهب في نفس السياق محكمة النقض إلى أن: "الثابت بمقتضى الفصل 424 من قانون الالتزامات والعقود أن الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده او المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها يكون لها نفس قوة دليل الورقة الرسمية في مواجهة كافة الاشخاص على التعهدات التي تتضمنها وذلك ما لم يطعن فيها بسبب الاكراه أو الاحتيال أو التدليس أو الصورية أو الخطأ المادي.<sup>1</sup>

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل أضاف المشرع فقرتين لمضمون الفصل 618 من ق.ل.ع، حيث نصت الفقرة الثالثة منه على أنه يجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي الى مهنة منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان.

كما وخول بمقتضاهما أيضا لوزير العدل صلاحية تحديد لائحة سنوية بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود مع إمكانية إدراج أسماء المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض ضمن هذه اللائحة، وذلك طبقا للمادة 24 من القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة.

<sup>1</sup> قرار عدد 345 صادر بتاريخ 2013/07/02، منشور بمجلة القضاء والقانون، لسنة 2014.

وقد نصت الفقرة 6 من المادة 30 من القانون رقم 08-28 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 101/08/1 بتاريخ 20 أكتوبر 2008، على أنه يمنع على المحامي الذي حرر العقد، أن يمثل أحد طرفيه في حالة حدوث نزاع بينهما بسبب هذا العقد.

وعليه فإنه متى كان الدليل الكتابي صحيحاً قائماً بشروطه المذكورة فإنه يصح أن يقدم على ما دونه من الحجج، وأما لو كان ناقصاً لا يصلح دليلاً يعتد به في الإثبات، فإنه لا تقديم له على غيره من الحجج، لأن من شروط أدلة الإثبات أن تكون مقبولة صالحة للاحتجاج بها لأنها الأساس الذي يُبنى عليه الحكم ولا يصح أن يكون الحكم مبنياً إلا على أساس سليم ومتمين<sup>1</sup>.

### ثالثاً: شروط الحيّزة كسبب لانتقال الملك.

إذا كان كل من المحرر الرسمي والثابت التاريخ يعتبران ركنين جوهريين لثبوت انتقال الحقوق العقارية، حيث اعتمدنا عقد البيع كمثال لعقد المعاوضة باعتباره يتصدر قائمة العقود المسماة.

فإن الحوز في المقابل من ذلك يعتبر أيضاً سبباً مشروعاً للقول بترجيح بينة النقل على الاستصحاب في التبرعات وفي العقار غير المحفظ الذي تكتسب ملكيته بالحيّزة متى كانت مستوفية لشروطها المنصوص عليها في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية: "يشترط لصحة حيّزة الحائز:

1- أن يكون واضعاً يده على الملك.

2- أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه.

<sup>1</sup> ذ محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م س، ص 6.

3- أن ينسب الملك لنفسه، و الناس ينسبونه إليه كذلك.

4- ألا ينازعه في ذلك منازع.

5- أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون.

6- و في حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

فيعتبر استمرار حيازة العقار للأجل المقرر، سببا للاستصحاب ودوام ثبات ملكية الحائز ما لم يظهر ما يُنقلها عن هذا الأصل لما قال به المشرع في المادة 263 من م.ج.ع: " من أثبت أنه يحوز ملكا حيازة مستوفية لشروطها وأدرج مطلبا لتحفيظه يعتبر حائزا حيازة قانونية إلى أن يثبت العكس".

وهكذا فإن حائز العقار غير المحفظ حيازة مستوفية لشروطها متى تصرف فيه بالنقل للغير فإن المحرر المثبت لهذا النقل، حسب ما ورد في المادة الرابعة من م.ج.ع المذكورة يقدم على الحيازة بالاستصحاب.

ويستفاد من ذلك أنه ترجح الشهادة بالنقل عن الأصل على الشهادة المستصحة لذلك الأصل، ومبنى ذلك هو بقاء الملكية أو الحق العيني لصاحبها حتى يثبت نقلها بدليل مؤسس يقضي بخروجها من ملك صاحبها الأصلي وانتقالها إلى شخص آخر.

فهي في الفقه تعتبر دليلا ظنيا على الملك وليست سببا للملك، ماعدا مذهب الإباضية الذي يعتبرها سببا للملك، كما وأنها تقطع حجة الحائز

السابق وليست نقلا عنه، لذلك فمسألة ان الحيازة من باب النقل على الاستصحاب تبقى محل نظر<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة أن تملك العقارات بالحيازة ليست على إطلاقها حيث أن هناك عقارات قابلة للتصرف فيها بما ينقل ملكيتها للغير، لكنها تستبعد من نطاق سريان الحيازة عليها، وهي المنصوص عليها من خلال المادة 261 من مدونة الحقوق العينية:" لا تكتسب بالحيازة: أملاك الدولة العامة والخاصة، والمحبسة والجماعات السلالية والمحلية والعقارات المحفظة والأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون"، فهذه العقارات لا يسري عليها هذا الحكم.

فالعقارات العامة هي العقارات التي تملكها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وهي مخصصة للمنفعة العامة أو الاستعمال العمومي كالشوارع والطرق والميادين العامة والحدائق والمنتزهات ومباني الوزارات والمصالح الحكومية والشواطئ أيضا...<sup>2</sup> وذلك لأن هذه العقارات يقع استغلالها من طرف الإدارة أو السلطة التنفيذية في الدولة، أو من طرف الأشخاص العاديين المرخص لهم بذلك وفقا للقانون، ويقتصر ترخيصهم لاستغلال هذه العقارات على مدة محدودة وبشروط معينة، ولا يجوز لهم التمسك بحيازتهم كدليل على اكتساب ملكية العقار، ولا تفويته بأي نوع من أنواع التفويت الناقلة للملك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الأستاذ محمد بن يعيش، خلال ندوة علمية حول موضوع "المنازعات في الملكية العقارية"، نظمها مختبر البحث قانون الالتزامات والعقود بكلية الحقوق فاس، بتاريخ 22 مارس 2019، بجامعة سيدي محمد بن عبد الله.

<sup>2</sup> ذ عبد العالي العبودي، الحيازة فقها و قضاء، المركز الثقافي الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996، ص 111.

<sup>3</sup> ذ عبد العالي العبودي، الحيازة فقها و قضاء، م س، ص 111.

وهو ما أشار له قرار للمجلس الأعلى جاء فيه بأن: "ثبوت الصفة الجماعية للملك مانع من تملكه بالحيازة والتصرف فيه للغير ولا يمكن أن يكون موضع حجز"<sup>1</sup>.

كما ولا تسري على أملاك الدولة الخاصة<sup>2</sup> الحيازة مهما طال مدتھا، لما نصت عليه المادة الرابعة من مشروع قانون يتعلق بتنظيم وتديبر أملاك الدولة الخاصة: "لا يجوز اكتساب أملاك الدولة بالتقادم مهما كانت الحيازة"، وقد تم التنصيص صراحة على إناطة مديرية أملاك الدولة التابعة لوزارة الاقتصاد والمالية بمهمة تسيير هذه الأملاك نيابة عن الدولة والمنصوص عليه في المادة 13 من المرسوم رقم 2-07-995 الصادر في 23 من شوال 1429 (23 أكتوبر 2008) بالجريدة الرسمية رقم 5680 المحدد لاختصاصات وتنظيم وزارة الاقتصاد والمالية، فالغرض من هذا المنع هو دفع خطر الغصب والتعدي على أملاك الدولة الخاصة وحمايتها.

<sup>1</sup> قرار عدد 4029، بتاريخ 19 نونبر 2008، صادر في الملف المدني عدد 2006/1/1/4004، منشور بمجلة سلسلة الاجتهاد القضائي عدد 2، ص 263.

<sup>2</sup> تعتبر أملاك الدولة الخاصة حسب المادة 2 من مشروع قانون يتعلق بتنظيم و تديبر أملاك الدولة الخاصة الأملاك العامة التي فقدت صبغة المنفعة العامة، و الأراضي التي لا مالك لها، المنقولات المقتناة أو المنقولة لفائدة للدولة بمقتضى نص قانوني أو حكم قضائي نهائي أو عقد أو اتفاق، التركات الشاغرة، الأموال الموهوبة للدولة والموصى لها بها، القطع المتروكة بسبب ضم الأراضي الفلاحية، العقارات الفلاحية والحضرية المنقولة للدولة بسبب أحكام قضائية بالمصادرة، والأراضي المسترجعة، العقارات بالتخصيص وغير المخصصة للمنفعة العامة، الأراضي المقتناة من طرف الدولة سواء بالمرضاة أو نزع ملكية، والمرجات المجففة، والغابات المملوكة، والعقارات الفلاحية المهملة والتي صدر بشأنها حكم قضائي بنقل ملكيتها للدولة.

وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له: "...إن الأملاك الخاصة للدولة لا تمتلك بحيازتها، مما يكون معه ادعاء الطاعن أن البائع له كسب الملك موضوع النزاع بالمدة المعتبرة شرعا وسكوت الدولة، غير ذي أساس"<sup>1</sup>.

ويستثنى من نقل الملكية بسبب الحيازة العقارات الموقوفة أو المحبسة، وقد نظم أحكامها المشرع من خلال مدونة الأوقاف المغربية، وهي التي أوقفها مالكاها من أجل المحبس عليهم لينفق ريعها على طلبة العلم أو لإنشاء مدارس أو بناء مستشفيات أو حفر آبار مياه شرب أو غير ذلك مما يدخل في سبيل الله أو ما له مصلحة على جماعة المسلمين أو له نفع خاص ومقصود به فائدة أشخاص معينين<sup>2</sup>.

فلا يجوز التصرف فيها بأي نوع من أنواع التفويت الناقل للملك إنما يكون للمحبس عليهم حق الانتفاع بها بحسب طبيعتها وحسب الغرض الذي وقفت لأجله، ونفس الحكم يسري على عقارات الجماعات السلالية والتي تعتبر مملوكة بصفة جماعية لمجموعة من السكان المنتمين لأصل واحد أو سلالة واحدة<sup>3</sup>.

وشمل المشرع العقارات المحفظة أيضا بعدم جواز انتقالها بالحيازة من خلال المادة 261 من م.ح.ع، وأكدته من خلال الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري بأن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري.

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 3930، صادر بتاريخ 25 دجنبر 2002، في الملف المدني عدد 2002/1/1/2154، منشور بمجلة القضاء المدني 2011، عدد 4، ص 161.

<sup>2</sup> ذ عبد العالي العبودي، الحيازة فقها وقضاء، م س، ص 109.

<sup>3</sup> ذ بنيونس الدحماني، الإطار القانوني المنظم لأراضي الجموع، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار الأول، أراضي الجماعات السلالية بالمغرب، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، طبعة الأولى، 2010، ص 51.

## المطلب الثاني: ترجيح البيئة الناقلة على المستصحبة.

لقد سار العمل القضائي في النزاعات العقارية على نهج الفقهاء في تطبيق قاعدة ترجيح بيئة النقل على بيئة الاستصحاب، فعمل على ترجيح وتقديم البيئة التي تثبت انتقال الملك عن أصله على التي تثبت بقاءه عليه.

فقد قضى المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه أنه: لكن حيث إن المدعى عليه أثبت حيازته لعقار النزاع وشراؤه له من المدعي منذ عشرين سنة سلفت عن تاريخ لفيقي التصرف والشراء المشار لهم والذي يبين شهود الأخير مستندهم الخاص في الشراء المشهود به وهو الحضور والمعينة ولم يطعن المدعى في اللفيقين بشيء كما لم يدل بأية حجة تثبت عارية المدعى فيه للمدعى عليه.

وحيث إن شهادة اللفيق جرى العمل بقبولها في مثل هذا الموضوع لقول الزقاق في لاميته: "وكثرن بغير عدول"، وقول صاحب العمل الفاسي: "وقدره في الغالب اثنا عشر"، والطعون الموجه للفيق الشراء زيادة على كونها مبهمة وغامضة لم تثر أمام محكمة الموضوع وأثيرت لأول مرة أمام المجلس الأعلى فهي غير مقبولة يضاف إلى ذلك أن استفسار اللفيق هو من حق الخصم ولم يسبق للطالبيين أن طلبوا باستفسار اللفيق المذكور.

وحيث أن الحجة الكتابية التي يعتمدها الخصم هي حجة مستصحبة ولفيق الشراء حجة ناقلة، ومن المقرر فقها عند تعارض الحجتين المذكورتين تقديم الناقلة على المستصحبة، الأمر الذي كان معه الحكم المطعون فيه مرتكزا على أساس ومعللا تعليلا كافيا وبالتالي كان ما بهذا السبب لا يرتكز على أساس<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 416 صادر بتاريخ 11 ماي 1982 عن الغرفة الشرعية في الملف المدني العقاري عدد 34446، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31 السنة 1983، ص 67.

وإذا توفي شخص عن ملكية عقار أو حق عيني واقع عليه، فإنه ينتقل إلى ورثته من بعده ما لم يثبت خلافه بحجة قوية ثابتة، وهو ما أقره به المجلس الأعلى في قرار جاء فيه<sup>1</sup>: "حيث أفادت نسخة الحكم المطعون فيه صحة ما نعاه طالب النقض على الحكم المذكور من كونه استند لوجود الفرق بين الإقرار للوارث وبين الإقرار للموروث لاحتمال التفويت من الموروث، كما استند الحكم المذكور لكون التمسك باستصحاب الأصل لا يفيد هنا، ما دام الفقه المعمول به يشترط لتملك الوارث استمرار تملك الموروث".

فقد اعتبر أن ما سلكته المحكمة المطعون في حكمها غير مبرر بأي سند فقهي الأمر الذي كانت معه قد خرقت قاعدة تقديم النقل على الاستصحاب، عملاً بقاعدة "من مات عن حق فلوارثه حتى يثبت خلاف ذلك".

وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار آخر قضت فيه أن: "من المقرر فقهاً أن قاعدة الاستصحاب تنص على أن من مات عن حق فلوارثه إلى أن يثبت العكس"<sup>2</sup>.

فالقاعدة تفيد أن العقار الذي كان في ملكية من دلت عليه البيئنة المستصحة قد انتقل منه بموجب شرعي إلى صاحب البيئنة الناقلة، والتي من صورها انتقال الملك بواسطة الإرث.

كذلك الأمر لو تنازع شريكان في الملك عن طريق الإرث، أحدهما يدعي قسمة الأملاك المشاعة بينهم بناء على أن كل منهم قد استقل بالتصرف في قطعة

<sup>1</sup> قرار عدد 96، بتاريخ 02 أبريل 1971، الصادر عن الغرفة الشرعية، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25 سنة 1980، ص 108.

<sup>2</sup> قرار محكمة النقض عدد 13، مؤرخ في 2004/1/7، ملف شرعي عدد 2003/1/2/73، منشور قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات، لعمر أزوكار، م س، ص 275.

أرضية فأصبحت بذلك في ملكه، في حين ادعى الشريك الآخر أنه لم يحصل بينهم أية قسمة للعقارات وأنها لا زالت مشتركة بينهم، فمتى ثبت الشيعاء بينهم فإنه الأصل، ما لم تثبت قسمة الإرث بينهم بدليل شرعي حتى ينقله عن أصله.

وهو ما قضى به المجلس الأعلى في إحدى قراراته جاء فيه أنه: "إذا ثبت الشيعاء فالأصل هو الاستصحاب وبقاء الاشتراك إلى أن تثبت القسمة الباتة، وما عللت به المحكمة قضائها برفض دعوى القسمة من وجود القسمة لا يستقيم مع كون الأمر يتعلق بقطع أرض متعددة يرجع أصل تملكها لموروث واحد، فهي جميعها- تكون مثقالاً مشتركاً، وإن كان بعضها في تصرف بعض الورثة.."<sup>1</sup>

فمتى تعارضت بينة تدعي الاستصحاب وأخرى تثبت النقل عنه فإنها تقدم لأنها أثبتت نقل الملكية من أصلها فتعتبر راجحة على البينة التي تدعي استصحاب الأصل.

<sup>1</sup> قرار عدد 629، بتاريخ 1985/04/30، الصادر في الملف الشرعي عدد 5694، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 136/135، ص 183.

## المبحث الثاني: قاعدة ترجيح بيئة التفصيل على بيئة الإجمال.

سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف على مفهوم بيئة التفصيل والإجمال كما جاد بها الفقهاء المالكيين في نظمهم ونوازلهم (المطلب الأول)، قبل الانتقال لمعرفة صور التفصيل والإجمال في المفهوم القانوني، وتطبيقات القاعدة في العمل القضائي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: ماهية قاعدة تقديم البيئة المفصلة على المجملة.

الإجمال هو خلو الشهادة من التفصيل اللازم للقول بصحتها فيها يتحقق غالب الظن لقول صاحب التحفة "وغالب الظن به الشهادة"<sup>1</sup> فالقاعدة حسب الفقهاء أن من أقام بيئة يثبت بها الشيء المتنازع حكم له فيه بها من غير يمين لكن ذلك فيما تشهد فيه البيئة بالقطع<sup>2</sup> فشرط قبول البيئة في الإثبات أن ترد خالية من الغموض والإجمال.

فمن الأمور التي تتعلق بالخصومة القضائية ويكون لوضوحها أو غموضها تأثير على مصير الدعوى، الوثائق المدلى بها من الأطراف خلال النزاع والتي تتمثل في أغلبها من العقود ومن مقالات الدعوى. فقاعدة ترجيح البيئة المفصلة على البيئة المجملة يساهم في تكوين عناصرها كل من الشهود والموثقين بنوعيه العدلي والعصري، وكونها وردت غامضة أو مفصلة لا يظهر إلا بعرضها أمام محكمة الموضوع خلال النزاع.

وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم الإجمال في شهادة الشهود (الفقرة الأولى) ثم لمفهوم الإجمال في مضمون العقد (الفقرة الثانية).

<sup>1</sup> ابن عاصم الاندلسي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س، ص 39.

<sup>2</sup> ميارة الفاسي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام مع حاشية

المعداني، م س، ج 1 ص 122.

### الفقرة الأولى: مفهوم الإجمال في شهادة الشهود.

جاء في نوازل الشهادات من المعيار ما نصه أنه: " لا يلزم القضاء والأحكام بلفظ فيه إشكال وإبهام، وهذا لا يختلف فيه أحد من ذوي الافهام"<sup>1</sup> فالبيئة المفصلة والمفسرة ترجح على التي بها إجمال أو غموض، فالإجمال موجب لسقوط الشهادة وإبعادها بترجيح البيئة المفصلة عليها.

هذا إلى جانب أن بعض الشهادات لا تقبل إلا مفصلة فلا محل للإجمال فيها، ومن ذلك الشهادات المتعلقة بالغبن والترشيد والتسفيه والإعسار<sup>2</sup>.

فإذا وقع إجمال في بيئة أحد المتنازعين استفسر القاضي شهودها رفعا للإبهام والغموض، لما قال به صاحب الزقائية<sup>3</sup>:

"كلام يبين كالتمام لناقص \*\*\* وتفسير إبهام أو لفظ أشكلا

فيوضح واتأمر بتقبيد غامض \*\*\* لتسال عنه أو لأن تتأملا

وقد تقرر في الفقه المالكي بأن الشاهد إذا أجمل في شهادته ولو كان عدلا فإنه يستفسر رفعا للإجمال، سواء كان الشاهد مبرزاً أم لا، لأنه ليس من باب النقص أو الزيادة في الشهادة بل من تتمتها فلا تصح بدونه"<sup>4</sup>.

وفي المختصر قال مطرف، " سمعنا مالكا يقول في الرجل يشهد له الشهود أن له في هذه الدار حقا ولا يعرف كم هو مثل أن يكون ميراثا قد تقادم تناسخ أهله وينكر ذلك المشهود عليه، فإنه يقال للمشهود عليه: قد ثبت لهذا في دارك

<sup>1</sup> ابو عبد الله محمد المهدي، النوازل الصغرى المنح السامية في النوازل الفقهية، م س، ج 2 ص 329.

<sup>2</sup> أحمد الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، 1997 ج 2 ص 433.

<sup>3</sup> علي بن القاسم التجيبي، منظومة الزقائية مخطوط، م س، ص 2.

<sup>4</sup> الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد السابع، ص 235.

حق فأقرّ له بحقه. فإن أقر له بشيء قلّ أو كثر حلف عليه ولم يكن للمشهود له غيره، وإن أنكر وادّعى أن الذي شهد عليه به باطل قيل للمشهود له: أتعرّف ححك الذي شهد به لك؟ فإن سمّاه حلف على ذلك وأخذه، وإن قال لا أعرفه إنما كنت أسمع أبي يقول أن له فيها حقا و لم يكن يسميه فجنّت أطلبه، أو قال: أعرفه ولا أريد أن أحلف عليه صادقا أو كاذبا، فأقرّ أيها المشهود عليه من حقي بما شئت وأحلف عليه. فإنه يحال بين المشهود عليه وبين الدار كلها لأن لا ندري ما مبلغ هذا الحق منها لعله يأتي على أكثرها أو على جميعها إلا جزءا منها فيوقف عنها لأن الحق قد ثبت فيها<sup>1</sup>...

فالشهادة بثبوت الحق دون بيانه وتحديدته تعتبر ناقصة، وحكمها أنه يعمل بالقرائن والعرف في التحديد<sup>2</sup>.

فالإجمال في الشهادة يكون باستعمال ألفاظ مبهمة أو عامة حيث تدل على معنيين أو أكثر، فتكون غامضة عندما ترد دون التعريف بالمشهود لهم بدقة أو دون تحديد المشهود به وبيان أوصافه، وقد اشترط الفقهاء أن ترد مفصلة تتناول كل ما يتعلق بموضوع الدعوى وأوصافها حيث لا تقبل الشهادة المجمّلة<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه تقدم البينة المفصلة على المجمّلة ولو كانت هذه الأخيرة أعدل منها، فالنظر في التفصيل والإجمال مقدم على النظر في الأعدلية التي لا ينظر إليها إلا إذا استورا في التفصيل والإجمال<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ابي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب، م س، ج 7 ص 322.  
<sup>2</sup> ذ عبد الرحمان بلعكيد، الشهادة في الإثبات دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، الطبعة الأولى 2016، ص 206.

<sup>3</sup> ذ أحمد عبد الغفور البياتي، القواعد والضوابط الفقهية في الإثبات القضائي، م س، ص 97.

<sup>4</sup> شهاب الدين القرافي، م س، ج 4 ص 137.

فالإشهاد بملكية عقار، خاصة الغير محفظ باعتباره غير محدد برسم عقاري يحدد أوصافه بدقة ويضبط بياناته بتفصيل، يجب أن يكون بذكر شكله وتحديد مساحته وحدوده واسمه الذي يعرف به وكل ما يدل عليه من الأشياء الطبيعية والمستحدثة بكل تفصيل درء لأي غموض حوله.

### الفقرة الثانية: مفهوم الإجمال في مضمون العقد.

إن الموثقين ينوبون عن الأطراف في تحرير العقود ويشهدون عليهم، فهم نواب عنهم يضمنون مدى سلامة العقد وسلامة المصطلحات الشرعية والقانونية الواردة فيه، تبعا لأحكام القانون والاتفاق<sup>1</sup>.

فالشكل المتطلب في توثيق رسوم الملكية للعقارات غير المحفظة المجردة عن رسوم الإثبات هو العقد المحرر من قبل الموثقون والعدول، حيث أن إثبات الملكية العقارية وأصلها ومصدرها وإثبات الحيابة واستمرارها واستمرار التصرف إلى غير ذلك، لا يمكن تصور إقامتها سوى عن طريق الوثائق العدلية والتي تكون غالبا معززة بشهادة الشهود أو ما يسمى باللفيف<sup>2</sup>، فالمحررات الموثقة يجب أن يراعى فيها الوضوح واجتتاب الغموض اللبس، حيث لا خير في وثيقة غامضة صعبة الفهم نتيجة التوظيف السيء للألفاظ والكلمات، فلا ينبغي استعمال لفظ عام مجمل للتعبير عن مسألة تتطلب لفظا خاصا حتى لا ينشب نزاع حول تحديد المعنى المقصود<sup>3</sup>، حيث يلزم موثقي العقود الاهتمام بصياغة ألفاظ وكلمات العقد ومراعاة الدقة في اختيارها لأنه لا يمكن أن تتم صياغة محرر

<sup>1</sup> ذ عبد الرحمان بلعكيد، الشهادة في الإثبات، الطبعة الأولى 2016، ص 56.

<sup>2</sup> ذ محمد بن الحاج السلمي، دور الوثيقة العدلية ونظام التحفيظ العقاري، السماط مجلة دورية تعنى بنشر بشؤون التوثيق العدلي، يصدرها المجلس الجهوي استئنافية الرباط، العدد الأول 2009، ص 81.

<sup>3</sup> محمد الربيعي، المعاملات العقارية بين ظاهرة انتشار المحررات العرفية وضمائنات المحررات الرسمية، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، 1999-2000، ص 310.

قانوني من غير لغة قانونية واضحة، وبالتالي مراعاة الدقة في التصميم القانوني والحرص على اختيار الأحسن والأجل من الألفاظ هي من صميم الاختصاص الجوهري للصائغ<sup>1</sup>.

وفي المنهج الفائق قال ابن بري أنه: "يشترط في الوثيقة أن تكون بألفاظ بيّنة غير محتملة ولا مجهولة لأن الألفاظ قوالب المعاني و منها اقتناصها، وهي الكاشفة عنها ومن الألفاظ المجملة، كالمشترك نحو "شري" يقال للبائع والمبتاع، وغريم يقال للطالب والمطلوب.. ومختار يقال للجيد والدنيء، وعين يقال لأحد النقيدين ولعين الماء، وغيرهما، فلا بد من بيان المجمال وتخصيص العام وتقييد المطلق"<sup>2</sup>.

لذلك فإنه على الموثق تجنب العبارات الفضفاضة التي تحمل أكثر من معنى، وتحديد الفاعل القانوني وطرفي العلاقة بدقة من حيث تحديد المشتري أو المكتري بصيغ واضحة التقليل من استخدام الضمائر، واستخدام صيغة الإيجاب بدلا من النفي، والاجتناب التطويل قدر الإمكان<sup>3</sup>.

فإذا تنازع شخصان أحدهما يملك حق العمرى<sup>4</sup> ويدعي ببينة تشهد له أن حق العمرى يرد على كامل العقار، في حين أدلى مالك العقار ببينة تفيد أن حق العمرى ترد على غلة العقار- باعتبار أنه قد يرد على العقار أو غلته- فبينة

<sup>1</sup> ذ أحمد خرطة، صياغة العقود الرسمية و العرفية وفق القوانين المغربية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2010، ص 10.

<sup>2</sup> أبي العباس أحمد بن عبد الواحد الونشريسي التلمساني، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، دار الكتب العلمية 1971، ص 33.

<sup>3</sup> ذ محمد عزاف، الدليل العملي في صياغة العقود، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2012، ص 10.

<sup>4</sup> العمرى حسب المادة 105 من م.ح.ع: "حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغرض عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة".

المنتفع من حق العمرى أتت مجملة غير مفصلة أمام بيئة مالك الرقبة التي فصلت في محل حق العمرى وحددته في غلته ليس إلا، ما يجعل بيئة هذا الأخير حسب القاعدة أولى بالترجيح على بيئة المدعي.

وهو ما سار عليه القضاء المغربي في حال تعارض بيئة مفصلة لموضوع النزاع وبين بيئة مجملة غير واضحة، حيث رجحت محكمة النقض إرثاة تامة على أخرى ناقصة في قرار لها جاء في إحدى حيثياته: "...لكن حيث إن قواعد الترجيح المقررة فقها تقتضي بأن ترجح البيئة المفصلة على المجملة والمثبتة عن النافية والمحكمة إذ ناقشت موجب إثبات الإرثاة عدد 263 الذي استدل به المطلوب في النقض ورجحته لأنه علم ما لم تعلمه البيئة التي أدلى بها الطالب واعتبرته تاما لأنه استوفى كل ورثة الهالكة "كميح لكبيرة" تكون قد طبقت قواعد الترجيح المذكورة تطبيقا سليما ولا تأثير على ميراث المطلوب في النقض "زهارة الحسين" في زوجته المذكورة أن تكون المطلوبة في النقض "مسالك السعدية" ابنته من الهالكة المذكورة أو من غيرها، مما يجعل الوصيلتين بدون أساس"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> القرار عدد 224، مؤرخ في 20/04/2005، ملف شرعي عدد 2004/1/2/167، منشور بقضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج، لعمر أزوكار، م س، ص 243.

## المطلب الثاني: الترجيح بينة التفصيل على بينة الإجمال .

عندما نتكلم عن وضوح البينة أو غموضها فإن الفهم ينصرف إلى وضوح القول بالشهادة والعقد أو إجمالهما، ما يعني أن إشكال القاعدة يهيم الموثقين والعدول بالدرجة الأولى لأنهم المعنيين بصناعة الوثائق، لينتهي تطبيق القاعدة وحل إشكالية تعارض البينة المجملة والبينة المفصلة عند قيام النزاع للعمل القضائي، الذي يقرر إسناد الحق في الملك لأحد المتنازعين دون الآخر استناداً إلى قاعدة ترجيح البينة المفصلة على المجملة، وذلك من خلال ترجيح الشهادة المفصلة على المجملة (الفقرة الأولى) وترجيح مضمون الوثيقة المفصلة على المجملة (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: الشهادة المفصلة مقدمة على الشهادة المجملة.

لقد دأب العمل القضائي على عدم الاعتداد بالحجة المجملة بالملك، بحيث لم يعتبر المجلس الشرعي الأعلى في حكم له حجة مجملة كافية لاستحقاق الملك، جاء فيه:

"إن المدعي أدلى بحجة مجملة بأن والده الذي بنى البقعة المتنازع عليها بعد أن حازها من يد القائد أحمد الجسمي ولم تبين الحجة قدر هذه العمارة ولا مبلغها ولا كقيمتها واكتفى بالقول بأنها عمارة معتبرة، وكذلك لم يبين الوجه الذي أخذ عليها البقعة من القائد هل على وجه الهبة أو الارفاق أو العارية أو الانزال وذلك غاية الإجمال الذي يتوجه معه الاستحقاق بل لا بد من بيان ذلك بالبينة الثابتة ويعذر فيها للمدعى عليه"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> حكم عدد 113، بتاريخ 13 شعبان 1343هـ، في القضية رقم 571، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى المجلد الأول، م س، ص 421-423.

ويعتبر اللفظ مجملاً إذا شهدت بيئة شخص بأنه يملك جميع الملك الكائن بمنطقة ما يحددها، وشهدت البيئة المقابلة لخصمه أنه يملك العقار نفسه وحدد مساحته وبيّن حدوده بدقة، ما يجعل بيئة الأول جاءت بلفظ عام مقارنة مع الثانية، فإقامة هذا الأخير لبيئة مفصلة يجعلها مقدمة ومرجحة حسب قاعدة ترجيح المفصلة على المجملة.

كذلك إذا ما شهد شخص لآخر بأنه يملك ويتصرف في ملك مدة من الزمن دون أن يحددها بدقة، فإن شهادته تعتبر غير واضحة، ما يوجب استبعادها وعدم قبولها لإثبات حقه في الملك المدعى به، حيث اعتبر مجلس الاستئناف الشرعي في قرار له أن الإجمال في مدة الحيابة مبطل للشهادة بها:

"... بعدما تأمل القاضي الملكية أشهد أنه حكم ببطالانها بعدما وجدها أنها لا زالت على ما كانت عليه من الأجل في مدة الحيابة وعدم تعرض اللفيق لعدم تقويت حظ من مات من ورثة المشهود له بالملك إلى موته، مستدلاً على الأول بقول المعيار عن اليزناسني: "المذهب رد الشهادة بالإجمال والإرسال"... فشهادة الشهود يجب أن تكون واضحة لا إجمال فيها ولا لبس<sup>1</sup>.

وهو ما سار عليه المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه: "لكن حيث إن قواعد فقه الوثيقة تقتضي أن لا تقبل الشهادة إذا كانت مجملة في بيان مدة الحيابة المشهود بها في رسم استمرار الملك، إذ أن أمد الحيابة الشرعية تارة

<sup>1</sup> حكم عدد 119، بتاريخ 14 شوال 1343هـ في القضية رقم 425، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي المجلد الأول، م س، ص 445-447.

يكون عشرة أشهر وتارة عشرة أعوام وقد تزيد المدة باعتبار كون الحائز شريكا أو قريبا على تفصيلات واردة في كتب الفقه<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: مضمون الوثيقة المفصلة مقدمة على المجملة.

متى تنازع شخصان حول ملكية عقار، وأدلى المدعي ببينة تشهد بأن المدعى فيه ملكه منذ أكثر من عشر سنوات، وشهدت ببينة المدعى عليه بحوزه للعقار مدة عشرين سنة، فالأولى تعتبر مجملة أما الثانية فهي مفصلة وترجح على الأولى، وقد أكد المجلس الأعلى أن: " المحكمة التي قضت بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بصحة التعرض بنت قناعتها على المعاينة التي قامت بها محكمة الدرجة الأولى التي ثبت لها أن الحيازة بيد المطلوب في حدود ما تعرض عليه، وأن رسم شرائه ينطبق فعلا على ما تعرض عليه تبعا للتصميم المرفق، وأن رسم شرائه المبني على شراء البائع له الذي كان يتصرف في المدعى فيه ينتزل منزلة الشراء المبني على ملكية... وأن المحكمة في نطاق سلطتها وتقديرها للحجج رأت ترجيح ببينة المتعرض بسبب أنها مفصلة مشيرة في تعليها إلى أنها ذكرت الحدود بخلاف حجج الطاعنة التي لم تذكرها"<sup>2</sup>.

كما وذهب القضاء إلى عدم قبول الإراثات لورودها مجملة، فقد قضى مجلس الاستئناف الشرعي بعدم قبول دعوى المدعي إذا لم يثبت موت من نسب إليه الملك بإرثه صحيحة لا إجمال فيها، حيث جاء فيه: " ..إن الإرثه المشار لها لا يحكم بها، لإجمال الشاهدين في مستند علمهم وعدم رفعه بها، ولذلك لا تسمع هذه الدعوى.

<sup>1</sup> قرار رقم 110، الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 8 ماي 1985 في الملف المدني رقم 720/5 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 37-38 سنة 1986، ص 51 وما بعدها.

<sup>2</sup> قرار عدد 8016، صادر بتاريخ 17/12/1997، في الملف رقم 93/2530، أورده محمد بادن، دعوى الاستحقاق العقارية، م س، ص 408.

فحيث أنه لما أجاب المدعى عليه بالحوز والملك، وأدلت المدعية بالحجج المؤيدة لدعواها وكان من بينها اراثة من نسبت المدعى فيه له لتسمع دعواها وتبين عدم صحتها لما احتف بها من الإجمال ولم ترفعه المدعية كانت الاراثة كالعدم، ومن المعلوم أن من ادعى حقا بسبب ميت فلا يكلف المدعى عليه بالجواب حتى يثبت المدعي موته وعدة ورثته عملا بقول مالك كما في المدونة، حيث قال: لا يوقف المطلوب حتى يثبت الطالب موت من صار له بسببه وعدة ورثته وليثبت أيضا ملك الموروث الشيء المدعى فيه، فإذا أثبت ذلك وقف المطلوب عن الجواب، وقال ابن سهل: طريقة الحكم التي مضى بها العمل على كل من طلب حقا بسبب ميت أن يكلف موته وعدة ورثته، وإن كان موته مشهورا عند الحاكم...<sup>1</sup>

ويتحقق الإجمال في البيئات في الدعوى أيضا، حيث اعتبر مجلس الاستئناف الشرعي أنه: "إذا لم يثبت المدعون دعواهم كما يجب، كانت مجردة"<sup>2</sup>، وذلك لعجز المدعين عن استفسار موجب الملكية المدلى به عما ورد فيه من إجمال، بحيث جاءت الملكية غير تامة الشروط فلم تذكر مدة التصرف وعدم المنازع، ولعجزهم عن إثبات دعواهم كما يجب.

فمبنى القاعدة أن البيئة التي بينت موضوع الشهادة بتفصيل لا إجمال فيه تقدم على التي أجملت فيه، سواء كان هذا التفصيل في ذكر مدة الحيازة أو في تفصيل الملك المشهود به كذكر حدوده وأوصافه وما إلى ذلك من الجزئيات المعتبرة في تعيينه وبيانه بيانا يرفع عنه كل جهالة أو غموض، ويسند ملكية

<sup>1</sup> الحكم عدد 79، بتاريخ متم شوال 1342 هـ، في القضية رقم 567، عن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول، م س، ص 331-332.

<sup>2</sup> حكم مجلس الاستئناف الشرعي عدد 151، بتاريخ 24 جمادى الثانية 1344 هـ، في القضية رقم 521، مرجع نفسه، ص 587.

المدعى فيه لصاحب البيئة المفصلة، حيث تسهب البيئة المفصلة في تفصيل الحق المدعى فيه الشيء الذي يتسنى معه للقاضي كشف الغموض عنه ومعرفة صاحبه، بخلاف البيئة المجملّة التي تردّ مبهمّة يصعب معها على القاضي معرفة قصد شهودها ومرادهم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> عبد الرؤوف عجّبة، الترجيح بين الحجج فقها وقضاء، رسالة نهاية التمرين نوقشت بالمعهد الوطني للدراسات القضائية في امتحان نهاية تخرج الفوج 26 للملحقين القضائيين، ص 29.

## الفصل الثاني: القواعد الموضوعية للترحيح بين البيئات المرتبطة بمدخل

### التملك.

ينبغي لكل شخص يدعي ملكية عقار أو حق عيني واقع عليه، أن يحصل على سند يثبت له هذه الملكية ويحميه من دعاوي الاستحقاق، وهو ما يطلق عليه بسند الملكية أو مدخل التملك. ويناط بالموثقين مهمة استحضار أصل الملكية في العقود التي يعملون على توثيقها من أجل إثبات مشروعية الحيابة.

ويطرح مدخل التملك إشكالية في مجال العقارات غير المحفظة ترتبط بتحديد طبيعة وماهية وحجية الوثائق التي تعتبر أصولاً للملكية العقارية، وبها يثبت سبب الملك، هذه الوثائق إما أن تكون عبارة قرائن على الملك حيث تشتمل في مجال تملك العقار غير المحفظ على وثيقة الحيابة والحكم القضائي النهائي<sup>1</sup>، أو سببا في نشأته والتي تشتمل على عقود التصرفات العقارية.

ويعتبر لبيان مدخل الملك أهمية بالغة في حماية الملكية العقارية والنأي بأصحابها عن تهم الغصب والاستلاء، وحفظ حق الملكية من خلال إثبات صحة تواترها وانتقالها من مالك لآخر، وذلك من خلال جعل الوثائق والسندات المثبتة للملكية مقيدة بذكر سبب الملك.

وأما إن خلت هذه الوثائق من بيان سبب الملك فإن ذلك يجعلها عرضة لإهمالها في حال أثير النزاع حول مستحق الملكية، حيث إذا أدلى كل خصم

<sup>1</sup> إذا صدر حكم قضائي نهائي يقضي باستحقاق شخص ما لعقار معين محفظا كان أو غير محفظ، أو قضى باستحقاقه حق عيني واقع على عقار، فإن هذا الشخص يعتبر مكتسبا لذلك العقار أو الحق، و يمكنه التصرف فيه و تسجيل ملكيته في السجل المعد لذلك الشيء. فإذا كانت القاعدة تقضي بأن الحكم يعتبر معلنا للحق الذي هو موضوع الدعوى لا منشئ لذلك الحق، فإن هذا يعني أن من حكم له بشيء يعتبر مالكا لذلك الشيء منذ وقوع السبب الذي اعتمد عليه المحكوم له عند المطالبة به، و أن الحكم إنما أعلن هذه الملكية و لم تنشأ بسببه.

- ذ محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي و التقنين المغربي، م س، ص 347.

ببيئته التي تثبت صحة ملكيته للعقار أو للحق المتنازع بشأنه، فذكرت إحداها سبب انتقال الملك إليه ولم تذكره بينة الخصم المقابل حيث جاءت مجردة من ذكر السبب، فإذا تعارضتا فإن المحكمة تقوم بالترجيح بينهما بناء على قواعد الترجيح المعمول بها فقها والمنصوص عليها تشريعا من خلال المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، وهي قاعدة: " ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه"، (الفرع الأول) ورغم ذلك تعتبر البينة التي ذكرت سبب الملك أو حتى المقابلة التي أتت خالية من ذكره بينة تامة وصحيحة تشهد على الملك، بخلاف البينة التي تشهد على مجرد الحوز أي مجرد وضع اليد على العقار موضوع النزاع والتصرف فيه دون قيام الشروط اللازمة لثبوت الملكية، وإذا تعارضت بينة تشهد بالملك وأخرى تشهد على مجرد الحوز فإن ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك تقديم بينة الملك على بينة الحوز (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الترجيح بذكر سبب الملك على عدم بيانه.

لقد أُلزم المشرع الموثقين بنوعيهما العدلي والعصري، بيان المراجع الكاملة للوثائق التي استندوا عليها في إبرام العقد المحرر من طرفهم، حسب المادة 36 من قانون 09-32، والتنصيص في الشهادة على حق المشهود عليه في التصرف في المشهود فيه، حسب ما جاء في المادة 31 من القانون المنظم لخطة العدالة، هذا الحق الذي لا يثبت إلا بالإدلاء بسند التملك الذي يذكره العدل الموثق في الوثيقة، وذلك نظرا لأهمية استحضار أصل الملكية أو سبب الملك في الوثائق المثبتة للتصرف المناط بهم مهمة توثيقه والإشهاد عليه، حيث تكون مرجحة في حال تعارضها مع الوثائق الخالية منه، طبقا لقاعدة ترجيح ذكر سبب على عدم بيانه.

والتي سنقف على مفهومها فقها وقانونا (المبحث الأول)، قبل الانتقال للوقوف على تطبيقات القاعدة القضائية (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: مفهوم قاعدة سبب الملك.

يقصد بسبب الملك لغة، ما يتوصل به إلى غيره، حيث يقال للحبل سبباً<sup>1</sup>، فالمراد بسبب الملك هو السبب الذي يتوصل بواسطته إلى ملكية العقار، أو هو السبب الذي بواسطته حصل التملك.

فهو المصدر الذي آل به الملك إلى مدعيه، حول ما إذا كان إرثاً أو شراءً أو هبة.. وغير ذلك من الأسباب المكسبة للملكية، فإذا أدلى كل طرف ببينة تشهد بالملك وتعارضت البيئتان وتعذر الجمع بينها، كأن يدلي كل طرف بعقد شراء من نفس البائع وبيّن إحداهما سبب الملك بينما الآخر لم يتضمنه، فالتى ذكرت سبب الملك ترجح على الخالية منه حسب القاعدة، فمتى أدلى المدعي بملكية يشهد شهودها بالملك وشروطه دون أن تذكر سببه رجحت التى ذكرت السبب، ولو لم تكن مؤرخة أو كانت الأخرى سابقة في التاريخ وكانت أعدل أو كان المحتج بها حائزاً لم تنفعه حيازته، وهذا ما سنحاول التطرق له في حالات ترجيح سبب الملك على عدم بيانه. وحتى نفي بالمطلوب سنحاول بيان المفهوم الفقهي لسبب الملك (المطلب الأول) ثم القانوني (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: المفهوم الفقهي لسبب الملك.

إن المقصود بسبب الملك الطريق التى وصل بها الملك و انتقل من شخص إلى آخر، حيث يذهب الفقهاء إلى ضرورة استحضار أصل الملك تحرزاً من أن يتصرف الشخص في ما لا يملكه، فإذا ادعى اثنان ملكية عقار وأدلى كل منهما

<sup>1</sup> محمد البقاعي، القاموس المحيط، مطبعة دار الفكر، بيروت، طبعة 1999، ص 89.

بيينة تثبت تملكه لهذا العقار فإنه يحكم للذي أدلى ببيينة متضمنة لسبب الملك، وتلغى التي ذكرت الملك مجردا عن وجه المدخل<sup>1</sup>.

ويقول ابن فرحون: "... أما سبب الملك فمثل أن تذكر إحدى البينتين سبب الملك من نتاج أو زراعة، وتكون شهادة البيينة الأخرى مطلقة لا تذكر سوى مجرد الملك، فإنه يرجح من ذكر السبب"<sup>2</sup> كأن يثبت رسم ملكية عقار معين لشخص ما بجميع شروط الملك ويكون سبب التملك هو الإرث، فهو يعتبر راجح من هذه الزاوية على ملكية الخصم التي تثبت الملك دون بيان سبب التملك.

وفي ذلك قال الزقاق في لاميته: "بأسباب ملك رجحا عن تعارض.."<sup>3</sup>، وقول الشيخ خليل في مختصره: "...رَجَّحَ بِسَبَبِ مَلِكٍ، كَنَسَجٍ، وَنَتَاجٍ، إِلَّا بِمَلِكٍ مِنَ الْمُقَاسِمِ"<sup>4</sup>. وقول الفقهاء كنسج.. يستوعب حتى العقارات لأن "الكاف" أدخلت البناء والعقارات ونحوه.<sup>5</sup>

فإن شهدت بيينة المدعي بتملك عقار بسبب شراء أو هبة أو نسج لنفس أو نتاج كجني محصول، فإنه يُعمل ببيئته ما لم يثبت خصمه أنها ملكه اشتراها من المقاسم أو وقعت في سهمه بعد القسمة<sup>6</sup> فمتى تعارضت بينتان في التملك فتقدم في

<sup>1</sup> أبو الشتا بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، م س، ج 1، ص 348.

<sup>2</sup> تبصرة الحكام، م س، الجزء الأول، ص 265.

<sup>3</sup> نظم الزقاق، مخطوط، م س، ص 4.

<sup>4</sup> خليل بن اسحاق الملكي، مختصر العلامة خليل، طبعة 1981، ص 270.

<sup>5</sup> أحمد بن محمد الرهوني التطواني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، تقديم محمد القدوري، الطبعة

الأولى 2004، ص 258.

<sup>6</sup> لقول الزقاق، م س: "بأسباب ملك رجحان ان تعارض \*\*\* بدا من شهود و انتقى الجمع أولا

كنسج لنفس أو نتاج ورجحن \*\*\* على الملك إلا من مقاسم فاقبلا

الترجيح البيئة التي بينت سبب الملك على البيئة التي لم تذكره والشاهدة بالملك المطلق<sup>1</sup>.

قد ذهب الفقهاء إلى أنه: "على الحاكم أن يرجح بينهما بسبب ملك.. أي يرجح بسبب ذكر سبب الملك، فكل منهما شهدت بالملك لكن إحداهما ذكرت سبب الملك كنسج ونتاج بأن قالت إحداهما، نشهد أنه ملك لزيد وقالت الأخرى نشهد انه ملك لعمر ونسجه أو نتج عنده أو اصطاده، فإنها تقدم على من أطلقت (أي التي شهدت بالملك المطلق، كأن تقول إنه ملك لفلان ولم تذكر سبب الملك)، لأنها زادت بيان سبب الملك من نسج أو نتج ونحو ذلك.

ثم استثنى من قوله بسبب ملك قوله: إلا أن تشهد بيئة بملك من المقاسم أي إلا أن يكون سبب الملك الذي بينته أنه اشتراها أو وقعت في سهمه من المقاسم، فإذا أقام أحدهما بيئة أنها ملكه ولدت عنده أو نتجت أو نحو ذلك، وأقام الآخر بيئة أنها ملكه اشتراها من المقاسم أو وقعت في سهمه منها فإن صاحب المقاسم أحق".

وقول الناظم "إلا بملك من المقاسم" أخرج بها الهبة والشراء من السوق لاحتمال أن يكون الواهب أو البائع غير مالك، لقول الدردير: "واحترز بقوله من المقاسم عن شهادتهما أنه اشتراها من السوق أو وهبت له فلا تُقدّم على بيئة الآخر لاحتمال أن الواهب أو البائع غير مالك"<sup>2</sup>.

فإذا لم يمكن الجمع بين البيئتين المتعارضتان فإنه يصار إلى الترجيح بينهما بسبب ملك أي بذكر سبب الملك، وصورتها ان شهدت كل واحدة بالملك

<sup>1</sup> الزرقاني، شرح المختصر، م س، الجزء السابع ص 208.

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للعلامة محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي المالكي، الدردير، طبعة

2011، ج 6، ص 146-147.

لكن إحداها زادت ذكر السبب، فإن من زادت ذكر السبب تقدم على من شهدت بالملك المطلق<sup>1</sup>. ومن الأمثلة إذا قالت إحدى البيئتين نشهد أنه ملكه من أبيه أو اشتراه من زيد، وشهدت البيئة الأخرى فقالت: نشهد أنه ملكه، رجحت الأولى<sup>2</sup>، فالتى بينت الملك وبيّنت سببه تقدم لأنها زادت على الأخرى ببيان السبب، فيقوم في العقل رجحانها<sup>3</sup>.

وهو ما يسمى أيضا بالترجيح ببيان وجه المدخل<sup>4</sup>، حيث أنه إذا شهدت بيئة بالملك لفلان و لم تذكر وجه مدخله وشهدت الأخرى بنفس الملك لشخص آخر وذكرت وجه تملكه بالإرث من فلان والشراء من فلان.. الخ، فالتى ذكرت وجه المدخل أولى بالتقديم، غير أنها لا بد أن تنص على الفصول الخمسة المعروفة<sup>5</sup>، فإن اقتصرت إحداها على بيان السبب ووجه المدخل ولم تنص على هذه الفصول... ونصت الأخرى عليها ولم تذكر السبب ووجه المدخل فصاحبة الفصول الخمسة مقدمة إلا ان كانت بيئة السبب ناقلة<sup>6</sup>.

وقد ذكر الفقهاء في أسباب الملك ثمانية، الميراث والمعاضات والهبات والوصايا والوقف والغنيمة والإحياء والصدقات<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> عبد الله بن علي الخرخشي المالكي، حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع 1997، ج 8 ص 105.

<sup>2</sup> حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، م س ص 458.

<sup>3</sup> ذ عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، الطبعة الأولى 2002، م س، ج 4، ص 443.

<sup>4</sup> ذ محمد برادة اغزيول، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 2 الطبعة الثانية، أبريل 2007، ص 71.

<sup>5</sup> يجب أن تنص وثيقة الملكية على خمسة فصول: يد، نسبة، طول كشعرة أشهر، وفعل بلا خصم به الملك يتجلى، تسولي ج 2 ص 277.

<sup>6</sup> ذ محمد العلوي، الأموال في الفقه المالكي، م س، ص 212.

<sup>7</sup> الأشباه و النظائر، م س، ج 1، ص 362.

فالمالك يملك بإحدى هذه الأسباب، وعند التصرف فيه يجب أن يذكر سبب التملك السابق ويختلف بحسب نوع العقار ما إذا كان غير محفظ أو في طور التحفيظ أو محفظاً، ففي هذا الأخير والذي في طور التحفيظ يقع الاكتفاء بذكر السبب الذي جرى به التقييد أو الإيداع، وأما في الغير محفظ فيذكر أصول التملك الثلاث السابقة على ما جرى به العمل عند الموثقين، حيث جرى العمل على الاكتفاء بثلاث شرائات للأصل المبيع فيطالب البائع بدفعها للمشتري أو إعطائه نسخة منها مسجلة على القاضي<sup>1</sup>، فأسباب الملك تشتمل على عقود التصرفات العقارية، وهي تعد أقوى من رسوم الحيازة أو الملكية أو الاستمرار التي ليست إلا قرائن على الملك أو مظهراً من مظاهره بحسب المعتمد عند الفقه.

فإذا كان موضوع الشهادة تفويت عقار مثلاً، أتى كانت طبيعته وجب على العدلين مطالبة المفوت بمستند تملكه للعقار، كرسوم الملكية أو رسم شراء أو هبة أو مناقلة أو غيرها من الرسوم الناقلة للملك إن كان العقار غير محفظ، وحينها يتحدد موقف العدلين من تلقي الشهادة أو عدم تلقيها بناء على ما تفيده هذه المستندات، وإذا تم الإدلاء بالمستند اللازم للشهادة وكان هذا المستند قويا للملك وناقلاً له، فإن هذا المستند هو الشاهد والدادل على أن العقار ليس ملكاً جماعياً ولا حبسياً ولا من أملاك الدولة ولا غيرها<sup>2</sup>.

فذكر سبب الملك يعتبر حجة على حق المالك في التصرف، وقد اعتبر الفقه أن عقود الأثرية المجردة من سبب الملك لا تفيد الملكية ولا حجة فيها إلا على البائع، لقول الصنهاجي: "إذا لم يوجب الشراء المجرّد ملكاً للمشتري، فهو يرفع النزاع بين البائع والمشتري عند تنازعهما في البيع ويكون الشراء المجرّد حجة

<sup>1</sup> أبو الشّفاء الغازي الحسيني الصنهاجي، م س، ج 1 ص 208.

<sup>2</sup> ذ العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، مكتبة

دار السلام، طبعة 2009، ج 2، ص 97.

على البائع المنكر للبيع، فتحصل من هذا أن الأثرية المجردة لا حجة فيها إلا على البائع".

كما ويكتب شراء الأصل- العقار- أسفل رسومه أو بمحررها أو على نسخة منها مسجلة على القاضي، ولا يكتب مجردا عنها لأن الشراء المجرد لا يثبت به الملك للمشتري، وسببه ان الشراء يكون من المالك وغيره، فالشهادة به لا توجب الملك للمشتري ولكنها توجب له الحوز بشرط أن يكون المبيع بيد البائع وقت العقد حتى قبضه المشتري منه، وإلا لما يوجب ملكا ولا حوزا<sup>1</sup>.

فرسوم الأثرية المجردة لا ينتزع بها من يد الحائز<sup>2</sup>، ولا توجب الملك<sup>3</sup>. لقول ناظم العمل الفاسي: " لا توجب الملك عقود الأثرية..."<sup>4</sup>.

وهو ما سار عليه المجلس الأعلى حيث جاء في قرار له: "...إن الشراء المجرد من تملك البائع لا يفيد الملك ولا يدل عليه ولا حجة فيها إلا على البائع"<sup>5</sup>.

وهذا فيما يتعلق بالعقار غير المحفظ لأن رسوم الملكية السابقة واستمرارها بما يدل على سبب الملك ويثبته، يتصور لزومها في هذا النوع من العقارات، ولا يطلب الموثق جميع الأصول السابقة وإنما العدد الذي تواتر به العمل عند الموثقين وهو ثلاثة أصول لقول الصنهاجي: "... الذي جرى به العمل

<sup>1</sup> أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، م س، ج 1 ص 206.

<sup>2</sup> ابو الحسن علي بن الشيخ عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل، تحقيق المجلس العلمي بفاس، طبعة 1989، ج 3، ص 23.

<sup>3</sup> الونشريسي، المعيار ج 5 م س، ص 274.

<sup>4</sup> عبد الرحمان الفاسي، نظم العمل الفاسي، المجموع الكامل للمتون، م س، ص 568.

<sup>5</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 1203، بتاريخ 4 أكتوبر 1994، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 47، يوليو 1995، ص 166.

بفاس منذ أواسط القرن 11 الهجري حتى الآن هو الاكتفاء بثلاث شراعات للأصل المبيع فيطالب البائع بدفعها للمشتري أو إعطائه نسخة منها مسجلة على القاضي،... أو ما يقوم مقامها من كون ذلك الأصل معلوما للبائع السنين المتطاولة وأنه ورثه من أسلافه وأسلاف أسلافه، وأنه معلوم لهم ومنسوب إليهم، ولا يكتفي في ذلك بمجرد استمرار الملك وهذا بين واضح تدل عليه المشاهدة"<sup>1</sup>.

وأما فيما يخص العقار المحفظ فإن الإدلاء بما يفيد سبب الملك غير لازم عند التصرف في العقار بما ينقل ملكيته، حيث أن إجراء التحفيظ العقاري يظهر العقار من أي حق غير مقيد، ولأن رسمه العقاري يشهد على المالك أنه آخر من آل إليه، وبالتالي يغني عن الإدلاء بأصول ورسوم الملكية السابقة، وعلى الموثق يجب أن يطلع على الرسم العقاري للتحري عن الوضعية القانونية للعقار والتأكد من أنه غير مثقل برهون أو تكاليف، فهو لا يحرر العقود إلا بعد تصفح ودراسة الرسوم المقدمة إليه حتى يقف على أصل الملكية وجميع التصرفات التي خضع لها العقار، ويعمل على بيان المراجع الكاملة للوثائق التي استند عليها في إبرام العقد، حسب الفقرة الثالثة من المادة 36، ورقم الرسم العقاري لإثبات الأصل.

<sup>1</sup> أبو الشتا الصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، م س، ص 171.

## المطلب الثاني: المفهوم القانوني لسبب الملك.

لقد نص المشرع المغربي من خلال قانون 16-03 المنظم لخطة العدالة من خلال الفقرة الثانية من المادة 31 على أنه: " يتعين أن تشتمل الشهادة أيضا على تعيين المشهود فيه تعيينا كافيا". وأشار من خلال الفقرة السابعة من الفصل 19 من مرسوم تطبيق خطة العدالة<sup>1</sup> أنه: " ينص في الشهادة على المستندات اللازمة طبقا للقواعد المعمول بها مع ذكر رقمها وتاريخها والدائرة التي أقيمت فيها، ومراجع التسجيل".

في الوقت الذي كان فيه ظهير 7 فبراير 1944 الملغى المتعلق بتنظيم مهنة العدول لدى المحاكم الشرعية للمملكة، بعد إلغاء ظهير 7 يوليوز 1914، يجيز تلقي الاشهاد على بيع العقار غير المحفظ دون الإشارة إلى مراجع ملكية البائع حيث كانوا يستهلون الرسوم بعبارة: "طلب المتعاقدان الإشهاد عليهما على الكيفية الآتية من غير إحضار ملكية اشترى فلان من البائع له فلان..". مما يفيد أن الرسم غير معزز بسبب الملك، ما كان يطرح اشكال إمكانية بيع ملك الغير.

غير أنه باستقراء هذه المواد لا نجد ما يمكن الاستناد إليه للقول بأنه يلزم العدل بأن يطلب أو يتأكد من وجود الوثائق المثبتة لسبب الملك، ما دامت المادة 31 من القانون المنظم لخطة العدالة تضمنت مصطلح المستندات دون تحديدها بدقة.

حيث يتعين على العدل أن يقوم بتعيين المشهود فيه تعيينا كافيا خاليا من الشك أو الغموض، والذي لن يتأتى إلا من خلال الوثائق المبينة لأصل الملك

<sup>1</sup> مرسوم رقم 2.08.378 صادر في 28 من شوال 1429 (28 أكتوبر 2008) متعلق بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة. في الجريدة الرسمية عدد 5687 صادرة بتاريخ 2 ذو الحجة 1429 (فاتح ديسمبر 2008).

والعقود السابقة المثبتة للتصرفات التي كانت سببا في تملك العقار من طرف البائع، فالملك يثبت بذكر أصله.

ونصت المادة 36 من القانون 09-32 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، أنه من بين ما يجب أن تتضمنه العقود التي يتلقاها الموثق "بيان المراجع الكاملة للوثائق التي استند عليها في إبرام العقد".

ولهذا الشرط أهمية بالغة خصوصا في مسطرة التحفيظ العقاري حيث يوضح الكيفية التي انتقل بها الملك المراد تحفيظه أو الحق العيني المراد تقييده في الرسم العقاري، فقبول مطلب التحفيظ رهين بإدلاء طالب التحفيظ للرسم والوثائق المثبتة للملك والتي تؤيده من رسوم ناقلة للملكية كالإرث أو الوصية أو الصدقة، حيث تشير الفقرة الثامنة من الفصل 13 من قانون 07-14 المتعلق بالتحفيظ العقاري أنه يلزم بيان أصل الملك.

فالعقد المدلى به يكون مرتبطا بسلسلة من العقود السابقة غير منقطعة تبين كيفية انتقال العقار محل التصرف إلى حين وصوله إلى طالب التحفيظ.

غير أن المشرع لم يحدد صنفا معينا للرسم المبينة لأصل الملك بل ترك المجال مفتوحا لمختلف أصناف الوثائق التي تعرفها الساحة التوثيقية، من وثائق موثقة على يد الموثق العدلي أو العصري، ووثائق رسمية وأخرى ثابتة التاريخ.. وغيرها.

والإدلاء بالوثائق المبينة لسبب الملك أهمية أخرى تظهر من خلال تمكين إدارة التسجيل من استخلاص الضرائب العقارية ومراقبة أداء رسوم التسجيل والضرائب السابقة، خاصة منها الضريبة على الأرباح من خلال فرض رقابتها

على أصل تملك البائع بالاطلاع على السجلات ومعرفة ثمن الشراء الأول المسجل لديها ومقارنته بالثمن الحالي.

وفي هذا الصدد ألزم المشرع الموثقين من خلال المدونة العامة للضرائب أن يحرروا العقود بعد التأكد من أداء رسوم التسجيل والضرائب من خلال بالتنصيص في الفقرة الرابعة من المادة 139: "يحظر على العدول والموثقين وغيرهم ممن يزاولون مهام التوثيق، أن يحرروا أي عقد يتعلق بتفويت أو تخل عن عقار، ما لم تسلم إليهم شهادة من مصلحة تحصيل الضرائب تثبت أداء مبلغ الضرائب والرسوم المستحقة على العقار المذكور والمتعلقة بالسنة التي حصل فيها التفويت أو التخلي وبالسنوات السالفة".

ويشار في صلب الوثيقة إلى مراجع تسجيل الوثيقة المستند عليها كأصل للملك في عقد التفويت، من سجل المحاسبة وسجل الإيداع ورقم الوصل مع ذكر التاريخ.<sup>1</sup>

هذا ويشير المشرع من خلال المادة 30 من المرسوم المنظم لخطة العدالة 28 أكتوبر 2008، إلى أنه: "إذا كانت المستندات محررة بلغة أجنبية ضم إلى الشهادة نص تعريبها منجزا من لدن ترجمان مقبول لدى المحاكم"، وهو ما نص عليه أيضا في المادة 38 من القانون 09-32 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق حيث يستعين الموثق بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي، وفي حالة تعذر وجود ترجمان، يمكن الاستعانة بكل شخص يراه الموثق أهلا للقيام بهذه المهمة شريطة قبوله من طرف المعني بالترجمة، فالأصول المحررة بلغة أجنبية، تترجم أثناء التوثيق وتضم إلى الشهادات.

<sup>1</sup> ذ سليمان أدخل، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، م س، ص 51.

## المبحث الثاني: ترجيح الملك بالسبب على الملك المطلق.

يقصد بالملك المطلق ذلك الذي لم يتقيد بسبب من أسباب الملك كالإرث أو تبرع أو شراء، أما الملك بالسبب فهو الذي يتقيد بأحد هذه الأسباب، غير أنه يشترط لقبول البيئة المثبتة لسبب الملك شروط يجب مراعاتها حتى يكون سبب الملك صحيحا ويعتد به كمرجح، فالمحكمة أثناء تعارض الحجج المدلى بها كما تهتم بمدى ذكر البيئة لسبب الملك فإنها تنظر في صحة هذا السبب للاعتداد به أو إهماله، وسنقف من خلال هذا المطلب على شروط الترجيح بسبب الملك (المطلب الأول) وحالات ترجيح البيئة بالسبب على الخالية منه (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: شروط صحة سبب الملك.

لقد جرى العمل لدى الفقهاء المالكيين على أن لا تقل أصول الملك في العقار غير المحفظ المتواترة بخصوص سبب الملك عن ثلاثة أصول كحد أدنى، حيث أن الاستظهار بالرسوم المجردة لا تفيد الملك ولا ينتزع بها من يد الحائز كما سنرى، لذلك يجب التقيد بشروط معينة حتى تعتبر صحيحة ومثبتة للتملك وسوف نصنفها كالآتي.

### الفقرة الأولى: رسوم الملكية.

ويسمى أيضا برسم الاستمرار فهما اسمان لمسمى واحد، حيث يعتبر أهم الشهادات العدلية وأكثرها شيوعا أمام المحاكم بخصوص العقار غير المحفظ، وهو بيئة لفيفية تقام متى لم يتوفر صاحب الملك على حجة قاطعة تفيد تملكه للعقار الموجود في حيازته الفعلية والقانونية، وخاصة في الأملاك التي كانت أرض خلاء ووقع استصلاحها وتهيئتها قصد الاستعمال الفلاحي أو الزراعي، وكذلك في الأملاك والعقارات التي وقعت قسمتها بين الورثة ولم يتم تحرير

مستند بذلك في حينه، لعدة أسباب ويكون كل واحد من المتقاسمين قد حاز وتصرف في الملك الذي آل إليه<sup>1</sup>.

وفي العقارات التي تم شراؤها ولسبب من الأسباب ضاع مستند الشراء أو التفويت من المشتري أو المستفيد من الهبة أو الصدقة أو أي وسيلة من وسائل التفويت المعروفة شرعا وقانونا إلى غير ذلك من الأسباب المتعددة الأخرى.

حيث يثبت بهذا الرسم ملكية العقار غير المحفظ هو عبارة عن شهادة اثني عشر شاهدا شهدوا أمام عدلين منتصبين للشهادة بأن هذا العقد: أرضا أو بناء، ويذكرون اسمه، إن كان له اسم يعرف به، وحدوده ومواصفاته، وما عليه من أبنية وأغراس وأشجار وما حفر فيه من آبار إن حفرت، ومساحته بالتقريب، ملكا للمشهود له- طالب الشهادة- الذي يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه بدون منازع ولا معارض ينسبه لنفسه والناس ينسبون له كذلك، ولم يخرج من يده بأي سبب ناقل للملكية<sup>2</sup>، أو بيع عليه بعد الحكم بذلك، إلى يوم أداء الشهادة منذ مدة، يذكرونها بعدد سنوات سلفت عن تاريخه، مدة الحيازة المكسبة للملكية لا تقل عن عشرات سنوات بدون انقطاع وخالية من النزاع ويذكرون مستند علمهم بهذه الحقائق، وهي المخالطة والمجاورة وشدة الاطلاع على الأحوال، وهو ما يعرف في علم التوثيق ب"المستند الخاص"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مختصر العلامة خليل، م س، ص 263./ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية بدون تاريخ الطبعة، ج 4، ص 233./ شرح الزرقاني على مختصر خليل، م س، ج 7 ص 347.

<sup>2</sup> ذ محمد بادن، دعوى الاستحقاق العقارية على ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي والعمل القضائي، الطبعة الأولى 2013، ص 303.

<sup>3</sup> ذ عبد العزيز توفيق، التشريع العقاري والضمانات، سلسلة المكتبة القانونية مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012، ص 15.

ويشترط إلى جانبه، توفر شهادة إدارية من السلطات الإدارية التابع لنفوذها الترابي الملك المعني بإثبات ملكيته، فقد جرى العمل عند العدول بمناسبة إقامة رسوم الملكية على العقارات غير المحفظة أن يطلبوا من الراغب في التفويت إحضار شهادة إدارية من السلطة المحلية، وعلى الخصوص القائد الإداري لمنطقة تواجد العقار، الذي يشعر مختلف المصالح المتداخلة في هذا الشأن: البلدية ومصالح المياه والغابات وإدارة الأوقاف والأحباس والأملاك المخزنية والأملاك البحرية ومصالح المحافظة العقارية والمسح الطبوغرافي والخرائطي. وذلك من أجل أن تدلي جميعها بشهادات حول العقار المعني والمراد إقامة رسم الملكية له، من كونه لا يكتسي الصبغة الجماعية- أي ليس عقار جماعة محلية حضرية كانت أو قروية- أو عقار جموع وفق مفهوم الجماعات السلالية، ولا يعد من الأراضي الغابوية، ولا يقع ضمن الأراضي البحرية وغير ذلك من المصالح، لكون هذه العقارات يغلب عليها أن تكون مهجورة وغير محروسة، وليس محل مطلب للتحفيظ أو رسم عقاري<sup>1</sup>.

فعلاج إشكالية أصل الملك في ميدان العقارات غير المحفظة لا ينبغي تركه للممارسة العدلية والدوريات والمناشير فحسب، وإنما كان على المشرع المغربي أن يتدخل في هذا الإطار بنصوص قانونية واضحة وكافية تعالج الإشكال خاصة من الناحية الإجرائية، وذلك خدمة لاستقرار المعاملات وتحقيقاً للأمن العقاري وتحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين والعدول<sup>2</sup>.

فترجيح البيئة المتضمنة للسبب، لا يكون إلا إذا كانت مستوفية لجميع شروط الملك المعتبرة شرعاً، فإذا اقتضت بيئة على بيان السبب ووجه المدخل

<sup>1</sup> ذ العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، م س، ص 97-98 (بتصرف).

<sup>2</sup> ذ سليمان ادخول، التوثيق العدلي، م س، ص 107.

ولم تنص على شروط الملك الخمسة، ونصت الأخرى على هذه الشروط ولم تذكر السبب ووجه المدخل، فإن البيئة التي ذكرت هذه الشروط مقدمة، إلا إذا كانت بيئة السبب ناقلة فنقدم<sup>1</sup>.

لقد حدد الفقهاء شروط الملك في خمسة شروط تتمثل في اليد والنسبة والتصرف وطول المدة المعتبرة شرعا وعدم المنازع<sup>2</sup>، لقول الونشريسي في المعيار منسوبا إلى المازري: "شروط إثبات الملك خمسة، اليد وتصرف الحائز تصرف المالك والنسبة وعدم المنازع وطول مدة الحيازة، وذلك قدر ما يرى وأقله سنة وقيل عشرة أشهر، فإذا توفرت الشروط جاز لمن علمها أن يشهد لصاحبها بالملكية"<sup>3</sup>، وهو ما نص عليه المشرع من خلال المادة 240 من م ح ع في معرض تحديده لشروط الحيازة.

وهو نفس ما سار عليه العمل القضائي حيث جاء في إحدى حيثيات قرار محكمة النقض أنه: "حيث ان ما ذهب إليه الفقه في باب الاستحقاق هو أن الملكية لا تكون عاملة إلا إذا اشتملت على شروط الملك الخمسة"<sup>4</sup>.

يعتبر عقد البيع من العقود التي تنصب على الملكية، و يجب أن يكون البائع مالكا للمبيع ملكية شرعية تامة حتى يتمكن من نقلها إلى المشتري وإلا ما جاز له أن يظهر بصورة المالك ولا أن يلتزم ببيع شيء لا يملكه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ذ محمد برادة اغزيول وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 2 الطبعة الثانية أبريل 2007، ص 72.

<sup>2</sup> سوف نتطرق لها بتفصيل أثناء تحليل بيئة الملك على بيئة الحوز.

<sup>3</sup> الونشريسي، المعيار المعرب، م س، ج 10، ص 392.

<sup>4</sup> القرار عدد 330، الصادر بتاريخ 8 فبراير 2006، في الملف المدني رقم 2004/3/1/3157، غير

منشور.

<sup>5</sup> ذ عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، طبعة 2014، ص 177.

وإذا كانت أصول الملك المتواترة والمطرودة تتحدد - ما سبق ذكره- بثلاث شرائع للأصل المبيع حيث يطالب البائع أو المتصرف عامة بدفعها للمشتري أو المتصرف إليه، أو إعطائه نسخة منها مسجلة عند القاضي، فإنه متى قَلَّتْ عن ثلاثة فإنه يُلجأ إلى تقنية الحيازة إن توفرت مدة العشر سنوات، وإلا يُنجز رسم إحصاء تكمل به الأصول الثلاثة شريطة أن يتم الإحصاء بناء على تلك المستندات حتى لو كانت تنقص عن العدد المطلوب، أو ينجز الإحصاء بواسطة الشهود عند عدم وجود الوثائق، وينبغي أن يستأنس العدل بكل الوثائق التي تفيد الملك، كفواتير الكهرباء والخرائط والتصاميم وغيرها، ولا ينبغي العمل بالإحصاء المستند إلى مجرد أقوال الورثة إلا عند تفويت حق عيني يملكه القاصر لفائدة أحد الورثة أو الأغيار، أو تفويت حق عيني يملكه أحد الورثة لفائدة القاصر، والكل في إطار قواعد مدونة الأسرة وقانون المسطرة المدنية<sup>1</sup>.

### الفقرة الثاني: رسوم التبرع.

التبرع هو ما يعطيه الإنسان مجاناً دون مقابل كالهبة والصدقة والحبس والعمرى والعرية والإسكان والمنحة والإرفاق إلى غير ذلك من التبرعات، ولا يختلف بعضها عن بعض من حيث طبيعتها الدينية والفقهية إلا في الأحكام المسطرة شرعاً وتشريعاً، وتنقسم عقود التبرع إلى عقود فئتين:

- عقود هبات: وهي التي يترتب عليها افتقار الواهب، وذلك بإخراج مال معين من ذمته إلى المتبرع له، فإذا كان التبرع حال الحياة سمي هبة أو صدقة، وأما إن كان التنفيذ بعد الوفاة سمي التبرع بالوصية.

<sup>1</sup> ذ محمد الكويت، موقف القانون المغربي من إشكالية أصل التملك العقارات غير المحفظة، مقال منشور في مجلة قراءات في القوانين العقارية الجديدة، ص 64.

- عقود التفضيل: وهي التبرعات التي لا يترتب عليها افتقار ذمة المتفضل، كالتبرع بالمنافع والخدمات، وذلك كالقرض الحسن والوديعة ولكفالة والوكالة بغير أجل وغيرها<sup>1</sup>.

وحتى يعتد برسم التبرعات كسبب للملك يشترط أن يقوم وفق شروط، فعقد التبرع تعتبر عقودا رضائية حيث يتم انعقادها بمجرد الإيجاب والقبول، فتكون ملزمة لمن خرجت منه بذلك، غير انها تتطلب شكلية معينة حتى يثبت بها انتقال الملكية إلى المتبرع له وخروج الملك من يد المتبرع، هذا الخروج والانتقال لا يكون إلا بالقبض الذي يستوجب الإشهاد عليه من طرف عدلين يحررانه في محرر رسمي، وقد ارتبط التوثيق العدلي بالفقه الإسلامي الشيء الذي جعل من العدول ماضيا وحاضرا على مستوى التطبيق هم الذين يبرمون وثيقة التبرع بصفة عامة، فكتابة وتوثيق المعاملات بواسطة العدول تقليد أصيل في النظام الإسلامي، حيث اهتم الحكام المسلمون بتعيين بعض الناس لكتابة الوثائق كوظيفة يتفرغون لها، و هو التعيين الذي يتم ما بين العارفين بعلم التوثيق<sup>2</sup>.

فمجال تدخل العدول في تحرير رسوم التبرع لا زال قائما رغم وجود مؤسسة التوثيق العصري، وذلك لأن اللجوء إلى العدول لإبرام عقود التبرع هو الأكثر شيوعا نظرا للثقة التي يضعها المتعاقدون في الوثيقة التي تحرر من طرفهم. ما يتطلب منهم إتقان الصنعة حتى تكون العقود المحررة سليمة من العيوب التي قد تؤدي إلى عدم الاعتداد بتلك الوثيقة في حالة النزاع.

<sup>1</sup> ذ عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الاسلامي الأخرى والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2012، ص 9-10.

<sup>2</sup> عمر الأبيض، شرط الحوز في التبرعات، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال الرباط 2009-2010، ص 71.

وقد قضى العمل القضائي في قرار للمجلس الأعلى أن: " الأصل أن تتم التبرعات بإشهاد عدلي وأن يتضمن الرسم أوصاف المتبرع ورقم بطاقته الوطنية وكل ما يحقق هويته، وإذا كان الشخص أميا وجب أن يتلقى التزاماته موظفون رسميون، يتعرض للنقض القرار الذي لم يتقيد بهذه المقتضيات الفقهية والقانونية"<sup>1</sup>.

وإشهاد العدول في عقود التبرعات يهم الحوز كضرورة لصحة تلك العقود، حيث يشترط الفقهاء والمشرع وضع اليد على الشيء المحوز من قبل المعطى له<sup>2</sup>، ورفع يد المعطى عن الشيء المعطى، وإحلال يد المعطى له محلها حيث يُمكنه من العطفية دون عائق أو عارض فيكون بهذا المعنى أقرب للالتزام بالتسليم المنصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود<sup>3</sup>.

كما ويهم إشهاد العدول معاينة الأتمية في المتبرع أيا كان نوع التبرع، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى أن: " معاينة أتمية المتصدق من العدلين لا يدحض بشهادة الشهود فمن أسباب الترجيح المعمول بها أن شهادة العدلين مقدمة على شهادة غيرهما"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 364، مؤرخ في 30-06-2004، ملف شرعي عدد 2003/1/2/505، غرفة الأحوال الشخصية بمجلة الملف العدد 6 ماي 2005.

<sup>2</sup> التسولي، البهجة في شرح التحفة، م س، ج 2 ص 308.

<sup>3</sup> ينص الفصل 499 من ق.ل.ع على أن: " يتم التسليم حين يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا حيازته بدون عائق".

<sup>4</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 327، بتاريخ 06/06/2007، بالملف عدد 2006/1/2/686، أورده، ذ إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء دار السلام للنشر، الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص 259.

وإذا كان الاشهاد سواء بالأتمية أو الحوز يتطلب تدخل عدلين في التوثيق العدلي، فإنه يشترط تدخل قاضي التوثيق بوضع خطابه بعد تأكده من صحة المحرر وخلوه من العيوب، لإضفاء صبغة الرسمية على المحرر.

فقد اشترط المشرع من خلال المادة 274 من م.ح.ع على أنه: "يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي" وتماشيا مع ما تنص عليه المادة 291 من نفس القانون التي تحيل على أن أحكام الهبة<sup>1</sup> تطبق على الصدقة<sup>2</sup>، فإن هذه الأخيرة يجب أن تبرم في عقد رسمي تحت طائلة البطلان.

فلا شك أن الوثيقة الرسمية لها من الحجية ما يجعل منها حجة بذاتها وتستمد الوثيقة الرسمية حجيتها من الفصلين 419 و 420 من ق.ل.ع.

ولعل المشرع عندما توخى رسمية عقود التبرع كان يهدف إلى تلافي النزاعات التي تثيرها هذه المحررات، فرتب جزاء البطلان متى لم يحترم فيها المتبرع هذه الشكلية، فأصبح هذا المقتضى من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته وللمحكمة إثارته تلقائيا ولو لم يطالب به الأطراف، ويمكن إثارة الدفع بالبطلان في أي طور من أطوار المسطرة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الهبة عرفها المشرع من خلال المادة 273 من م.ح.ع أنها تملك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض.

<sup>2</sup> الصدقة حسب المادة 290 من م.ح.ع، تملك بغير عوض لملك، و يقصد بها وجه الله تعالى، والفرق بينها وبين الهبة يكمن أساسا في كون الصدقة تكون بقصد ثواب الآخرة ووجه الله تعالى بينما الهبة تكون لوجه المعطى له أو الموهوب.

<sup>3</sup> عبد الواحد بن مسعود، الهبة والصدقة في مدونة الحقوق العينية، مقال منشور بمجلة الأملاك، عدد مزدوج 11-12 تاريخ 2013، ص 16.

### الفقرة الثالثة: رسم الحيازة.

تظهر أهمية السبب عند وجود الحيازة بشروطها أو عدم وجودها كذلك، فلو ادعى شخصان حيازة عقار طيلة المدة المعتبرة، فإن الذي يذكر سبب الحيازة ترجح ملكيته على من لم يذكر السبب، كما أن " من حاز شيئاً مدة تكون الحيازة فيه معتبرة والمدعي حاضر ساكت وليس له عذر في سكوته، ثم يقوم على الحائز ويدعي عليه، فادّعى الحائز الشراء، كان القول قوله مع يمينه<sup>1</sup>.

وكمثال على أهمية ذكر السبب عند عدم وجود الحيازة، أنه لو شهدت بينة بأن هذا العقار ملك لشخص، وشهدت أخرى بأنه ملك لشخص آخر، وزادت إحداهما أنه تملكه بالشراء أو بالهبة أو بالصدقة، ولم يكن أحدهما حائزاً للعقار، أو كان حائزاً له حيازة لم تستوف مدتها<sup>2</sup> ولم تكتمل شروطها، فإن البينة التي ذكرت سبب التملك من بيع أو صدقة أو هبة تقدم على البينة التي جاءت مجردة عن سبب التملك.

وإذا لم يرد ذكر السبب في أي من البيئتين والحال أنه لم يحز الملك أي واحد منهما فإن البيئتين تتساقطان، وفي ذلك يقول القرافي: " ..وإذا تنازعا دارا ليست في أيديهما قسمت بينهما بعد أيمانهما"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، م س، ج 1 ص 267.

<sup>2</sup> تتحدد مدة الحيازة في عشر سنوات حسب ما نص عليه المشرع المغربي من خلال المادة 250 من مدونة الحقوق العينية: " إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكاً حيازة مستوفية لشروطها واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة و القائم حاضر عالم ساكت بلا مانع و لا عذر، فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار".

وتكون حسب المادة 251، " فيما بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة أربعين سنة، وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة".

<sup>3</sup> شهاب الدين القرافي، لفروق ومعه إدرار الشروق على أنواع الفروق، م س، ج 4، ص 214.

وقد قسم الفقهاء الحيازة من حيث مدخل الحائز إلى ما جهل أصل الملك لمن هو، وإلى حيازة مع علم أصل الملك، فالأولى يكفي فيها عشرة أشهر فأكثر إن كان المحوز عقاراً أو غيره، والثانية لا بد فيها من عشر سنين فأكثر في العقار:

- حيازة ما جهل أصله، يقصد بها أن يكون أصل الملك غير معروف للمدعي ولا لغيره، حيث يكون مدخله إليه مجهولاً، ويُتصوّر ذلك في الحيازة الواقعة على شيء غير مملوك لأحد كالاستلاء على عقار لم يسبق الملك فيه لأحد أو إحياء أرض الموات<sup>1</sup>، فتجوز حيازته متى توفرت شروط إثبات الملك الخمسة من: اليد، وتصرف الحائز تصرف المالك، والنسبة، وعدم المنازع، وطول مدة الحيازة وذلك قدر ما يرى وأقله سنة وقيل عشر<sup>2</sup>، لقول صاحب العمل الفاسي:

وحوز ما جهل أصله كفى\*\*\* عشرة أشهر والعام وفي.

ففي هذه الحالة يشترط لاعتبار الحيازة سبباً لإثبات الملك، قيام شرط التصرف والنسبة وعدم المنازع وأن تستمر مدة عشرة أشهر على الأقل حسب ما ذكره الفقهاء<sup>3</sup>، حيث تعتبر هذه المدة الحد الأدنى الذي يجوز فيه للشهود أن يشهدوا بالملك للحائز على حيازته أما أقل من ذلك فلا تجوز، لقولهم "كعشرة أشهر فأكثر" فأقل منها لا يشهدون بالملك ولا تصح شهادتهم به إن شهدوا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ذ محمد القدوري، حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، م س، ص 32 (بتصرف).

<sup>2</sup> النوازل الصغرى المسماة (المنح السامية في النوازل الفقهية)، م س، ج 4، ص 364.

<sup>3</sup> قولهم "و حوز طال كعشرة أشهر.." حاشية الخرشي، م س، ج 8 ص 109 / و جواهر الاكليل شرح مختصر خليل، م س، ج 2 ص 373 / مواهب الجليل من أدلة خليل، ج 4، ص 259...

<sup>4</sup> محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 6، ص 149.

فالمقصود بما جهل أصله عند الفقهاء، هو الحيازة كوسيلة لإثبات الملك، وأما إحياء أرض موات فهو سبب من الأسباب المباشرة لكسب الملك شأنه في ذلك شأن الإرث والبيع والهبة والصدقة، إلا أن الفرق بينهم يكمن في أن الإحياء يقع على عقار لم يسبق لأحد أن ملكه وأما الأسباب الأخرى من بيع أو هبة أو صدقة و غيرها فإنها تعتبر أسبابا للملك بنقل العقار من مالكه، ولعل هذا ما جعل الفقهاء والمشرع يحددون مدة حيازة ما جهل أصله في مدة قصيرة (عشرة أشهر) نظرا لأن مالكها غير معروف أو لأنه لم يسبق أن ملكها أحد من قبل، على خلاف حيازة عقار عرف أصله وله مالكه والتي تعتبر طويلة المدة.

وقد سار العمل القضائي في نفس السياق حيث رجحت ابتدائية فاس في اجتهاد قضائي لها، بينة متعرض على مطلب للتحفيظ لصحة حيازته للملك المدعى عليه ولجهل أصل مدخله، جاء فيه: "...وعليه أمام ثبوت الحيازة و جهل أصل المدخل والتصرف بتربية المواشي والسكن وتنقية الاحجار وحضور المحوز عليه أي طالبي التحفيظ ببلد الحوز وعدم وجود أي منازعة سابقة فضلا عن ما ذكر سابقا بكون وثائق طالبي التحفيظ غير منطبقة على مطالبهم والأصل في الأشياء الاستصحاب يكون التعرض الصادر عن... فلان ومن معه مؤسسا ويتعين الحكم بصحته"<sup>1</sup>.

- حيازة ما علم أصله، ويقصد بها إما أن يكون أصل التملك معروف للمدعي وانتقل من يده إلى يد الحائز بسبب لا يوجب الملك، كالكراء والإسكان

<sup>1</sup> حكم المحكمة الابتدائية لفاس، عدد 04/2 و 04/3، الاصل عدد 2004/3، صادر بتاريخ 9 يونيو 2011، غير منشور.

مجانا والمساقاة والعمري والعارية والغصب ونحو ذلك، فإن حوز الحائز عشر سنين فأكثر لا يعتبر، لأنه علم أصل مدخله فلا تنفعه حيازته<sup>1</sup>.

وإما أن يكون أصل التملك معروف للمدعي وانتقل من القائم أو أبيه إلى يد الحائز بوجه معروف يوجب الملك، كالشراء أو الهبة أو الصدقة، فإن حيازته تنفعه، متى أثبت أنها طالت مدة عشرة أعوام إذا كان المحوز عليه أجنبيا غير شريك للحائز، لقول الناظم<sup>2</sup>: والأجنبي إن يحز أصلا بحق \*\*\* عشر سنين فالتملك استحق، وهو ما ذهب له المشرع في مدونة الحقوق العينية من خلال المادة 250.

وأربعين عاما إذا كان قريبا غير شريك، لقول الناظم<sup>3</sup>: "والأقربون حوزهم مختلف... فهو بما يجوز الأربعين... وذو تشاجر كالأبعدين" فمدتها بين الأقارب غير الشركاء الذين بينهم عداوة أربعين سنة، وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة، حسب المادة 251 من م ح ع.

فهذه الحيازة تعتبر طويلة المدة وتكون قاطعة لحجة القائم مع علم أصل ملكه ومحل قطعها لذلك إذا لم يعلم أصل مدخله أما إذا علم ككونه دخل ببراء من القائم أو إسكان أو مساقاة ونحو ذلك، فإنها لا تقطعها ولو طالت<sup>4</sup>، وممانعة من سماع دعوى الغير في ملكية الشيء المحاز<sup>5</sup>.

ويعتبر الفقهاء الحيازة بأنها قرينة على التملك، وليست سببا فيه، لأن المفروض أن هذه الحيازة تستند هي نفسها على سبب حقيقي للتملك، حيث تعتبر

<sup>1</sup> البهجة في شرح التحفة، م س، ج 2، ص 468.

<sup>2</sup> إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س، ص 191.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، ص 192.

<sup>4</sup> البهجة في شرح التحفة، م س، ج 2 ص 462.

<sup>5</sup> ذم محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، م س، ص 319.

أسباب التملك الحقيقية هي عقود التفويت وهذه الأخيرة متى كانت مجردة عن أسبابها لا تفيد هي الأخرى في التملك، وهو ما تبناه المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية بقوله أنه: "لا تفيد عقود التفويت ملكية العقارات غير المحفظة إلا إذا استندت على أصل التملك وحاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية"، وقد وردت هذه القاعدة في قرار للمجلس الأعلى جاء فيه: "من الثابت أن رسوم الأثرية المجردة من تملك البائع لا تفيد الملك لقول صاحب العمل" لا توجب الملك رسوم الأثرية" ويكون اعتبار المحكمة لرسم شراء المدعي حجة على الملك في غير محله"<sup>1</sup>.

غير أن المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية لم يكن صائبا عندما ذكر عبارة "وحاز المفوت له العقار"، فقد عبر بحرف "الواو" بدلا من حرف "أو" فكان أحرى به أن يقول: "أو حاز المفوت له العقار..." وذلك لأن الحيازة القانونية المتوفرة على شروطها تغني عن الإدلاء بما يفيد سبب الملك لأنها تعد هي نفسها أصلا من أصول التملك، حيث تثبت حق الحائز وتُسقط دعوى القائم وتكون سببا من أسباب اكتساب الملكية والحقوق العينية الأخرى<sup>2</sup>.

وكذلك تعد رسوم الأثرية غير المجردة فلا محل إذن للجمع بين أصليين للتملك. فإذا اعتمد المشتري على هذا السبب نفسه فإنه يجوز له أن يتصرف في العقار بموجبه دون أن ينتظر مرور مدة الحيازة حتى تثبت له الملكية بطريق آخر يتجلى في الحيازة، فالمتصرف في العقار يعتبر مالكا له متى بين سبب ملكه

<sup>1</sup> قرار عدد 1341 ، بتاريخ 15 نونبر 1988 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج 42-43 السنة 1989 ، ص 29 وما يليها.

<sup>2</sup> Michéle muller, « Droit civil, par cours juridiques, france » Edition foucher, vistim 2007, p 60.

برسم من رسوم الملكية المعتد بها، وأما إن لم يتوفر لديه السبب فإنه يستدل على ملكه بحيازته إن توفرت بشروطها.

ويتميز رسم الحيازة بأن له خاصية التطهير للملكية، فلو أن شخصا ملك عقارا بمقتضى عقد بيع غير مستوف للشروط المتطلبة في ذلك العقد، ثم حاز العقار و تصرف فيه طيلة المدة المعتبرة في الحيازة وتوفرت له شروطها فإنه يعتبر مالكا له ملكا صحيحا، ويتطهر ذلك العقد من العيوب التي شابته، فلا يمكن لأي شخص آخر أن يتمسك بذلك العيب ليطلب الحكم ببطلان البيع<sup>1</sup>.

وفي نوازل الوزاني جواب القاضي سيدي العربي بردلة حول نازلة قال: " عقود الأثرية القديمة وغيرها لا يُبطلها وجود رسم غير مستوف للشروط، لأن حوزة على وجه الملك والشراء والتصرف هو الذي يثبت به الملك"<sup>2</sup>.

ويُعتبر ذكر مدة التصرف في البينة المثبتة للملك شرطا لازما قضى به العمل القضائي، حيث رفضت المحكمة الابتدائية لايمنتانوت الاعتراف برسم تصرف لإثبات الملك نظرا لخلوه من تحديد شرط المدة المعتبرة شرعا، فجاء في إحدى حيثياته أنه: " حيث استظهر الطرف المدعي بصورة رسم تصرف مضمن بعدد... اتضح من استقراءه أنه غير معتبر شرعا نظرا لتخلف تحديد شرط المدة المعمول به شرعا في مجال البيّنات المُثبتة للملك"<sup>3</sup>.

كما ويشترط في البينة الشاهدة بالملك أن يذكر شهودها مدة الحيازة أو التصرف بتفصيل، أي بعدد الأشهر أو السنوات، وهو ما يستفاد من الحكم نفسه

<sup>1</sup> ذ محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الاسلامي، م س، ص 404.

<sup>2</sup> محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى المسماة (المنح السامية في النوازل الفقهية)، م س، ج 4، ص 233.

<sup>3</sup> حكم ابتدائية ايمنتانوت، عدد 2007/09، ملف ميراث (دون ذكر العدد)، صادر بتاريخ 2007/06/12، غير منشور.

المذكور أعلاه: " لا يكفي قول الشهود المدة المعتبرة شرعا، لأنهم من جهة غير أكفاء لمعرفة الشرع و ما ينص عليه من مدد وتأصيل ذلك مما يدخل ضمن عمل الفقهاء، ومن جهة ثانية فإن هؤلاء الفقهاء قد حددوا مجموعة من المدد الذي تعتبر فيها الحيازة قرينة على الملك فيتعين بذلك على شهود البيئة تحديد إحداها بدقة حتى تعمل القواعد الشرعية بخصوصها".

### الفقرة الرابعة: رسم الإرث.

إن الإرث لا يستحق إلا بسبب وبشروط وبانتفاء الموانع، ومن أجل معرفة ذلك لابد من إثبات رسمي في وثيقة يرجع إليها، حيث يتم تعيين الوارث بصفته والإدلاء بوثائقه الإدارية الدالة على حياته بعد موت موروثه، وذكر الهالك بتاريخ وفاته وورثته ودرجة قرابته ومن أوصى له إن وجد، كما تشتمل هذه الوثيقة على تأصيل الفريضة وتصحيحها<sup>1</sup>. ويناط بالعدول مهمة الإشهاد على هذا الرسم وتحريره، إما مباشرة أو عن طريق شهود اللفيف الذين يعلمون حال الهالك وورثته.

ويعرف رسم الإرث بأنه "رسم عدلي يكشف عن موت الموروث وعن عدد الورثة، وعن علاقتهم بالموروث"<sup>2</sup>. وتكمن أهميته من الناحية العملية في أنه من الوسائل اللازمة لتصفية التركة، وفي حالة قيام نزاع فلا بد من الإدلاء به أمام المحكمة المختصة، لأنه بمثابة وثيقة تثبت صفة المدعي في دعوى الإرث أو غيرها من الدعاوي المتعلقة بموضوع النزاع.

<sup>1</sup> ذ محمد رياض، أحكام الموارث بين النظر الفقهي و التطبيق العملي وفق مدونة الأسرة الجديدة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثالثة 2009، ص 256-257.

<sup>2</sup> ذ محمد الكشور، القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2011، ص 180.

وينقسم رسم الإرث إلى ثلاث أنواع: إرث عدلية، وإرث مثلية وإرث ليفية<sup>1</sup>.

- **وثيقة الإرث العدلية:** هي الوثيقة التي يحررها العدلان مباشرة حيث يشهدان فيها من علمهما، بثبوت موت الهالك وعدد ورثته ويطلق عليها الشهادة العلمية، كما يصطلح عليها أيضا بالشهادة الوضعية، غير أن هذه الشهادة العلمية للعدول تتوقف على إذن من القاضي المكلف بالتوثيق، حسب ما نص عليه المشرع من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 27 من القانون المنظم لخطة العدالة: " يحق للعدلين أن يشهدا شهادة علمية بإذن من القاضي".

- **وثيقة الإرث المثلية:** هي شهادة مختلطة يشهد فيها عدل واحد مع ستة من اللفيق، بثبوت الموت وعدد الورثة، وتسمى بالشهادة المثلية.

- **وثيقة الإرث باللفيف:** وهي التي يشهد فيها اثنا عشر شاهدا أو أكثر أمام عدلين منتصبين للإشهاد بواقعة وفاة الهالك وعدد ورثته، وهي الوثيقة الغالبة والشائعة في المجال العملي.

ويثبت رسم الإرث الصفة في الادعاء وليست بحجة أو سند لإثبات التملك، فالإرث تعتبر غير منشئة للحق الذي انصبت عليه وإنما حاصل دورها بيان وفاة الهالك الموروث وتحديد تاريخ الوفاة وحصر عدد الورثة والمتروك، وذلك من خلال رسم إحصاء المتروك الذي لا يعني تملك الهالك للمشهود فيه موضوع الإحصاء، بل محض جرد لمخلفه بغض النظر عن سند تملكه ودليل

<sup>1</sup> أبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، م س، ج 1 ص 145-144.

تحوّزه، لذلك فإن الإحصاء لا يعول عليه لإثبات التملك بل هو زمام إنجازه العدلين لمخلف الهالك، وقد لا يغدو حجة حتى على أصحابه حال المجادلة في مضمونه من لدن كل ذي مصلحة، وهو ما ذهب له العمل القضائي حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى أن: "... وقد تبين من الاطلاع على هذين الرسمين أن ما أثاره الطالبان بشأنهما صحيح، فالرسم الأول هو مجرد زمام للتركة يتضمن تصريح المدعية للعدلين المحررين له بأن والدها فلان خلف لفلان لم يتسلمه الطالبان ولم يحضرا أثناء إنجازهما، لذلك لا يعتبر حجة في مواجهتهما"<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى: "... بحقا لقد صحّ ما عابته الوسيلة على القرار المطعون فيه، ذلك أن رسم إحصاء التركة لا يعتبر حجة إلا على من أكده أو سلم بمضمونه"<sup>2</sup>، كما ويعتبر: "أن حجية رسم الإحصاء تنحصر على مقدمه فقط ولا تتعداها إلى غيره، وأن رسم الإحصاء لا ينزع به الملك المتنازع فيه من يد حائزه والذي يحوزه بيقين ولا ينزع منه إلا بيقين كما هو مستقر عليه فقها وقضاء"<sup>3</sup>.

فكثيرا ما يعتقد المتداعيين أن رسم الإحصاء وسيلة يمكنهم اعتمادها لإثبات التملك، غير أن الاجتهاد القضائي متفق على عدم قبول زمام احصاء التركة حجة لإثبات التملك العائد لموئهم، وهو ما جاء في قرار حديث لمحكمة النقض حيث اعتبرت أن "رسم الإحصاء مجرد زمام لا يثبت به الملك وحجيته تنحصر بين المشهود لهم فيه والمقرين به، ولا يمكن أن يواجه به الغير... وأن

<sup>1</sup> قرار عدد 96، بتاريخ 2002/02/06، الصادر في الملف العقاري عدد 99/1/2/323، منشور بقضاء المجلس الأعلى في القسمة 1998-2004، الجزء الثاني، ص 117.

<sup>2</sup> قرار عدد 276، صادر بتاريخ 2003/06/18، في الملف العقاري عدد 99/1/2/427، قضاء المجلس الأعلى من 1998-2004، ج 2، ص 166.

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 1933، بتاريخ 2008/05/21، الصادر في الملف المدني عدد 2006/1/1/3460، منشور بمجلة سلسلة الاجتهاد القضائي عدد 2، ص 126.

رسم لفيف المتروك الذي أدلى به في هذه المرحلة غير كاف لإثبات استحقاق المدعى فيه لخلوه من شروط الملك"<sup>1</sup>.

كما وأن خلو رسم الإرث من شروط الملك لا يجعله محل اعتبار لإثبات التركة حيث يشترط توفره على شروط الملك الخمسة المقررة فقها لما قال به المجلس الأعلى في قرار له، الذي جاء فيه: "حيث ان إحصاء المتروك المقام من طرف أحد الورثة في غياب الباقي والمجرد عن شروط الملك الخمسة المقررة فقها يعتبر مجرد زمام لا تثبت به التركة، والمحكمة التي ثبت لها أن موجب الإحصاء عدد... المستدل به من طرف الطالب لا يتوفر على الشروط المذكورة وردته ورتبت على ذلك عدم الاستجابة للطلب في غياب وسيلة إثبات أخرى تكون قد تقيدت بالنقطة القانونية التي بت فيها المجلس الأعلى وعللت قرارها تعليلا سليما"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض، عدد 155، صادر بتاريخ 2014/04/08، في الملف رقم 2013/8/1/4385،

غير منشور.

<sup>2</sup> قرار عدد 251، مؤرخ في 2006/04/26، بالملف الشرعي عدد 2005/1/2/439، منشور بقضاء

محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج، ذ عمر أزوكار، م س، 282.

## المطلب الثاني: حالات ترجيح البيئة المبينة للسبب على الخالية منه.

إن تعارض البيئات المثبتة لمدخل التملك يظهر في التطبيق العادي والمألوف في حالة ذكر إحدى البيئتين لسبب الملك وخلو المقابلة لها من بيانه حيث ترجح الأولى على الثانية (الفقرة الأولى)، غير أن الواقع العملي أفرز حالات أخرى حيث يتحد فيها سبب الملك في البيئات المتعارضة بحيث يرد ذكر سبب الملك فيهما معا (الفقرة الثانية)، وأحيانا أخرى يختلف فيها سبب الملك في البيئتين المتعارضتين (الفقرة الثالثة)، وهو ما سنعمل على تحليله كالاتي.

### الفقرة الأولى: بيان إحدى البيئتين لسبب الملك دون الأخرى.

تعتبر هذه الحالة الأصل المعتمد في قاعدة الترجيح بسبب الملك على البيئة الخالية من ذكره، حيث تكون المحكمة أمام دليلين أحدها معززا ببيان سبب الملك ومستوفيا كافة شروطه المعتبرة شرعا كما سبق بيانه، ودليل مجرد خالي من بيان سبب الملك، أو يذكر سبب الملك لكنه خالي من شروط صحته. فالمحكمة إعمالا للقاعدة ترجح البيئة التي ذكرت السبب على التي جاءت مطلقة، فمتى شهدت بيئة أن هذا الملك لزيد، وشهدت الأخرى أنه ملك لعمر وبينت سببه بأن قالت بنتاج أو ورثه أو غيره من أسباب الملك، فإنها تقدم على من أطلقت لزيادتها بيان سبب الملك، فهي تضمنت زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عليها ذلك<sup>1</sup>.

وهو ما قضى به مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى حيث رجح البيئة المبينة لسبب الملك على التي شهدت به مطلقا، في حكم جاء فيه: "...حيث أدلى

<sup>1</sup> التاج و الإكليل لمختصر خليل للمواق بهامش مواهب الجليل، م س، ج 2 ص 207/ الأشباه و النظائر للسيوطي، م س، 506.

المدعي بنسخة شهادة لفيق بمعرفته وأن له وبيده وعلى ملكه وفي حوزة وتصرفه جميع القطعة المذكورة كانت من جملة الموات لا مالك لها، فأحيائها وتصرف فيها المدة المذكورة (ثلاث عشرة سنة) من غير منازع ولا معارض مدة تصرفه، فعارضه المدعى عليه بلقيف شاهد بأن القطعة المذكورة ملك له، فحكم.. بترجيح بيئته المدعي على بيئته المدعى عليه لأنها بينت سبب الملكية وهو الإحياء، لقول الشيخ خليل "وإن أمكن الجمع بين البيئتين جمع وإلا رجح بسبب ملك كنسج ونتاج" وفي المجموع "وإن أمكن جمع بين البيئتين جمع وإلا رجح بسبب الملك"<sup>1</sup>، فقد ذهب القرار إلى أنه متى تعارضت ملكيتان إحداهما شهد شهودها لصاحبها بملكية قطعة أرض كانت مواتا وأحيائها وتصرف فيها مدة ثلاثة عشرة سنة، والثانية شهدت لصاحبها بالملك فقط، دون الإشارة إلى سببه، فإنه ترجح الأولى على الثانية لأنها بينت سبب الملك الذي هو إحياء أرض موات.

وهو ما جاء في قرار آخر صادر عنه ونصه:

"... بعد إمعان النظر في الحجج المشار إليها والحكم المبني عليها، تبين أن الملك المتنازع فيه لا إشعار للقسمة به إلا من جهة نسبه لابن حم... فلا حجة فيها أصلاً للمدعى عليه، حيث لم يدل بما ينقل له الملك ولا نُسب له في القسمة شيء من ذلك لا أدلى بما يقر به من ابن حم ولا لأحد ورثته ولا ادعى شيئاً من ذلك، وإنما له مجرد الدعوى فقط، مع اليد الثابت تعديها من غير طعن له فيه، وخديجة وورثة فاطمة بيدهم الملكية التامة والإشهاد بتعدي المدعى عليه، عليهم مع اعترافه بتسليم الملك لفاطمة إن أدلت بما يشهد لها، وقد أدلت به ولم

<sup>1</sup> حكم عدد 65 بتاريخ 23 شوال 1341، في القضية رقم 283، منشور بمجلة الاحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول، م س، ص 287.

يدل هو بطعن شرعي فيه، ولا بما يعارضه مما شهد له بما ادعاه على أن وجود تلك القسمة بيده وهو أجنبي عن ابن حم المذكور مما يؤيد دعوى التعدي، إذ لا وجه لكونها بيده فيما يظهر..<sup>1</sup> فالادعاء المجرد من ذكر سبب يُثبت شرعية انتقال الملك للمعتدي لا يعتد به في الدعوى ويترتب عنه حسب الحكم تخلي مدعيه عن المدعى فيه.

وتطبيقا لقاعدة ترجيح بيئة السبب على البيئة الخالية من ذكره سار القضاء المغربي، حيث قضت محكمة النقض في إحدى قراراتها أن: "شراء المتعرضة وإن كان أقدم تاريخا من شراء طالب التحفيظ فلا يمكن ترجيحه لخلوه من مدخل التملك، وبالتالي فإنه غير عامل في الإثبات"<sup>2</sup>.

ونصت أيضا في قرار آخر جاء في حيثياته أن: "المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما علته بأنه تبين لها أن ملكية الطرف المدعي ورثة لحسن والحسين هي الراجعة لكونها تضمنت بيان وجه المدخل، والثابت فقها أن **المبينة لوجه المدخل تقدم على الخالية منه**، فإن ملكية المدعى عليهما هاته قد رجع اثنين من شهودها.. في شهادتهم حسب الثابت من رسم الرجوع عدد 624 ص 349، وهو الأمر الذي يجعلها في مرتبة أدنى من ملكية المدعين عدد 102، فإنها طبقت -المحكمة- قواعد الفقه تطبيقا سليما ولم تخرق أي نص قانوني فجاء قرارها مرتكزا على أساس، ومعللا تعليلا صحيحا"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الحكم عدد 28 بتاريخ 9 صفر 1340، في القضية عدد 343، منشور بمجلة الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى المجلد الأول، م س، ص 151-152.

<sup>2</sup> قرار محكمة النقض عدد 4519، بتاريخ 2001/12/26، صادر في الملف المدني رقم 2001/1/1/2533، أورده محمد بادن، دعوى الاستحقاق العقارية على ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي و العمل القضائي، الطبعة الأولى 2013، ص 417.

<sup>3</sup> قرار محكمة النقض عدد 2303، بتاريخ 2011/05/17، في الملف المدني عدد 2008/3/1/1739، منشور في مجلة محكمة النقض المغربي، ملفات عقارية، العدد الأول 2012، ص 99. ومنشور بمجلة

فإذا كانت القاعدة تقضي أن رسوم الأثرية المجردة من أصل التملك لا تفيد الملك ولا ينتزع بها الملك من يد حائزه وهذا ما قضت به استئنافية الناظر حيث جاء في إحدى حيثياتها أن: " حيث أنه بالمقابل، فرسم الشراء عدد 285 الذي استدل به المدعى عليه مجرد من سند تملك الباعين له، وبالتالي فهو لا يثبت الملك ولا يحتج به في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفا فيه، عملا بقول صاحب العمل " لا توجب الملك عقود الأثرية"<sup>1</sup>.

لذلك فإنه وبمفهوم المخالفة متى بينت رسوم الأثرية أصل الملك ينتزع الملك من يد حائزه الذي لم يبين وجه المدخل ومهما طالت مدة حيازته.

هذا وأنه لا تقوم الحيازة المجردة من ذكر سبب الملك حجة على الملك مهما طالت مدتها، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض أنه: " إذا علم مدخل الحائز بما لا ينقل الملك، فإن الحيازة لا تخول له وحدها حق الملك، ولو طالت مدتها، وتكون المحكمة على صواب لما اعتبرت أن تصريح المدعي المثبت ضمن وثائق الملف بكونه يتواجد بعقار النزاع على وجه الكراء، يجعل الاستمرار المدلى به المضمن لحيازته للمدعى فيه لأكثر من عشرين عاما ساقطا عن درجة الاعتبار، لأن العلم بمدخل الحائز يعد مانعا من انتقال الملك، فتكون قد عللت قرارها تعليلا سليما وركزته على أساس من القانون"<sup>2</sup>.

---

== المنازعات العقارية دراسات وأبحاث في ضوء نظام التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية والمستجدات التشريعية في المادة العقارية، العدد 5 الجزء الأول، ص 293 وما يليها.

<sup>1</sup> قرار استئنافية الناظر عدد 158، صادر بتاريخ 21 ماي 2007، رقم الملف 05/58، (غير منشور).

<sup>2</sup> قرار عدد 2017، مؤرخ في 2009/05/27، ملف مدني عدد 2006/1/1/3513، منشور في بمجلة المنازعات العقارية دراسات وأبحاث، م س، ص 307.

## الفقرة الثانية: اتحاد سبب الملك في البيئتين المتعارضتين.

إذا تعارضت بيئتان في ملك وذكرت كل منهما سببه، وكان سبب الملك متحدا فيهما، كأن تثبت بيعة بأن العين ملك لزيد اشتراها، وتثبت بيعة أخرى أن العين ملك لعمرو اشتراها، أو تقول إحدى البيئتين ان العين وُهبّت لزيد وتقول الأخرى أنها وهبت لعمرو، فلا ترجيح بين البيئتين هنا لاتحادهما إلا إذا كان بمرجح خارج عن ذات السبب<sup>1</sup>، وذلك كالترجيح بالحياسة القاطعة المكسبة للملك، وهو ما قضت به محكمة النقض في قرار لها حيث تساوت البيئتين في الشراء من شخص واحد فرجحت بحياسة أحد الخصمين للعقار محل النزاع: "إن مجرد الحياسة لا أثر لها في ترجيح عقد شراء على آخر ما دام البائع للطرفين واحد، ما لم يتمسك الطرف الآخر الحائز للمبيع بالحياسة القاطعة المكسبة للملك"<sup>2</sup>.

وكان يدعي أحد الهبة والقبض ويدعي خصمه الهبة دون القبض فإن البيعة الأولى ترجح على الثانية لحوز الأول للملك، وذلك لأن الحوز في التبرعات يعتبر شرط أساسي، فهو شرط تمام وفق منظور الفقه المالكي إذ لا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحياسة، ويذهب العمل القضائي أيضا لاعتبار الحوز شرط تمام في التبرعات، حيث نص قرار للمجلس الأعلى على أن: "إذا كانت الحياسة المادية في التبرعات بالنسبة للعقارات شرطا لصحتها حسب قواعد الفقه الإسلامي... فإن عقود الهبة موضوع النزاع التي لم يقع تسجيلها بالرسوم العقارية قبل حصول المانع وهو موت الواهب، لا يُعتد بها ما دام الطاعنان

<sup>1</sup> محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البيئات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى الرياض 1999، ص 200.

<sup>2</sup> قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات و الحجج، عمر أزوكار، م س، ص 97.

يحوزان العقارات الموهوبة لهما حيازة فعلية بوضع اليد أو المغارسة قيد حياة الواهب"<sup>1</sup>.

وهو ما عبرت عنه محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "حيث من المقرر فقها أن الحيازة شرط تمام الصدقة قبل حصول المانع وتثبت بمعاينة البيّنة أو ما يقوم مقامها وفقا لما هو جار على سائر التبرعات، ولا يغني عن هذه المعاينة الاعتراف بالحوز من طرف المتصدق أو المتصدق عليه، والمحكمة التي ناقشت العقود المطعون فيها وثبت لها عدم معاينة عدليها لقبض الصدقة من طرف المتصدق عليهم ورتبت على ذلك بطلانها، تكون قد طبقت القواعد الفقهيّة التطبيق الصحيح"<sup>2</sup>.

فلو ادعى شخص أن عقار ملكه وأدلى برسم شراء يثبتته وادعى آخر بأنه يملك نفس العقار وقدم حجة مماثلة مثبتة لما يدعيه، فإن تعارض البيّنتين يدفع المحكمة طبقا لما قيل إلى البحث عن مرجح خارج عن الدليلين معا لتقرير أيهما أحق، ويمكن في هذا الصدد للمحكمة القيام بتطبيق الرسوم المدلى بها على العقار محل النزاع لمعرفة أيهما ينطبق فعلا عليه، وهو ما قررتّه المحكمة الابتدائية بفاس، حيث قررت اللجوء إلى إجراء خبرة لتطبيق الرسوم المدلى بها في حكم من حيثياته: "حيث عزز طالبي التحفيظ فاطمة ومن معها مطلبهم برسم عدد 192، في حين عزز طالبي التحفيظ العلمي ومن معه مطلبهم برسم عدد 306 ورسم اصلاح ورسم اشهاد، وعزز طالب التحفيظ عبد الله مطلبه برسم ملكية عدد 533.

<sup>1</sup> قرار عدد 4204، بتاريخ 2001/11/29، ملف مدني عدد 2000/2/432، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 59-60، السنة 24، ص 104.

<sup>2</sup> قرار محكمة النقض عدد 581، صادر بتاريخ 2002/7/25، في الملف رقم 00/1/2/307، أورده عمر الأبيض، حوز الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى 2016، ص 35.

وحيث أنه ما دام فريق العلمي قد اعتمد في تعزيز مطلبه وتعرضاته ضد باقي المطالب على وحدة الوثائق، فقد قررت المحكمة البت بطريقة مجتمعة في التعرض المتبادل بين جميع المطالب.

وحيث نتيجة للتعرض المتبادل بين المطالب الثلاثة أعلاه... وقبل الفصل فيه وقفا لقاعدة أن **المطلب اللاحق تاريخا ينزل منزلة المتعرض ضد المطلب الأول تاريخا**، وحتى يتعين إعمال قواعد الترحيح بين الحجج ما دام النزاع يدور في حقيقته حول نفس القطعة الأرضية بسبب التداخل، قررت المحكمة اللجوء إلى اجراء الخبرة لتطبيق كل الرسوم المشار إليها على المطالب الثلاثة... خاصة وأن الحدود والمساحة الواردة بكل رسم تختلف عن الحدود والمساحة التي أسفر عنها التحديد النهائي المنجز من طرف المحافظة العقارية، فأسفر عمل الخبير على أنه ليست هناك مطابقة بين رسوم الملكية المعززة لمطلب التحفيظ الذي يعنيه، في حين أن الحيازة والتصرف هي بيد أشخاص آخرين متعرضين..." فرجحت بذلك المحكمة رسوم المتعرض الأصلي على طالبي التحفيظ<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حكم المحكمة الابتدائية بفاس، صادر بتاريخ 9 يونيو 2011، أصل الحكم 2004/3، غير منشور.

## الفقرة الثالثة: حالة اختلاف سبب الملك في البيئتين المتعارضتين

### والترجيح بالسبب الأقوى.

إذا اختلف سبب الملك في البيئتين فلا يخلو الحكم من أمرين:

أ- أن تنسب كل بيئة سببا لشخص غير الذي نسبته إليه الأخرى، فيُعمل بكل بيئة بغض النظر عن قوة السبب أو ضعفه، فإذا كانت كل بيئة تنسب السبب لشخص غير الذي تنسبه إليه الأخرى كأن يدعي شخص أن العقار ملكه انتقل إليه عن طريق الشراء من زيد، ويدعي الآخر أنه ملكه عن طريق تبرع من عمرو، وأدلى كل منهما بحجة صحيحة تثبت ادعائه بالملك.

وهو ما قال به الفقهاء: "لو ادعى رجل أن هذه الدار ملكه اشتراها من فلان، وأقام آخر بيئة أنها ملكه وهبها له فلان آخر وقبضها منه، وأقام كل منهما البيئة على دعواه، فإنه يقضى بالدار بينهما نصفين بغض النظر عن أن البيع أقوى من الهبة<sup>1</sup>.

ويقسم بينهما مناصفة لادعاء كل واحد منهما كامل الملكية، أما إذا ادعى احدهما أنه ملك نسبة معينة غير النسبة التي ادعاها خصمه فإن القسمة تكون بنسبة ادعاء كل منهما.

ب - أن تنسب كل بيئة السبب للشخص نفسه الذي نسبته إليه الأخرى ففي هذه الحالة يُنظر إلى الأسباب مجتمعة، فإن كان بعضها أقوى من بعض قدمت البيئة الأقوى وحكم لصاحبها، وإن كانت الأسباب متساوية في القوة فإنه يعمل

<sup>1</sup> محمد عبد الله محمد الشنقيطي، تعارض البيئات في الفقه الإسلامي، مطبوعات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى 1999، ص 200.

بها على قدر الإمكان، أو يُطلب مرجح آخر، كالترجيح بالعدالة، أو بتأريخ إحدى البيئتين على الأخرى أو بأسبقيتها تاريخاً.

ويقع الترجيح بالبيئة الأقوى، إذا ما ادعى أحد الملك بالشراء من فلان وادعى الآخر الملك بالهبة والقبض منه وأقاما بيئة على ذلك، فإنه ترجح بيئة الشراء لأنها أقوى، وكذلك لو ادعى أحد بأنه اشترى الملك وأدلى ببيئة تشهد بذلك وكانت البيئة المقابلة تدعي الصدقة والقبض، رُجحت بيئة الشراء.

وهو ما ذهب إليه الفقهاء حيث اعتبروا أنه "إذا ادعى أحد شراءً والآخر هبةً قبضاً من شخص واحد، فإذا أرخا و كانا سواء في ذلك أو لم يُؤرخا، فالشراء أولى لأنه أقوى وذلك لكون الشراء معاوضة من الجانبين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب واحد، فكانت بيئة الشراء مثبتة للأكثر فكانت أولى بالترجيح، لأن البيئات تترجّح بكثرة الإثبات"<sup>1</sup>.

وقد عمل الفقهاء على ترجيح بيئة الشراء ليس لأنها أقوى بل لأن الشراء يُثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء، وأما الملك في الهبة فيتوقف على القبض، ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبته بواسطة الغير ويعتبر كل من الهبة والصدقة سواء لاستوائهما في وجه التبرع<sup>2</sup>.

فمتى نسبت إحدى البيئتين الملك إلى سبب و نسبته الأخرى إلى سبب آخر فإنه يُعمل بالبيئة ذات السبب الأقوى، وأما إذا تساوت الأسباب في القوة فإنه يعمل بالبيئتين معا بقدر الإمكان، ذلك كالاتي:

<sup>1</sup> برهان الدين علي بن ابي بكر، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية 2003، ج 8 ص 267.

<sup>2</sup> شرح فتح القدير على الهداية بداية المبتدي، مرجع نفسه، ص 267-268.

- الأخذ بالبينتين معا: حيث إذا ادعى أحدهما الملك بالهبة والقبض، وادعى الآخر الملك بالصدقة والقبض، قضي بينهما نصفين لتساوي الصدقة والهبة في القوة<sup>1</sup>، حيث يقضى بالملك بينهما معا لاستوائهما في وجه التبرع، وذلك سواء فيما لا يحتل القسمة كالحمام والرحى وغيرهما، وكذلك فيما يحتمله كالدار والبستان<sup>2</sup>.

- وأما إذا تعارضت بيئة تفيد الرهن والقبض من شخص، مع بيئة خصم تدعي شراء الملك من نفس الشخص، فإنه تُرجح بيئة الشراء على الرهن.

وإذا ادعى أحد الرهن والقبض لملك من شخص، وادعى خصمه بأنه تصدق عليه بنفس الملك أو وهبه إياه وقبضه، وأقام كل منهما بيئة قدمت بيئة الرهن، فالمقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع، إلا إذا كان بتاريخ أقدم فصاحب الهبة يصبح أولى لأنه أثبت بأنه أول المالكين<sup>3</sup>. والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، وأما الرهن فلا يُثبت إلا عند الهلاك معنى ولا صورة.

فالترجيح بسبب الملك يكون على مراتب حيث تعتبر البيئة بالشراء أقواها، فيرجح الشراء على الهبة والصدقة وعلى سائر التبرعات لكونه معاوضة من جانبين، لقول الفقهاء "الشراء أحق من الهبة"<sup>4</sup>، لأنه عقد ضمان يوجب الملك في العوضين بنفسه والهبة عقد تبرع لا يوجب الملك إلا بالقبض.

<sup>1</sup> محمد عبد الله محمد الشنقيطي، تعارض البيئات في الفقه الإسلامي، م س، ص 202.

<sup>2</sup> شرح فتح القدير على الهداية، م س، ج 8، ص 267.

<sup>3</sup> شرح فتح القدير على الهداية، مرجع نفسه، ص 269.

<sup>4</sup> محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية ابن عابدين، دار عالم الكتب 2003، ج 12، ص 14.

## الفرع الثاني: الترجيح بينة الملك على بينة الحوز.

لما كانت دعوى الاستحقاق دعوى عينية يطالب فيها المدعي بالملكية<sup>1</sup>، فمحلها هو المطالبة بملكية الشيء عقارا كان أم منقولا فهي الدعوى التي تقوم لحماية الملكية، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير<sup>2</sup>. فلا محيد له عن الإدلاء بحجج تثبت هذه الملكية والتي غالبا ما تتمثل في بيئات تثبت الملكية بشروطها المطلوبة شرعا، أو تثبت وضعه لليد وحوزه للعقار موضوع النزاع والتصرف فيه.

ونظرا لثنائيتها في الاستدلال فقد جاد الفقهاء بقاعدة للترجيح بينها في حال تعارض الحجج المدلى بها في هذا الصدد، وهي قاعدة ترجيح بينة الملك على بينة الحوز وذلك وفق احكام وشروط خاصة.

فقد تعامل المشرع من خلال المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية مع المرجحات من زاوية المحل الذي أتت الحجج على بيانه أي الوقائع التي تشهد البينة على وقوعها سواء تعلق الامر ببيان سبب الملك - كما سبق بيانه- أو الحيازة معتبرا أن الحجة المتضمنة للملك مرجحة على مجرد وضع اليد أو الحوز، حيث اقتصر على عبارة الحوز دون أن يبين المقصود منه، ما يدفع للبحث في كتب الفقهاء وشروحاتهم على المقصود منه من جهة والمقصود من الملك من جهة اخرى، وهذا ما سنحاول معالجته والبحث فيه (المبحث الأول)، قبل الانتقال إلى معرفة كيفية تعامل العمل القضائي مع تعارض البيئات المدلى بها لإثبات

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية المجلد الثامن، م س، 591- وما بعدها.

<sup>2</sup> ذ محمد الهيني، إثبات الحيازة الاستحقاقية في الفقه الإسلامي- بين النظر والعمل، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية- القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، الجزء الثاني الطبعة الأولى، 2010، ص 52.

الحوز أو إثبات الملك، وكيفية تعامله مع البيئتين بما يساير موقف الفقهاء من تبنيهم قاعدة ترجيح بيئة الملك على الحوز (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: ماهية الملكية المرجحة.

يقتضي الوقوف على قاعدة ترجيح بيئة الملك على الحوز أن نبين الغامض من جزئياتها الاصطلاحية وذلك من خلال التعريف ببيئة الحوز بداية (المطلب الأول) وتمييزها عما يشابهها من المصطلحات (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم بيئة الحوز.

سنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف على مفهوم بيئة الحوز من خلال تحديد تعريفها اللغوي (الفقرة الأولى) قبل مفهومها الفقهي (الفقرة الثانية) حسب الفقهاء المالكيين، وذلك كالآتي:

### الفقرة الأولى: الحوز لغة.

الحوز حسب فقهاء اللغة: "الجمع والتجمع ويقال لكل مَجْمَعٍ، وناحية حوز وحوزة، وحمى الحوزة فلان أي المجمع والناحية وكل من ضم شيئاً إلى نفسه فقد حازه حوزاً"<sup>1</sup>، ومنه حاز الشيء حوزاً وحيازة، ضمه إلى نفسه... والحيازة مصدر حاز<sup>2</sup>، وفي القاموس المحيط الحوز هو، "الجمع وضم الشيء كالحيازة والاحتياز"<sup>3</sup>.

يتضح أن كلمة حوز هي والحيازة والاحتياز كلمات بمعنى واحد وهو الضم والجمع، فبنتبع كلمة "حوز" حسب الفقهاء نجدها تحتل معاني كثيرة من قبيل

<sup>1</sup> ابن فارس، مقاييس اللغة، م س، ج 2، ص 117-118.

<sup>2</sup> سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية 1988، ص

104.

<sup>3</sup> مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، م س، ص 420.

الاستبدال والاحراز والتتحي والاستحقاق وغيرها من المصطلحات المشابهة كما سنرى.

ففي تاج العروس: "حازه يحوزه، إذا ملكه وقبضه واستبد به"<sup>1</sup>، ومن معاني الحوز الإحراز لقول ابن منظور: "هو من قولك حزت الشيء إذا أحرزته" وقوله: "أحرزت الشيء أحرزه إحرازاً إذا حفظته وضممته إليك وصنّته عن الأخذ"<sup>2</sup>.

وحزت الشيء إذا جمعته أو نحيته، ومنه حديث معاذ رضي الله عنه "فتحوز كل منهم فصلى صلاة خفيفة" أي تتحى و انفراد<sup>3</sup>.

وفي لسان العرب قال السيبويه، الحوز هو "تفعيل من حزت الشيء، والحوز من الأرض أن يتخذها رجل ويبين حدودها فيستحقها، فلا يكون لأحد فيها معه، فذلك الحوز"<sup>4</sup>، وهو بمعنى الاستحقاق.

فالتأمل في معاني الحوز اللغوي يمكن القول عنها أنها متقاربة تصب في معنى واحد هو تملك الشيء و الاستئثار به و الاختصاص به عن الغير.

### الفقرة الثانية: الحوز في الاصطلاح الفقهي.

تعتبر بيئة الحوز من البيئات المدلى بها لإثبات ملكية العقارات غير المحفظة أو الحق العيني الواقع عليها، فإذا كان الشيء المتنازع عليه بيد أحد الأطراف وقد تساوت بيئتهما معاً، دون أي ترجيح لإحداها على الأخرى، فإنه

<sup>1</sup> محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، م س، ج 15، ص 120.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، م س، ج 5، ص 341، و ص 333.

<sup>3</sup> الإمام مجد الدين بن محمد الجزري، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، الناشر - الحلبي، الطبعة الأولى 1963، ج 1، ص 459.

<sup>4</sup> لسان العرب، م س، ج 5، ص 341.

لا يُعمل بهما ويبقى العقار في يد حائزه لعدم وجود حجة راجحة على الأخرى في التملك، لقول الزرقاني: " والترجيح يكون أيضا بيد أي كون الشيء دارا أو عرضا أو نقدا أو نحو ذلك في حوزة، مع تساوي البيّنتين في الشهادة بالملك... إن لم ترجح بيّنة مقابله، وكون الحوز مع الشرط مرجّحا، تجوز لأنه لما تعادلت البيّنتان وتساقتا، بقي بيد حائزه... فيحلف ذو اليد مع الشرط المذكور ومفهومه، لو رجحت بيّنة مقابله بأي مرجح، تُزرع من ذي اليد ويحلف آخذه"<sup>1</sup>، فالترجيح هنا يكون باليد ويمين الحائز.

وإذا كانت الدعوتين متساويتين، مثل أن يدعي كل واحد جميع المدعى به وهو بيد أحدهما ولا بيّنة لواحد منهما، فيبقى المدعى به لصاحب اليد منهما<sup>2</sup>.

أما إذا استوت البيّنتين في الحوز باليد (الملك على الشياع) ولم توجد بيّنة خارجة ترجح أحدهما على الأخرى، فالحوز لهما بعد حلفهما، لقول الحطاب: "...فلو تنازع الساكنان الدار سوي بينهما بعد أيمانهما"<sup>3</sup>.

فالحوز يعتبر من القرائن المثبتة للتملك لقول خليل: " وبيد إن لم ترجح بيّنة مقابله فيحلف"، فاليد حسب الفقهاء من المرجحات إذا تساوت البيّنتين في الشهادة بالملك ويبقى الشيء المتنازع فيه بيد حائزه مع يمينه، ولكن هذا الحكم يسري إن لم ترجح البيّنة المقابلة بحجة أقوى تفيد التملك، فيسقط اعتبار الحوز (أو اليد حسب الفقهاء)، فإذا مات شخص وأخذ ما له من يدعي أنه وارثه أو

<sup>1</sup> شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، م س، ج 7، ص 385.

<sup>2</sup> الفروق، أنوار البروق في أنواء الفروق، م س، ج 4 ص 169.

<sup>3</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، م س، ج 6 ص 419.

مولاه وأقام غيره بينة أنه وارثه، وأقام من بيده المال بينة أيضا تشهد بذلك، فتعادلتا، فإنه يقسم بينهما<sup>1</sup>.

وينقسم الحوز - أو اليد في اصطلاح الفقهاء - إلى ثلاثة أقسام:

### 1- يد يعلم أنها مبطلّة ظالمة:

هي التي تدل القرائن الظاهرة على أنها باطلّة، كيد المستأجر على العين المؤجرة إذا ادعى ملكيتها...ويد الوديق على الوديعة، فلا تعتبر هذه اليد وسيلة للقضاء، وتدل بحال على ملكية صاحبها لما في يده<sup>2</sup>.

### 2- يد يعلم أنها محقّة عادلة:

وهي كمن حاز دارا تشاهد في يده السنوات الطوال يتصرف فيها بما يشاء من أنواع التصرف كالهدم والبناء والعمارة والإجارة والإعارة، وينسب ملكيتها إلى نفسه من غير منازع طيلة تلك السنوات مع سطوته وشوكته، ثم يدعي شخص آخر كان يرى هذا التصرف طوال تلك المدة ولم يعارض ولم يدع خلالها ملكيتها له، ثم ادعى فيما بعد أنه استولى على عقاره، فلا ينزع بها من يد الحائز حوزا طويلا<sup>3</sup>.

### 3- حوز يحتمل أن يكون محق ويحتمل أن يكون مبطل:

وهو المجرد عن التصرفات الواردة على العقارات، حيث يعتبر قرينة تدل على ملكية صاحبها، وكذلك لو اقترنت بالتصرف لمدة قصيرة، فتعتبر قرينة

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله الخرشى المالكي، حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل، م س، ج 8 ص 108.  
<sup>2</sup> ابراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، مطبعة أسامة الرياض، الطبعة الثانية 1983، ص 290-291.

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، م س، ج 4 ص 302.

ضعيفة، لاحتمال أن تكون في يده اجارة أو عارية أو غصبا أو وديعة أو غير ذلك، فهذه اليد تعتبر من المرجحات الأولية التي توجب على القاضي الحكم بموجبها، إذا لم يوجد ما يعارضها من دليل أو بينة أقوى<sup>1</sup>، فهو كما يحتمل الصحة يحتمل البطلان.

فالقول قول ذي اليد المنفرد بها<sup>2</sup> ما لم تكن للخصم بينة للملك تعزز ادعاءاته، فإذا أيد ادعاءه بحجج ملكية مقبولة فإنه لا يُعمل بالحوز بل تُرَجح آنذاك ملكيته إن وجدت بسند يثبتها - كما سبق بيانه في بينة تقديم السبب على عدم بيانه- لتصبح بينة الملك مرجحة على بينة الحوز.

فهذه القاعدة تعتبر من صور بقاء ما كان على ما كان، فإذا انفرد أحدهما بوضع اليد عليه كان له وحده مع يمينه<sup>3</sup>، فلا يكلف الحائز المدعى عليه بإثبات وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة قوية على دعواه، وهو ما تبناه المشرع المغربي من خلال المادة 242 من مدونة الحقوق العينية: "لا يكلف الحائز ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه".

فحيازة المدعى عليه تعتبر قرينة مفترضة يجوز إثبات ما يخالفها، إذا أدلى المدعي بحجج تنطبق على النزاع وتؤكد تملكه للمدعى فيه، وهو ما ذهب له المجلس الأعلى في قرار له حيث اعتبر أنه على مدعي الاستحقاق أن يثبت زعمه ويكفي المدعى عليه أن يقول "حوزي وملكي"، ولا يكلف بالإثبات ما لم يثبت المدعي تملكه فيلزم المدعى عليه في هذه الحالة إثبات وجه مدخله، وأما

<sup>1</sup> ذ ابراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، م س، ص 293.

<sup>2</sup> ميارة الفاسي، م س، ج 1، ص 147.

<sup>3</sup> التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 1، ص 238.

إذا عجز المدعي عن الإثبات فيكفي المدعي عليه الحائز أن يحلف طبق دعواه ويبقى الشيء المحوز بيده<sup>1</sup>.

فبيّنة الحوز في إطار الترجيح بين الحجج غير معتمدة إلا في حالة تجرد الدعوى من دليل يثبت تملك المدعي الذي يلقي عليه عبء الإثبات لأنه يدعي خلاف الوضع الظاهر الذي يفيد ملكية العقار لصاحب اليد، لقول الفقهاء "واليد مع مجرد الدعوى"<sup>2</sup>، وهو ما استقر عليه العمل القضائي في العديد من قراراته، فجاء في قرار لمجلس الاستئناف الشرعي الأعلى أنه<sup>3</sup>: "ما دام مدعي الملكية لم يثبت دعواه ببيّنة فإن مجرد الدعوى مع اليد يبقى الشيء المتنازع فيه بيد حائزه".

وجاء في قرار للمجلس الأعلى أنه: "كانت المحكمة على صواب حين رجحت عقد الشراء المعزز بوضع اليد باعتباره شاهدا عرفيا"<sup>4</sup>، وفي قرار آخر ان المحكمة لما رجحت حجج المتعرضين المدعومة بالحيازة العنيفة الهادئة على حجج طالبي التحفيظ المجردة، تكون قد طبقت القاعدة الشرعية التي تقول عند تساوي الحجج ترجح حجة واضع اليد، باعتبار الحيازة شاهد

<sup>1</sup> قرار 419، بتاريخ 1983/03/23، في ملف العقاري عدد 42869، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 36، ص 116.

<sup>2</sup> ميارة الفاسي، م س، ج 1، ص 120.

<sup>3</sup> الحكم عدد 53، بتاريخ 26 ذي القعدة 1340هـ، في القضية رقم 361، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول، م س، ص 241.

<sup>4</sup> قرار عدد 1886، صادر بتاريخ 1989/12/19، في الملف الشرعي عدد 87/6297، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 53-54، 1999، ص 106.

حال<sup>1</sup>. وفي قرار آخر: "إن وضع اليد لا يعتبر إلا في حالتني تجرد الدعوى أو تساوي البيّنتين"<sup>2</sup>.

وقضى المجلس الأعلى أيضا بأنه ترجح الملكية المعززة بالحيازة ووضع اليد على الملكية المجردة من الحوز، في حيثيات قرار جاء فيها "... ملكية طالب التحفيظ معززة بالحيازة، وهي بذلك راجحة عن ملكية الطرف المتعرض المجردة عنها وغير المنطبقة على أرض الواقع"<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: تمييز الحوز عما يشابهها من المصطلحات.

سنحاول من خلال هذا المطلب تمييز الحوز عما يشابهه من مصطلحات، من قبيل القبض (الفقرة الأولى) والغصب والتعدي (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: تمييز الحوز عن القبض.

كما سبق ورأينا أنه من المفاهيم التي يصطلح بها على الحوز لدى الفقهاء هو القبض: تاج العروس: "حازه يحوزه، إذا ملكه وقبضه واستبد به"<sup>4</sup>، فهو الحوز، أي حيازة الشيء. وهو لغة: "قبض الشيء قبضاً، أخذه بقبضة يده، وقَبَضَ الدار أو الأرض أي حازها، وقَبَضَهُ المال أي أعطاه إياه"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 537، بتاريخ 15 فبراير 1995، صادر في الملف العقاري رقم 87/2165، أورده ذ عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري خلال أربعين سنة، م س، ص 283.

<sup>2</sup> قرار عدد 395، بتاريخ 21/01/1998، صادر في الملف المدني 94/4862، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 45، سنة 1991، ص 77.

<sup>3</sup> قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 782، بتاريخ 17/02/2010، في الملف المدني عدد 2008/1/1/3110، منشور بمجلة المنازعات العقارية، م س، ص 274-275.

<sup>4</sup> تاج العروس من جواهر القاموس، م س، ج 15، ص 120.

<sup>5</sup> جمال الدين بن منظور، لسان العرب، م س، ج 7، ص 167. مختار الصحاح، م س، ص 246. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج 2 ص 487.

وفي المدونة الكبرى لابن مالك: "قلت: أرأيت إن وهبت لرجل أرضاً، كيف القبض في قول مالك؟ قال: الحيازة إذا حازها فقد قبضها عند مالك، قلت: فإن تصدقت عليه بأرض لي بإفريقي، وأنا وهو بالفسطاط فقال: اشهدوا أنني قد قبلت وقبضت، أيكون هذا قبضاً في قول مالك أم لا؟ قال: لا يكون قبضاً إلا بالحيازة"<sup>1</sup>. فالقبض مرادف للحوز، حيث كل منهما يفيد معنى واحد وهو وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، وهو ما تبنته المدونة بعبارة، "الحيازة إذا حازها فقد قبضها..."

فالفقهاء غالباً ما يستعملون مصطلح القبض في كتبهم بمعنيين حيث يعتبرون الحوز أعم من القبض، فيقصدون به وضع اليد على الشيء والتمكن منه وهو نفس معنى القبض عندهم.

المعنى الأعم، ويقصد به أن الحيازة هي إثبات اليد على الشيء والتمكن منه، وهو نفس معنى القبض عند سائر الفقهاء، وفي ذلك قال أبي زيد القيرواني: "لا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة"<sup>2</sup>، أي إلا بالقبض.

والقبض مرادف للحيازة بالمعنى الأخص، حيث يقصدون في الحيازة بوضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم وغيره من وجوه التصرف<sup>3</sup>، وفي شرح التسولي: "الحوز وضع اليد على الشيء المحوز".

<sup>1</sup> المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبجي، رواية سحنون عن عبد الرحمان بن قاسم، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان الطبعة الأولى، 1994، ج 4 ص 402.

<sup>2</sup> ابن أبي زيد القيرواني، متن الرسالة، م س، ص 117.

<sup>3</sup> أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني. تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، بيروت: دار الفكر،

1412هـ، ج 2، ص 482.

حاصل القول، أن كلا من الحوز والقبض شيء واحد، ينصرف معناهما إلى وضع اليد ووجود سلطة فعلية للحائز على الشيء المحوز وتملكه والتصرف فيه بمختلف أنواع التصرفات الناقلة للملكية ليتحقق له القبض.

### الفقرة الثانية: تمييز الحوز عن الغصب والتعدي.

#### أولاً: الغصب.

الغصب هو أخذ الشيء ظلماً وبابه ضَرَبَ، تقول: غَصَبَهُ مِنْهُ وَغَصَبَهُ عَلَيْهِ<sup>1</sup>. وَغَصَبَ أَرْضَهُ حَيْث أَخَذَهَا قَهْرًا وَظُلْمًا<sup>2</sup>، ويقال: غَصَبَهُ عَلَى شَيْءٍ إِذ قَهَرَهُ، ويقال غَصَبَ مَالَهُ دُونَ حَقِّ نَزَعِهِ مِنْهُ قَهْرًا وَظُلْمًا، وَغَصَبَ مِنْهُ مَالَهُ، وَغَصَبَ الْجُدَّ: أزالَ عَنْهُ شَعْرَهُ وَوَبَّرَهُ نَتَقًا وَقَشًّا<sup>3</sup>.

فهو أخذ رقبة الملك أو منفعتة بغير إذن المالك على وجه الغلبة والقهر دون حرابة، وذلك أن أخذ أموال الناس بالباطل على عشرة أوجه، كلّها حرام<sup>4</sup>.

وقد ذهب الفقهاء إلى أن: "مجرد حصول المغصوب في حوز الغاصب يوجب ضمانه"<sup>5</sup>، وقال ابن عرفة: "مجرد الاستيلاء هو حقيقة الغصب، وقال ابن القاسم، فيمن غصب داراً فلم يسكنها حتى انهدمت غرم قيمتها"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، م س، ص 199.

<sup>2</sup> العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، م س، ص 170.

<sup>3</sup> المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة 2004، م س، ص 654.

<sup>4</sup> القوانين الفقهية لابن جزي، م س، ص 348.

<sup>5</sup> التاج الإكليل لمختصر خليل، م س، ج 7 ص 311.

<sup>6</sup> أبي عبد الله محمد بن أحمد عيش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، م س، ج 4، ص 54.

وقال التسولي في شرحه: " والأجنبي إن يحز أصلاً بحق.. " أي بوجه شرعي احترازاً مما إذا حازه بغصب أو تعد أو كان معروفاً بذلك فإن حيازته كالعدم"<sup>1</sup>.

فالفقهاء لم يتبنوا مصطلح الغصب بمعزل عن الاستيلاء، حيث يبدو أن حقيقة الغصب هي الاستيلاء بوضع اليد على مال أو على شيء له وجود مادي محسوس، وبغير الاستيلاء لا يحصل الغصب.

فمتى ادعى شخص ملكية الشيء الذي بيد الحائز، فإن الحائز لا يكف بشيء حتى يثبت المدعي أنه المالك وأن المدعي عليه الحائز غاصب، فإن عجز المدعي عن إثبات دعواه كان القول قول الحائز. ذلك إن الحائز للشيء في الكثرة الغالبة من الأحوال يكون هو المالك له، وأول مزايا الملك أن يحوز المالك الشيء المملوك له، وقلّ أن يوجد مالك غير حائز لماله، ولهذا السبب افترض المقتن مبدئياً أن الحائز هو المالك واعتبر الحيازة قرينة على الملك لكنها قرينة قابلة لإثبات العكس<sup>2</sup>.

يظهر مما سبق أن كل من الحوز والغصب يقومان على السيطرة الفعلية على الملك، إلا أن الفرق بينهما يتجلى في أن الغصب يكون بغير حق في حين أن الحيازة قد تكون بحق كما في حوز عقار يُجهل مالكه أو بغير حق كما في وضع اليد على عقار يعلم الحائز صاحبه ومع ذلك يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه حتى ينازع صاحبه، فهي بذلك أعم منه.

<sup>1</sup> البهجة في شرح التحفة، م س، ج 2 ص 464.

<sup>2</sup> السنهوري، الوسيط، م س، ج 9، ص 790.

إلا أنّهما معا يفيدان الإشارة على ملكية واضع اليد للعقار حتى يثبت العكس، لقول المشرع في المادة 243 من مدونة الحقوق العينية: " ويفترض في واضع اليد على العقار أنه حائز لنفسه إلى أن يثبت العكس"، فوضع كل من الحائز والغاصب يدّهم على الملك المحاز يعتبر قرينة على ملكه حتى يقوم الدليل على خلافه.

### ثانيا: التعدي.

التعدي لغة: بمعنى مُجَاوِزَةُ الشَّيْءِ إلى غيره، فيقال عَدَاهُ تَعْدِيَةً فَتَعَدَّى أَي تَجَاوَزَ، والعُدوان الظلم الصُّرَاحُ، وقد عدا عليه عَدُوًّا وَعُدُوًّا واعتدى عليه، كله بمعنى تعدى<sup>1</sup>.

وقد حد الفقهاء التعدي بأنه: " التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه" فهو الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد تملك الرقبة أو اتلافه<sup>2</sup>.

وهو بذلك مخرج للغصب لأن الغاصب يقصد تملك المغصوب، وقد فهم منه أن الفرق بين الغصب والتعدي هو قصد التملك وعدمه. وأنه إذا أقر بقصد التملك أو دلت عليه قرينة واضحة فهو غاصب تجري عليه أحكامه، وإن أقر بقصد المنفعة أو قامت قرينة عليها فهو متعد فتجري عليه أيضا أحكامه، فإن لم يكن إقرار ولا قرينة فالقول قوله فيما يدّعيه من غصب المنفعة أو الذات إذ لا يعلم ذلك إلا من قوله. ويضيف التسولي قائلا: أن القاعدة أنه كل ما لا يعلم من الأمور

<sup>1</sup> الرازي، مختار الصحاح، م س، ص 176.

<sup>2</sup> شرح حدود ابن عرفة، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، الطبعة

الأولى 1993، ص 468.

القلبية إلا بقول مدعيه يصدق فيه كما ويتصور التعدي أيضا، بأن يكون بعد تقدم إذن من مالكة كتعديه في العارية أو في الكراء أو زيادة المسافة<sup>1</sup>.

يتضح أن كل من الغصب والتعدي مصطلحان لمعنى واحد يتمثل في الأخذ ظلما وعدوانا دون حق مشروع، حيث أن التعدي بهذا المعنى لا يختلف عن الغصب إلا من ناحية القصد كما يقول التسولي، أما من ناحية الاستيلاء المادي على العقار فهما بمعنى واحد، فإذا انصرف القصد من الاستيلاء إلى الانتفاع بمال الغير فقط دون تملك الرقبة كان ذلك تعديا، وإذا كان بقصد تملك الرقبة كان غصبا، إلا أن القصد لا يصلح معيارا للتمييز بينهما لارتباطه بالنية التي تعتبر من الأمور الشخصية الخفية التي لا يمكن الاطلاع عليها، وأما فعل الحوز بوضع اليد فهو أمر مادي ظاهر وملموس، ويقوم في المعنيين معا سواء لدى الغاصب أو لدى المتعدي، فكل منهما يكون حائزا للمال بسوء نية.

ويظهر الفرق بينهما أيضا في نطاق علاقتهم بالحياسة، حيث تكون حياسة الغاصب غير مشروعة ابتداء، وحياسة المتعدي تبدأ مشروعة ثم تنتهي لتصبح غير مشروعة، إذ يضع يده على ملك الغير بإذنه وبحق مشروع كالمستأجر مثلا، ثم وعند انتهاء العقد يرفض رده لمالكه ويستمر في حيازته والانتفاع بالعقار، لتصبح حيازته للشيء غير مشروعة.

وقد اعتد الفقهاء للفرقة بينهما من ناحية الضمان، بقولهم: "حيث أن التعدي يعد جنائية على بعض السلع، والغصب جنائية على السلعة كلها، والمتعدي ضامن يوم التعدي لأن يده كانت بإذن ربها قبله، والغاصب ضامن يوم الغصب. وأيضا المتعدي لا يضمن إلا في الفساد الكثير، والغاصب يضمن اليسير إذا شاء

<sup>1</sup> التسولي، البهجة في شرح التحفة، م س، ج 2، ص 632.

المغصوب منه ذلك، وإلا أخذ سلعته ناقصة ولا يغرم شيئاً، وأيضاً المتعدي يلزمه كراء ما تعدى عليه وأجرته بكل حال عند مالك، وقال في الغاصب: لا كراء عليه وفي بعض هذه الأوجه خلاف"<sup>1</sup>.

حاصل ما قيل أن كل من الغصب والقبض والتعدي والاستيلاء تعتبر مرادفات للحوز، حيث يشترك معهم في وضع اليد، ويلاحظ أن الفقهاء يستعملون لفظ الحوز والحيازة دون تمييز بينهما فتارة يستعملون لفظ حوز وتارة أخرى لفظ الحيازة بمعنى الحوز، ويعتبر هذا الأخير أكثر ألفة واستعمالاً في باب العطايا لاعتباره شرطاً لصحة بعض التبرعات، ويظهر ذلك في ما تبناه المشرع لمعنى الحوز في الأملاك الموقوفة بنصه في المادة 26 من مدونة الأوقاف المغربية من أن: "الحوز هو رفع يد الواقف عن المال الموقوف ووضعه تحت يد الموقوف عليه".

في حين أن هناك فرق بين كل من الحوز والحيازة سواء من حيث الحجية أو الشروط، حيث يعتبر الحوز حجة على حوز صاحبه للعقار فحسب، وأما بينة الحيازة فهي حجة على حوزة وعلى ملكه، فهي تضم عنصراً الملك والحوز معاً. فالحيازة هي تلك البينة المثبتة لوضع اليد على العقار مع ادعاء تملكه والتصرف فيه المدة المعتبرة شرعاً على عين المدعي الآن ملكيته وسكوته من غير عذر"<sup>2</sup>.

ويشترط في بينة الحيازة مجموعة من الشروط من حيث طول المدة والاستمرار وعدم المنازع وأن تكون هادئة وعلنية في جانب وضع اليد، في حين أن الحوز لا يشترط فيه غير وضع اليد والتصرف.

<sup>1</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، م س، ج 2 ص 136.

<sup>2</sup> أبو الشتاء الغازي الصنهاجي، م س، ج 1 ص 142.

## المبحث الثاني: قاعدة ترجيح بيئة الملك على بيئة الحوز.

لقد تطرق المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية إلى الحيازة كسبب لكسب الملكية في المواد من 239 إلى 263، ويبقى نطاقها محصورا في العقارات غير المحفظة، دون المحفظة، التي تعتبر فيها رسوم الملكية نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية، والتكاليف العقارية المترتبة على هذا الصنف من العقارات دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة، حيث ينص الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري، على أن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل اسمه، ولا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك.

وقد نص من خلال قانون المسطرة المدنية في الفصول من 166 إلى 170 على شروط وإجراءات الدعاوي المدنية لحماية الحيازة المادية، ولا يحمي الحق العيني في ذاته، إذ خول لحائز العقار مدة سنة على الأقل حيازة هادئة علنية مستمرة وغير مشوبة بلبس، أن يحمي حيازته إما بإقامة دعوى منع التعرض، أو دعوى استرداد الحيازة، أو دعوى وقف الأعمال الجديدة بحسب طبيعة الأعمال التي تهدد حيازته، وأن الحكم القاضي برد الحيازة لصاحبها، لا يكون حجة على أنه مالك لذلك العقار، وإنما يعني منع الغير من القيام بعمل يضر بحيازة الحائز.

سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف على الملكية التي اعتد بها الفقه المالكي والمشرع كبيئة جديرة بالترجيح في حال التعارض لإثبات الملكية العقارية على مجرد الحوز.

وحتى نفي بالمطلوب ودون الخروج عنه سنحاول الوقوف بداية على شروط الملكية المرجحة على الحوز (المطلب الأول) ثم لتقديم بينة الملك على بينة الحوز كما قضى بها العمل القضائي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: شروط الملكية المرجحة على الحوز.

تعتبر الحيازة مكسبة للملك بالنسبة للعقارات غير المحفظة، متى توفرت شروط لخصها الزقاق في قوله<sup>1</sup>:

يَدْ نَسْبَةُ طَوْلٌ كَعَشْرَةَ أَشْهُرٍ \*\*\* وَفَعْلٌ بِلَا خَصْمٍ بِهَا الْمَلِكُ يُجْتَبَلَا

وَهَلْ عَدَمُ التَّفْوِيتِ فِي عِلْمِهِمْ كَمَالٌ \*\*\* أَمْ صِحَّةُ لِلْحَيِّ لِلْمَيْتِ ذَا أَجْعَلَا

فبتوفرها تكون بينة الملك عاملة في الترجيح في حال تعارضها مع وضع اليد المجرد، حيث يتعين على الموثق التأكد منها حتى تثبت الملكية للمشهود له، فقد ذهب الفقهاء إلى أن وثيقة الملكية يجب أن تنص على خمسة فصول يد نسبة طول عشرة أشهر وفعل بلا خصم به الملك يتجلى<sup>2</sup>.

وهو ما نص عليه المشرع من خلال المادة 240 من مدونة الحقوق العينية، وسنحاول توضيحها كالآتي:

### الفقرة الأولى: شرط وضع اليد.

يقصد بوضع اليد على الشيء المحوز السيطرة والسلطة الواقعة على العقار محل النزاع وهو القرب والاتصال، حسب ما ذهب إليه القرافي في كتابه الفروق حيث اعتبر أن: "اليد عبارة عن القرب والاتصال وأعظمها ثياب الإنسان

<sup>1</sup> نظم الزقاقية، مخطوط، أبو الحسن علي بن القاسم محمد التجيبي الزقاق الفاسي، م س، ص 4، السطر الثالث قبل الأخير.

<sup>2</sup> ذ محمد العلوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، م س، نازلة 664، ص 90.

الذي عليه ويليها البساط الذي هو جالس عليه والدابة التي هو راكبها وتليه الدابة التي هو سائقها أو قائدها والدار التي هو ساكنها"<sup>1</sup>.

فوضع اليد يتحقق سواء باشره الشخص بنفسه أو بواسطة غيره عن طريق الوساطة متى كان وكيلا له أو ممثلا عنه في ذلك، لأنه لا يحوز لنفسه بل لحساب غيره، وتقضي القاعدة أن الحائز يحوز لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره، حيث يعتبر واضح اليد الظاهر هو المالك ولا يمكن القول بغيره وذلك لعدم معرفتهم حقيقة السيطرة الفعلية ولمن تقوم، لذلك فالحائز العرضي قد يتحول إلى حائز بنية التملك إما بفعله أو بفعل الغير، والحياسة لا تنتقل الملك ولو مع ادعاء التملك ولكن تدل عليه، فلا بد معها من اليمين ولو بلغت مدتها ما بلغت<sup>2</sup>.

حيث يعتبر وضع اليد أهم مظهر للحياسة، ويراد به في اصطلاح الفقهاء والعدول والموثقين وعند النص عليه في الأحكام القضائية تلك السيطرة الفعلية والسلطة الواقعية على العقار محل الحياسة المتنازع عليه، إذ من دونه لا تكون هناك حياسة رغما عن أنه وحده أحيانا لا يكفي<sup>3</sup>.

ويجوز إثبات وضع اليد بجميع وسائل الإثبات باعتباره واقعة مادية، كما أن مصدره قد يكون تصرفا قانونيا كالشراء وقد يكون واقعة قانونية كالحياسة، وفي هذه الحالة الأخيرة ليكون شرط وضع اليد صحيحا ومثبتا للملكية، فإن واضح اليد يجب أن يكون مغربي الجنسية أو بالحصول على إذن بالتملك<sup>4</sup>، حيث

<sup>1</sup> القرافي، الفروق، م س، المجلد الرابع، ص 130.

<sup>2</sup> ذ محمد العلوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، م س، ص 88.

<sup>3</sup> ذ عبد العلي العبودي، الحياسة فقها وقضاء، م س، ص 42.

<sup>4</sup> يقصد بالإذن السابق حصول الدولة الاجنبية أو المؤسسات العمومية الاجنبية على الرخصة الادارية من قبل وزارة الداخلية بعد موافقة وزارة الفلاحة والصيد البحري ووزارة المالية، إذا كانت تتعلق بعقارات داخل المدار الحضري، علما ان المغرب استرجع بموجب ظهير 26 شتنبر 1963 اراضي

ذهب العمل القضائي في هذا الصدد إلى أن: "مجرد عدم الإدلاء بالإذن المذكور يكفي وحده لاعتبار الشراء لاغيا بصرف النظر عما يتعلق بالدفع بعدم مخاطبة القاضي على رسم الشراء، وإقرار الدولة المغربية بملكية الطالبة ووجود مطلب للتحفيظ..."<sup>1</sup>، ومتى تضمن رسم شراء الأجانب لعقار ما الإذن به المرخص كان صحيحا مُعتداً به لإثبات الملك وهو ما أشار له قرار لمحكمة النقض حيث عللت قرارها بأن: "رسم الشراء تضمن ترخيص عامل زناتة بالبيع، فإنها اعتبرت عن صواب الترخيص موافقا للفصول المستدل بها وجاء معلال تعليلا صحيحا، وما بالوسيلة على غير أساس..."<sup>2</sup>.

ويشترط لصحة الحيازة أن لا تكون قد تمت بناء على عمل غير مشروع كالغصب أو التعدي أو تدليس، فهي لا تنفع ولا يترتب عليها أي أثر مهما طال أمدها لثبوت عدم مشروعية السبب الناقل لها، فالحيازة المعتد بها هي التي تتم على وجه شرعي وقانوني<sup>3</sup>. وفي ذلك يقول صاحب التحفة<sup>4</sup>:

و غاصب يغرم ما استغله \*\*\* ملك الشيء ويرد أصله.

---

==الاستعمار، وبمقتضى ظهير 02 مارس 1973 العقارات الفلاحية او القابلة للفلاحة المملوكة لأشخاص ذاتيين أجانب او اشخاص معنويين.

<sup>1</sup> قرار عدد 1087، بتاريخ 1995/03/21، صادر في الملف عدد 89/1666، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 152، ص 217.

<sup>2</sup> قرار عدد 1607، بتاريخ 27 مارس 2012، صادر في الملف المدني عدد 2010/3/1/932، منشور بمجلة ملفات عقارية عدد 3، السنة 2013، ص 63 و ما بعدها.

<sup>3</sup> ذ محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م س، ص 392. (بتصرف)

<sup>4</sup> إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س، ص 226.

### الفقرة الثانية: شرط التصرف.

إن وضع اليد وحده على العقار لا يكفي لقيام الحيّزة وانتقال الملكية للحائز بل يجب أن يأتي وضع اليد متلازماً مع التصرف في العقار، فهو يعتبر شيئاً زائداً عن الحوز بوضع اليد، ويمكن تعريفه بأنه مباشرة الحائز لمختلف أنواع التصرفات الشرعية على الشيء المحوز والقيام ببعض التصرفات القانونية من بيع وكراء وغيره، وفي ذلك قال الشيخ خليل: "وصحة الملك بالتصرف"<sup>1</sup>.

ويعتبر من قبيل التصرف أن يقوم الحائز باستعمال العقار بما يناسب طبيعته والغرض الذي خصص له فيسكن فيه إذا كان داراً معدة للسكن، أو يحرث الأرض أو يغرّسها ويزرعها إذا كانت معدة لذلك، وأن يرعى مواشيه في الأرض المعدة للرعي وهكذا.

وكذلك يمكن أن يباشر سلطة استغلاله كأن يؤجر العقار للغير و يقبض منه المقابل، أو يعمل على تفويته فيخرجه نهائياً من تحت سيطرته، عن طريق نقل ملكيته إلى غيره سواء بمقابل أو دون مقابل، كأن يبيعه أو يهبه أو ما شابه ذلك من العقود الناقلة للملك.

وفي هذا الصدد يقول الحطاب: "الحيّزة تكون بثلاثة أشياء، أضعفها السكنى (فيما يسكن)، والازدراع (فيما يزرع)، ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة.. وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل: في فقه الإمام مالك، ص 270.

<sup>2</sup> الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، م س، ج 8، ص 276.

ونظرا لما للتفويت من قوة في الدلالة على ملكية المفوت فقد رأى الفقهاء بأنه يترتب عليه أثره فوراً في مواجهة المحوز عليه ولا يحتاج إلى طول المدة: "طول الحوز لعشر سنين ونحوها، إنما هو في الحوز الذي لا يؤثر في تغيير الملك، أما ما يؤثر في تغييره، فإنه لا يحتاج إلى مدة طويلة، كإتلاف الشيء، فإنه إذا علم المدعي بذلك ولم ينكر بحدّثان وقوعه، فإنه تبطل دعواه لما جبلت عليه طباع البشر من أنهم لا يسكّثون عن الإنكار على مُتلفِ أموالهم"<sup>1</sup>.

فالبيع والهبة كالإتلاف كلها من أعمال التفويت التي لا تحتاج إلى مضي الزمن لترتيب آثارها، حيث يقول الفقهاء: "بأي نوع من أنواع التصرفات غير البيع والهبة والوطء والكتابة ونحو ذلك فإن هذه لا يحتاج معها إلى طول الزمان إذا علم المدعي ذلك، ولم ينكره"<sup>2</sup>.

وهناك من يرى أن التصرف ليس هو وضع اليد أو الحوز فهما متباينان<sup>3</sup>، والتصرف يشترط فيه أن يكون من نوع تصرف الملاك فيما يملكون، لقول التسولي: "وتصرف الحائز تصرف المالك في ملكه"<sup>4</sup>، ويقول ميارة: "يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه"<sup>5</sup>، فالتصرف المعتبر هو الذي تترتب عليه نتائج المتمثلة في ملكية العقار وهو عام يشمل جميع أنواع التصرفات، والحكمة منه هي الحرص على أن يكون تصرف الحائز دالاً وبكلاً وضوحاً على أنه مالك

<sup>1</sup> ميارة الفاسي، الإتقان والأحكام، م س، ج 2 ص 324.

<sup>2</sup> محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، م س، ج 8 ص 129.

<sup>3</sup> ذ محمد القدوري، حيازة العقار وحيازة المنافع، حيازة الضرر وأحكام المياه و دعاوي حماية الحيازة في ضوء الفقه المالكي والتشريع والقضاء المغربي، دار الأمان للنشر والتوزيع الرباط، طبعة 2005، ص 277.

<sup>4</sup> التسولي، البهجة في شرح التحفة، م س، ج 2، ص 415.

<sup>5</sup> ميارة الفاسي، الإتقان والأحكام، م س، ج 1، ص 75.

العقار المحوز وليس غيره، وبما يرفع أي غموض أو لبس قد يصاحب التصرف من شأنه التشكيك في دلالاته على ملكية المتصرف فيه.

فالناس عادة ما يتساهلون بشأن ما قد يقع من التصرفات والأعمال البسيطة التي يمارسها الغير على عقاراتهم، خاصة إذا كان المتصرف من الأقارب، ومن تم فإن القيام بتلك الأعمال والتصرفات الخفيفة لا تقطع الدلالة على ملكية من باشرها ولا تقطع حجة المالك الحقيقي مهما مر عليها من الزمن<sup>1</sup>.

غير أنها إذا كانت من قبيل الأعمال مرور الجار بأرض جاره للوصول إلى عقاره، فإنها لا يُعتد بها ولا تعتبر دليلاً على ملكية من يباشرها مهما مر عليها من الزمن<sup>2</sup>.

وعليه فإن شرط التصرف كشرط لصحة الملك، لم يرد النص عليه مجرداً لا فقهاً ولا تشريعاً بل اشترط الفقهاء أن يكون كتصرف المالك في ملكه من خلال قيام الحائز بجميع الأعمال التي تزيل أي لبس عن كونه ليس مالك العقار الأصلي، فاعتبروا أعمال التفويت أعمالاً حاسمة الدلالة على صحة حيازته وعلى ملكيته، وذلك لأن تلك الأعمال لا يُتصوّر صدورها من غير المالك.

### الفقرة الثالثة: شرط النسبة.

إن القول بضرورة قيام الحائز بتصرفات معينة تفيد أنه المالك حسب ما تقدم، لا يكفي وحده كشرط لصحة الملك وثبوته له، فالاستغلال أو الانتفاع أو أعمال التفويت بعوض كانت أو دونه التي يقوم بها الحائز قد تصدر من غير المالك كالفضولي والغاصب ونحوهما، بل يكمن المبرر في أن التفويت في ظل ما

<sup>1</sup> ذ محمد القدوري، م س، ص 42.

<sup>2</sup> عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية،

الاسكندرية، طبعة 1999، ص 48.

يحيط به من الظروف والملابسات وحضور القائم في مجلس العقد أو مشاهدته للحائز ينسب ما يقوم به لنفسه والناس ينسبونه له أيضا، وكذلك سكوته دون أن يعترض وبلا مانع يمنعه، كل ذلك يدل بما يقطع الشك أن الحائز هو المالك فعلا للعقار المتصرف فيه.

وفيه قال ميارة: "وأما إذا باعه وهو ينسبه إلى نفسه وهو يقول: إنما أبيع مالي، وشريكه في ذلك المال ساكت لا يغير ولا ينكر، ثم قام يطلبه بعد ذلك، فلا سبيل له إليه وسكوته رضا منه بدعوى البائع فيه، وإقرار منه له بالملك"<sup>1</sup>.

فأصححة الملك يشترط النسبة وذلك بأن يدعي الحائز ملك العقار المحوز بأن يقول ملكي وحوزي، وكذلك الناس من حوله ينسبونه له<sup>2</sup> ولا يتصور ذلك إلا إذا كانت التصرفات التي يباشرها الحائز على عقاره قد بلغت من الوضوح والذیوع إلى درجة أن الناس ينسبون العقار المحوز إلى الحائز، ويقولون ملك فلان أو يسمون العقار باسمه فيقولون أرض فلان أو دار فلان كما هو شأن بين الملاك المتجاوزين<sup>3</sup>، فلا بد إذن من الأمرين أن ينسب الملك لنفسه وينسبه إليه الناس أيضا، وعلى أن يكون مستند الناس في ذلك الاستفاضة المفيدة للعلم، لا مجرد سماعهم الحائز ينسب الملك لنفسه فذلك غير كاف لتحقيق هذا الشرط.

فالمعيار الذي يتحقق به شرط النسبة هو معيار موضوعي، حيث يتمثل في التصرفات التي يباشرها الحائز على العقار المحوز، وذلك باستعمال العقار أو استغلاله أو التصرف فيه على نحو يحمل كل من يرى ذلك أو يسمع به للاعتقاد

<sup>1</sup> أبي عبد الله محمد بن أحمد- ميارة الفاسي، الإتيان والإحكام، م س، ج 2 ص 13.

<sup>2</sup> ذ محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م س، ص 390.

<sup>3</sup> ذ عبد العالي العبودي، الحيازة فقها وقضاء، م س، ص 52.

أن الملك إنما يثبت للحائز، اعتباراً إلى أن تلك الأفعال لا تصدر إلا من مالك وفقاً للغالب المؤلف في عادة الناس.

وتطبيقاً لذلك فقد ذهب المجلس الأعلى في قرار له إلى أنه: "...يكفي في ملكية الأحباس أن يشهد شهودها بمعرفتهم للملك اسماً وموقعا، وبأنه حبس على جهة معينة، وأنه يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها، ولا يشترط فيها شروط الملك المعتبرة شرعاً الواجب توفرها في سائر الملكيات الخاصة، الأمر الذي يعتبر معه بذلك القرار المطعون فيه فاسد التعليل، وغير مرتكز على أساس قانوني"<sup>1</sup>.

#### الفقرة الرابعة: شرط عدم المنازع.

إضافة إلى ما تقدم من شروط فقد احتاط الفقهاء وحفظاً للحقوق من اشتراط أن يكون وضع اليد على العقار هادئاً خالياً من النزاع وذلك طيلة مدة الحيابة المقررة، سواء بشأن واقعة الحوز في ذاته أو بشأن تصرف الحائز أو بشأن نسبة الملك المتصرف فيه إلى نفسه بحيث يسود عدم النزاع سائر شروط الملك<sup>2</sup>، فالتصرف الهادئ العلني المستمر المدة القانونية هو الذي يكسب الملك<sup>3</sup>.

فحقيقة الشهادة بالملك يُستدل عليها بطول الملك وأن لا يظهر من ينازعه في ذلك<sup>4</sup>، فلا تعتبر الحيابة هادئة وخالية من النزاع إلا إذا لم ينازع أحد الحائز فيها، وكذلك إذا كان المحوز عنه راشداً وحاضراً غير غائب غيبة طويلة،

<sup>1</sup> قرار عدد 848، صادر بتاريخ 2004/03/17، أشار له عبد السلام بنزروع، إثبات دعوى استحقاق العقار غير المحفظ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط أكادال، 2012-2013، ص 182.

<sup>2</sup> ذ محمد القدوري، حيابة العقار وحيابة المنافع، م س، ص 81.

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 330، بتاريخ 24 يونيو 1975، مجلة القضاء و القانون عدد 126، ص

<sup>4</sup> النوازل الصغرى المسماة، المنح السامية في النوازل الفقهية، م س، ج 4 ص 314.

وعالما، ولم يمنعه من القيام بها مانع، حيث أنه في خلاف ذلك لا يُعتد بالحيازة حسب ما نصت عليه المادة 256 من مدونة الحقوق العينية<sup>1</sup>، ولقول الناظم: وقائم دون غيبة بعيدة \*\*\* حجتة باقية مفيدة.

وقد اعتبر العمل القضائي أن المنازعة التي تجعل الملكية ناقصة عن درجة الاعتبار هي تلك التي تنصب على مدة الحيازة المشهود بها، لا المنازعة اللاحقة لتلك المدة<sup>2</sup>، فالمقصود بالنزاع الذي يعيب الشروط الموجبة للملك هو الادعاء بالحق خلال المدة المشهود بها، أما إقامة الدليل بعد ذلك فلا تشكل منازعة مؤثرة في شروط إثبات الملك.

#### الفقرة الخامسة: شرط استمرار الحيازة طول المدة المقررة.

سبق وأن أشرنا في البيئة المتعلقة بذكر سبب الملك وتقديمه على عدم ذكره، إلى مدة الحيازة المعتبرة لكسب ملكية العقار، والمحددة من خلال المادة 250 من مدونة الحقوق العينية في عشر سنوات بالنسبة للأجنبي غير الشريك، وفي أربعين سنة فيما بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة، وعشر سنوات إذا كانت بينهم عداوة، حسب المادة 251 من م.ح.ع.

<sup>1</sup> تنص المادة 256 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "لا يُعتد بالحيازة،

- إذا غاب المحوز عليه غيبة طويلة متواصلة، يفترض عدم علمه بحيازة ملكه إلى أن يثبت العكس.  
- إذا منع المحوز عليه مانع قوي من المطالبة بحقه كالخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستند إلى سلطة.

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

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

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 669، بتاريخ 20 فبراير 2002، صادر في الملف المدني عدد 2001/1/1/1873، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61، سنة 2003، ص 21.

وقد اشترط المشرع مسائرا الفقهاء لصحة الحيازة إلى جانب طول هذه المدة، ضرورة استمرار وضع اليد على العقار طول المدة المقررة دون انقطاع، ويقصد بالاستمرار أن تكون أعمال التصرف التي يباشرها الحائز على العقار المحوز من الكثرة بما يكفي ويقطع الدلالة على ملكية الحائز لما يحوز، وذلك بأن يباشر تلك الأعمال بصورة متوالية ومنتظمة وفي فترات متقاربة، بحيث لا تتوسط تلك التصرفات فترات انقطاع غير عادية<sup>1</sup>، فتتوالى من الحائز أعمال السيطرة المادية التي يباشرها على الشيء المحوز على غرار ما يفعله المالك في ملكه<sup>2</sup>، حيث تبقى يده على العقار طيلة مدة الحيازة، بحيث لا يتخلّى عنه اختياريا ولا ينزع منه أثناء المدة، وإلا لم تنفع الحيازة<sup>3</sup>.

ولا يشترط أن يتصرف الحائز في الشيء المحوز في كل وقت وبغير انقطاع، إذا أن اتصال الحيازة يختلف باختلاف طبيعة الشيء المحوز، فقد تقتضي هذه الحيازة الاستعمال اليومي، أو الشهري أو السنوي، وذلك كالمروور بالنسبة لحق الارتفاق وكالرعي بالنسبة لحائز مرعى لبهائمهم، وكالسكنى صيفا في المنزل المعد للاصطياف، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير هذا الشرط وجودا أو عدما<sup>4</sup>.

وتختلف طبيعة الاستمرار باختلاف التصرفات التي يباشرها الحائز على العقار، وبحسب طبيعة العقار والغرض المخصص من أجله، حيث أن هناك تصرفات مادية يُتصور وقوعها مرة واحدة من قبيل أعمال الهدم أو البناء،

<sup>1</sup> ذ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط م س، ج 9، مجلد 2، ص 842.

<sup>2</sup> ذ أبو مسلم الحطّاب، العقار بالطبيعة وقواعد حمايته في التشريع الجنائي، مطبعة النجاح الجديدة،

تاريخ النشر 2004، ص 59.

<sup>3</sup> ذ محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي و التقنين المغربي، م س، ص 321.

<sup>4</sup> ذ مسلم أبو حطّاب، العقار بالطبيعة وقواعد حمايته في التشريع الجنائي، م س، ص 60.

والتصرفات القانونية الناقلة للملك كالبيع والهبة وغيرها من التصرفات التي تقع من شخص واحد مرة واحدة، حيث إذا قام بها الحائز يخرج العقار من حيازته وينتقل إلى حيازة المتصرف إليه.

غير أن التصرف المعتد به في نظري للقول باستمرارية حيازة الحائز للعقار لا يتمثل في الأعمال التي يقوم بها مرة واحدة و تنتهي كالهدم أو البناء، بل هو الذي يقوم به الحائز عدة مرات ويبقى أثره مستمرا مدة من الزمن، لأنه إذا كان العقار غير مبني و قام شخص ببنائه ليتحقق شرط التصرف، فإن تغيير طبيعة العقار من أرض خالية إلى أرض معدة للسكن لا يعني استمرار الحيازة بل هو مجرد تغيير نوع التصرف المحقق لها، و لكن بسكنى العقار أو باستعماله فيما خصص له بحسب طبيعته (حيث قد يكون مخصصا للاستعمال المهني أو التجاري لا السكني)، يتحقق شرط الاستمرار سواء من خلال الإقامة بالسكن المبني أو عن طريق تأجيره للغير واستمرار المؤجر في الإقامة به وتسلم المستأجر لقيمة الإيجار.. وغيرها من التصرفات المنتظمة غير المتقطعة خلال مدة الحيازة المقررة في القانون.

### الفقرة السادسة: شرط عدم العلم بالتفويت.

إن شرط طول المدة في الحيازة والاستمرار لا يقتصر على التصرفات أو الأعمال المادية التي يباشرها الحائز على العقار المحوز، بل يمتد في حال وفاة الحائز إلى شرط أن يشهد الشهود بأنه لم يُفوّت عليه بأي سبب من أسباب التفويت، وذلك متى أراد ورثة الحائز إثبات الملك لمورثهم<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> الدليل العملي للعقار غير المحفظ، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد الثاني، فبراير 2007، ص 26.

فالمشرع من خلال الفقرة السادسة من المادة 240 من مدونة الحقوق العينية، جعل شهادة الشهود بعدم علمهم بالتفويت تهم على سبيل الحصر الحائز المتوفي فقط دون الحي، فلم يشترط لهذا الأخير أن يشهدوا في حقه بعدم العلم بالتفويت، فاعتبر هذا الشرط شرط صحة الحيازة في حق المتوفي، لقول الفقهاء: "... فإن كان ميتا فهو شرط صحة في حقه قولاً واحداً كما في الوثائق الفشتالية، وهو معنى قوله "الميت" أي كونه شرطاً في الصحة، (اجعلا) الإشارة تعود للصحة التي هي أقرب مذكور وللميت يتعلق باجعلا"<sup>1</sup>.

وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار له: " من المقرر أنه إذا كان المشهود له في بيعة الملك ميتاً فإن تضمنها لعبارة، "لم يخرج عن ملكه في علمهم" يعتبر شرط صحة بخلاف ما إذا كان المشهود له حياً فإن ذلك يعتبر شرط كمال فقط، لقول الزقاق في لاميته، "وهل عدم التفويت في علمهم كمال أم صحة للحي للميت إذا اجعلا"<sup>2</sup>.

فشرط عدم العلم بالتفويت يعتبر شرط صحة الشهادة بالملك، و تعتبر الحجة التي لا تتضمنه ناقصة عن الاعتبار، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار جاء فيه: "في حالة نسبة الملك لميت من طرف القائم، فإنه من المتفق عليه فقها أن شرط اشمال الوثيقة المثبتة للملك على عدم علم شهودها بالتفويت يعتبر شرطاً من شروط صحتها، لما كانت الطاعنة أدلت بموجب لا تتوفر فيه شروط الملك التي من بينها الشرط المشار إليه أعلاه، فإن المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت أن حجتها ناقصة عن درجة الاعتبار ولم تكن في حاجة

<sup>1</sup> ابو الشتاء بن الحسن الغازي الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، م س، ج

2 ص 7.

<sup>2</sup> الدليل العملي للعقار غير المحفظ، م س، ص 26 مشار للقرار في الهامش 45.

لإعذارها، إذ لا إعذار في ناقص، ولكونها من جهة أخرى مدعوة قانونا للإدلاء بحجة صحيحة لإثبات دعواها"<sup>1</sup>.

وهو ما سارت عليه محاكم المملكة حيث أقرت المحكمة الابتدائية بالناظور في تعليها لقرار صادر عنها أن: "المتفق عليه فقها أنه في حالة نسبة الملك لميت، فإن شرط اشتمال الوثيقة المثبتة للملك على عدم علم شهودها بالتفويت يعتبر شرطاً من شروط صحتها، وحيث أن رسم الملكية المستظهر به ينسب الملك لمتوفين، دون أن ينص فيه على شرط عدم العلم بالتفويت وهو شرط صحة كما ذكر.

وحيث لما كان الرسم المستظهر به باطلا للسببين البينين أعلاه، وكانت محكمة التحفيظ غير مؤهلة لمناقشة حجج طالب التحفيظ حتى يستدل المتعرض بحجج سليمة من المآخذ، فإنه يتعين تبعا لذلك الحكم بعدم صحة التعرض"<sup>2</sup>.

فهذا الشرط يرتبط أشد الارتباط بالشهود على الملك الذين يشهدون بنفي العلم بخروج العقار من أموال الشخص المتوفى، من خلال قولهم أن الملك لم يخرج عن ملكه ولم يقع تفويته ويحزموا في ذلك، لكن دون تصريح بقولهم قطعا أو بتاء، لأن شهادتهم إنما تكون على نفي العلم فحسب وليس على البت، فإن جاءت شهادتهم على هذا الشرط بالقطع بطلت لاستحالة حصولهم على العلم القطعي في

<sup>1</sup> قرار عدد 1643، بتاريخ 1998/03/11، صادر في الملف المدني عدد 92/3650، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53-54، م س، ص 115.

<sup>2</sup> حكم ابتدائية الناظور عدد 18، بتاريخ 2006/02/06، في الملف العقاري عدد 03/189، غ م.

هذا الأمر، إذ من المحتمل أن يقوم المشهود له بتفويت عقاره دون أن يعلم الشهود بذلك، وهو ما قال به الشيخ خليل: "وأنها لم تخرُج عن ملكه في علمهم"<sup>1</sup>.

فالشهادة في ذلك يشترط فيها أن تكون على عدم العلم خلافاً لباقي شروط الملك التي يجب أن تكون الشهادة بها على القطع والبت لا الظن<sup>2</sup>.

أخيراً يمكن القول أن المشرع من خلال هذا الشرط بل و غيره من الشروط المذكورة آنفاً، يهدف إلى حماية الحيازة، لكن لا يحمي الحائز ولا يعترف بحيازته إلا إذا كانت واضحة الدلالة على صدق ملكيته، ومتى تسرب الشك لهذه الدلالة بأن اختل شرط من شروطها فإنه لا يترتب عنها أي أثر.

### المطلب الثاني: تقديم بيئة الملك على بيئة الحوز.

إن ما ذكر من الشروط آنفاً تتوقف جميعها على محض مشيئة مدعي الملك وتجعل ادعاءه مرجحاً لمجرد توفرها، ولتحقق هذه الغاية فإنه على المحكمة التحقق من الحيازة الفعلية ومن توفر شروطها، حماية لمصلحة الطرفين وحسن سير العدالة.

وهو ما أكدته العمل القضائي حيث أقر المجلس الأعلى في قرار له أنه: "بما كان معه على المحكمة مصدرية القرار أن تتأكد ممن بيده الحيازة الفعلية للمدعى فيه عن طريق اتخاذ التدابير التكميلية للتحقيق، المنصوص عليها في الفصل 43 من ظهير التحفيظ العقاري، لا أن تعتمد في ذلك على ما يفيد مجرد

<sup>1</sup> الشيخ خليل ابن اسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل: في فقه الامام مالك، دار الكتب العلمي، الطبعة الأولى 2016، ص 165/ جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، م س، ج 1 ص 575.  
<sup>2</sup> ذ محمد القدوري، حيازة العقار كدليل على الملك، م س، ص 65.

ظاهر الحجج كما ذهب إليه القرار المطعون فيه، الأمر الذي يعتبر معه غير مرتكز على أساس قانوني وعرضه بالتالي للنقض والإبطال"<sup>1</sup>.

فالحيازة وحسب كل ما ذكر تعتبر سببا من أسباب نقل الملكية من مالك إلى آخر، ويسمى هذا النوع عند المالكية، بالحيازة القاطعة لحق الغير أو الحيازة المبطلّة لملكية الغير، كما تسمى بالحيازة الدالة على الملك، وتسمى في التشريعات الوضعية بالتقادم المكسب، وتكون مقترنة بالادعاء بالتملك، ومحلها ما جهل أصل مدخل الحائز أو علم وكان ينقل الملكية عن الأول، كالبيع والتبرع.

وبالتالي فمتى تنازع شخص حول ملكية أرض معينة وأدلى المدعي بملكية صحيحة تشهد له بأن تلك الأرض على ملكه، وأدلى الحائز بحجة مستوفية أيضا لشروط الحيازة، فإن حجة الحيازة الطويلة الأمد مع شروطها تقدم على حجة الحوز المجرد، وهذا يعني أنه للحيازة أثرين<sup>2</sup>:

**الأثر الأول:** أنها تعتبر مثبتة لحق الحائز ومسقطة لدعوى الغير في ملكية الشيء المحاز، لأنها قد نقلت ملكيته لهذا الحائز، وأزالت ملكية المالك السابق.

**الأثر الثاني:** تعتبر فيه مطهرة للملكية من العيوب التي تشوبها قبل توفر شروط الحيازة، بحيث لو فرضنا بأن شخصا ما قد تملك عقارا بمقتضى عقد بيع غير مستوف لشروط البيع، ثم حاز ذلك العقار طيلة المدة المعتبرة في الحيازة وتوفرت له شروطها، فإنه يصير مالكا له ملكية صحيحة ويتطهر ذلك العقد من العيوب التي شابته.

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 3038، مؤرخ في 26/09/2007، في الملف المدني عدد 1571/1/2006، غ.م.

<sup>2</sup> ذ محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س، ص 319.

إن اعتبار البيئة بالملك مرجحة على بيئة الحوز تعتبر من الضوابط المعتمدة للترجيح بين البيئات، فيُعمل بها عند تعارض الحوز باليد مع الحجة الكتابية بالملك، لأن هذه الأخيرة مؤسسة على سند كتابي مستند إلى أصل للتملك وبيانات مفصلة حول الملك وواضحة لا يشوبها غموض، على خلاف بيئة الحوز التي تكون مستندة إلى حيازة مبهمة وإلى مجرد غصب أو تعدي أو استيلاء، وبالتالي فإن بيئة الملك أولى بالترجيح، ولا تعدو هذه القاعدة أن تكون تطبيقاً لقاعدة ترجيح المفصلة على المجمل السابق تحليلها.

فالحيازة باليد يُعتد بها إذا كانت هي البيئة الوحيدة في يد الحائز إلى أن يثبت العكس بما ينقضها، وهو ما ذهب له المجلس الأعلى في إحدى قراراته: "ان المحكمة لما رجحت حجج المتعرضين المدعومة بالحيازة العلنية الهادئة على حجج طالبي التحفيظ المجردة تكون قد طبقت القاعدة الشرعية التي تقول: عند تساوي الحجج ترجح حجة واضع اليد باعتبار الحيازة شاهد الحال"<sup>1</sup>.

فمن المعلوم فقها أنه إذا ثبت الملك للمدعي فلا يصدق المدعى عليه في دعواه الملك والحوز والتصرف من غير حجة تعضد دعواه، والحيازة المزعومة من المدعى عليه التي لم يبين الوجه المستند إليه فيها ولم يثبتها بموجب شرعي تام لا تفيد، ولا يبلغ المدعى عليه بدعواه حيث ثبتت الأصول المذكورة للمدعي بالحجج المتقدمة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 537، بتاريخ 15 فبراير 1995، صادر في ملف عدد 87/2165، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري خلال أربعين سنة، م س، ص 283.

-انظر أيضاً: قرار عدد 3085، صادر بتاريخ 13 شتنبر 2001، في الملف عدد 2000/249، التقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2001، ص 80.

<sup>2</sup> الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد السابع، م س، ص 384.

وفي قرار للمجلس الأعلى ذهب إلى أن: "المدعي إذا أقام بينة كانت أولى من اليد لرجحانها، لأن البينة تشهد بما لا تشهد به اليد حيث إن اليد مبهمة والبينة مفسرة"<sup>1</sup>.

وقضى أيضا: "إن المدعي إذا أثبت ادعاءه بوثيقة الملك المستوفية الشروط المقررة فيها فقها، فإن المدعي عليه يلزم بيان وجه مدخله، فإذا ادعى الحيازة كان عليه إثباتها، فيثبت سائر شروط الملك من حوز، وطول مدة ونسبة وتصرف وعدم منازع حتى تقطع حيازته حجة القائمين عليه بدعوى الملك، في حين أن الطالب وإن تمسك بالحيازة، فإنه لم يُقّم بينة على هذه الحيازة التي يستحق بها الملك والتي من شأنها قطع حجة المطلوبين"<sup>2</sup>.

لذلك فإن الحائز إذا لم يدفع إلا بوضع اليد مقابل الملكية الصحيحة، فإن بينة الملكية تقدم على بينة الحوز، لأن الحوز قد يكون عن ملك أو كراء أو رهن أو غصب، فكونه بيده هو أعم من كونه ملكا له، والملك أخص من الحوز وأقوى منه<sup>3</sup>، وثبوت الأعم لا يستلزم ثبوت الأخص والعكس صحيح.

وهو ما جاء في قرار حديث لمحكمة النقض<sup>4</sup>: "... لا مجال للتمسك بالترجيح بالحيازة مادام أن القرار المطعون فيه اعتمد وبالأساس في قضائه على كون موجب الاستغلال عدد 278 وملحقه عدد 66 المدلى بهما من طرف الطاعن ساقطين على درجة الاعتبار، لكونهما غير مستجمعين لشروط الملك،

<sup>1</sup> قرار عدد 466، بتاريخ 25 مارس 1986، صادر في الملف الشرعي عدد 85/5304، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية، ص 17.

<sup>2</sup> القرار عدد 2444 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 ماي 2011، في الملف المدني عدد 2008/4/1/3424، منشور بمجلة محكمة النقض، ملفات عقارية العدد الأول السنة 2012، ص 97-98.

<sup>3</sup> جواهر الإكليل في شرح مختصر خليل، م س، ج 2 ص 373.

<sup>4</sup> قرار عدد 17/8، مؤرخ في 2015/01/06، في الملف المدني عدد 2014/1/8/2223، غ م.

وبالتالي فإن مجرد وضع اليد وحده غير كاف للقول بصحة التعرض لا سيما وأنه يتجلى من مستندات الملف أن طالب التحفيظ أدلى بملكية مؤرخة في يناير 1951، مشتملة على شروط الشهادة بالملك، وتشهد له أيضا وبخلاف ما جاء في الوسيلة بالحوز والتصرف مدة مديدة تزيد على أمد الحيازة المعتبرة شرعا وهي عشر سنين سلفت عن تاريخ موته وبذلك فهي مقدمة على بيئة الحوز لقول الشيخ خليل: "وملك على حوز"، لأن بيئة الملك أخص من الحوز وأقوى منه، وثبوت الأعم لا يستلزم ثبوت الأخص والعكس صحيح، ولذلك ولما للمحكمة من سلطة في تقدير الأدلة استخلاص قضائها منها فإنها حين عللت قضائها بأن: "موجب الاستغلال وملحقه المدلى بهما من طرف المتعرض لتعزيز تعرضه إنما يشهدان للمتعرض بممارسة النشاط الفلاحي بكل أنواعه وبتصرفه في البقعة المذكورة وبحيازته لها بدون منازع ولا معارض منذ سنة 1971، حسب الموجب ومنذ سنة 1970 حسب ملحقه عدد 66 ولا يتضمنان نسبة مقيمها ملكية هذه البقعة إليه كما أن شهود الموجب وملحقه لم يشهدوا بأن الناس ينسبون إليه ملكية هذه البقعة الفلاحية وبالتالي يكون الموجب وملحقه المستدل بهما من طرف المتعرض غير شاملين لشروط الشهادة بالملك"، فإنه نتيجة لذلك يكون القرار معلال تعليلا كافيا وغير خارق للمقتضيات المحتج بها وما بالوسائل غير جدير بالاعتبار".

فمتى قام النزاع بين شخصين حول عقار ما، فأثبت أحدهما أنه مالك للعقار وذلك بواسطة حجة صحيحة مستجمعة كافة شروطها القانونية، في حين شهدت بيئة الطرف الآخر بوضع يده على نفس العقار وحوزه، كانت بيئة الملك أرجح من بيئة الحوز، لأن بيئة الملك تشمل الحوز أيضا باعتباره شرطا من

شروطها<sup>1</sup>، ويقول صاحب التحفة: "وهو لمن أقام فيه البيئة"<sup>2</sup>، ولقول ابن فرحون في التبصرة: "لو شهدت إحداها بالملك وشهدت الأخرى بالحوز، قدمت بيئة الملك لأن الملك أقوى، والحوز قد يكون لغير ملك، فيقضي ببيئة الملك وإن كان تاريخ الحوز متقدما"<sup>3</sup>، وهو ما قصده الشيخ خليل بقوله: "ورجح بسبب الملك"<sup>4</sup>.

وقد قضى المجلس الأعلى مسائرا رأي الفقه بأن: "بيئة الملك مقدمة على بيئة الحوز وأن وضع اليد لا يعتبر إلا في حالتي مجرد الدعوى أو تساوي البيئتين وهو ما أشار إليه الشيخ خليل بقوله: وببدي إن لم ترجح بيئة مقابله، وفي التحفة بقولها: ولا يد مع مجرد الدعوى أو إن تكافأت بينتان فاستبن، ولقول صاحب الزقاقية، وإن يعدم الترجيح فاحكم لحائز ويحلف..."<sup>5</sup>.

ويقول ميارة: "ان أقام البيئة على الملك غير الحائز بتعارض دليل الحيازة مع البيئة بالملك، فالبيئة أعمل من دليل الحيازة وعلى ذلك نبه بقوله: "وهو لمن أقام البيئة أي للحائز الذي لا بيئة له"<sup>6</sup>، وذهب عبد الملك إلى أن الحائز لا ينتفع ببيئته فلو ترجحت البيئة بالملك سقط اعتبار اليد<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> أبو الشتاء الصنهاجي، م س، ج 1، ص 453.

<sup>2</sup> تحفة ابن عاصم، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س، ص 16.

<sup>3</sup> تبصرة ابن فرحون، م س، ج 1 ص 265. ابن شاس، م س، ج 3 ص 1088.

<sup>4</sup> مختصر الشيخ خليل في فقه الامام مالك، م س، ص 173.

<sup>5</sup> القرار عدد 395، صادر بتاريخ 21 يناير 1998، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53-

54، السنة 21 يوليوز 1999، ص 106.

<sup>6</sup> أبي عبد الله محمد بن أحمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام مع

حاشية المعداني، ج 1 ص 147.

<sup>7</sup> عثمان بن عمر بن أبي بكر بن الحاجب، جامع الأمهات أو مختصر ابن الحاجب، اليمامة للطباعة

والنشر - بيروت، الطبعة 1419 - 1998، ص 487.

وقد ورد في قرار للمجلس الأعلى: "المنصوص عليه فقها أنه لا يقضي بسقوط البيّنتين إلا إذا تعادلتا وتعذر الترجيح بينهما بأي وجه من أوجه الترجيح، وأن مجرد وضع اليد وحده، غير كاف لسماع دعوى المدعي المعززة بالملكية، وما دامت ملكية المتعرضين مستوفية لكل شروط الملك، وحجة طالب التحفيظ مجرد موجب تصرف، لا يشمل كل شروط الملك، فإنه كان يتعين على المحكمة إعمال قاعدة الترجيح بين الحجّتين"<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة أنه رغم ذلك فإنه لا يعتد بالحيّازة لأن تكون سببا لكسب الملكية، ولا دليلا عليها فيما بين الأصول والفروع، وبين الأزواج أثناء قيام العلاقة، وبين الشركاء مطلقا، وبين النائب الشرعي ومن هم إلى نظره، وبين أطراف الوكالة من حيث الوكيل وموكله، وبين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال كالحارس القضائي والمسير والسنديك..

كذلك إذا كان المحوز عليه فاقد الأهلية أو ناقصها وليس له نائب شرعي وتبدأ في هذه الحالة مدة الحيّازة في السريان من تاريخ رشده أو من تاريخ تعيين نائب شرعي له، ولا يعتد بها أيضا إذا غاب المحوز عليه غيبة طويلة متواصلة يفترض عدم علمه بالحيّازة، أو منعه مانع قوي من المطالبة بحقه كالخوف من الحائز أو كان في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه من الحائز خلال مدة الحيّازة. وهو ما أكدته مدونة الحقوق العينية من خلال المادتين 255 و 256.

<sup>1</sup> قرار عدد 7097 في 98/11/24 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 ص 22.

## خاتمة.

من خلال دراستنا لموضوع قواعد الترجيح بين البيّنات في ضوء المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية والفقّه المالكي التي أورها المشرع المغربي على سبيل الحصر ومثل لها بعشرة، علما أن هناك قواعد أخرى لا تقل عنها شأنًا، سواء داخل الممارسة الفقهية من مذهب الإمام مالك أو ظهير الالتزامات والعقود المغربي أو قانون المسطرة المدنية.

ونظرا لطبيعة النزاعات المعروضة على القضاة، والتي تقتضي أن كل طرف يحاول أن يدافع عن قضيته بما يملك من حجج وبراهين؛ ونظرا لكون القاضي يجب أن يقتنع بحجج أحد الأطراف أو لا يقتنع بأي حجة. فقد يحدث أن تتعارض تلك البيّنات، فيضطر القاضي لترجيح أحدها أو إهمال كلتا الحجتين، فقد اجتهد الفقهاء المتقدمون بخصوص موضوع التعارض الحاصل بين البيّنات والحجج، ووضعوا لها جملة من الضوابط التي صيغت بطريقة دقيقة سعيا منهم أساسا إلى تحقيق نوع من العدالة أثناء حسم النزاعات بين الأطراف، وتؤمن حلولا صائبة لكل الإشكالات.

فمن خلال اجتهاداتهم أمّنوا السبل وسدوا الخلل وأفادوا المشرع والقضاة والباحثين، فعصموا هؤلاء من التيه كل حسب مبتغى علمه من خلال كتاباتهم ومطولاتهم الفقهية.

فالباحث يبتغي من هذه القواعد حل الإشكالات النظرية المرتبطة ببحثه، والقاضي يبتغي منها حل المشاكل العملية التي تواجهه في النزاع المعروض أمامه بإزالة التعارض القائم بين حجج الأطراف، بالرغم مما يمكن أن يعتري

مهامه من صعوبات للبت في النزاع؛ إلا أنه لا ينبغي يتقاعس عن إصدار الحكم وإلا عد منكرا للعدالة.

وتعتبر قواعد الترجيح كما جاء بها الفقهاء المالكيين وتبناها المشرع، كافية وكفيلة بالفصل في نزاعات إثبات ملكية العقار غير المحفظ أو الحقوق العينية المتعلقة به، وترمي إلى توحيد العمل القضائي وإزالة تضارب الأحكام السائد، والوصول إلى نجاعة وفعالية قضائية يتحقق معها الأمن القضائي، وإزالة الانطباع الذي كان سائدا حول صعوبة وبطء تصريف القضايا العقارية وبالتالي تعزيز الثقة في القضاء وفي القيمين عليه.

وللخروج من التعارض بين بيئات الإدعاء وضع فقهاء المالكية ثلاث وسائل مهمة تمثلت في الجمع والتوفيق في الترجيح، ثم في التهاتر؛ تندرج تحت كل قاعدة ضوابط وأحكام فرعية تعتبر حلا للتعارض بين الحجج، فميزوا بذلك بين ثلاث حالات كما قلت، وهي على الشكل التالي:

**أولها:** وهي الحالة التي تتعلق بالحجج المتعارضة والقابلة للجمع بينها حيث يتم الجمع بداية بين الحجج والحكم بمقتضاها حتى لا يتم الإضرار بأي طرف من الأطراف وإهمال بينته.

**ثانيها:** تتعلق بحالة البيئات غير القابلة للجمع بينها لكنها قابلة للترجيح، فوضع الفقهاء لهذه الحالة جملة من القواعد التي يجب الاحتكام إليها أثناء الفصل في النزاع بين الخصوم، وهي قواعد عمّل القضاة على تطبيقها قديما وسار عليها العمل القضائي الحالي.

**ثالثها:** هي حالة البيئات المتعارضة التي تساوت قيمتها الثبوتية وانعدم أي مرجح بينها، فنكون أمام ما يسمى بتهاتر البيئات، وقد ميز الفقهاء

بين أربع فرضيات تتعلق أولاً بسقوط البيّنتين وفي المقابل يكون الملك بيد أحد الطرفين، والثانية بسقوط البيّنتين ويكون الملك بأيدي الطرفين معاً، والثالثة، تخص الفرضية المتعلقة بسقوط البيّنتين والملك بيد الغير، والفرضية الأخرى الرابعة تتعلق بسقوط البيّنتين والملك لا يد عليه، وقد تعرض الفقهاء لكل حالة بالبحث والتحليل ووضعوا لها أحكاماً خاصة بها.

ويمكننا توضيح أهم مضامين الموضوع وما توصلنا إليه من نتائج على النحو التالي:

1- يعتبر القاضي ملزم باحترام نسق ترتيبي لرفع التعارض بين الأدلة، وذلك من خلال ثلاث مراحل:

**المرحلة الأولى،** النظر فيما إذا كانت الحجج المتعارضة قابلة للجمع بينها والحكم بمقتضاها تفادياً لإهمال بيّنة أي طرف من أطراف الدعوى والإضرار به.

**المرحلة الثانية،** وهي موضوع البحث، حيث تكون الحجج المتعارضة غير قابلة للجمع بينها فيلجأ القاضي بالتالي إلى المفاضلة بينهما وترجيح إحداها على الأخرى.

**المرحلة الثالثة،** وهي الحجج التي تساوت قيمتها الثبوتية وانعدم مرجح بينها فيخلص القاضي إلى إسقاطها.

2- وقفنا على أن القاضي لا يلجأ إلى الترجيح بين الأدلة إلا إذا كانت الحجج المتعارضة تتوفر فيها بعض الشروط من قبيل:

- أن تتعارض حجج الخصوم ويستحيل الجمع بينها.

- أن تتوفر في الحجج المقارن بينها شروط شكلية وموضوعية.
  - أن تكون الحجج المرجح بينها متساوية من حيث القوة والاعتبار.
  - أن يكون موضوع البيئات المتعارضة متحدا، بأن تنطبق على نفس العقار أو الحق العيني المتنازع بشأنه.
- 3- تنقسم قواعد الترجيح بين البيئات إلى قواعد شكلية تنصب على مختلف شكليات إنشاء الحجج، وأخرى موضوعية تتعلق بجوهر الحجة محل الترجيح.
- 4- ترتبط قواعد الترجيح بين الحجج بمجموعة من القواعد الفقهية الكلية للترجيح وهي غير مقتصرة على ما ذكر من قواعد في المادة الثالثة من م.ح.ع. حيث انبنت على أساسها القاعدة الترجيحية وخرجت إلى الوجود وذلك من قبيل:
- "البينة على المدعي واليمين على من أنكر".
- "الأصل براءة الذمة".
- "البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل".
- "إعمال الكلام أولى من إهماله".
- "اليقين لا يرتفع بالشك".
- "الأصل في العقود الصحة".
- "الأصل في العقود أن تحمل على الرضى حتى يثبت الإكراه".
- "الأصل بقاء ما كان على ما كان...".
- وغيرها كثير من القواعد التي لا تقع على الحصر وتطرح إشكالات جديرة بالدراسة.

فالقواعد الفقهية المتعلقة بالأصول المستصحة ذات أهمية إثباتية لا تجدد، باعتبارها تحدد الجهة المحملة بعبء الإثبات، والجهة المدعى عليها المعفاة منه، وأن أي خطأ في تنزيل القواعد المذكورة على الوقائع يفضي إلى قلب المراكز القانونية لأطراف الدعوى، وبالتالي غمط الحقوق وضياعها.

5- إن قواعد الترجيح تختلف من حيث القوة، حيث نجد قاعدة تقدم على الأخرى كالبيئة بالتاريخ مقدمة على البيئة بغير تاريخ، والترجيح بالعدالة مقدم على الترجيح بتعدد الشهادة، والترجيح بالتفصيل مقدم على الترجيح بالعدالة، والترجيح بسبب الملك مقدم على الترجيح بالتاريخ... وقد عملنا ما أمكن على ترتيبها وتصنيفها.

6- أوجب المشرع من خلال مقتضيات المادة الثالثة من م ح ع الاستناد إلى أصل التملك، فضلا على حيازة المفوت له للعقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية، محاولا بذلك الحد من التفويتات المجردة من أصل التملك والتي كانت سببا في إشكالات عقارية حقيقية، وإن كان المشرع لم ينص صراحة على جزاء البطلان في حال عدم الالتزام بذلك. كما ولم يبين معنى أصل التملك اللازم في عقود تفويت الملكية العقارية للعقار غير المحفظ، وذلك رفعا لكل لبس بشأنه.

7- أدرجنا مجموعة من الاجتهادات القضائية التي اعتمد فيها العمل القضائي على القواعد الترجيحية قبل صدور مدونة الحقوق العينية، و التي عُدت رصيذا لا بأس به من الاجتهادات حتى قبل التكريس التشريعي لقواعد الترجيح ضمن م.ح.ع، ولا زالت تصلح أداة يعتد بها القاضي حاليا، غير أنه لا يزال عليه بدل مجهود لا يستهان به في سبيل

البحث والتقصي في كتب الفقه للأحكام المنظمة لباقي القواعد حسب ما تقتضيه كل نازلة لم تتضمنها المادة الثالثة.

وقد لاحظنا اختلافا في توجهات بعض الاجتهادات القضائية والذي يعود بالأساس إلى الاختلاف المتباين في فهم الأحكام المبينة لقواعد الترجيح نتيجة عدم وجود مرجعية موحدة وملزمة يستند عليها القضاة عند ركونهم لقواعد الترجيح بين البيئات بمناسبة بئهم في القضايا المعروضة عليهم، ولعدم وجود قاعدة قانونية توحد المختلف فيه، بغية تحقيق الأمن القانوني والقضائي.

وحسبنا أن نشير إلى أن بعض قواعد الترجيح كما نصت عليها المادة الثالثة قد جاءت معيبة، كقاعدة تعدد الشهادة على شهادة الواحد فقد كان أحرى بالمشرع أن يكون أكثر دقة في استخدام مصطلح تعدد الشهادة لأن المقصود هو تعدد شخص الشاهد وليست الشهادة كفعل.

وأیضا تقديم البيئة المؤرخة على غير المؤرخة فالفهاء استعملوا مصطلح تقديم البيئة المحددة التاريخ على البيئة المطلقة، فهذه الأخيرة مؤرخة أيضا لكن تاريخها مجملا وهناك فرق بين عدم تأريخ البيئة وبين التاريخ المجمل.

هذه بعض الاستنتاجات التي حاولنا الإحاطة بها من موضوع الأطروحة، بعد تفصيل معاني قواعد الترجيح دون توجُّس، ولا يعني هذا أننا قد انهينا وأتممنا كل الاشكالات المتعلقة بموضوع تعارض البيئات الذي يعتبر موضوعا متشعبا نظرا لكثرة وتشعب النزاعات العقارية خاصة في مجال العقار غير المحفظ، فقد حاولنا توضيح الغامض منها وفق نسق منهجي اختلطت فيه لغة الفقه بالقانون.

وتبقى مقاربة هذه القواعد الفقهية من الناحية العملية متمثلة في عمل القضاء، فهي تعتبر زاد القاضي وعدته لأنها مفاتيح الفصل في النوازل والبت في الأفضية فلا يمكن النظر فيها إلا بالركون إلى قاعدة فقهية يطبقها القاضي فتظهر في حيثيات حكمه، غير أن الركون لهذه القواعد لا يستساغ لغير أرباب الاختصاص الدقيق والرصين لما يحتاجه فهمها من عمق فهم وتدبر كبير.

ولا تظهر هذه الرصانة في الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع بقدر ما تظهر في قرارات محكمة النقض أو ما كان يصطلح عليها بالمجلس الأعلى، والتي تعود بالأساس إلى تعويلها على القواعد الفقهية في الترجيح وحسن تطبيقها واستشهادها بها حسب ما يستجد أمامها من وقائع ونوازل، وذلك نظرا لإمام قضاتها بالقواعد الفقهية وبسياق استعمالها بحكم تجربتهم وتمرسهم بتلك القواعد، على خلاف قضاة المحاكم الابتدائية والاستئناف والتي غالبا ما يتنكب قضاتها الصواب جهلا منهم لقواعد الترجيح بين البيّنات أو ربما لخطأ في تنزيلها على النازلة أمامهم، فقد لاحظنا أن بعض القواعد يقع التوسل بها في الأحكام أكثر من أخرى.

وقد تبنى المشرع قواعد الترجيح المسطرة في مدونة الحقوق العينية لتعقل الاجتهاد القضائي وتضبطه بضوابط ومحددات تمنع فوضى الاجتهاد التي تحيد بالمجتهد وبالقاضي عن غايته ودوره. وإن كانت لم تؤطر بشكل كاف يليق بأهميتها وغايتها القضائية حيث صيغت بألفاظ عامة ومرسلة غير مفصلة لا تفيض في بيان الأحكام التي من شأنها أن تساعد القاضي على الفصل في النوازل.

إن قواعد الترجيح التي كان يقضي بها قضاة مذهب الإمام مالك سابقا والمعمول بها من طرف قضائنا في وقتنا الحالي، إنما يدل على ثبوت جدواها وثناء الفقه الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان، وأنه يضم الحل لمختلف النوازل والقضايا المستجدة.

خلاصة القول، أن إقرار المشرع لقواعد الترجيح في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية سيفضي إلى ترسيخ أمن قانوني وقضائي، يتمثل الأمن القانوني في إمكانية الاحتكام إلى مرجعية قانونية واحدة جمعت مجموعة من القواعد الترجيحية والتي كانت مشتتة في مؤلفات الفقه الإسلامي بما يفضي إلى تحقيق الاستقرار القانوني.

والأمن القضائي يتحقق بتوحيد اجتهاد القضاء وإزالة مظاهر التضارب الذي يسود بين الأحكام، والقضاء على البطء في تصريف القضايا العقارية وانتهاء الانطباع السائد قضائيا حول صعوبة هذا النوع من القضايا ووعورته، والوصول بالتالي إلى نجاعة وفعالية قضائية، ليكون ذلك تمهيدا لإنشاء محاكم عقارية متخصصة.

ما من شأنه أن يمكن بالتالي من تحقيق غاية واحدة وهي تعزيز الثقة في القضاء والقيمين عليه وضبط الملكية العقارية وفق ما من شأنه أن يحقق الأمن والاستقرار القانوني والقضائي.

## لائحة المصادر والمراجع مرتبة ترتيباً أبجدياً حسب الحقول العلمية عند الاقتضاء.

### أولاً: مصادر الفقه الإسلامية.

1- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

2- كتب تفسير القرآن الكريم.

\*أبو بكر بن العربي المالكي: أحكام القرآن (لابن العربي)، دار الكتب

العلمية الطبعة الثالثة 2003.

\*القرطبي: "الجامع لأحكام القرآن"، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن

التركي، مطبعة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2006.

3- كتب الأحاديث النبوية الشريفة.

\*أبي بكر محمد بن عبد الله: المعروف بابن العربي المالكي، عارضة

الأحوزي بشرح صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى

1997.

\*صحيح مسلم، المسمى المسند الصحيح، المختصر من السنن بنقل العدل

عن العدل إلى رسول الله، دار طيبة الطبعة الأولى 2006، المجلد الأول.

\*محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: صحيح مسلم بشرح

النووي، دار الفجر للتراث- القاهرة، الطبعة الأولى 1420هـ/ 1999م.

\*مالك ابن أنس: "الموطأ"، رواية يحيى ابن يحيى الليثي، المجلد الثاني،

كتاب الأقضية، دون ذكر الطبعة، مطبعة دار الغرب الإسلامي.

## ثانياً: كتب الحدود واللغة.

- \***ابراهيم مذکور:** "المعجم الوجيز"، إصدار مجمع اللغة العربية، دار التحرير للطبع والنشر، طبعة 1989.
- \***ابن منظور:** "لسان العرب"، الجزء الثاني، دار أحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1988.
- \***أبو البقاء محمد بن أحمد الفتوحى المصرى:** "شرح الكوكب المنير"- المسمى مختصر التحرير في أصول الفقه، الناشر وزارة الاوقاف السعودية طبعة 1993.
- \***ابى الحسن احمد بن فارس بن زكرياء:** "معجم مقاييس اللغة"، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر، طبعة 1399هـ 1989م.
- \***أبى القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري:** "أساس البلاغة"، تحقيق محمد باسل، الطبعة الأولى 1998.
- \***أبى عبد الله محمد الأنصارى الرصاع:** "شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، دار الغرب الإسلامى، الطبعة الأولى 1993.
- \***أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومى:** "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعى"، تحقيقى عبد العظيم الشناوى، مكتبة لبنان طبعة 1987.
- \***الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى:** "مختار الصحاح"، دائرة المعاجم مكتبة لبنان، 1407هـ / 1986م.
- \***"المعجم الوسيط"**، تقديم مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، 1425هـ- 2004م.

- \*بدر الدين الزركشي: "البحر المحيط"، دار الصفوة للطباعة مصر، الطبعة الثانية، 1413هـ- 1992.
- \*سعدى أبو حبيب: "القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً"، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية 1988.
- \*صالح العلي الصالح: "الصافي في اللغة العربية"، طبعة 1401هـ.
- \*علي بن محمد الشريف الجرجاني: "معجم التعريفات"، بتاريخ 1431م، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، دون ذكر تاريخ الطبعة.
- \*مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: "القاموس المحيط"، تحقيق محمود مسعود أحمد، طبعة 2008.
- \*محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي: "تاج العروس من جواهر القاموس"، تحقيق: علي الهلالي، الطبعة الثانية 1987.
- \*الإمام مجد الدين بن محمد الجزري، ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، الناشر-الخطبي، الطبعة الأولى 1963.
- ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي.
- \*ابن أبي زيد القيرواني: متن الرسالة، تحقيق الهادي حمو ومحمد أبو الأجنان، دار الغرب الإسلامي بيروت 1986م، الطبعة الأولى.
- \*ابن عبد الرفيق: معين الحكام على القضايا و الأحكام، دار الغرب طبعة 1989.
- \*أبو الحسن المالكي: كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، بيروت: دار الفكر، 1412هـ.
- \*أبو الشتا بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي: مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 1955.

- \***أبو الحسن علي بن الشيخ عيسى بن علي الحسين العلمي:** كتاب النوازل، تحقيق: المجلس العلمي بفاس، طبعة 1406هـ- 1986م. نفس الكتاب (مكرر) طبعة 1989.
- \***أبو الشتاء الغازي الصنهاجي:** مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الثانية 1375هـ- 1955م.
- \***أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي:** فتاوي البرزلي جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 2002.
- \***أبو عبد الله محمد عيسى المهدي الوزاني:** النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، الطبعة الأولى، 1996م.
- \***أبو عبد الله محمد عيسى المهدي الوزاني:** النوازل الجديدة الكبرى، فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة المعيار الجديد ولجامع المغرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، مطبعة فضالة المحمدية، 1998.
- \***أبو عبد الله محمد عيسى المهدي الوزاني:** النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، طبعة 1412هـ- 1992م.
- \***أبو الأصبع عيسى ابن سهل الجياني:** ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام و قطرٍ من سير الحكام، طبعة 2008.
- \***أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي:** المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية والمغرب في فقه النوازل، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، طبعة 1981.

\***أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي:** إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، تحقيق: بن عبد الرحمان الغرياني، دار ابن حزم، الطبعة الأولى 1427هـ - 2006م.

\***أبي العباس أحمد بن عبد الواحد الونشريسي التلمساني:** المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، دار الكتب العلمية 1971.

\***أبي العباس أحمد بن عبد الواحد الونشريسي:** المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، 1997.

\***أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي:** البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل العتبيّة في فقه الإمام مالك، تحقيق: محمد عثمان، دار الكتب العلمية، 2011.

\***أبي إسحاق الشاطبي/ إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي:** الموافقات في أصول الشريعة، دار عفان الطبعة الأولى 1995، القسم الثالث كتاب المقاصد.

\***أبي بكر بن حسن الكشناوي:** أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، دار الكتب العلمية بيروت.

\***أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي:** الاتقان والإحكام شرح تحفة الحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث القاهرة طبعة 2011.

\* **أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب:** مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، دار عالم الكتب 2002.

\*أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي: المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكتب، 2003.

\*أبي عبد الله محمد ابن عبد الرحمان المغربي: المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 2005.

\*أبي عبد الله محمد ابن أحمد ميارة الفاسي: فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، تحقيق: رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة، الطبعة الأولى 2008.

\*أبي عبد الله محمد ابن أحمد المالكي: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام مع حاشية المعداني، ضبطه وصححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية 2011.

\*أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني: المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوي المتأخرين من علماء المغرب، طبعة 1999.

\*أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: المعونة على مذهب عالم المدينة، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 2004.

\*أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي: المجموع شرح المذهب، دار الفكر دون ذكر الطبعة.

\*أحمد بن محمد الرهوني التطواني: حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، طبعة 1424 هـ.

\*أحمد بن محمد الرهوني التطواني: حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، تقديم محمد القدوري، الطبعة الأولى 2004.

\* **الحسن بن الحاج محمد العمارتي**: مجموعة الأحكام الشرعية، الطبعة الأولى 1991.

\* **القاضي ابن الوليد**: محمد بن احمد بن محمد بن رُشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الأولى 1415 هـ.  
\* **الموسوعة الفقهية**، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الطبعة الثانية 1988.

\* **برهان الدين ابي الوفاء ابراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله ابن فرحون اليعمري المالكي**: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام"، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1995.

\* **برهان الدين ابي الوفاء ابراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله بن فرحون المالكي**: تبصرة الحكام في اصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب 2003.

\* **برهان الدين علي بن أبي بكر**: شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية 2003.

\* **تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي**: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1991.

\* **جلال الدين بن نجم بن شاس المالكي**: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، الطبعة الأولى 2003.

\* **خليل بن إسحاق المالكي**: مختصر العلامة خليل في فقه الامام مالك، صححه وعلق عليه الشيخ أحمد نصر، الطبعة الأخيرة 1401-1981.

- \* خليل بن اسحاق المالكي: المختصر، مكتبة الإمام مالك، الطبعة الأولى 2007.
- \* شمس الدين السرخسي: المبسوط، دار المعرفة - بيروت، 1409 - 1989 الطبعة الأولى.
- \* شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ- 1997 م.
- \* شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس القرافي: "الفروق"، دون ذكر الطبعة، مطبعة دار المعرفة، بيروت.
- \* شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس القرافي: الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواع الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، الطبعة 1431هـ.
- \* شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس القرافي: الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994.
- \* صالح بن عبد الله ال فوزان: الملخص الفقهي، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2002.
- \* عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، دار الكتب العلمية بيروت.
- \* عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، الطبعة الأولى 2002.
- \* عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى 2002.

\***عبد الغفور محمد البياتي:** القواعد والضوابط الفقهية في الإثبات القضائي- دراسة موضوعية للقواعد الفقهية في وسائل الإثبات، دار الكتب العلمية 1971.

\***عبد اللطيف البرزنجي:** التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1993.

\***عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي أبو محمد:** الاشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن القيم طبعة 2008.

\***عثمان بن علي الزيلعي:** تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الأولى المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق 1314 هجرية.

\***عثمان بن عمر بن أبي بكر بن الحاجب:** جامع الأمهات أو مختصر ابن الحاجب، اليمامة للطباعة والنشر - بيروت، الطبعة 1419 - 1998.

\***عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام:** قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، 1991.

\***علي بن عبد السلام التسولي:** البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، دار الرشاد الحديثة، طبعة 2008.

\***علي بن محمد الآمدي:** الإحكام في أصول الأحكام، الطبعة 1424 - 2003.

\***محمد الأمير المالكي:** كتاب ضوء الشموع، المطبعة الأزهرية للتراث، دون ذكر الطبعة.

\***محمد الأمير الكبير:** الإكليل في شرح مختصر خليل، مطبعة مكتبة القاهرة، دون ذكر الطبعة.

\***محمد العلوي:** الأموال في الفقه المالكي، إفريقيا الشرق 1991.

- \***محمد المختار السوسي**: المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1416 هـ/1995م.
- \***محمد بن أحمد ابن جزي الغرناطي**: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء طبعة 2014.
- \***محمد بن القاسم السجلماسي**: " شرح العمل الفاسي " الجزء الثاني المكتبة الحجرية بفاس.
- \***محمد عبد الله محمد الشنقيطي**: "تعارض البيئات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة"، الطبعة الأولى 1999.
- \***محمد عيش**: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر الطبعة الأولى 1404هـ- 1984م.
- \***مصطفى أحمد الزرقا**: المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، الطبعة الثانية 2004.
- \***معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية**، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، الطبعة الأولى 1434هـ- 2013م.
- \***وهبة الزحيلي**: "موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة"، مطبعة دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الثالثة 2012.
- **الحواشي من كتب الفقه المالكي**:
- \***أبي عيسى محمد المهدي بن محمد بن محمد بن خضر بن قاسم العمراني**  
**الوزاني الفاسي**: الكواكب النيرة حاشية على شرح ميارة، طبعة حجرية بفاس.

- \* **التاودي بن سوادة**: حاشية الوزاني على شرح الشيخ التاودي بن سوادة، طبعة حجرية بالمكتبة الوطنية الرباط، بدون ذكر الطبعة.
- \* **شمس الدين محمد عرفة الدسوقي**: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، طبعة 1985.
- \* **علي التسولي - محمد التاودي شمس الدين**: الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق، المطبعة التونسية الرسمية، الطبعة الأولى 1303.
- \* **علي بن احمد العدوي**: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني على مذهب الامام مالك، دار الكتب العلمية 2012.
- \* **محمد أمين بن عمر عابدين**: حاشية ابن عابدين، دار عالم الكتب 2003.
- \* **محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي**: حاشية الخرشي، مختصر خليل ومعه حاشية العدوي على الخرشي، دار الكتب العلمية الطبعة الثانية 1997.
- \* **محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي المالكي**: الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، طبعة 2011.
- **المنظومات الفقهية**:
- \* **أبي الحسن علي بن قاسم بن محمد التجيبي**: المعروف بالزقاق، المنهج المنتخب في قواعد المذهب، ضبطه: أبو مالك العوضي، بدون ذكر تاريخ الطبعة.
- \* **أحمد بن علي بن قاسم الزقاق التجيبي الفاسي**: الزقاقية، مخطوط، طبعة حجرية بدون تاريخ.

\***عبد الرحمان الفاسي**: نظم العمل الفاسي، ضمن المجموع الكامل للمتون، الطبعة الأولى 2006.

\* **علي بن القاسم الزقاق**: لامية الزقاق، ضمن المجموع الكامل للمتون، دار الفكر 1408هـ- 1988م.

\***محمد بن يوسف الكافي**: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء، طبعة 2006.

\***منظومة لامية الزقاق المالكي في القضاء**، النسخة الثانية، طبعة حجرية دون تاريخ.

#### رابعاً: الكتب القانونية:

##### 1- الكتب القانونية العامة.

\***إبراهيم بحماني**: عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، دار السلام للنشر الرباط، الطبعة الأولى 2012.

\* **أبو الشتا الغازي الصنهاجي**: التدريب على تحرير الوثائق العدلية. التدريب على تحرير الوثائق العدلية، لأبي الشتا بن الحسن الغازي الحسيني، الطبعة الثانية.

\***أبو مسلم الحطّاب**: العقار بالطبيعة وقواعد حمايته في التشريع الجنائي، مطبعة النجاح الجديدة، تاريخ النشر 2004.

\***أبو مسلم الحطّاب**: العقار بالطبيعة وقواعد حمايته في التشريع الجنائي، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2009.

\***عباس العبودي**: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة 2011.

- \* عبد الحق الصافي:** القانون المدني الجزء الأول العقد، الكتاب الأول تكوين العقد، الطبعة الأولى 1427هـ- 2006م.
- \* عبد الحميد أخريف:** محاضرات في القانون القضائي الخاص، طبعة 2002.
- \* عبد الرزاق السنهوري:** الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية.
- \* عبد العزيز توفيق،** التشريع العقاري والضمانات، سلسلة المكتبة القانونية مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012.
- \* عبد القادر العرعاري:** النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، مصادر الالتزام، نظرية العقد، مطبعة فضالة المحمدية 1995.
- \* عبد القادر العرعاري:** مصادر الالتزامات، نظرية العقد، دار الأمان الطبعة الرابعة 2014.
- \* عبد الكريم شهبون:** الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود، الالتزام بوجه عام، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 1999.
- \* عبد الكريم شهبون:** الشافي في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006.
- \* عبد الكريم شهبون:** عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2012.
- \* محمد ابراهيم محمد الحفناوي:** التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي، نشر دار الوفاء المنصورة، الطبعة الثانية، 1987.

- \***محمد رياض**: المدخل لدراسة الشريعة، طبعة 1997. بدون دار النشر.
- \* **محمد رياض**: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996.
- \***محمد رياض**: أحكام الموارد بين النظر الفقهي والتطبيق العملي وفق مدونة الأسرة الجديدة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثالثة 2009.
- \***محمد سليمان الفرا**: " مسائل في الفقه المقارن"، دار المكتب العربي، طبعة 2010.
- \***محمد شيلح**: مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود، الطبعة الأولى 1998.
- \***محمد كشبور**، شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006.
- \***محمد كشبور**: القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2011.
- \***وهبة الزحيلي**: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية 2001.
- 2- **الكتب القانونية المتخصصة.**
- \***إبراهيم بن محمد الفائز**: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، مطبعة أسامة الرياض، الطبعة الثانية 1983.
- \***إبراهيم سعد**: "الإثبات في المواد المدنية والتجارية" دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت، دون ذكر الطبعة.

- \***أحمد الحصري**: "علم القضاء، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي"، مطبعة دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى 1986.
- \***أحمد خرطة**: صياغة العقود الرسمية والعرفية وفق القوانين المغربية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2010.
- \***أحمد عبد الغفور البياتي**: القواعد والضوابط الفقهية في الإثبات القضائي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 2009.
- \***أحمد نشأت**: رسالة الإثبات، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة 1982.
- \***ادريس العلوي العبدلاوي**: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1977.
- \***ادريس العلوي العبدلاوي**: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة المحمدية 1997.
- \***العلمي الحراق**: التوثيق العدلي بين الفقه والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، طبعة 2009.
- \***المعطي الجبوجي**: القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات، مكتبة الرشاد، الطبعة الأولى 2002 .
- \***حسين خضير الشمري**: دور الشهادة في الإثبات المدني، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2013.
- \***حسين رجب مخلف الزيدي**: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية، مكتبة السنهوري الطبعة الأولى 2011.
- \***خالد سعيد**: الإثبات في المنازعات المدنية، دار السلام للنشر الرباط، الطبعة الأولى، يناير 2014.

- \* **خالد مداوي**: بعض مبادئ الفقه الإسلامي المنظمة للعقار، السلسلة العقارية، مطبعة الشباب الرباط، الطبعة الأولى 2000.
- \* **سليمان أدخول**: المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية - دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري بالمغرب- دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى 2015.
- \* **سليمان أدخول**: التوثيق العدلي وأثره على حق الملكية العقارية من خلال رسم إثبات الملكية، دراسة على ضوء التوثيق العدلي ومدونة الحقوق العينية والعمل القضائي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى 2017.
- \* **عادل حاميدي**: القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2015.
- \* **عادل حاميدي**: شهادة الليف وإشكالاتها الفقهية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، طبعة 2015.
- \* **عبد الحكيم فودة**: "أحكام دعاوي حماية الحيازة"، مطبعة دار الفكر الجامعي مصر، دون ذكر الطبعة.
- \* **عبد الرحمان الدريوش**: "قواعد الترحيح بين الأدلة المتعارضة بشأن المنازعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ،" اشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش تحت عنوان "العقار غير المحفظ... إلى أين"، وذلك يومي 27 و 28 فبراير 2004، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، طبعة 2004.

- \***عبد الرحمان بلعكيد:** وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 1995.
- \***عبد الرحمان بلعكيد:** وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الرابعة 2014.
- \***عبد الرحمان بلعكيد:** الشهادة في الإثبات، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2016.
- \***عبد السلام العسري:** "شهادة الشهود في القضاء الإسلامي" مطبعة دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2007.
- \***عبد العالي العبودي:** الحيازة فقها وقضاء، المركز الثقافي الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996.
- \***عدي أمير خالد:** اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، طبعة 1999.
- \***عمر ازوكار:** "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج" مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2014.
- \***عمر الأبيض:** حوز الهيئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى 2016.
- \***محمد ابن معجوز:** وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 1995.
- \***محمد ابن معجوز:** الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 1999.
- \***محمد البوشاري:** التوثيق العدلي-مبادئ أولية- دار السلام للنشر، الرباط، الطبعة الأولى 2005.

\* **محمد العربي الفاسي**: شهادة اللّيف، مركز إحياء التراث المغربي الرباط، بدون ذكر الطبعة.

\* **محمد الربيعي**: الأحكام الخاصة بالموثّقين والمحرّرات الصادرة عنهم، دراسة في ضوء مستجدات قانون 03-16 المتعلق بخطة العدالة وقانون 09-32 المتعلق بالتوثيق، مكتبة المعرفة- مراكش الطبعة الثانية مارس 2015.

\* **محمد القدوري**: موسوعة قواعد الفقه والتوثيق، مستخرجة من حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2004.

\* **محمد القدوري**: حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، دار الأمان للنشر والتوزيع الرباط، طبعة 2005.

\* **محمد القدوري**: حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، دار الأمان للنشر والتوزيع الرباط، طبعة 2009.

\* **محمد بادن**: "إشكالات اليمين بين القانون والفقه الإسلامي على ضوء الاجتهاد القضائي"، مطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى 2002.

\* **محمد بادن**: دعوى الاستحقاق العقارية على ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي والعمل القضائي، مطبعة دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2013.

\* **محمد سعيد خليفة**: عبد الحميد عثمان محمد، " أحكام قانون الإثبات"، الطبعة الأولى 2007، دون ذكر المطبعة.

\* **محمد عبد الله الشنقيطي**: تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي، مطبوعات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى 1999.

\***محمد عزاف**: الدليل العملي في صياغة العقود، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2012.

\***محمد كشبور**: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية، مطبعة النجاح الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1982.

\***محمد كشبور**: بيع المريض مرض الموت، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002.

\***محمد مصطفى الزحيلي**: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية وفي المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان دمشق، الطبعة الأولى 1982.

\***مصطفى ديب البغا**: ومن معه، الدعاوي والبيّنات والقضاء، مطبعة دار المصطفى مصر، الطبعة الأولى 2006.

### خامسا: المجلات وسلسلة المنشورات القضائية والقانونية.

#### 1- المجلات وسلسلة المنشورات القضائية.

\***عبد العزيز توفيق**: قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى 2002، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2002.

\***عبد العزيز توفيق**: قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2003.

\***الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول، الأحكام ذات الأعداد 1920-1927، طبعة 1420هـ - 1999م.**

\***الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الثاني، طبعة 2002.**

- \*الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المادة العقارية، المجلد الرابع، طبعة 2007.
- \*الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد السابع.
- \*مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية الجزء الثاني سنة 1991/1983.
- \*مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية من سنة 1989 إلى 1991.
- \*مجموعة قرارات المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية من سنة 1983 إلى 1995، الطبعة الأولى.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25 سنة 1980.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31، السنة الثامنة مارس 1983.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 35-36، السنة 1985.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 37-38 السنة 1986.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39، السنة 1987.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج 42-43 السنة 1989.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 45، سنة 1991.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46 نونبر السنة 1992.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 47 سنة 1995.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 48 السنة 1996.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 49-50، سنة 1997.
- \*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53/54، السنة 21.

\*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 53-54، السنة 21، يوليو

.1999

\*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، سنة 2000.

\*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 دجنبر 2004.

\*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 59-60 سنة 2002.

\*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61، سنة 2003.

\*مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 62 سنة 2003.

\*مجلة قضاء المجلس الأعلى في القسمة 1998-2004.

\*مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 71 طبعة سنة 2009.

\*مجموعة قرارات المجلس الأعلى عدد 97.

\*قضاء المجلس الأعلى من سنة 1996 إلى 2004.

\*نشرة قرارات المجلس الأعلى، الجزء الأول السنة 2009.

\*التقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2001.

\*مجلة محكمة النقض المغربية، ملفات عقارية، العدد الأول 2012.

\*مجلة محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 3، سنة 2013.

\*مجلة المحاكم المغربية عدد 32، السنة 1984.

\*مجلة المحاكم المغربية، الصادرة عن هيئة المحامين بالدار البيضاء، عدد

.51

\*مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي عدد 2 ماي 2011.

\*مجلة القضاء المدني العدد 2 السنة 2010.

\*مجلة القضاء المدني عدد 4، السنة 2011.

\*مجلة القضاء المدني عدد 6، السنة 2012.

- \*مجلة القضاء والقانون، عدد 21.
- \*مجلة القضاء والقانون عدد 129.
- \*مجلة القضاء والقانون عدد 132، السنة 1984.
- \*مجلة القضاء والقانون العددان 135 و136.
- \*مجلة القضاء والقانون عدد 147، السنة 31.
- \*مجلة القضاء والقانون عدد 152.
- \*مجلة القضاء والقانون عدد 126.
- \*مجلة القضاء والقانون عدد 128 يوليو 1978.
- \*مجلة القضاء والقانون، السنة 2014.
- \*مجلة رسالة المحاماة، عدد 22.
- \*مجلة رسالة المحاماة عدد 20 يوليو السنة 2003.
- \*مجلة المحاماة، السنة الحادية عشر، العدد 1، يوليو 1978.
- \*مجلة المحامي، عدد 8.
- \*مجلة المحامي، عدد 34 يناير 1999.

## 2- المجالات وسلسلة المنشورات القانونية.

- \***المحمد برادة اغزيول: الدليل العملي للعقار غير المحفظ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد الثاني، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الثانية، 2007.**
- \* مجلة رابطة القضاة، عدد مزدوج 16-17، مارس 1986.
- \***العقار غير المحفظ...الى أين؟ الجامع لأشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 فبراير 2004، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الاولى 2004.**

- \*مجلة قبس المغربية، العدد 1، يونيو 2011 مطبعة دار السلام الرباط.
- \*مجلة قبس المغربية، العدد 5، يوليوز 2013 مطبعة دار السلام الرباط.
- \* مجلة البحوث القضائية، العدد الثاني دجنبر 2005.
- \*مجلة الأملاك، عدد مزدوج 11-12، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، السنة 2013.
- \*مجلة الأملاك العدد الثالث، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، سنة 2007.
- \* مجلة الأملاك العدد العاشر، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، السنة 2011.
- \* مجلة المعيار عدد 37، نشر المطبعة الأورومتوسطية المغرب، يونيو 2007.
- \*مجلة الملف العدد 6، مطبعة فضالة المحمدية، ماي 2005.
- \*مجلة الملف عدد 16، مطبعة فضالة المحمدية، أبريل 2010.
- \*مجلة ملفات عقارية عدد 3، مطبعة الأمنية الرباط، السنة 2013.
- \* مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة العاشرة 1961 العدد 3-4، مطبعة جامعة الإسكندرية سنة 1962.
- \*مجلة ندوات محاكم فاس، العدد الأول 2002.
- \*مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار الأول، أراضي الجماعات السلالية بالمغرب، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010.
- \*مجلة المناهج القانونية العدد 13-14، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، السنة 2009.

\*مجلة المنازعات العقارية دراسات وأبحاث في ضوء نظام التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية والمستجدات التشريعية في المادة العقارية، سلسلة دراسات وأبحاث العدد 5، منشورات مجلة القضاء المدني 2013.

\*مجلة قراءات في القوانين العقارية الجديدة، إشراف محمد أوزيان، دار النشر المعرفة، بدون تاريخ الطبعة.

\* السماط مجلة دورية تعنى بشؤون التوثيق العدلي، يصدرها المجلس الجهوي استئنافية الرباط، العدد الأول 2009.

### سادسا: الأطروحات الجامعية.

\***سليم علي مسلم الرجوب** : التعارض والترجيح في طرق الاثبات - دراسة فقهية وقانونية مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية 2006.

\* **عبد الرزاق أيوب** : التكييف القانوني -الأسس النظرية والجوانب العملية- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء، 2003-2004.

\***عبد الرؤوف عجيبية** : الترجيح بين الحجج فقها وقضاء، رسالة نهاية التمرين نوقشت بالمعهد الوطني للدراسات القضائية في امتحان نهاية تخرج الفوج 26 للملحقين القضائيين.

\***عبد السلام بنزروع** : إثبات دعوى استحقاق العقار غير المحفظ، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط أكادال، 2012-2013.

\***عمر الأبيض** : شرط الحوز في التبرعات، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية

العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، أكدال الرباط 2009-2010.

\***محمد الربيعي** : المعاملات العقارية بين ظاهرة انتشار المحررات

العرفية و ضمانات المحررات الرسمية، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون

الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الحسن الثاني

الدار البيضاء، 1999-2000.

**سابعاً: المراجع بالفرنسية.**

- Jean Carbonnier, droit civil-les personne, Presses Universitaires de France, édition 1994.
- Michéle muller, « Droit civil, par cours juridiques, france » Edition foucher, vistim 2007.

## الفهرس

4	فك الرموز المتوسل بها.....
5	مقدمة.....
19	الفصل التمهيدي:.....
19	مدخل مفاهيمي للموضوع.....
20	الفصل التمهيدي: مدخل مفاهيمي للموضوع.....
21	المبحث الأول: الترجيح بين البيئات المتعارضة.....
21	المطلب الأول: ماهية التعارض بين البيئات.....
21	الفقرة الأولى: مفهوم التعارض بين البيئات وشروطه.....
22	أولاً: تعريف التعارض بين البيئات عند فقهاء المالكية.....
26	الفقرة الثانية: حالات التعارض بين البيئات.....
26	أولاً: كون العقار في يد أحد المتنازعين في الدعوى دون الآخر.....
28	ثانياً: كون العقار في يد المتنازعين في الدعوى.....
29	ثالثاً: كون العقار في يد أحد من الغير خارج الدعوى.....
31	المطلب الثاني: ماهية الترجيح بين البيئات.....
31	الفقرة الأولى: مفهوم الترجيح بين البيئات.....
34	الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين البيئات.....
34	أولاً: صحة الحجج المدلى بها.....
38	ثانياً: تعارض الحجج.....
41	المبحث الثاني: مبادئ الترجيح بين البيئات المتعارضة.....
42	المطلب الأول: القواعد الإجرائية للترجح بين البيئات.....
42	الفقرة الأولى: قاعدة سلطة المحكمة في الترجيح بين البيئات.....
44	الفقرة الثانية: قاعدة تعليل المحكمة لسلطتها في الترجيح بين البيئات.....

- 45 .....الفقرة الثالثة: قاعدة استبعاد قواعد الترجيح يعد خرقا للقانون
- 47 .....المطلب الثاني: الجمع بين البيئات وامكانية اسقاطها
- 48 .....الفقرة الأولى: الجمع بين دليلين متعارضين
- 49 .....الفقرة الثانية: تساقط البيئات وتهاتها
- 54 .....الباب الأول:
- 54 .....القواعد الشكلية للترجيح بين البيئات المتعارضة في ضوء مدونة الحقوق العينية
- الباب الأول: القواعد الشكلية للترجيح بين البيئات المتعارضة في ضوء مدونة الحقوق  
العينية..... 54
- 56 .....الفصل الأول: القواعد الشكلية للترجيح بين البيئات المرتبطة بشهادة الشهود
- 57 .....الفرع الأول: الترجيح بزيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد
- 58 .....المبحث الأول: مفهوم بيئة العدالة
- 59 .....المطلب الأول: مفهوم العدالة
- 59 .....الفقرة الأولى: العدالة لغة
- 61 .....الفقرة الثانية: العدالة اصطلاحا
- 66 .....المطلب الثاني: شروط الترجيح بينة العدالة
- 67 .....الفقرة الأولى: أن يكون المدعى فيه مالا أو ما يؤول إليه
- 70 .....الفقرة الثانية: أن يكون الترجيح في الشهادة الأصلية لا المزكية
- 70 .....أولا: الشهادة المزكية
- 74 .....ثانيا: الشهادة الأصلية
- 75 .....الفقرة الثالثة: أن لا يبلغ عدد الشهود من الكثرة حدا يحصل به العلم
- 77 .....المبحث الثاني: تحليل قاعدة الترجيح بزيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد
- 77 .....المطلب الأول: حالات الترجيح بقاعدة زيادة العدالة
- 78 .....الفقرة الأولى: تعريف شهادة اللفيف

79	الفقرة الثانية: حالات الترجيح لزيادة العدالة.
80	أولاً: تعارض شهادة العدول مع شهادة الليف.
82	ثانياً: تعارض بينة عدل وست من الليف مع شهادة الليف.
82	ثالثاً: تعارض بينة عدل مع اليمين وبينة ستة من الليف مع اليمين.
83	المطلب الثاني: مضمون قاعدة الترجيح بزيادة العدالة.
88	الفرع الثاني: الترجيح بتعدد الشهادة على شهادة الواحد.
88	المبحث الأول: النصاب الشرعي لتعدد الشاهد.
89	المطلب الأول: ماهية الشهادة.
90	الفقرة الأولى: مفهوم الشهادة.
90	أولاً: الشهادة لغة.
90	ثانياً: الشهادة اصطلاحاً.
92	الفقرة الثانية: شروط الشاهد.
94	ثانياً: الشروط القانونية.
99	الفقرة الثالثة: أنواع الشهادة.
99	أولاً: الشهادة المباشرة.
100	ثانياً: الشهادة السماعية.
101	ثالثاً: الشهادة بالتسامع.
101	المطلب الثاني: نصاب الشهادة العددي.
101	الفقرة الأولى: تحقق النصاب في الشهادة دون أداء اليمين.
102	أولاً: شهادة رجلين.
103	ثانياً: شهادة رجل وامرأتان.
103	الفقرة الثانية: تحقق النصاب في الشهادة مع اليمين.

- 103 ..... أولاً: شهادة رجل واحد مع يمين المدعي.
- 104 ..... ثانياً: شهادة امرأتين مع يمين المدعي.
- 105 ..... ثالثاً: الشاهد العرفي مع يمين المدعي .
- 108 ..... المبحث الثاني: تحليل قاعدة الترجيح بتعدد الشاهد على شهادة الواحد.
- 108 ..... المطلب الأول: حالات الترجيح عند تعدد الشاهد.
- 108 ..... الفقرة الأولى: ترجيح شهادة شاهدين على شهادة شاهد وامرأتان.
- الفقرة الثانية: ترجيح شهادة شاهدين أو شاهدين وامرأتان على شاهد واحد مع اليمين.
- 110 .....
- 113 ..... المطلب الثاني: مضمون قاعدة الترجيح بتعدد الشاهد.
- 116 ..... الفرع الأول: قاعدة ترجيح البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة.
- 117 ..... المبحث الأول: مفهوم البيئة المؤرخة وأهميتها.
- 117 ..... المطلب الأول: تعريف البيئة المؤرخة.
- 118 ..... الفقرة الأولى: تعريف البيئة المؤرخة.
- 119 ..... الفقرة الثانية: المحررات التوثيقية المثبتة للملك.
- 119 ..... أولاً: العقد التوثيقي.
- 120 ..... ثانياً: المحرر العدلي.
- 124 ..... المطلب الثاني: أهمية تأريخ البيئة.
- 126 ..... المبحث الثاني: قاعدة ترجيح البيئة المؤرخة ومضمونها.
- 126 ..... المطلب الأول: ترجيح البيئة المؤرخة على غير المؤرخة.
- 127 ..... الفقرة الأولى: إيداع الورقة بين يدي الموظف العمومي.
- 128 ..... الفقرة الثانية: إثبات مضمون البيئة المؤرخة.
- 128 ..... المطلب الثاني: مضمون قاعدة تقديم البيئة المؤرخة على غير المؤرخة.
- 130 ..... الفرع الثاني: قاعدة ترجيح البيئة السابقة على اللاحقة تاريخاً.

- المبحث الأول: مفهوم قاعدة الترجيح بالبيئة السابقة تاريخاً ..... 130
- المطلب الأول: تعريف أسبقية التاريخ ..... 130
- الفقرة الأولى: أسبقية تاريخ تحرير الوثيقة ..... 131
- الفقرة الثانية: أسبقية تاريخ وضع اليد ..... 133
- المطلب الثاني: شروط الترجيح بقدم تاريخ البيئة ..... 134
- الفقرة الأولى: استمرارية الملك لصاحبه ..... 134
- الفقرة الثانية: وحدة المدة المشهود بها في البيئتين ..... 135
- المبحث الثاني: ترجيح البيئة السابقة على اللاحقة تاريخاً ..... 138
- المطلب الأول: حالة الترجيح بأسبقية تاريخ البيئة ..... 138
- المطلب الثاني: حالة الترجيح بأسبقية وضع اليد ..... 141
- الباب الثاني: ..... 145
- القواعد الموضوعية ..... 145
- للترجيح بين البيئات المتعارضة في ضوء مدونة الحقوق العينية ..... 145
- الباب الثاني: القواعد الموضوعية للترجيح بين البيئات المتعارضة في ضوء مدونة الحقوق العينية ..... 146
- الفصل الأول: القواعد الموضوعية للترجيح بين البيئات المرتبطة بالإثبات ..... 147
- الفصل الثاني: القواعد الموضوعية للترجيح بين البيئات المرتبطة بمدخل التملك ..... 147
- الفصل الأول: القواعد الموضوعية للترجيح بين البيئات المرتبطة بالإثبات ..... 148
- الفرع الأول: الترجيح بالإثبات والأصالة ..... 149
- المبحث الأول: قاعدة ترجيح بيئة الإثبات على بيئة النفي ..... 149
- المطلب الأول: الموقف الفقهي لترجيح بيئة الإثبات على بيئة النفي ..... 149
- المطلب الثاني: البيئة المثبتة أرجح من النافية ..... 153
- المبحث الثاني: قاعدة ترجيح بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها ..... 161
- المطلب الأول: المفهوم الفقهي لبيئة الأصالة ..... 161
- المطلب الثاني: ترجيح بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها ..... 167

- 167 ..... الفقرة الأولى: بيئة الأصالة من جانب المتعاقدين.
- 167 ..... أولاً: ترجيح الصحة على المرض.
- 173 ..... ثانياً: ترجيح براءة الذمة على خلافها.
- 176 ..... الفقرة الثانية: بيئة الأصالة من جانب العقد.
- 177 ..... أولاً: ترجيح بيئة صحة العقد على فساده.
- 180 ..... ثانياً: الأصل ترجيح بيئة الرضى على الإكراه.
- 184 ..... ثالثاً: الأصل ترجيح بيئة الرشد على بيئة السفه.
- 188 ..... الفرع الثاني: الترجيح بالنقل والتفصيل.
- 190 ..... المبحث الأول: قاعدة ترجيح بيئة النقل على بيئة الاستصحاب.
- 190 ..... المطلب الأول: ماهية بيئة النقل على الاستصحاب.
- 190 ..... الفقرة الأولى: المفهوم الفقهي لبيئة النقل على الاستصحاب.
- 196 ..... الفقرة الثانية: المفهوم القانوني لترجيح بيئة النقل على الاستصحاب.
- 197 ..... أولاً: شروط المحرر الرسمي.
- 200 ..... ثانياً: شروط المحرر ثابت التاريخ.
- 202 ..... ثالثاً: شروط الحيابة كسبب لانتقال الملك.
- 207 ..... المطلب الثاني: ترجيح البيئة الناقلة على المستصحة.
- 210 ..... المبحث الثاني: قاعدة ترجيح بيئة التفصيل على بيئة الإجمال.
- 210 ..... المطلب الأول: ماهية قاعدة تقديم البيئة المفصلة على المجملة.
- 211 ..... الفقرة الأولى: مفهوم الإجمال في شهادة الشهود.
- 213 ..... الفقرة الثانية: مفهوم الإجمال في مضمون العقد.
- 216 ..... المطلب الثاني: الترجيح ببيئة التفصيل على بيئة الإجمال.
- 216 ..... الفقرة الأولى: الشهادة المفصلة مقدمة على الشهادة المجملة.

- 218 ..... الفقرة الثانية: مضمون الوثيقة المفصلة مقدمة على المجمل.
- 221 ..... الفصل الثاني: القواعد الموضوعية للترجيح بين البيئات المرتبطة بمدخل التملك.
- 223 ..... الفرع الأول: الترجيح بذكر سبب الملك على عدم بيانه.
- 224 ..... المبحث الأول: مفهوم قاعدة سبب الملك.
- 224 ..... المطلب الأول: المفهوم الفقهي لسبب الملك.
- 231 ..... المطلب الثاني: المفهوم القانوني لسبب الملك.
- 234 ..... المبحث الثاني: ترجيح الملك بالسبب على الملك المطلق.
- 234 ..... المطلب الأول: شروط صحة سبب الملك.
- 234 ..... الفقرة الأولى: رسوم الملكية.
- 238 ..... الفقرة الثانية: رسوم التبرع.
- 242 ..... الفقرة الثالثة: رسم الحيازة.
- 248 ..... الفقرة الرابعة: رسم الاراثة.
- 252 ..... المطلب الثاني: حالات ترجيح البيئة المبينة للسبب على الخالية منه.
- 252 ..... الفقرة الأولى: بيان إحدى البيئتين لسبب الملك دون الأخرى.
- 256 ..... الفقرة الثانية: اتحاد سبب الملك في البيئتين المتعارضتين.
- ..... الفقرة الثالثة: حالة اختلاف سبب الملك في البيئتين المتعارضتين والترجيح بالسبب الأقوى.
- 259 .....
- 262 ..... الفرع الثاني: الترجيح ببيئة الملك على بيئة الحوز.
- 263 ..... المبحث الأول: ماهية الملكية المرجحة.
- 263 ..... المطلب الأول: مفهوم بيئة الحوز.
- 263 ..... الفقرة الأولى: الحوز لغة.
- 264 ..... الفقرة الثانية: الحوز في الاصطلاح الفقهي.
- 269 ..... المطلب الثاني: تمييز الحوز عما يشابهها من المصطلحات.

- 269 ..... الفقرة الأولى: تمييز الحوز عن القبض.
- 271 ..... الفقرة الثانية: تمييز الحوز عن الغصب والتعدي.
- 271 ..... أولاً: الغصب.
- 273 ..... ثانياً: التعدي.
- 276 ..... المبحث الثاني: قاعدة ترجيح بيئة الملك على بيئة الحوز.
- 277 ..... المطالب الأول: شروط الملكية المرجحة على الحوز.
- 277 ..... الفقرة الأولى: شرط وضع اليد.
- 280 ..... الفقرة الثانية: شرط التصرف.
- 282 ..... الفقرة الثالثة: شرط النسبة.
- 284 ..... الفقرة الرابعة: شرط عدم المنازع.
- 285 ..... الفقرة الخامسة: شرط استمرار الحيازة طول المدة المقررة.
- 287 ..... الفقرة السادسة: شرط عدم العلم بالتفويت.
- 290 ..... المطالب الثاني: تقديم بيئة الملك على بيئة الحوز.
- 297 ..... خاتمة.
- 305 ..... لائحة المصادر والمراجع مرتبة ترتيباً أبجدياً حسب الحقول العلمية عند الاقتضاء.