

ماستر العقار والتوثيق

وحدة : نظام العقارات غير المحفظة

عرض تحت عنوان :

الترجيح بين البيانات

تحت إشراف الدكتور:

محمد بوشركة

من إنجاز الطالب :

- ✓ محسين اغرابلة
- ✓ يوسف حجاوي
- ✓ يوسف اشبيك
- ✓ يوسف بشاري
- ✓ عبد الصمد باحمي

مقدمة :

قد يصعب في كثير من الأحيان على القاضي المغربي حسم النزاع المعروض عليه نتيجة وجود تعارض بين حجج المتنازعين مما يقتضي معه بالنسبة للقاضي ضرورة ترجيح إحدى تلك الحجج على غيرها والحكم بموجبها لصالح أحد أطراف النزاع.

والترجيح بين الحجج لا يكون إلا إذا تعذر الجمع بينها، لقول خليل: وإن أمكن جمع بين البينتين جمع، وإلا رجح¹ أي ترجح إحداها على الأخرى في حالة تعذر الجمع بينهما عن طريق المقارنة والمقابلة بين البينات المكتوبة، أو عن طريق الاستماع إلى شهود البينة.

ومن أجل مساعدة القاضي على القدرة على الترجيح بين البينات فقد استنبط فقهاء المذهب المالكي جملة من الضوابط حصرها أبو الشتاء الصنهاجي² في عشر مرجحات³، هذه المرجحات هي التي نص عليها المشرع المغربي في المادة 3 من مدونة الحقوق العينية⁴، والتي سنعمل على بسط شرحها هنا في ضوء ما جرى به العمل من فقه الإمام مالك مع ملائمتها مع التشريع المطبق أمام المحاكم المغربية في الوقت الراهن.

هذا ولا يخفى على أحد ما لضوابط الترجيح بين البينات أو الحجج من أهمية قصوى تكمن بالأساس في قلب مراكز المتنازعين عندما يعجز أحدهما عن الإدلاء ببينة تثبت حق المدعى فيه حتى لو كان صاحب الحق فعلاً كما أن هذه الضوابط تساعد القاضي على تحقيق نوع من العدالة النسبية والفصل في النزاع بكل سهولة- إذا كان متقناً للصناعة- وهذا ما قد يترتب عنه نوع من الإحساس لدى المواطنين بالأمن القانوني.

وعليه فإن الإشكالية المتعلقة بهذا الموضوع هي كالتالي :

¹ خليل بن إسحاق: مختصر خليل " دار الفكر بيروت طبعة 1995 ، ص 270.
² أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي له كتاب في جزئين خصصه لشرح لامية الزقاق سماه "مواهب الخلاق على شرح التداوي للامية الزقاق " الناشر المكتبة الأزهرية للتراث المصري الطبعة الأولى لسنة 2008 م.س.: ج ص : 449.
³ أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي م.س.ج ص 449
⁴ الظهير رقم: 1. 11.178 الصادر بتاريخ 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

كيف يمكن للمرجحات المستنبطة فقها والمنظمة تشريعا والمكرسة قضاء الفصل بين مراكز المتنازعين وإحقاق الحقوق ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا البحث في مختلف هذه المرجحات – كما عدتها المادة 3 من مدونة الحقوق العينية – عبر تجميع شتاتها ووضعها في قالب منهجي، وذلك بتقسيمها إلى صنفين، يتعلق الصنف الأول من هذه المرجحات بضوابط الترجيح المتعلقة بموضوع البينة الشاهدة على الملكة وبصفات الشاهد والمشهود له (المبحث الأول)، في حين يتعلق الصنف الثاني بضوابط الترجيح المتعلقة بشكليات الوثيقة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : ضوابط الترجيح المتعلقة بموضوع البينة الشاهدة على الملك وصفات الشاهد والمشهود له

تتعدد و تختلف ضوابط الترجيح بين البينات عند تعارضها، ومن هذه الضوابط ، نجد ما يتعلق بموضوع البينة الشاهدة على الملك (المطلب الأول)، وهناك من الضوابط ما يتعلق بصفات الشاهد و المشهود له (المطلب الثاني)

المطلب الأول : ضوابط الترجيح المتعلقة بموضوع البينة الشاهدة على الملك

تصنف في إطار ضوابط الترجيح المتعلقة بموضوع البينة ثلاث قواعد للترجيح، تتعلق الأولى بذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه (الفقرة الأولى) والثانية بتقديم بينة الملك على بينة الحوز (الفقرة الثانية)، في حين تتعلق الثالثة بتقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه :

في إطار قواعد الترجيح بين البينات ، إذا حصل وأن تعارضت بينتان في الملك ، ولم يكن ممكنا الجمع بينهما ، فإنه يصار إلى الترجيح بينهما بناء على سبب الملك ، طبقا لقاعدة أن ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه ، وهي القاعدة الأولى التي أصلها الفقه المالكي وبدأ بها القانون في مطلع المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية.

ومعنى ذلك أنه يعمل بالبينة التي تبين سبب الملك على البينة الأخرى التي لا تذكر هذا السبب ، فالترجيح لها لأنها تقوت وتعززت ببيان السبب ، وفي بيانه قرينة دالة على التملك.⁵

وتسمى هذه البينة في فقه الوثائق بالبينة الشاهدة على الملك المبينة لسبب التملك، أو البينة التي شهدت ببيان وجه المدخل، كما لو تقدم كل واحد من المتنازعين بوثيقة تفيد أنه هو صاحب الملك، إلا أن الوثيقة التي أدلى بها المدعي تضمنت سبب تملكه للأرض⁶ ، في حين خلت الوثيقة التي أدلى بها المدعي عليه من ذكر أي سبب للتملك فجاءت مطلقة عن ذلك ، أو كمثال آخر أن تشهد بينة المدعي أن الدار ملك لزيد ، و تشهد أخرى بأن تلك الدار ملك لعمر بنهاها بنفسه.

ففي الحالتين معا تقدم البينة التي ذكرت السبب على التي اقتضرت على الشهادة بالملك فقط ، ولو كانت أعدل ، أو في حوز المشهود له ، أو لم تؤرخ ، أو كانت الشهادة بالسبب أقدم تاريخا.⁷

وبالتالي فالقاضي ومن خلال تفحصه للوثيقتين والمقارنة بينهما سيرجح البينة التي شهدت بسبب الملك على التي شهدت بالملك المطلق ، لأنه وإن كانت كل واحدة منهما قد شهدت بالملك ، فإن إحداها قد زادت مبينة سببه، فكانت بذلك أرجح من التي لم تذكره.

وفي هذا السياق يقول الشيخ خليل في الترجيح بسبب الملك مايلي :

"وإن أمكن جمع بين البينتين جمع وإلا رجح بسبب ملك ، كنسج ، ونتاج إلا بملك من المتقاسم ..."

واستنادا إلى قول خليل ، نظم الزقاق في لاميته :

بأسباب ملك رجن إن تعارضن **** بدا من شهود وانتهى الجمع أولا

⁵ - عبد الرحمان بلعكيد، الترجيح بين البينات، دراسة في ضوء المذهب المالكي و التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء- الطبعة الأولى، 2019 ، ص:50.

⁶ - كما لو انتقلت إليه عن طريق الإرث أو اشتراها بموجب عقد بيع أو وهبت له من طرف شخص...

⁷ - عبد السلام العسري، شهادة الشهود في القضاء الإسلامي، دراسة تاريخية فقهية مقارنة، مع بيان ما جرى به العمل لدى الشهود العدول الموثقين، وقضاة التوثيق بالمغرب، الجزء الثاني، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ص:508.

كنسج لنفس أو نتاج و رجن ***** على الملك إلا من متقاسم فأقبلا

ويقول الدردير في شرحه على خليل "وإلا يمكن الجمع بينهما رجع، أي وجب على الحاكم أن يرجح بينهما بسبب ملك... أي يرجح ذكر سبب الملك ، فكل منهما شهدت بالملك ، لكن إحداها ذكرت سبب الملك كنسج ونتاج ، بأن قالت إحداها: نشهد أنه ملك لزيد ، وقالت الأخرى نشهد أنه ملك لعمر و نسجه أو نتج عنده أو اصطاده ، فإنها تقدم على من أطلقت لأنها زادت ببيان سبب الملك من نسج أو نتج أو نحو ذلك . ثم استثنى من قوله *بسبب ملك* قوله : إلا أن تشهد بينة بملك من المقاسم ، أي إلا أن يكون سبب الملك الذي بينته أنه اشتراها أو وقعت في سهمه من المقاسم ، فإذا أقام أحدهما بينة أنها ملكه ولدت عنده أو نتجت أو نحو ذلك ، وأقام الآخر بينة أنها ملكه اشتراها من المقاسم أو وقعت في سهمه منها ، فإن صاحب المقاسم أحق."⁸

إن الملاحظ مما تقدم أن الشيخ خليل قيد كلامه بعبارة : *إلا بملك من المقاسم* فقط، وهو أمر مقصود لأن بينة التملك بأحد الأسباب الأخرى كالهبة أو الشراء من السوق ، تسقط ببينة تثبت عدم تملك الواهب ، وأن الملكية ترجع لغيره بسبب آخر، أو أن ما اشترى من السوق ، مسروق أو ضائع ، وقد أثبت صاحبه ملكيته بسبب من الأسباب⁹، وفي هذا يقول الدردير : "واحترز بقوله من المقاسم عن شهادتهما أنه اشتراها من السوق أو وهبت له ، فلا تقدم على الآخر لاحتمال أن الواهب أو البائع غير مالك"¹⁰

وإذا كانت القاعدة أن البينة التي ذكرت الملك وجاءت معززة ببيان سبب هذا الملك أو أصل المدخل تقدم على التي ذكرت الملك بالمطلق ، فإنه قد يحصل أحيانا أن تشهد بينة بالملك المطلق دون ذكر السبب ، وتشهد أخرى بالسبب فقط دون ذكر الملك¹¹ . فقل هنا بتقديم بينة الملك أي التي ذكرت الملك وحده على التي

⁸ - الدردير ، الشرح الكبير ، بحاشية الدسوقي ، دار الفكر ، 2011 . الجزء الرابع ، ص: 336 و 337.

⁹ - عبد الرحمان بلعكيد، مرجع سابق، ص: 60.

¹⁰ - الدردير، مرجع سابق، ص: 338.

¹¹ - كما لو شهدت بينة بأن الدار ملك لزيد هكذا بالملك المطلق فقط ، وشهدت الأخرى بأن الدار بناها عمرو ، فتكون بذلك ذكرت السبب فقط.

ذكرت السبب وحده ، وهو اختيار الزرقاني وابن رحال وابن عبد السلام بناني وعمر القاسي.

وقيل بتقديم البيئة التي ذكرت السبب وحده ، وهو ما في التوضيح لخليل، واختاره مصطفى الرماصي ومحمد بن قاسم جسوس و التلودي و الرهوني، وقال الشيخ محمد جعيط : هذا الرأي هو الأشبه أي الأرجح.

ولعل سبب رجحان بيئة السبب ، أنه وإن كانت البيئة ذكرت السبب فقط فإن الملك مستفاد بالتضمن ، لأنه ما دام الإنسان بنى الدار لنفسه فهي ملكه.¹² لكن ومع ذلك فإنه يشترط في ترجيح الشهادة التي ذكرت السبب فقط على التي ذكرت الملك فقط ثلاثة شروط :

- (1) أن يقول الشهود بناها لنفسه.
- (2) أن لا يكون المشهود له منتصبا للناس ، يبنى لهم أو ينسج لهم الثياب ، فإذا كان منتصبا للناس ، لم ينتفع بالشهادة ، وإنما يقضى له على من شهد له بالملك بقيمة عمله ، بعد حلفه أنه ماعمله مجانا ، وليس حلفه المذكور مكذبا لما ادعاه أولا.
- (3) أن لا يكون المشهود به يمكن إعادة صنعه مرتين ، فإن أمكن كثياب الصوف فتقدم بيئة الملك المطلق ، لأنه لم يتحقق أن هذا النسيج بعينه هو نسج من شهدت له به.

هذا وبالرجوع إلى المقتضيات التشريعية ، نجد أن المشرع كرس هذه القاعدة بشكل واضح وملموس ، حيث أكد في غير ما مرة على أن عقود الأشرية يجب أن تستند إلى بيان سبب التملك ، أو أصل المدخل ، والذي يتمثل في جملة من الوثائق التي توضح الطريقة التي توصل بها الحائز إلى حيازة الملك، وهو غير أصل الملك.

¹² - عبد السلام العسري، مرجع سابق، ص: 509

ويكفي الإشارة في هذا الصدد إلى الفصل 519 من قانون الالتزامات و العقود¹³، والفصل 31 من قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة¹⁴، وكذا الفصل 19 من المرسوم المتعلق بتطبيق هذا الأخير¹⁵. إضافة إلى مقتضيات المادتين 36 و 46 من قانون 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.¹⁶

فبالإطلاع على مقتضيات هذه الفصول نجد أن المشرع المغربي أخذ بالقاعدة المقررة فقها والتي مفادها أن الاستظهار برسوم الأشرية، لا يفيد الملك و لا ينتزع بها من يد حائز، وفي هذا يقول صاحب العمل الفاسي :

لاتوجب الملك عقود الأشرية **** بل ترفع النزاع عند التسوية

والحكم المستمد من هذه القاعدة أن رسم الشراء لا يفيد الملك و لا يدل عليه مالم يثبت الملك للبائع بشروطه، لأن الشراء المجرد لا يثبت به الملك للمشتري، وسببه أن الشراء يكون من المالك وغيره.

وإذا لم يوجب الشراء المجرد الملك للمشتري، فهو يرفع النزاع بين البائع و المشتري عند تنازعهما في البيع، ويكون الشراء المجرد حجة على البائع المنكر للبيع، فتكون بذلك الأشرية المجردة لا حجة لها إلا على البائع.¹⁷

¹³ - ينص الفصل 519 من ق.ل.ع على ما يلي : " ويشمل بيع العقار كذلك ...الحجج و الوثائق المتعلقة بملكيته..."
¹⁴ - جاء في المادة 31 من قانون 16.03 ما يلي : " يتعين أن تشمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه، وحقه في التصرف في المشهود فيه، وكونه يتمتع بالأهلية القانونية للتصرف.
يتعين أن تشمل الشهادة على تعيين المشهود فيه تعيينا كافيا. "
¹⁵ - جاء في المادة 19 من مرسوم تطبيق خطة العدالة ما يلي : " ينص في الشهادة على المستندات اللازمة طبقا للقواعد المعمول بها مع ذكر رقمها وتاريخها و الدائرة التي أقيمت فيها، ومراجع التسجيل."
¹⁶ - تنص المادة 46 من قانون 32.09 على ما يلي : " يجب أن تلحق بالعقد الوثائق التي استند عليها الموثق لإبرامه.
تكون هذه الوثائق حاملة لإشارة تثبت هذه الإضافة ومذيلة بتوقيع الموثق والأطراف إن اقتضى الحال".
¹⁷ - أبو الشفاء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، تقديم، ولد المؤلف أحمد الغازي الحسيني، مطبعة الأمنية، الرباط، 1964، الجزء الأول، ص : 206.

الفقرة الثانية : تقديم بينة الملك على بينة الحوز¹⁸

من القواعد المعمول بها أيضا في إطار الترجيح بين البينات عند التعارض أن من يقدم بينة شاهدة على الملك ، ليس كمن يقدم بينة تدل على الحوز فقط. ومن ثم فإن الأولى تقدم على الثانية ، لأن الحوز أعم من الملك ، وهذا الأخير أخص وأقوى منه ، فلا يلزم من الحوز الملك ، لأن الحوز قد يكون بالملك ، وقد يكون بالغصب والوديعة وبالعارية وبغير ذلك.¹⁹

وتسري هذه القاعدة ولو كانت بينة الحوز مؤرخة أو متقدمة ، كأن يبيع المالك عقاره المحوز من طرف الغير ، فالمشتري يملك بتاريخ لاحق على تاريخ الحوز ومع ذلك يقدم على بينة الحوز، لقول خليل "وبالملك على الحوز" ، ونظم الزقاق أيضا في لاميته "وملك على حوز" ، ويقول الدردير "ورجح بالملك على الحوز، يعني أن البينة الشاهدة بالملك تقدم على البينة الشاهدة بالحوز ، ولو كان تاريخ الحوز سابقا ، لأن الحوز قد يكون عن ملك وغيره ، فهو أعم من الملك ، والأعم لا يستلزم الأخص."²⁰

وبينة الملك تقدم على بينة الحوز ، إذا كانت مستوفية لشروط التملك، و الحوز إنما يعتبر شرطا من هذه الشروط لقول خليل : " وصحة الملك بالتصرف، وعدم منازع و حوز طال ... " لذلك يقال لا يلزم من الحوز الملك ، ولكن يلزم من الملك الحوز ، والحديث هنا عن الحوز يقتصر فقط على مجرد وجود الشيء تحت يد شخص ولا نقصد به الحيازة المعروفة في الفقه المالكي بشروطها الخمسة، لأن

¹⁸ - يجب التمييز بين كل من الحوز و الملك و الحيازة ومجرد الدعوى. **فالحوز** : في اللغة مرادف للحيازة فمعناها واحد، وعند الفقهاء، الحوز هو وضع اليد على الشيء سواء كان بطريق شرعي أم لا، كأن غصبه لمالكة، وهذا الحوز هو المشتراط في التبرعات.

والملك : هو إثبات الملكية بشروط ، أشار إليها الزقاق بقوله :

يد نسبة طول كعشرة أشهر **** وفعل بلا خصم بها الملك يجتلا

ومحل الملك هو ما جهل أصله أي لم يعرف لمن كان هذا الملك قبل حازره، المدعي ملكيته، وأما ما علم أصله لغير الحائز أي واصل اليد فلا تكفي بينة الملكية، أي وضع اليد مع بقية الشروط المذكورة عند الزقاق، بل لابد من توفر شروط الحيازة.

أما الحيازة : فتزيد بشروط أخرى على شروط الملك المذكورة. والشروط الزائدة هي : ادعاء التملك عشرة أعوام فأكثر، والتصرف في الشيء على عين المدعي الآن ملكيته وسكوته طول تلك المدة من غير عذر، ومحلها ما جهل أصل مدخل الحائز، أو علم وكان ينقل الملك عن الأول مثل الشراء منه أو التبرع منه على الحائز أو على موروثه.

أما مجرد الدعوى : في التي لا يتوفر صاحبها على أي سند.

¹⁹ - عبد السلام العسري، مرجع سابق، ص : 509

²⁰ - الدردير ، بحاشية الدسوقي ، مرجع سابق ، ص: 239

هذه الأخيرة مقدمة على الملك²¹ جاء في هذا الخصوص قرار للمجلس الأعلى سابقا- محكمة النقض حاليا- ورد فيه : " إن المدعي إذا أثبت ادعاءه بوثيقة الملك المستوفية للشروط المقررة فيها فقها، فإن المدعى عليه يلزم ببيان 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 يقدّم بينة على هذه الحيازة التي يستحق بها الملك والتي من شأنها قطع حجة المطلوبين." ²²

غير أنه إذا كان المبدأ هو أن بينة الملك ترجح على بينة الحوز ، فإنه في حالة تجرد الدعوى أو تساوي البينتين يرجح بالحوز ، وهو ما أشار إليه خليل بقوله : "وبيد أن لم ترجح" و ورد في التحفة أيضا :

و اليد مع مجرد الدعوى أو أن **** تكافأت بينتان فاستبن

هذا وتجب الإشارة إلى أن بينة الملك على شروطه ، وإن كانت تقدم على بينة الحوز ، وبالمالك على الحوز كما قال خليل ، فهذا من حيث التملك ، لا من حيث إسقاط الحيازة كلما كانت شرعية ، كحيازة فقط لا كتملك وذلك استنادا إلى قول خليل " ولم يأخذه بأن كان بيده " فالشيء إذا كان بيد حائزه وأقام غيره بينة على تملكه ، فإنه يبقى بيده على أساس الحيازة ، لا على أساس التملك. ²³

لكن لا مانع يمنع المالك من استرجاع حيازته ، إن رضاه أو جبرا - عن طرق المطالبة القضائية - إذا ما انقضى سببها ، كإنقضاء المغارسة أو الكراء أو الانتفاع...، أو إذا أخل الحائز بشروط الحوز ، أو أهمل في المحافظة على المحوز...

وبالرجوع إلى القانون المغربي ، نجد بدوره أكد على الترجيح بالملك على الحوز استنادا إلى قول خليل المشار إليه سلفا ، حيث جاء في المادة 3 من

²¹ - وشروط الحيازة في الفقه المالكي هي كالتالي : (1) وضع اليد. (2) التصرف في الشيء المحوز. (3) نسبة الملك إلى الحائز والناس ينسبونه له. (4) مرور المدة المعتبرة شرعا. (5) عدم المنازعة.

²² - قرار 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 1، السنة : 2012، ص : 97 و 98.

²³ - عبد الرحمن بلعكيد، مرجع سابق، ص: 133 و 134.

مدونة الحقوق العينية : "...وإن تعارضت البيّنات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار ، وكان الجمع بينهما غير ممكن ، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها ... - تقديم بينة الملك على بينة الحوز... -".

والترجيح يسري هنا على العقار غير المحفظ، و الذي في طور التحفيظ أما العقار المحفظ، فإن المالك المقيد بالرسم العقاري يعتبر هو المالك الحقيقي دون حاجة لإثبات أو ترجيح. نصت المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية في هذا الصدد على ما يلي : "إن الرسوم العقارية و ما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها".

هذا وتقدم بينة الملك على مجرد الحوز استنادا إلى المادة أعلاه(المادة 3 من م.ح.ع)، مالم تكن حيازة الحائز استحقاقية و قد اكتملت فيها شروط صحتها، وانعدمت أي بينة مضادة للتملك الصحيح، جاء في المادة 260 من مدونة الحقوق العينية : " يترتب على الحيازة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار".²⁴

الفقرة الثالثة : ترجيح بينة النقل على بينة الاستصحاب

أ- النقل والإستصحاب في الفقه

قول خليل و"بنقل على مستصحية".

والمعنى منه، أن تشهد بينة على استصحاب وصف من الأوصاف كبقاء الملك بيد صاحبه والزوجية بين الزوجين، ثم تقوم بينة ناقلة تشهد على تصرف المالك في ملكه بالبيع، وطلاق الزوج لزوجته، فالبينة الناقلة مقدمة على المستصحية، لأنها تشهد بتغيير الوصف من حال إلى آخر، من بقاء الملك على ما كان، والزوجية على

²⁴ - جاء أيضا في المادة 263 من نفس القانون ما يلي : " من أثبت أنه يحوز ملكا حيازة مستوفية لشروطها وأدرج مطلبا لتحفيظه يعتبر حائزا حيازة قانونية إلى أن يثبت العكس ".

ما كانت عليه إلى إنتقاله إلى المشتري، والزوجية إلى الفرقة، وفي هذا الترجيح نظم الزقاق في لاميته "وبالنقل أو الإثبات أو ما قد أصلا".

والاستصحاب من الأصول عند إمام دار الهجرة، ويقوم على بقاء ما كان على ما كان، إلى أن يتبث العكس، ويقسم إلى قسمين :

- إستصحاب البراءة : إلى أن تتبث الإدانة، وبراءة الذمة إلى أن تتبث المديونية.

- استصحاب الوصف إلى أن يثبت خلافه : كإستصحاب بقاء الملك، وبقاء النكاح.... إلى أن يتبث العكس.²⁵

ويقول بهرام في شرح قول خليل "وبنقل على مستصحية" وكذا ترجح الناقلة على المستصحية، مثل أن تشهد بيعة أن الدار لزيد إشتراها، لا يعلمونها خرجت عن ملكه إلى الآن، وتشهد الأخرى أن رجلا آخر إشتراها منه بعد ذلك، فالناقلة مقدمة لأنها علمت ما لم تعلم الأخرى.²⁶

وإذا كان بهرام أقر بوجود التعارض، فإن الزرقاني يقول، الظاهر عدم التعارض بين هاتين البيئتين، فليس هذا من باب الترجيح كما قاله الشارح بهرام، لأن قول إحدى البيئتين لا يعملون أنها خرجت عن ملكه، لا يقتضي عدم الخروج، لأنه يفيد نفي العلم بالخروج، لا نفي الخروج، فإذا شهدت الأخرى أنها خرجت عن ملكه بناقل شرعي لم تكن الأولى مكذبة لها حتى يلزم التعارض لأنه لا يلزم من عدم العلم عدم الخروج.

ومن كلام الزرقاني نستخلص ما يلي :

المستصحية تشهد أن الملك في ملكه، أنشأه منذ مدة، لا يعلمون أنه خرج عنه والناقلة تشهد أنه إشتراها منه، فتقدم لأنها تكون قد علمت ما لم تعلمه الأولى، ولا

²⁵ أبو زهرة مالك، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 306، أشار إليه عبد الرحمان بلعكيد الترجيح بين البيئات، مرجع سابق، ص 96.
²⁶ بهرام، تحرير المختصر، الشرح الوسط على مختصر خليل، تحقيق، أحمد بن عبد الكريم نجيب وحافظ عبد الرحمان خير، مركز نجبونية دار الجليل بالدار البيضاء، 2013، ج 5، ص 218.

تعارض لأن كل شهادة في نطاق غير شهادة الأخرى، ولعله على هذا الاعتبار ليس من باب الترجيح لإستقلال الشهاداتتين.

وهو نفسه ما قاله التسولي : "بيننا الملك والحوز والنقل والاستصحاب ليستا من التعارض في شيء، لأن المستصحية شهدت بنفي العلم بالخروج عن ملكه، وذلك لا يقتضي عدم الخروج، فنفي الخروج أعم، والأعم لا إشعار له بأخص معين، نعم إذا قالت هذه وقع النقل بالبيع أو الطلاق في وقت كذا، وقالت الأخرى لم يقع بينهما بيع ولا طلاق مثلا في ذلك الوقت أصلا فيتعارضان حينئذ وتقدم بيينة النقل²⁷.

كذلك كما لو شهدت المستصحية، بأن الملك في ملكه منذ مدة وإلى الآن، وأنه لم يخرج عنه حتى الآن، فالمستصحية ظاهرة على الناقلة، كما لو دحض صاحب الاستصحاب البيينة الناقلة وبين وجه الخلل فيها، فإن بيينة ما كان على ما كان تظل عاملة على كل حال. ولا تقدم الناقلة في هذه الحالة، ما لم يوجد سبب ترجيح آخر، كتقديم العدلين على الرجل الواحد والمرأتين، أو بمزيد عدالة أو الترجيح بالتاريخ، أو السماع كأن يشهد الشهود أنهم سمعوا أنه اشترى الملك منه من زمان أو إشتراه من المقاسم، الذي كان يملكه مع غيره على أصل مستصحب.

والشرط في البيينة الناقلة، أن تشهد بالانتقال الصحيح، بسبب من الأسباب الشرعية، كالعقد أو الوفاة، أو الطلاق، بشهود عدول.

والزقاق يقول في لاميته، وقف على النقل بسبب الوفاة بقوله :

من يدعي حقا لميت ليتبين * له الموت والوارث بعد لتفصلا.

كعكس ولكن مع يمين كغائب * وذو الحجر والأحباس والشبه يجتلى.

وإذا لم يثبت المدعي النقل على الموت والورثة، صرف القاضي نظره على الدعوى وأهملها، وهو قوله :

يمين قضاء ذي وتلتزم مطلقا * ولو لم يرد لها ذو شاد وقيل لا

²⁷ حاشية التسولي على شرح التاوي على لامية الزقاق م 10، ص 7 ط فاس، أشار إليه عبد السلام العسري، مرجع سابق، ص 512.

وإذا يبتغي دفعا كبير بحاكم * وفي غيره أطلق وإن يكن إهملا.²⁸

والمواق زاد وفصل في المسألة بقوله : "ونقل على مستصحبة" هذه عبارة ابن الحاجب قائلا : كأخوين مسلم ونصراني، إدعى المسلم أن أباه أسلم، وقال بن عرفة قول ابن الحاجب تقدم الناقلة على المستصحبة هو قول مالك في المدونة، من قام بيده دار السنين دوات عدد يحوزها ويمنعها ويكرها ويبيها ويهدم، وأقام رجل بيعة أن الدار داره وأنها لأبيه أوجده، وتثبتت المواريث، فإن كان هذا المدعي حاضرا، يقر أنه يراه بيني ويهدم ويكري فلا حجة له، وذلك يقطع دعواه، وإن كان غائبا ثم قدم فادعاه وتثبت الأصل له، فإن كان أثى الذي بيده الدار بيعة أو سماع أن أباه أوجده إبتاع هذه الدار من القادم أو من أحد أبائه، أو ممن ورثها القادم منه أو من إبتاعها من أحد ممن ذكرنا، فذلك يقطع حق القادم منها، وإن لم يأت الحائز ببيعة يشهدون على الشراء في قريب الزمان أو على السماع في بعيده، قضي بها للقادم الذي إستحقها".

أما لو تكافأت البيعة الناقلة والبيعة المستصحبة في العدالة، فإنهما تسقطان، وتبقى الحالة على ما كانت عليه تغليا لقرينة وضع اليد منذ مدة، وقد أحسن الخطاب في بيان هذا التصور بقوله: "ونقل على مستصحبة، تصوره ظاهر، قال في كتاب الشهادات من المدونة، ومن أقام بيعة في دار، أنه إبتاعها من فلان، وأنه باعه ما ملك، وأقام من هي في يده بيعة أنه يملكها، قضي بأعدلها، وإن تكافأتا سقطتا وبقيت الدار بيد حائزها".²⁹

ب- النقل والاستصحاب في القانون.

❖ في العقار :

لقد أخذت مدونة الحقوق العينية بقول خليل : "ونقل على مستصحبة"، في المادة الثالثة منها في العقار والحقوق العينية الواردة عليه، دون تمييز بين أن يكون

²⁸ أنظر المسألة بتفصيل : كتاب المؤلف شرح لامية الزقاق في صناعة القضاء، توزيع صوماديل، الدار البيضاء 2015، ص 155، أشار إلى ذلك عبد الرحمان بلعكيد، في مؤلفه الترجيح بين البيئات هامش، ص 97.
²⁹ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مكتبة النجاح، ليبيا، ج 6، ص 210.

محفظاً أو في طور التحفيظ أو غير محفظ، مع أن الأحكام بينهما مختلفة³⁰. فما جاء فيها : "... إذا تعارضت البيّنات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينهما غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها تقديم بيئة النقل على بيئة الإستصحاب..." ولعل السبب في ذلك يرجع أن إلى تقديم النقل على الاستصحاب، هو عام لجميع الأحوال، فكل ناقل هو مغير لبقاء ما كان على ما كان، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه إستثناءات إستجلبيتها، من ظهير التحفيظ العقاري، كما عدل وتم بموجب القانون رقم 14.07، ومدونة الحقوق العينية.

فمما لا شك فيه أن تأسيس الرسم العقاري نهائي ولا يقبل أي طعن، ويعتبر نقطة الإنطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية الواردة عليه، فهو لا يعتد بها إلا بعد تقييدها وذلك في ضوء الفصلين 66 و 77 من ظ.ت.ع، المعدل بقانون 14.07.

ففي حالة ما إذا ادعى شخص حقاً على عقار محفظ، وهو لم يقيده بالرسم العقاري أثناء نشوء ذلك الحق، فلا تقدم هنا بيئة النقل على الاستصحاب، لأن التحفيظ يطهر العقار من كل إدعاء أو نقل، إلى أن يتم تقييده بالرسم العقاري.

وهو نفسه الأمر الذي جاءت به المادة الرابعة من م.ح.ع. والمتممة بقانون 69.16 حيث هي الأخرى قيدت النقل، حيث نصت بالحرف على ما يلي : "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 المتعلقة بها بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك، وبالتالي يتبين من خلال هذه المادة أن المشرع لا يعتد بالمحررات العرفية الناقلة للملكية أو المنشئة للحقوق العينية... لأن القانون لا يعترف بها، إلا أنه يصح مع ذلك حمل المادة 4 من م.ح.ع. فيما ورد فيها من تقديم بيئة النقل على بيئة الاستصحاب على العقارات غير المحفظة التي قد تكتسب فيها الملكية بالحيازة المستوفية

³⁰ عبد الرحمان بعكيد، مرجع سابق، ص 101.

لشروطها، والتي تثبت عادة باللفيف على الاستصحاب لعدد من السنين، وما يترتب عليها من سلوك لمسطرة التحفيظ.³¹

وإشتراط القانون، إستمرار الحيازة طول المدة المقررة في القانون هو الاستصحاب القائم على بقاء ما كان على مل كان، والذي يؤدي إلى إكتساب الملكية في العقار المحفظ.³²

وعلى هذا الاعتبار فإن المالك لعقار غير محفظ، إذا تصرف فيه بالنقل للغير، بعد أن تثبت ملكيته له بالحيازة المستوفية لشروطها على الاستصحاب وشروطها، فإن الدليل الكتابي بالنقل على مقتضى المادة 4 من م.ح.ع، يقدم على الحيازة بالاستصحاب وشروطها الأخرى، لأنه يكون قد تصرف بإرادته، والعقد شريعة المتعاقدين وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى والثانية من المادة الثالثة من م.ح.ع.³³

وفي الأخير ينبغي الإشارة أن من أحكام التوثيق في النقل، بيان نوع التصرف والتراضي عليه. والمحل المتصرف فيه خاصة في العقار على أنواعه الثلاث، فمما جاء في المادة 19 من مرسوم 28 أكتوبر 2008 المتعلق بتطبيق خطة العدالة : "... إذا تعلقت الشهادة بعقار وجب تعيينه، بذكر اسمه ورقم الصك العقاري إن كان، ورقم مطب التحفيظ إن كان في طور التحفيظ، وصفاته ومساحته، وقيمه وموقعه وحدوده مع توضيح هذه الحدود بما يميزها من الأشياء الطبيعية أو بكل وسيلة أخرى". وفي المادة 36 من قانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق ورد "... بيان أركان وشروط العقد مع تعيين محله تعيينا كاملا..." وجاء كذلك في الفصل 489 من ق.ل.ع : "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".

³¹ أنظر المادة 240 من مدونة الحقوق العينية

³² جاء في المادة 260 من ق.ح.ع. "يترتب على الحيازة المستوفية لشروطها إكتساب الحائز ملكية العقار" كما جاء في المادة 263 من نفس القانون "من أثبت أنه يحوز ملكا حيازة مستوفية لشروطها وأدرج مطلبها لتحفيظه يعتبر حائزا حيازة قانونية إلى أن يثبت العكس"

³³ أنظر الفقرة الأولى والثانية من المادة الثالثة من م.ح.ع.

وأما لو كان دليل النقل مختلا، ولا يصلح كدليل إثبات، أو كان ناقصا، فإنه لا تقديم له، لأن الشرط في أدلة الإثبات بوجه عام، الصحة والبيان.

❖ في المنقول :

الترجيح بالبينة الناقلة على المستصحبة في المنقول، إنما هو على القاعدة المشهورة الحيازة في المنقول سند الملكية إلا أن يثبت العكس، فكل من يحوز منقولا، ويظهر به مظهر المالك على الإستمرار، يستصحب معه ملكيته إلى أن يثبت العكس. إستصحاب وصف³⁴، حيث جاء في الفصل 456 من ق.ل.ع "يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولا أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، ومن يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه، ولا يفترض حسن النية فيمكن كان يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشيء أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه".

ويفهم من هذا الفصل أنه إذا ثبت العكس، تكون البينة المثبتة له ناقلة، والبينة الناقلة تقدم عند ذلك على البينة المستصحبة، على شرط أن تكون خالية من أي عيب، تامة غير ناقصة، والإثبات فيها، إنما هو على أحكام الإثبات المدني والتجاري، المطلق والمقيد، وأحكام التقيد والإيداع كما في المركبات والسفن والطائرات والحقوق المعنوية.³⁵

المطلب الثاني: ضوابط الترجيح المرتبطة بصفات الشاهد و المشهود له

من المرجحات كذلك في فقه الوثائق تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها (الفقرة الأولى)، وأن العبرة بزيادة عدالة الشهود لا بعددهم (الفقرة الثانية)، وبعدد الشهود على شهادة الواحد عند التساوي في العدالة (الفقرة الثالثة).

³⁴ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 104.

³⁵ عبد الرحمان بلعكيد، المرجع السابق، ص 104.

الفقرة الأولى : ترجيح بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها

تدخل تحت هذا العنوان بينتا الصحة والمرض، وبينتا الطوع والإكراه، وبينتا الصحة والبطلان أو الفساد، وبينتا الرشد والسفه، وبينتا العسر واليسر، وبينتا العدالة والجرحة، وبينتا الكفاءة وعدمها، وبينتا البلوغ وعدمه وبينتا الحرية والرق.

هكذا سرد أصحاب حواشي لامية الزقاق هذه النظائر نقلا عن الونشريسي في الفائق.³⁶

ومن البيانات التي تتعارض مع أصدادها أو قد تقع بخلاف أصلها، البيئة التي شهدت بأن فلان أوصى وهو صحيح في قواه العقلية وأخرى شهدت بأن الواقعة القانونية وقعت وهو في حالة مرض، فتقدم بيئة الصحة لأنها هي الأصل في الإنسان، فكل واحد يولد صحيحا إلى أن يثبت العكس فعن ابن عرفة قال " إذا شهدت بيئة بأنه تبرع في حالة الصحة والأخرى في مرضه المخوف، قدمت بيئة الصحة، ويكون التبرع نافدا إن حيز.

ففي مواهب الخلاف شرح لامية الزقاق عند قولها : "أو ما قد أصلا"³⁷، أن قوم شهدوا على امرأة أنها أوصت بكذا وكذا في مرضها وهي صحيحة العقل، وشهد آخرون أنها كانت موسوسة³⁸، فإن العبرة هنا بشهادة "الذين شهدوا في الوصية وهي صحيحة العقل"³⁹ وتطرح شهادة الذين شهدوا أنها موسوسة.

فمن كان بينه وبين غيره نزاع معروض على المحكمة وادعى أن خصمه مريض، أو هو نفسه كان أو لا يزال مريضا بغية إبطال حق الطرف الآخر، فعليه أن يطلب من المحكمة أن تصدر في هذا الشأن حكما تمهيدا بإجراء خبرة طبية سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، وهذا الحكم هو المكرس في القضاء المغربي حيث جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا، أن "مجرد إقامة

³⁶ حاشية الهواري ص 184، حاشية الوزاني ص 198، حاشية الصنهاجي 355/1، أشار إلى ذلك عبد السلام العسري، مرجع سابق، ص 520.

³⁷ المجموع الكبير من المتون، ص 171.

³⁸ نوع من الأمراض النفسية يكون نتيجة عدم الثقة إما في الغير أو في النفس.

³⁹ لأن العبرة عنها هي "بصحة العقل لا صحة الذات وعدمها".

لغير إثبات أن البائع مريض لا تأثير له ما دام البائع قد صادق على توقيعه بالعقد، ولم يثبت أنه كان مريضا مرضا يفقده الإدراك أثناء البيع.⁴⁰

كما تقدم بينة السفه على الرشد⁴¹، وبينة الإكراه⁴² على الطوع، وبينة اليسر على خلافها لأنه ما يغلب على الناس الكسب وإن كان الأصل هو الفقر، لأن بينة العسر تشهد بنفي العلم وتعتمد على قرائن ضعيفة، وبهذا الحكم أخذ المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض) حاليا، حيث نص في قرار له جاء فيه: "بالنسبة للدفع المتعلق بعدم توفر المشتري على مال يسمح لها بالشراء فتجدر الإشارة إلى أن الأصل في الإنسان الملاء وهذا المبدأ لا سبيل لتهديمه بمجرد إثارة هذا الدفع بل لا بد لمن يهمه ذلك أن يثبت العكس وإلا بقي الدفع عاريا عن ما يؤيده."⁴³

الفقرة الثانية : زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد

عند قيام تعارض بين البينات المرتبطة بشهادة الشهود فإنه يتم تقديم البينة التي يشهد لها بالعدالة وإحقاق الحق على البينة التي تفقد هذه العدالة ولو كان شهودها متعددين ، لأن العبرة بإثبات الحق حقا و العدل عدلا ، وليست العبرة بالعدد.⁴⁴

⁴⁰ القرار رقم : 674 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 فبراير 2002، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد : 59، ص 145.
⁴¹ الإدعاء بأن الشخص الفلاني سفيها يستوجب إصدار حكم بذلك من قاضي الأسرة يعتمد فيه الخبرة الطبية وسائر وسائل الإثبات الشرعية طبقا لما ورد في المادتين 220 و 222 من مدونة الأسرة.
⁴² قدمت بينة الإكراه هنا على بينة الطوع، لأن الشخص قد يكون في ظاهر الحال طائعا وفي الباطن بخلافه، فشهود الإكراه قد علموا من باطن الأمر ما لم يعلمه الآخرين، والسفه مثله.
والإكراه في منظور المشرع المغربي من خلال الفصل 46 من ق.ل.ع هو "إجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه.
فإذا أثبت الشخص أنه كان مكرها أثناء توقيعه على العقد حق له طلب إبطاله بناء على مقتضيات الفصل 47 من ق.ل.ع.
⁴³ القرار عدد 664 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 28 مارس 1995 في الملف العقاري عدد : 90/6784، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد : 47 سنة 1995، ص 97.
⁴⁴ عبد الكريم شهبون ، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08 ، الطبعة الثالثة 2018 ص 62.

ذلك أنه بالنظر لما قد يترتب عن قبول الشهادة في كل شيء من الآثار الجسيمة – كأداء مبلغ من المال إذا شهد الشهود على شخص بأنه مدين لآخر مثلاً- فقد إحتاط الإسلام للأمر، فشرط العدالة في الشهود.⁴⁵

وقد إتفق المسلمون على إشتراط العدالة في قبول شهادة الشاهد ، فقد جاء في تحفة الحكام لابن عاصم :

وشاهد صفته المرعية تيقظ عدالة حريه⁴⁶

وتماشيا مع مبدأ التيسير ورفع الحرج ، لم يحدد القرآن ولا السنة مفهوم العدالة تحديدا دقيقا ، لكي لا يتقيد به الناس في كل عصر، وإنما إكتفى بالإشارة إلى أن المطلوب هو أن يكون الشاهد ممن نرضى عنه ونطمئن إلى شهادته وترك المجال مفتوحا لعلماء كل عصر في تحديد من هو الشاهد العدل المرضي حسب الإمكانات والظروف.⁴⁷

وقد إختلف الفقهاء المسلمون في تحديد مفهوم العدالة على مذهبين:

المذهب الأول : وهو مذهب أبي حنيفة الذي يرى بأن العدالة تفترض في كل مسلم ، وأن العدل هو المسلم الذي لا تعلم منه جرحة ، وعلى هذا فكل مسلم يعتبر عدلا عند أبي حنيفة إلا إذا إشتهر بالفسق أو ما يجرح به ، أو طعن الخصم في شهادته ، فيحتاج حينئذ إلى إثبات عدالته.⁴⁸

المذهب الثاني: هو مذهب الجمهور الذين يقولون إن العدالة صفة زائدة على الإسلام، بحيث لا يقبل في الشهادة كل مسلم بمجرد إسلامه، بل لابد من إثبات أنه متوفر على شروط العدالة.

⁴⁵ - محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، 1995 ص 50.

⁴⁶ - أبو عبد الله محمد بن أحمد محمد الفاسي الإتيقان والإحكام ، شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لأبي بكر بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي ، تحقيق محمد عبد السلام محمد سالم ، الجزء الأول ، دار الحديث القاهرة ١٤٣٢-٢٠١١ ص ١٢٠ .

⁴⁷ - محمد بن معجوز ، مرجع سابق، ص 52.

⁴⁸ - محمد بن معجوز ، مرجع سابق، ص 88.

وقد وجه قول أبي حنيفة السابق بأنه إذا حكم على ما كان يعرفه من حسن حال المسلمين وكثرة عدولهم ونزرة غير العدول ، ولو أنه عاش بعد ذلك القرن لقال بقول الجمهور ، وفي هذا يقول الحصاص الحنفي: من قال من السلف بتعديل من ظهر إسلامه فإنما بنى ذلك على ما كان الحال عليه من أحوال الناس من ظهور العدالة وقلة الفساق فيهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم شهد بالخير والصلاح للقرن الأول والثاني والثالث ، فمن كان منهم صاحب ريبة أو فسق كان يظهر النكير عليه ويتبين أمره، وأبو حنيفة كان في القرن الثالث الذي شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير و الصلاح ، فتكلم على ما كانت الحال عليه ، وأما لو شهد أحوال الناس بعد لقال بقول الآخرين في المسألة عن الشهود ، ولما حكم لأحد منهم بالعدالة إلا بعد المسألة.⁴⁹

وإذا كان الفقهاء المسلمون متفقون على أنه لكي تقبل شهادة الشاهد فلا بد من أن يكون مشهودا له بالعدالة ، فما هي الصفات التي ينبغي توفرها في الشاهد حتى يكون عدلا وتقبل شهادته؟

جاء في تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي:

**والعدل من يتجنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر
وما أبيع وهو في العيان يقدح في مروءة الإنسان**

فمن صفات العدل اجتناب الذنوب الكبائر دائما ، كالشرب والسرقة ونحوهما ، ويتقي أيضا الذنوب الصغائر في غالب أحواله ، ويتقي الأمر

⁴⁹- محمد بن معجوز ، مرجع سابق ، ص 88.89.

المباح الذي يقدح في المروءة ، كالأكل في السوق ، والمشي حافيا في بلد لا يفعلون ذلك ، وإنما قال : ٥٠ ويتقي في الغالب ٥١ ، لأن النادر لا يعتد به ولا يسلم منه إلا من عصمه الله تعالى.

وفي هذا قال مالك: من الرجال رجال لا تذكر عيوبهم. ٥٠

وقال ابن رشد: والعدالة هيئة راسخة في النفس تحت على ملازمة التقوى بإجتناب الكبائر وتوقي الصغائر والتحاشي عن الرذائل المباحة .

وقال ابن سلمون: العدالة هي المحافظة على إجتناب الكبائر وتوقي الصغائر ، وحسن المعاملة ، والتحرز في المخالطة.

وروي عن أبي يوسف في تعريف العدل أنه: من لا يأتي بكبيرة ، ولا يصر على صغيرة ، ويكون ستره أكثر من هتكه ، وصوابه أكثر من خطئه ، ومروءته ظاهرة. ٥١

ومن خلال ما سبق يتضح بأن العدالة هي ملازمة التقوى وإجتناب المحرمات التي تعرف بالكبائر، وعدم المداومة على الصغائر، وإجتناب كل ما يدل على قلة المروءة.

الفقرة الثالثة : تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد

إذا كان العلماء متفقون على أنه لا يقبل في الشهادة إلا الذين تتوفر فيهم شروط العدالة ، وذلك نظرا لخطر هذا المنصب العظيم ولما يترتب على قبول شهادة الشخص من وجوب الحكم بها والعمل بمقتضاها ، فما هو العمل

٥٠- ابن عاصم الأندلسي، مرجع سابق ص ١٢٢.
٥١- محمد بن معجوز، مرجع سابق ، ص 90,91 .

فيما إذا لم يوجد العدول في بلد من البلدان ، أو في وقت من الأوقات ، وإحتاج الناس إلى الشهادة في معاملاتهم ، وما يقع بينهم ، هل نتمسك بإشتراط العدالة في الشاهد فلا نقبل حينئذ إلا العدل ؟ أو نتغاضى حينئذ على إشتراط العدالة ، ونتساهل في قبول من لم تتوفر فيه كل الشروط المذكورة للضرورة؟

لقد أجاز الفقهاء شهادة غير العدول فيما إذا لم يوجد العدول أو تعذر إشهادهم لما في عدم قبول شهادة غير العدول حينئذ من ضياع للحقوق ، وذلك عن طريق الإستكثار من عدد الشهود ، بحيث لا يقتصر على العدد الذي يكتفي به في شهادة العدول ، لأنه لما كان الشأن في شهادة غير العدول أن لا يوثق بها فلا يغلب على الضن صدقها ، لذلك كان المطلوب أن يستكثر من عدد الشهود الذين لا يتوفرون على شروط العدالة ، بحيث يشهد أكبر عدد ممكن في الشيء الواحد ، فتقوي شهادة كل واحد منهم شهادة الآخر ، فتقوم شهادتهم حينئذ مقام شهادة العدول ، وتبعث في النفس ما تبعثه شهادتهم من الثقة والإطمئنان.⁵²

وهذا هو التوجه الذي إعتد المشرع في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية ، بحيث لم يكتفي بشهادة العدول فقط □ زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد □ ، وإنما أخذ كذلك بشهادة غير العدول مع توفر الكثرة □ تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد □ .

فالشهادة المقبولة في الإثبات والتي تتوفر على عدد من الشهود (عدول أو لفيف) يشهدون بالحق لصاحبه وإستحقاقه للعقار موضوع النزاع ، مقدمة على شهادة ذات شاهد واحد ومنفرد .⁵³

وقد أحدث المالكية قواعد لقبول شهادة غير العدول ، وأوجبوا أن تأتي تلك الشهادة على شكل معين يتلخص في أن عدد معيناً من الرجال من غير

⁵² - محمد بن معجوز ، مرجع سابق ، ص 236.

⁵³ - عبد الكريم شهبون ، مرجع سابق ، ص 63.

العدول يدلون بشهادتهم إلى عدل أو عدلين ، فيقيد هذا العدل أو العدلان مضمن ما شهد به هؤلاء على شكل معين ، وطبق شروط خاصة وبذلك تصبح تلك الشهادة بينة يجوز للقاضي أن يحكم بمقتضاها ، وهذه المسماة بشهادة اللفيف.⁵⁴

وإذا كان الفقهاء والعلماء منذ القدم إتفقوا على شروط لازم توفرها في كل من يقبل على عملية الإشهاد ، إهتماما بما قد يترتب على قبول شهادة الشخص من وجوب الحكم بها والعمل وفق مقتضاها، فإنهم إشتراطوا أيضا شروطا في شهادة غير العدول حالة تلقي شهادتهم من طرف من هو أهل لها ، ويشترط في شهادة اللفيف عدة شروط منها⁵⁵:

- ستر الحال ؛
- الضرورة ؛
- كثرة العدد ؛
- عدم مخالفة العادة والإستبعاد ؛
- أداء شهود اللفيف لشهادتهم أمام عادين.

المبحث الأول : القواعد الشكلية للترجيح بين البينات

لقد اهتم فقهاء المذهب المالكي بالجوانب الشكلية عند سنهم لقواعد الترجيح آخذين بعين الاعتبار الدور الذي تلعبه في إيضاح وتقييم العقود من طرف القاضي،

⁵⁴ - محمد بن معجوز، مرجع سابق ، ص 237.
⁵⁵ - المحجوب أقدار، شهادة اللفيف العدلي وحجيتها في إثبات التصرفات العقارية ، مداخلة ضمن ندوة في موضوع " المعاملات العقارية وإشكاليات توثيقها في ضوء المستجدات القانونية الجديدة " المنظمة من قبل جامعة القرويين - كلية الشريعة - أكادير ، مطبعة أنفوا- برانت ، 12 شارع القادسية- الليدو- فاس ، ص 227.

ذلك بالنظر لكونها قواعد دقيقة ومقاييس مضبوطة وأدوات حادة تكشف القرائن التي من شأنها منع تضارب الأحكام وإنهاء الخصومة.⁵⁶

ويمكن إجمال الشكليات المعتمدة في الترجيح بين البيئات سواء من حيث تاريخها ومدى اعتباره أساسيا في درء التعارض الذي يمس العقود والمستندات كلما تكافأت و تساوت (مطلب أول) أو من حيث الإثبات أو النفي والدقة في تحديد المدعى فيه من أجل الفصل في النزاع موضوع العقار غير المحفظ والحكم لصالح البيئة المرجحة (مطلب ثان).

المطلب الأول : قواعد الترجيح بالتاريخ

يتمسك القاضي عند النظر في النزاع بكل قرينة تظهر في بيئات الخصوم، والتي من شأنها أن ترجح إحداها على الأخرى، ومن هذه القرائن التي قد تظهر في بيئات المتداعين أو في إحداها قرينة التاريخ، ويمكن القول بأن جمهور الفقهاء يستندون بالتاريخ ترجيحاً بين الحجج المتعارضة، ويأخذ هذا الترجيح معنيين، إما أن تذكر إحداها التاريخ، وتجرد الأخرى منه فنكون أمام بيئة مؤرخة وأخرى مطلقة (فقرة أولى)، وإما أن تكون كلاهما مؤرختين لكن إحداها أسبق وأقدم من الأخرى تاريخاً (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : ترجيح البيئة المؤرخة على المطلقة

يجد هذا الضابط تطبيقه في الخصومة التي يدعي طرفاها عينا ما بمقتضى بيئتين إحداها ذكر فيها تاريخ التملك وأخرى مطلقة، تذكر الملك دون تحديد تاريخه. وقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في الترجيح بين البيئة المؤرخة والمطلقة⁵⁷ ولكل منهم في ذلك قول :

⁵⁶ -محمد الحجاجي، الترجيح بين الحجج في منازعات العقار غير المحفظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2013-2014. ص: 74 و 75.
⁵⁷ محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الاسلامي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الاولى 1982 ص 162.

القول الأول : قضى بترجيح البينة المؤرخة على المطلقة، وهو قول المالكية حين جاء فيه، إذا كانت إحدى البنتين مطلقة والأخرى مؤرخة قدمت المؤرخة على المطلقة، وفي قول آخر "أو بسبب تاريخ (أي أن البينة ذكرت التاريخ) فتقدم على التي تؤرخ"، وقال ابن شاس "إذا كانت إحدى البنتين مطلقة والأخرى مؤرخة قدمت المؤرخة على المطلقة"، وذكره ابن شاس وهو المعتمد، لذا اقتصر عليه كثير من المؤلفين كالزقاق في اللامية و خليل في المختصر.⁵⁸

فالبينة التي تذكر تاريخا للملك تقدم على مقابلتها الخالية منه، فإذا تنازع شخصان في ملكية عقار معين فإن البينة التي بينت تاريخ ملك أحد المتنازعين تقدم على معارضتها التي لم تذكر التاريخ بحيث ترجح المؤرخة ويحكم بالمتنازع فيه لمن شهدت له وتلغى الأخرى التي لم تؤرخ⁵⁹

وبالتالي تقدم البينة المؤرخة عند المالكية في جميع الحالات، سواء أكان المدعى فيه بيدها أو بيد أحدهما أو بيد الغير.

أما بالنسبة للحنفية فقد اشترط أن يكون الملك قد انتقل إلى المدعين من طرف شخص واحد أما لو كان من شخصين كرجلين أقام كل منهما البينة على الشراء من البائع، فإنهما قد اتفقا على أن الملك من بيعه، وقد ظهر بالتاريخ أن صاحبة الوقت أسبق ما دامت الأخرى لا تاريخ لها، فكانت صاحبة التاريخ أولى الترجيح.⁶⁰

أما القول الثاني : وهو المعتمد من المذهب الشافعية والحنابلة الذي جاء فيه ألا فرق بين المؤرخة وغيرها فمجرد التاريخ ليس بمرجح لاحتمال أن البينة المطلقة لو استفسرت فسرت بتاريخ أقدم من تاريخ الأخرى.⁶¹

والراجح أن البينة المؤرخة أولى وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأنها أثبتت الملك في وقت معين فأصبح متيقنا والأخرى يحتمل أن يكون قبلها أو بعدها، والعمل بالمتيقن أولى من العمل بالمظنون.

⁵⁸ عبد السلام العسري، شهادة الشهود في القضاء الاسلامي الجزء 2 الطبعة الأولى، ص 521.

⁵⁹ عبد المجيد الكتاني، الترجيح بين البيئات على ضوء الفقه مدونة الحقوق العينية، مجلة القيس العدد الثالث، سنة 2013 ص 159.

⁶⁰ علاء الدين الكماني الحنفي، بدائع الصنائع، الجزء السادس، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ص 220.

⁶¹ محمد عبد الله محمد الشنقيطي، تعارض البيئات في الفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، الرياض، 1420 هـ - 1999م، ص 220.

وهو ما استقر عليه القضاء في تطبيقه لقواعد الترجيح حيث جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى سابقاً⁶² أنه "خلافًا لما جاء في الوسيلة فإن محكمة الاستئناف لم تصرح بأن كلا الرسمين لا يتوفر على قوة الإثبات، بل صرحت بأن الرسمين إن كانا معا أقيما من أجل الاحتجاج بهما في النزاع، فإن الرسم المدلي به من طرف المطلوب في النقض له تاريخ ثابت وسابق مما جعل محكمة الموضوع ترجحه عن الآخر..."

ويبدو أن المشرع المغربي قد سار على خطى ما ذهب إليه الفقه المالكي ومعه القضاء المغربي، وذلك في شكل قاعدة ورد تحديدها في البند الثامن من المادة 3 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها :

إذا تعارضت البيّنات المدلى بها لإثبات الملكية

تقدم البيّنة المؤرخة على البيّنة غير المؤرخة".

بل، ونجد لهذه القاعدة تطبيقا حتى في إطار القواعد العامة، وذلك عند ما أدرجها المشرع في باب القرائن الواقعية أي تلك القرائن التي لم يقررها القانون وإنما جعل أمرها موكول لمحكمة القاضي⁶³ حيث جاء في الفقرة الثانية من الفصل 258 من قانون الالتزامات والعقود أنه : إذا لم يكن سند أحد الخصمين ثابت التاريخ رجح جانب من كان لسنده تاريخ ثابت".

وعليه فإن لبيان تاريخ الحجة دور مهم في الترجيح بين البيّنات المتعارضة، ويسهل على القاضي أمر إثبات الحق، إلا أنه قد تتوفر البيّنات على تاريخ يؤرخها إلا أن إحداها سبق من الأخرى، فمن الحجة المرجحة في هذه الحالة؟

⁶² قرار عدد 79 الصادر بتاريخ 1972/04/14 ملف مدني عدد 19854/19968 منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية 1972-

1971، الطبعة الأولى، 1983، ص 133.

⁶³ ينص الفصل 545 من ق.ل.ع على أن "... القرائن التي لم يقرها القانون موكولة لمحكمة القاضي وليس للقاضي أن يقبل إلا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها....".

الفقرة الثانية : ترجيح البيئة الأسبق تاريخا على اللاحقة لها

يعتبر قدم التاريخ من المرجحات المنفق عليها إجماعا بين فقهاء المذاهب الأربعة، مع وجود أقوال ضعيفة تمنع الترجيح بسبق التاريخ ولقد وردت عدة أقوال تكرر قاعدة الأخذ بالبيئة الأقدم فقد جاء في تبصرة ابن فرحون أن ... اشتمال إحدى البيئتين على زيادة تأريخ متقدم أو بسبب الملك، مثل أن تشهد بيئة أنه ملكه منذ سنة، وتشهد الأخرى أنه ملكه منذ سنتين فتقدم السابقة أو الأبعد تاريخا⁶⁴، وجاء في نظم التحفة :

وقدم التاريخ ترجيح قبل *** لا مع يد العكس عن بعض نقل⁶⁵

وقال الشيخ الكافي في شرحه لهذا البيت، أن تنازع اثنين في شيء شهدت بيئة أحدهما أنه يملك منذ سنتين وشهدت بيئة الآخر بأنه يملك منذ سنة حكم للأقدم تاريخا وفي شرح التوزري لمنظومة عاصم : ترجح السنة التي كان تاريخها أقدم، لأن الملك ثبت للأقدم والأصل بقاء ما كان على ما كان.

وكما جاء في شرح لامية الزقاق :

وباثنيين و التاريخ أو سبقيه ومن **** يفصل فمختار على من اجملا

ومعناها أن الترجيح بين البيئتين، يكون بالتاريخ أو بقدمه، ومن لها تاريخ سابق راجحة على من تاريخها لاحق.

كما ورد في اللامية أيضا، قدم التاريخ، الموافق عن اللخمي : (وإن أرختا قضي بالأقدم، وإن كانت الأخرى أعدل، وعلى هذين المرجحين نبه الناظم بقوله "والتاريخ أو سبقه".

⁶⁴ابن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الافضلية ومناهج الاحكام، الجزء الاول، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الاولى، 1416-

1995 ص264.

⁶⁵ابن عاصم الاندلسي، دار الأفاق العربية للقااهرة، الطبعة الأولى، 1432 هـ - 2011م، ص 28.

ولتوضيح هذه القاعدة نبسط لها بالمثال التالي، فلو أن اثنين تنازعا حول عقار يدعي كل منهما تملكه للعقار، وأدلى كل واحد بحجته، بحيث تؤرخ حجة الأول تاريخ تملكه للعقار سنة 1996 في حين تؤقت بينة الثاني أنه يملك العقار منذ سنة 1991، ومن ثم فإن حجة الثاني هي المرجحة بحكم واقعة التملك أقدم تاريخا من واقعة الأول.

وقال خليل :

وبيد إن لم ترجح بينة فيحلف **** وبذلك حكم القاضي حكما تاما⁶⁶

وفي المبسوط للسرخسي : وإذا كانت دار في يد رجل أقام آخر البينة أنها له منذ سنة وأقام الآخر البينة أنها له اشتراها من آخر سنتين وهو يملكها يومئذ فإني أقضي بها لصاحب الشراء، لأنه أسبق تاريخا..."

وبالتالي فإن في كل هذه الحالات ترجح أسبقهما تاريخا في قول جمهور أهل العلم، من الملكية والحنفية والشافعية في الصحيح، والحنابلة في الجملة وإن لم تسلم من المعارض، فهناك من الفقهاء من قال بالتسوية بين البينتين في هذه الحالة، هؤلاء هم فقهاء الحنابلة في بعض الحالات والشافعية في قول مرجوح، بقولهم أنه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقم الملك، ولا غيره فوجب استواءهما كما أطلقنا، أو استوى التاريخ.

غير أن الإشكال يبقى مطروحا عند الفقهاء في حالة ما إذا كانت الحجة الحديثة مقترنة بيد صاحبها على الشيء للمدعي فيه⁶⁷، فهل تقدم والحالة هذه الحجة تاريخا أم الأحداث تاريخا مادامت حيازة الشيء بيد مقدم هذه الأخيرة؟

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن البينة الأقدم تاريخا ترجح على معارضتها الأحداث تاريخا، سواء كان المدعى فيه بيد المتداعين معا، أو بيد أحدهما أو بيد أجنبي، أو لا حائزة له، فقد جاء عند المهدي الوزاني⁶⁸ : "... أما عند ترجيح واحدة

⁶⁶ - محمد بنخنيف، ضوابط الترجيح بين البيئات في الفقه المالكي على ضوء المادة 3 من م.ح.ع المغربية، مجلة القيس العدد الخامس، يوليو 2015، ص:14.

⁶⁷ - محمد الحجاجي، الترجيح بين الحجج في منازعات العقار غير المحفظ، م.س، ص:83.

⁶⁸ - المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، الجزء التاسع، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، مطبعة فضالة المحمدية، 1420 هجرية- 1998، ص:381.

بقدم التاريخ فيقضي بها على ذي اليد. وكما جاء أيضا في شرح التحفة أنه إذا تنازع اثنان في شيء وشهدت بيعة لأحدهما بأنه يمكنه منذ سنتين، وشهدت للآخر بيعة بأنه يمكنه منذ سنة، حكم به للأقدم تاريخا، سواء كان بيد أحدهما أو بيد غيرهما أو لا يد لأحد عليه.⁶⁹

هذا وذهب اتجاه ثاني⁷⁰ إلى القول بأن الترجيح بالحجة المتقدمة تاريخا على الحديثة، رهين بكون هذه الأخيرة غير مقرونة بحيازة صاحبها للملك المدعي فيه ويتصرف فيه بحضور المدعي كما جاء في التحفة.

وقدم التاريخ ترجيح قبل **** لايد مع والعكس عن بعض نقل.

ويبدو أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من ترجيح البيعة الأسبق تاريخا على متأخرة التاريخ لقوة ما أورده أصحابه من تعليل ولتواتر أحكام القضاء على السير فيه وهو ما أكدته حيثيات أحد قرارات المجلس الأعلى⁷¹ الذي جاء فيه :

حقا حيث أن ملكية الطاعن عدد 442 تشهد له بالملكية والتصرف لمدة سالفة عن تاريخها الذي هو سنة 1941 بأكثر من 20 سنة حيث تكون بداية المدة هو 1921 في حين أن ملكية المتعرضين عدد 17 تشهد لمورثهم بالتصرف لمدة 10 أعوام سلفت تاريخها 1941، فالأول أقدم تاريخا بأكثر من 10 سنوات. وقدم التاريخ من المرجحات كما في المختصر "أو تاريخ أو تقدمه" أما الترجيح باليد أي الحوز محله عند تساوي البينتين وعدم وجود أي مرجح آخر غير اليد قال في المختصر : "ويبد أن لم ترجح بيعة مقابلة،" قال شراحه بعده "بأي مرجح كان"، أما قول التحفة "وقدم التاريخ تاريخ قبل... لا مع يد والعكس عن بعض نقل" فإنه غير سليم وقد انتقده جميع الشراح بما للمختصر واللمحي، وعليه فإن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من ترجيح ملكية المتعرضين عدد 17 باليد مع ثبوت قدم التاريخ ملكية

⁶⁹ - محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام في تحفة الأحكام، دار الفكر، الطبعة الأولى، سنة 1981، ص: 64.

⁷⁰ - شمس الدين محمد الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الرابع، دار المعرفة بيروت، الطبعة الأولى 1418 هجرية- 1997 ميلادية، ص: 640.

⁷¹ قرار عدد 1978 المؤرخ في 1990/10/01 ملف مدني 86/3148، وادر عند عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة، ص 85.

طالب التحفيظ عدد 442 بفارق بينهما في المدة يتجاوز 10 أعوام فيه خرق للفقہ المعمول به يجعل قضاءها غير معلل تعليلًا صحيحًا ويعرضه للنقض".

المطلب الثاني: الترجيح بين البينات من حيث الإثبات والنفي والدقة في تحديد المدعى فيه.

إذا لم يتم الترجيح بين البينات بالنظر إلى موضوعها، فيتم الترجيح بينها من خلال تغليب إحداها على الأخرى نظرًا لاشتغالها على شروط شكلية لعبت دورًا كبيرًا في تقويتها قانونًا.

وهكذا قال الفقهاء بتقديم بيينة الإثبات على بيينة النفي (الفقرة الأولى) وتقديم البيينة المفصلة على البيينة المجملة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: تقديم بيينة الإثبات على بيينة النفي.

كما لو اتفقت بينتان على وقوع الرهن على عقار غير محفظ لفائدة طرف أجنبي، فأثبت إحدى البينتين أن العقار وقع تحويزه في حيث عارضتها البيينة الأخرى بعدم تحويز العقار، وحيث إنهما اتفقتا على واقعة الرهن لكنها اختلفتا في وقع الحوز، وفي هذه الحالة فإن البيينة المتبنة للملك الناقص مقدمة على النافية له.

ففي نوازل أبي سهل: أفتى أبو مروان بن مالك في هبة اختلف الشهود فيها فبعضهم شهد بحوزها وبعضهم شهد بأنها لم تحز بأن الشهادة بصحة الحوز أعمل، لأن الشهادة بالحوز أثبتت الهبة بصحتها فكانت أولى من التي شهدت ببطلانها⁷²

⁷² أبو الشتاء الصنهاجي ج : 2 ص 456 — 457 ميارة الفاسي م.س.ص.
من صور هذه المسألة عند أبي الشتاء الصنهاجي ج 2 ص 456 وما بعدها أن:

- الشهادة بحوز الرهن وتحويزه أرجح من الشهادة بخلافها.
- بيينة حوز الرهن أرجح من البيينة بعدمه.
- الترجيح مقدم على التعديل .

كما أورد صاحب المعيار فتوى مؤداها أن "من أثبت شيئاً أولى ممن نفاه " ، هذا الذي تقرر في مذهب مالك وأصحابه وبه قال حذاقهم، وعليه درج ناظم الزقاقية حيث قال: ".....والإثبات 73". أي فتقدم- البينة- المتبنة على النافية 74 .

وفي هذا السياق قضت محكمة الاستئناف الشرعي بأن: شهادة اللفيف الشاهد بالغيبة غير عاملة لكونها نافية، ولأن شهادة حضوره بيد المدعى عليه متبنة والمتبنت مقدم على النافي 75 .

كما صدر عن المجلس الأعلى قراراً جاء فيه:

" لكن حيث إن محكمة الموضوع أجابت عما أدلى به الطاعنون جواباً سليماً حيث قالت: إن إدلاء المستأنفين باللفيفية عدد 61 على عدم حيازة المستأنف عليها للأرض المذكورة لا يمكن أن يناقض حجة الصدقة خصوصاً وأن محرريها شهدا بحيازتها لها كما بالرسم العقاري المذكور أي رسم الصدقة، الشيء الذي يجعله جاء وفقاً لما في ابن عاصم: " وللمعنيين بالحوز تصح " لأن الحوز في التبرعات يعتبر شرطاً أساسياً لصحتها وأنه بالإضافة إلى ما ذكر فإن من الثابت فقهاً أن المتبنت مقدم على النافي، لأنه علم ما لم يعلمه الآخر الشيء الذي ينبغي معه استبعاد الرسم المذكور لما ذكر فاتضح من ذلك أنه لا تعارض بين العدلية الشاهدة بنفيه لعدم تكافئها وبذلك يتعين الأخذ بالشهادة المتبنة للحوز لأن الأصل في الاستصحاب الذي هو في الشرع أصل من الأصول المتبعة وإنما يبطله ما يطرأ عليه من أحداث ناقلة عنه ثابت الحدوث مستحق الوقوع كما قال الشيخ خليل: " وينقل على مستصحة " ولا ناقل هنا أصلاً 76 .

73 المجموعة الكبير من المتون ص : 171 .

74 أبو الشتاء الصنهاجي ج 2 ص : 456 ، التسولي على شرح التداوي للأمية الزقاق ص 80 .

وفي حكم آخر عدد 174 صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 25 ربيع الأول 1345 جاء فيه " إن ادعى مدع الإشتراك في ملكه وأثبتته، ونفى خصمه الإشتراك وأثبت النفي وتساوت الحجتان رجحت المتبنة على النافية، مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول ص 687.

75 الحكم عدد 105 صادر بتاريخ 5 رجب 1343 هـ في القضية رقم 741 ، مجلس الاستئناف الشرعي المجلد الأول ص 393.

- ينظر كذلك

الحكم عدد: 12 منشور ب الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في المادة العقارية وفي مادة الأحوال الشخصية: المجلد

السادس ص : 77.

الحكم عدد 36 صادر بتاريخ 26 ربيع الأول 1375 هـ منشور ب : الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في المادة العقارية وفي مادة الأحوال الشخصية، المجلد السابع ص 442 .

76 القرار رقم: 949 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 يونيو 1989 في ملف شرعي 84\4438 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 45 سنة 1991 ص 66.

كما قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) في قرار آخر استخلصت منه القاعدة التالية: "حقاً لقد صح ما عابه الطاعن أن المعتبر عند ترجيح حجة الإثبات على النفي هو إثبات الواقعة المتنازع فيها أو نفيها، وعليه فإن الواقعة المتنازع في شأنها بين طرفي النزاع هي وقوع القسمة التي يدفع بها الطاعن أو عدم وقوعها وهو ما يقول به المطعون ضده، وبما أن كل واحد منهما أدلى بحجة لمحاولة تأييد ادعائه من إثبات الواقعة أو نفيها تكون حجة الطاعن التي شهد بوقوع القسمة هي المتنبئة⁷⁷ .

الفقرة الثانية: تقديم بيئة التفصيل على بيئة الإجمال.

إذا كانت الغاية من لجوء المتنازعين إلى القضاء هو حصول كل واحد من أطراف النزاع على حقه؛ فإن العدالة تقتضي أن يدلي كل طرف بحجة تثبت هذا هذا الحق.

والحجة المعتبرة قانوناً هي الحجة الواضحة وليس فيها لبس أو إبهام أو غموض والتي يعبر عنها في فقه الوثائق بالبيئة "المجملّة" .

فإذا تعارضت البيئة المجملّة⁷⁸ مع المفصلة، قدمت هذه الأخيرة على الأولى⁷⁹ .

ومن صور الإجمال الذي يعتري حجة أحد المتقاضين، الإجمال في عدم تحديد المشهود لهم في الوثيق (1) أو عدم بيانه بياناً كافياً للشئ محل الشهادة (2) أو عدم تحديد مدة الحيازة (3).

أولاً: عدم تحديد المشهود لهم.

⁷⁷ القرار عدد 1392 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 يونيو 1985 في الملف المدني عدد: 719 – 84 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 1986 ص: 33.

⁷⁸ إذا اعتري البيئة إجمال فإن على القاضي أن يصدر حكماً تمهيدياً يقضي برفع هذا الإجمال إما باستفسار شهود البيئة أو إعدار صاحبها ليدلي بما يمكن أن يرفع الإجمال، ولا نقصد هنا تكملة البيئة الناقصة، لأن لها أحكاماً مختلفة.

"وقد تقرر في الفقه المالكي أن الشاهد إذا أجمل في شهادته ولو كان عدلاً فإنه سيُفسر رفعاً للإجمال، سواء كان الشاهد مبرزاً أولاً، لأنه ليس من باب النقص أو الزيادة في الشهادة بل تنتمتها فلا تصح بدونه، مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد السابع ص: 235 ومابعداها.

⁷⁹ ميارة الفاسي. م.س. ص: 310 .

كثيرا ما يكتفي شهود اللفيف أمام العدلين بالتصريح بأنهم يعرفون أن الأرض الفلانية ذات الحدود كذا والتي مساحتها كذا، هي لمستغليها أولاد فلان دون أن يحددوا عددهم أو أسمائهم ربما لجهلهم بهم⁸⁰.

وفي هذه الحالة إذا نازع الغير المشهود لهم في ملكية الأرض وأدلووا ببينة مفصلة تثبت حقهم في الملك، فإن البينة المفصلة تقدم على المجمل، وفي هذا الصدد قضت محكمة الإستئناف في حكم صادر عنها ونصه:

" فاختلاف الرسوم المذكورة واضطرابها، إذ التلقية المؤرخة في 23 صفر عام 1326 هـ لم تحصر ولم تبين والد " المولات " 81

وفي حكم آخر جاء فيه:

" إن حكم القاضي الإستئنافي باطل، وحظه من الصواب غير قائم عاطل، لأن الدعوى ساقطة من أصلها لكونها لعدد كثير من قبائل شتى تستحيل معرفتهم عينا وإسما ونسبا فهي في غاية الإجمال وهو مضر في الشهادة قطعا، والدعوى مثل الشهادة، ولكونها بأرض جازف شهودها في تحديدها بجهات مجهولة، زيادة على مخالفة حدودها المقال.

لذلك حكم بإلغاء الحكم لكونه في غير محله؛ وإبقاء البلد في يد حائزها⁸².

ثانيا: الإجمال في الشيء موضوع الدعوى.

من العيوب التي يتضمنها مقال الدعوى أن يكتفي المدعي بالمطالبة باستحقاق الأرض دون أن يحدد مثلا حدودها ومساحتها، وفي هذه الحالة إذا تعارض مع بينة أخرى في نفس الموضوع لكنها شاملة لجميع شروط الدعوى من حيث الموضوع، فإن هذه الأخيرة ترجح التي اكتفى فيها صاحبها بالقول إن الأرض كذا ملكي دون تحديد.

وكمثال على مايزكي هذا القول نسوق حكم لمجلس الإستئناف الشرعي الأعلى الذي ورد فيه: وبعد أن اطلع المجلس على ذلك كله وعلى الحكم الصادر في

⁸⁰ يمكن استدراك النقص بالأدلاء برسم الإرث إن كانوا ورثة مالم يثبت خروجهم من الشيع.

⁸¹ الحكم عدد 34 الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 1934 منشور ب " مجلس الإستئناف الشرعي الأعلى " المجلد الثالث ص : 226.

⁸² حكم عدد 28 صادر بتاريخ: 20 شعبان 1333 منشور الإستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الخامس ص : 99 .

شأنها، وأمعن النظر فيه، تبين لسيادة وزير العدل، وقطب الدائرة العلمية بالأمانة الشريفة للشيخ شعيب الدكالي: أن الدعوى المذكورة لا تستحق جواباً لما فيها من الإجمال وعدم بيان الحدود في العقار وتسميته، إذ لا يلزم الجواب عن الدعوى في العقار إلا بعد بيانه وبيان حدوده.

كما أن الجواب عن في غاية الإجمال، وتقييده مختل، ولم يبين محازة بوشعيب هل من قبيل الشركة، أو من قبيل والدها؟ وما هو هذا الحوز؟ ولم يطابق جوابه الدعوى، هل كان بينهما شركة أم لا؟ .

وقد أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز القضاء بما فيه إشكال وإيهام لما في الزقاقية من قولها " وإن كان مجملاً " ⁸³.

كما قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) في قرار له ورد فيه " وذلك موجب لسقوط دعواه من كونه ذكر أنه يطلب واجبه دون بيان لقدره والحكم صدر له بالتخلي له عن واجبه قبل أن يعرف قدره ومن كون الحكم صدر بإلغاء الحكم الابتدائي بالنسبة لواجب سعيد وعمر دون بيان قدر واجبهما الخ " ⁸⁴.

فإذا وقع إجمال في بيئة أحد المتنازعين استفسر القاضي شهودها رفعاً للإيهام والغموض، لقول صاحب الزقاقية:

كلام يبين كالتمام لناقص &&& وتفسير إيهام أو لفظ أشكالا

فيوضح واثمراً بتقييد غامض &&& لتسأل عنه أو لأن تتأملا

ومن هذين البيئتين إذا كان في كلام المدعي أو المدعى عليه إجمال، فلا بد من إيضاحه، أو نقض فلا بد من إتمامه.

ونقل عن ابن سهل مانصه: " فإذا صحت الدعوى سأل المطلوب عنها، فإن أقر أو أنكر نظر في ذلك لما يجب، وإن أبهم جوابه أمر بتفسيره حتى يرتفع الإشكال، وقيد ذلك كله في كتابة " .

⁸³ حكم عدد 44 صادر عن مجلس الإستئناف الشرعي الأعلى بتاريخ 10 جمادى الأولى 1334 هـ منشور ب المجلس الإستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الخامس، ص 158 .

⁸⁴ القرار 136 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 9 يناير 1968 منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى 4 سنة 1969 ص 54 .

وقال في **البهجة**: وتعيين الأرض ونحوها بذكر حدودها، ولو سقط ذلك من لفظه ولم يجبر المطلوب على جوابه ولو سقط ذلك من الشهادة لم يقبض بها إلا إن شهد بالحدود غيرهم... الخ⁸⁵.

ثالثا : عدم تحديد مدة الحيازة.

" إذا تنازع شخصان حول ملكية عقار، وأدلى المدعي ببينة شهد بأن المدعى فيه ملك له منذ أكثر من عشر سنين، وشهدت بينة المدعى عليه بحوزه مدة عشرين سنة، فالأولى تعتبر مجملة، والثانية تعتبر مفصلة، فترجح الثانية على الأولى⁸⁶.

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قرار له جاء فيه: " لكن حيث إن قواعد فقه الوثيقة تقتضي ألا تقبل الشهادة إذا كانت مجملة في بيان مدة حيازة المشهود بها في رسم استمرار الملك ، إذ أن أمد الحيازة الشرعية تارة يكون عشر أشهر وتارة عشرة أعوام وقد تزيد المدة باعتبار كون الحائز شريكا أو قريبا على تفصيلات واردة في كتب الفقه⁸⁷.

⁸⁵ مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الخامس ص 158-159.

⁸⁶ فاطمة الزهراء العلاوي ص : 43 .

⁸⁷ القرار رقم 110 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 8 ماي 1985 في الملف المدني رقم 5\ 720 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 36 - 38 سنة 1986 ، ص : 51 ومابعداها.

الفهرس :

المبحث الأول : ضوابط الترجيح المتعلقة بموضوع البيئة	الشهادة على الملك وصفات
الشاهد والمشهود له	4.....
المطلب الأول : ضوابط الترجيح المتعلقة بموضوع البيئة الشهادة على الملك	4.....
الفقرة الأولى : ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه :	4.....
الفقرة الثانية : تقديم بيئة الملك على بيئة الحوز	9.....
الفقرة الثالثة : ترجيح بيئة النقل على بيئة الاستصحاب	11.....
المطلب الثاني : ضوابط الترجيح المرتبطة بصفات الشاهد و المشهود له	17.....
الفقرة الأولى : ترجيح بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها	18.....
الفقرة الثانية : زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد	19.....
الفقرة الثالثة : تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد	22.....
المبحث الأول : القواعد الشكلية للترجيح بين البيئات	24.....
المطلب الأول : قواعد الترجيح بالتاريخ	25.....
الفقرة الأولى : ترجيح البيئة المؤرخة على المطلقة	25.....
الفقرة الثانية : ترجيح البيئة الأسبق تاريخا على اللاحقة لها	28.....
المطلب الثاني : الترجيح بين البيئات من حيث الإثبات والنفي والدقة في تحديد المدعى فيه	31.....
الفقرة الأولى : تقديم بيئة الإثبات على بيئة النفي	31.....
الفقرة الثانية : تقديم بيئة التفصيل على بيئة الإجمال	33.....