

مجزوءة: التحفيظ العقاري

ماستر: قانون المنازعات

الفصل الثامن

عرض تحت عنوان:

الترجيح بين الحجج في المنزاعات العقارية

تحت إشراف الدكتور:

➤ محمد العالي دقوقي

من إعداد الطالبتين:

✓ مريم بوعزما
✓ أسماء لعروصي

المقدمة:

يعتبر العقار محور كل سياسة تنموية، فهو أساس الاستقرار والتعامل والتصرفات بين الناس، كما أنه مصدر لصراعات كانت ولا زالت مستمرة بين البشر.

ولعل حب الانسان للاستقرار والاستئثار بالأرض التي اعتاد العيش فيها، وكذا التطور المتزايد للعقار، أدت بطبيعة الحال إلى التملك الفعلي للأرض، الأمر الذي تمخض عنه ظهور فكرة الملكية العقارية، كضرورة ملحة من أجل حماية الأرض من المعتدين، فأخذ الإنسان يفكر في الملكية ويضع لها القواعد القانونية الكفيلة بحمايتها.

وقد تمخض عن هذا التطور في المغرب ملكيات عقارية مختلفة تتنوع بطبيعتها وتزوج في نظامها¹، فكما هو معلوم فإن الوعاء العقاري بالمغرب يتميز بازدواجية على مستوى هيكله، هذه الهيكلية أفرزت نظامين عقاريين مختلفين لكل منهما أسسه وإطاره القانوني، وهو نظام العقار المحفظ وغير المحفظ، إضافة إلى أنظمة عقارية خاصة قد تندرج ضمن هذا و ذلك.

فإذا كان العقار المحفظ لا يثير إشكالا كبيرا لوجود إطار قانوني دقيق ومحدد يطبق عليه منذ سنة 1913 بخصوص ظهير التحفيظ العقاري، ثم ظهير 1915 المتعلق بالتشريعات المطبقة على العقارات المحفظة، فالقانون 14.07² المعدل لظهير 1913، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعقارات غير المحفظة التي عرفت نقاشا عريضا طويلا بشأن القانون الواجب التطبيق، إذ يغطي العقار غير المحفظ نسبة كبيرة من الأراضي الخاضعة لنظام الملكية الخاصة بالبلاد وهو يخضع على خلاف العقار المحفظ للنظام الشهر الشخصي الذي يقوم على أساس شخص مالك العقار أو أشخاص الحقوق العينية الواردة عليه، حيث لا بد لذي المصلحة لكي يحيط بالوضع المادي والحقوقى لعقار ما، ويضمن لسلامة التصرف المزمع إبرامه عليه من الرجوع إلى سائر السندات التي نظمت باسم المالكين أو أصحاب الحقوق العينية المتعاقبة، والتأكد من أن التصرف قد قام هو نفسه أو بواسطة سلفه بحيازة العقار طيلة مدة التقادم المكسب.

إن إشكالية الازدواجية هاته والتي لم يفلح المشرع المغربي، في معالجتها تؤثر بشكل جلي على السياسة العقارية ككل، ذلك أنه في ظل عدم تعميم نظام التحفيظ العقاري، تبقى منازعات الحيازة والاستحقاق قائمة، وتبقى إشكالية الترحيح بين الحجج قائمة أيضا في ظل غياب رسوم عقارية، بمثابة حالة مدنية للعقار تحدد وضعه القانوني، ومساحته وحدوده،

¹ - ادريس الفاخوري، "نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات قانون 14.07 دار المعارف الجديدة، الرباط طبعة 2013 ص 1
² - القانون رقم 4.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011) ص 5575.

لهذا إذا وفي ظل الوضع الحالي يمكن القول دون تردد أن العقار غير المحفظ يشكل فعلا عرقلة حقيقية أمام أي تنمية عقارية، في ظل تنامي منازعات العقار غير المحفظ³.

وعموما تعتبر الملكية العقارية المجال الخصب لنشوب العديد من النزاعات بين الأفراد، سواء تعلق الأمر بالعقار المحفظ أو في طور التحفيظ أو العقار غير المحفظ، وكل نمط من هذه الدعاوى يجب تأييده بالموجبات القانونية اللازمة، وإثبات الحق المطالب به بالبيئة الشرعية الدالة عليه دلالة نافية للجهالة، لأن الحق من الناحية القانونية يعتبر موجودا بوجود ما يثبتته، ويعتبر غير قائم بانعدام ما يثبتته، ولإثبات الحق موضوع الدعوى، يتعين الإلتجاء إلى إحدى وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونا في الفصل 404 من ق.ل.ع وهي: الإقرار، الحجة الكتابية، هود، شهادة الشهود، القرينة، اليمين والنكول عنها.

غير أنه عادة ما يدلي كلا الطرفين المتخاصمين أمام القضاء بوثائق وحجج تثبت صحة ادعاءاته وتنفذ ادعاءات خصمه، وفي هذه الحالة قد يصعب في كثير من الأحيان على القاضي العقاري الفصل في النزاع المعروض عليه، نتيجة وجود تعارض بين حجج المتنازعين، مما يقضي معه بالنسبة للقاضي ضرورة ترجيح إحدى تلك الحجج على غيرها والحكم بموجبه لصالح أحد طرفي النزاع⁴.

لا ريب أن هذا الموضوع يحظى بأهمية بالغة إن على المستوى النظري أو على المستوى العملي، فأهميته النظرية تتجلى في محاولة الإحاطة بالأحكام العامة التي نظم بها المشرع المغربي موضوع الترجيح بين الحجج المتعارضة في المنازعات العقارية ومعرفة مدى توافقها وتكاملها مع الفقه المالكي بالخصوص، أما الأهمية العملية فتكمن في الوقوف عن قواعد الترجيح المعتمدة في التطبيق القضائي عند فضه للمنازعات العقارية.

بناء على هذه الأهمية تتضح لنا الإشكالية المحورية للموضوع وهي:

إلى أي حد ساهمت قواعد الترجيح في مساعدة القضاء في فك التعارض بين حجج الأطراف المدلى بها في الدعوى في سبيل ترجيح حجة على أخرى وإسناد ملكية العقار أو الحق العيني الوارد عليه لأحد أطراف الدعوى؟

للإجابة على هذه الإشكالية نقترح التصميم الآتي:

❖ المبحث الأول: الأحكام العامة للترجيح بين الحجج المتعارضة

❖ المبحث الثاني: ضوابط الترجيح بين الحجج في المنازعات العقارية

³ - أستاذنا عبد العالي دقوقي، "نظام التحفيظ العقاري بالمغرب بين النظرية والتطبيق؛ دراسة في الإجتهد القضائي والإداري، مكتبة الرشاد، سطات طبعة 2020 ص 11.

⁴ - محمد بخنيف، ضوابط الترجيح بين البيانات في الفقه المالكي على ضوء المادة 3 من مدونة الحقوق العينية المغربية، مقال منشور في مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، نظام التوثيق بالمغرب في ضوء مستجدات القانون 32.09 والقانون 39.08 وللقوانين ذات الصلة- العدد 5 يوليوز 2013 ص 1

المبحث الأول: الأحكام العامة للترجيح بين الحجج المتعارضة

يعتمد الترجيح على مبدأ أساسي وهو أنه لا ترجيح إلا مع تعارض، فالقاعدة في الفقه المالكي أن الترجيح بين الحجج لا يتم اعتماده إلا إذا وقع بينها تعارض، لذلك وجب بداية التطرق إلى مفهوم التعارض المبرر للترجيح وطرق دفعه (المطلب الأول)، على أن نعرض على مفهوم الترجيح وشروطه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التعارض وطرق دفعه

تبنى مشرع مدونة الحقوق العينية القاعدة الذهبية في مجال الترجيح بين الحجج، ذلك أن هذا الأخير لا يصار إليه إلا عند تعارض حجج الأطراف، دون تعارضها المؤدي إلى سقوط الدعوى حينما تتعارض حجج الطرف نفسه، فيؤدي ذلك إلى عدم قبول دعواه، فدراسة قواعد الترجيح تقتضي الإلمام ابتداء بتوفر مجموعة من الشروط للجوء إلى الترجيح، منها ما يرتبط بها وجودا وعدما، بحيث إذا لم توجد هذه الشروط فلا مجال للحديث عنه كما الشأن بالنسبة لتحقيق التعارض (الفقرة الأولى)، ومنها ما يرتبط بدفع هذا التعارض إما عن طريق الجمع أو الإسقاط وهو ماستتناوله في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم التعارض في ميدان الإثبات

إذا كانت قواعد الفقه المالكي تقتضي أن الترجيح بين الحجج لا يصار إليه إلا عند تعارضها، وأن المبرر لإعمال قواعد الترجيح هو تعارض الحجج، فماذا يقصد بالتعارض في ميدان الإثبات؟

أولاً: التعارض لغة

التعارض في اللغة نقول: عارض الشيء بالشيء معارضة أي قابله، وعارضت كتابي أي قابلته، وفلان يعارضني أي يباريني، ويقصد بالمعارضة المقابلة⁵.

ثانياً: التعارض اصطلاحاً

يعرفه البعض بأنه: هو التقابل بين الحجتين المتساويتين على وجه توجب كل واحدة منهما ما توجبه الأخرى أن الدليل يتضمن عكس الآخر في واقعة معينة واحدة ينشأ بينهما التباين⁶.

كما عرفه الدكتور محمد الزحيلي تعريفاً في منتهى الوضوح والشمول، حيث بين أن تعارض البيانات هو "أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً يؤيد دعواه، وينفي دعوى الآخر، بحيث لو انفرد دليل أحدهما لحكم له به"⁷، فبقوله أن يقدم كل طرف فقد وسع من

⁵ عبد السلام بنزروغ، "إثبات دعوى استحقاق العقار غير المحفظ"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث القانون المدني، جامعة محمود الخامس- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 464.

⁶ عبد اللطيف الدوناسي: "إثبات ملكية العقار في القانون المغربي" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية: 2000/2001، ص: 25.

⁷ محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية- الجزء الأول والثاني، مكتبة دار البيان- دمشق، الطبعة الأولى 1982، ص: 803

دائرة الأطراف ولم يحصر الخصومة في طرفين فقط، لأنه قد تكون بين ثلاثة فأكثر، إلى جانب شموله لكل دليل يبين صحة الدعوى من شهادة وغيرها من البيانات الأخرى⁸.

فالتعارض إذن هو أن يدلي أحد الأطراف بحجة مخالفة لما أدلى به الطرف الآخر كما إن أدلى أحدهما بحجة تثبت ملكية شيء ما. وأدلى الآخر بحجة تنفي هذه الملكية.

الفقرة الثانية: طرق دفع التعارض بين البيانات

إن القضاء لما يجد نفسه أمام حجتين أو أكثر في قضية واحدة ويظهر له أنها متعارضة فيكون ملزماً بإزالة هذا التعارض فإما أن يعمل على الجمع بين البيانات وهي مرحلة ما قبل الترجيح، الهدف منها إعمال جميع الحجج مادامت عاملة الإثبات، إذ أن القاعدة هي استعمال الحجة أولى من إهمالها (أولاً)، وإذ تعذر عليه ذلك انتقل إلى الخطوة الثانية وهي الترجيح بين البنات، فإن تأتى لها ذلك فصلت في النزاع، وإلا انتقل إلى الخطوة الأخيرة وهي إسقاط هذه البنات (ثانياً).

أولاً: الجمع بين البيانات والحجج

يعتبر الجمع بين الحجج وسيلة وضعها الفقه بين يدي القاضي لمساعدته على الحسم في النوازل، وذلك عندما تعرض أمامه بينتان أو أكثر في النزاع الواحد، بحيث يكون عليه

البحث في إمكان الجمع بين البنات من عدمه، فإن تيسر له ذلك عمل بالحجج جميعاً، إذ أن الجمع مقدم على الترجيح، فكلما أمكن الجمع وزال التعارض امتنع الترجيح.

والمقصود بالجمع هو العمل بالبنتين المتعارضتين في جميع ما شهدتا به، فيعمل بهما وكأننا لا تعارض بينهما، ويحكم بما شهدت به كل منهما دون تصرف فيهما أو في واحدة منهما، لا بترجيح أو إسقاط.

ومضمون هذه الطريقة أن يجد القاضي المقرر في الملف حجتين لهما نفس القوة الثبوتية، لكن تشهد كل واحدة منهما بصد ما تشهد به الأخرى، وكل واحدة منهما أيضاً تقتضي حكماً يخالف ما تقتضيه الحجة الأخرى. ومن ثم وجب البحث عن محاولة الجمع بينهما إن أمكن ذلك، وإلى هذه القاعدة أشار الشيخ خليل بقوله وإن أمكن الجمع بين البنتين جمع.

ومثال ذلك أن يدلي أحد الورثة بإرثه تحصرهم في عدد معين. ويدلي الآخر بإرثه تحصر عدد الورثة في عدد مختلف، فهنا يجمع بين الإرثتين، ويحكم لكل الورثة المذكورين فيهما معاً.

وفي هذا الإطار فقد صدر عن محكمة النقض أن "التعارض الذي يوجب الالتجاء إلى المرجحات هو الذي لا يمكن معه الجمع بين مدلول الحجتين..."⁹، وهو ما كرسه قرار لمحكمة النقض جاء فيه "إذا لم تتعارض الإرثات قضي بالجمع بينهما من غير ترجيح"¹⁰.

⁸ - محمد عبد الله الشنيطي، تعارض البنات في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية- مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الأولى 1999، ص: 58.

هذا ومتى تعذر على القاضي الجمع بين البيّنات وفق ما ذكر أعلاه ينتقل للمرحلة التالية وهي طريقة الترجيح بين البيّنات¹¹ قبل أن ينتقل إلى إسقاط البيّنات كأخر حل لتعارضها.

ثانياً: تساقط البيّنات

في إطار تضارب وتعارض الحجج في المنازعات العقارية، فإن القاضي يلتزم بالفصل في النزاع، فإن كانت أول إمكانية يبحث عنها القاضي هي محاولة الجمع بين الحجبتين أو الترجيح بينهما إن أمكن ذلك، فإنه عند ذلك يلجأ إلى المرحلة الموالية، وذلك بغض النظر عنهما واستبعادهما وهو ما يسمى بتساقط أو تهاثرها بحيث لا يؤخذ بهما، فيتم الحكم وفق الأوضاع الظاهرة قبل عرض الحجج وفقاً للأدلة المستمدة من الوضع الظاهر أو ما يسمى بقرائن الأحوال. وبالتالي يصبح المتخاصمون كمن لا بينة لهم مادام العمل ببينتهم متعذراً لتنافي موجبهما ولاستحالة كون العين الواحدة مملوكة بأكملها لاثنتين في زمن واحد¹².

إذا فإن تم وحدث ولم تتيسر أسباب الجمع أو الترجيح بين الحجج المتعارضة فسيكون المآل إسقاطها وذلك لقول الشيخ خليل في مختصره "وإن تعذر ترجيح سقطتا"¹³ ومثال ذلك إذا أثبتت إحدى البيّنات وجوب شيء أو أثبتت الأخرى نفيه حيث يصح، والخالة هاته اجتماع النقيضين من المحال فتسقطان وتصبح الدعوى مجردة من البيّنات النافسة والمؤيدة لها. وفي هذه الحالة فإن المحكمة مضطرة للرجوع إلى المرجعيات الأولية المستخدمة للفصل بين الخصوم في حالة فقدهم لوسائل الإثبات.

وعليه فإذا تعذر الترجيح لعلّة عدم وجود شروطه يجعلنا أمام ما يسمى بالتساوي الذي يؤدي إلى التساقط تطبيقاً لقاعدة "إذا تساوتا حجة المدعي مع حجة المدعى عليه سقطتا، فتنزل الحجج المتعارضة حينئذ منزلة العدم، ويحكم بعدها للحائز.

وقد قضت محكمة النقض بهذا في أحد قراراتها، "حيث يتجلى من تصفح الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت أن كل من حجة المدعى والمدعى عليه متساويتان في الصحة، وهذا يقتضي سقوطهما وعدم العمل بأي واحد منها"¹⁴.

وبعد أن تبين لنا المقصود بالتعارض بين الحجج وطرق دفعه من جمع وإسقاط، سنتولى دراسة مفهوم الترجيح وشروطه في النقطة الموالية.

⁹- قرار عدد 148 مؤرخ في 11/03/1973 ملف شرعي عدد 43203، أورده عبد المجيد الكتاني، الترجيح بين البيّنات في ضوء الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية، مجلة القيس المغربية للدراسات القانونية والقضائية- ملف "قراءة في القانون العقاري الجديد"، العدد الثالث يوليوز 2012، ص: 143.

¹⁰- عمر أوكار "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيّنات والحجج" منشورات دار القضاء بالمغرب 2014، ص: 37 " قرار عدد 3056 بتاريخ 11-10-2006 ملف مدني عدد 1856-1-1-2005.

¹¹- رضوان قريشي "القواعد الموضوعية والإجرائية لدعوى التعرض العقارية دراسة في المرحلة الابتدائية" رسالة لنيل الماستر كلية الحقوق وجدة، جامعة محمد الأول، الموسم الجامعي 2012/2013، ص: 68

¹²- سعاد المعروفي، "الحماية القانونية للحق العيني العقاري على ضوء مدونة الحقوق العينية"، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- الطبعة الأولى 2018، ص: 145.

¹³- الشيخ خليل ابن اسحاق، "المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك، طبع في المطبع السلطاني المعمر، سنة 1955، ص: 199

¹⁴- قرار عدد 428 صادر بتاريخ 15 ماي 1982 ملف عقاري 915343، أورده رضوان قريشي، مرجع سابق، ص: 69

المطلب الثاني: مفهوم الترجيح وشروط إعماله

إذا تعذر الجمع بين الحجتين المتعارضتين، وجب الانتقال إلى الترجيح بينهما، حتى يمكن تغليب إحدهما على الأخرى، وقد تناول الفقه الإسلامي موضوع الترجيح بشكل دقيق ومفصل حيث عكفوا من مختلف التخصصات على دراسة جزئياته ووكلياته، وعموما فإن الترجيح بين الحجج المتعارضة هي تلك العملية التي يقوم بها القاضي بشكل تلقائي في جميع الدعاوى وكل المواد المعروضة على أنظاره، فيرجح لا بين الحجج والبيانات فقط، لكن بين مختلف وسائل الإثبات فيرجح الكتابة على شهادة الشهود ويقدم الإقرار على القرائن وهكذا بشكل عام. وعلى غرار التعارض فإن الترجيح يختلف هو الآخر بين الفقهاء والقانونيين، فالترجيح هو تقوية إحدى البيئتين بمرجح من المرجحات التي أشار إليها الفقهاء بعد تعارض الحجج المقدمة في الدعوى والتي تناولتها المادة 3 من مدونة الحقوق العينية.

وقبل إعمال المحكمة للترجيح بين البيئات لابد من توفر الشروط اللازمة لذلك (الفقرة الثانية) وقبل التفصيل في هذه الشروط يتعين تحديد مفهوم الترجيح بين الحجج (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: مفهوم الترجيح بين الحجج

الترجيح لغة هو الميل والثقل، يقال ربح الميزان رجوحا ورجحانا أي ثقل ومال وترجحت الأرجوحة بالغلाम أي مالت. ويطلق مجازا على اعتقاد الرجحان، ويقال أيضا ربح الشيء يربح، ورجح رجوحا من باب قعد، والاسم منه الرجحان إذا زاد وزنه، ويستعمل متعديا أيضا فيقال: رجحته إذا ثقلت كتفه بالشيء الموزون، وترجح الرأي عنده إذا غلب على غيره¹⁵.

أما في الاصطلاح فقد اختلفت نظرة العلماء إلى تحديد مفهوم الترجيح تبعا لاختلاف مذاهبهم، وقد اهتم الأصوليون بتعريف الترجيح أكثر من فقهاء القانون، واختلاف الفقهاء في تناول مفهوم الترجيح إنما يرجع بالأساس إلى اختلافهم في تقديره هل هو فعل للمجتهد، أم صفة للأدلة محل التعارض، ونمثل لكل اتجاه من هؤلاء بما يلي:

➤ **الاتجاه الأول:** يرى بأن الترجيح من فعل المجتهد المرجح، فالترجيح حسب هذا الرأي هو تقوية أحد الطرفين على الآخر ليعلم الأقوى فيؤخذ به وي طرح الآخر¹⁶. وقد عرفها الدكتور "البرزنجي" تقديم المجتهد بالقول أو الفعل أحد الطريقتين المتعارضتين لما فيها من مزية معتبرة تجعل العمل بها أولى.

➤ **الاتجاه الثاني:** يرى أن الترجيح من صفة الأدلة وهو ما ذهب إليه الأمدى بالقول أن الترجيح هو اقتران أحد الصالحين للدلالة على المطلوب مع تعارضهما بما

¹⁵- ابن منظور لسان العرب، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان الطبعة الأولى سنة 1988 ص 444 وما بعدها.

¹⁶- تعريف الغمام فخر الدين الرازي.

يوجب العمل به وإهمال الآخر¹⁷، ويقول أحمد الريسوني أن الترجيح هو إظهار مزية لأحد الدليلين المتعارضين المتعادلين تقتضي تقديمه على معارضه، وبهذه المزية يرتفع التعادل بينهما، فيصير صاحب المزية راجحاً معملاً ويصير الآخر مرجوحاً مهملًا.

➤ **الاتجاه الثالث:** حاول الجمع بين الاتجاهين السابقين، فعرف الترجيح بأنه وصف قائم بالدليل و فعل المجتهد، فالرجحان الذي هو وصف قائم بالدليل، يتولى المجتهد بيانه، فقال: الترجيح هو بيان الرجحان أي القوة التي لأحد المتعارضين على الآخر.

يبقى تعريف الأصوليين تعريفاً جامعاً مانعاً للترجيح وهو تقديم المجتهد (القاضي) أحد الدليلين المتعارضين لما فيه مزية تجعل العمل به أولى من الآخر.

وعموماً فإن ترجيح إحدى الحجتين عن الأخرى يعتمد أساساً على وجود تعارض بينهما، فحينما ينتفي التعارض ينتفي تبعاً لذلك الترجيح، فالدليل الراجح هو الدليل المتعارض قبل الترجيح.

الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين الحجج

إن أعمال الترجيح بين البيانات المدلى بها في موضوع النزاع يقتضي أولاً وقبل كل شيء مراقبة البيانات المدلى بها على مدى توفرها على الشروط المتطلبة شرعاً وقانوناً، منها ما يتصل بالحجة نفسها من حيث وجوب كونها صحيحة، ومنها ما يتعلق بمضمونها، بحيث يكون التقابل بينها على وجه توجب كل واحدة منها عكس ما توجبه الأخرى¹⁸.

ويمكن إجمال هذه الشروط في صحة الحجج المقدمة من طرف الأطراف (أولاً) وعدم تعارضها (ثانياً) بالإضافة إلى إثبات صفة التملك بالنسبة لمدعي الحق (ثالثاً).

أولاً: صحة الحجج

لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الترجيح للفصل في النزاع إلا إذا كانت الأدلة محل الترجيح صحيحة شكلاً وموضوعاً، أما إذا اختل شرط جوهري في الدليل المدلى به اعتبر باطلاً وجب استبعاده، ومن ثم لا مجال لترجيحه على غيره¹⁹. وقد أكد قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض) " أن المحكمة لا تلجأ إلى قواعد الترجيح بين الحجج إلا عندما تكون حجج

¹⁷ - ذكره محمد وفا، تعارض الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والترجيح بينهما، ط 1992 ص 141

¹⁸ - حميد البشير، دعوى استحقاق العقار غير المحفظ بين الفقه المالكي والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة السنة الجامعية 2010/2009 ص 91.

¹⁹ - سعيد بوطاس، قواعد الترجيح بين أدلة المتعارضة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، الفوج الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير الموسم الجامعي 2013.2014 ص 30.

الطرفين مستوفية للشروط المتطلبة شرعا ومنطبقة على أرض النزاع"²⁰. وقد جاء في قرار لمحكمة النقض على أنه "... لا تناقش حجة طالب التحفيظ إلا بعد إدلاء المتعرض بحجة مقبولة شرعا..."²¹ كما جاء أيضا في قرار لمحكمة النقض " لا يلجأ لترجيح الحجج بتطبيق الرسوم على محل النزاع إلا عند توفر البينات على الشروط الشرعية المقررة شرعا للاعتداد بها"²²

والحجة الباطلة هي الحجة التي لا تتوفر فيها الشروط المستلزمة شرعا وقانونا لإقامتها، كما هو الشأن بالنسبة للإدلاء برسم ملكية حديث أي منجز بعد دخول مدونة الحقوق العينية غير محترم لشكلية المادة الرابعة من المدونة، فلا هو بعقد رسمي محرر من طرف موثق عصري خاضع للقانون²³ 32.09 ولا من طرف العدول الخاضعين لقانون خطة العادلة 16.03²⁴، ولا بالمحرر العرفي ثابت التاريخ المحرر من طرف المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض، فوثيقة الملكية المدلى بها في حكم عدم نظرا لبطلانها، بخلاف الحجة المدلى بها من طرف الخصم والتي سترجحها حتما.

إن وسائل الترجيح بين الحجج يبدأ فيها من حيث الشكل لأن كل رسم أو نية حسب القواعد المعمول بها في مجال التوثيق يجب أن تكون قائمة بذاتها ومتوافرة على جميع الشكليات لإنتاج أثرها القانوني، فما كان منها تاما شكلا يكن أرجح مما اختلت بعض شروطه الشكلية، وهنا ما تجدر الإشارة أن من رجحت حجته وقضى لفائدته بالمدعى فيه وجب أن يحلف ردا لدعوى خصمه لأن كل سبب من أسباب الترجيح يعتبر شاهد واحد²⁵.

أما الحجج المخلة بأحد الشروط الشكلية التي تقتضيها قواعد التوثيق فكثيرا ما تستبعدا المحكمة، إذ حين يلجأ إلى تقنية الترجيح وجب أن يستند القاضي لحل النزاع على وثائق واضحة الألفاظ والمعاني والتي من شأنها ضبط الحق الذي تشهد به والدلالة عليه، وهو ما ظلت محاكم الموضوع تؤكد عليه، حيث جاء في حكم ابتدائية الدار البيضاء أنه: " حيث إن رسم التركة المستدل به فضلا على أنه لا يتوفر على شروط الملك فهو لا يلزم من ليس

²⁰- قرار عدد 570 مؤرخ في 2001/02/20 ملف مدني عدد 2000/11/1625 أورده محمد حجاجي الترجيح بين الحجج في منازعات العقار غير المحفظ " رسالة لنيل دبلوم الماستر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول مسم 2014/2013، ص 21

²¹- القرار عدد 589 الصادر بتاريخ 2017-11-14 في الملف رقم 2016-8-1-4647 منشور بالموقع الالكتروني <http://google.com/mahkmaty.blog>

²²- قرار 4006 المؤرخ في 2007/21/05 ملف مدني عدد 2004 /3/1/3010 أورده عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج، منشورات دار القضاء بالمغرب، يصدرها مكتب أزوكار للمحاماة والاستشارة والتحكيم الطبعة الأولى- 2014 ص 196.

²³- مرسوم رقم 2.12.725 صادر في 25 من ربيع الآخر 1434 (8 مارس 2013) بتطبيق القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 6143 الصادرة بتاريخ 4 جمادى الآخرة 1434 (15 أبريل 2013)

²⁴- ظهير شريف رقم 1.06.56 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة الجريدة الرسمية رقم 5400 الصادرة يوم الخميس 2 مارس 2006

²⁵- المعطي الجبوبي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2002 ص 153- 154

طرفا فيه وبالتالي لا يرقى إلى درجة اعتباره سند تملك المتعرض وبالتالي يتعين التصريح بعدم صحة التعرض²⁶.

كما أنه يعتبر من موجبات استبعادها في قضية سبق البت فيها، إعمالا لحجية الأمر المقضي به، فالقاضي يعتمد مبدأ سبقية البت للقول بعدم إمكانية إعمال الترجيح بين حجتين سبق تقديم إحداها عن الأخرى في دعوى قضائية أخرى، ولا ينبغي أن يفهم من هذا المبدأ أنه يمكن الاعتداد به على إطلاقه في مجال الترجيح بين الحجج، خاصة إذا كانت الحجة والمستند واحد يتعلق بنفس الموضوع وبين نفس الأطراف، إذ هناك بعض الحالات التي بالرغم من كون الوثيقة واحدة ونفسها فإن مواضيع النزاع متعددة، كما لو أدلى أحدهم برسوم ملكية تفيد تملك صاحبها لمجموعة متفرقة من العقارات فيستظهر بها في نزاع سابق بشأن أحد العقارات، وتبت على أساسها المحكمة فيه، فلا يمكن أن يواجه بسبقية البت.

ثانيا: أن يكون هناك تعارض بين الحجج مع عدم إمكانية الجمع بينها

إن الترجيح لا يتم اعتماده إلا إذا وقع تعارض بين الحجج، والمقصود بالحجج المتعارضة، تلك الحجج التي تتضمن إحداها عكس ما تتضمنه الأخرى في واقعة واحدة الشيء الذي ينشئ بينها التباين، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 3 من مدونة الحقوق العينية²⁷ "إذا تعارضت البيانات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينهما غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة".

فكلما تبين للمحكمة أن هناك تعارض بين الحجج وجب على المحكمة مناقشتها وتوضيح المسالك التي اعتمدتها للترجيح، هذه المسالك التي تعد قواعد رئيسة عند الفقهاء للخروج من التعارض، ففي الحالة التي يتعارض فيها طريقتان من طرق الإثبات، فإنه ينبغي للخروج من هذا التعارض سلوك إحدى مسالك الترجيح مثل الجمع، الترجيح والتساقط.

ويشترط لتحقيق تعارض الحجج الشروط التالية:

- أن تكون الحجج متساوية: أي أن يتعلق الأمر بحجتين من نفس النوع ويقصد بذلك أن يكون كلا الدليلين المتعارضين بينة كاملة، فلا تعارض بين بينتين ناقصتين، كما لا تعارض بين بينتين إحداها ناقصة والأخرى كاملة، والتساوي المطلوب هنا هو التساوي في القوة الثبوتية، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرار لها ورد فيه "التعارض المقصود فقها هو التعارض اللاحق بحجج من نفس النوع والصنف القوة الإثباتية وأن حجج الطرفين لا علاقة نوعية بينهما"²⁸.

²⁶- حكم عدد 95 مؤرخ في 2017/05/29 ملف رقم 2016/1403/217 صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، أورده جلال قرقاش، قواعد الترجيح بين البيانات في النزاعات العقارية، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله الكلية متعددة التخصصات تازة موسم 2018-2019 ص25.

²⁷-

²⁸- قرار عدد 7097 مؤرخ في 1998/06/24 ملف مدني رقم 95/1/1/4304 منشور بمجلة قضاة المجلس الأعلى عدد 55

2002، ص 33

فعدم تساوي بينات الخصوم في قوتها الإثباتية ينفي عن الترجيح أية مزية أو فائدة.

- **اتحاد محل البينتان المتعارضتان:** يجب أن يكون محل الحجتين واحدا من أجل إعمال قواعد الترجيح، وفي ذلك قررت محكمة النقض، أن " المحكمة لا تلتجئ إلى قواعد الترجيح بين الحجج إلا عندما تكون حجج الطرفين مستوفية للشروط المتطلبة شرعا ومنطقة جميعها على أرض النزاع".²⁹

ثالثا: صفة التملك في الحجج

لا يكفي لإعمال قواعد الترجيح بين الحجج المتقابلة صحتها و تعارضها، بل يجب أن ينسب الملك لصاحبه، بمعنى أنه لا يمكن للقاضي أن يطبق قواعد الترجيح بين حجج الخصوم حتى تعطي تلك الحجج لصاحبها صفة المالك دون غيره و بالتالي كلما كانت تلك الحجج تنسب الملك لغيره يمتنع عن تطبيق قواعد الترجيح بين الحجج حتى ولو كان يدعي الملك لنفسه، وهو شرط مجمع عليه قضاء³⁰.

هكذا إذا فإن إعمال الترجيح لا يتحقق إلا بتحقق شروط دقيقة و بتحققها تتمكن المحكمة من تحقيق غايتها الأساسية المتمثلة أولا في دفع التعارض القائم وإعمال الدليل ثانيا، وذلك وفق قواعد مضبوطة سنتولى تبيانها في المبحث الثاني.

²⁹- قرار عدد 750 بتاريخ 20 أبريل 2001 الصادر في الملف المدني عدد 2000/1/1652 أورده عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري خلال أربعين سنة، ط 1 مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2003. ص124

³⁰- جلال قرقاش، مرجع سابق ص 30

المبحث الثاني: ضوابط الترجيح بين الحجج في المنازعات العقارية

يقصد بضوابط الترجيح مجموعة القواعد القانونية والفقهية التي يهتدي بمقتضاها القاضي على ضوء ما تم التنصيص عليه في المادة 3 من مدونة الحقوق العينية وعلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك إلى ترجيح بيئة على أخرى قصد الفصل في النزاع المدلى بهما بمناسبته.

وتختلف قواعد الترجيح التي تضمنتها المدونة وحتى تلك المبثوثة في أمهات الكتب الفقهية حسب طبيعتها، وتتوزع إلى قواعد شكلية للترجيح ترتبط إما بشكل البيئة أو شهودها تسمى بالمرجحات الشكلية (المطلب الأول) وهناك طريقة أخرى تقوم على ضرورة تفحص الحجج والموازنة بين مضامين كل منها واعتماد قواعد موضوعية للترجيح تسمى بالمرجحات الموضوعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الترجيح بالقواعد الشكلية بين الحجج المتعارضة

إذا تعذر الجمع بين الحجتين المتعارضتين، وجب الانتقال إلى الترجيح بينها، حتى يمكن تغليب أحدهما عن الأخرى، نظرا لاشتمالها على شروط شكلية لعبت دورا كبيرا في تقويتها قانونا³¹.

وقد حظيت الجوانب الشكلية باهتمام الفقهاء عند سنهم لقواعد الترجيح بين الأدلة، آخذين بعين الاعتبار الدور الذي تلعبه الشكلية في تقييم العقود من طرف القاضي من أجل البحث على القرائن التي من شأنها أن توصله إلى الحقيقة التي تسعى إليها العدالة عموما وأصحاب الحقوق خصوصا، وتتقسم قواعد الترجيح بين الحجج المتعارضة إلى قواعد أو مرجحات ترتبط بشهود البيئة (الفقرة الأولى) وأخرى لها علاقة بالوثيقة أو البيئة نفسها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الترجيح بالضوابط الشكلية المرتبطة بشهادة الشهود

لعبت شهادة الشهود الدور الأول في مجال الإثبات في المجتمعات البدائية قبل أن تتطور عبر العصور، فهي الدليل الوحيد المعروف في المجتمعات البدائية لعدم معرفة الكتابة، فقد كانت الشهادة في الماضي في مقدمة أدلة الإثبات وأقواها نظرا للجهل الذي كان متفشيا ولعدم انتشار الكتابة والقراءة، وبعد شيوع الكتابة وخروج الناس من الأمية، بالإضافة إلى خوف الناس من نسيان الشهود أو كتمهم للشهادة، أو الكذب بداعي الاغراء أو التعصب لفريق دون آخر، نزلت مرتبة أدنى³².

31- محمد بخنيف، م س ص 93

32- رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مجلة الملحق القضائي عدد 30 تاريخ 15/10/07 ص 28

وعرفت شهادة الشهود بعدة تعريفات من لدن الفقه الإسلامي، فهناك من عرفها بكونها خبر قاطع بما شهد به الإنسان وعاينه بنفسه، أو بما استفاض من طريق غيره³³، أو هي اخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غير يترتب عليه ثبوت حق لغيره على أن يكون الشاهد قد أدرك شخصيا بحواسه الواقعة التي شهد بها، بحيث يكون قد رآها أو سمعها بنفسه، أو هري إخبار بما حصل به الترافع وقصد به القضاء وبت الحكم.

وبالنظر لما لها من مكانة متميزة فقد نظمها الفقه الإسلامي ومعه جل التشريعات الوضعية بما في ذلك التشريع المغربي³⁴.

وبما أن أساس الشهادة يرتكز على الإنسان وذاكرته ووازعه الأخلاقي والديني في مقام أول ومن ثم تكتنف الشهادة مجموعة من المخاطر والصعوبات لا تطرح بالنسبة لباقي وسائل الإثبات الأخرى خصوصا المهيأة منها سلفا لهذه الغاية كما هو الشأن بالنسبة للكتابة حيث إن ما تضمنه المحرر يبقى محفوظا منتجا لآثره في مواجهة الكافة من جهة، ولا يمكن لا يمكن للخطأ أو النسيان أو حتى الجحود أن يتسرب للمحرر كما قد يتسرب إلى أفئدة الشهود.

ودرء لكل المخاطر، نجد أن الفقه قد فطن لهذه المسألة وأقر بضرورة وضع قواعد للترجيح بين شهادة الشهود في الدعوى الواحدة فقرروا الترجيح بزيادة العدالة وإن العبرة ليست بالعدد(أولا) وتعدد الشهود على شهادة الواحد عند التساوي في العدالة (ثانيا) بالإضافة إلى تقديم بيينة الأصالة على خلافها أو ضدها (ثالثا).

أولا: الترجيح بزيادة العدالة والعبرة ليس بالعدد

نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية على أنه: "...يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها: -زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد."

إذا تعارضت بينتان لشهود مختلفون، وكان شهود إحدى البينتين عدولا معروفين بالورع والصلاح والتقوى وكان شهود البيينة الثانية مستوري الحال لكن عددهم أكثر من شهود البيينة الأولى، فإن المشهور من مذهب الإمام مالك أن يتم الترجيح بزيادة العدالة دون الكثرة، حتى ولو كان الشاهد واحدا لكن يلزمه "اليمين في المال وما يؤول إليه"³⁵.

والمقصود من هذه القاعدة أنه إذا وقع وكانت إحدى البيئات المتعارضة المستوفية لشروطها الشكلية، تتضمن عدولا يشهد لهم بالمروءة والتقوى أكثر من عدول البيينة المعارضة، فإن الأولى ترجح على الثانية، استنادا إلى ما لعدولها من خاصية إضافية، تنتفي في عدول البيينة الأخرى، وتبقى خاصية المروءة والتقوى نسبية ويصعب الركون إليها في

³³- نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى دار الشروق، القاهرة ص59

³⁴- المادة 404 من قانون الالتزامات والعقود.

³⁵- محمد بخنيف، مرجع سابق ص 18.

الوقت الحاضر لصعوبة إيجاد شهود عدول، فما بالك بشهود عدول أكثر تقوى ومروءة، ولعل هذا ما دفع بالمشرع إلى تنظيم خطة العدالة³⁶.

وإذا كان يقصد بالعدالة في الفقه الإسلامي توفر صفات خاصة في الشهود كحسن السيرة والضبط، وكونهم لا تنطوي عليهم الحيل، إلا أن لهذا المفهوم معنى آخر في القانون المغربي، حيث يكون القصد من الشهود الأكثر عدالة (العدول) الذين يزاوون خطة العدالة ويعينون لهذا الغرض من قبل وزير العدل³⁷.

فكثير هي دعاوى استحقاق العقار والحقوق العينية الواقعة عليه، يقدم فيها كل طرف شهوده كحجة على صحة ادعائه، ويحصل أن يكون هناك تعارض بين حجته وحجة خصمه، كما قد يحدث أن يكون شهود أحدهما أكثر عدالة في حين يكون شهود الآخر أكثر عدد فيكون الحل بمقتضى هذه القاعدة أن ترجيح شهادة من كثرت عدالتهم على شهادة من كثر عددهم، ولو أن هذه الأخيرة شاهدة لحائز العقار المدعى فيه، ما لم تكن كثيرة هؤلاء الشهود كبيرة جداً، بحيث يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة وتفيد شهادتهم العلم لكثرتهم، فتقدم حينئذ الحجة ذات العدد الكثيرة على الحجة التي فيها وصف زيادة العدالة³⁸.

والسبب في ترجيح مزيد العدالة على مزيد العدد ، أن مزيد العدالة أقوى في التعذر من زيادة العدد، إذ في استطاعة كل من الخصمين أن يزيد في عدد شهوده ، بخلاف زيادة العدالة ، فقد يتعذر على أحد الخصمين إشهاد من هو أكثر عدالة من غيره، ووجود من هو أكثر عدالة في إحدى البيئتين يبعث في النفس طمأنينة بشهادتهما أكثر مما تبعثه شهادة البيئة الأخرى ، لكن هذا مقيد بما إذا لم تبلغ الكثرة إلى حد التواتر، أما إذا بلغت هذا الحد فإنها تقدم حينئذ على الشاهدين ولو كانا أكثر عدالة ، لأن التواتر يفيد العلم ، وشهادة العدلين تفيد الظن فقط³⁹.

وأمام ما عرفه مفهوم العدالة والعدل من تحولات، فقد اختلف الفقه والقضاء حول الترجيح بزيادة العدالة بين الشهادات التي يتلقاها ويحرره العدول خاصة بين الشهادة الأصلية وشهادة اللفيف كقوة ثبوتية مع ما عرفته من اختلاف وتحديد طبيعتها القانونية بين من يعتبرها مجرد لائحة شهود وبالتالي ليست لها أية قيمة ثبوتية، وبين ما يأخذ بحجيتها في إثبات الحقوق، وقد اعتمدتها محكمة النقض في إثبات الحقوق فقد صدر عنها أنه "تعتبر

36- عبد المجيد مسعودي، إثبات الملكية في العقار غير المحفظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول-وجدة- موسم 2013/2012 ص91

37- سعيدة الصخري، "الترجيح بين الحجج في دعوى استحقاق العقار على ضوء محكمة التدريب"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 39 فترة التدريب 2013-2015 ص 52.

38- عبد الرؤوف بن عجيبة ، "الترجيح بين الحجج فقها وقضاء"، رسالة نهاية التمرين، نوقشت بالمعهد العالي للقضاء في امتحان نهاية تخرج الفوج 26 من الملحقين القضائيين، ص16.

39- محمد ابن معجوز، م س ص163.

شهادة الليف بمثابة شهادة العدول في إثبات الحقوق وقد جرى العمل بها في ميدان الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ ولا يعتبر لائحة شهود⁴⁰.

وإجرائيا لا تقبل شهادة الشهود إلا إذا أديت أمام القضاء، بصفة منفردة، بعد أداء القسم، وعدم تجريحهم من أحد الأطراف، طبقا لما هو منصوص عليه في قانون المسطرة المدنية، وذلك عكس شهادة الليف فهي ليس لها قيد قيمى يحصر نطاق العمل بها في مبلغ معين بل تعتبر وسيلة لإثبات حقوق مهمة سواء عينية، كالأموال العقارية، أم شخصية كالأنساب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فشهود الليف لا يؤدون شهادتهم شفاهة في مجلس القضاء، كما أنهم يعفون تلقائيا من أداء اليمين القانونية.

وقد استقر القضاء المغربي على تقديم شهادة العدول على شهادة الليف إذا كانت البينة المعروضة في النزاع عبارة عن شهادة ليف تعارض شهادة العدول حيث جاء في حكم ابتدائية أسفي " إذا تعارضتا حجتان إحداهما شهدت بحرية وارث والأخرى برعيته ربحت الأولى الثانية لشهادتها بالأصل إضافة إلى أن الأولى عدلية والثانية ليفية "⁴¹.

ثانيا: تقديم تعدد الشهادة على الشهادة الواحدة:

سبق للفقهاء أن تطرق لهذه القاعدة، فقواعد الترجيح عموما أوجدها الفقهاء قبل أن يقننها المشرع، حيث جاء في لامية الزقاق "وباثنتين" وأشار إليه الشيخ خليل بقوله "وشاهدين على شاهد ويمين وامرأتين. وقد نص لمشرع المغربي على هذا النوع ضمن أسباب الترجيح المنصوص عليها في أحكام المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية: " تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحدة".

ويتحقق النصاب الشاهد في الفقه الإسلامي، إذا كان محل الشهادة مالا وذلك دون حاجة إلى يمين على أساس قوله تعالى " واستشهدوا رجلين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان" ولذلك فإن النصاب في الشهادة يتحقق من غير أداء اليمين كلما كان الشهود رجلين أو رجل أو امرأتين.

وفي المقابل فإن هناك حالات لا يتحقق فيها النصاب إلا مع يمين المدعي، وقد ثبت أن فقهاء المالكية قبلوا بالقضاء بشهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي في الأمور المالية الخاصة مستدلين بأن الرسول صلى الله عليه وسلم "قضى باليمين مع الشاهد" ونفس الامر يقال عن شهادة امرأتين مع يمين المدعي كوجه مقابل للحالة السابقة.

إذا فالترجيح هنا يكون بزيادة العدد، واللجوء إلى هذه القاعدة يتم في حالة التساوي في درجة العدالة من حيث المروءة والتقوى في البينتين واختلاف عدد الشهود في كل بيئة، مع أن الواقع العملي يفترض الحد الأدنى في بعض الشهادات، فالقاضي هنا يبحث عن في الأسباب التي من شأنها أن ترجح احدهما عن الأخرى والمعيير العددي من المعايير

⁴⁰- قرار عدد 400 مؤرخ في 2003/05/29 ملف شرعي رقم 98/1/2/129، أورده عمر أزوكار م س ص 213.
⁴¹- حكم عدد 12 مؤرخ في جمادى الأولى (دون ذكر التاريخ) ملف رقم 1242، أورده جلال قرقاش، م س ص 57.

المعتمدة في الترجيح بيم الحجج، حيث ترجح البينة المشتملة على أكبر عدد من الشهود على تلك التي تشتمل أقل منها⁴².

وتقتضي هذه القاعدة التمييز بين شهادة شاهدين في مقابل شهادة رجل واحد وبين الحالة التي توجد فيها امرأتان إلى جانب الشاهد الذكر؛ حيث تقدم شهادة الشاهدين فأكثر على شهادة الواحد مع يمينه، كما تقدم شهادة الرجل وامرأتان على شهادة رجل واحد، لقوله تعالى "فإن لم يكنا رجلين فرجل وامرأتان"⁴³.

➤ ترجيح شهادة الرجلين على شهادة الرجل وامرأتين:

فإذا حدث تعارض بين حجتين، إحداهما مكونة من شاهدين والأخرى من شاهد واحد وامرأتين، وكان هناك تساوي بين الرجل الذي مع المرأتين في العدالة مع الشاهدين، فإن شهادة الرجلين الشاهدين تقدم وترجح على الشاهد مع المرأتين، وذلك استناداً لقوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتين ممن ترضون من الشهداء"⁴⁴.

➤ ترجيح شهادة الشاهدين أو شهادة رجل وامرأتين على شهادة رجل بيمينه:

إذا تعارضت بينات طرفي النزاع كانت أحد البينتين مكونة من شاهدين أو شاهد أو امرأتين يشهدون فيها بالحق لصاحبها، وشهد للطرف الآخر شاهد مع أدائه لليمين⁴⁵، رجحت بينة الطرف الأول الذي شهد له شاهدان أو شاهد وامرأتين على بينة من شهد لله شاهد وحده مع حلف اليمين، ولو كان هذا الشاهد المتفرد أكثر عدالة من شاهدي الطرف الأول أو من شاهد وامرأتين.

ثالثاً: ترجيح بينة الأصالة على خلافها أو ضدها:

من البينات التي تتعارض مع أضدادها أو قد تقع بخلاف أصلها، البينة التي شهدت بأن فلان أوصى وهو صحيح في قواه العقلية وأخرى شهدت بأن الواقعة القانونية وقعت وهو في حالة مرض، فتقدم بينة الصحة لأنها هي الأصل في الإنسان، فكل واحد يولد صحيحاً إلى أن يثبت العكس⁴⁶.

فعن ابن عرفة قال: "إذا شهدت بينة بأنه تبرع في حالة الصحة والأخرى في مرضه المخوف، قدمت بينة الصحة، ويكون التبرع نافذاً إن أجيز".

42 - محمد الحجاجي، م س ص 95.

43 - محمد بخنيف، م س ص 20-21.

44 - سورة البقرة الآية الكريمة 282.

45 - المقصود هنا يمين المدعي وليس الشاهد.

46 - محمد بخنيف، م س ص 19.

كما أنه تقدم بينة السفه على الرشد وبينة الإكراه على بينة الطوع، وبينة اليسر على بينة خلافها لأنه ما يغلب على الناس الكسب وأن الأصل هو الفقر، لأن بينة العسر تشهد بنفي العلم وتعتمد على قرائن ضعيفة⁴⁷، وبهذا الحكم أخذ المجلس الأعلى: حيث نص في قرار له " بالنسبة للدفع المتعلق بعدم توفر البيت المشتري على مال يسمح لها بالشراء فتجدر الإشارة إلى أن الأصل في الإنسان الملاء وهذا المبدأ لا سبيل لتهديمه بمجرد اثارة هذا الدفع بل لا بد لمن يهمله ذلك أن يثبت العكس وإلا بقي الدفع عاريا عن ما يؤيده⁴⁸.

الفقرة الثانية: الترجيح بالضوابط الشكلية المرتبطة بالوثيقة

تحتل الكتابة المرتبة الأولى من بين طرق الإثبات في الأنظمة العدلية، وهي الأصل في إثبات التصرفات والوقائع القانونية، ويرجع الفضل في ذلك إلى مزايا الكتابة المتعددة مثل امكانية بقائها واستمرارها دون ارتباط بكتابتها أو موقعها مما أهلها لتنبؤ المكانة الرئيسة من بين أدلة الإثبات خاصة بعد شيوعها وسهولة إعدادها، لتأخذ بذلك حجيتها طالما لم ينكرها الخصم أو يدع تزويرها، ويقوم دليل مشروعيته من القرآن الكريم في قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه". والدليل الكتابي هو ما يستفاد من ورقة محررة لإثبات عمل قانوني أو واقعة مادية تنشأ عنها حقوق والتزامات⁴⁹.

إن ضوابط الترجيح بين الحجج المتعارضة ليست فقط تلك المرتبطة بشهادة الشهود، وإنما هناك أسباب أخرى يحتكم إليها للترجيح ترتبط بالبيانات الشكلية للرسم أو الوثيقة المثبتة للملكية العقارية أو الحق العيني الوارد عليها والمدلى به في الدعوى.

ويتعلق الأمر بترجيح بينة الإثبات على بينة النفي (أولا) وتقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة (ثانيا) ثم ترجيح البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخيا (ثالثا)

أولا: ترجيح بينة الإثبات على بينة النفي:

ترجح بينة الإثبات على بينة النفي، وهو ما ورد في المادة الثالثة من م.ح.ع التي جاء فيها " تقديم بينة الإثبات على بينة النفي".

وقد اختلف في معنى الإثبات والنفي هنا ، ويؤول هذا الاختلاف إلى اتجاهين: اتجاه يرى أن الشهادة المثبتة هي التي أثبتت الشيء المتنازع فيه ، والشهادة النافية هي التي شهدت بعدم ثبوته ، فإذا تنازعت بينتان "في حوز العطية فالشاهدة به مثبتة ، والبينة الشاهدة بعدمه نافية ، وإذا تنازعا في أنه أوصى وهو تام العقل ، فالتى شهدت بالتام مثبتة فتقدم" أما

47- محمد بخنيف، م س ص 20

48- قرار 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.

49- رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مجلة الملحق القضائي عدد 30 سنة 1995.

الاتجاه الآخر، فيرى بأن الشهادة المثبتة هي التي تكون مقتضية لصحة عقد، والنافية هي التي تكون مقتضية لبطلان عقد.⁵⁰

كما لو اتفقت بينتان على وقوع الرهن على عقار غير محفظ لفائدة طرف أجنبي فأنبت إحدى البينتين أن العقار وقع تحويزه، في حين عارضتها البيئة الأخرى بعدم تحويز العقار وحيث أنهما اتفقتا على واقعة الرهن لكنهما اختلفتا في وقع الحوز وفي هذه الحالة فإن البيئة المثبتة للملك الناقص مقدمة على النافية له.

ثانيا: ترجيح البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة:

إذا أدلى كل من الخصمين بحجة، وكانت الحجتان متعارضتان، إلا أن إحداها مؤرخة فتقدم هذه الأخيرة على البيئة التي لم تؤرخ، ولا سيما في عقود المعاوضة، أو التبرعات عند تعددها، لأنه مع عدم تحديد التاريخ لا يعلم السابق من اللاحق منها، أما إذ لم تؤرخا، أو ذكرتا وقتا واحدا، فهما ساقطتان معا، ويبقى الشيء في يد حائزه.⁵¹

ومثال ذلك أن تشهد بيئة المدعي أن العقار محل الاستحقاق ملكه منذ تاريخ 1980/3/6 في حين تشهد بيئة المدعى عليه بأن العقار في ملكه دون أن تشمل على تاريخ محدد، ففي هذه الحالة يتم ترجيح بيئة المدعي على بيئة المدعى عليه لاشتمال الأولى على التاريخ وتجرد الثانية منه.

وتجدر الإشارة أن المقصود بالتاريخ هنا، ليس تاريخ تحرير الوثيقة بل هو تاريخ علم الشهود، أي تاريخ الواقعة أو التصرف المشهود به. وهذا ما قضي به قرار لمحكمة النقض والذي جاء في حيثياته "إن المقصود بقديم التاريخ المعتبر في ترجيح البيئة الموجبة للملك هو قدم الحيازة والتصرف المشهود بهما للمالك على الوجه الموجب للملك وليس تاريخ تحرير البيئة".⁵²

وتبقى القاعدة التي أقرها الفقه المالكي التي تقضي بتقديم البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة هي المعمول بها في القضاء المغربي وذلك من خلال ما هو واضح في المادة 3 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها أنه "إذا تعارضت البيئات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على العقار، وكان الجمع بينهما غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها: تقدم البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة".

⁵⁰ محمد الكويط، طرق الترجيح بين الشهادات العدلية المتعارضة، <http://evidorgom.blogspot.com/2016/05/> عليه بتاريخ 24 ماي 2020

⁵¹ المعطي الحبوبى، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ص 170

⁵² قرار عدد 753 المؤرخ في 2003/03/13 ملف عقاري عدد 2002/4/1/1750 أورده سعيد الصخري: الترجيح بين الحجج في دعوى استحقاق العقار على ضوء بحث نهاية التدريب نوقش بالمعهد العالي للقضاء الفوج 39 فترة التدريب 2013-2015 ص 48.

وقد استقر القضاء المغربي في تطبيقه لقواعد الترجيح على ترجيح البينة المؤرخة على المطلقة لإثبات الملك من حيث تاريخ حدوث الوقائع المشهود بها، وتطبيقا لذلك جاء في حيثيات أحد قرارات محكمة النقض أنه "...خلافا لما جاء في الوسيلة فإن محكمة الاستئناف لم تصرح بأن كلا الرسمين لا يتوفر على قوة الإثبات بل صرحت بأن الرسمين إن كان معا أقيما من أجل الاحتجاج بهما في النزاع فإن الرسم المدلى به من طرف المطلوب في النقض له تاريخ ثابت وسابق مما جعل محكمة الموضوع ترجحه على الآخر.."⁵³.

ثالثا: ترجيح البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخيا:

والمقصود بسبقية أو قدم التاريخ هو قدم تاريخ واقعة اليد على العقار أو قدم التصرف المشهود به لا قدم تاريخ التحرير، فإذا تعارضت بينتان مؤرختان وكان تاريخ إحداهما أقدم وأسبق من تاريخ الأخرى، فإنه ترجح أسبق البينتين تاريخا، كلما انطبقتا على المدعى فيه، سواء كانت بينة الخصم الآخر أعدل من البينة السابقة تاريخا أم لا، وسواء كان العقار المتنازع فيه بيد صاحب البينة المتأخرة تاريخا أو بيد الآخر، أو تحت يدهما معا أو تحت يد الغير أو لا يد عليه.

تعتبر هذه القاعدة من أبرز وأكثر المرجحات تطبيقا في الميدان القضائي، وذلك لكثرة الرسوم والبيانات التي تشهد بالملك لمدة معينة، ثم إن الترجيح بقدم التاريخ من المرجحات المتفق عليها بين فقهاء المذاهب الأربعة، فقد وردت عدة أقوال تكرر هذه القاعدة، فجاء في نظم التحفة:

وقدم التاريخ ترجيح قبل *** لا مع يد والعكس عن بعض نقل.

كما يقول الشيخ ميارة الفاسي:

وان لم يكون الجمع بينهما فإنه يرجع إلى الترجيح يكون بأشياء من جملتهم قدم التاريخ فإن كار تاريخ البينتين أقدم فهي مقدمة على حديثة التاريخ إلا ان يكون القائم بحديثه التاريخ حائزا بتصرف المالك في ملكه بمحضر المدعي ولا عذر له في سكوته عنه يتقدم بينته وان كانت أحدث تاريخيا لأن تركه بيده يتصرف به وهو ينظر إليه لحجته.

وتجدر الإشارة إلى أن قدم التاريخ الذي يقع به الترجيح بين البينات يعني قدم تاريخ الشيء المشهود به لا تاريخ تحرير البينات، فإذا ما شهدت بينة - مثلا - بأن فلانا تصرف منذ أربع وأربعين سنة، وشهدت أخرى بأن خصمه تصرف منذ أربعين سنة فإن الأولى مرجحة بقدمها؛ وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا ما يلي: "بمقارنة تاريخي الحجتين بعضهما و مدة التصرف فيهما نجد أن حجة طالبي التحفيظ أقدم من حجة ... كما أن مدة تصرف الأولين استمر ... سنة إلى تاريخ تحرير الحجة الأولى و هو أطول من تصرف ... الأمر الذي يجعل حجة طالبي التحفيظ طبقا للقواعد الفقهية أقدم من حجة

⁵³- قرار عدد 79 مؤرخ في 1972/04/14 ملف مدني رقم 19968 و19824، أورده جلال قرقاش م س ص 39

المتعرض مما يجعل قرار المحكمة الذي عكس ذلك غير مرتكز على أساس ويتعين نقضه⁵⁴. كما جاء في قرار لمحكمة النقض على أنه "يعتمد في الترجيح بين البيئات بقدّم المدة المشهود بها لا بتاريخ إعدادها وتوثيقها"⁵⁵.

ومن ثم إذا استدل الخصمان بحجج متبادلة، وكان تاريخ إحداها سابقا على الأخرى، فترجح ذات التاريخ السابق على ذات التاريخ الحديث، أو المؤرخة بتاريخ إجمالي، أو تقريبي، فإذا كان تاريخ إحدى البيئتين أقدم فهي مقدمة على حديثة التاريخ، إلا إذا كان المدعي بحديثه التاريخ، حائز يتصرف تصرف المالك في ملكه بمحضر المدعي، ولا عذر له في سكوته عنه، فتقدم بينته، وإن كانت أحدث تاريخا، لأن تركه بيده يتصرف فيه وهو ينظر إليه قاطع لحجيته.

عموما يبقى للتاريخ دور هام في الترجيح بين الحجج المتعارضة وذلك لكونه يساعد القاضي على البحث في الحلول الملائمة الكفيلة بفض انزاع وذلك وفق ضوابط فقهية محكمة تساهم في استقرار العقار وتثبت الملكية لأصحابها بناء على أحكام شرعية معللة تعليلا موضوعيا كافيا.

المطلب الثاني: الترجيح بالقواعد الموضوعية بين الحجج المتعارضة

غالبا مالا تسعفنا القواعد المرتبطة بشكليات البيئات المعروضة أمام القاضي في إيجاد حل للنزاع، مما يجعله أمام تحدي البحث عن وسائل بديلة للفصل في الدعوى وصيانة الحقوق.

ولهذا الغرض أوجد الفقهاء قواعد ترجيحية أخرى لها ارتباط بمضمون البيئة، تحتاج من القاضي مناقشة كل حجة على حدة شرحا وتكييفا، فينتقل في تعامله مع هاته الحجج من شكلياتها إلى النظر في موضوعها للوصول إلى ما يتيح الفصل في الدعوى .

وتصنف قواعد الترجيح الموضوعية إلى صنفين: قاعدة الترجيح المستندة على التملك (الفقرة الأولى)، و قواعد الترجيح الموضوعية ذات الصلة بشهادة الشهود (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الترجيح استندا إلى الملك

في هذه الفقرة سنتناول قواعد الترجيح الموضوعية من حيث التملك، اعتمادا على قاعدة التملك أو أصل الملك (أولا)، فضلا على تبيان قاعدة الترجيح بين بيئة الملك وبيئة الحوز (ثانيا).

⁵⁴- قرار عدد 84 بتاريخ 4 يناير 1985 في الملف المدني عدد 97348 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 1988 ، ص 45.

⁵⁵- القرار عدد 750 المؤرخ في 2006/3/8 ملف مدني عدد 2005/1/1/3605 أورده عمر أزوكار ص 10 .

أولاً: ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه

يعد سبب الملك السند الذي يبين السبيل الذي وصل به الملك إلى صاحبه سواء كان حائزاً له أم لا، فذكر سبب الملك يكون بذكر هذا السبب والإشارة بكل تدقيق إلى مصدره، وإلا كان مطلقاً، فكل من يريد إثبات ملكيته لا ينفعه في ذلك إلا جملة الوثائق والحجج التي تبين بشكل لا لبس فيه سبب ملكيته له، ولذا فإن ما يكتسبه أصل التملك أو أصل المدخل من أهمية يجعل الحجة المبنية لسبب التملك تترجح على التي لم تبينه أو المجردة منه، فقد صدر عن محكمة النقض ما يعزز ذلك، حيث ورد في حيثيات إحدى القرارات أنه "لا ينتزع الملك من يد حائزه بمجرد إدلاء المدعي برسم شرائه غير المبني على ملكية البائع له"⁵⁶.

أما عن مضمون القاعدة فقها وقضاء:

فإذا كان يقصد بسبب الملك ذكر السبب الذي بواسطته حصل التملك، فإنه عندما يعرض على أنظار المحكمة نزاع يحمل في طياته بينتين متعارضتين فإن من تبين سبب الملك تقدم على الأخرى الخالية منه.

وقد استقر الفقه منذ القديم على الأخذ بالبيينة التي ذكرت السبب، وإن كان جل الفقهاء قد مثلوا سبب الملك بالنسيج أو النتاج، فعن الشيخ خليل أنه "وإن أمكن الجمع بين البينتين جمع وإلا رجع بسبب ملك كنسيج ونتاج"⁵⁷.

وعم الدسوقي أنه "على المحاكم أن يرجح بينهما (بسبب الملك) الباء السببية داخلية على مضاف مقدر، أي يرجح بسبب ذكر سبب الملك فكل منهما شهدت بالملك لكن إحداها ذكرت سبب الملك (كنسيج أو نتاج) بأن قالت أحدهما نشهد أنه ملك لزيد وقالت الأخرى نشهد أنه ملك لعمر ونسجه أو نتج عنده فإنها تقدم على من أطلقت لأنها زادت بيان سبب الملك"⁵⁸.

وفقهاء المالكية يعتقدون بسبب الملك في الترجيح بين البيئات المتعارضة، ويستدلون على ذلك بأن البيينة التي ذكرت السبب تحقق معها زيادة علم، وهو سبب تملك العين المدعاة، في حين أن الأخرى لم تقد غير ملك مطلق الملك.

وقد كان المذهب المالكي أكثر المذاهب اعتداداً بالبيينة المسببة، فترجح على البيينة المطلقة، بل وتقدم عندهم على المرجحات جميعها، فتقدم على التاريخ، وزيادة العدالة، واليد...، ويذهب الشافعية والحنفية أيضاً إلى الأخذ بالبيينة المسببة على المطلقة لكونها تفيد زيادة العلم، وإن لم يكن بالقدر الذي عليه فقهاء المالكية، إلا أنهم يولونها من العناية والاهتمام ما يجعله مرجحاً⁵⁹.

56 - قرار عدد 271 مؤرخ في 1976/05/11 ملف مدني رقم 3326.

57 - الشيخ خليل، م.س، ص: 189

58 - محمد بن عرفة الدسوقي، "ج، 4، مرجع سابق، ص: 219

59 - سليم علي مسلم، الرجوب "التعارض والترجيح في طرق الإثبات"، دراسة فقهية قانونية مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص: 189

و بالتالي إذا كان التشريع و الفقه قد استقرا على أن الاستظهار بالرسوم المجردة من سبب التملك لا تفيد الملك و لا تنزع بها من يد الحائز كما سبقت الإشارة، فإن القضاء هو الآخر قد استقر على نفس الاتجاه، حيث جاء في حكم لابتدائية الناظر ما نصه "... و حيث إن المقرر فقها و قضاء أن المدعي في دعوى الملكية ملزم بإثبات صحة الحق العيني الذي يدعيه بحجة مستوفية لشروط الملك، و أن رسوم الأشرية المجردة لا تفيد الملك و لا تنزع بها الملك من حائزه... و حيث لما كانت حجة المدعي ناقصة عن درجة الاعتبار، فإن طلب الإفراغ والتخلي عن القطعة المدعى فيها، و بالتبعية طلب هدم البناءات المقامة فوقها غير مبنيين على أساس قانوني، و يتعين بالتالي الحكم برفضهما"⁶⁰.

وأيضا ما أكدته محكمة النقض بقولها " المحكمة كانت على صواب لما استبعدت رسوم الأشرية بعلّة أنها غير مؤسسة على أصل الملك، وبالتالي فإن قرارها جاء على صواب ومرتكز على أساس، و غير خارق لقواعد مسطرة التحفيظ"، و يضيف القرار في تعليقه "...أن الأشرية المجردة لا تثبت الملك و لا ينتزع من يد الحائز"⁶¹.

ثانيا: تقديم بينة الملك على بينة الحوز

تفيد قاعدة ترجيح بينة الملك على بينة الحوز، أنه إذا تنازع شخصان على ملكية عقار، فقدم أحدهما بينة تشهد بأن ذلك العقار ملكه، وقد الأخر بينة تشهد بأن ذلك العقار في حوزة ولم يذكر أنه يملكها، فإن البينة الأولى تقدم على الثانية، لأن الحوز قد يكون عن ملك، وقد يكون عن غيره فهو أعم، و الملك أخص، و الأعم لا يقدم على الأخص.

و قد أشار الزقاق في لاميته لهذا المرجح بالقول "و ملك على حوز"، ويقول ابن فرحون " لو شهدت إحداهما بالملك و أخرى بالحوز، قدمت بينة الملك لأنه أقوى، والحوز قد يكون لغير ملك، فيقضى ببينة الملك ولو كان تاريخ الحوز متقدما"⁶².

و السبب في تقديم الحجة المثبتة للملك على التي تثبت الحوز، أن هذا الأخير قد يكون من غير مالك، فهو سبب عام يبيح للشخص أن يضع يده على العقار المتنازع فيه ولو لم يكن مالكا له، كالمكتري و المودع عنده و المعار له و الحارس، وفي هذا تقضي القاعدة الفقهية بأن اليد مبهمة خلافا لبينة أي بينة الملك، فهي مفسرة ، وبعبارة التالودي "أنه- أي الحوز- أعم، إذ قد يكون بالملك وبالوديعة والعارية وبغيرها"⁶³.

و إذا كان هذا موقف الفقه من قاعدة تقديم بينة الملك على بينة الحوز التي استقر عليها، فماذا عن القضاء المغربي ؟

⁶⁰ - حكم في الملف المدني عدد 21/04 مؤرخ في 23/05/2007 (دون ذكر رقمه)، أورده رضوان قريشي، م.س، ص: 68.

⁶¹ - قرار عدد 302 مؤرخ في 23/01/2001 ملف مدني رقم 12285/1/2000، أورده رضوان قريشي، م.س، ص: 71.

⁶² - ابن فرحون، ج 1، م.س، ص: 265.

⁶³ - عبد السلام بنزروع، "إثبات دعوى استحقاق العقار غير المحفظ، بحث لنيل الدكتوراة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكدال الرباط، 2012/2013، ص: 472.

لم يختلف القضاء المغربي عن موقف الفقه، فقد استقر هو الآخر منذ القدم على تقديم بينة الملك على بينة الحوز، جاء في أحد الأحكام الشرعية للقاضي الحسن بن الحاج العمارتي أن "بينة ثبوت الملك مقدمة على بينة الحوز إن تعارضتا، و أخرى في التقديم إذا ثبت الملك مع مجرد دعوى الحوز، وفي البهجة، إنما يكون القول لدي اليد المنفردة بها إذا لم تكن للآخر بينة الملك، وإلا قدمت على مجرد اليد"⁶⁴، و في حكم آخر للقاضي العمارتي أنه "معلوم أن بينة ثبوت الملك مقدمة على بينة الحوز إذا تعارضتا"⁶⁵.

و بقي القضاء المغربي على ذات الموقف، بحيث لم يحد عن تطبيق القاعدة المذكورة، يلاحظ ذلك جليا على مستوى عدد من القرارات القضائية، فقد جاء في قرار لاستئنافية وجدة أنه "...إن المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف و على الحكم المستأنف ودراستها له و ما أثير حوله من أسباب تبين عدم صحة ما نعه المستأنفون... لكون ملكية المستأنف عليه مقدمة على الحوز الذي يدعيه المستأنفون"⁶⁶، وفي قرار آخر ورد فيه " وحيث إن الحوز يعد قرينة على الملك إلا أنه لا ينهض دليلا حاسما يفيد نقل الملك بواسطة ملكية و شراء مستوفين شرائطهما القانونية"⁶⁷.

ما نخلص إليه إذا أن المحكمة كلما تجلى لها في الدعوى دليل على الملك و آخر على الحوز تسنى لها ترجيح دليل الملك على الحوز، استنادا على القاعدة موضوع الدراسة، إلى أنها قد تعتمد إلى ترجيح بينة الحوز على الدعوى المجردة و الحيازة الاستحقاقية عند توفر شروطها على بينة الملك كما مر معنا.

الفقرة الثانية: قواعد الترجيح الموضوعية ذات الصلة بشهادة الشهود

نظرا لما تضطلع به شهادة الشهود في إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية المرتبطة بها، فقد صاغ المشرع من خلال المادة 3 من م.ح.ع، أربعة قواعد ترتبط بشهادة الشهود، يمكن حصرها في قاعدة تقديم بينة الإثبات على بينة النفي، وتقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضده (أولا)، ثم تقديم بينة النقل على الاستصحاب وتقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال (ثانيا).

أولا: الترجيح بالإثبات والأصالة

1- تقديم بينة الإثبات على النفي

أشار المشرع لقاعدة تقديم بينة الإثبات على بينة النفي من خلال البند الخامس من المادة 3 من م.ح.ع، و مفادها أنه في حالة تعارض و ثبوتين، إحداها تشهد بالإثبات و الثانية بالنفي، فإن بينة الإثبات تقدم على بينة النفي، كما لو تنازعتا في حوز التبرع فالبينة الشاهدة به مثبتة

⁶⁴ -- الحكم 11 مؤرخ في 28/07/1942، أورده عبد المجيد الكتاني، م.س، ص:149.

⁶⁵ -- حكم دون ذكر مراجعه، أورده عادل حامدي، م.س، ص:371.

⁶⁶ -- قرار عدد 558 مؤرخ في 02/03/2004 ملف رقم 1710/02، أورده رضوان قريشي، م.س، ص: 71.

⁶⁷ -- قرار عدد 8133 مؤرخ في 26/10/1999 ملف رقم 2947/95، أورده رضوان القريشي، م.س، ص: 421.

و البينة الشاهدة بعدمه نافية، لأنها علمت باطنا لم تعلمه الثانية، وبصيغة أخرى واقعة لم تدركها النافية.

و قد أشار العديد من الفقهاء إلى هذه القاعدة⁶⁸، جاء في لامية الزقاق:

و ملك على حوز وزيد و عدالة *** و بالنقل و الإثبات أو ما قد أصلا⁶⁹

فقد أدرج الناظم بينة الإثبات ضمن المرجحات التي يعتمدها القاضي عند تعارضها مع بينة منافية لها، و قد عبر عنها بقاعدة فقهية وأصولية، وهي أن المثبت مقدم على النافي⁷⁰.

وتتعدد تطبيقات هذه القاعدة بتعدد النزاعات العقارية المعروضة على أنظار القضاء المغربي، ففي مجال الحيازة وتوفر شروط إثباتها: قد يحدث أن يتنازع طرفان حول ملكية عقار، فيدلي أحد الأطراف بحجة حاملة لكافة شروط الملك، في حين يدلي خصمه ببينة تثبت وقوع المنازعة أثناء مدة الحيازة، فإن ذلك يقتضي أن الحجة الشاهدة على ثبوت المنازعة في الحيازة خلال مدتها المعتبرة شرعا مقدمة على نقيضها التي نقيضتها التي تنفيها، و ذلك لأن الأولى علمت ما لم تعلمه الأخرى، جاء في قرار لمحكمة النقض " حيث تبين صحة ما عابته الوسيلة على القرار الذي اعتمد ملكية المطلوبين في النقض التي تشهد لهم بالملك بدون منازعة مدة عشر سنوات مع أن الأحكام المدلى بها تثبت وجود النزاع بين الطرفين، و استبعد تلك الأحكام لمجرد اختلاف اسم المحل و نوع التربة، دون أن تقوم المحكمة بتطبيقها على عين المكان حتى تبني قضاءها على اليقين، فجاء بذلك قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه"⁷¹، أو كأن تثبت حجة أحد الأطراف انقطاع الحيازة بينما تنفي الحجة المقابلة هذا الانقطاع، كما جاء في قرار لاستئنافية تازة حين عللت قرارها بأنه "حيث تبين من خلال الاطلاع على وثائق الملف أن المستأنفين أدلوا بحكم صادر عن محكمة أكنول في القضية العقارية... وتاريخ... قضى لفائدتهما وذاك بتخلي المدعى عليهما... عن القطعة الأرضية المسماة... وقد تم تنفيذ الحكم المذكور وتحوزا بها بناء على محضر التنفيذ المؤرخ في... وهو مايفيد استمرار تصرفهم منذئذ طالما أن الطرف المستأنف عليهم لم يثبتوا عليهم استمرار تصرفهم في المدعى فيه خلال المدة المذكورة ولا منذ شرائهم سنة 1944 وبالتالي تبقى حيازتهم قد انقطعت لعدم إثبات استمرارها مادام أن ما شهدت به الملكية ينفعه فيما قبلها وكان عليهم إثبات استمرار حيازتهم لما سيما وأنها قد طالمت وأثبت المستأنفون حيازتهم لما بمحضر التنفيذ المذكور ولمدة تنهدم معه ما شهدت به الملكية، لذلك يكون الحكم المستأنف

⁶⁸ - اتفق فقهاء المالكي والحنفي والحنبلي بالأخ بالحجة المثبتة على النافية، في حين أن الشافعية فالترجيح عندهم بزيادة الإثبات يكون بالقدر المتفق عليه بين البيئتين المثبتة والنافية، ومازاد عن الثانية لايحكم به، لأن الزيادة هذه تثبتها إحدى البيئتين وتنفيها الأخرى. مثلا، لو شهدت إحدى البيئتين أن لخالد على أحمد ألف درهم، والأخرى أن له عليه ألفي درهم، حكم بالألف المتفق عليها بين البيئتين، ولايحكم بالألف الأخرى لتعارض النفي والإثبات فيها، إذ أنهم لايعتبرون البيئي المثبتة راجحة على النافية، بل يجعلون في تعارضهم تهاتر وتساقط.

-مصطفى خالد، م.س،ص: 126

⁶⁹ - عبد الرحمان بلعكيد، "وثيقة البيع بين النظر والعمل"، م.س، ص: 143.

⁷⁰ - محمد الحجاجي، م.س،ص: 23، ص: 129.

⁷¹ - قرار عدد 179 مرخ في 1999/01/13 ملف عقاري رقم 196/1/264.

مجانبا للصواب لعدم إثبات استمرار الحيازة مما يتعين التصريح بعدم قبول الدعوى خلافا لما ذهب إليه الحكم الابتدائي⁷².

2- ترجيح بينة الأصالة على خلافها أو ضدها

أشار الزقاق في لاميته إلى قاعدة بينة الأصالة على خلافها أو ما يسمى بالأصل على الفرع بقوله:

و ملك على حوز وزيد وعدالة * و بالنقل و الإثبات أو ما قد أصلا**

و معنى قوله "ما قد أصلا" أن الأصل يقدم على ضده في الإثبات كما تقدم في الاستصحاب، فالإنسان يستصحب معه أصله إلى أن يثبت العكس، فالأصل البراءة إلى أن تثبت الإدانة، و الرضا إلى أن يثبت الإكراه، و الرشد إلى أن يثبت الخلل و السفه، و الصحة إلى أن يثبت المرض، فلو شهدت بينة بأنه وهب أو تصدق وهو صحيح، وشهدت أخرى بأنه كان في حالة مرض، فبينة الصحة تقدم على غيرها، لأنها الأصل، مالم يثبت التحايل⁷³، كما لو ثبت بشهادة طبية أنه كان في مرض الموت، وقدم الطرف الآخر شهادة طبية بأنه كان في كامل صحة وقواه العقلية، فإنه ومع تساوي الحجتين في القوة الثبوتية، فلا يعمل بقاعدة الأصالة على خلافها، و إنما يأخذ بقاعدة الإثبات على النفي، وإن كانت الشهادة الطبية الأولى قد أثبتت أن المتعاقد كان بآتمه إلا أن الثانية نفت ذلك، وبذلك تكون قد علمت ما لم تعلمها الأخرى، ومعه تكون الشهادة الطبية النافية لسلامة صحة المتعاقد أرجح من الأخرى.

و قد تمسك القضاء المغربي على اختلاف درجاته بتطبيق قاعدة تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها، وذلك في معظم النوازل المعروضة عليه، فإن كان الأصل في الإنسان تمام الأهلية فلا يجوز التمسك بالتحجير بدون دليل مقبول، حيث قضت محكمة النقض بأن

" محكمة الاستئناف اعتمدت في عدم قبول الاستئناف مورث الطالبين على أساس انعدام أهليته بناء على لفيف عدلي مؤرخ في .. بأنه مصاب بخلل و اختلاط في ذهنه، مع أن الأصل هو كمال الأهلية، و أن التحجير لا يثبت إلا بمقتضى حكم طبقا للمادة 220 من المدونة ، وليس بناء على لفيف عدلي"⁷⁴.

و منه يظهر جليا أن القضاء المغربي و إن كان يأخذ بقاعدة تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها، فإن هذه الأخيرة غالبا ما تتداخل مع قواعد أخرى مثل تقديم بينة الإثبات على النفي، و قاعدة تقديم النقل على الاستصحاب، كما سنرى في الفقرة الموالية.

⁷² - قرار عدد 190 مؤرخ في 11/07/2017 ملف عقاري رقم 84/2017، صادر عن محكمة الاستئناف بتازة (غير منشور).

⁷³ - عبد الرحمن بلعكيد، شرح لامية الزقاق في صناعة القضاء، دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، مطبعة صوماديل، الطبعة الأولى 2015 ، ص: 248-149.

⁷⁴ - قرار عدد 33 مؤرخ في 10/01/2007 ملف شرعي رقم 530/2/1/2005، أورده عبد السلام بنزروع، م.س، ص: 490-489.

ثانيا: الترجيح بالنقل والتفصيل

1- ترجيح بينة النقل على الاستصحاب

أشار المشرع المغربي لهذه القاعدة في البند الرابع من المادة 3 من م.ح.ع بالقول "تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب"، وهي القاعدة التي أشار إليها الشيخ خليل في مختصره "وبنقل على مستصحية"، وبهذا الخصوص يقول الشيخ خليل في التوضيح "يعني أن من له دار و توفي عنها، فادعى و لده أنها لم تزل على ملك أبيه حتى الموت، وأقام على ذلك بينة، و ادعت زوجته أنه أعطها لها في صداقها أو اشترتها منه وأقامت على ذلك بينة، فتقدم بينتها لأنها ناقلة و بينة الابن مستصحية"⁷⁵.

و في حاشية الدسوقي " و رجع بنقل على أصل على بينة مستصحية، لذلك الأصل، فإذا شهدت بينة أن هذه الدار مثلا لزيد أنشأها من ماله لا يعلمون أنها خرجت عن ملكه بناقل شرعي، وشهدت أخرى أنها لعمر و اشتراها من زيد أو وهبها له فإنه يعمل بالبينة الناقلة لأن من علم شيئا قدم على من لم يعلم "⁷⁶.

و في تبصرة ابن فرحون أنه " تقدم البينة الناقلة على المستصحية، و مثالها أن تشهد بينة أن هذه الدار لزيد بناها منذ مدة و لا يعلمونها خرجت عن ملكه إلى الآن، وتشهد البينة الأخرى أن هذا اشتراها منه بعد ذلك، فالبينة الناقلة علمت و المستصحية لم تعلم "⁷⁷.

ثم إن هذه القاعدة تمتاز بوفرة تطبيقاتها في العمل القضائي، فقد جاء في حكم لابتدائية وجدة " أنه بالاطلاع على حجج الطرفين و البحث المجري في القضية محل النظر ثبت للمحكمة أنها متحدة الأصل، و لما كانت حجج المدعى عليه مستصحية للأصل أي أن العقار المتنازع عليه كان لأبيه فحجيته تثبت هذا، أما شراء البائع للمدعى فيه، ومن بعده هذا الأخير فهو ناقل للملك عن الأصل بذلك يرجح على حجة المدعى عليه كما هو مقرر فقها عند تعارض الحجتين ترجح الحجة الناقلة على المستصحية "⁷⁸.

كما صدر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة أنه " ترجح الحجة الناقلة للملكية على حجة استصحاب الحال،... سند البيع المتوفر على شروط الملك مرجح على الحجج اللاحقة عن البيع بغض النظر عن اختلاف الحدود "⁷⁹.

و في قرار لمحكمة النقض أنه " تقضي قاعدة الاستصحاب بترجيح بينة انتساب الملك إلى المورث على بينة الوارث لافتقارها إلى التخصيص و ما يثبت الناقل الشرعي تطبيقا لقاعدة من مات عن حق فلوارثه "⁸⁰.

⁷⁵ - عبد السلام بنزروع، م.س، ص: 476.

⁷⁶ - محمد بن عرفة الدسوقي، ج4، م.س، ص: 221.

⁷⁷ - ابن فرحون، ج 1، م.س، ص: 221.

⁷⁸ - حكم عدد 110 مؤرخ في 29/11/2006 ملف رقم 63/2005، أورده محمد الحجاجي، م.25، ص: 108

⁷⁹ - قرار عدد 394 مؤرخ في 12/07/2006 ملف مدني رقم 579/05، أورده إدريس الفاخوري، "قضايا المنازعات العقارية"، طبعة المعارف الجديدة، "طبعة 2006، ص: 386.

2- ترجيح البيئة المفصلة على المجملة

من الالتزامات الملقة على كل من العدول و الموثقين، المشهود به تعيينا كافيا، بوصفه و صفا تاما، وذكر نوعه بكل تدقيق وبيان طبيعته وإن كان مبنيا فيتعين وصفه بعدد طوابقه و مشتملاته وتحملاته و الغاية من هذا التوضيح دفع كل لبس أو إبهام قد يشوب البيئة، و حتى لا تسقط الحجة في فخ الإجمال الذي يمس بحجيتها إذا ما عرضت على أنظار القضاء، حيث أنها تحمل على الظن أكثر ما تحمل على اليقين⁸¹.

فقد جاء في نظم ابن عاصم:

و غالب الظن به شهادة * بحيث لا يصح قطع عاد⁸²**

فالحجة المعتبرة قانونا هي الحجة الواضحة التي ليس فيها لبس أو غموض، كما تقدم البيئة المفصلة على المجملة ولو كانت هذه الأخيرة أعدل منها، حيث إن النظر في التفصيل و الإجمال مقدم على النظر في الاعدية التي لا ينظر إليها إلا إذا استويا في التفصيل و الإجمال.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الإجمال من المسائل التي يستطيع القاضي تجاوزها من خلال البحث عن السبل الكفيلة بدفعها عن طريق إعدار صاحب البيئة المجملة بضرورة تدارك الغموض الذي شاب حجته، من خلال منحهم إمكانية تداركه، وهو ما يستنتج من خلال استقراء الفقرتين الثانية و الرابعة من الفصل 32 من م.م. الذي يشير إلى إمكانية طلب إتمام البيانات غير التامة التي تم إغفالها بطلب من القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية، وهو ما أقرته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه " أن ما بني عليه القرار المطعون فيه من الإجمال و الإبهام و إن كان حاصلا في موضوع الدعوى فإنه لا يوجب إلغاءها إلا بعد تكليف المدعي برفعه و بيانه و إغفال المحكمة عن هذا الإجراء نتج عنه ضرر للطرف الطاعن ماديا وزمنيا مما جعل قانون المسطرة المدنية يتحاشاه و ينيط بالمقرر اتخاذ جميع الإجراءات لجعل القضية جاهزة، ولا شك من بين الإجراءات رفع الإجمال و الإبهام ليحصل الفهم و يتضح موضوع النزاع و تصبح القضية جاهزة⁸³.

كانت هذه إذن أهم قواعد الترجيح بين البيئات التي تضمنتها المادة 3 من مدونة الحقوق العينية والتي تمثل سلسلة طويلة من مجموع القواعد الفقهية الأخرى التي يزخر بها فقها المالكي.

⁸⁰ - قرار عدد 422 مؤرخ في 05/06/2002 ملف عقاري رقم 69/2/1/02، أورده محمد الفقير، مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي، منشورات دراسات قضائية، ط1، م.س، ص:29.

⁸¹ - محمد الحجاجي، الترجيح بين الحجج في منازعات العقار غير المحفظ، رسال لنيل دبلوم ماستر العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، جامعة محمد الأول، 2013/2014. ص: 122.

⁸² - ابن عاصم، م.س، ص: 25.

⁸³ - قرار عدد 196 مؤرخ في 31/01/1989 (دون ذكر رقم الملف)، أورده محمد الحجاجي، م.س، ص: 123.

خاتمة:

إن كان المشرع في تنظيمه لقواعد الترجيح اقتصر على عشر قواعد فقط، إلا أنه أتاح للمجال القضائي أعمال سلطته التقديرية الواسعة في البحث عن قواعد أخرى من خلال إحالته في المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية على الفقه المالكي، الأمر الذي يؤكد ثراء وصلاحيته لكل زمان ومكان ومن شأنه أيضا سد الفراغ التشريعي الذي قد يواجهه القاضي أثناء الفصل في النزاع .

وفي الأخير لا يجب أن ننسى أن الاجتهاد القضائي درج على استعمال قواعد الترجيح قبل صدور مدونة الحقوق العينية، فأوجد رصيда لا يستهان به من الاجتهادات القضائية التي تصلح للاستشهاد بها حسب كل مقام وهذا من شأنه توحيد التوجه القضائي بخصوص مسألة الترجيح.

لائحة المراجع:

❖ الكتب فقهية

➤ ابن منظور لسان العرب، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان الطبعة الأولى سنة 1988.

➤ محمد وفاء، تعارض الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والترجيح بينهما، ط 1992

➤ رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مجلة الملحق القضائي عدد 30 تاريخ 15/10/07

➤ نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى دار الشروق، القاهرة.

➤ محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية- الجزء الأول والثاني، مكتبة دار البيان- دمشق، الطبعة الأولى 1982

➤ محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية- مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الأولى 1999.

➤ الشيخ خليل ابن اسحاق، "المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك، طبع في المطبع السلطاني المعمر، سنة 1955.

➤ عبد الرحمان بلعكيد، شرح لامية الزقاق في صناعة القضاء، دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، مطبعة صوماديل، الطبعة الأولى 2015

➤ نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى دار الشروق، القاهرة، بدون ذكر السنة.

❖ الكتب قانونية

➤ أستاذنا عبد العالي دقوقي، "نظام التحفيظ العقاري بالمغرب بين النظرية والتطبيق؛ دراسة في الإجهاد القضائي والإداري، مكتبة الرشاد، سطات طبعة 2020.

➤ إدريس الفاخوري، "نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات قانون 14.07 دار المعارف الجديدة، الرباط طبعة 2013

➤ عمر أزوكار "قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج" منشورات دار القضاء بالمغرب 2014

➤ عبد المجيد الكتاني، الترجيح بين البينات في ضوء الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية، مجلة القيس المغربية للدراسات القانونية والقضائية- ملف "قراءة في القانون العقاري الجديد"، العدد الثالث يوليو 2012.

- سعاد المعروفي، "الحماية القانونية للحق العيني العقاري على ضوء مدونة الحقوق العينية"، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- الطبعة الأولى 2018.
- المعطي الجبوبي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2002.
- أحمد بفقير، مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي، منشورات دراسات قضائية، ط1، 2015.

❖ الأطروحات والرسائل

- حميد البشير، دعوى استحقاق العقار غير المحفظ بين الفقه المالكي والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة السنة الجامعية 2010/2009
- سعيد بوطاس، قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، الفوج الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير الموسم الجامعي 2013.2014
- جلال قرقاش، قواعد الترجيح بين البيانات في النزاعات العقارية، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله الكلية متعددة التخصصات تازة موسم 2018-2019.
- عبد المجيد مسعودي، إثبات الملكية في العقار غير المحفظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول-وجدة- موسم 2012/2013
- عبد السلام بنزروغ، "إثبات دعوى استحقاق العقار غير المحفظ"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث القانون المدني، جامعة محمود الخامس- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكاد، السنة الجامعية 2013-2012.
- عبد اللطيف الدوناسي: "إثبات ملكية العقار في القانون المغربي" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية: 2000/2001 .
- رضوان قريشي "القواعد الموضوعية والإجرائية لدعوى التعرض العقارية" دراسة في المرحلة الابتدائية "رسالة لنيل الماستر كلية الحقوق وجدة، جامعة محمد الأول ، الموسم الجامعي 2012/2013.
- سليم علي مسلم الرجوب "التعارض والترجيح في طرق الإثبات"، دراسة فقهية قانونية مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006.

- محمد الحجاجي، الترجيح بين الحجج في منازعات العقار غير المحفظ، رسال لنيل دبلوم ماستر العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة ، جامعة محمد الأول، 2013/2014..
- سعيدة الصخري، "الترجيح بين الحجج في دعوى استحقاق العقار على ضوء محكمة التدريب"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 39 فترة التدريب 2015-2013

❖ المقالات

- محمد بخنيف، ضوابط الترجيح بين البيئات في الفقه المالكي على ضوء المادة 3 من مدونة الحقوق العينية المغربية، مقال منشور في مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، -نظام التوثي بالمغرب في ضوء مستجدات القانون 32.09 والقانون 39.08 وللقوانين ذات الصلة- العدد 5 يوليوز 2013.
- رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مجلة الملحق القضائي عدد 30 سنة 1995.

الفهرس

المقدمة:	1
المبحث الأول: الأحكام العامة للترجيح بين الحجج المتعارضة	3
المطلب الأول: مفهوم التعارض وطرق دفعه	3
الفقرة الأولى: مفهوم التعارض في ميدان الإثبات	3
أولاً: التعارض لغة	3
ثانياً: التعارض اصطلاحاً	3
الفقرة الثانية: طرق دفع التعارض بين البيانات	4
أولاً: الجمع بين البيانات والحجج	4
ثانياً: تساقط البيانات	5
المطلب الثاني: مفهوم الترجيح وشروط إعماله	6
الفقرة الأولى: مفهوم الترجيح بين الحجج	6
الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين الحجج	7
أولاً: صحة الحجج	7
ثانياً: أن يكون هناك تعارض بين الحجج مع عدم إمكانية الجمع بينها	9
ثالثاً: صفة التملك في الحجج	10
المبحث الثاني: ضوابط الترجيح بين الحجج في المنازعات العقارية	11
المطلب الأول: الترجيح بالقواعد الشكلية بين الحجج المتعارضة	11
الفقرة الأولى: الترجيح بالضوابط الشكلية المرتبطة بشهادة الشهود	11
أولاً: الترجيح بزيادة العدالة والعبرة ليس بالعدد	12
ثانياً: تقديم تعدد الشهادة على الشهادة الواحدة	14
ثالثاً: ترجيح بيينة الأصالة على خلافها أو ضدها	15
الفقرة الثانية: الترجيح بالضوابط الشكلية المرتبطة بالوثيقة	16
أولاً: ترجيح بيينة الإثبات على بيينة النفي	16
ثانياً: ترجيح البيينة المؤرخة على البيينة غير المؤرخة	17
ثالثاً: ترجيح البيينة السابقة على البيينة اللاحقة تاريخياً	18

المطلب الثاني: الترجيح بالقواعد الموضوعية بين الحجج المتعارضة.....	19
الفقرة الأولى: الترجيح استنادا إلى الملك.....	19
أولا: ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه.....	20
ثانيا: تقديم بينة الملك على بينة الحوز.....	21
الفقرة الثانية: قواعد الترجيح الموضوعية ذات الصلة بشهادة الشهود.....	22
أولا: الترجيح بالإثبات والأصالة.....	22
ثانيا: الترجيح بالنقل والتفصيل.....	25
خاتمة:.....	27
لائحة المراجع:.....	28