



ماسٲر: القانون العقاري والحقوق العينية
الفوج الثالث

رسالة لنيل شهادة الماسٲر في القانون الخاص
تحت عنوان:

دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

تحت إشراف الأستاذ:
د. محمد بخنيف

إعداد الطالب:
حمزة حبي

لجنة المناقشة :

الدكتور محمد بخنيف مشرفا ورئيسا
الدكتور سعيد الوردى عضوا
الدكتور موحى ولحسن ميموني عضوا

السنة الجامعية

2019-2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة شكر

احمد الله عز وجل واشكره، وهو القائل في محكم تنزيله " وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ " سورة إبراهيم الآية 7 ، على توفيقه لي في إتمام هذا البحث.

كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير:

إلى أستاذي المشرف على رسالتي صاحب الخلق العظيم والعلم الواسع على توجيهاته وصبره طيلة مدة انجاز هذا البحث فضيلة الدكتور محمد بخنيف.

إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة المحترمين كل واحد باسمه على قبولهم عناء مناقشة هذه الرسالة.

إلى جميع أساتذتي الأفاضل الذين أشرفوا على تدريسي بسلك الماجستير.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث ، فلهم في النفس منزلة وإن لم يسعف المقام لذكرهم فهم أهل الفضل والشكر.

الإهداء

إلى روح أبي رحمه الله

إلى بسمة الحياة، إلى من كان دعائها سر نجاحي، إلى من أدين لها بالشيء الكثير، أُمِّي الغالية أسأل الله أن يطيل في عمرها ويلبسها لباس الصحة والعافية

كما أهدي ثمرة هذا العمل إلى إخواني وأخواتي الذين دائما ما يشجعونني على بذل المزيد في مسيرتي العلمية

إلى جميع أساتذتي الأفاضل

إلى طلبة الفوج الثالث من ماستر القانون العقاري والحقوق العينية

أسأل الله أن يتقبل منا هذا العمل وأن يجعله صدقة جارية لنا

لائحة المختصرات:

- ص: صفحة
- ق.ل.ع: قانون الالتزامات والعقود
- ق.م.م: قانون المسطرة المدنية
- م.س: مرجع سابق

شكلت الأرض عنوان وجود الإنسان منذ أن وجد على سطحها، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ﴾.¹

وأهمية العقار ليست وليدة اليوم لكن منذ القدم، وازدادت بشكل لافت بعد أن أصبح يمثل المحضن الأساس لمختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية، والوعاء الذي تتم فيه أهم العمليات الاستثمارية.

ولما كانت الفطرة البشرية مجبولة على حب التملك والانفراد بالشيء، فلا مرأى تحقيق هذه الغاية يجب أن تتم في إطار مشروع، يضمن الاستقرار ويوفره لكل من اكتسب حقا من الحقوق العقارية، حيث أصبحت المحاكم تعج بكثير من القضايا المتعلقة باستغلال ملك الغير أو الترامي عليه بدون موجب قانون أو وجه حق، ذلك أن العديد من الأشخاص يلجئون إلى استعمال العنف أو وسائل احتيالية لاحتكار حقوق الغير، غير مهتمين بما توليه الدولة من عناية خاصة للملكية العقارية باعتبارها حقا مقدسا منصوص عليه دستوريا²، ومكرسة في العديد من الاتفاقيات الدولية³، بالإضافة إلى ما تضمنته الشريعة الإسلامية الغراء⁴.

ورغم السعي نحو تجويد المنظومة القانونية المؤطرة للمنازعات العقارية بالمغرب من خلال تقنين وسائل موضوعية تضمن استقرار الحقوق وتدرأ كل عمل من شأنه أن يعيق المالك من انتفاع بملكه، إلا أنه أغفل المشرع تنظيم خاص لدعوى المطالبة بواجب استغلال

¹ سورة الأعراف الآية 24

² ينص الفصل 35 من الدستور "يضمن القانون حق الملكية.

ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون".

³ جاء في الفصل 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 أكتوبر 1948: " لكل فرد حق في تملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره.

- لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا".

⁴ إن التعدي على الملكية العقارية يعتبر في نظر الشريعة عملا غير شرعي وأكلا لأموال الناس بالباطل، إذ قال الله سبحانه وتعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾. سورة النساء، الآية 29.

-وفي حجة الوداع قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا..."، أخرجه الإمام محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي في صحيحه، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى: 1422هـ كتاب العلم، باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب، ج1، ص 33.(ح105). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض، ج3، ص 1306 (ح1679).

-فؤاد الصامت، القواعد الموضوعية للأمن العقاري دراسة مقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون الوضعي، منشورات مجلة الجواهر والدرر، طبعة 2015، ص68

العقار، حيث نجد أحكامها متناثرة بين قانون الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية إلى غير ذلك من النصوص التي لها ارتباط بعنصر الاستغلال، كما تم الإشارة إليها في بعض القوانين المقارنة كالتشريع المدني الفرنسي الذي خول للمالك على الشياخ الحق في مطالبة المستأثر باستغلال العقار بتعويض عن هذا الاستغلال وفق المادة 815-9 منه.

إن موضوع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار لا يهدف من خلاله استصدار حكم في النزاع يثبت ملكية أو أحقية في استغلال، بل يرمي إلى الحصول على مقابل ما حرم منه صاحب الحق من غلة ملكه أو قيمة مادية عن استغلال العقار الذي يؤول إليه، اعتباراً لارتباط مفهوم الحق في الاستغلال بالحصول على ما يتولد عن العقار من ثمار (مادية، مدنية ...) ومنتجات.

ورغم وحدة الموضوع تبقى المداخل والأسس القانونية المجسدة للحق في المطالبة محل اختلاف وتعدد، فقد يكون مستمداً من وقائع وتصرفات قانونية، كما يجسد بشكل كبير على أفعال مادية ينتج عنها حرمان من له الحق في استغلال العقار وأخذ ثماره.

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع من خلال الغاية التي على أساسها ترفع الدعوى، إذ تعد من أبرز السبل والوسائل التي ابتدعتها الممارسة القضائية من أجل ضمان الحصول على تعويض يقابل ما تم الاستيلاء والتطاول عليه من عقارات الغير، فبالرغم من غياب نصوص خاصة بالدعوى، إلا أنها من أكثر الدعاوى التي تروج بالمحاكم، فالأحكام والقرارات القضائية المتناثرة خير دليل على ذلك، كما سيتبين من خلال معالجة محاور الموضوع.

وما يزيد من أهمية هذه الدراسة هو الغوص في الجانب التطبيقي الذي يكشف لنا العديد من الإشكالات، ومحاولة تفهيد المحاور المرتبطة بالدعوى سواء في إطارها العام أو الخاص بالعمل القضائي يضيف على البحث طابع واقعي وتطبيقي أكثر مما هو نظري.

دواعي اختيار الموضوع:

إن الأسباب الكامنة وراء اختيار موضوع "المطالبة بواجب استغلال العقار" نابع من عدة اعتبارات :

- في مقدمة هذه الدوافع، نذرة المراجع الخاصة بالموضوع والكتابات المتداولة في الحقل العلمي التي حاولت الوقوف على الدعوى، أمر حثم محاولة إنجاز عمل يشكل بمثابة إطار مرجعي يمكن الاستئناس به من قبل جميع المهتمين بالمجال العقاري.
- محاولة استخلاص الإشكالات التي تطرحها دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، فضلا عن تقديم بعض الحلول الناجعة لتفاديها والحد من آثارها.
- إثراء المكتبة ببحث جديد في هذا الموضوع، من خلال المحاولة لاستكمال النقص الموجود على مستوى النص التشريعي من جهة، والدارسات التي تناولت الدعوى من جهة ثانية.

صعوبات البحث :

- عند اختيارنا العمل على موضوع المطالبة بواجب استغلال العقار وجدت نفسي أمام موضوع ليس لي إطلاع على أحكامه ، تائها عن مداخله، لكن بعد اطلاعي على عدد لا بأس به من الأحكام القضائية تمكنت بفضل الله وعونه من اكتشاف وبلوغ مفاتيح موضوع.
- قلة المراجع التي تناولت الموضوع، إلا أنني حاولت تدارك هذا النقص بالاعتماد على بعض المراجع الأجنبية ومن التنظيم الفقهي خاصة الفقه مالكي، مع توجيهات أستاذنا الكريم التي أنارت طريقنا لإتمام هذا البحث. فنقصير المشرع المغربي في توفير تنظيم قانوني خاص لموضوع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار جعل مهمة صعبة في استخلاص قواعدها وأحكامها.
- إن الخوض في معالجة هذا الموضوع "المطالبة بواجب استغلال العقار"، ليس بالأمر الهين، لأنه يتسم بالدقة والتعقيد، ذلك أنه يهدف بشكل أساسي إلى الوقوف على القضايا بعينها على مستوى المنازعات المرتبطة بالدعوى، الأمر الذي يجعلنا أمام عدة إشكالات.

إشكالية الموضوع:

في ظل النصوص القانونية المتناثرة التي توطر موضوع الدعوى يجعلنا نتساءل : هل النصوص القانونية العامة وحدها كفيلة وفعالة لحماية حقوق المتقاضين في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار أم أن الوضع يستوجب نصوصا خاصة تعزز هذه الحماية بشكل أدق ومفصل؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية المحورية مجموعة من الأسئلة الفرعية التي يمكن عرضها على الشكل التالي:

- ما هي طبيعة الحماية التي توفرها دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار؟
- ما هي صور وتجليات الدعوى؟
- ما هي الخصوصية التي تطبع رفع الدعوى؟
- ما هي الشروط الموضوعية التي تتركز عليها الدعوى؟
- وما هي المعايير التي يقدر على أساسها الواجب عن استغلال العقار؟

منهج وخطة البحث

للإحاطة بموضوع المطالبة بواجب استغلال العقار اعتمدت على قائمة من المناهج المختلفة:

منهج تحليلي:

تحليل بعض النصوص القانونية التي لها علاقة بالموضوع وربطها بالاجتهادات القضائية الصادرة في هذا المجال، مع تحليل كل الصور والتطبيقات العملية للدعوى، والوقوف عن القواعد التي حاول القضاء تكريسها.

المنهج النقدي:

بسط الأفكار والمواقف غير كاف ليحقق البحث الهدف العلمي المنشود من ورائه، لذلك كان لزاما مناقشة مختلف التوجهات الصادرة في الموضوع مع تقديم رأي شخصي كلما كان ذلك ممكنا.

المنهج الاستنباطي:

محاولة استنباط القواعد الخاصة بدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار وذلك من خلال الأحكام والقرارات الصادرة في الموضوع.

المنهج المقارن:

من خلال للانفتاح على قوانين ودراسات مقارنة، وكذلك اجتهادات قضائية مقارنة، دون إغفال ما جاء به الفقه الإسلامي "خاصة الفقه المالكي"، من أجل إيجاد حل لبعض الإشكالات يطرحها الموضوع.

وعليه سنحاول اعتماد خطة التقسيم الثنائي، حيث سنقسم الموضوع إلى فصلين وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول : الإطار العام لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

الفصل الثاني: القواعد الإجرائية والموضوعية المؤطرة لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

الفصل الأول:

الإطار العام لدعوى

المطالبة بواجب استغلال

العقار

الفصل الأول: الإطار العام لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

يمكن لكل من تضرر من فعل الاعتداء أو الاستئثار أن يطالب بقيمة مادية عن الاستغلال غير المشروع للعقار.

ونظرا لتعدد المداخل للحق التي تسعى دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار حمايته، يقتضي بالضرورة تحديد ماهيتها ونطاقها، لما لها من صور وتطبيقات أمام القضاء يجعلها جديرة بالبسط والتحليل.

كما أن التطرق للإطار العام للدعوى يقتضي الكشف عن طبيعتها وما يميزها عن باقي الدعاوى المشابهة، ثم الوقوف على القضايا التي تنتشعب مسالكها بموضوع الدعوى، مما يسهل المحاولة أكثر للإحاطة بالأحكام العامة التي تركز عليها.

وتناول هذه الأفكار الأساسية التي تساهم في بلورة الغاية والهدف من رفع دعوى يستلزم منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وفق ما يلي :

التطرق في (المبحث الأول) إلى ماهية دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار ثم معالجة صور وتجليات المطالبة بواجب استغلال العقار في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

لدراسة ماهية دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، يتعين علينا تحديد مفهوم هذه الدعوى، مما سيساعد ذلك في إبراز أهم الخصائص التي تتميز بها (المطلب الأول)، التي تمكننا من التفرقة عن غيرها من الدعاوى المشابهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار وخصائصها

سنتحدث عن تعريف دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في (الفقرة الأولى)، ثم ننتقل للحديث عن خصائصها في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار⁵

⁵ من الضروري الإشارة قبل تحديد تعريف خاص للدعوى إلى المفاهيم الكبرى المرتبطة للموضوع:

انعكس غياب تعريف للدعوى على القضاء المغربي الذي استعمل تارة مصطلح دعوى التعويض عن استغلال العقار للتعبير عنها، كما جاء في حكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو: "وحيث إن المدلى به لا يعد كافيا لإثبات شروط دعوى التعويض عن الاستئثار بالاستغلال..."⁶، وتارة أخرى استعمل مصطلح التعويض عن الحرمان من الاستغلال لارتباطه بأداء الواجب وهو ما يستشف من قرار صادر عن المجلس الأعلى⁷: "لكن حيث إن دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال توجه ضد من يستغل العقار وليس ضد مالكيه، والمحكمة لما ثبت لها أن المدعي لا يستغل العقار موضوع الدعوى... ردت الدفع

(أ) الواجب : هو المقابل المالي

(ب) حق الاستغلال : يقصد به الحصول على ما يتولد أو ينتج عن الشيء من ثمار ومنتجات.

وبميز الفقه بين الثمار و المنتجات:

أولا: الثمار : هي ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية منتظمة دون مساس بجوهره وهي على نوعين:

1/ ثمار مدنية أو قانونية: وهي عبارة عن ريع الشيء أو ما يخله من دخل نقدي مقابل الإنتفاع به ويكون ذلك عندما يسمح مالك الشيء لغيره باستعماله مقابل عوض، كأجرة منزل تم كرائه للغير، و أجرة الأراضي الزراعية المكثرة وفوائد النقود المقرضة والسندات والأسهم.

2/ ثمار مادية: وهي التي تتولد إما بفعل الطبيعة كالكلاً ونتاج المواشي وتسمى بالثمار الطبيعية، وإما بفعل الإنسان كالمحصولات الزراعية و تسمى بالثمار المستحدثة.

ثانيا : المنتجات

المنتجات كخشب الأشجار و الفحم الحجري بحيث لا ينتجها الشيء في مواعيد دورية وينقص اقتطاعها من أصل الشيء، وهي بهذا تختلف عن الثمار التي تنتج في مواعيد دورية ولا ينقص اقتطاعها من أصل الشيء.

وتبرز أهمية التمييز بين الثمار والمنتجات عندما يكون الاستغلال من قبل غير المالك كالمنتفع مثلا، حيث نجد أن المشرع فيما يخص استغلال المنتجات وضع قيودا متعددة، منها وجوب مراعاة قواعد الاستغلال المعتادة والنصوص القانونية الجاري بها العمل، على عكس استغلال الثمار الذي قيده بالمدة فقط.(يراجع في هذا الإطار المواد من 82 إلى 89 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية)

ويجب التأكيد على أن الاستغلال يختلف عن الاستعمال، بحيث أن الاستغلال هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء، فاستخدام الشقة للسكن يعتبر استعمالا لها، أما كرائها من أجل الحصول على السومة الكرائية فهو عمل من أعمال الاستغلال، وعليه يظهر أنه إذا كانت الغاية من استخدام المالك للشيء محل الحق هو انتفاعه بشكل مباشر اعتبر ذلك استعمالا له، أما إذا كانت الغاية هي الحصول على ثمار أو منتجات الشيء فإن ذلك يعتبر استغلالا له.

-راجع :

. إدريس الفاخوي، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، الطبعة الثالثة 2019، ص 155 و 156

(ج) العقار هو كل شيء لا يمكن نقله أبدا، أو لا يمكن نقله إلا بتغيير هيأته، وهذا يعني ان كلمة عقار تطلق على الأرض، تطلق ايضا على الأشجار والبناءات وما يتصل بها مما لا يمكن نقله إلا بتغيير هيأته، ويفهم من هذا التعريف ان كل ما من شأنه أن يستقر، ولا ينقل أبدا أو لا ينتقل إلا إذا تغيرت هيأته ولحقه تلف تعتبر عقارا بطبيعته.

=-راجع:

. عبد الكريم شهيون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08، الطبعة الثانية 2017، ص24

.المواد 5 و 6 و 7 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية؛ حيث قسم المشرع الأشياء العقارية إلى صنفين في المادة الخامسة، إما عقارات بطبيعتها عرفتها المادة 6 إما عقارات بالتخصيص عرفتها المادة 7.

⁶ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 55 بتاريخ 25/02/2019 في ملف مدني عدد 142/1201/18 (غير منشور)

⁷ قرار عدد 531 مؤرخ في 15/02/2006 في ملف مدني عدد 1189/1/2/2004 منشور بالموقع الالكتروني : <http://www.jurisprudencemaroc.com> (تاريخ: 1 أكتوبر 2019 ساعة: 04 :23).

موضوع الوسيلة بعلّة أن « طلب أداء واجب الاستغلال مقبول ضد من بيدهم الشيء موضوع القضية » وهو تعليل سليم، والوسيلة على غير أساس".

كما قد يعبر عنها بدعوى المطالبة بمقابل الاستغلال حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس⁸: "حيث يهدف الطلب إلى الحكم للمدعين بحقهم في مقابل استغلال...".

كما تعددت التعاريف التي أعطيت للدعوى بالنظر إلى تعدد حالات و أوجه المطالبة :

فقد عرفها البعض: "المطالبة بالقيمة المادية عن استغلال المدعى عليه لمنقول أو عقار في ملكية المدعي"⁹.

فيما ذهب رأي آخر إلى اعتبار دعوى المطالبة بواجب استغلال عقار تلك الدعوى التي يعتبر فيها مالك العقار أنه تضرر من جراء الفعل اللامشروع اللاحق به من المحتل والمتمثل في قيامه بالانتفاع بالعقار بدون مبرر مشروع¹⁰.

وفي إطار تحديد تعريف دقيق للدعوى اعتبرت الغرفة المدنية ان دعوى المطالبة بواجب استغلال عقار دعوى توجه ضد كل محتل أو غاصب "... لكن، حيث إن دعوى التعويض عن الاستغلال توجه ضد المحتل والغاصب، وقد ثبت من القرار لاستئنافي المضاف للملف والذي قضى بطرد الطاعنين من أرض المطلوب في النقض وأنها هما المحتلين لأرضه..."¹¹.

كما اعتبرت في إحدى قراراتها بأن الواجب عن الاستغلال أساسه الحرمان غير المشروع من الاستغلال مما جاء فيه: "... كما أن المحكمة ولما اعتبرت بأن الزينة الدار المطلوب قسمتها مشتركة بين الطرفين، وأن الطالب هو الذي يستأثر لوحده باستغلال تلك الزينة دون تمكين شريكه من نصيبه، فإنها اعتبرت بأن المطلوب محق في طلب واجبه في الاستغلال،

⁸ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس عدد 74 بتاريخ 07/01/2016 في ملف مدني عدد 199/1201/14 (غير منشور).
⁹ امبارك جانوي وكريم هروش، دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، منشورات المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، قضايا عقارية ومدنية عدد 3-2017، ص8

¹⁰ بونس الزهري، التقييدات والتنشيطيات بالرسم العقاري، دليل الملحق القضائي في مادة العقار، فبراير 2017، ص 47
¹¹ قرار صادر عن محكمة النقض عدد 3605 بتاريخ 28/08/2012 في الملف المدني عدد 3199/2011 منشور بمجلة منبر القضاة، العدد الأول ص269 وما يليها.

في نفس الاتجاه اعتبرت المحكمة التجارية دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار "... من الناحية الموضوعية فإن دعوى الاستغلال توجه ضد من يستغل الشيء المدعى فيه وليس ضد مالكة السابق، و الحال أنه حسب مقال المدعية فإن المدعى عليه الأول صرح حسب محضر معاينة و استجواب أنه باع الملك موضوع النزاع بجميع مشتملاته للمدعى عليه الثاني مدلية بعقد في هذا الصدد ومن ادلى بحجة فهو قائل بها مما يجعل المطالبة المقدمة في مواجهته غير محلها، خاصة أنه حسن النية مادام قد اشترى المحليين المدعى فيهما في إطار مسطرة البيع بالمزاد العلني بتاريخ 2005.11.14 مسجلا اياه بالرسم العقاري عدد 13/11205 ليصبح المالك الوحيد للعقار إذ لا مجال للقول بكونه غاصب حتى يطالب بالتعويض...".
-قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 3401 بتاريخ 06/06/2017 في ملف رقم 6465/8205/2016 (غير منشور)

وأن هذا الطلب لا يشكل إثراء بلا سبب ما دام أن أساسه هو الحرمان غير المشروع من الاستغلال... "12.

وفي نفس الاتجاه مما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 07/02/2019: "وحيث إن استغلال المدعى عليه للعقار موضوع الدعوى يضر على كاهله التزاما بأداء واجب الاستغلال للمدعي باعتباره صاحب الحق فيه وإن الاحتلال المذكور قد أضر بمصالحه وحرمه من استغلال عقاره مما يستوجب معه إلزام المدعى عليه بتعويضه عملاً بالفصل 263 من قانون الالتزامات والعقود وذلك عن المدة الممتدة من تاريخ فبراير 2015 وهو تاريخ رفع دعوى الإفراغ إلى غاية تاريخ تنفيذ قرار الإفراغ بتاريخ 07/11/2017 أما بخصوص المدة السابقة عن هذا التاريخ فالثابت من وثائق الملف أن المدعى عليه كان يتواجد بناء على سند قانوني وهو موافقة المدعي والسماح له بذلك حسب الثابت من تصريحات المدعى عليه بمحضر الضابطة القضائية المستدل بنسخة منه والمؤرخ بتاريخ مارس 2015"13.

وعليه، يمكننا أن نخلص إلى أن دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار هي نوع من أنواع الحماية المدنية التي يلجأ إليها صاحب الحق في الاستغلال، من أجل الحصول على قيمة استغلالية تقابل ما حرم منه، أو بتعبير آخر مطالبة المدعي للمدعى عليه بقيمة مادية تقابل ما تم استغلاله أو استئثار به بدون وجه حق أو قانون.

الفقرة الثانية: خصائص دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

من خلال تحديد التعريف يمكن استخلاص أهم الخصائص التي قد تمتاز بها دعوى المطالبة بواجب الاستغلال أهمها:

1- دعوى شخصية

دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار من الدعاوى التي ترمي إلى حماية حق شخصي متمثل في الحصول على قيمة مادية للاستغلال.

فالاستغلال القائم عن الاحتلال والغصب يضع التزاماً على المدعى عليه بأداء واجب عن ذلك، وهي بالتالي لا تهدف إلى تقرير وجود حق عيني منازع فيه، أو تمكين صاحبه من ممارسته دون تعرض، أو استحقاق ملكية تم غصبها من قبل الغير، أو حماية الحياة في

¹² قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 255 بتاريخ 22/1/2004 في ملف مدني 3860/1/7/2003، منشور بالموقع الإلكتروني: <http://www.jurisprudencemaroc.com> (تاريخ: 1 أكتوبر 2019 ساعة: 23:02).

¹³ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس رقم 160 بتاريخ 07/02/2019 في ملف مدني رقم 1550/1201/2017 (غير منشور).

ذاتها من خلال الوضع الظاهر، وإنما تشكل دعوى تعويضية يقصد من رفعها الحصول على مقابل الاستغلال.

ولا تتأثر طبيعة الدعوى بتغير مصدر الحق الشخصي الذي ترمي إلى حمايته سواء كان عقداً أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب.

2- دعوى تقبل التجزئة

خلافاً لدعوى القسمة التي لا بد أن ترفع على جميع الشركاء الذين يمثلون كخصوم فيها، فإن دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار تقبل التجزئة، ومعنى ذلك أن هذه الدعوى يمكن توجيهها من بعض الورثة دون آخرين، وفي هذا الإطار مما جاء في حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس¹⁴: "حيث أنه ولئن دفع المدعى عليه يكون المدعية لم تعتمد على إدخال كافة ورثة في الدعوى مما يجعل دعواها غير مقبولة شكلاً إلا أن الدفع المذكور يبقى مردوداً على اعتبار أن الأمر يتعلق بدعوى الاستغلال وليس بدعوى القسمة الموجبه لإدخال كافة الورثة ويحق لكل مالك ممارستها في مواجهة المستأثر باستغلال الأرض موضوع النزاع دون باقي الورثة.

وحيث أنه يبقى طلب المدعية مستوفي لكافة الشروط الشكلية المتطلبه قانوناً مما يتعين معه قبولها".

3- دعوى ترفع من قبل كل حائز له حق في استغلال العقار

دعوى لا يقتصر رفعها المتمتع بحق الملكية أو بحق عيني، إذ يمكن أن تباشر من قبل من يشغل العقار بكيفية عرضية (على وجه الكراء مثلاً)، متى حرم من استغلاله، حيث يحق له المطالبة بما اغتله العقار، اعتباراً لعنصر الصفة في الاستغلال والحيازة.

المطلب الثاني: تمييز دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار عن النظم المشابهة

تتداخل دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار مع مجموعة من الدعاوى الأخرى على مستويات عديدة مما يجعل البعض يخلط بينها، ومن ذلك المطالبة بواجب الكراء (الفقرة الأولى)، وتعويض عن الحرمان من استغلال العقار في المجال الإداري وبالأخص في إطار الاعتداء المادي (الفقرة الثانية)، مما يقتضي إبراز الفوارق التي تميز كل دعوى على حدة.

الفقرة الأولى: تمييز دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار عن دعوى المطالبة بواجب الكراء

¹⁴ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس رقم 81 بتاريخ 24/01/2019 في ملف مدني رقم 1157/1201/2017 (غير منشور)

يعد موضوع كل من دعوى المطالبة بواجب استغلال عقار ودعوى المطالبة بواجب كراء عقار أداء مقابل عن الاستغلال، إلا أن لكل منهما خصائص وقواعد تنفرد إحداهم عن الأخرى، ومراد هذا التمييز القائم بين الدعويين لما من تأثير على مستوى تقدير مبلغ الواجب، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) المؤرخ بتاريخ 16/7/2006 الذي جاء فيه: "بناء على الفصل 98 من قلع وبمقتضاه فان الضرر في الجرائم وأشبهه الجرائم هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلاً وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية النتائج الفعل الضار .

حيث يعيب الطاعن على القرار عدم الارتكاز على اساس وانعدام التعليل، ذلك أن محكمة الاستئناف حين عللت تقديرها للتعويض عن الاحتلال بالاستناد إلى «الظروف الاقتصادية الملائمة لفترة الاحتلال وقدرته على مبلغ (5000) درهم شهرياً كتعويض عن الاستغلال أو كواجب في حالة كراء العقار بصفة شرعية» فانها لم تأخذ في الاعتبار القرار المعتمد عليه في الدعوى القاضي بافراغه من المحل، والذي أعطاه صفة المكثري له من الباطن، وكان عليها وهي تنظر في طلب التعويض عن الاحتلال أن تقدره اعتماداً على الوجيبة الكرائية التي اتفق المطلوبون مالكو العقار مع المكثري الأصلي على تحديدها في ألف (1000) درهم، لا أن تقدره في مبلغ (5000) درهم المذكور اعتماداً على العلة المشار إليها سابقاً دون تعليل لاستبعادها للوجبة الكرائية المحددة في عقد الكراء. "15

وفي نفس الاتجاه جاء في حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس ما يلي: "وحيث إن طلب التعويض عن الحرمان من الاستغلال من طرف المدعى عليهم لا يمكن ان يؤمر به إلا ابتداء من بداية استغلالهم للحمام بعد وفاة المكثري مورثهم وهو 2005/4/7 ومادام ثبت الاستغلال بدون وجه حق وأدى إلى حرمان الجهة المدعية من استرجاع المحل لكون طلب التعويض مبرراً وتقدره المحكمة حسب سلطتها التقديرية على أساس انه تعويض وليس أداء سومة كرائية .

وحيث إن المدة السابقة عن الوفاء تحسب على أساس السومة الكرائية في مواجهة المكثري قبل وفاته لذلك فطلب التعويض عن الاستغلال عن هذه المدة يبقى غير مؤسس ويتعين رفضه من 2003/1/1 الى 2005/4/6 "16 .
و بناء على ذلك تبرز عناصر الاختلاف في ما يلي:

أولاً : من حيث وجود اتفاق مسبق

15 قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 2352 المؤرخ في 16/7/2006 في ملف مدني عدد 4202/1/2/2004 أورده عمر أزوكار قضاء محكمة النقض في الكراء المدني، طبعة الأولى سنة 2015، ص 452
16 حكم رقم 356 بتاريخ 2008/5/22 في ملف عقاري رقم 2007/335 (غير منشور).

عند الحديث عن دعوى المطالبة بواجب الكراء فإننا نتحدث عن وجود عقد يمنح أحد المتعاقدين لآخر منفعة عقار مقابل أجر يدفعها الآخر، أي أن الانتفاع قائم على أساس علاقة كرائية مستمرة بين أطراف النزاع، أما عند الحديث عن دعوى المطالبة بواجب استغلال عقار فإننا نكون أمام حالات لانعدام أو فقدان الحق والسند للاستغلال، مما يضيف على ذلك طابع عدم المشروعية على عكس الدعوى الأولى يكون عنصر الاستغلال بناء على أساس قانوني مشروع.

ثانياً: من حيث طبيعة المقابل

كما هو معلوم، يعتبر أداء الوجيبة الكرائية من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المكتري بموجب عقد الكراء، وهي تمثل مقابل تخلي المكري لفائدة المكثري عن منفعة العين المكتراة، غير أنه قد يحصل تراخي من طرف المكثري في تسديد هذه الوجيبة في الوقت المحدد لها بموجب العقد، أو قد يمتنع عن ذلك، وبالتالي قد خول القانون للمكثري الحق في مطالبته للوفاء بالتزاماته تحت طائلة اعتباره مماطلا في الأداء مما يخول له الحق في طلب إفراغه.

وتماشياً مع ذلك، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس¹⁷ بتاريخ 13/11/2017 يقر بضمان حصول المكثري عن ما تبقى بذمة المكثري من واجب الكراء مع أداء تعويض عن التماطل، و مما جاء فيه "....حيث عاب المستأنف على الحكم المستأنف قضاءه بعدم قبول دعواه بعلّة أنها قدمت في مواجهة شخص طبيعي بدل الشخص المعنوي الممثل للشركة XXX، والحال أن التعاقد حصل معه بصفة شخصية وأن الإشارة إلى كونه صاحب شركة XXX إنما هو من باب بيان مهنته.

وحيث ثبت لهذه المحكمة صحة ما أثاره المستأنف ذلك أنه بالرجوع إلى عقد الكراء المبرم بين الطرفين يتضح أنه يتضمن كون المكثري بمقتضاه هو السيد XXX دون الإشارة إلى صفته كممثل للشركة أو مسير لها، وبالتالي فإن ما ضمن به من كونه صاحب شركة XXX يبقى من باب بيان مهنته لا من باب بيان صفته في التعاقد خاصة، وأن عقد الكراء المذكور تم توقيعه بخط يده دون الإشارة إلى كونه ممثلاً للشركة أو وضع خاتمها عليه، وبالتالي فإن الحكم الابتدائي الذي قضى بعدم قبول الدعوى لعدم تقديمها مواجهة الشخص المعنوي يبقى مجانباً للصواب مما يوجب إلغاؤه.

و حيث إن المستأنف عليه لم يدل سواء خلال المرحلة الابتدائية أو خلال هذه المرحلة بما يفيد أدائه واجبات الكراء المطلوبة واكتفى بإثارة الدفع لعدم القبول مما تبقى معه ذمته عامرة

¹⁷ قرار صادر عن محكمة استئناف بفاس رقم 1734/2017 بتاريخ 13/11/2017 في ملف رقم 1258/1201/2017 (غير منشور)

بالمبلغ المطلوب و بعد خصم مبلغ 50.000 درهم منه الذي اقر المستأنف بمقتضى مقاله الافتتاحي أنه توصل به.

وحيث إن التماطل ثابت في حق المستأنف عليه بدليل أنه بلغ بالإنداز بالأداء بتاريخ: 22/12/2014 علاوة على كون عقد الكراء المبرم بينه وبين المستأنف يشير إلى تحديد تاريخ معين للأداء، وبالتالي فإن طلب التعويض للتماطل يبقى بدوره مؤسسا".

والملاحظ من خلال القرار المذكور ان طبيعة المقابل المطالب به هو عبارة عن أداء مبلغ مالي يشكل وجيبة كرائية، بخلاف دعوى المطالبة بواجب استغلال عقار الذي يكون من خلاله المقابل عبارة عن تعويض نتيجة عمل قائم على المنع أو الاستئثار غير مشروع بالعقار.¹⁸

الفقرة الثانية: تمييز دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار عن دعوى التعويض عن الحرمان من استغلال العقار في المجال الإداري

تواتر العمل القضائي على أنه في حالة قيام الاعتداء المادي على عقار مملوك لأحد الأفراد فإن ذلك يؤدي إلى استحقاق تعويض عن الحرمان من الاستغلال إلى جانب التعويض عن فقدان الرقبة¹⁹.

ولما كان موضوع كل من التعويضين مختلفا عن الآخر، فإن تقدير كل واحد منهما يستلزم بالضرورة أن يكون تقديرا مغايرا للآخر، ولعل هذا هو ما حدا بالغرفة الإدارية إلى إلغاء

¹⁸ تجدر الإشارة إلى إمكانية المطالبة بكل من واجب الكراء والاستغلال متى تخلدت بذمة المدين واجبات كرائية بالإضافة إلى فترة لاحقة لتاريخ افرغه متى امتنع عن ذلك و هو قضى به قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بتاريخ 04/06/2018 مما جاء في حيثياته: " حيث يستفاد من وثائق الملف و من الحكم المطعون فيه ان السيد xxx تقدم بواسطة محاميه بمقال امام المحكمة التجارية بالرباط مؤدى عنه الصائر القضائي بتاريخ 2015/11/19 يعرض فيه أنه استصدر عن المحكمة التجارية بالرباط حكما بتاريخ 2009/12/1 في الملف عدد 2009/13/695 قضى بإفراغ السيد xxx من المحل الكائن هو ومن يقوم مقامه او بإذنه، وهو الحكم الذي تم تأييده استئنافيا بعد احالته من طرف محكمة النقض بتاريخ 2014/4/2 وان المدعى عليه تخلدت بذمته الواجبات الكرائية منذ شتنبر 2007 الى غاية 2014/4/2 تاريخ صدور القرار الإستئنافي وجب عنها بالنظر الى قيمة السومة الكرائية المحددة في 1000 درهم مبلغ 79.000 درهم، وبشأن المدة المتراوحة من 2014/4/2 الى 2015/10/21 تاريخ إفراغه فإن المدعي يقدر التعويض الشهري في مبلغ يوازي السومة الكرائية اي ما يناهز 19.000 درهم.

...حيث تمسك المستأنف كون المستغل الفعلي والحقيقي للمحل هو السيد xxx الذي فوت له المحل بمقتضى عقد شراء مؤرخ في 17/09/2007 وأن ما يثبت ذلك هو محضر الامتناع عن تنفيذ الإفراغ وأنه تبعا لذلك يكون هذا الأخير هو الملزم بأداء جميع المستحقات المطالب بها والمتعلقة بواجبات كراء و استغلال المحل.

...وحيث إن القرار المستدل به يتمتع بالحجية القانونية طبقا للفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود . وحيث إن الحكم المستأنف أسس على تعليل قانوني سليم وهو ما يحتم التصريح بتأييده وتحميل الطاعن الصائر. "

-قرار رقم 2876 بتاريخ 04/06/2018 في ملف رقم 4845/8201/2017 (غير منشور).

¹⁹ أحمد أجعون، الاعتداء المادي على الملكية العقارية، الإشكاليات العملية والحلول القضائية، الطبعة الأولى 2015، ص136

حكم خلطت فيه محكمة أول درجة بين التعويض عن الرقبة والتعويض عن الحرمان من الاستغلال²⁰.

كما ألغت بموجب قرار آخر، حكما قضى بمبلغ إجمالي عن الاعتداء المادي لتغطية الأضرار الناتجة عن فقدان الرقبة وعن الحرمان من الاستغلال معا، ومن غير تبيان الأسس المعتمدة في تحديد هذا التعويض الأخير أو مبلغه، ولا المدة المستحقة عنها²¹.

وقد فسرت الغرفة الإدارية هذا التعويض بقولها: "إن التعويض المحكوم به على أساس الحرمان من الاستغلال هو تعويض عما فات المستأنف عليهم من كسب وما حرموا منه من نفع في حالة ما إذا بقي العقار في حوزتهم"²².

وتتشابه دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار بتعويض عن الحرمان من الاستغلال في عنصرين أساسيين:

الأول: وضع اليد على العقار

فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط ما يلي: "حيث أنه فيما يخص طلب التعويض عن الحرمان من الاستغلال فإن هذا النوع من التعويض يقتضي تحديد تاريخ وضع الإدارة يدها على العقار وتاريخ انتهاء الأشغال وافتتاح المرفق أو المنشأة العمومية وتقديم خدماتها للجمهور وكذا نوع الاستغلال الذي تم حرمان المدعي منه وهو ما لم يستطع المدعي بيانه ويتعين بالتالي عدم قبوله على حاله"²³.

في نفس الاتجاه جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 11 فبراير 2010 ما يلي: "وحيث أنه وإن كان الثابت من أوراق الملف أن تاريخ تقييد مشروع نزع الملكية هو 02/11/2005 فإنه لم يثبت للمحكمة تاريخ وضع اليد وتاريخ إنشاء المرفق حتى يتسنى تحديد مدة الاحتلال المبررة للتعويض عن الحرمان من الاستغلال ويبقى للمدعي

²⁰ قرار عدد 540 بتاريخ 22/09/2004، ملف عدد 734/4/3/2004، أورده إبراهيم زعيم الماسي، تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية، الطبعة الأولى 1431/2010، ص 50

²¹ قرار القسم الإداري الثالث عدد 700 بتاريخ 28/12/2005، ملف عدد 1058/4/3/2005، أورده إبراهيم زعيم الماسي، م.س، ص 50

²² قرار القسم الإداري الثاني عدد 32 بتاريخ 16/1/2003، أورده فائزة بلعسري، الاجتهاد القضائي في مجال الاعتداء المادي الناتج عن تفعيل وثائق التعمير، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 122/123، ماي غشت 2015، ص 35

²³ حكم عدد 2102 صادر بتاريخ 4/6/2012 منشور بمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 108 يناير فبراير 2013 ص 171.

فقط حق التعويض عن الفقد الجبري للأرض مما يتعين معه التصريح برفض الطلب في هذا الشق"24.

عنصر ثاني: فعل احتلال لعقار

جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بأكادير "حيث يهدف الطلب إلى الحكم على المدعى عليه بأدائه لفائدة المدعي تعويضا عن حرمانه من استغلال عقاره عن الفترة من تاريخ الاحتلال سنة 1997 إلى تاريخ 02/06/2010 وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليه الصائر.

...وحيث إنه من الثابت من وثائق الملف وتقريري الخبرتين في الملف أن الملك المدعي البالغ مساحته الإجمالية 100 متر مربع قد خصص بكامله للمنطقة الخضراء 65 وذلك بمقتضى مشروع تصميم التهيئة الخاص بمدينة ورزازات.

وحيث إن تخصيص عقار المدعي بموجب تصميم تهيئة كمنطقة خضراء يعتبر احتلالا قانونيا للعقار يغل يده في استغلاله ويحق المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال.

وحيث إن المحكمة بالرجوع لخلاصات الخبرتين المنجزتين في الملف وبما لها من سلطة تقديرية قررت تحديد التعويض المستحق للمدعي عن الحرمان من الاستغلال في مبلغ 48.300.00 درهم عن المدة من 01/01/1997 إلى 31/05/2010 يؤديه المجلس الجماعي لورزازات في شخص رئيسه"25.

وفي مقابل ذلك، تختلف كل منهما عن الأخرى في ما يلي:

فعندما نتحدث عن دعوى الحرمان من الاستغلال يتبين أنها تستغرق المطالبة بواجب استغلال العقار، إذ تشمل كل فعل أدى إلى عرقلة استغلال العقار للغرض المرصود له ، ولو كان غير مبني على فعل الاحتلال كارتفاقات التعمير مثلا، حيث يحق لصاحب الحق المطالبة بالتعويض عن الحرمان وهو ما يستشف من أحكام الآتية:

فقد صدر حكم عن إدارية مراكش ما يلي²⁶: "حيث إن الضرر الحقيقي والثابت الذي لحق المدعي في نازلة الحال ينحصر في حرمانه في جزء العقار المملوك له، والذي وضع العمود

24 حكم صادر بتاريخ 11 فبراير 2010 ملف عدد 07/13/2008، منشور بمجلة أملاك الدولة عدد 1/2012، منشورات مجلة الحقوق المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ص213.

25 حكم صادر عن المحكمة الإدارية بأكادير عدد 375/2010 بتاريخ 8/6/2010، أورده عبد الحكيم زروق، منازعات تصميم التهيئة بين التشريع والقضاء، سلسلة الشؤون القانونية والمنازعات الإصدار رقم 13، الطبعة الأولى 2019، ص143 وما يليها.

26 حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 33 بتاريخ 23 يناير 2006 في ملف عدد 225/12/2005، أورده ابراهيم زعيم الماسي، الارتفاقات الإدارية والحماية القضائية: ارتفاق تمرير الخطوط الكهربائية بأراضي الخواص نموذجا، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 81 82، يوليوز أكتوبر 2008، ص37

فوقه، وفي الأخطار التي التي قد يسببها تواجد عمود كهربائي بهذا الحجم بمحاذاة منزل أحد الخواص وناقص القيمة الذي أصاب ملكه جراء عدم احترام وضعه لذلك النوع من الأعمدة التي تحمل الخيوط الكهربائية ذات الضغط المتوسط، والتي تؤثر سلبا على صحة الإنسان ويؤدي سقوطها إلى أضرار فادحة... وهو الضرر الذي ارتأت المحكمة تحدد التعويض المستحقة عنه بما لها من سلطة تقديرية وأخذا بعين الاعتبار مميزات المنزل وموقعه وموقع العمود بالنسبة إليه والمدة الزمنية المنصرمة....".

كما استقر القضاء على أن التعويض عن الحرمان من الاستغلال لا يكون مستحقا إلا بخصوص الفترة الفاصلة بين بداية الاحتلال وتاريخ إقامة المنشأة العامة، حيث رفضت محكمة النقض الطعن الذي تقدم به الطالب ضد قرار محكمة الاستئناف الذي رفض طلبه الرامي له بتعويض عن الحرمان من الاستغلال بعلّة عدم وجود أية فترة فاصلة بين تاريخ نزع الملكية وتاريخ إنشاء الطريق العام، واعتبرت محكمة النقض أنه "كان ثابتا أمام قضاة الموضوع أن تاريخ وقوع الاعتداء المادي على أرض الطالب هو سنة 1999، وهو التاريخ الذي عمد فيه المطلوب إلى مباشرة أشغال إحداث الطريق العام فوق ملك الطالب، وأنه لذلك يكون ما ورد بالوسيلة على غير أساس"²⁷.

ونجد نفس المحكمة في إحدى قراراتها اعتبرت أنه: "لئن كان يحق للمالك أن يطالب تعويضا عن حرمانه من استغلال ملكه المعتدى عليه اعتداء ماديا وإزالة هذا الاعتداء، فإن ذلك مقيد بعدم إتمام مرفق عمومي عليه، حيث لا يمكن حينئذ إلا المطالبة بالتعويض عن رقبة ما انتزع منه بصفة غير مباشرة لحماية للمال العام مع تعويض عن الحرمان من استغلال عقاره منذ الاعتداء المادي إلى إتمام إحداث المرفق العام عليه"²⁸.

أما دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار فهي غير مقيدة بأجل أو مدة، ذلك أن تحقق فعل الاحتلال يخول لصاحب الحق الحصول على قيمة المادية لما تم استغلاله بدون وجه حق.

كما يبرز الاختلاف القائم بين الدعويين في أجل التقادم، فبخصوص دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال إذا كانت ناتجة عن اعتداء مادي فلا يطالها التقادم المسقط، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي: "لكن حيث إنه بخصوص ما يتعلق بخرق الفصلين 106 و387 من قانون الالتزامات والعقود، فإن المحكمة مصدرية القرار المطعون فيه ثبت لها أن موضوع نازلة الحال يتعلق باعتداء مادي على عقار مملوك للخواص ولم تسلك فيه

²⁷ قرار الغرفة الإدارية عدد 263 في 14/3/2013، ملف عدد 729/4/1/2011، أوردته فائزة بلعسري، م.س، ص 37

²⁸ أحمد أجمعون، الاعتداء المادي على الملكية العقارية، م.س، ص 136

مسطرة نزع الملكية، وبالتالي فهو لا يخضع لأي نوع من أنواع التقادم المذكورين في الفصلين أعلاه، ما دام أن الاعتداء مستمر في زمن...²⁹

على نفس المنوال سارت محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش في قرارها الصادر بتاريخ 18 يونيو 2008 عندما قضت بأن "تمسك الإدارة بمشروعية تواجدها بالعقار موضوع النزاع باعتبارها أصبحت مالكة له استنادا إلى الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية، غير سائغ إطلاقا في دعوى التعويض عن الاعتداء المادي على العقار المملوك للغير، طالما أن هذا الاعتداء هو عمل غير مشروع يظل قائما باستمرار بسبب تواجد الإدارة غير المشروع والدائم على العقار ووضعها يدها عليه، ومن تم فما دام أساس تلك الدعوى إنما يقوم على الحرمان الدائم من العقار الذي لا يرتب أي حق للمعتدي الغاصب فإنه لا مجال للمطالبة بإسقاط حق المطالبة بالتعويض تأسيسا على أي نوع من أنواع التقادم"³⁰.

على خلاف دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار إذا كانت ناتجة عن تصرف قائم من جراء جنحة أو شبه جنحة إذ يسري عليها مقتضيات الفصل 106 من ق.ل.ع، وفي كل الأحوال طالما لم يجد أي نص خاص فإنها مبدئيا تخضع للتقادم العادي المنصوص في الفصل 387 من نفس القانون.

وما ينبغي التنبيه إليه، أن هذا الاختلاف يكون فقط عندما تكون المطالبة ناتجة عن الاعتداء المادي لما يطبع هذا الأخير من خصوصية في أحكامه.

المبحث الثاني: صور وتجليات المطالبة بواجب استغلال العقار

تتعدد الحالات التي على أساسها يتم المطالبة بواجب استغلال، فالحق التي تروم حمايته قد يختلف أساسه بين وقائع قانونية أو أفعال مادية، كما قد يستند على التزامات ناتجة عن تصرفات قانونية.

ويصعب من الناحية العملية حصر كل الصور والحالات التي تنبني عليها المطالبة، لذلك سوف نكتفي بالحالات التي تحتل حيزا كبيرا ضمن المنازعات القضائية المعروضة أمام أنظار المحاكم.

²⁹ قرار الغرفة الإدارية عدد 441 المؤرخ في 9/5/2013 أوردهه فائزة بلعسكري، م.س، ص 38

³⁰ قرار عدد 283 في الملف عدد 49/6/06 بتاريخ 18/06/2008، أورده أحمد أجعون، م.س، ص 131

ولذلك سيتم معالجة هذا المبحث من خلال الحديث عن تطبيقات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في إطار الاستثناء والاحتلال غير المشروع للعقار (كمطلب أول) ثم التطرق إلى تطبيقات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في إطار انحلال العقد (كمطلب ثاني).

ولا بأس بتحليل كل محور على حدة.

المطلب الأول: تطبيقات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في إطار الاستثناء

والاحتلال غير المشروع للعقار

سنتناول في هذا المطلب أهم تطبيقات الدعوى عندما تقوم على فعل الاستثناء بالاستغلال التي لها أكثر من مظهر (الفقرة الأولى) على أن نخصص الحديث عن الاعتداء والاحتلال غير المشروع للعقار في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في حالات الاستثناء بالعقار

قد تتخذ دعوى المطالبة بواجب استغلال عقار شكل تقديم حساب يرفعها المدعي لإلزام المدعى عليه بتصفية حساب حول مداخل العقار وسداد الباقي في ذمته، كطلب الشريك المشتاع بغلة الشيء المشترك عند أخذ الشريك الآخر ما زاد على نصيبه (أولاً) كما يمكن المطالبة بها في حالة انفراد بالأجزاء الشائعة في إطار الملكية المشتركة (ثانياً)، إلى جانب ذلك، حماية لذوي الحقوق في إطار العقارات الموزعة على الفلاحين المتأتية من الملك الخاص للدولة، يمكن لورثة المستفيد المطالبة بواجب استغلال العقار متى حرما من نصيبهم خلال المدة الفاصلة بين تاريخ موت المستفيد وتاريخ تعيين المستفيد الجديد³¹ (ثالثاً).

أولاً : انفراد بالاستغلال في إطار ملك مشاع

تروج أمام المحاكم عدة ملفات تتعلق بنزاعات مرتبطة بعقارات يحكمها نظام الملكية المشاعة، فعندما يتوفى شخص ويترك جملة من العقارات ولا يبادر الورثة إلى قسمتها، فإن الحيازة في الغالب تعود إلى البعض دون غيرهم، مما يدفع غير الحائز المطالبة بحقوقه جراء الانفراد باستغلال ما يؤول إليه من نصيب.

³¹ عبد العالي دقوقي، الإشكالات القانونية والعملية لتوزيع الأراضي الفلاحية المتأتية من الملك الخاص للدولة، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و26 نونبر 2016، العقار والتعمير والاستثمار، ص 233

يحق للمالك المشتاع أن يستعمل حصته وينتفع بها بكافة الأوجه المشروعة، فإن كان الشيء المشترك عبارة عن دار له أن يسكن في حصته، وإن كان بئرا له أن يستعمله في أخذ ماء.

كما له حق استغلال حصته إما بأخذ نصيبه من الثمار الناتجة عن المال المشاع أو أن يأخذ من كرائه ما يعادل حصته فيه، وهو غير مقيد في ذلك إلا بمراعاة الالتزامات الواردة في الفصل 962 و964 و965 من ق.ل.ع كما يلي:

ألا يستعمل حصته في الشيء الشائع استعمالا يتنافى مع طبيعته أو مع الغرض الذي أعد له. ألا يستعمله استعمالا يتعارض مع مصلحة بقية المالكين أو على وجه يترتب عليه حرمانهم من أن يستعملوه بدورهم.

أن يكون الشيء المشترك قابلا للقسمة بطبيعته، وإذا لم يكن كذلك فليس للشريك سوى أخذ غلته بنسبة نصيبه.

أن يقدم حسابا عما أخذه زائدا على نصيبه من الغلة³².

وبذلك، فالمال الشائع مملوك لجميع الشركاء، حيث لا يختص به أحدهم أو بعضهم، ومن ثم فإنه لا يحق لأي شريك أن يستأثر بالاستغلال به، حيث لباقي الشركاء الرجوع عليه بما يتناسب مع حصصهم، من خلال دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار.

وفي هذا الإطار، ضمانا لحق الشريك في الحصول على واجبه، قضت المحكمة الابتدائية بمكناس في حكم لها تاريخ 11/02/2019 بقاعدة مفادها التمكين من واجب الاستغلال طالما لم يثبت المدعى عليه تسليم نصيب المدعي من العقارات المملوكة على شياع، مما جاء في حيثياته³³: "حيث يهدف الطلب إلى الحكم على المدعى عليهما بأدائهما للمدعية نصيبها من واجب استغلال العقارات موضوع الدعوى.

³² إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، الطبعة الثالثة 2019، ص 311 و312

³³ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 174 بتاريخ 11/02/2019 في ملف مدني عدد 28/1201/2018 (غير منشور).
تكون المطالبة في حدود نصيب كل وارث، حيث اعتبرت محكمة النقض بأنه: "لما كان موضوع الدعوى هو أداء الورثة تعويضا للمدعي عن الحرمان من واجب الاستغلال عن طريق كراء عقارات للغير لمدة طويلة، فإنهم يسألون في حدود أموال التركة باعتبارهم ورثة و موصى لهم وبنسبة مناب كل واحد منهم ولا يمكن مساءلتهم متضامنين لأن المديونية بالتضامن تمس كامل الذمة المالية للمدين، وهذه الحالة تنتفي في حق الوارث"

قرار صادر عن محكمة النقض عدد 524 بتاريخ 30/01/2012 ملف عدد 3338/1/2/2010 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض سنة 2012، أورده حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي الجزء الأول، القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الطبعة 2016، ص 72

وحيث أدلت المدعية بشواهد عقارية لإثبات ملكيتها على الشياخ إلى جانب المدعى عليهما للعقارات المدعى فيها.

...وحيث إنه أمام عدم إثبات المدعى عليهم كونهم يسلمون للمدعية نصيبها من واجب استغلال العقارات موضوع الدعوى والمملوكة على الشياخ للطرفين يكون طلب واجب الاستغلال مؤسسا في مبدئه وجديرا بالاستجابة وبالنسبة للمبلغ المستحق فقد أمرت المحكمة بإجراء خبرة "...".

نجد كذلك محكمة الاستئناف بفاس في إحدى قراراتها الصادرة في الموضوع، أكدت بدورها على ما أشرنا إليه أعلاه، حيث جاء بحيثياته³⁴: "حيث بالرجوع إلى محضر إثبات حال موضوع ملف عقود مختلفة 3274/33/2013 بتاريخ 05/12/2013 المنجز من طرف المفوض القضائي يتبين بأن المستأنفة الأصلية هي التي تستأثر باستغلال الفيلا موضوع الدعوى، مما يكون معه باقي المستأنفين محقين في واجب الاستغلال، مما يضع على كاهلها التزام بأداء واجب الاستغلال لباقي الشركاء غير المنتفعين.

...وحيث انتهى السيد الخبير إلى تحديد واجب الاستغلال الإجمالي للفيلا موضوع الدعوى عن المدة الممتدة من نونبر 2007 إلى غاية دجنبر 2013 في مبلغ 1204350 درهم أي بحساب 16275 درهم شهريا.

...وحيث لم يرق بالملف دليل على أداء المستأنفة الأصلية لواجب استغلال الفيلا عن المدة من 01/01/2014 إلى متم مارس 2017 لفائدة المستأنفين xxx، مما يبقى معه الطلب الإضافي مؤسسا، ويتعين الاستجابة له "...".

ثانيا: حالة انفرد بالاستغلال في إطار الملكية المشتركة للعقارات المبنية

ومن الحالات التي يمكن للشريك في إطار الملكية المشتركة المطالبة بواجب استغلال العقار، نجد حالة انفرد الشريك باستغلال الأجزاء الشائعة وحرمان باقي الشركاء منها ، حيث جاء في حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو يقضي بالتعويض جراء هذا الفعل، من حيثياته³⁵: "وحيث إن صفة المدعي كمالك للسكنى الكائنة بعنوانه أعلاه قائمة

³⁴ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس رقم 1254/2017 بتاريخ 24/07/2017 في ملف مدني 1125/1201/2015 المضموم له الملف عدد 65/16 (غير منشور).

³⁵ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 91 بتاريخ 11/03/2019 في ملف مدني رقم 244/1201/18 (غير منشور) وبذلك قضت المحكمة على المدعى عليه بإزالة البيت القصدي المتواجد بسطح البناية ونقل أغراضه منه تحت طائلة غرامة تهيديية قدرها 100 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ، وبأدائه تعويضا مدنيا قدره ألف درهم عن الإنفرد باستغلال البيت المتواجد بالسطح والمنفعة بالمدخل الرئيسي للمنزل عن المدة من 01/06/2018 إلى تاريخ إجراء الخبرة.

بموجب رسم الشراء المضمن بعدد 217 صحيفة 205 بتاريخ 31/05/2018، وقد عزز طلبه بمحضر معاينة مؤرخ في 13/07/2018 ...

حيث إنه بالنظر لعدم توفر المحكمة على العناصر الكافية للبت في الطلب أصدرت بتاريخ 29/10/2018 حكماً تمهيدياً بتعين الخبير قصد تقدير التعويض المستحق للمدعي عن الحرمان من استغلال البيتين موضوع النزاع خلال المدة ما بين 01/06/2018 إلى تاريخ إجراء الخبرة.

وحيث إنه إنكار المدعى عليه إحدائه للبيت القصديري المتواجد بسطح البناية خلال تعقيبه على الخبرة يفنذه إقراره بذلك عند استجوابه من طرف المفوض القضائي.

وحيث تنص المادة 4 من القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة المطبق على العقارات غير المحفظة أيضاً على أنه *تعد أجزاء مشتركة: السطوح المعدة للاستعمال المشترك ... الدرج والممرات* مما يتعين رد ملتمس المدعى عليه الرامي لإجراء بحث مع شهوده لإثبات أن البيتين موضوع النزاع من مشمولات عقد الكراء".

وبذلك، فالأجزاء المشتركة مخصصة للانتفاع والاستعمال من طرف جميع الملاك المشتركين، ولا يحق للانفراد باستغلالها.

ثالثاً: مطالبة ذوي الحقوق بواجب استغلال العقار في إطار توزيع الأراضي الفلاحية

يجد هذا الواجب أساسه القانوني في الفقرة الأخيرة من الفصل 15 من الظهير رقم 1.72.277 كما تم تعديله بالقانون رقم 06.01 المتعلق بمنح بعض الفلاحين أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص و التي نصت على "غير أن الورثة يكونون ملزمين على وجه التضامن باستثمار القطعة والمحافظة على عناصر استغلالها إلى أن يتقرر تسليمها أو استرجاعها".

ولذلك قد نتصور في الواقع أن يلجأ أحد الورثة إلى الإنفراد باستغلال القطعة لوحده، دون السماح لإخوته بذلك، فيستمر في الاستفادة من قطعة موروثه إلى أن يتقرر تسليمها له بصفة نهائية، خاصة وأن الفترة بين تاريخ وفاة الهالك المستفيد، وتاريخ إعادة تسليمها قد يمتد لعدة سنوات.

و قد أكدت على ذلك محكمة النقض في قرار لها³⁶ صادر بتاريخ 14 ماي 2013 "... وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه وفي إطار تقييمها للأدلة المعروضة عليها لما تبين لها بأن الطاعنين انفرادا باستغلال القطعة موضوع النزاع وامتنعا عن تسليم المطلوبين لواجبهما في استغلالها وعن التخلي عن حصتهما فيها قصد استغلالها على وجه التضامن واستندت لمقتضيات ظهير 1972/12/29 ... وأنه سبق أن صدر قرار عند هذه المحكمة بتاريخ 9/7/05 في الملف عدد 322/04/6 قضى على المستأنفين بأدائهم للمستأنف عليها تعويضا عن استغلال المدعى فيه عن السنوات الفلاحية من 1998 إلى 2007 وهو قرار نهائي، فإنه بذلك يكون القرار معللا تعليلا كافيا وبالتالي مرتكزا على أساس وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار".

وهذا الأمر نفسه أكدت عليه محكمة الاستئناف بمكناس في قرار لها بتاريخ 04/01/2018، مما جاء في حيثياته:

"وحيث إن المقتضيات الفصل:15 من ظهير 29/12/1972 يوجب على الوارث المسلمة له القطعة أو القطع الأرضية التي كانت في عهدة مورثه أن يؤدي لباقي الورثة قيمة حقوقهم الإرثية وفقا للفريضة الشرعية، وتحدد هاته الحقوق على شكل تعويض مالي يساوي قيمة منابهم في القطع الأرضية الممنوحة للوارث المستفيد من عملية إعادة المنح، فضلا على نصيبهم في الاستغلال مند وفاة مورثهم إلى تاريخ إعادة منحها للمستفيد الجديد في حالة انفراد هذا الأخير بالاستغلال كما في نازلة الحال، ومن ثمة فإن الطلب الرامي إلى الحكم للمدعين (المستأنف عليهم) بقيمة حقوقهم الإرثية في القطع الأرضية موضوع النزاع وكذا بنصيبهم في استغلالها مند وفاة مورثهم بتاريخ 25/02/1993 وإلى أن تقرر إعادة منحها للمستأنفة بتاريخ 06/02/2014 يكون مؤسسا.³⁷

³⁶ القرار عدد 389 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 14 ماي 2013 في الملف المدني عدد 2009/1/6/2012 منشور بمجلة ملفات عقارية العدد 5، سنة 2015 ص 149 وما يليها.

³⁷ قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 06 صادر بتاريخ 04/01/2018 في ملف عقاري رقم 260/1401/17 (غير منشور)

كما جاء في نفس الاتجاه :

قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس ما يلي: "...وحيث إنه بالاطلاع على وثائق الملف وما انصب عليه الاستئناف يتضح أن الأمر يتعلق بطلب قيمة الحقوق في القطعة 5 موضوع الرسوم العقارية xxx وفقا لأحكام الفصل 15 من ظهير 29/12/1972 المتعلق بمنح بعض الفلاحين أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص التي تنص على أنه يتحتم على الوارث المسلمة له القطعة الأرضية أن يؤدي لباقي الورثة قيمة حقوقهم والثابت من عقد التسليم المصحح الإمضاء تحت عدد 1396/04 أن القطعة المذكورة سلمت للمستأنفة -دون غيرها- باعتبارها أحد ورثة المستفيد xxx وقيمة الحقوق حسب ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرارها عدد 439/2 المؤرخ في 11/07/2017 ملف مدني عدد 1994/1/2/2013 و قرارها عدد 439/2 المؤرخ في 18/07/2017 ملف مدني عدد 2768/1/2/2013 هي قيمة الأرض وقت التسليم فضلا عما تدره من غل من تاريخ الوفاة إلى تاريخ التسليم وليس فقط لوازم التجهيز المحددة من طرف اللجنة الإدارية عملا بالفصل 27 من الظهير والحكم المستأنف لما سار في هذا الاتجاه بتحديد قيمة الحقوق

ويلاحظ من خلال القرارات المشار إليها أعلاه، أن القضاء يلزم المستغل بأداء مقابل الاستغلال الذي انفرد بالانتفاع به، من تاريخ وفاة موروثهم المستفيد الأصلي إلى تاريخ إعادة تسليم القطعة لفائدة أحد الورثة، إلا أنه لا يحق للورثة المطالبة بالتعويض عن الاستغلال بعد التسليم لأن هذا النوع من الأراضي لا تنتقل بالإرث عملاً بالمقتضيات الفصول من 9 إلى 15 من ظهير 1972/12/29 و إنما يبقى لهم الحق في طلب قيمتها و هو ما أشار إليه الفصل 15 من الظهير المذكور في فقرته الثانية " يتحتم على الوارث المسلمة له القطعة الأرضية أن يؤدي لباقي الورثة قيمة حقوقهم".

وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 20 يناير 2015 الذي جاء فيه " إذا كانت الفقرة الثانية من الفصل 15 من ظهير 29/12/1972 المتعلق بمنح بعض الفلاحين أراضي فلاحية من ملك الدولة الخاص تنص على أنه يتحتم على الوارث المسلمة له القطعة الأرضية أي يؤدي لباقي الورثة قيمة حقوقهم فإن المدعية غير محقة في طلب التعويض عن مردودية القطعة الأرضية المدعى فيها وإنما في قيمتها، مادامت أرض النزاع أضحت ملكاً لأخ المدعية بالتفويت والبيع له من طرف الدولة"³⁸.

الفقرة الثانية: المطالبة بواجب استغلال العقار في إطار الاعتداء واحتلال العقار

تتعدد مظاهر المطالبة بواجب استغلال العقار نتيجة أفعال مادية، لذلك سنحاول التركيز على أهم التطبيقات من بينها:

I فعل احتلال عقار بدون سند

يعتبر الاحتلال بدون سند أو قانون للعقار من أكثر الحالات التي يتم المطالبة بشأنها بواجب استغلال، فهو يشكل صورة من صور الاعتداء على الحقوق مالك العقار. ويشترط لتحديد معنى الاعتداء على هذه الحقوق بسبب الاحتلال أن تكون الحقوق المشار إليها ثابتة

لباقي الورثة وقت تسليم القطعة المذكورة يكون قد صادف الصواب وما أثارته المستأنفة من دفعات وأسباب غير منتجة مما يتعين معه تأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنفة الصائر".

- قرار رقم 68/2018 بتاريخ 29/01/2018 في ملف مدني عدد 1160/2017 (غير منشور).

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس رقم 2011/2017 صادر بتاريخ 25/12/2017 في ملف مدني عدد 1227/1201/2017 (غير منشور).

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس رقم 336 صادر بتاريخ 22/03/2018 في ملف عقاري عدد 2717/1401/2015 (غير منشور).

³⁸ قرار عدد 29 الصادر بتاريخ 20 يناير 2015 في الملف المدني عدد 3907/1/1/2014 منشور بالنبشة المتخصصة لمحكمة النقض العدد 21 سنة 2015 أورده حسن فتوخ في مرجع: الوسيط في شرح القانون المغربي. الجزء الأول. القواعد الموضوعية للتقيد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، سنة 2016، ص164

لمدعيها وأن يكون المدعى ضده الاعتداء قد استولى وتناول عليها بدون رضی صاحبها لما سيحدث من ضرر لصاحب الحق المذكور³⁹.

والمحتل بدون سند كل من حاز عقار غيره حيازة نشأ عنها إثارؤه وافتقار مقابل لهذا الغير، ثم كل من حاز عقار غيره بالغصب أو التعدي أو الاختلاس أو التدليس أو بكل عمل غير مشروع⁴⁰.

للاحتلال بدون سند ولا قانون له عدة حالات وصور يمكن تقسيمها إلى نوعين: النوع الأول يتجلى في حالة انعدام الحق أو السند منذ بدء الاحتلال، وتتجلى هذه الوضعية في أعمال الغصب والتعدي والاستيلاء الغير المشروع، أما النوع الثاني فيتجلى في حالات فقدان الحق أو السند بعد سبق وجوده وهي حالات متعددة مثل تحقق الشرط الفاسخ الصريح أو انتهاء عقد الإيجار.

وبذلك، فالمالك لحق عيني محق في التصرف في ملكه و المحافظة عليه و ذلك بطرد كل غاصب له⁴¹ والمطالبة بالتعويض عن الاستغلال غير المشروع له.

³⁹ محمد رياض، الإفراغ للاحتلال في إطار القضاء الاستعجالي على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، منازعات الأعمال بين القانون والممارسة، منشورات المجلة المغربية للدراسات واستشارات القانونية 2016، ص 240
⁴⁰ شعيب علاقي طرد محتل بغير سبب مشروع بالطريقة الاستعجالية، بمجلة الميادين، إصدار كلية الحقوق بوجدة عدد 7، ص 71

⁴¹ " جاء في حيثيات حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس ما يلي: "...وحيث ثبت للمحكمة من خلال المذكور أعلاه، أن المناقلة التي يدعيها المدعى عليه لا تتعلق بالسكنى التي تمت المبايعة بشأنها بين الطرفين سنة 2005، وإنما بقطعتين أرضيتين حصل الاتفاق بينهما عليها بتاريخ 03/06/2016 لكنهما لم يوقعا عليها، مما يبقى معه تواجد في السكنى ذات المساحة 130 متر مربع المتواجدة بدوار من قبيل الاحتلال بدون سند، ووجب إفراغه منها..."

-حكم عدد 1126 بتاريخ 23/10/2017 في ملف عقاري 808/1401/16 (غير منشور).

وسبق أن جاء في حكم قضائي آخر لنفس المحكمة ما يلي:

"...وحيث إن تملك المدعين ورثة محمد xxx للشقة موضوع النزاع ثابت بموجب رسم الشراء المستدل به الذي لم يكن محل أي طعن جدي من المدعى عليه، كما أن تواجد المدعى عليه بالشقة المذكورة ثابت من خلال توصله بنفس العنوان المدعى فيه بواسطة زوجته في المرة الأولى وبواسطة أخيه في الاستدعاء الثاني، وطالما أن المدعى عليه لم يبرر بأي موجب مقبول ما يخوله شغل الشقة موضوع الدعوى فإن تواجده بها يعد من قبيل الاحتلال بدون سند الأمر الذي يجعل دعوى المدعين مؤسسة ويكون طلب طرد المدعى عليه منها من شخصه وامتنعه وكل مقيم باسمه مؤسس ويتعين الاستجابة له وفق المسطر بمنطوق الحكم".

-حكم عدد 520 بتاريخ 11/05/2017 في ملف عقاري 727/1401/16 (غير منشور).

وفي نفس الاتجاه جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس ما يلي: "...وحيث إنه باستقراء شهادة الملكية المدلى بها يتبين بأن الملك المسمى بواوفنان ذي الرسم العقاري xxx الكائن بإقليم الحاجب هو في اسم الجماعة السلالية ايت لحسن ويوسف تحت وصاية وزير الداخلية، وأن المدعى عليه حسب تقرير المعاينة المرفق بالملف يضع يده على جزء من وعاء الرسم العقاري المذكور في حدود مساحة 02 هكتار 15 أر 50 سنتييار.

وحيث إن المدعى عليه تواجده في جزء من العقار موضوع النزاع بكونه مالك له بسند قانوني ليس بالملف ما يثبتته مما يكون معه في حكم المحتل بدون سند ويتعين بالتالي إفراغه منه".

-حكم عدد 34 بتاريخ 09/01/2019 في ملف رقم 955/1404/2018 (غير منشور).

وترتيباً على ذلك، فمتى تبت احتلال المدعى عليه للعقار يخول المطالبة بواجب الاستغلال، وهو ما جرى عليه العمل القضائي في العديد من القضايا المعروضة عليه:

جاء في حكم⁴² قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس، تتلخص وقائعه أن المدعى اشترى من المدعى عليه عقار وتملكه مشتراه تملكا تاما، إلا أن البائع لم يسلمه مشتراه مند مرور عدة سنوات، لأجله لتمس الحكم على المدعى عليه بإفراغه من العقار وانتداب خبير عقاري لتحديد قيمة الاستغلال من تاريخ الشراء إلى تاريخ الطلب، مما جاء في حيثياته: "وحيث إنه وأمام إثبات المدعي لأحقية في الانتفاع من العقار المدعى فيه بعقد البيع المرفق بالمقال وبالنظر لكون ما استند عليه المدعي عليه للقول بزورية العقد المذكور لا يرقى إلى مستوى الدفع الجدي لدحض ما جاء في حجة المدعي، فإن حرمان هذا الأخير من حقه في الانتفاع من العقار موضوع النزاع يجعله محقا في طلب التعويض عن حرمانه من استغلاله عن المدة من تاريخ 08/04/2008 إلى غاية 13/07/2017.

وحيث إنه وفي إطار تحقيق الدعوى ولتقدير قيمة واجب استغلال الأرض المدعى فيها خلال المدة المطلوبة أمرت المحكمة بإجراء خبرة خلص فيها الخبير إلى أن واجب استغلال الدار المبيعة عن المدة من 08/04/2008 إلى غاية تاريخ تقديم المقال هو 91.500 درهم، كما أمرت بإجراء خبرة ثانية للخبير xxx الذي انتهى إلى أن واجب استغلال الدار المذكورة عن نفس المدة هو 225.000 درهم...".

وكذلك مما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس⁴³: "حيث يهدف الطلب الى الحكم بإفراغ المدعى عليه من الدكان المشار إليه أعلاه وذلك من شخصه وأمتعته وكل مقيم باسمه وبأدائه لفائدة المدعي واجب استغلال الدكان ... وحيث لم يدل المدعى عليه بسند

⁴² حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 484 بتاريخ 22/05/2019 في ملف عقاري عدد 504/1404/2017 (غير منشور)

في نفس الاتجاه جاء في حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس ما يلي: "وحيث إن مؤدى إقامة المدعى عليه بالمحل موضوع النزاع يبقى دون سند قانوني على اعتبار أنه مشتري له بمقتضى وعد بالبيع منذ سنة 2013 دون إثبات ذلك بحجة مقبولة ودون إذن المالك يخول هذا الأخير طلب طرده من الأماكن المحتلة..."

وان الاستغلال حسب المدة التي تبتدئ من فاتح مارس 2008 إلى تاريخ الخبرة هو 2016/12/7 وهي المدة 105 شهرا وجب عنها مبلغ 84000 درهم .

وحيث ان تقرير الخبرة جاء وفقا للشروط القانونية واحترم مقتضيات الحكم التمهيدي الامر الذي ارتأت معه المحكمة المصادقة عليه

وحيث ان المحكمة بما لها من سلطة تقديرية وأخذا منها بعين الاعتبار ما استندت عليه الخبرة من حيث القيمة الشهرية ومدة الاستغلال ترى تحديد التعويض المستحق للمدعي من جراء استئثار المدعى عليه بعقاره في مبلغ 20000 درهم أخذا منها بعين الاعتبار المدة التي اقر فيها باستغلاله العقار المدعى فيه منذ سنة 2014 حسب إقراره..."

-حكم صادر بتاريخ: 2017/03/23 ملف عقاري رقم: 1401/475 - 2015 (غير منشور)..

⁴³ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس رقم 137 بتاريخ 2008/3/6 ملف عقاري رقم: 2006/477 (غير منشور).

تواجهه بالدكان موضوع النزاع واستغلاله له باستثناء ما ادعاه الطرف المدعي من كونه سلم الدكان لاستغلاله على وجه على البر والإحسان وانه يرغب في وضع حد لعمله الخيري واسترجاع العقار الذي يملكه .

وحيث يكون طلب المدعي الرامي إلى الحكم بإفراغ المدعى عليه من الدكان موضوع النزاع مؤسس وجدير بالاستجابة .

وحيث أدلى المدعى عليه بصورة مقال مستعجل مؤرخ في 2006/4/21 مرفوع الى السيد رئيس المحكمة الابتدائية بفاس يطلب بموجبه الحكم بطرد المدعى عليه من المحل الذي يعتمره على سبيل الخير والإحسان . وحيث أن من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها .

وحيث ان استمرار المدعى عليه في الانتفاع بالدكان الذي يستغله على وجه الخير والإحسان رغم مطالبة مالكة المدعي باسترجاعه منه بجعل طلب الحكم بتعويضه عن حرمانه من استغلاله ابتداء من تاريخ المطالبة القضائية المذكورة مؤسسا وجديرا بالاستجابة".

ونفس السياق نجد محكمة الاستئناف بفاس في معرض حيثيات إحدى قراراتها⁴⁴ الذي يشير إلى ما يلي: "...وحيث إن واقعة احتلال المستأنف للدكان موضوع الدعوى يبقى ثابتا بموجب القرار لاستئنافي المشار إليه أعلاه، والذي يعتبر حجة على الوقائع التي تثبتتها طبقا للفصل 418 من ق ل ع مما تكون معه المستأنف عليها محقة في طلب التعويض عن واجب الاستغلال منذ 07/06/2010 إلى تاريخ تنفيذ القرار الاستئنافي القاضي بإفراغ الدكان في 16/03/2016 وهو ما قضى به الحكم الابتدائي عن صواب مما يتعين معه تأييده".

ولكن إذا كان الحائز لعقار بحسن نية بمقتضى حجة يجهل عيوبها لا يلزم بالتعويض عن الاستغلال، وهو ما يستتشف من قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة معتبرة بأنه: "الحائز لعقار بحسن نية هو الذي لا يلزم بالتعويض عن الاستغلال وحسن النية يفترض إلى

⁴⁴ قرار رقم 1860/2017 بتاريخ 27/11/2017 في ملف مدني رقم 1668/1201/2017 (غير منشور).

في نفس الإطار:

قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 13/01/98 الذي جاء فيه ما يلي: "...وحيث أن طلب الشركة المدنية العقارية يهدف إلى طرد المدعى عليه من المدعى فيه وأدائه لها تعويضا عن الاستغلال قدره 8000 درهم عن المدة الممتدة من يونيو 1995 إلى تم شهر شنتبر 1996.

وحيث أن المدعية عززت طلبها بشهادة عقارية للرسم العقاري عدد 66387 تفيد أنها المالكة للعقار موضوع هذا الرسم العقاري. وحيث أن المالك لحق عيني محق في التصرف في ملكه والمحافظة عليه ومن ذلك طرد كل غاصب له.

وحيث إن المستأنف لا ينكر تواجده في جزء من المدعى فيه واستغلاله وهو ما تؤكد الأحكام المرفقة بالملف القاضية عليه بأدائه للمدعية تعويضا عن الاستغلال والخبرة المصادق عليها في هذا الشأن".

قرار عدد 204 بتاريخ 13/01/98 في الملف العقاري عدد 5594/97 منشور بمجلة رسالة المحاماة عدد 16 ماي 2001، ص 199 وما يليها.

أن يثبت العكس قرار المجلس الأعلى عدد 1539 المؤرخ في 2/5/2007 ملف عدد 3482/1/2/05.

وحيث أن الحائز الحسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها وتبعاً لما ذكر في الحيثيات أعلاه تبقى مسؤولية المستأنفة عليها قائمة ملزمة بالتعويض عن الاستغلال وما ذهب إليه الحكم المستأنف بجانب للصواب وتعين إلغاؤه⁴⁵.

كما لا يلزم بأداء الواجب عن الاستغلال في حالة تواجد المدعى عليه بالعقار بناء على حجة أو حق حيث قضت المحكمة الابتدائية بمكناس برفض الطلب جراء ذلك، ومما جاء في حيثيات الحكم⁴⁶: "...وحيث إن ملكية المدعية للعقار موضوع الدعوى ثابت استناداً إلى شهادة الملكية المدلى بها بالملف التي تفيد كون العقار المذكور في اسمها.

وحيث أنه بالنسبة لطلب الاستغلال فإن المحكمة تبث لديها بكون تواجد المدعى عليه كان مستنداً لحجة وهي عقد الكراء المدلى بنسخة منه بالملف المؤرخ في 16/09/2003 مما يبقى معه ادعاء الاحتلال بدون سند غير مؤسس مما يستتبع معه رفض طلب الاستغلال المستند إليه".

كما اعتبر القضاء الحاضنة التي ظلت ساكنة في البيت الزوجية غير ملزمة بأداء الواجب عن استغلال العقار طالما لم يلتزم بأداء ما عليه من تكاليف ناتجة عن إنهاء العلاقة الزوجية، وهو ما جاء في حكم⁴⁷ صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس الذي قضى بما يلي: "حيث يرمي المدعي من طلبه الحكم على المدعى عليها بأدائها لفائدته مبلغ 1000 درهم شهرياً واجب استغلالها لشقة عن المدة من 08/02/2016 إلى 08/11/2016 ترتب عنها مبلغ 9000 درهم ولو بعد إجراء الخبرة والحكم بإفراغ المدعى عليها من الشقة ...

وحيث إنه بخصوص طلب الحكم على المدعى عليها بأدائها لفائدة المدعي مبلغ 9000 درهم واجب استغلالها للشقة موضوع النزاع عن المدة من 08/06/2016 إلى 08/11/2016 بحساب 1000 درهم شهرياً ولو بعد إجراء خبرة فإن المدعي أطر هذا الطلب في إطار التعويض عن الحرمان من الاستغلال والحال أن تواجد المدعى عليها بتلك الشقة خلال تلك المدة لم يكن من قبيل الغضب والتعدي ولكن باعتبارها حاضنة حولها المشرع وفقاً للفصل

⁴⁵ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة رقم 226 بتاريخ 02/06/2008 في ملف رقم 4/210/07 منشور بمجلة الأملاك عدد 13 سنة 2013، ص 181 وما يليها.

⁴⁶ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 186 بتاريخ 12/02/2019 في ملف مدني عدد 1470/1201/2017 (غير منشور).

⁴⁷ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس عدد 169 بتاريخ 09/02/2017 في ملف عقارى 864/1401/2016 (غير منشور).

168 من مدونة الأسرة في فقرته الثالثة الحق في البقاء ببيت الزوجية خلال المدة المطلوب عنها التعويض عن الحرمان من الاستغلال ليس من قبيل الغصب والتعدي ويتعين رفض الطلب المؤطر في التعويض عن الحرمان من الاستغلال عن تلك المدة السابقة لتنفيذ الحكم من قبل المفارق ويبقى للمدعي الحق في الرجوع على الحاضنة لاسترداد مقابل السكن الذي أداه لها تنفيذا للحكم القاضي بالتطليق عن المدة التي ظلت ببيت الزوجية وهو مالم يؤطر المدعي طلبه في نازلة الحال".

2 فعل انتزاع عقار من حيازة الغير

عمل المشرع المغربي على تخصيص فصل واحد ضمن الفرع الخامس من الباب التاسع من مجموعة القانون الجنائي للاعتداء على الأملاك العقارية وهو الفصل 48⁴⁸، حيث حدد الأفعال المجرمة التي تنصب على انتزاع عقار من حيازة الغير، عندما تقترب بعنصر الخلصة أو التدليس أو بأي وسيلة من الوسائل المشار إليها في الفصل المذكور.

ويتطلب لقيام جنحة انتزاع الحيازة توفر ركن مادي يتجسد في قيام المنتزع بأعمال تؤدي إلى قطع الصلة بين العقار و حائزه الشرعي من جهة، ووضع اليد عليه من جهة أخرى، بالإضافة إلى ركن معنوي يتمثل في انصراف نية الجاني إلى حرمان الحائز من حيازته و استغلاله بإحدى الطرق المحددة قانونا.

يتجلى الركن المادي في جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير، في فعل الانتزاع الذي يقوم به المتهم لنزع العقار من حيازة الحائز وجعله تحت سيطرته الفعلية، أو حرمانه من التمتع بحيازته الكاملة والتشويش عليها. هذا الركن المادي قد يتخذ أشكالا متنوعة منها ما يندرج تحت أعمال المنع من الاستغلال والتشويش على الحيازة والاعتداء على العقارات بالتخصيص ومنها ما يتعلق بانتزاع الحيازة في حالات الملكية الشائعة، تضيق طريق عمومية والرجوع إلى العقار بعد إفراغه بسند قضائي أو إداري⁴⁹.

لكن ما ينبغي التنبيه إليه في هذا الإطار، أن رفع دعوى المطالبة بواجب استغلال بناء على جنحة انتزاع العقار تقتضي وجود عنصر التصرف والاستغلال بأي وجه كان في

⁴⁸ "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم من انتزاع عقارا من حيازة غيره خلصة أو باستعمال التدليس.

فإذا وقع انتزاع الحيازة ليلا أو باستعمال العنف أو التهديد أو التسلق أو الكسر أو بواسطة أشخاص متعددين أو كان الجاني أو أحد الجناة يحمل سلاحا ظاهرا أو مخبأ فإن الحبس يكون من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة من مائتين إلى سبعمائة وخمسين درهما".

⁴⁹ سعيد الوردي، جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير دراسة فقهية وقضائية في ضوء أحكام الفصل 570 من القانون الجنائي المغربي، الطبعة الأولى 2018، ص 13

الأرض المنتزع حيازتها (مثلا: بالسكنى⁵⁰ أو الترامي على الأرض وسائر الأفعال التي تشكل نوعا من التمتع بالحيازة والانتفاع بها).

وبذلك يكون للمتضرر من الجريمة، أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، وغالبا ما يقوم برفع دعوى مدنية أمام القضاء الجزري إلى جانب الدعوى العمومية، أو دعوى أصلية أمام القضاء المدني، من قبيل ذلك ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 28 مارس 2019 ما يلي: "وحيث إنه من الثابت من وثائق الملف و لاسيما القرار الاستئنافي رقم 3017/16 الصادر بتاريخ 14/07/2016 أن المدعى عليه كان يستأثر باستغلال العقار المذكور دون وجه حق اذ قضى بثبوت فعل انتزاع عقار من حيازة الغير في حق المدعى عليه الحالي.

وحيث أنه بعد ثبوت الفعل المخالف للقانون و المتسبب للضرر يتعين التعويض عنه طبقا للفصلين 78 و 98 من قانون الالتزامات و العقود.

وحيث إن الضرر المدعى فيه نقطة تقنية تتجاوز المحكمة مما قررت معه انتداب خبير للقيام بالمأمورية... وحيث جاء في تقرير الخبرة أن واجب استغلال القطعة الأرضية موضوع الإجراء عن المدة من 25/12/2007 إلى 28/11/2016 هو عشرة آلاف وسبعمائة درهم (10700).

مما يكون معه طلب التعويض مؤسسا قانونا و يتعين الاستجابة له وفق منطوق الحكم.⁵¹

ويثار في هذا الإطار تساؤلا حول ما إذا كان التعويض المحكوم به في إطار الدعوى المدنية التابعة بعد الإدانة يحول دون رفع دعوى مدنية للمطالبة بواجب الاستغلال؟

جوابا عن ذلك، ذهب قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/02/06 " أن التعويض المحكوم به في إطار الدعوى المدنية التابعة بعد إدانة المتهم من أجل فعل الاستيلاء

⁵⁰ من النوازل التي سبقت وأن عرضت على القضاء نجد محاولة أخذ النصيب بالقوة واستغلال الكامل للعقار، حيث يشكل هذا الفعل انتزاعا لعقار من حيازة الغير، وهو ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو مما ورد في حثياته: "...وحيث ثبت للمحكمة من خلال شهادة هذه الشاهدة أن المطالبة بالحق المدني هي التي تستغل وتتصرف في المنزل موضوع النزاع مند وفاة زوجها وأن المتهم مند زواجه من الزوجة الثانية مند ما يقارب الخمس عشر سنة انتقل للعيش بمسكن مستقل... وخلال هذه المدة فإن والدته المطالبة بالحق المدني هي من تحوز المنزل وتتصرف فيه بجميع غرفه... وحيث إن واقعة الحيازة المادية بمفهوم الفصل 570 من القانون الجنائي ثابتة للمطالبة بالحق المدني بشهادة الشاهدة التي أكدت خلال مراحل الدعوى أن المتهم قام بالهجوم على المنزل في غياب المشتكية والدته ومنعها من التصرف في جميع المنزل بمنحها غرفة واحدة فقط.

وحيث إن محكمة النقض سارت في العديد من قراراتها في مثل نازلة الحال أن الحيازة الهادئة مقدمة على إدعاء الملك بالإرث غير المقرون بالحيازة.

وحيث إنه ونظرا للعلل أعلاه تكون أركان جنحة الانتزاع عقار من حيازة الغير ثابتة في حق المتهم مما تكون معه المحكمة من الدرجة الأولى قد صادقت الصواب فيما خلصت إليه من إدانة المتهم من أجل جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير مما ارتأت تأييد الحكم الابتدائي في جميع ما قضى به "... حكم المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 5 الصادر بتاريخ 17/05/2017، في الملف الجنحي بعد النقض عدد 601/2801/2016، أورده سعيد الوردي، م.س، ص 24 و 25.

⁵¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس عدد 965 بتاريخ 28/03/2019 في ملف مدني 1994/1201/17 (غير منشور).

يحول دون قيام الدعوى المدنية للتعويض عن الاستغلال، لأن التعويض المحكوم به في الدعويين معا ناتج عن نفس الفعل الضار ويخضع تقديره لأحكام الفصل 98 من قانون الالتزامات و العقود، وأن المحكمة حينما اعتبرت التعويض في إطار الدعويين مختلف وقضت بالتعويض عن الاستغلال بعد استفادة المدعي عن التعويض في إطار الدعوى المدنية التابعة تكون قد أهملت سببية البت الثابتة للقرار الجنحي فيما يخص المدة السابقة لصدوره و عرضت قرارها للنقض⁵².

وبالتالي يتبين من خلال هذا القرار أن التعويض المدني المحكوم به على مستوى دعوى المدنية التابعة، نتيجة ما حرم به المدعي من استغلال عقاره طيلة المدة التي ثبت فيها فعل انتزاع، يغني عن رفع دعوى مستقلة للمطالبة بواجب استغلال، طالما قد سبق للمتضرر أن نصب نفسه كطرف مدني وحصل على ما يجبر ضرره سواء من ناحية التعويض عن الجريمة من جهة والمطالبة بالاستغلال من جهة ثانية.

3 الالتصاق بفعل الإنسان

يعد البناء أو الغرس أو إحداث منشآت في أرض الغير من الأعمال المادية التي يجوز للمتضرر منها إمكانية المطالبة بواجب استغلال العقار كتعويض عن الفترة التي حرم من الانتفاع بملكيتها، وحاول المشرع التمييز ضمن أحكام الالتصاق كما هي منظمة في مدونة الحقوق العينية⁵³ بين القائم بها عن حسن أو سوء نية⁵⁴.

⁵² قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 06/02/2008 تحت عدد 532 في الملف عدد 2693/06 أورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، طبعة الثالثة 2013، ص352 ومايلها.

⁵³ قسم الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية، الفصل الثاني المواد من 227 إلى 238

⁵⁴ جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 08 مارس 2016 "إن البناء في أرض الغير يملكه مالك الأرض بالالتصاق، ولا يكون للباني إلا حق شخصي مع خيار مالك الأرض بين أداء قيمة المواد على فرض نقض البناء في حالة سوء نية، أو أداء قيمة المواد وأجرة اليد العاملة أو قيمة التحسين المضاف إلى الأرض في حالة حسن نية الباني. والمحكمة لما عللت قرارها بأن حكم الاستحقاق لا يقتضي التخلي، دون أن تعمل الأحكام أعلاه عند طلب المطلوب أو تحكم عليه بالتخلي عن الأرض، إذا ما تبين لها ولو عن طريق تحقيق أن البناء واقع في الأرض المستحقة للطالبيين، تكون خرقت الأحكام أعلاه وعرضت قرارها للنقض".

= قرار صادر عن محكمة النقض عدد 190 بتاريخ 08/03/2016 في الملف عدد 4336/1/3/2015 منشور في مجلة قضاء محكمة النقض عدد 81، سنة الإصدار 2017، ص24 وما يليها.

في نفس الاتجاه:

حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس رقم 31 بتاريخ 09/01/2019 في ملف عقاري رقم 507/1404/2017 (غير منشور)

"...وحيث إنه طبقا للمادة 22 من مدونة الحقوق العينية فإن لمالك العقار أن يطلب استحقاق ملكه ممن يكون قد استولى عليه دون حق ممن يكون قد استولى عليه دون حق مما يكون المدعين استنادا لما ذكر أعلاه هما المستحقين للجزء المستولى عليه من طرف المدعى عليهما و المقدر ب100 متر مربع، ولأن هذين الأخيرين حسني النية على اعتبار أنهما يحوزان العقار بحجة جهلان عيوبها حسب الفصل 103 من ق ل ع، ولكون المدعين لم يفعلوا مقتضيات الفقرة الثانية من مدونة الحقوق العينية التي تقتضي بأن لمالك العقار خيارين إما أن يؤدي قيمج المواد مع أجرة يد العاملة، أو أن يدفع مبلغا يعادل ما يزيد قيمة الملك، ولكون القاعدتين الفقهييتين تقضيان بأنه لا ضرر ولا ضرار، و أن الضرر لا يزال بضرر أشد منه وإنما بما هو أخف منه، وبالتالي فدفعنا لضرر أكبر هو الهدم الذي سينتج عن إفراغ المدعى عليهما فإنه لم يبقى للمدعين سوى الحق في التعويض جبرا للضرر الحاصل لهما "قرار محكمة النقض عدد

ومؤيدنا في ذلك، ما جاءت به المحكمة الابتدائية في حكم صادر عنها بتاريخ 8 ماي 2008 حيث قضت بتعويض عن استغلال وأداء تعويض جراء التطاول على العقار يوازي قيمة المساحة موضوع البناء الذي تعذر رفعه، أخذا بعين الاعتبار معدل الأثمنة المتعامل بها في نفس المنطقة، و مما جاء في حيثياته⁵⁵ : " حيث يهدف الطلب الى الحكم على المدخلين في الدعوى xxx بادائها لفائدة المدعين فرعيا مبلغ 152000 درهم قيمة التطاول اضافة الى تعويض عن الحرمان من الاستغلال قدره 50000 درهم مع النفاذ المعجل والصائر وتحديد الاجبار في الاقصى .

وحيث ان المحكمة بما لها من سلطة تقديرية وأخذا منها بعين الاعتبار نتيجة الخبرة ترى تحديد التعويض المستحق للمدعين فرعيا من جراء تطاول عقار المدعى عليهما فرعيا على عقارهما في مبلغ 152000 درهم إضافة الى مبلغ 12000 درهم كتعويض إجمالي عن حرمانهما من استغلال مساحة 40 متر مربعا المقتطعة من العقار المملوك لهما".

4 عدم احترام المساحة المخصصة للاستغلال في العقد

قد تتخذ المطالبة بناء على تصرفات قانونية في الحالة التي لا يتم احترام المساحة المخصصة للاستغلال في العقد وغير المتفق عليها، وهو ما أقرت به محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 13/12/2011 مما جاء فيه⁵⁶: "...وتعيب الطاعنة على القرار في وسيلتها الثانية نقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن عقد كرائها للمحل التجاري من المطلوب في النقض المؤرخ في 01/06/1990 الذي خصصته للصيدلية يستلزم استعمال لوحة الصليب والهلال، إذ لا يعقل أن تكون الصيدلية بدونهما. ثم إن المدعي إن لم يتقدم بدعواه إلا بعد 17 سنة من إبرام العقد. وهو ما يدل على أنه يود الإثراء بلا سبب على حسابها بمطالبتها بالتعويض.

933 في الملف المدني عدد 4127/05 منشور بمجلة الملف عدد 13 ص 218 وما يليها"، وهو الأمر الذي حدده الخبير المعين بمقتضى الأمر التمهيدي أعلاه في مبلغ 200000 درهم على أساس 2000 درهم للمتر، ولكون هذا الأخير أخذ بعين الاعتبار معدل الأثمنة المتعامل بها في نفس المنطقة فإن تقريره كان موضوعيا ووجب تبنيه."

قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالبيضاء بتاريخ 27/09/89 تحت عدد 1005 في الملف الشرعي عدد 150/88 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 63 سنة 1991، ص 128 وما يليها.

قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 22/02/06 تحت عدد 564 في الملف المدني عدد 3599/04 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 67 سنة 2007 ص 89 وما يليها.

قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 28/02/12 تحت عدد 171 في الملف عدد 431/11/11 منشور بمجلة ملفات عقارية عدد 3 سنة 2013 ص 146 وما يليها.

⁵⁵ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس رقم 291 موافق ل 2008/5/8 ملف عقاري رقم: 2007/17 (غير منشور)
⁵⁶ قرار عدد 5389 المؤرخ في 13/12/2011 في ملف مدني 2019/1/5/2011، أورده عمر أزوكار، م.س، ص 396 وما يليها.

لكن من جهة، فإن الطاعنة لم تنازع في مقالها الاستثنائي في كون اللوحات الإشهادية معلقة على واجهة الطبقات الثلاثة لمنزل المطلوب في النقص. ومحكمة الاستئناف حينما صرحت بأن المستأنفة لا تنكر تعليق اللوحات الإشهارية كان تعليلها مطابقاً لأوراق الملف.

ومن جهة ثانية فإن وجود عقد كراء لمحل الصيدلية لا يخول الحق المكتري في استغلال ما سواه بإثبات اللوحات الإشهارية على غير واجهة العين المكراة ولا يعتبر ذلك من مستلزمات عقد الكراء."

كما قد اعتبرت في قرار سابق لها أنه:" لا يعتبر المكري مقراً بأحقية المكتري في استغلال جزء من العقار غير مكري له استناداً على طلبه الرفع من السومة الكرائية بعد استغلال المكتري لهذا الجزء.

يوجب على المكتري استغلال العين المكراة في الحدود المتفق عليها مع المكري ولا يحق له تجاوز ذلك"⁵⁷.

المطلب الثاني: تطبيقات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في إطار انحلال العقد

يترتب على صحة العقد متى نشأ صحيحاً وفقاً للأركان والشروط التي يتطلبها القانون آثار قانونية ملزمة لكلا الطرفين، بحيث يصبح المتعاقدين خاضعين لقوة العقد وما يترتب من التزامات تعاقدية ما دامت الرابطة العقدية قائمة⁵⁸، غير أنه قد يتعذر تنفيذه كما لو أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، حيث يحق للطرف الآخر التحلل من التزاماته المتقابلة، وذلك عن طريق مؤسسة الفسخ⁵⁹.

وفي مقابل ذلك، قد يكون العقد مستوفياً لجميع أركانه، ولكن بعض شروطه ناقصة أو يشوبها عيب، فإنه يعطي للمتعاقد الذي يضر من وجودها الرخصة في إهدار العقد فيكون بذلك العقد قابلاً للإبطال⁶⁰، أما إذا افتقر لأحد أركانه فإنه هو والعدم سواء فيكون آنذاك باطلاً⁶¹.

⁵⁷ قرار عدد 1954 المؤرخ بتاريخ 14/06/2006 في ملف مدني عدد 2117/1/3/2005، أورده عمر أزوكار، ص 467 وما يليها.
⁵⁸ الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود ينص "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

⁵⁹ انظر الفصل 259 و 260 من قانون الالتزامات والعقود المغربي

⁶⁰ الفصل 311 من قانون الالتزامات والعقود، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) كما تم تعديله بقانون رقم 26 أغسطس 2019

⁶¹ الفقرة الثانية من الفصل 306 من ق.ل.ع

وفي هذه الحالات قد يكون أحد أطراف قد حاز العقار واستغله في مدة زمنية محددة، وتبعاً لذلك يطرح التساؤل هل الاسترداد الناتج عن البطلان أو الإبطال يخول للمتضرر مطالبة المنتفع من العقار بالتعويض كمقابل جراء الاستغلال؟ وما مدى إمكانية المطالبة بتعويض عن استغلال طيلة المدة التي سبقت التصريح بالفسخ؟

يعتبر العقد الباطل طبقاً للقاعدة العامة عدماً، والعدم لا ينتج إلا العدم، وعلى ذلك فالعقد الباطل لا يترتب أي من الآثار التي انصرفت إليها إرادة المتعاقدين، فهو كعقد لا وجود له، ولا يترتب أي أثر من آثاره الأصلية، ولكنه كواقعة مادية يمكن أن يترتب آثاراً عرضية⁶²، وفق ما نص عليه المشرع في مطلع الفصل 306 من ق.ل.ع بأن "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له...".

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه، انعدم منذ البداية، وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء، حيث نص الفصل 316 على أنه: "يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والتزام كل منها بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله".

وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه الصحيح للغير الحسني النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة".

ولقد ناقش الفقه الفرنسي هذه الحالة واعتبر بعضه خاصة الفقيه بلانيول، أن من حق مالك العقار الحصول على تعويض عن حرمانه من عقاره عن المدة السابقة للتصريح بالبطلان مؤسساً ذلك على نظرية شبه العقود معتبراً ذلك دفعا غير مستحق أو اغتناء بدون سبب.

فيما ذهب اتجاه آخر ممثل في الفقيه كاربيون إلى رفض هذا الحق للبايع مؤسساً رأيه على أنه في حالة بطلان العقد يتم إرجاع الثمن للمشتري بدون أي حق له في مراجعته وتقويمه ويتم إرجاع العقار للبايع بدون أي حق له في التعويض عن ما استغله المشتري⁶³.

وذهب القضاء الفرنسي إلى الإقرار للبايع بالحق في التعويض عن استغلال المشتري للعقار مؤسساً ذلك على أحكام الإثراء بلا سبب من خلال المادة 1371 من القانون المدني

⁶² محمد مومن، مقارنة بين بطلان العقود وإبطالها في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مجلة الأملك العدد 9 السنة 2011،

ص 35

⁶³ امبارك جانوي وكريم هروش، م.س، ص 13

للإطلاع أكثر أنظر المقالات الإلكترونية التالية:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/guerin_avocat_547.html

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/pinot_conseiller_546.htm

الفرنسي⁶⁴ أخذاً بالنظرية الأولى. ولكن متى كان البائع سيء نية⁶⁵ فلا مجال للحديث عن هذه المطالبة.

أما بخصوص القانون المغربي، كما تم الإشارة سابقا يتم استرداد المتعاقدين لما سبق أن دفعاه لبعضهما، وإذا أصبح من المستحيل ذلك، جاز للمحكمة أن تحكم للمتضرر من هذه الاستحالة بتعويض معادل للضرر الذي أصابه بالاستناد لقيمة الشيء يوم العقد وليس يوم النطق بالحكم⁶⁶، فمثلا لبائع العقار بيع تقرر بطلانه الحق -كقاعدة عامة- في استرجاع الثمار -سواء أكانت طبيعية أو اصطناعية أو مدنية- التي جناها المشتري خلال المدة الفاصلة بين تاريخ التعاقد وتاريخ تقرير البطلان، لكن هذا الحكم يطبق في حق الحائز سيء النية ليس غير⁶⁷، عملا بمقتضيات الفصل 101 من ق.ل.ع، أما العاقد حسن النية فيحق له الاحتفاظ بالثمار التي جناها ولا يسأل إلا عن إرجاع ما وجد منها بحوزته وقت رفع الدعوى ببطلان الالتزام التعاقدية، وما يجنيه منها بعد ذلك، هذا مع العلم أنه يتحمل مصروفات الحفظ وجني الثمار وفقا للفصل 103 في فقرته 1 و2 من ق.ل.ع، وبذلك فالحديث عن المطالبة بالاستغلال لا يخرج بدوره عن هذا الإطار، وهو ما يستخلص من قرار صادر عن محكمة النقض، حيث أشار إلى قاعدة جوهرية متعلقة باقتران الحيازة بالتصرف الباطل وأثره بخصوص واجب عن الاستغلال مما جاء فيه⁶⁸: "حيث صح ما عليه الطالب على القرار بهذا الخصوص، ذلك أن كل حكم يجب أن يكون معللا وإلا كان باطلا طبقا للفصل 345 من ق.م.م وأن نقص

⁶⁴ Cour de cassation, Chambre Civil 3, Du 12 Mars 2003, 01-17207, www.legifrance.gouv.fr (vu le 16/06/2019 à 15 :31)

« Vu l'article 1371 du Code civil et les principes qui régissent l'enrichissement sans cause ;

Attendu que pour rejeter la demande d'indemnité d'**occupation** formée par M. X..., l'arrêt énonce qu'en raison de la nullité dont la vente est entachée depuis l'origine, M. X... n'est pas fondé à obtenir une indemnité d'occupation de la part des époux A... ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les époux A... avaient occupé les lieux de 1989 à 1996, la cour d'appel a violé le texte susvisé »

⁶⁵ -Annulation d'une vente immobilière : l'acquéreur ne doit aucune indemnité d'occupation au vendeur lorsque l'annulation de la vente a été prononcée en raison de la faute du vendeur.

Cour de cassation, chambre mixte, 9 juillet 2004 (pourvoi n° 02-16.302, arrêt n° 222), www.legifrance.gouv.fr (vu le 16/06/2019 à 16 :15)

- http://legalnewsnotaires.com/index.php?option=com_content&view=article&id=127639

⁶⁶ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الرابعة 2014، ص 301

⁶⁷ عبد الحق الصافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة) دراسة في ق.ل.ع وفي القوانين الأخرى، طبعة 2016، ص 201

⁶⁸ قرار لمحكمة النقض عدد 4/3 مؤرخ في 05/01/2016 ملف مدني عدد 4129/1/3/2015، أورده حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الأول، م.س، ص 33

التعليق يوازي انعدامه، والثابت مما استدل به الطالب أمام المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أنه حاز الفيلا التي يسكنها المطلوب ضده الحكم بالتعويض عن الحرمان من الغلة من الإدارة على أساس استبدال المنزل الممنوح له لانتفاعه به في السكن بها، وهي الواقعة التي كلفتها المحكمة بأنها ليست سندا لاحتلاله المشروع مما يعني أنه مجهول عيوب سنده، وأن القاعدة المنصوص عليها في الفصل 103 من ق.ل.ع تقضي بأن حائز شيء إذا اقترنت حيازته بحسن نية كأن يكون اتصل به عن طريق تصرف باطل تكون له ثماره ولا يلزم بأن يرد منها إلا ما كان موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه برد ذلك الشيء والثمار التي يجنيها بعد ذلك. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه إنما عللت قرارها في هذا الصدد بأن الطالب ألحق ضررا بالمطلوب حرمانه له من الانتفاع بملكه بسائر أوجه الاستغلال المشروعة، ويحق له عليه التعويض الذي يناسب الضرر الحاصل له طوال هذه المدة، وأنها تقدره في إطار سلطتها المخولة لها قانونا بالنظر لموقع العقار ومساحته ومزاياه ومرافقه بحسب ما أسفرت عنه الخبرة المستأنس بها، من دون أن تحدد المدة الواجب عنها رد ثمار الملك بإبراز سوء أو حسن نية الطالب وترتيب الأثر القانوني عن ذلك وبيان الغلة الواجب ردها وهي عبارة عن الثمار المدنية للملك المدعى فيه وحدها طيلة الفترة الواجب عنها هذا الرد، ولا أبرزت كذلك الأساس القانوني للحكم بمصاريف خدمة الدين والفوائد القانونية، مما اتسم معه القرار بنقصان التعليق المنزل منزلة انعدامه والمعرض به للنقض الجزئي".

كما يمكن أن نتصور المطالبة بواجب استغلال العقار على أساس بطلان عقد بموجب نص قانوني، حيث قضت المحكمة الابتدائية بمكناس في حكم لها⁶⁹ بتاريخ 13 مارس 2019، ببطلان العقد المنصب على عقار جماعي غير قابل للتفويت وبتعويض الجهة الوصية عن الاستغلال اللامشروع و الاحتلال للعقار بدون حق ولا سند. حيث جاء في حيثياته ما يلي: "... وحيث إن الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له، ويكون الالتزام باطلا بقوة القانون إذا كان ينفصه أحد الأركان اللازمة لقيامه أو إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه.

وحيث إنه تبعا لذلك يبقى عقد التنازل العدلي المضمن بعدد صحيفة كناش المختلفة توثيق الحاجب المتمسك به من طرف المدعى عليه الأول باطلا بقوة القانون لكونه انصب على حق غير قابل للتفويت والحجز وعلى خلاف المسموح به قانونا وخارج نطاقه لا ينتج أي أثر ولو بين أطرافه ولا يمكن اعتماده كمبرر لتواجد المدعى عليهما الثانية والثالثة في المدعى فيه سيما وإن المنتفعين من ذوي الحقوق ليس لهم إلا حق الانتفاع المؤقت بالأملك الجماعية ولا يجوز لهم تبعا لذلك تفويت الحق المذكور باعتبار توزيع حق الانتفاع حكر على النواب

⁶⁹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 270 بتاريخ 13 مارس 2019 في ملف عقاري رقم 17-1404-838 غير منشور

الجماعة وفقا للفصل 4 من الظهير أعلاه الشيء الذي يتعين معه التصريح ببطلانه لكونه مخالف للقانون.

وحيث ثبت للمحكمة ان المدعى عليهما الثانية والثالثة هما من تستغلان القطعة الارضية موضوع الدعوى بناء على تنازل عدلي ثبت بطلانه لمخالفته للقانون وتواجدهما في المدعى فيه من قبيل الإحتلال له بدون حق ولا سند، وبما أن الخبرة جاءت نظامية ومحترمة للشروط المنصوص عليها قانونا لم تكن محل منازعة من طرف المدعى عليهم فإن طلب التعويض عن الاستغلال يبقى مؤسسا يتعين معه المصادقة على ما جاء في تقرير الخبرة و الاستجابة تبعا لذلك له من تاريخ تقديم المقال ...".

أما بخصوص الحالة التي يتم فيها فسخ العقد، فإن محكمة النقض تجيبنا في هذا الإطار في قرار لها بتاريخ 30/10/2018⁷⁰: "...حيث أنه ما يعيبه الطرف الطاعن على القرار في الوسيلة المذكورة أن المحكمة الابتدائية لما قضت له بفسخ العقد التوثيقي الذي أنجزه مع البائع له XXX وبتعويض في مواجهته استنادا إلى المعادلة المضمنة بعلم الحكم المذكور وهي (ثمن الشراء + مصروفات العقد + الفوائد البنكية + الفرق بين ثمن الشراء والقيمة الحالية للعقار) _ (مدة الاستغلال) نازع حكمها في أمرين أولهما إنقاص قيمة استغلاله للشقة وثانيهما القيمة الحالية التي حددها الخبير XXX وقت انجاز الخبرة لان الحكم التمهيدي عدد 13 الصادر بتاريخ 26/01/2015 كان هو الآخر محل طعن بالاستئناف من طرفه حيث أشار أن إنقاص قيمة الاستغلال من مبلغ التعويض الاجمالي غير قانوني ومخالف لروح الفصل 561 من ق ل ع الذي طبقته المحكمة تطبيقا سيئا مستندا في ذلك إلى القانوني 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية وكذا الفصول 549 و 572 و 574 من ق ل ع إلا أن محكمة الاستئناف ردت استئنافه استنادا إلى الفصل 561 من ق ل ع معتبرة الحكم في محله لأن الفقرة الثانية منه مقررة لفائدة البائع ما عدا الثمار غير المعقودة المجناة والثمار الناضجة وقت الحكم بالفسخ ... غير أنها بما انتهت إليه تكون قد أساءت تطبيق الفصل المذكور لأنه يتحدث عن حق عام لفائدة البائع ألا وهو الحق في رد ثمار الشيء موضوع العيب الخفي وقت الفسخ بالتراضي أو من تاريخ الحكم بالفسخ وهذا الحق مقيد بجني المشتري للثمار أو أن تكون الثمار ناضجة اذ تصبح في هذه الحالة ملكا خالصا للمشتري لذلك فإن المحكمة باعتبارها صوابية ما قضى به الحكم الابتدائي عن انقاص قيمة الاستغلال للمشتري تكون قد تناقضت بين عدم إقرار الحق للبائع في استرداد الثمار المجناة ولو قبل النضج والثمار الناضجة وبين إنقاصها لقيمة الاستغلال لان البيع لم يتم إلا بعد حصول البائع على رخصة السكن من طرف السلطات المعنية والتي بالحصول عليها تكون الشقة موضوع البيع في حكم الثمار المعقودة الناضجة

⁷⁰ قرار صادر عن محكمة النقض عدد 639/5 مؤرخ في 30/10/2018 في ملف مدني عدد 1450/1/5/2017 منشور بالموقع الإلكتروني <https://www.facebook.com/ritaje2014/>

التي لا يسمح بردها للبائع بل أنه حتى استغلال المشتري للشقة يعد من قبيل الثمار غير المعقودة التي جناها فعلا كما أسس طعنه أيضا على دفع أخرى لم تتناولها المحكمة بالمناقشة رغم حسمها في الموضوع وهي أنه بشرائه للشقة موضوع العيب الخفي أصبح مالكا لها وأنه استنادا إلى المادة 14 من القانون 39.08 من مدونة الحقوق العينية فإن حق ملكية العقار يخول صاحبه دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق كما أن المادة 16 من ذات القانون تعطي لمالك العقار الحق في تملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وإن الفصل 549 من ق.ل.ع يلزم البائع بضمان عيوب الشيء المبيع التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له... وأن العمارة غير قابلة للإصلاح لأن الأساسات العمارة بدأت تتصدع بسبب تسرب الماء وأن البناء فقد صلابته وأضحت آيلة للسقوط ولذلك فإن المطلوب غير محق في أي واجب استغلال أنقصته المحكمة من مبلغ التعويض الذي كان يجب أن يكون وفق معادلة (ثمن الشراء + مصروفات العقد + الفوائد البنكية + الفرق بين ثمن الشراء والقيمة الحالية للعقار + التعويض عن الضرر الحاصل حاليا ومستقبلا)...".

كما تبين من القرار المذكور أن الاستحالة في استغلال العقار وفق الشكل المحدد في العقد، يمنع حصول البائع على مقابل للاستغلال طيلة الفترة السابقة عن الفسخ، وهو توجه صائب لمحكمة النقض، ولا يمكن بذلك أن نتصور إمكانية الحصول على الواجب إلا في حالة عدم وجود استحالة مطلقة للاستغلال، مع مراعاة المقتضيات المادة 14 و16 من مدونة الحقوق العينية ومسؤولية البائع في هذا المجال في إطار الفصل 549 من قانون الالتزامات والعقود.

وبعد التطرق إلى هذه الحالات، يتضح أن دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار قد تجد أساسها القانوني وفق أحكام المسؤولية التقصيرية إذا كان الفعل جرميا أو شبه جرميا⁷¹، وقد تستند على أحكام الإثراء بلا سبب⁷² متى تحقق لصاحب الحق في الاستغلال افتقارا في مقابل إثراء الطرف الملزم بأداء الواجب عن استغلال وكانت العلاقة السببية بين الأمرين، مع ضرورة انتفاء السبب القانوني الذي يبرر الإثراء، كما يمكن تطبيق أحكام الفضالة⁷³ برد ما تم قبضه من قبل الفضولي مع تقديم حساب عن تدخله كجني محصول زراعي حيث يكون لصاحب الحق في الاستغلال مكنة المطالبة بالواجب.

⁷¹ راجع الفصول 101 إلى 106 من الظهير الشريف الصادر في 3 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود كما تم تغييره وتنظيمه بموجب القانون 31.18، الجريدة الرسمية عدد 6807 بتاريخ 24 ذو الحجة 1440 (26 أغسطس 2019) ص 5885

⁷² راجع الفصل 66 وما يليه من ق.ل.ع

⁷³ راجع الفصل 943 وما يليه من ق.ل.ع

الفصل الثاني:

القواعد

الإجرائية والموضوعية

لدعوى المطالبة بواجب

استغلال العقار

الفصل الثاني: القواعد الإجرائية والموضوعية لدعوى المطالبة بواجب استغلال

العقار

إذا كانت الحماية القضائية تقتضي وجود جهاز قضائي منظم لتحقيق أعمال القانون، فيجب أن يعرف المتقاضون المسطرة الواجبة للإتباع للوصول إلى حقوقهم، انطلاقاً من تحديد المحكمة المختصة للبت في مطالبهم، وبيان الطرق التي تتبعها هذه المحكمة للفصل في نزاعاتهم، فلا المحكمة تستطيع أن تبت حسب هواها، ولا المتقاضون يملكون تسيير الخصومة وفق الطريقة التي يريدون، بل إن كلا منهم خاضع لضوابط محددة⁷⁴.

والحكم بواجب استغلال العقار يلزم توافر مجموعة من القواعد، منها ما هو إجرائي شكلي يتمثل في وجوب احترام الضوابط العامة لرفع الدعوى من قبيل مراعاة قواعد الاختصاص، وتوجيه الدعوى من طرف ذي صفة ضد طرف ذي صفة، وتحديد الطلب تحديداً نافياً للجهالة، والكل في إطار ما ينسجم مع خصوصية الدعوى، ومنها ما هو موضوعي بحيث حاول القضاء تكريس شروط موضوعية ملازمة للاستجابة لطلب، وفق معايير لها تأثير في تقدير الواجب عن الاستغلال.

ولعل تناول هذه الأفكار والنقط القانونية المتعلقة بالجانب الإجرائي والموضوعي، يقتضي تقسيم هذا الفصل على الشكل التالي:

التطرق في (المبحث الأول) القواعد الإجرائية لرفع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار ثم

معالجة القواعد الموضوعية لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في (المبحث الثاني)

المبحث الأول: القواعد الإجرائية لرفع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

⁷⁴ عبد العزيز حضري، المسطرة المدنية، مسلك القانون السداسي السادس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، 2018 ص3

تخضع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار لمجموعة من الشروط الشكلية التي يترتب على عدم احترامها الحكم بعدم قبول الدعوى، صحيح أن هذه الشروط تجد سندها التشريعي ضمن مقتضيات القواعد المسطرية العامة، ومع ذلك فإنه يجب مناقشتها وفق ما ينسجم من تصورات تلاءم الدعوى، وعليه سنتناول في (المطلب الأول) الشروط العامة لرفع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، على أن نعالج في (المطلب الثاني) الشروط الخاصة بتقديم مقال الدعوى، والكل تباعا للإشكالات التي يمكن أن تطرح عند مباشرة الدعوى.

المطلب الأول: الشروط العامة لرفع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

كما هو معلوم أن الشروط في الدعوى تكون شروطا عامة يلزم توفرها في كل دعوى كيف كان نوعها، وإما أن تكون شروطا شكلية خاصة يلزم توفرها في بعض الدعاوى المحددة حصرا دون باقي الدعاوى.

ونظرا لأهمية هذه الشروط فقد خصها المشرع بنص خاص حيث نص صراحة في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه".

ولتوضيح هذه الشروط فإننا سنعالج كلا منها في نقطة مستقلة، دون إغفال الخصوصيات التي نلامسها في دعوى المطالبة بواجب استغلال ، وذلك من خلال التطرق إلى الصفة في (الفقرة الأولى)، ثم تناول المصلحة والأهلية في الدعوى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الصفة في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

القاعدة في المجال الإجرائي أنه لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة لذلك، وفق ما يقره الفصل الأول⁷⁵ من قانون المسطرة المدنية، وعليه فإن انعدام الصفة تكون الدعوى غير مقبولة، و هو أمر تثيره المحكمة تلقائيا بعد إنذار المعني بالأمر بإصلاح المسطرة⁷⁶.

⁷⁵ الفقرة الأولى من الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، كما تم تعديله بتاريخ 26 أغسطس 2019، الجريدة الرسمية عدد 3807 ص 5897 تنص: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة....".

⁷⁶ الفقرة الثانية من الفصل الأول من ق.م.م تنص: "تثير المحكمة تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضروريا وتندرج الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده".

والصفة تثبت للشخص نفسه إذا كان هو صاحب الحق المطلوب، وتكون مندرجة في وقائع الدعوى، وتثبت بمجرد ثبوت سبب الدعوى وذلك بإدلائه بالحجج المثبتة لحقه⁷⁷.

ولذلك، فينبغي أن تتم المطالبة من قبل المتضرر الذي يعد صاحب الحق ولا يجوز رفع الدعوى من شخص غيره مهما كانت صلته به، إلا فيما يخص التمثيل القانوني لمباشرة إجراءات الخصومة فقط، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض:"حقا حيث إن المطلوب، حسب الثابت من وقائع الحكم الجنحي الذي أدان الطاعنين من أجل انتزاع عقار من حيازة الغير، يقر بأن والده هو الذي يكتري الأرض المطلوبة غلتها من الأملاك المخزنية بعقد كراء رقم 3/86 مؤرخ في 10/2/86. وهو العقد الذي أكد وجوده مدير مكتب الاستثمار الفلاحي الجهوي في محضر استجوابه عدد 100/01. وتطبيقا للفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود، فإن الشخص المتضرر من الفعل المحدث للضرر، هو الذي يحق له طلب التعويض عن هذا الضرر. ومادام المطلوب، حسب عقد الكراء، ليس مكتريا للأرض المذكورة، وليس معنيا باستغلالها بالكراء، وبالتالي ليس هو المتضرر من فعل انتزاع الحيازة، فإنه لا يترتب له أي حق في ذمة الطاعنين. فالدائن لهؤلاء بالتعويض عن عدم الاستغلال، هو صاحب الحق في الاستغلال. ومحكمة الإستئناف حين قضت للمطلوب بالتعويض عن عدم استغلال الأرض المدعى بشأنها بالرغم من أنه ليس هو المتضرر ولا صاحب الحق في استغلالها بالكراء. ولا حق له في ذمة الطاعنين، فإنها تكون قد خرقت الفصل 77 من ق.ل.ع، وعرضت قرارها للنقض"⁷⁸.

وفي إطار مناقشة شرط الصفة نتساءل حول مدى إلزامية إدخال كل الشركاء المشتاعين في الدعوى في حالة توجيهها ضد بعضهم؟

كما هو معلوم أن كل شريك مشتاع هو مالك للمال الشائع في حدود حصته الشائعة، وبما أن حقوق الشركاء على المال المشترك متداخلة وتنسحب إلى جزء من أجزائه، فإن أي إجراء قضائي يقام بخصوص حق متعلق بالمال الشائع يحتمل بشكل كبير أن يمس بحقوق سائر الشركاء، وإن كان موجها ضد بعضهم فقط، ومن أجل تمكين كل شريك مشتاع من الدفاع عن حقوقه في الدعوى، فإن القاعدة تقتضي أنه يشترط على من يرفع الدعوى ضد الملاك المشتاعين بشأن حق يتعلق بالمال الشائع، أن يدخل كل الشركاء في المسطرة، تحت طائلة عدم قبول الدعوى، فإذا رفعت الدعوى ضد بعض الشركاء دون البعض الآخر، اعتبرت

⁷⁷ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية دراسة في ضوء مستجدات مسودة مشروع 2015، الطبعة الثامنة يوليو

2016، ص 143

⁷⁸ قرار صادر عن محكمة النقض عدد 2108 المؤرخ في 13/6/2007 في ملف مدني عدد 1973/1/2/2005 أورده عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الكراء المدني، م.س، ص 60 وما يليه.

كانها وجهت إلى من ليس له الصفة، ما لم يكن الأمر متعلقا بوكالة، فحينئذ يكون من وجهة إليه الدعوى أصيلا عن نفسه ووكيلا عن شركائه في المسطرة⁷⁹.

قضت محكمة النقض في قرار لها بنقض قرار محكمة الاستئناف لكونها قبلت الدعوى بالرغم من أنها وجهت إلى أحد الورثة دون الباقي، معتبرا أن الوارث لا يلتزم إلا في حدود منابه في التركة، كما لا يملك الصفة والصلاحيات للقيام بأي إجراء لوحده وفي غياب الورثة الآخرين، وعليه عندما قبلت المحكمة الدعوى تكون قد خرقت مقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية والفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود⁸⁰.

لكن قاعدة وجوب إدخال كل الشركاء المشتاعين في الدعوى أو توجيه أي إجراء قضائي آخر ضد كل الشركاء المشتاعين ليست عامة لجميع الحالات، بل إنه يكفي ممارسة ضد بعض الشركاء دون البعض الآخر إذا كان النزاع مقصورا على بعض الشركاء، وكان موضوعه قابلا للتجزئة، وإذا لم يكن بإمكان الفصل في النزاع المساس بمصالح الشركاء الباقين، كما هو الحال في النزاع المتعلق بواجب استغلال العقار.

فإذا قام شريك مثلا بطلب واجب ما استأثر به أحد الشركاء الذي ينفرد لوحده بتحصيل غلة العقار أو اعتاد بعضهم على قبض ثمن الكراء دون أن يمكن شركائه أو بعضهم من حصتهم فيه، لم يكن الشريك ملزما بإدخال كل شركاء في الدعوى الذين لا يد لهم في النزاع، بل بإمكانه توجيه دعواه ضد المستأثر بالمال المشاع وإلزامه برد ما يقابل نصيبه.

وهذا ما يسري عليه العمل القضائي كما يتضح من خلال قرار صادر عن محكمة النقض مما جاء فيه: "...ويعيب الطاعنان بواسطة محاميهما على الحكم: مخالفة القواعد الشرعية، بعدم توجيه الدعوى على سائر الورثة، إذ اقتضت المدعية على ثلاثة منهم فقط... فبالنسبة للوسيلة الأولى في شطرها الأول فالأمر لا يعدو كون المدعية طالبت من المدعى عليهم الذين استولوا على متروك والدها بحكم أنهم عصابة الذكور طلبت منهم أن يمكنوها من حظها. وهم لم ينكروا ذلك في جميع مراحل التداعي وإنما زعموا أنهم مكنوا المدعية على حظها، ولذا فلا موجب لإدخال كل الورثة في دعوى طلب حق من يد غاصبه، ولو كان الأمر يتعلق بطلب إجراء قسمة لوجب إذ ذلك إدخال كل الورثة والأمر هنا ليس كذلك"⁸¹.

79 عبد اللطيف كرازي، إدارة المال المشاع في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق قانون خاص، وحدة القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال الرباط، السنة الجامعية 2006 - 2007 ص

132

80 قرار صادر عن محكمة النقض عدد 1508 بتاريخ 12/10/1983 في ملف مدني عدد 92297، منشور بالمجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 33/34 سنة 1984 (الإصدار الرقمي) ص32

81 قرار صادر عن محكمة النقض عدد 20 بتاريخ 13/01/1981 في ملف مدني 50014، منشور بالمجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28 سنة 1981 (الإصدار الرقمي) ص77.

في نفس الاتجاه جاء في حيثيات حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس⁸²: "حيث أنه ولئن دفع المدعى عليه بكون المدعية لم تعتمد على إدخال كافة ورثة في الدعوى مما يجعل دعواها غير مقبولة شكلا إلا أن الدفع المذكور يبقى مردودا على اعتبار أن الأمر يتعلق بدعوى الاستغلال وليس بدعوى القسمة الموجبه لإدخال كافة الورثة ويحق لكل مالك ممارستها في مواجهة المستأثر باستغلال الأرض موضوع النزاع دون باقي الورثة".

ويبقى أن نتساءل في هذا الصدد حول مدى إمكانية قيام الشريك برفع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار متى كان فعل الاعتداء من طرف أجنبي، هل يلزم أن يتم رفعها بموافقة الأغلبية؟

حسب ما لدينا من اعتقاد، إن إقامة الدعوى في هذه الحالة لا تعدو أن يكون موضوعها عملا من أعمال التصرف، إذ الغاية هو دفع الخطر واستخلاص الواجب، وبالتالي لا يتوقف على إجراءات التقاضي تحقق الإجماع أو الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع حصص المال الشائع، وهو ما أقرت به محكمة النقض في قرار لها⁸³ بتاريخ 28/08/2012، إذ لا يستلزم بالضرورة كشرط لصحة دعوى المطالبة بواجب الاستغلال متى تعلق الأمر بعقار مشاع أن ترفع من جميع المالكين على الشيعاء ومما جاء فيه: "حيث يؤخذ من وثائق الملف والقرار المطعون فيه رقم 1911 الصادر في 16/12/2010 عن محكمة الاستئناف بمراكش في 27/1/03 قضى بطردهما من الجزء الذي يملكه في العقار المشاع ذي الرسم العقاري عدد 1098/م بإقليم الحوز باعتبارهما محتلين له بدون سند. ولكونه حرم من استغلال عقاره الحكم عليهما بأدائهما له تعويضا عن الاستغلال من 13/4/99 إلى 24/10/03 تاريخ التنفيذ.

حيث يعيب الطاعنان على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني وخرق 971 من ق.ل.ع، ذلك أنهما دفعا امام المحكمة الابتدائية بأن الدعوى غير مقبولة لعدم إدخال كافة المالكين على الشيعاء، و أجاب الحكم الابتدائي بأن دعوى الحرمان لا تستلزم كشرط لصحتها أن ترفع من جميع المالكين على الشيعاء، والقرار المطعون فيه، حين أيد الحكم الابتدائي يكون قد تبنى علله بينما وحسب الفصل 971 من ق.ل.ع، فإن المطلوب في النقض لا يملك 4/3 المال المشاع، ويكون توجيه الدعوى من طرفه غير صحيح، والقرار لم يوضح السند القانوني الذي اعتمده في تقرير قبول الدعوى.

لكن،حيث إن دعوى التعويض عن الاستغلال توجه ضد المحتل والغاصب، وقد ثبت من القرار لاستئنافي المضاف للملف والذي قضى بطرد الطاعنين من أرض المطلوب في النقض

⁸² حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس رقم 81 بتاريخ 24/01/2019 في ملف مدني رقم 1157/1201/2017 (غير منشور)
⁸³ قرار صادر عن محكمة النقض عدد 3605 بتاريخ 28/08/2012 في الملف المدني عدد 3199/2011 منشور بمجلة منبر القضاة، العدد الأول (دون ذكر السنة) ص 269 وما يليها.

وأنهما هما المحتلين لأرضه، وبذلك فإن توجيه الدعوى ضدتهما فقط، يكون مقبولاً، والوسيلة على غير أساس".

وتثار إشكالية أخرى تتعلق بصفة التقاضي بالنسبة للورثة غير المقيدين بالرسم العقاري، هل تتوقف رفع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار على التقييد أم يكفي الإدلاء بشهادة تتضمن الإشارة إلى صفتهم؟

نشير في البداية إلى أن موقف القضاء بشأن هذا الإشكال كان يعتبر أن المالك على الشياخ لعقار محفظ يعد باقياً على قيد الحياة ما لم تقيد وفاته بالرسم العقاري، وأن الحقوق العينية المنجزة بالإرث من شريك في عقار محفظ تعتبر غير موجودة إن لم تسجل بالرسم المذكور وبالتالي رفض الطعن بالنقض ضد قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 24/12/1960⁸⁴.

غير أنه قد تراجع عن هذا التوجه معتبراً أن "الرسم العقاري الذي لا زال مسجلاً باسم شخص توفي لا يعطي لهذا المتوفى أهلية التقاضي كما لا ينفي عن ورثته الصفة في الدفاع عن حقوقه في التركة"⁸⁵.

وقد انعكس هذا التوجه القضائي على آراء الفقه من هذه الإشكالية، فانقسم على نفسه بين: اتجاه⁸⁶ يتمسك بمقتضيات الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري التي تنص على أن "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ تعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد بالرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية"، واعتبر أن مضمون الفصلين 219 و220 من مدونة الأحوال الشخصية (الملغاة) لا يطبق بالنسبة للعقار المحفظ، فإذا مات مالكة ولم تسجل إرثته من قبل ورثته في الرسم العقاري فإن الشخص المقيّد بالرسم العقاري هو الذي يجب اعتباره صاحب الصفة في التقاضي فيما يخص الحقوق المتعلقة بملكته دون أي أحد آخر ما دام تقييده بالرسم العقاري قائماً، ولا يجوز بالتالي الاعتداد بصفة ورثته رغم إقامتهم، لإرثته طالما أنهم لم يبادروا بالقيام بإجراء تقييدها بالرسم العقاري لإنتاج أثرها القانوني و هو انتقال الحق العيني وفق الشكليات المنوط عليها في النظام العقاري.

⁸⁴ قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 115 صدر بتاريخ 14/02/1969. (رقم الملف غير مذكور)، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 7، أبريل 1969، ص: 7، أورده المصطفى مازي: مرجع سابق، ص: 32.

⁸⁵ قرار صادر عن محكمة النقض عدد 672 بتاريخ 01/04/1987 في ملف مدني 2393/84 منشور بالمجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40 1987 (الإصدار الرقمي) ص45.

⁸⁶ الطيب البواب: "تعليق على قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 734 بتاريخ مارس 1995" مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 47، ص 35.

سعاد عاشور: "حجية التقييد وفق التحفيظ العقاري المغربي" مطبعة الوراقة الوطنية مراكش، أبريل 1997، ص 191 192. آراء فقهية أشار إليهم: حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي - الجزء الثاني - القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الطبعة 2016، ص 20

واستدل هذا الفقه باتجاهين قضائين:

الأول: صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 أكتوبر 1957 قضى برفض طلب النقض ضد قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط اعتمادا على نصوص ظهير التحفيظ العقاري الصادر سنة 1913 والتشريع العقاري المطبق على العقارات المحفظة، بعلّة أن المقيدين بالرسم العقاري بصفتهم مالكين، هم فقط الذين يعتبرون مالكين وأن الوارث الذي لم يقيد بالرسم العقاري لا يمكن له أن يدعي الملكية في مواجهة الغير، وأن قضاة الموضوع الذين أثبتوا في حكمهم أن ورثة المدعى عليه في عقار محفظ لم يعلنوا للمدعى عن وفاة موروثهم إلا بعد الحكم الصادر في مواجهته - قد أصابوا عندما صرحوا أن المدعية كانت على حق في توجيه دعاواها ضد موروثهم وهو ميت طالما أنهم لم يبادروا إلى تقييد إراثهم قبل ذلك بالرسم العقاري.

والثاني: صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 فبراير 1969 تحت عدد 115 المشار إلى مضمون حيثياته سابقا.

وبذلك خلص الفقه المذكور إلى عدم توفر الورثة غير المسجلين لإراثهم بالرسم العقاري على الصفة في التقاضي سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم، معتبرا أن المالك المسجل رغم وفاته - طبيعيا وواقعا - هو صاحب الصفة في التقاضي وفق من القانون العقاري أعلاه طالما أن الإرثة لم يتم تقييدها من طرف الورثة⁸⁷.

أما البعض الآخر من فقه يرى أن القول بأن الحقوق العينية المتأتية من الإرث يجب تقييدها حتى يتم الاعتراف بها⁸⁸ وإلا فإنها لا تعتبر كذلك، فيه تناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تجعل الإرث مستحقا بمجرد الوفاة وهو ما أكدته المادة 324 من مدونة الأسرة التي نصت أن الإرث يستحق بموت الموروث حقيقة أو حكما وتحقق حياة وارثه من بعده، ولم يتم الإشارة إلى ضرورة التقييد.

ويضيف أحد أنصار هذا الإتجاه⁸⁹ أنه لا بد من التمييز بين ما يتعلق بالصفة في الإدعاء وما يتعلق بالحق المتنازع فيه، وأن النصوص التي استدل بها الاتجاه الأول لا تتعلق بالصفة لممارسة حق الإدعاء، وإنما تتعلق بالحق موضوع الدعوى، وأن الوارث إذا كان لا يملك حقا متعلقا بعقار محفظ إلا بعد تسجيله، فإن صفته في الإدعاء باعتباره وارثا ثابتة ولو دون

⁸⁷ حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي - الجزء الثاني -، م.س، ص21

⁸⁸ محمد خيري، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون الجديد رقم 14.07 ومرسوم 14 يوليوز

2014 بشأن إجراءات التحفيظ العقاري، طبعة 2018، ص495

⁸⁹ محمد بوزيان تعقيب على تعليق بشأن قرار صادر عن مجلس الأعلى " بتاريخ 7/3/1995 تحت عدد 734 في ملف المدني رقم 3905/87 " منشور بمجلة قضاء مجلس الأعلى عدد 52 السنة 1998 ص 246 وما يليه (الإصدار الرقمي).

تسجيل. فإذا كان الحق الموضوعي ينظر فيه طبقاً للقوانين الموضوعية فإن الصفة في الدعوى ينظر فيها القاضي على أساس القواعد المسطرية، وهكذا يقبلها باعتبار توفر المدعي والمدعى عليه على الصفة في الادعاء عليه، وفي هذه المرحلة لا ينظر إلى الحق هل هو للمدعي أو المدعى عليه، وإنما ينظر إليه في مرحلة تالية.

كما يستفاد من مضمون المادة 65 من ظهير التحفيظ العقاري أنها تضمنت الإشارة إلى تقييد الأعمال و الاتفاقات الناشئة بين الأحياء فقط، أي أن الحقوق الناتجة عن الإرث تنتقل تلقائياً إلى الورثة دون إجراء تقييد الإرث بالرسم العقاري بدليل أن الفصل 82 من نفس الظهير لم يلزم الورثة بتقييد إرثهم ولم يرتب أي جزاء على ذلك يتعلق بفقدان حقهم الشرعي نتيجة ذلك، إذ نص على ما يلي: " إذا رغب الورثة في الحصول على تقييد اسمهم للحقوق العينية العقارية المنجزة لهم بالإرث... " ، ويعتبر هذا بمثابة اعتراف ضمني بانتقال الملكية للورثة بمجرد وفاة مورثهم، و أن تقييد الأنصبه الإرثية مسألة متروكة لرغبتهم في إجرائها تبعاً لمصلحتهم وإرادتهم في القيام بتصرفات عينية بشأن العقار المتروك⁹⁰.

يبقى الرأي الثاني هو الجدير بالتأييد، حيث يماشى مع المقتضيات الموضوعية الخاصة بالحقوق الإرثية، وبالتالي يمكن للوارث أن يطالب بغلة العقار منذ تاريخ وفاة المورث ولا يتوقف سماع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار على إجراء التقييد، بل يكفي لإثبات الصفة في النفاضي أي أن يدلي بشهادة عقارية تتضمن جريان ملكية العقار على اسم مورثهم وبإرثه تتضمن الإشارة إلى صفتهم كورثة الهالك.

كما لا يقتضي تقييد الإرث بالرسم العقاري عندما تكون الدعوى مبنية على فعل الاحتلال، فتملكهم للعقار يثبت منذ تاريخ وفاة مورثهم المقيد للعقار باسمه، لذلك يعطيهم الصلاحية لمباشرة الحقوق الناتجة عن الملكية من انتفاع واستغلال العقار الذي آل إليهم، ويحق لهم الدفاع عنه والمطالبة بالواجب عن كل فعل غير مشروع.

وتماشياً مع ما تم ذكره، فإن عدم تقديم وثائق ثبت الصفة يكون مصير الدعوى عدم القبول، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس ما يلي: " حيث إنه الثابت للمحكمة بالرجوع لوثائق الملف أن المدعين فضلاً عن عدم الإدلاء بالعنوان الصحيح والكامل للمدعى عليها التي رجعت استدعاؤها بتعذر الوصول إليها بالعنوان المدلى به فإنه من جهة أخرى فالمدعون يطالبون بنصيبهم من قيمة حقوقهم في القطعة رقم 23 باعتبارهم ورثة من القطعة المذكورة في إطار ظهير 29/12/1972 المتعلق بمنح بعض الفلاحين أراضي فلاحية من ملك الدولة الخاص والتي أعيد منحها للمدعى عليها الملزمة وفقاً للفصل 15 من تمكينهم

⁹⁰ حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي الجزء الأول، م.س، ص72

من قيمة حقوقهم والتعويض عن الاستغلال غير أنهم ولئن كانوا قد استظهروا بشهادتي الملكية العقارية للعقارين موضوع الدعوى وعقد إعادة منح تلك القطع للمدعى عليها فإنهم لم يؤيدوا دعواهم بما يثبت صفتهم كوارثين للهالك، إذ لم يعزوا دعواهم برسم الإرث حتى يتسنى للمحكمة التثبت من صفتهم كورثة للمستفيد الأصلي وحتى يتسنى تحديد قيمة حقوقهم على ضوء الفريضة الشرعية مما تبقى معه الدعوى بمقاليها الأصلي و التدخلي قدمت غير معززة بما يثبتها وتعين عدم قبولها"⁹¹.

الفقرة الثانية: المصلحة والأهلية في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

سنخصص الحديث عن المصلحة (أولا) على أن نتطرق للأهلية (ثانيا):

أولا: المصلحة

تم التعبير عن هذا الشرط بالمقولة أنه "لا دعوى بدون مصلحة"، حيث يترتب عن انعدامها عدم قبول الدعوى، بل إن بعض الفقه ذهب إلى أن المصلحة هي الشرط الوحيد الذي تستقيم به الدعوى⁹².

يقصد بالمصلحة المنفعة أو الفائدة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له قضائيا على طلباته كلها أو بعضها، أو بمعنى آخر هي الحاجة إلى الحماية القضائية، والعلة من هذا الشرط أن المحاكم لم توجد لإعطاء استشارات قانونية للمتخاصمين بل لا بد للمدعي من مصلحة، وشروط معينة لدخول باب القضاء، فمن دون هذه المصلحة لا يملك المدعي هذا الحق، فالمصلحة هي الضابط القانوني لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها⁹³.

لكن لا يمكن قبول المصلحة كشرط في دعوى المطالبة بواجب استغلال بشكل مطلق، وإنما لابد من توافرها على مجموعة من الشروط حتى تكون صحيحة وجديرة بالاعتبار في نظر القانون وهذه الشروط هي:

1- أن تكون قانونية:

⁹¹حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، عدد 632 بتاريخ 8 يونيو 2017 في الملف عقاري عدد 442/1401/2016 (غير منشور).

⁹² عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م.س، ص 150

⁹³ محمد بومهود ويونس الزهري، "شروط التقاضي"، دليل الملحق في مادة المسطرة المدنية صادر عن المعهد العالي للقضاء دون ذكر السنة، منشور بالموقع الرسمي للمعهد www.ism.ma، ص 42.

حتى تتحقق المصلحة في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار ينبغي أن تكون قانونية أي مستمدة من حق أو وضع قانوني، كما لو طالب المدعي بتعويض عن استغلال غير مشروع للعقار أو أداء مقابل عن استئثار بالانتفاع به.

2- أن تكون شخصية ومباشرة

ومفاد هذا الشرط أن يبرر الطالب أن له مصلحة شخصية ومباشرة عند المطالبة بواجب استغلال العقار ولا يقبل أن يطالب بحق الغير، فطلب التعويض أو أداء القيمة الناتجة عن الاستغلال ينبغي أن تعود إلى من لحقه الضرر، والذي يبقى حقا مباشرا لصاحب الحق في الاستغلال.

3- أن تكون المصلحة حالة وقائمة:

ويقصد بهذا الشرط أن تكون المصلحة موجودة وقت رفع الدعوى⁹⁴، فمتى كانت المصلحة مؤجلة فإنه لا مجال لإقامة الدعوى⁹⁵، كما لو كان الحق الذي يؤسس عليه واجب الاستغلال معلقا على شرط واقف أو مؤجل، ففي مثل هذه الحالة، فإن المصلحة ليست قائمة وحالة.

وقد نصت مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية المغربي⁹⁶ في المادة 1-2 منه أنه " لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ومشروعة، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محقق يخشى زوال دليل وأثار إثباته عند المنازعة فيه".

ويمكن إضافة شرط آخر عندما يتعدد فيها الطرف المدعي أو المدعى عليه في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، فسلامة الدعوى تقتضي أن تكون هناك مصلحة مشتركة تبرر اختصام المدعى عليهم وجمعهم في دعوى واحدة، فإن لم تتوحد المصلحة لم يكن من الجائز اختصامهم في دعوى واحدة، وأبرز مثال على ذلك عند توجيه الشريك دعواه في مواجهة باقي الشركاء المستأثرين بالعقار المشترك بينهم في إطار أعمال قاعدة جمع الخصوم.

وبذلك، فعند انتفاء المصلحة المشتركة بين الخصوم فإن المحكمة تصرح بعدم قبول الدعوى، وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية بمراكش في حكم لها، والذي جاء فيه: " حيث إن الثابت من معطيات النازلة أن الدعوى قدمت ضد شخصين مختلفين كل منها يتصرف في محل مستقل، ورغم ذلك فقد تقدمت المدعية ضدتهما بدعوى واحدة وقد أكدت من خلالها أن المدعى عليه الأول احتل جزءا من العقار مساحته 800,00 متر وهي عبارة عن دار ومقهى

⁹⁴ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م.س، ص 151

⁹⁵ عبد الرحمان الشرقاوي، المختصر في شرح قانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى 2015، ص 40

⁹⁶ مسودة مشروع قانون مسطرة مدنية نسخة مؤقتة 12 يناير 2015، منشورة على الموقع الرسمي لوزارة العدل :

تقليدي مستخرج منه دكان، كما أن المدعى عليه الثاني فاحتل مساحة تقدر ب 150 متر مربع، والتمست الحكم بطردهما وعلى كل واحد منهما بتعويض عن مدة تختلف عن المدة المطلوب التعويض عنها بالنسبة للآخر، والحال أنه من المعلوم أن الدعوى لا تقبل من الخصوم المتعددين إلا كانت هناك مصلحة مشتركة تجمعهم في الدعوى، فمن غير المقبول أن يعتمد المدعي بإردته المنفردة إلى جمع خصوم دون مبرر للجمع ودون أن تكون مصلحتهم تبرر ذلك، وهو الأمر غير الثابت في النازلة، وبالتالي تكون الدعوى غير مقبولة"⁹⁷.

ثانيا: الأهلية

تعتبر الأهلية بدورها إلى جانب الصفة والمصلحة شرطا لازما وضروريا لممارسة حق التقاضي بشأن الطلبات والدعاوى المتعلقة بواجب استغلال العقار، وتخضع قواعد وضوابط الأهلية وكيفية اكتسابها وفقدانها من الناحية الموضوعية لقوانين الدولة التي ينتمي إليها الخصوم تطبيقا لمقتضيات الفصل الثالث من ق.ل.ع الذي ينص على ما يلي: "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية. وكل شخص أهل للإلزام والإلتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك".

ونظرا لأن أهلية الأداء⁹⁸ مرتبطة بالإدراك والتمييز، فإنه لا يصح التقاضي إلا من طرف الشخص البالغ لسن الرشد القانوني⁹⁹ والذي لم يعترض أهليته أي عارض من عوارض الأهلية، إذ تعتبر من النظام العام تثيرها المحكمة تلقائيا¹⁰⁰، كلما كان بالملف يسمح بالوقوف عليها، ويتعين بقاؤها خلال جميع درجات التقاضي¹⁰¹ تحت طائلة التصريح بعدم القبول، أي بعبارة أخرى، أن أهلية الشخص تدور مع حياته وجودا وعدما.

⁹⁷ حكم المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 12/06/2014 في الملف رقم 101/1401/2014، أورده محمد بومهود ويونس الزهري، "شروط التقاضي"، م.س، ص44

⁹⁸ المادة 207 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ص 418، تنص "أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها".

-في هذا الإطار أكد قرار صادر عن محكمة النقض (مجلس الأعلى سابقا) رقم 822 صادر بتاريخ 23/02/1994 في ملف مدني 89/2087 بأن من شرط التقاضي بالنسبة الطالب أو المطلوب أي يكون متمتعا بالأهلية ومما جاء فيه: "وحيث إن التقاضي طبقا للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية لا يصح إلا ممن كان شخصا موجودا يتمتع بالأهلية، والأهلية تدور مع الشخص وجودا وعدما والطعن بالنقض ثبت أنه رفع باسم غير موجود فكان غير مقبول".

منشور في المجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى (الإصدار الرقمي) العدد 47 - 1995 ص35 وما يليه.

⁹⁹ المادة 209 من مدونة الأسرة : "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة".

¹⁰⁰ الفصل الأول من ق.م.م: "تنثير المحكمة تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضروريا وتندر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده".

¹⁰¹ -الفصل 114 من ق.م.م ينص: "لا تؤخر وفاة الأطراف أو تغيير وضعيتهم بالنسبة إلى الأهلية الحكم في الدعوى إذا كانت جاهزة.

أما إذا كان الشخص ناقص الأهلية أو عديمها فإنه لنائبه القانوني أو الشرعي صلاحية رفع الدعوى نيابة عنه.

وبخصوص أهلية الشخص المعنوي أو الاعتباري في حالة المساس بالحق في الاستغلال، فهي تنبني على التمثيل القانوني، فإذا تم رفع الدعوى من قبل ممثليهم القانونيين اعتبرت الدعوى مقبولة شكلاً.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بتقديم مقال دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

بالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية، نجد أن المشرع المغربي حدد كيفية وشروط تقديم الدعوى، إلا أنه إذا كانت الدعوى تختلف باختلاف المواضيع التي ترمي إلى تحقيقها، فإنه لا بد من احترام شروط شكلية أخرى التي قد تنفرد بها، وعليه سنتناول في (الفقرة الأولى) المحكمة المختصة للبت في دعوى المطالبة بواجب استغلال ثم الحديث على شكليات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار (كفقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الاختصاص القضائي في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

يعرف الاختصاص بأنه "سلطة المحكمة للحكم في قضية معينة"¹⁰²، و يعرفه البعض الآخر انطلاقاً من علاقته بالولاية القضائية قائلاً: "إذا كانت الولاية تعني سلطة الحكم بمقتضى القانون الممنوحة لكافة محاكم الدولة أي لجميع أعضاء السلطة القضائية التي تقابل سلطتي التشريع والتنفيذ في الدولة، فإن الاختصاص هو نصيب كل محكمة من هذه الولاية، إذ ينتج عن تجزئة ولاية القضاء نظراً لاستحالة أن تمارس محكمة واحدة فقط هذه الولاية في الدولة كلها، أن تختص كل محكمة من المحاكم المختلفة بنصيب معين من ولاية القضاء"¹⁰³.

وتحديد اختصاص يكون بتمييز القضايا التي يكون لها سلطة النظر فيها وفقاً للقواعد التي ينص عليها القانون، لذلك أوجد المشرع أكثر من جهة للقضاء، وراعى في هذا التعدد جانب المصلحة العامة وجانب مصلحة الخصوم أنفسهم ليكون هناك من الضمانات في التشكيل،

-الفصل 115 من نفس القانون ينص: "يستدعي القاضي بمجرد علمه بوفاء أحد الأطراف أو بتغيير وضعيته بالنسبة إلى الأهلية سواء شفويًا أو بإشعار يوجه وفق الشروط المنصوص عليها في الفصول 37، 38، 39، من لهم الصفة في مواصلة الدعوى للقيام بذلك إذا لم تكن الدعوى جاهزة للحكم.

-في نفس الاتجاه جاء في قرار محكمة النقض عدد 3257 بتاريخ 27/12/2005: "تصحیح المسطرة بشأن الصفة والمصلحة والأهلية يجعل الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة.

إذا أستأنف حكم بإسم ميت وقام ورثته بتصحيح المسطرة قبل تبليغهم بالحكم المطعون فيه بالإستئناف بتدخلهم في الدعوى بمقالين إصلاحي وإستئنافي يكون إستئنافهم صحيحاً ومنتجاً". منشور في التقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2005 ص 138.

¹⁰² أحمد حموي، التنظيم القضائي بالمغرب، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2016، ص 193

¹⁰³ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م.س، ص 19

وفي ترتيب الدرجات، وفي مركز المحاكم، وفي تخصيصها لنظر في نوع معين من المنازعات، بما يضمن رعاية هاتين المصلحتين على الوجه الأكمل¹⁰⁴.

لتحديد اختصاص المحكمة يتبع القانون معيارين متميزين :

-الأول : ينظر إلى موضوع الدعوى وذلك لتحديد أي نوع من أنواع المحاكم يختص بها ويسمى هذا الاختصاص " الاختصاص النوعي " .

-و الثاني: ينظر إلى مكان المحكمة وذلك لتحديد أي محكمة من المحاكم التي حددت وفق المعيار الأول ويسمى هذا النوع من الاختصاص بالاختصاص المحلي.

و نظرا لما يتميز به التنظيم القضائي من ازدواجية، فمن جهة القضاء العادي صاحب الولاية العامة، و من جهة ثانية القضاء المتخصص، وتعدد القضايا والمنازعات المتعلقة بدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، يطرح التساؤل عن ما هي المحكمة المختصة للبت في الدعوى ؟

فتناول هذه النقطة يستلزم منا تقسيمها إلى :

أولا) الاختصاص النوعي لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

ثانيا) الاختصاص المحلي لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

أولا) الاختصاص النوعي :

إن القاعدة الأصلية هي أن المحاكم الابتدائية هي صاحب الولاية العامة من حيث الاختصاص، أي أنها تختص في الحكم في جميع الدعاوي التي لم يعط نص تشريعي خاص النظر فيها إلى محكمة أخرى.

وقد نصت المادة 5 من قانون التنظيم القضائي¹⁰⁵ "تختص المحكمة الابتدائية بما فيها المصنفة - عدا إذا نص قانون صراحة على إسناد الاختصاص إلى محكمة غيرها - إبتدائيا وإنتهائيا أو إبتدائيا مع حفظ حق الإستئناف بالنظر في جميع الدعاوي طبقا للشروط المحددة

¹⁰⁴ أحمد حموي، التنظيم القضائي بالمغرب، م.س، ص194

¹⁰⁵ الفصل 5 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 15 يوليوز 1974 يتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، كما تم تعديله بالقانون رقم 34.10 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.148 بتاريخ 17 أغسطس 2011، الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 5 سبتمبر 2011 ص 4368..

بمقتضى قانون المسطرة المدنية أو قانون المسطرة الجنائية أو نصوص خاصة عند الاقتضاء
".

كما نصت المادة 18 من ق.م.م "تختص المحاكم الابتدائية - مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة إلى أقسام قضاء القرب بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة والتجارية و الإدارية والاجتماعية ابتدائيا وانتهائيا أو ابتدائيا مع حفظ حق الإستيناف.

تختص أيضا بقطع النظر عن جميع المقتضيات المخالفة ولو في الحالة التي يسند فيها قانون خاص سابق النظر في بعض أنواع القضايا إلى محكمة أخرى".

وبناء على ذلك، ينعقد الاختصاص النوعي في منازعات المتعلقة بالمطالبة بواجب استغلال العقار من حيث الأصل إلى المحكمة الابتدائية¹⁰⁶، وهذا ما سبق لمحكمة النقض أن أكدته في قرار¹⁰⁷ صادر بتاريخ 2005/04/05 على اعتبار أن أداء التعويض عن استغلال و احتلال المحل يعود الاختصاص فيه للمحاكم العادية ولو تعلق الأمر بنزاع بين تاجرين مما جاء فيه "... حيث تنعى الطاعنة على القرار في وسيلتها الأولى خرق مقتضيات الفصل 5 من القانون رقم 95/53 المحدثه بموجبه المحاكم التجارية والفصل 1 من القانون رقم 95/17 المتعلق بشركات المساهمة، خرق الفصل 345 ق.م.م نقصان التعليل الموازي لانعدامه. ذلك أنه بمقتضى الفصل 5 من القانون الأول المذكور فإن المحاكم التجارية بنت في النزاعات بين التجار، وكذا تلك المتعلقة بالعقود التجارية وبمقتضى الفصل 1 من القانون الثاني المذكور فإن شركة المساهمة تعتبر شركة تجارية. وأنها دفعت أمام قضاة الموضوع بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية أنفا المعروف عليها النزاع لفائدة المحكمة التجارية على اعتبار أنها شركة تجارية والمطلوبة هي الأخرى شركة تجارية مادامت شركة مساهمة باعترافها في مقالها الافتتاحي في الدعوى السابقة والدعوى الحالية. وأن النزاع ينصب على محل معد للاستعمال التجاري وان العقد الرابط بينهما عقد تجاري والتمست إلغاء الحكم الابتدائي والحكم من جديد بعدم الاختصاص النوعي غير أن محكمة الاستئناف استبعدت الدفع المثار بناء على تعليل ناقص مفاده أنها لم تدل بما يفيد أن الشركة المستأنف عليها شركة مساهمة والحال أن الشركة المدنية العقارية وصفت نفسها في مقالها الافتتاحي بأنها شركة مساهمة وأن القرار نفسه أشار في صفحته الأولى إلى أنها شركة مساهمة مما يعرض القرار للنقض.

لكن لما كانت المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية تنص على انه تختص المحاكم التجارية بالنظر في 1:.....- 2 الدعوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية"

¹⁰⁶ وما ينبغي التنبيه إليه إذا كان النزاع له صبغة تجارية أو إدارية فإن الإختصاص يعهد لإحدهما

¹⁰⁷ قرار عدد 501 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 04/05/2005 في ملف عدد 401/3/2/2004، منشور بالمجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 - 2006 ص 123 ومايليه (الإصدار الرقمي).

ولما كان الأمر في النازلة يتعلق بأداء تعويض عن استغلال واحتلال محل النزاع المكروى لا يتعلق بأعمال تجارية بين تاجرين فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي لم تستجب للدفع المذكور لم تحرق أي مقتضي وهذه العلة القانونية المستمدة من الوقائع الثابتة لدى قضاة الموضوع تحل محل العلة المنتقدة التي ردت بها المحكمة الدفع بعدم الاختصاص المثار مما تكون معه الوسيلة على غير أساس".

و كما هو ملاحظ، فإن المحكمة الابتدائية تبقى هي صاحبة الولاية للبحث في الدعوى، والكل مع مراعاة التوزيع الداخلي للعمل داخل المحاكم وذلك بالعرفه المدنية، و هذا ما قضت به المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 21/01/2019 في حكم لها¹⁰⁸، ان دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار لا تدخل ضمن نطاق الدعاوى العقارية طالما ان المطالبة ناتجة عن الحكم بحق شخصي، و مما جاء فيه: " حيث يهدف المدعي من طلبه الحكم له بتعويض عن البناء و الأغراس وفق المسطر في مقال الدعوى المشار إليه أعلاه.

وحيث ان المدعي فرعا أيضا يهدف من طلبه الحكم بتعويض عن الاستغلال.

وحيث إن كلا الطرفين الأصلي و المضاد يتعلقان بالحكم بالتعويض، و هو حق شخصي وليس عيني، مما تبقى معه هذه الدعوى لا تدخل ضمن نطاق الدعاوى العقارية المستثناة طبقا للفصل 4 من قانون التنظيم القضائي من الدعاوى التي يبت فيها قاض فرد، وإنما تبقى ضمن نطاق القضاء الفردي طبقا لذات الفصل المذكور أعلاه.

و حيث إنه طبقا لما ذكر أعلاه قررت المحكمة رفع اليد عن القضية و إحالتها على السيد رئيس المحكمة لاتخاذ المتعين قانونا".

غير أنه في بعض الأحيان قد يبت في طلب دعوى مطالبة بواجب استغلال العقار على أساس مطالبة بحقوق إرثية في إطار ظهير 29/12/1972 حيث جاء في حيثيات حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتاريخ 2019/02/14 ما يلي¹⁰⁹: " حيث يهدف المدعيان من دعواهما إلى الحكم على المدعى عليه يلتزم الحكم على المدعى عليه بأدائه تعويض مسبق تحدده في 5000 درهم مع الأمر تمهيديا بخبرة فلاحية يعهد لخبير مختص لتحديد قيمتي القطعتين الارضيتين الأولى ذات الرسم العقاري 265259 والثانية ذات الرسم العقاري عدد 265359 وكذا تحديد عائدات استغلالها منذ وفاة والدهم سنة 1999.

¹⁰⁸ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 106 بتاريخ 21/01/2019 في ملف عقاري عدد 101/1401/2018 (غير منشور).

¹⁰⁹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس رقم 193 بتاريخ 14/02/2019 في ملف مدني رقم 1332/1201/2015 (غير منشور).

وحيث انه وبعد الإطلاع على طلبات المدعيان يتضح من خلالها انها يهدفان من خلالها إلى الحصول على حقوقهما الارثية في القطع الارضية المشار إليها اعلاه استنادا إلى المادة 15 من الظهير 29/12/1972 وبالتالي فإن الدعوى تتعلق بالمطالبة بحقوق ارثية.

وحيث من الثابت قانونا واستنادا إلى مقتضيات المادة الرابعة من ظهير 15/07/1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة المعدل بقانون 15.03 بتاريخ 11/11/2003 والقانون 34.10 بتاريخ 17/08/2011 فإن المحاكم الابتدائية تصدر أحكامها بهيئة مؤلفة من ثلاث قضاة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والدعاوى العقارية العينية والمختلطة

وحيث إنه واستنادا إلى ما ذكر فإن الاختصاص يصبح منعقدا للقضاء الجماعي والقول بالتالي برفع اليد عن القضية وإحالتها على هيئة القضاء الجماعي".

إذا تبين للقاضي المنفرد أو لهيئة القضاء الجماعي، تلقائيا أو بناء على طلب أحد الأطراف، أن أحد الطلبات الأصلية أو المقابلة أو المقاصة يرجع النظر فيها إلى هيئة أخرى، أو له ارتباط بدعوى جارية أمامها أحيل ملف القضية بأمر ولائي إلى رئيس المحكمة، الذي يتولى هو أو نائبه إحالة ملف القضية فورا إلى الهيئة المعنية¹¹⁰.

ويمكن أن يبيت في طلب واجب استغلال العقار من قبل الغرفة العقارية عند ارتباطها بأحد دعاوى العقارية (دعوى الاستحقاق، القسمة، طرد محتل...) حيث يتم ذلك بصفة تبعية، وهو ما يستفاد من حكم¹¹¹ صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس مما جاء فيه: "وحيث إنه أمام ما خلصت إليه الخبرة أعلاه فإن المدعى عليه لم يترامى على أرض المدعي، كما لم يقطع عليه الطريق أو يمنعه من المرور إلى أرضه، وبالمقابل فإن للمدعي ممرين يمي منهما إلى أرضه، مما يجعل طلبي الإفراغ وفتح الطريق والسماح له بالمرور غير مؤسسين قانونا، وحرى برفضهما.

وحيث إنه وأمام عدم ثبوت احتلال المدعى عليه لعقار المدعي فإن طلب التعويض عن الاستغلال يبقى بالتبعية عديم الأساس القانوني وحرى برفضه".

ثانيا) الاختصاص المحلي

إن الاختصاص المحلي للمحاكم يوزع حسب قضاياه على أساس جغرافي أو إقليمي بين المحاكم، وهذه القضايا تقوم على قواعد تؤسس لغرض رعاية مصلحة المتقاضين، وذلك بأن تعقد الاختصاص للمحكمة القريبة منهم أو من محل نزاعهم، وعيا بمبدأ تقريب القضاء من

¹¹⁰ الفصل 4 من قانون التنظيم القضائي المغربي

¹¹¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس ، عدد 288 بتاريخ 20/03/2019 في الملف عقاري عدد 363/1404/2017 (غير منشور).

المتقاضين وضمانا لسرعة البت في القضايا، وهنا نجد المشرع يؤكد على القاعدة التقليدية التي تقرر أن "المدعي يتبع المدعى عليه إلى محكمته¹¹²؛ لأن المشرع جعل اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، حيث جاء في الفصل 27 من ق.م.م " يكون الاختصاص لمحكمة الموطن الحقيقي¹¹³ أو المختار¹¹⁴ للمدعى عليه.

إذا لم يكن لهذا الأخير موطن¹¹⁵ في المغرب ولكن يتوفر على محل إقامة¹¹⁶، كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل. "

إلا إن المشرع وضع لهذا المبدأ مجموعة من الاستثناءات حددتها الفصول من 28 إلى 30 من نفس القانون .

وتندرج دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار ضمن الدعاوى الشخصية التي يطالب من خلالها المدعي بتعويض عن ما يقابل ذلك الاستغلال، وبذلك ينعقد الاختصاص لمحكمة وقوع الفعل المسبب للضرر أو أمام محكمة المدعى عليه باختيار المدعي وفقا للفقرة الخامسة من الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية.

الفقرة الثانية: شكليات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

القاعدة في قانون المسطرة المدنية أن المحكمة لا تبت إلا في طلبات محددة، وذلك تأسيسا على مقتضيات الفصل 3 من ق.م.م "يتعين على المحكمة أن تبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ لها أن تغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات وتبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

¹¹² أحمد حموي، التنظيم القضائي بالمغرب، م.س، ص 246

¹¹³ ينص الفصل 519 من ق.م.م على أنه " يكون موطن كل شخص ذاتي هو محل سكنه العادي ومركز أعماله و مصالحه.

إذا كان للشخص موطن بمحل و مركز أعماله بمحل آخر، اعتبر مستوطنا بالنسبة لحقوقه العائلية و أمواله الشخصية بمحل سكنه العادي وبالنسبة لحقوقه الراجعة لنشاطه المهني بالمحل الذي وجد به مركز أعماله و مصالحه دون ان يتعرض للبطان اي اجراء سلم لهذا العنوان أو ذلك.

¹¹⁴ ينص الفصل 524 من ق.م.م " يرجع الموطن المختار الخاص بتنفيذ بعض الاجراءات و إنجاز أعمال والتزامات ناشئة عنها على الموطن الحقيقي والموطن القانوني."

و يبقى مكتب المحامي الذي يختاره وينصبه الخصوم للدفاع عنهم ابرز مثال للموطن المختار الذي تبلغ إليه إجراءات الدعوى.

¹¹⁵ ينص الفصل 520 من ق.م.م " يكون محل الإقامة هو المحل الذي يوجد به الشخص فعلا في وقت معين."

¹¹⁶ ينص الفصل 521 من ق.م.م " يكون الموطن القانوني لفاقد الأهلية هو موطن حاجره.

يكون الموطن القانوني للموظف العمومي هو المحل الذي يمارس به وظيفته."

=كما ينص الفصل 522 " يكون موطن شركة هو المحل الذي يوجد به مركزها الاجتماعي ما لم تكن هناك مقتضيات قانونية تنص على خلاف ذلك."

وعليه فإنه يلزم المدعي عند المطالبة بواجب استغلال العقار أن يبين بشكل دقيق طلبه ويحدده، وإلا كان مآله عدم القبول.

كما يقدم الطلب مكتوباً¹¹⁷ بمؤازرة محامي مسجل بجدول هيئة المحامين بالمملكة تحت طائلة عدم قبول الدعوى، وهذا ما قضت به المحكمة الابتدائية بصفرو في حكم لها بتاريخ 2019/04/04 " حيث يهدف طلب المدعية الحكم على المدعى عليهم بتقسيم الإرث و إعطائها حقوقها من المنتجات الفلاحية لمدة خمسة أعوام.

وحيث إنه بموجب الفصل 32 من قانون المحاماة فإن المحامون المسجلون بجدول هيئات المحامين بالمملكة، هم وحدهم المؤهلون، في نطاق تمثيل الأطراف، ومؤازرتهم لتقديم المقالات والمستندات والمذكرات الدفاعية في جميع القضايا، باستثناء القضايا الجزرية، وقضايا التصريحات المتعلقة بالحالة المدنية، وقضايا النفقة أمام المحكمة الابتدائية والإستئنافية، والقضايا التي تختص المحاكم الابتدائية بالنظر فيها ابتدائياً وانتهائياً وكذا المؤازرة في قضايا الجرح والمخالفات.

وحيث إن المدعية لئن بادرت إلى تنصيب محام للنيابة عنها إلا أن هذا الأخير لم يقدّم بإصلاح المسطرة عن طريق تقديم مقال إصلاحي، فضلاً عن أن الدعوى جاءت مفتقدة للإثبات.

وحيث إن الدعوى على حالتها تكون معيبة شكلاً ويتعين بالتالي التصريح بعدم قبولها¹¹⁸ " .

ونفس الإطار جاء في حكم¹¹⁹ صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس من حيثياته: " حيث قدم المدعي طلبه بصفة شخصية والحال أن موضوعها خاضع للمسطرة الكتابية التي تستوجب تنصيب محام طبقاً للمادة 31 من ظهير 10/09/1993 المنظم لمهنة المحاماة.

117 تنص الفقرة الأولى من الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية: "ترفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية بمقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح يدلي به المدعي شخصياً ويحرر به أحد أعوان كتابة الضبط المحلفين محضراً يوقع من طرف المدعي أو يشار في المحضر إلى أنه لا يمكن له التوقيع".
= كما يشير الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية: "تطبق أمام المحاكم الابتدائية وغرف الاستئنافات بها قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محاكم الاستئناف وفقاً لأحكام الفصول 329 و331 و332 و334 و335 و336 و342 و344 الآتية بعده.
تمارس المحكمة الابتدائية ورئيسها أو القاضي المقرر، كل فيما يخصه، الاختصاصات المخولة حسب الفصول المذكورة لمحكمة الاستئناف ولرئيسها الأول أو للمستشار المقرر.
غير أن المسطرة تكون شفوية في القضايا التالية :
- القضايا التي تختص المحاكم الابتدائية فيها ابتدائياً وانتهائياً؛
- قضايا النفقة والطلاق والتطليق؛
- القضايا الاجتماعية؛
- قضايا استيفاء ومراجعة وجيبة الكراء؛
- قضايا الحالة المدنية . "

¹¹⁸ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 173 بتاريخ 04/04/2019 في ملف عقاري عدد 656/1401/18 (غير منشور)

¹¹⁹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 190 بتاريخ 12/02/2019 في ملف مدني رقم 1413/1201/2018 (غير منشور)

وحيث تخلف المدعي ولم يصلح مقاله بالرغم من إمهاله مما تبقى معه الدعوى مقدمة على خلاف البيئة الإجرائية اللازمة لقبولها مما لا يسع المحكمة والحال كذلك إلا التصريح بعدم قبول الدعوى".

ويشترط لصحة الطلب أن يشتمل على العديد من البيانات الإلزامية، التي تناولها المشرع المغربي بمقتضى الفصل 32 من ق.م.م¹²⁰، بكيفية محددة منافية للجهالة تحت طائلة عدم القبول، وهو ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو بتاريخ 28/01/2019 الذي قضى بما يلي: "حيث قدم المقال من لدن المدعي شخصياً ودون ارفاقه بالحجج اللازمة وجاء بشكل مبهم يشوبه عدم التحديد والعمومية مما يشكل مخالفة للفصول 1 و32 من قانون المسطرة المدنية و32 من قانون المحاماة.

وحيث إن الدعوى على حالتها معيبة شكلاً ويتعين التصريح بعدم القبول"¹²¹.

فدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار تستدعي لصحتها من الناحية الشكلية تحديد أطرافها؛ المدعي في الدعوى هو صاحب حق الاستغلال المعتدى عليه بغض النظر إن كان مالكا أو حائزا عرضي للعقار، والمدعي عليه الذي يكون في الغالب المستأثر أو المستغل للعقار بدون موجب حق أو قانون حيث يضي على عمله عدم المشروعية، كما أن تحديد المدعي من المدعي عليه مسألة بالغة الأهمية لما في ذلك من أثر في تحديد الطرف المتحمل لعبء الإثبات¹²².

تتلخص وقائع الدعوى في استغلال المدعي عليه العقار المشترك بين المدعين وعدم تمكينهم من نصيب واجبات كرائه للغير

¹²⁰ ينص الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية "يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعي عليه والمدعي وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعي، وإذا كان أحد الأطراف شركة وجب أن يتضمن المقال أو المحضر اسمها ونوعها ومركزها.

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

إذا قدم الطلب بمقال مكتوب ضد عدة مدعى عليهم وجب على المدعي أن يرفق المقال بعدد من النسخ مساو لعدد الخصوم.

يطلب القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة أو التي تم إغفالها ، كما يطلب الإدلاء بنسخ المقال الكافية وذلك داخل أجل يحدده، تحت طائلة الحكم بعدم قبول الطلب ."

¹²¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 27 بتاريخ 28/01/2019 في ملف مدني رقم 266/1201/18 (غير منشور).

¹²² قال سعيد بن المسيب (أحد رواة الحديث النبوي، الملقب بعالم أهل المدينة و بسيد التابعين في زمانه) : من عرف المدعي والمدعي عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما قال : والمدعي هو من يقول: قد كان كذا والمدعي عليه هو من يقول: لم يكن. وقال غيره : المدعي هو الطالب والمدعي عليه هو المطلوب. وقيل : المدعي هو الذي دعا صاحبه إلى الحكم والمدعي عليه هو المدعو. وقال المحققون: المدعي هو من كان قوله : أضعف لخروجه عن معهود أو لمخافة أصل، والمدعي عليه هو من ترجح قوله بعبادة أو موافقة أصل أو قرينة، فالأصل من كان له مالا على رجل فضعف قول الطالب وهو مدع وترجح قول المطلوب وهو المدعي عليه لأن الأصل براءة الذمة فلو كان الحق ثابتاً. وقال : دفعته صار مدعياً لأن الأصل براءة من الذمة من الدفع ، ولأن الأصل بقاؤه عنده، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان إلا إن كان عرف يقتضى خلاف ذلك، أو قرينة : كمن حاز شيئاً، ثم ادّعاه غير فترجح قول من حازه فهو المدعي عليه وضعف قول الآخر فهو مدع، فعلى هذا: البيئة على من ضعف قوله، واليمين على من قوي قوله.

ويتعين الإشارة إلى موضوع الدعوى¹²³ الذي يتمثل في المطالبة بالقيمة المادية عن استغلال، يضاف إلى ذلك سببها والوقائع¹²⁴ والوسائل التي يستند عليها في ادعائه، وإلا كان مآل الطلب الرفض باعتباره غير مؤسس قانوناً، وهنا لا يلزم المحكمة إنذاره للإدلاء بتلك الوثائق، وذلك في غياب نص تشريعي يلزمها بذلك، علماً أن قيامها بالإنداز خارج النص التشريعي يعد إخلالاً منها بواجب الحياد، والحال أن المشرع قصر حالة الإنداز في الفصل 32 بإغفال البيانات، ولا يدخل الإدلاء بالوثائق في هذا المفهوم¹²⁵، فقد نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من م م ق م على ما يلي: "يطلب القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة أو التي تم إغفالها، كما يطلب الإدلاء بنسخ المقال الكافية وذلك داخل أجل يحدده، تحت طائلة الحكم بعدم قبول الطلب".

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض بما يلي: "لكن رداً على الوسيطتين معا لتداخلهما، فإن المحكمة غير ملزمة بإنذار الأطراف بالإدلاء بحججهم لأنهم مدعوون لذلك تلقائياً، ... وذلك فإن القرار المطعون فيه حين قضى بتأييده بعلّة أن المحكمة غير ملزمة بتكليف المتقاضي بالإدلاء بالحجج المؤيدة لدعواه لأن هذه الحجج لا تندرج ضمن ما يعتبر بيانات لأن المستأنف ملزم تلقائياً بالإدلاء بالحجج التي يراها مؤيدة لدعواه، الشيء الذي يجعل الملف على حالته خال مما تعتمده المحكمة في مناقشة أسباب الاستئناف، الشيء الذي يقتضي إبقاء ما كان على ما كان قبل الاستئناف، فإنه نتيجة لذلك يكون القرار المذكور معطلاً وغير خارق للمقتضيات المحتج بها، والوسيلتين معا غير جديرتين بالاعتبار"¹²⁶.

وتقييدا بهذا التفسير المقدم من طرف محكمة النقض فإن محاكم أول درجة تصرح بعدم قبول الدعوى في حالة عدم إرفاق المقال بالوثائق المؤيدة لها، وفي هذا التوجه قضت المحكمة

- أبي قاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبى، القوانين الفقهية (ضبطه و صححه محمد أمين الضناوي)، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة 2017، ص: 223 و 224.

¹²³ راجع المبحث الثاني من الفصل الأول المتعلق بصور وتجليات المطالبة بواجب استغلال العقار وخاصة ما يرتبط بالأساس القانوني الذي تستند عليه الدعوى.

¹²⁴ جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 14/03/2018 ما يلي "حيث إنه طبقاً للفصل 142 من م م ق م فالمدعى الاستئنافي يجب أن يتضمن الأسماء الشخصية والعائلية للطرفين وموطن أو محل إقامتها وموضوع الطلب والوقائع والوسائل المثارة في حين جاء مقال الاستئناف خالياً من الوقائع علماً أن هذه المقتضيات من النظام العام وخرقها يترتب عنه عدم قبول مقال الاستئناف وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض (المجلس الأعلى) في قرارها في الملف عدد 83840 صادر بتاريخ 8/1/1981 مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الاستئناف شكلاً وتحميل المستأنف الصائر".

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس تحت رقم 2018-259 بتاريخ 14/03/2018 في ملف مدني رقم 1755-2017 (غير منشور).

¹²⁵ محمد بومهود ويونس الزهري، إجراءات تقديم الدعوى ووضع المقال، دليل الملحق في مادة المسطرة المدنية، ص: 66، صادر عن المعهد العالي للقضاء، دون ذكر السنة.

¹²⁶ قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 2848 بتاريخ 14/06/2011 في الملف المدني عدد 1221/1/2009، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 7، يناير 2012، ص 274 وما بعدها.

الابتدائية بمكناس بتاريخ 07/01/2019 بما يلي : " ... وحيث أن توزيع الانتفاع بشأن هذا النوع من الأراضي يعود طبقا لمقتضيات ظهير 27/04/1919 والنصوص المعدلة له لجمعية المندوبين بالجماعة التابع لنفوذها العقار دون غيرها تحت رقابة مجلس الوصاية.

وحيث انه باطلاع المحكمة على الوثائق المدلى بها من طرف المدعين لم تجد من بينها ما يفيد انه سبق لمورث المدعين ان أسندت له منفعة القطعة موضوع الدعوى و ان هذا الحق قد انتقل لورثته المدعين من بعده. وحيث انه أمام عدم إدلاء المدعين بقرار صادر عن الجهة المختصة المذكورة فان جميع الوثائق الأخرى المدلى بها تبقى ناقصة عن درجة الإثبات ويبقى الطلب بذلك غير مؤسس قانونا ومآله عدم القبول.¹²⁷

وفي نفس الاتجاه حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو، مما جاء فيه ¹²⁸: "وحيث أدلى المدعي بنسخة أمر استعجالي رقم 223 القاضي بطرد المدعى عليه من الرسم العقاري رقم ف/4412 ومحضر عصيان مؤرخ في 30/04/2018.

وحيث إن المدلى به غير كاف لإثبات الطلب لخلوه مما يفيد نهائية الأمر لاستعجالي المذكور، كما أنه بالإطلاع عليه ومقارنته بالاسم العائلي للمدعى عليه الوارد بالمقال الافتتاحي يتبين أنه هناك فرق بينهما ومن جهة أخرى فادعاء الحرمان من الاستغلال منذ سنة 2000 يستوجب الإثبات.

وحيث إنه وتأسيسا على ما سبق تكون الدعوى معيبة شكلا ويتعين التصريح بعدم قبولها".

- فضلا عما سبق، متى تعلق الأمر بعقار محفظ، لابد من الإدلاء بوثائق تطابق الحالة الراهنة للعقار تحت طائلة عدم قبول الدعوى واعتبار الطلب سابق لأوانه، وهو ما يستفاد من حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 26/10/2017 مما جاء فيه: "حيث يهدف

¹²⁷ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 26 بتاريخ 07/01/2019 في ملف رقم 263/1401/2018 (غير منشور).
في نفس الاتجاه:

حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 120 بتاريخ 04/02/2019 في ملف عقاري رقم 1149/1402/2018 (غير منشور) " حيث يهدف طلب المدعية إلى الحكم بانتهاء حالة الشباع في الملك المسمى xxx من الرسم العقاري عدد xxx الكائن بمكناس المنزه ويسلان مساحته 70 متر مربع، وتمكينها وابنتها من نصيبهما في استغلاله.

وحيث انه بمقتضى المادة 314 من مدونة الحقوق العينية فإنه يشترط الإجراء القسمة أن يكون الملك مملوكا على الشباع للشركاء عند إجرائها، وأنه من المعلوم فقها أنه يتعين إثبات تملك الشريك العقار المطلوب قسمته القول صاحب التحفة: وحيث كان القسم القضاة //// فبعد إثبات للموجبات.

وحيث أدلت المدعية بنسخة من رسم اراثة وشهادة وفاة، وحيث إن المدلى به لا يثبت الملك ولا يبرقي لدرجة الحجة المقبولة فقها وقضاء لإثباته، ذلك أن رسم اراثة لا يثبت سوى موت المورث وعدد ورثته ولا يمكن أن تكون باي حال من الاحوال حجة مقبولة لإثبات الملك

وحيث إنه وطالما أن المدعية لم تدل بشهادة الملكية تثبت ملكيتها لجزء مشاع في العقار موضوع النزاع ، فإن موجبات الدعوى غير متوفرة في نازلة الحال مما لايسع معه المحكمة إلا التصريح بعدم قبولها".

¹²⁸ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 06 بتاريخ 07/01/2019 في ملف مدني 252/1201/18 (غير منشور).

الطلب إلى حكم بتعويض مؤقت قدره 5000 درهم مع إجراء خبرة لتحديد قيمة العقار ونصيب كل واحد منهم فيه.

وحيث أسس المدعون الطلب على أساس ملكيتهم إلى جانب المدعى عليه في العقار محل الطلب مستدلين في ذلك بالالتزام عدلي.

وحيث من الثابت بالإطلاع على شهادة الملكية الصادرة عن المحافظ على الأملاك العقارية بفاس أن المدعى فيه هو للمدعى عليه بصفته مالكا منفردا.

وحيث يستفاد من تحليل مقتضيات الفصل 65 من ظهير 12 غشت 1913 بأنه يجب أن تشهر بواسطة تسجيل في السجل العقاري جميع الأعمال القانونية والمادية التي يمكن ان تطرأ على العقار.

وحيث من الثابت أن الإلتزام المدلى به غير مقيد بالرسم العقاري. وحيث إلاحين تحيين تقييد التزام بالرسم العقاري يبقى الطلب سابقا لأوانه ومآله عدم القبول¹²⁹.

- ويهدف تحديد أطراف وموضوع وسبب الدعوى إلى مراقبة سببية صدور حكم حائز لحيجية الأمر المقضي به في النزاع ذاته، تجنباً لإصدار أحكام متناقضة في نفس موضوع الدعوى، وهو ما أشار إليه حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس¹³⁰ بتاريخ 28/01/2019 مما جاء فيه "حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإجراء القسمة في الملك ذو الرسم العقاري عدد xxx...، وعلى اعتبار ان المدعى عليهم ينفردون بالتصرف في كافة العقار المدعى فيه، و إنهم محرومون من حقهم في الاستغلال منذ 29/11/1988، فإنهم يلتزمون أيضا بالحكم على المدعى عليهم تضامنا بأدائهم تعويضا مسبقا قدره 9000 درهم، والحكم بالنفاذ المعجل، وتحديد مدة الاجبار والصائر.

¹²⁹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس عدد 1150 بتاريخ 26/10/2017 في ملف عقاري رقم 681/1402/16 (غير منشور)
¹³⁰ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 95 بتاريخ 28/01/2019 في ملف عقاري عدد 348/1402/2017 (غير منشور)

- نفس الاتجاه:

حكم صادر عن المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء عدد 1858 بتاريخ 17/10/2018 في ملف رقم 1704/1401/2017 (غير منشور) مما جاء فيه: " بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدم به نائب المدعين لدى كتابة ضبط هذه المحكمة والمؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 30/05/2017 يعرض من خلاله أنهم يملكون العقار الكائن بالبيضاء بن امسيك رفقة المدعى عليه موضوع الرسم العقاري عدد xxx المسمى xxx و أن هذا الأخير يستغل نصيبه ويحاول التصرف في جزء من العقار دون إذن المدعين الذين طالبوه بتمكينهم من واجب استغلاله للعقار لوحدهم و أنذروه فلم يستجب، و التمس الحكم بإجراء قسمة بتية للعقار المسمى xxxموضوع الرسم العقاري عدد xxx و إخراج المدعين من حالة الشيع التي تجمعهم مع المدعى عليه والحكم لهم بواجب الاستغلال بعد احتساب نصيبهم مع ما يترتب عن ذلك قانونا ...

حيث إن الطلب الأصلي (الافتتاحي) سبق البت فيه بعدم قبول طلب التعويض عن الاستغلال وبقبول باقي الطلبات...".

النظر فيها إلى حين تقسيم العقار ومعرفة نصيب كل واحد من المالكين ثم بعده يحق المطالبة بتحديد قيمة الاستغلال إلى هذا النصيب المحدد بموجب القسمة القضائية.

و هو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالرباط¹³² في قرار صادر عنها بتاريخ 02 فبراير 2000 الذي قضى بتأييد الحكم الابتدائي فيما ذهب إليه من عدم قبول طلب الاستغلال مما جاء في حيثياته: " و حيث إن الطلب يهدف إلى تمكين المدعين من واجبه في استغلال ومحل النزاع، وحيث إن المستأنف عليها تقر بأن المدعى فيه من متخلف والدتها، وحيث إن الشريك على الشياح يحظر عليه الانفراد بحيازة المال الشائع لاستعماله أو استغلاله بدون موافقة بقية الشركاء، وحيث و إن كان انفراد المستأنف عليها باستغلال المدعى فيه يخول باقي الشركاء المطالبة بواجبه من غلة العقار فإنه ونظرا لكون العقار غير مقسوم بين الشركاء من جهة ومن جهة أخرى لكون أنصبتهم غير محددة الشيء الذي يجعل طلب واجب الاستغلال سابق لأوانه ويتعين التصريح بعدم قبوله..."

وفي نفس السياق جاء في قرار آخر من نفس المحكمة بتاريخ 12/07/2006 "...وحيث أن العقارات موضوع طلب الاستغلال ذات جودة مختلفة...وحيث ضمانا لمصلحة المالكين على الشياح يتعين على المحكمة أن تفصل في دعوى القسمة قبل طلب مقابل الاستغلال مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطلب..."¹³³.

اتجاه ثاني اعتبر انه لا مانع من البت في الطلبين معا في آن واحد، شرط ان يثبت طالب الاستغلال انفراد الشريك بأخذ غلة المال الشائع ومنعه من ذلك تحت طائلة عدم قبول طلبه.

هذا التصور جسده قرار¹³⁴ صادر عن محكمة النقض مما ورد فيه: " حيث تعيب الطاعنة وأبنائها القاصرون على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني، ذلك أن محكمة الاستئناف لم تجب بما فيه الكفاية عما أثارته أمامها من خرق الحكم الابتدائي للفصل 3 من ق م م، لما قضى المطلوبين بمبلغ (255400) درهم في حين طلبوا الحكم لهم بمبلغ (247930) درهم فقط، ولم يؤدوا الرسوم القضائية بعد الخبرة عن طلباتهم، كما لم تجب عما أثارته الطاعنة

¹³² قرار عدد 735 صادر عن محكمة الإستئناف بالرباط بتاريخ 02/02/2000 في الملف عدد 6183/98 أوردته بئينة العلوط، القسمة القضائية للعقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني بجامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2003.2004، ص 87

¹³³ قرار عدد 936 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط، بتاريخ 12/07/2006 في ملف عدد 5893/1/2/05، أورده المصطفى مازي، الإشكالات العملية للقسمة القضائية للعقارات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، بجامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2006/2007، ص 111

¹³⁴ قرار عدد 3336 المؤرخ في 8/11/2006 في ملف مدني عدد 1069/1/2/2005، منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com (تاريخ الإطلاع: 2019/08/01 ساعة 15: 23).

ومن معها من أن الحكم الابتدائي قضى بواجب الاستغلال، والحال أن موضوع الدعوى هو القسمة.

لكن حيث ... ما أثير بشأن طلب الاستغلال، بما عللت به قرارها من أن "الحكم بواجب الاستغلال غير مرتبط بإجراء القسمة ويحق طلبه من الشريك المستغل للعقار المشاع ولو مع وجود حالة الشيع" وهي تعليقات كافية وقانونية تبرر قضاء المحكمة، مما تكون معه الوسيلة خلاف الواقع".

ويبقى الاتجاه الثاني هو الجدير بالتأييد حيث أن موضوع طلب الاستغلال غير متوقف عن البت في طلب القسمة، فللشريك الحق في طلب نصيبه من ما اغتله الشريك المستأثر بالعقار، شريطة توفر الشروط الموضوعية للطلب، وهو المعمول به حالياً في المحاكم، حيث نلامسه في مجموعة من الأحكام القضائية، من قبيل ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس الذي قضى بقسمة تصفية عن طريق بيع العقارات بالمزاد العلني و تمكين كل واحد من الشركاء في نصيبه الشرعي من ثمن البيع، بالإضافة إلى الحكم على المدعى عليه بأدائه للمدعين نصيبهم من واجب الاستغلال، ومن حيثياته ما يلي: "...وحيث إنه بخصوص واجب الاستغلال فإنه من الثابت من خلال رسم ثبوت الشراء المدلى بصورة شمسية طبق الأصل لنسخة من طرف المدعين، أن المدعي كان يستغل العقارين منذ 1987، و ان المدعى عليه لم ينازعه في ذلك، مكتفياً بالتعقيب كون الخبير بالغ في تحديد قيمة الاستغلال، دون أن يحدد القيمة الحقيقية للاستغلال في نظره.

وحيث ان الخبير حدد نصيب المدعين في الاستغلال منذ سنة 1987 إلى 2013 في 410.33400 درهم.

وحيث ان المحكمة لا تحكم بأكثر مما طلب. وحيث ان المدعين التمسوا الحكم على المدعى عليه بأدائه لهم نصيبهم في استغلال العقارين المذكورين البالغ 298.597 درهم والحكم بالصائر في مجموعته، مما قررت معه الحكم لهم بهذا المبلغ...¹³⁵.

¹³⁵ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 98 بتاريخ 28/01/2019 في ملف عقاري 32/1402/2017 (غير منشور).

-في نازلة مشابهة صادرة عن نفس المحكمة:

مما جاء في حيثيات حكم عدد 95 بتاريخ 28/01/2019 في ملف عقاري 348/1402/2017 (غير منشور). "وحيث إن الخبرة المنجزة من طرف الخبير أعلاه في الشق المتعلق بإنهاء حالة الشيع جاءت وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانوناً وكانت موضوعية في نتائجها ولم تكن محل منازعة جدية من الطرفين، وأثبتت أن العقارات المدعى فيها غير قابلة للقسمة العينية فاقترحت بيعه بالمزاد العلني حسب الثمن الافتتاحي أعلاه، لذلك افتتحت المحكمة الأخذ بنتيجتها والحكم بقسمة العقارات المذكورة قسمة تصفية عن طريق بيعها بالمزاد العلني انطلاقاً من الاثمنة الافتتاحية المحددة من طرف الخبير، وتمكين كل واحد من الشركاء من نصيبه الشرعي في الاثمنة التي سيرسو عليها المزاد العلني. وحيث إنه بخصوص واجبات الاستغلال فإن الثابت من خلال الوكالات المدلى بها وعقد بيع حق تجاري لكان أن والدة المدعين .. هي التي كانت تتصرف في الدكانين 44 و46، ومن خلال جلسة البحث ومحضر مشاهدة واستجواب تبين ان والدتهم ايضاً كانت تقطن بسفلي المنزل موضوع الدعوى، كما ان المدعين لم يثبتوا بكون المدعى عليهم منعوهم من استغلال العقارات موضوع الدعوى، مما يتعين الحكم برفض الطلب في هذا الشق...".

- كما يمكن أن يتم ذلك بناء على طلب مضاد أو مقابل دفعا لمزاعم المدعي وردا على ادعاءاته، فبمجرد تقديم الطلب تنتقل وتتغير صفة كل طرف من أطراف الدعوى فيصبح المدعى عليه مدعيا، والمدعي مدعى عليه، الأمر الذي يؤثر على قواعد الإثبات خاصة تحديد من يقع عليه عبء الإثبات¹³⁶، ومثال ذلك الطلبات التي ترمي إلى إنقاص من الثمن مع مراعاة مقابل ما استغله المدعي¹³⁷، أو المطالبة بالتعويض كمقابل أو جوابا على الدعوى التي أقيمت في مواجهته يترتب عليه عدم الحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها في الشق المتعلق بواجب استغلال عقار، والكل مع مراعاة الشروط المقررة التي سبق الإشارة إليها والمتعلقة بالجانب الشكلي والموضوعي للمقال، مع ضرورة اتصال الطلب المضاد أو المقابل بالدعوى اتصالا مباشرا بالدعوى.

وللغير الذي له مصلحة في النزاع أن يطلب التدخل كطرف في الدعوى من أجل طلب الحكم لنفسه بذات المتنازع بشأنه، مثال على ذلك في الحالة التي يلتمس فيها الغير الحكم لفائدته بواجب استغلال العقار أو أن يطلب التدخل دفاعا عن حقوقه ومصالحه إذا صدر الحكم في الدعوى المذكورة دون أن يبين أقواله فيها، مع توفر شرط المصلحة المشار إليه في الفصل 111 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على ما يلي: "يقبل التدخل الإرادي ممن لهم المصلحة في النزاع المطروح"، دون إغفال الارتباط القائم بين طلب التدخل وبين الخصومة الذي ينبغي استحضاره على الرغم من عدم وجود أي مقتضى ينص على ضرورة توفره فإن القواعد العامة لقبول أي طلب عارض تقتضيه وتفرضه¹³⁸، وعلّة في ذلك عدم السماح للمتدخل بأن يخلق دعوى جديدة من تدخله داخل الدعوى المعروضة على المحكمة من جهة، والحفاظ على حسن سير العدالة من خلال صدور حكم واحد في نزاع واحد من جهة أخرى¹³⁹.

-قرار رقم 1419 الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 23/02/1998 في الملف 6792 و6236/1998. وقرار رقم 1345 الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 02/02/1999 في الملف عدد 6183/1998، أشارت إليهما فاطمة الواقفي "القسمه القضائية في ضوء قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، مقال منشور بمجلة سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، ندوة خاصة بمناسبة الذكرى المئوية "حماية الملكية العقارية من خلال قرارات محكمة الاستئناف بالرباط العدد 6 سنة 2013 ص 32 و33.

136 عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م.س، ص 190

137 انظر قرار محكمة النقض المشار إليه في ص 37

138 بخلاف المشرع المغربي، نجد التشريع المقارن كقانون المسطرة المدنية للقانون الفرنسي يشير بشكل صريح لهذا الشرط ضمن المادة 325 مما جاء فيها :

"L'intervention n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant".

نفس الأمر بالنسبة للتشريع المصري في المادة 128 من قانون المرافعات التي جاء فيها "يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى"

139 نبيل إسماعيل عمر، الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات وآثاره الإجرائية والموضوعية، الاسكندرية، منشأة المعارف 1994، ص 217

وانسجاما مع ذلك، جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس وهي تبث في منازعة مرتبطة بالمطالبة بواجب استغلال العقار ما يلي: "حيث تقدم المتدخل XXX بمقال من اجل التدخل الطوعي وبمقال مضاد .

وحيث انه طبقا للفصل 111 من قانون المسطرة المدنية فانه يقبل التدخل الطوعي من له مصلحة في التزام المطروح أمام المحكمة .

وحيث إن المتدخل يهدف بمقاله الى الحكم له باستحقاق القطعة الأرضية المسماة XXX في حين إن النزاع الذي ثبت فيه المحكمة يتعلق بواجب استغلال قطعة أرضية .

وحيث إن مصلحة المتدخل في الدعوى تبقى غير ثابتة في النازلة طبقا للفصل المذكور مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطلب" 140.

فضلا عما سبق، يسوغ للطرف المدعى عليه أو كل ذي مصلحة الدفع بالإخلالات الشكلية والمسطرية وحالات البطلان التي اعترت دعوى المطالبة بواجب استغلال، والكل مع مراعاة مقتضيات الفصل 49 من ق.م.م 141 .

تنبيه : ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الإطار إذا تعلق الأمر بنزاع له طابع تجاري؛ كالمطالبة بواجب استغلال عقار ذو صبغة تجارية¹⁴² (مثلا رياض مملوك على سبيل الشياح واستفراد أحد الشركاء باستغلاله) أو له طابع إداري فإن الإجراءات المتبعة تكون وفق خصوصية كل طلب على حدة.

المبحث الثاني: القواعد الموضوعية المؤطرة لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

حاول القضاء في ظل غياب تنظيم قانوني خاص لشروط المطالبة بواجب استغلال العقار، تكريس قواعد يستلزم توفرها للاستجابة لطلب الدعوى وضمن الحصول على المقابل كتعويض عن ما ترتب بفعل المدعى عليه من ضرر (المطلب الأول).

¹⁴⁰ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، عدد 113 بتاريخ 21/02/2008، في ملف عقاري عدد 610/2007 (غير منشور)
¹⁴¹ ينص فصل 49 من ق.م.م "يجب أن يثار في آن واحد وقبل كل دفاع في الجوهر الدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو لارتباط الدعويين والدفع بعدم القبول وإلا كان الدفاع غير مقبولين.

يسري نفس الحكم بالنسبة لحالات البطلان والإخلالات الشكلية والمسطرية التي لا تقبلها المحكمة إلا إذا كانت مصالح الطرف قد تضررت فعلا".

وبذلك ، متى صدر الحكم فإنه لا بد من مناقشة المعايير التي تأخذ بعين الاعتبار من قبل القاضي من أجل تقدير الواجب عن الاستغلال، و الذي يكون بالاستعانة بخبراء في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

إن الاستجابة لطلب المدعي الذي يستند على إدعاء توفر الحق في الحصول على الواجب المتخلف في ذمة المدعى عليه، أمر رهين بتوفر مجموعة من الشروط يترتب على غياب أحدها الحكم برفض الطلب.

وعليه، فإن محاولة استجلاء الشروط التي على أساسها تنبئ المطالبة، لن تخرج عن ثلاث مستويات، معالجة الشروط المتعلقة بالعقار (الفقرة الأولى) و عن ما يرتبط بالمدعي (الفقرة الثانية) ثم تخصيص الحديث عن الشروط الخاصة بالمدعى عليه (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الشروط الخاصة بالعقار موضوع الدعوى

يشترط في العقار أن يكون قابلاً للاستغلال وبتعبير آخر أن يكون الوعاء العقاري يدر نفعاً أو دخلاً، الذي على أساسه يتم توجيه المدعي دعواه لتقدير ريع الشيء أو ما يغله من دخل نقدي؛ كما هو الحال عند كراء العقار للغير أو الاحتلال غير مشروع للعقار وما ينتفع به بدون وجه حق.

وتماشياً مع ذلك، فقد قضت المحكمة الابتدائية بمكناس برفض الحصول التعويض عن الاستغلال طالما أن العقار لم يدر أي نفع على المدعى عليه من جهة، ولا يعد صالحاً للاستغلال من جهة أخرى، مما يكون معه تمكين المدعي من الواجب أمر غير مبرر، ومما جاء فيه¹⁴³: "...وحيث خلص تقرير الخبرة إلى أن القطعة الأرضية موضوع النزاع لازالت غير صالحة لأي استغلال ولا تنتج أي شيء يمكن ذكره في الوقت الراهن، ومن ثم فإن طلب التعويض عن الاستغلال ليس له أي مبرر مادام أن الأرض المذكورة لم تعد على المدعى عليه الأول بأية فائدة مما يتعين معه رفضه، والدفع بأن الخبير لم ينجز مهمته في هذا الإطار مردود على اعتبار أنه أرفق تقريره بصورة توضح بأن الأرض مملوءة بالأحجار والدوم وبالتالي فهي غير صالحة للاستغلال".

الفقرة الثانية: الشروط الخاصة بالمدعي

¹⁴³ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 203 بتاريخ 2019/02/27 في ملف مدني رقم 2017/1404/840 (غير منشور)

تتمثل الشروط الخاصة بالمدعي في أحقيته في استغلال العقار من جهة (أولاً)، ثم عدم سقوط حقه في المطالبة بواجب الاستغلال (ثانياً).

أولاً: خلو الأحقية في الاستغلال من المنازحة

إن المدعي ملزم بإثبات أحقيته في استغلال العقار، سواء بصفته كمالك أو متمتعاً بحقوق ترد على العقار، وتجنباً لتكرار ما سبق ذكره في محور الصفة نظراً لتداخل مسألة إثبات الصفة وإثبات الحق في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، يمكن القول أن عدم الإدلاء بما يفيد أحقية المدعي في الاستغلال يستتبع عدم قبول الدعوى¹⁴⁴.

ويجب كذلك، أن لا يكون الحق الذي يستند عليه المدعي محل منازعة، وإلا كان توجيه طلب الاستغلال سابقاً لأوانه، وهو ما يستفاد من قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 11/10/2011 مما جاء فيه: "حيث يعيب الطاعنون على القرار عدم ارتكازه على أساس قانوني وانعدام التعليل، ذلك أن محكمة الاستئناف عللت قرارها برفض طلب الاستغلال وطلب القسمة على أن هناك منازعة في العقار موضوع النزاع سواء فيما يخص التملك أو الأثمنة وأن ما توصلت إليه المحكمة من استنتاج يفنده واقع الحال، ذلك أن بالملف من الوثائق التي تفيد أن العارضين مالكون للعقار وأن مصطفى xxx استأثر باستغلاله ومنعهم من الدخول إليه مما يكون معه طلب العارضين له ما يبرره.

لكن، حيث إن الطاعنين لم يبينوا ما هي الوثائق الموجودة في الملف التي تفيد أنهم مالكون للعقار موضوع النزاع وأغفلتها محكمة الاستئناف...، وكان قرارها سليماً لما قضت بعدم قبول طلب الاستغلال ما دامت قد لاحظت أن ملكية العقار محل منازعة والأنصبة فيه غير محددة... وبالتالي إجراء محاسبة عن الاستغلال يجب أن يكون العقار خالياً من النزاع وأن تكون الأنصبة محددة وبالتالي تكون مطالب الطرفين سابقة لأوانها..."¹⁴⁵.

¹⁴⁴ جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 59 بتاريخ 21/01/2019 في ملف مدني متنوع عدد 495/1201/2018 (غير منشور) ما يلي: "...وحيث أدلى المدعون لإثبات صفتهم في الدعوى برسم ثبوت استغلال مضمن بعدد 31 صحيفة 35 توثيق زرهون بتاريخ 16 يونيو 2015.

وحيث إنه بالإطلاع على هذه الوثيقة يتبين أن شهودها يشهدون بكون مورث المدعين كان يستغل القطع الأرضية المدعى فيها دون أية إشارة إلى وجه استغلاله لها، وبالتالي فإن هذه الوثيقة لا تنهض حجة على كون المورث كان يملك هذه الأراضي أو كان له حق عيني عليها يمكن توريثه لهم.

وحيث إنه وبناء على ما ذكر ولعدم إدلاء المدعين بوثيقة مقبولة قانوناً تثبت كون الأراضي موضوع الدعوى ألت إليهم عن طريق الإرث تكون صفتهم في الدعوى غير ثابتة".

¹⁴⁵ القرار صادر عن محكمة النقض عدد 4304 المؤرخ في 11/10/2011 في ملف مدني عدد 2369/1/4/2009، منشور بالموقع الإلكتروني: www.jurisprudencemaroc.com (تاريخ الإطلاع: 2019/08/01 ساعة 23:05).

وتأسيساً على ما سبق ذكره، فصاحب الحق في استغلال والمتضرر المباشر من جراء فعل المدعى عليه، هو من يحق له رفع الدعوى، فشرط الأحقية رهين بالحصول على الواجب أو التعويض المطالب به.

ثانياً: أن لا يسقط حقه في المطالبة بواجب استغلال العقار

يشكل التقادم المسقط سبب لانقضاء الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، إذا توانى صاحبها عن ممارستها أو أهمل المطالبة بها خلال مدة معينة يحددها القانون، فتلاشي الحق بالتقادم يعني طبعاً منع سماع الدعوى به¹⁴⁶.

وقد وجد المشرع أن يؤكد على هذا المعنى، عندما أوضح في المادة 381 من ق.ل.ع، التي استهل بها بحث التقادم أن "التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام".

ويمكن للمدعى عليه ان يدفع بالتقادم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى باعتباره من الدفوع الموضوعية، وهو ما يستفاد من قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 26/11/2013 مما جاء فيه¹⁴⁷: "...حيث يؤخذ من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه رقم 2505 الصادر في 18/07/2012 عن محكمة الاستئناف بمكناس أن المطلوبين في النقض تقدموا إلى ابتدائية مكناس عرضوا فيه أن الطاعن استأثر باستغلال جميع نصف العقار المملوك على الشياخ ذي الرسم العقاري xxx وذلك منذ 1991،... صدر الحكم الابتدائي بأداء الطاعن للمطلوبين في النقض طلباتهم ... فأيدته محكمة الاستئناف مع خفض المبلغ المحكوم به إلى 248.000 درهم بعلّة أن استغلال الطاعن للجزء المدعى فيه ثابت من خلال تقارير الخبرات المنجزة وأنه كان يتعين إثارة الدفع بالتقادم قبل كل دفع أو دفاع ولا يقبل إثارته لأول مرة في المرحلة الاستئنافية وهو القرار المطلوب نقضه.

حيث يعيب الطاعن على القرار انعدام الأساس القانوني ذلك أن محكمة الاستئناف ردت دفعه بالتقادم بعلّة أنه لم يثره قبل أي دفع أو دفاع في الجوهر ولا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة الاستئناف دون أن تبين السند القانوني الذي اعتمده.

حقاً حيث إنه لما كان الدفع بالتقادم وإن كان يترتب عن تحققه عدم قبول الدعوى فهو دفع موضوعي لكونه ينتج عنه انقضاء الالتزام ومنع الخصوم من إعادة التقاضي بشأن نفس الالتزام المتقادم وبالتالي لا يندج ضمن الدفوع الشكلية الواقعة تحت طائلة الفصل 49 من ق

¹⁴⁶ مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضائه، مطابع دار القلم ببيروت لبنان، الطبعة الأولى 1970، ص 516.

¹⁴⁷ قرار صادر عن محكمة النقض -الغرفة المدنية القسم الثاني- عدد 636/2 المؤرخ في 26/11/2013 في ملف مدني عدد 2416/1/2/2013 (غير منشور).

م م، والمحكمة مصدره القرار لما ردت دفع الطاعن بالتقادم بعله أنه لم يثره قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع وأخضعه لأحكام الفصل 49 من ق م م تكون قد طبقت هذا المقتضى في غير محله ولم تجعل لقرارها أساسا من القانون وعرضته للنقض".

ونظرا لتعدد الحالات والوقائع التي يستمد على أساسها الحق في المطالبة بواجب استغلال العقار، فإن تحديد أمد خاص بالدعوى عرف تباين على مستوى القضاء.

فعندما تكون المطالبة مبنية على عمل غير مشروع من قبيل الانتزاع حيازة عقار أو احتلاله فإن الفصل 106 من ق.ل.ع هو موضوع التطبيق، طالما أن التعويض أو الواجب يؤسس بناء على 77 و98 من ق.ل.ع، حيث وضع المشرع أجلين، الأول ينحصر في خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه، أما الأجل الثاني، فيمتد إلى عشرين سنة من وقت حدوث الضرر، إذا لم يصل إلى علم المتضرر الضرر والمسؤول عنه.

ففي قرار لمحكمة النقض المغربية بتاريخ 25 فبراير 2014، ذهبت فيه إلى أنه "حقا إن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة حسبما ينص عليه الفصل 106 من ق.ل.ع. تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر، ومحكمة الاستئناف حينما رفضت التقادم المثار أمامها في إطار الفصل المذكور تأسيسا على أن واقعة الاحتلال والبناء مستمرة في الزمن في حين أن انطلاق التقادم المنصوص عليه في الفصل 106 من ق.ل.ع. والمطبق على الدعوى يسري أمده القصير من يوم علم المتضرر بالفعل الضار والمسؤول عنه ويسري أمده الطويل من يوم وقوع الضرر دون اعتبار لما أخذت به المحكمة من كون الفعل الضار مستمرا في الزمن، فكان بذلك ما اعتمده المحكمة لتبرير رفض الدفع بالتقادم المرتكز على كون واقعة الاحتلال مستمرة في الزمن فيه تطبيق خاطئ للفصل 106 من ق.ل.ع. يعرض قرارها للنقض"¹⁴⁸.

ونفس السياق تسلكه محكمة النقض المصرية التي أقرت أن "المقرر وفقا للفقرة الثانية من المادة 375 من القانون المدني أن دعوى المطالبة بالريع عن الغصب باعتباره عملا غير مشروع لا تسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة ومن ثم فإن التقادم الذي يسرى على هذه

148 قرار صادر عن محكمة النقض في ملف مدني عدد 1519/1/2/2013 بتاريخ 25/02/2014، أورده عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، الطبعة الأولى 2016، ص 340

المطالبة هو التقادم الطويل وليس التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 172 مدني. " (طعن رقم 1813 لسنة 57 ق جلسة 21/1/1993 س 34 ص 273)¹⁴⁹.

وأضافت نفس المحكمة "تطبيق المادتين 978،979 من القانون المدني يقتضي حتما التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية والحق في المطالبة بها لا يسقط إلا بالتقادم الطويل عملا بنص الفقرة الثانية من المادة 375 من القانون المدني، أما إذا كان أخذها حائزا للعين واقتترنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة." (الطعن رقم 282،277 سنة 49 ق جلسة 20/1/1983 س 34 ص 271)¹⁵⁰.

ومن جانب آخر يطرح التساؤل عن مدة التقادم في حالة تجاوز الحدود المنفق عليها في عقد الكراء، هل يخضع لمقتضيات الفصل 391 من ق.ل.ع المتعلق بأداء حقوق دورية وأكرية أم للتقادم العادي الفصل 387 من نفس القانون ؟

تجيبنا محكمة النقض في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 23/08/2012 مما جاء فيه "...حيث تعيب الطالبة على القرار في وسيلتها الأولى خرق القانون المتخذ من خرق الفصل 391 من ق.ل.ع والفصل 6 من ظهير 1955 ذلك أنها تمسكت بالتقادم المنصوص عليه في الفصل 391 ق.ل.ع والمطلوب يطالب بأداء واجب الكراء عن الأمتار المحددة في 18 متر مربع غير مشمولة بعقد الكراء ابتداء من فاتح يناير 2001 فيكون طالته التقادم إلا أن الحكم الابتدائي المؤيد استئنافيا لم يناقش هذا الدفع ولم يرد عليه.

لكن، حيث إن ما أثارته الطالبة بخصوص الإنذار وخرق الفصل السادس من ظهير 1955 لم يسبق لها التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يجوز عرضه لأول مرة على محكمة النقض مما يتوجب معه عدم قبوله. ومن جهة ثانية، فمحكمة الاستئناف ردت الدفع بالتقادم بناء على ملاحظاتها عن صواب بأن الأمر لا يتعلق بأداء حقوق دورية وأكرية التي تخضع في تقادمها للفصل 391 ق.ل.ع وإنما يتعلق باستغلال الطالبة لمساحة رائدة عما سبق الاتفاق عليه في العقد رتبت على ذلك عدم تطبيق مقتضيات الفصل المذكور على النازلة مما يبقى معه ما أثير بهذا الخصوص مردود".

وحسب ما لدينا من إعتقاد، فإن القرار قد صادف الصواب، ذلك أن تقدير الواجب عن الاستغلال بناء على السومة الكرائية لا يفيد على أن المطالبة تتعلق بأداء واجب الكراء، وبالتالي لا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل 391 من ق.ل.ع، فطالما لم يوجد نص خاص

¹⁴⁹ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الرابع دار محمود للنشر والتوزيع

2018، ص 179

¹⁵⁰ شريف أحمد الطباخ، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء و الفقه: الجزء الثالث، دار العدالة للنشر والتوزيع القاهرة، الطبعة الأولى 2014/2015، ص 200

يؤطر الدعوى فينبغي أن تخضع للتقادم المنصوص عليه في الفصل 387 من نفس القانون المذكور.

وما يزكي عدم خضوع دعوى المطالبة بواجب استغلال عقار للفصل 391 من ق.ل.ع، ما يستفاد بمفهوم المخالفة من قاعدة أشار إليها حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو بتاريخ 25/02/2019 الذي تتلخص وقائعه في شراء مدعي عن طريق المزاد العلني عقار محفظ في اسم المدعى عليه، وهذا الأخير رفض إفراغ العقار موضوع الشراء بدعوى أنه يتوفر على أصل تجاري فيه، وظل يستغله منذ تاريخ شرائه، ومن الدفع المدلى بها من طرف المدعى عليه أن تواجهه شرعي بالعقار يعطيه صفة مكثري للمحل، ومن هنا لا حق للمدعي في المطالبة بالتعويض عن الاستغلال وإنما بقيمة كرائية فقط، وما يستتبع من عدم قبول الدعوى على أساس أنها سقطت بالتقادم طبقا للفصل 391 من ق.ل.ع وأجابت المحكمة عن هذا الدفع فيما يلي¹⁵¹: "حيث إن العلاقة القائمة بين الطرفين ليس بعلاقة كرائية وبالتالي فالدفع بالتقادم طبقا للفصل 391 من ق.ل.ع في غير محله ويتعين رده".

وبذلك فلا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل 391 من ق.ل.ع، الذي يطبق متى كنا أمام عقد كراء، حيث يضافي على عنصر الاستغلال "صفة شرعية" على خلاف مقابل الاستغلال وما يستتبع من تعويض يضافي على فعل التواجد بالعقار أو جزء منه غير مشمول بالعقد "صفة الإحتلال"¹⁵².

ومن جانب آخر نتساءل عندما يتعلق الأمر بنزاع وارد على ملك مشاع، هل الواجب المطالب به يتصف كذلك بالدورية؟

القضاء في هذه الحالة عرف نوع من التباين، هناك من يعتبر أن دعوى الاستغلال في العقار المشاع لا تخضع للتقادم العادي المنصوص عليه في الفصل 387 من ق.ل.ع، وإنما للتقادم الخماسي المشار إليه في الفصل 391 من نفس القانون المذكور.

ويجسد هذا التوجه قرار صادر عن مجلس الأعلى مؤرخ في 2002/10/23 الذي كرس قاعدة مفادها أن: "طلب المدعي نصيبه في الغلة هي مطالبة بحقوق دورية تتقادم طبقا للفصل 391 من ق.ل.ع للتقادم الخمسي وليس التقادم العادي المحدد في 15 سنة."¹⁵³

¹⁵¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 45 في ملف مدني 13/1201/17 بتاريخ 25/02/2019 (غير منشور).

¹⁵² راجع محور التمييز بين دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار وواجب الكراء، ص 12 وما يليها.

¹⁵³ قرار المجلس الأعلى عدد 3246، ملف مدني عدد 2001/2/1/478، المؤرخ في 2002/10/23، منشور في الموقع الإلكتروني: http://adala.justice.gov.ma/production/jurisprudence/ar/cour_supreme/fes/

أما التوجه الثاني فقد أقر بتقادم الدعوى على أساس الفصل 387 من ق.ل.ع، وهو ما جاء في قرار صادر عن مجلس الأعلى بتاريخ 15/10/2003 "إن موضوع الدعوى يتعلق باستغلال الطاعنين نصيب المطلوبة في العقار على الشيعاء مدة نحو عشرين سنة ولم يكن ذلك عن طريق الجريمة أو شبه الجريمة حتى يطبق عليها التقادم المنصوص عليه في الفصل 106 من ق.ل.ع، وأن المحكمة حين طبقت التقادم العادي المنصوص عليه في الفصل 387 من ق.ل.ع تكون قد ركزت قضاءها على أساس قانوني سليم وكل تخرق أي مقتضى قانوني"154.

ولقد كرست نفس المحكمة هذا التوجه في قرار صادر بتاريخ 18/01/2011 "دعوى المطالبة بالاستغلال لم يرد بشأن تقادمها أي نص خاص وهو ما يجعل تقادمها يخضع للتقادم العادي المنصوص عليه في الفصل 387 من ق.ل.ع"155.

وبالمقابل نجد القانون المدني الفرنسي الذي أقر بشكل صريح في الفصل 156-815-10 الفقرة الثالثة منه بالتقادم الخماسي، للمطالبة بما يقابل استغلال أحد شركاء للمال المشترك.

كما نجد من التطبيقات العملية في القضاء الفرنسي التي تخضع للتقادم الخماسي، استغلال أحد الزوجين للعقار موضوع الاشتراك بعد الطلاق، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها¹⁵⁷ بتاريخ 28 ماي 2015، مع مراعاة مجانية وعدم أداء أي تعويض ناتج عن استغلال العقار في الفترة السابقة عن إصدار قرار عدم التوفيق بين الطرفين، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك، وفقا للفقرة الأخيرة من الفصل 1-262 من القانون المدني¹⁵⁸.

¹⁵⁴ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15/10/2003 تحت عدد 2908 في الملف المدني عدد 186/01، أورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات القضائية سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، طبعة ثالثة سنة 2013، ص263.

¹⁵⁵ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18/01/2011 تحت عدد 212 في الملف عدد 1035/10 أورده محمد بفقير، م.س، ص 265.

¹⁵⁶ Article 815-10 alinéa 3 du Code Civil :

« ...Aucune recherche relative aux fruits et revenus ne sera, toutefois, recevable plus de **cinq ans** après la date à laquelle ils ont été perçus ou auraient pu l'être.

Chaque indivisaire a droit aux bénéfices provenant des biens indivis et supporte les pertes proportionnellement à ses droits dans l'indivision. »

¹⁵⁷ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 28 mai 2015, 14-16.828, www.legifrance.gouv.fr (vu : le 29/07/2019 à 17 :55).

¹⁵⁸ Le dernier alinéa de l'article 262-1 du Code Civil :

« ... La jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, sauf décision contraire du juge. »

الفقرة الثالثة: الشروط الخاصة بالمدعى عليه

إن ضمان أداء الواجب من قبل المدعى عليه أمر رهين بإثبات استغلاله للعقار، مع ما يضيف على فعله عدم المشروعية والارتكاز على سند مبرر للانففاع بالعقار.

وعليه سنتناول في هذه الفقرة شرط استغلال لما يؤول للمدعي (أولا) ثم عنصر المنع والحرمان (ثانيا).

أولاً: استغلال المدعى عليه لما يؤول للمدعي

-إن القاعدة التي دأب القضاء الحكم بناء عليها بواجب استغلال العقار، أنه "لا مجال للمطالبة ما دام لم يقدّم المدعي أي دليل على الاستغلال"، وهو ما يستخلص من قرار صادر عن المحكمة النقض مما جاء فيه: "...لكن ومن جهة أولى فإن تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة العينية لا يعتبر دليلاً على استغلال المطلوبين لكافة العقار المشاع، ووثائق الملف لا تتضمن المذكرة التي ادعى الطاعنون أنها تتضمن إقرار المطلوبين بأن كافة المدعى فيه بيدهم، ومن جهة أخرى فإن عبء إثبات انفراد المطلوبين باستغلال المدعى فيه خلال المدة موضوع الدعوى على عاتق الطاعنين وهو ما أشارت له المحكمة عن صواب في تعليلها أن المستأنفين الطاعنين هم ملزمون بإثبات إدعائهم والمحكمة لم ترجح الشهود على محضر التنفيذ وإنما ناقشت الموجب مما تكون معه الوسيلة على غير أساس"159.

-كما لا مجال للحصول على واجب استغلال العقار إذا كان الاستغلال في حدود النصيب أو الاستعمال فيما لا يتنافى مع طبيعته، وهو ما يستخلص من حيثيات حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس مما جاء فيه160: "... وحيث إن المدعى عليها أقرت فعلاً بتواجدها بالعقار موضوع النزاع، وأنها تستغل نصيبها فقط من العقار في حدود الثمن.

وحيث لا يجوز تجزئة الإقرار ضد صاحبه إذا كان هذا الإقرار هو الحجة الوحيدة عليه طبقاً للفصل 414 من ق ل ع.

159 قرار عدد 433 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 8/2/2006 في ملف مدني عدد 3603/1/2/2004، منشور في الموقع الإلكتروني: <http://www.jurisprudencemaroc.com/> (تاريخ: 1 أكتوبر 2019 ساعة: 23:02).

160 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس عدد 74 في ملف مدني عدد 199/1201/14 بتاريخ 07/01/2016 (غير منشور).

وحيث إن الفصل 962 من ق ل ع ينص على أنه " لكل مالك على الشياح أن يستعمل الشيء المشاع بنسبة حصته فيه على شرط ألا يستعمله استعمالاً يتنافى مع طبيعته أو مع الغرض الذي أعد له، وألا يستعمله استعمالاً لا يتعارض مع مصلحة باقي المالكين أو على وجه يترتب عليه حرمانهم من أن يستعمله استعمالاً لا يتعارض مع مصلحة باقي المالكين أو على وجه يترتب عليه حرمانهم من أن يستعملوه بدورهم وفقاً لما تقتضيه حقوقهم"

وحيث إن الملف خال مما يفيد استغلال المدعى عليهم للعقار موضوع النزاع بمفردهم يبقى الطلب معيباً شكلاً ويتعين التصريح بعدم قبوله".

فالملاحظ، أنه ينبغي أن يكون المدعى عليه قد حاز فعلاً ويستغل استغلالاً كاملاً لما هو حق للمدعي وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 23/10/2018 يؤكد على اقتران التعويض أو الواجب بمسألة الانفراد بالاستغلال مما جاء في حيثياته¹⁶¹: "حيث ينعي الطاعنان على القرار خرق المادة 31 من القانون رقم 18.00 والمادة 24 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والفصل 962 من ق.ل.ع وانعدام التعليل، ذلك أن الدعوى موضوعها التعويض عن الحرمان من استغلال السطح وأجزاء المشتركة بين الطاعنين والمطلوبين، وبمقتضى المادة 31 من القانون 18.00، والفصل 962 من ق.ل.ع، فإن كل مالك مشترك يعتبر مسؤولاً عن الأضرار التي يتسبب فيها لشريكه برعونة أو تعسف في استعمال الأجزاء المشتركة والمطلوبون تبادوا في استغلال الغلامية وهم على بينة من الأحكام الصادرة بالهدم ومن أن الغلامية خارج الوعاء العقاري لشقتهم أحدثت على أجزاء مشتركة وظلت قائمة إلى غاية تاريخ التنفيذ في 6/02/2015.

حقاً، حيث أسست المحكمة قضاءها على علة: أن الطرف المستأنف عليه لم يقيم بإحداث الغلامية بسطح السكن المشترك، وأنهم قاموا بهدم البناء المحدث بسطح العمارة، وبالتالي لم يتسببوا في أي ضرر للمستأنفين يستوجب تعويضه، في حين أنه ولئن كان البناء بالسطح الذي هو ملك مشترك قد تم من طرف ملف المطلوبين في النقض، فإنهم ظلوا ينفردون باستغلاله رغم العلم بسبق صدور الحكم نهائي بهدم البناء في مواجهة سلفهم، خلافاً لما تنص عليه المادة 31 من القانون 18.00 التي تعطي لكل مالك مشترك حق استعمال الأجزاء المشتركة في الغرض المعد له، مما يكون معه القرار خارقاً للمادة المذكورة وعرضة للنقض".

¹⁶¹ قرار صادر عن محكمة النقض عدد 586/2 -الغرفة المدنية القسم الثاني- بتاريخ 23/10/2018 في ملف مدني عدد 1349/1/2/2016 منشور في الموقع الإلكتروني <https://www.facebook.com/ritaje2014/>

من جانب آخر، نجد أن محكمة النقض الفرنسية¹⁶² ذهبت إلى اعتبار الاحتفاظ بمفاتيح المبنى مع اقتران استحالة الاستغلال لباقي الشركاء، يشكل بمثابة انفراد بالانتفاع بالعقار، ويجعل طلب الحصول على واجب الاستغلال مبرر.

ويمكن إثبات واقعة الإستغلال بمحاضر المعاينة، حينما اعتبرت محكمة النقض في قرار صادر عنها بتاريخ 08/03/2016 أن "واقعة الترامي والاحتلال لا تثبت بالخبرة فقط كإجراء من إجراءات التحقيق بل يمكن إثباتها بشتى وسائل الإثبات بما فيها محاضر المعاينة المنجزة من أشخاص مؤهلين لهذه الغاية، ولما كان البين من مستندات القضية والأدلة المعروضة أمام قضاة الموضوع أن الطالبة التمسست ضمن دعواها طرد المطلوب من العقار المدعى فيه والذي تعد المالكة الوحيدة له، حسبما تؤكد شهادة المحافظة العقارية المرفقة بالملف، واستدلت تعزيزاً لدعواها بمحضر معاينة منجز من طرف الضابطة القضائية عدد 340 بتاريخ 22/11/2005 تشهد فيه هذه الأخيرة لمعاينتها للمطلوب... فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتبرت ضمن تعليلاتها أنه للتأكد من واقعة الترامي يستوجب الأمر بإجراء خبرة وهو يخرج عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات لما فيه من مساس بأصل الحق، وتكون قد خرقت الفصل أعلاه (الفصل 345 من ق.م.م) وعللت قرارها بتعليلا يوازي انعدامه وعرضه للنقض"¹⁶³.

¹⁶² Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 31 mars 2016, 15-10.748, www.legifrance.gouv.fr (vu le 20/08/2019 à 16 :15) «Il résulte de l'article 815-9 du code civil que la jouissance privative d'un immeuble indivis résulte de l'impossibilité de droit ou de fait pour les coindivisaires d'user de la chose. La détention des clés de la porte d'entrée d'un immeuble, en ce qu'elle permet à leurs =détenteurs d'avoir seuls la libre disposition du bien indivis, est constitutive d'une jouissance privative et exclusive, de sorte qu'une cour d'appel qui énonce qu'il ne peut en être déduit l'existence d'une occupation exclusive de cet immeuble, viole ce texte»

Précédents jurisprudentiels dans le même sens :

La conservation des clefs de l'immeuble indivis suffit pour caractériser l'occupation privative, même si elle n'est pas effective, dès lors qu'elle prive les autres indivisaires de la jouissance de la chose. Cass. 1ère Civ. 21 novembre 2012, n°11-20.365 www.legifrance.gouv.fr (vu le 20/08/2019 à 16 :17).

Cass 1ère Civ, 23 mars 2011, 10-10.835, www.legifrance.gouv.fr (vu le 20/08/2019 à 16 :25).

Cass 1ère Civ, du 30 juin 2004, 02-20.085, www.legifrance.gouv.fr (vu le 20/08/2019 à 16 :30).

Cass. 1ère Civ. 14 juin 2000, n°98-19.255, www.legifrance.gouv.fr (vu le 20/08/2019 à 16 :31) .

¹⁶³ قرار صادر عن محكمة النقض عدد 193/3 بتاريخ 08/03/2016 في ملف مدني عدد 4877/1/3/2015، منشور بمجلة الإشعاع عدد مزدوج: 46 47 يونيو دجنبر 2017، ص 309 وما يليه.
في نفس الاتجاه :

كما يمكن في بعض الأحيان الاستعانة بالخبرة كما يستفاد من خلال الحكم القضائي¹⁶⁴ صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس الذي جاء تبعا لحيثياته: "...وحيث إنه وأمام ما خلصت إليه الخبرة أعلاه فإن المدعى عليه لم يترامى على أرض المدعى، كما لم يقطع عليه الطريق أو يمنعه من المرور إلى أرضه...".

ثانياً: حرمان المدعى عليه المدعي من استغلال العقار

يعد المنع أو الحرمان من الاستغلال شرطاً أساسياً لإلزام المدعى عليه بأداء الواجب عن ما استغله، وبذلك فعلى المدعى أن يقدم حجا كافية تثبت هذه الواقعة حتى تكون لها أثرا في مواجهة خصمه وإلا كان مصير الطلب الرفض وعدم القبول، وهو ما يستتشف من العمل القضائي الآتي:

قرار¹⁶⁵ صادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 12/03/2018 الذي أقر بما يلي: "... وحيث نازع المستأنف عليه في واقعة منعه للمستأنف من استغلال المدعى فيه. وحيث بعد الإطلاع على محضر المعاينة أعلاه يتبين أنه خال من سند معرفة وتحقق المفوض القضائي من هوية الشخص المطلوب ضده الإجراء حتى تتمكن المحكمة من ترتيب حجته القانونية، الأمر الذي تكون معه واقعة المنع من الاستغلال وبالتالي سبب الدعوى، غير ثابتة، مما يتعين معه تأييد الحكم المستأنف القاضي بعدم قبولها".

حكم¹⁶⁶ صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو بتاريخ 02/12/2019 مما جاء في بعض حيثياته: "وحيث إن الثابت من نسخة قرار استئنافي رقم 373/18 الصادر بتاريخ 04/04/2018 أنه قضى بتأييد الأمر الاستعجالي رقم 223 القاضي بطرد المدعى عليه من الرسم العقاري عدد 4412/ف، وعند مباشرة إجراءات التنفيذ على ذمة الملف رقم 1536/2017 امتنع المدعى عليه من تنفيذ المقرر القضائي الصادر في حقه فحرر مأمور التنفيذ محضرا بالعصيان وإهانة مقررات قضائية بتاريخ 30/04/2018.

=حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس مما جاء فيه: "...وحيث إنه من ثابت أيضا من تقرير المعاينة المنجز من طرف مكتب الدراسات الطبوغرافية والمرفق بالمقال أن المدعى عليها تضع يدها على جزء من وعاء الرسم العقاري الجماعي في حدود مساحة 01 هكتار 03 أرو 71 سنتييار وأنها تقوم باستغلاله وهو ما أقرت به في جوابها على مقال الإدعاء...".
-حكم عدد 184 بتاريخ 20/02/2019 في ملف مدني جماعي 772/1404/18 (غير منشور).
-وفي الغالب يتم الاستعانة بمفوضين قضائين لإجراء معاينات مادية محضة، مجردة من كل رأي، تثبت واقعة الاستغلال، عملا بالمادة 15 في فقرتها الخامسة من ظهير شريف رقم 1.06.23 صادر بتنفيذ القانون رقم 81.03 المنظم للمهنة.
¹⁶⁴ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس ، عدد 288 بتاريخ 20/03/2019 في ملف عقاري عدد 363/1404/2017 (غير منشور).
¹⁶⁵ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس رقم 253/2018 بتاريخ 12/03/2018 في ملف مدني رقم 1672/1201/2017 (غير منشور).
منشور).

¹⁶⁶ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 377 بتاريخ 02/12/2019 في ملف مدني عدد 39/1201/19 (غير منشور)

وحيث إن استغلال المدعى عليه لملك المدعي طيلة المدة الواردة بصحيفة الدعوى دون ارتكاز ذلك الاستغلال على سند مشروع يجعله ملزماً بتعويضه عن حرمانه من ملكه لأن للمدعي وحده سلطة استعماله واستغلاله والتصرف حسب مقتضيات المادة 14 من مدونة الحقوق العينية...".

كما جاء في حكم¹⁶⁷ قضائي صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 30/09/2019: "وحيث إنه بالإطلاع على نسخة قرار استئنافي رقم 1087 الصادر بتاريخ 01/07/2015 يتبين أنه موضوع الدعوى الرائجة بين الطرفين يتعلق بإقامة المدعى عليه لبراقة وكومة طوبية داخل جزء من أرض المدعي المسماة تعنزارت، كما أن محضر التنفيذ المؤرخ في 28/11/2017 يتعلق بأعمدة إسمنتية وآلة للحفر حكم على المدعى عليه بإزالتها من بلاد رافع الطلب، مما تعتبر معه هاتين الحجبتين غير كافيتين للقول بأن الأضرار المحكوم على المدعى عليه برفعها عن المدعي كانت سببا في حرمانه من استغلال بلاده ذات مساحة تبلغ 6 هكتارات وذلك منذ سنة 2012 إلى غاية تاريخ التنفيذ، وبالتالي فالدعوى مختلة شكلا من هذه الناحية ويتعين التصريح بعدم قبولها".

وإذا كان الأمر واضح في هذه النقطة، فإن القضاء عرف تضارب على مستوى تفسير مقتضيات الفصل 965 و973 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، ومنشأ هذا التباين راجع إلى السكوت، فهل يدل على الرضا أم لا؟ وهو ما يجعلنا نتساءل عن ما مدى إلزامية الشريك إنذار المالك المستأثر للحصول على واجب الاستغلال؟

فالاتجاه القضائي الأول : يقر أن عدم المنع أو الحرمان لا يعفي الشريك المستأثر بالاستغلال من أداء تعويض عن المدة المنتفع فيها بالعقار، وبالتالي فإن المدعي غير ملزم بتوجيه إنذار أو إتباع إجراءات سابقة للحصول على نصيبه من غلة الشيء المشترك، وقد أكدت محكمة النقض هذا الاتجاه في أحد قراراتها¹⁶⁸ المؤرخ في 07/02/2012 مما جاء فيه: "...حيث ينعي الطاعنون على القرار خرق الفصل 965 من ق.ل.ع، ذلك أن محكمة الاستئناف اعتبرت بمقتضى قرارها المؤرخ في 31/01/2008 أن الاستئناف لا يركز على أساس وردته «بكون المطلوبة المستأنفة تعد مالكة لأسهم في العقار موضوع النزاع وأن المطالبة بواجبات الاستغلال بهاته الصفة لا يمكن الأخذ بها لأنه تأكد كونها لا تستغل المحل بكرائه للغير أو تتصرف فيه تصرفا غير قانوني، وبالتالي لا يمكن المطالبة بواجب الاستغلال إلا باعتبار ما يدر المحل من دخل إضافي على المطلوبة كما لم يثبت منع الطاعنين من هذا الاستغلال» وما ذهبت إليه المحكمة يعتبر مساسا بالقواعد المنظمة لحالة الشياخ التي تمنح

¹⁶⁷ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 294 بتاريخ 30/09/2019 في ملف مدني عدد 19/1201/64 (غير منشور).

¹⁶⁸ قرار صادر عن محكمة النقض عدد 666 المؤرخ في 07/02/2012 في ملفان مدنيان مضمومان عدد 3004-4506/2010 منشور في مجلة المحاكم المغربية العدد 142 شتنبر أكتوبر 2013، ص 220 ومايليه.

للشركاء في المال المشترك مجتمعين دون انفراد أي منهم بالاستئثار المنفرد بالاستغلال
يوازي ما أخذه زائدا على نصيبه في المال المشترك.

حقا حيث ردت المحكمة طلب طاعنين التعويض عن استغلال العقار موضوع الصك عدد
16925/د بناء على « أنه ثبت أن المطلوبة في النقص لا تستغل المحل بكرائه للغير وأنه لا
يمكن المطالبة بواجب استغلال إلا باعتبار ما يدر المحل من دخل إضافي على المطلوبة كما
لم يثبت منع الطاعنين من الاستغلال»، في حين أن المطلوبة في النقص تشغل العقار المشترك
وحدها بإقرارها مند وفاة والدها. وكونها لم تمنع الطاعنين من الاستغلال لا يعفيها من التزامها
بأداء التعويض عما تشغله من حصص شركائها، مادام لكل مالك حصة شائعة في ملكية
الشيء المشاع، وعلى كل منهم أن يقدم حسابا عما أخذه زائدا على نصيبه من غلة الشيء
المشترك عملا بالفصلين 965 973 من ق.ل.ع، والمحكمة لما ردت طلب التعويض بالعلة
أعلاه تكون قد خرقت الفصلين المذكورين وعرضت قرارها للنقض".

كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 19/04/2011 ما يلي: "...حيث
ينعى الطاعنون على القرار، عدم الارتكاز على أساس قانوني، ذلك أن العمل القضائي استقر
على أحقية أي شريك في حق مشاع المطالبة بالتعويض عن استغلال حقوق في الشياح لم
يسبق له المطالبة بها، ولا يوجد بالملف ما يفيد امتناع باقي الشركاء من تمكينه من الحق في
استغلال نصيبه، إذ لا يوجد بالملف ما يفيد مطالبة المطلوبة بواجبها في متروك الهالك أو
ما يفيد امتناعهم من تمكينها في استغلال نصيبها في الإرث.

لكن، ومن جهة أولى وفضلا عن أن الطاعنين لم يوردوا السند القانوني أو الفقهي الذي يقضي
بعدم أحقية شريك في المطالبة بالتعويض عن استغلال حقه المشاع لم يسبق له المطالبة بها،
فإن كونهم لم يمنعوا المطلوبة في النقص من الاستغلال لا يعفيهم من التزامهم في أداء تعويض
عما يشغلونه في حصص شريكتهم مادام لكل مالك على الشياح حصة شائعة في ملكية الشيء
المشاع وفي غلته، ومن جهة ثالثة فالمحكمة لما قضت للمطلوبة في النقص بالتعويض عن
حرمانهم من استغلال حصتها في العقارات المشاعة تكون قد ركزت قضاءها على الفصل
965 من ق.ل.ع والوسيلة غير مقبولة في جزءها الأول وعلى غير أساس في الباقي"169.

أما الإتجاه الثاني الذي سلكته محكمة النقص، يقر بأن السكوت عن المطالبة يعد موافقة
ضمنية على استغلال النصيب، وبالتالي انتفاء عنصر المنع والحرمان يعفي الشريك المنفرد

169 قرار صادر عن محكمة النقص عدد 1824 بتاريخ 19/04/2011 في الملف المدني عدد 1554/1/2/10 منشور بمجلة المحاكم
المغربية عدد 144، ص 153

بالاستغلال عن أداء الواجب أو التعويض المستحق لباقي الشركاء، ويجسده قرار¹⁷⁰ لمحكمة النقض بتاريخ 2019/01/15 الذي جاء في حيثياته: "حقاً، حيث إن المحكمة قضت لفائدة المطلوبين في النقض بتعويض عن الحرمان من استغلال الفيلا موضوع الرسم العقاري عدد 26025/ف ابتداء من نونبر 2007 تاريخ وفاة مورثهم إلى غاية دجنبر 2013 وإلى غاية 31/03/2017 بالنسبة لمن تقدم بطلب إضافي وذلك استناداً لتعليقها الذي جاء فيه أنه «بالرجوع إلى محضر إثبات حال موضوع ملف عقود مختلفة عدد 3274/33/2013 بتاريخ 05/12/2013 يتبين أن المستأنفة الأصلية هي التي تستأثر باستغلال الفيلا مما يكون معه باقي المستأنفين محقين في واجب الاستغلال ويقع على كاهلها التزاماً بأداء واجب الاستغلال لباقي الشركاء غير المنتفعين» في حين أن استغلال الطاعنة للفيلا المتخلفة عن مورث الطرفين واستعمالها للسكنى لا يترتب عنه سوى استحقاق المطلوبين في النقض لنصيبهم في الاستغلال من تاريخ منعهم من الاستغلال إلى جانبها، أو من تاريخ المطالبة بالاستغلال أو بالتعويض المستحق عنه، مادام أن حضورهم وسكوته عن المطالبة بغلة الشيء، يعد موافقة ضمنية على استعمال نصيبهم من طرف الطاعنة، والمحكمة عندما اعتبرت المطلوبين في النقض مستحقين التعويض ابتداء من نونبر 2007 لمجرد أن الطاعنة هي التي تفرد باستغلال الملك السكني المشترك ودون أن تبرز قرارها ما إذا كانت قد منعتهم من استغلاله، أو أنهم طالبوا بذلك من تاريخ وفاة الموروث، تكون قد أسست قضاءها على تعليل ناقص بمثابة انعدامه، وعرضت قرارها للنقض.

وهذا التوجه معمول به في إطار محاكم الموضوع من قبيل ذلك : حكم¹⁷¹ صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 04/07/2019 مما جاء فيه: "... وحيث إن المحضر أعلاه وإن كان يفيد كون المدعى عليها هي من تستغل العقار الموروث إلا أنه لا يفيد منعها لباقي الورثة من استغلال نصيبهم، إذ أن حقهم في التعويض عن الاستغلال يستند أساساً على عنصرين متلازمين يتمثل الأول في إثبات مطالبتهم إياها باستغلال نصيبهم في موضوع الدعوى، والثاني إثبات منعها إياهم من ذلك.

وحيث أدلت المدعى عليها بخمسة محاضر تبليغ إشعار غير قضائي للورثة المدعين XXX توصلوا بها بتاريخ 20/5/15 تشعروهم بموجبها أنها لا تمنع في استغلال نصيبهم في الفيلا موضوع الدعوى، وأن باب فيلا مفتوحة قصد استغلال نصيبهم وواجبهم فيها وقتما شاءوا دون أي منازعة أو معارضة.

¹⁷⁰ قرار صادر عن محكمة النقض الغرفة المدنية القسم الثاني عدد 23/2 المؤرخ في 15/01/2019 في ملف مدني عدد 2018/2/1/70 (غير منشور).

¹⁷¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس عدد 2084 بتاريخ 04/07/2019 ملف مدني عدد 219/1201/18 (غير منشور).

وحيث إن المدعون لم يثبتوا منع المدعى عليها إياهم من تمكينهم من استغلال نصيبهم في الفيلا موضوع الدعوى، بعد توصلهم بالإشعار أعلاه، مما يكون معه طلب التعويض الأصلي والإضافي غير مؤسس قانونا ويتعين رفضهما.

وحيث إن المتدخلين إراديا لم يثبتوا منع المدعى عليهم إياها من استغلال نصيبهم مما يكون الطلب غير مؤسس ويتعين رفضه".

نفس التوجه يستشف من حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو¹⁷² بتاريخ 16/09/2019 الذي قضى بما يلي: "وحيث إنه ولئن أثبت المدعي صفة الطرفين كمالكين على الشيعاء في الملك العقاري موضوع الرسم عدد 6749/ف فإن ما ورد بمحضر المعاينة واستجواب من تصريح للمسميان XXX ليس بالحجة المثبتة لاستحواذ المدعى عليه على نصيب المدعي ومنعه من الاستغلال باعتباره شرطا أساسيا لإلزامه بتعويضه عنه...".

وما يزيد من حدة هذا الإشكال، نجد داخل نفس المحكمة تارة يتم الحكم بواجب استغلال مع ضرورة توفر عنصر الحرمان من الاستغلال، وتارة أخرى يستند إلى القاعدة الفقهية الغرم بالغنم¹⁷³ دون إتيان كاهل المدعي بإثبات عنصر الحرمان، فبمجرد ثبوت الاستئثار مع عدم إدلاء المدعى عليه بما يفيد أداء النصيب لباقي الشركاء أو الشريك، يكون ملزما بأداء واجب استغلال العقار، وهو ما لمسناه على مستوى بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الابتدائية بمكناس :

1-حكم صادر بتاريخ 17/01/2019 يقضي بضرورة توفر عنصر الحرمان مما جاء في حيثياته¹⁷⁴: "وحيث إن الملكية المشاعة للعقار موضوع الدعوى بين طرفي الدعوى ثابتة استنادا إلى شهادة الملكية المدلى بها بالملف.

وحيث انه من الثابت قانونا أنه إذا كان لكل مالك على الشيعاء الحق بالانتفاع بالملك المشاع فإنه على كل واحد منهم أن يقدم للباقيين حسابا عما أخذه زائدا على نصيبه من غلة الشيء المشترك اعمالا لأحكام المادة 965 من ق ل ع.

¹⁷² حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو عدد 272 بتاريخ 16/09/2019 في ملف مدني عدد 258/1201/19 (غير منشور).

¹⁷³ الغرم لغته: هو ما يلزم أداءه ودفعه، والغنم هو الفوز بالشيء، وعليه يكون المعنى الاجمالي للقاعدة هو أن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره، كما أن التكاليف والغرامات التي تترتب على الشيء تجب على من استفاد منه وانتفع به.

-عدنان عبد الله محمد عويضة، نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي: دراسة تأصيلية تطبيقية، الطبعة الأولى 2010، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص 65 و 66

¹⁷⁴ حكم عدد 49 بتاريخ 17/01/2019 في ملف عدد 788/1201/2018 صادر عن "الغرفة المدنية متنوع" (غير منشور).

وحيث إنه لئن كان تواجد المدعى عليه بال عقار موضوع الدعوى ثابتة استنادا إلى اقراره بذلك فإن استحقاق المدعية لتعويض عن استغلال المدعى عليه للعقار المذكور متوقف على اثبات واقعة منعها من استغلال نصيبه منه من قبل المدعى عليه الأمر الغير الثابت في نازلة الحال.

وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض إذ نص على أن تطبيق مقتضيات الفصل المذكور اعلاه منوط بشرط إثبات الشريك حرمانه من استغلال حصته في الشيء المشترك (قرار مجلس الأعلى عدد 2927 الصادر بتاريخ 25/07/2001 ملف عقاري عدد 2386/1/2/2000).".

2- حكم صادر بتاريخ 24/01/2019 لا يتشدد في مسألة إثبات المنع طالما أن الاستثناء بالعقار ثابت والمدعي عليه لم يدلي بما يفيد التمكين من الواجب، حيث جاء في حيثياته¹⁷⁵: "...وحيث إنه وباستقراء المحكمة لتصريحات الأطراف والشاهد المستمع إليه بيمينه يتضح على أن المدعى عليه هو من كان يستغل العقار موضوع الدعوى وهو الأمر الذي لم ينازع بشأنه هذا الأخير في جلسة البحث وأن ادعاءه بكونه كان يؤدي لوالدته نصيبها من الاستغلال بقي مجرد ادعاء ولم يثبت ذلك بمقبول قانونا وكما أن ادعاءه بكون والدته كانت تقيم معه بمنزله مستدلا في ذلك بحجة لفيفة ليس من شأنه أن ينفعه في شيء لأن إقامتها بالسكن رفقة ليس قرينة على تمكينها من نصيبها في استغلال العقار المذكور باعتباره أرض فلاحية.

وحيث أنه وبثبوت استغلال المدعى عليه للعقار موضوع الدعوى فإن طلب الاستغلال المقدم في مواجهته يبقى مؤسسا استنادا لقاعدة الغرم بالغنم واستنادا إلى الفصل 965 من ق ل ع الذي ينص على أنه "إذا كان مسلما على أنه لكل مالك على الشيعاء الحق بالانتفاع بالملك المشاع فإنه على كل واحد منهم أن يقدم حسابا عما أخذه زائدا على نصيبه من غلة الشيء المشترك". وحيث أنه بذلك يكون واجب استغلال الأرض خلال المدة المطلوبة هو 45900 درهم ووجب للمدعية نصيبها منه 5737.5 درهم حسب الفريضة المستدل بها من طرفها".

وبعد إبراز التوجهات القضائية، فإن تحديد التوجه الذي هو جدير بالتأييد من عدمه، يقتضي منا تحليل العناصر الجوهرية التي تعد محل خلاف، والكل مع استحضار القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود وقواعد الفقه الإسلامي وبالأخص

¹⁷⁵ حكم رقم 81 بتاريخ 2019/01/24 ملف مدني رقم 1157/1201/2017 (غير منشور).

الراجح¹⁷⁶ والمشهور¹⁷⁷ وما جرى به العمل¹⁷⁸ من الفقه المالكي في ظل غياب نص في مدونة الحقوق العينية يجيب عن الإشكال.

فإذا حصل أن استأثر أحد الشركاء باستغلال المال المشترك فإن الذي عليه الفقه المالكي قولان: فروى ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك¹⁷⁹ أن للشريك الحق في الرجوع بحقه في الغلة، ويقضي له بها إذا طلبها، ولو طالبت السنون، ولا يعد السكوت عن المطالبة بها إسقاطا لحقه في المطالبة بها، وحجة أصحاب هذا الرأي ما تؤيده السنة والاستصحاب؛ أما السنة فحديتان:

الأول حديث: لا يخل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه وهذا لم تطب نفسه بدليل مطالبته بحقه والحديث الثاني: حديث لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم وهذا حق من حقوق المسلم فلا يبطل بسكوته عليه وتقادمه.

وأما الاستصحاب فإن حق الشريك في الغلة ثابت بالإجماع وبحديث: الخراج بالضمنان. والأصل الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان.

أما الرأي الثاني¹⁸⁰: فروى عيسى ابن دينار عن ابن القاسم أنه لا رجوع للشريك بشيء، ويبطل حقه بسكوته، أي فهو بمثابة موافقة ضمنية، وحجته في ذلك القياس على حكم نكاح

176 الراجح هو الحكم الذي قوي الدليل على أنه رأي الإمام مالك، أو أنه المتأخر من أقواله أخذا بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن المتأخر يلغي المتقدم عند التعارض.

177 المشهور: ما كثر قائله، وإن اختلف المتأخرون في معناه، بين قائل: هو ما كثر قائله، وقائل هو ما قوي دليله، وقائل إنه قول ابن القاسم في المدونة.

فعلى القول الأول لابد أن يزيد نقله عن ثلاثة؛ ويسميه الأصوليون بالمستفيض أيضا؛ وذكر ابن فرحون، في كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب: "أن مسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوي دليله، وأن مالكا رحمه الله كان يراعي من الخلاف ما قوي دليله، لا ما كثر قائله".

وقد نظم سيدي أبو الشتاء بن الحسن الغازي الصنهاجي بشأنها الأبيات التالية:

إن يكن الدليل قد تقوى **فراجح** عندهم يسمى

والقول إن كثر من يقول به يسمى **بمشهور** لديهم فانتبه

عملنا هو الذي به حكم قضاة الاقتداء رعايا للحكم

مشهورهم لراجح تعارضا **يقدم الراجح** وهو المرتضى

وقدم العمل حيث ما جرى على سواء مطلقا بلا مرا

-محمد القدوري، مستجدات المادة العقارية: قراءة في الشكل والمضمون، مجلة الحقوق، سلسلة "الأنظمة والمنازعات العقارية"، الإصدار الثامن "المستجدات التشريعية في المادة العقارية" الجزء الثاني، 2013، ص 55 و56.

178 ما جرى به العمل هو ما تقرر العمل به من نصوص الفقه الموسومة بالضعيفة أو الشادة، مما يخالف الراجح أو المشهور، وذلك إما لضرورة أو عرف جار أو نحو ذلك.

مع الإشارة إلى أن العمل ينقسم إلى عمل مطلق، وهو الذي يعم العمل به أقطار المغرب (تونس والجزائر والمغرب)، وعمل خاص، وهو ما يقتصر على قطر واحد مثل العمل الفاسي الذي كان يجري به العمل في الأندلس والمغرب.

-محمد القدوري، م.س، ص 55

179 محمد تاويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية، الطبعة الأولى 2009، ص 125 و126.

180 محمد تاويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، م.س، ص 125

البنات البكر المنصوص عليه في حديث رسول الله ﷺ: البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها ، فجعل الرسول سكوت البكر إذنا ورضى منها بعقد النكاح عليها، وأن المرأة إذا كانت ثيبا يجب أن تصرح برضاها أو عدم رضاها ولا يكتفى بسكوتها¹⁸¹.

ومثل هذا الحكم هو المنصوص عليه في الفصل 38 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "يسوغ استنتاج الرضى أو الإقرار من السكوت إذا كان الشخص الذي يحصل التصرف في حقوقه حاضرا أو علم بحصوله على وجه سليم ولم يعترض عليه من غير أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته".

وقول ثالث لبعض المتأخرين من فقهاء المالكية: وهو إن كان بين الإخوة من الألفة والمحبة والحياء والوقار فالأخوات أو ورتتهن باقین على حقوقهن وإن طالت الحيازة، وإن عرف منهم غير ذلك بطل حقهن في الغلة¹⁸².

وفرق آخرون بين العالم بالشريك فيرجع عليه، وبين الجاهل بالشريك حين الاستغلال فلا يرجع عليه لعذره¹⁸³. " كما هو الحال عند ظهور شريك طارئ، ويتماشى هذا القول، لما هو منصوص عليه في الفصل 103 من قانون الالتزامات والعقود "الحائز حسن نية يملك الثمار، ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء وما يجنيه منها بعد ذلك. وهو يتحمل، من ناحية أخرى، مصروفات الحفظ ومصروفات جني الثمار. الحائز حسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها".

وبرجوع الشريك على شريكه بنصيب في الغلة وقعت فتاوى، من ذلك:

- سئل أحمد الونشريسي عن مسألتين: الأولى رجل استغل مال زوجته زمانا طويلا إلى أن ماتت فقام ورتتها طالبين له ما كان يغتله مما لمورثهم، فهل لهم ذلك أم لا؟ وإن قلت لهم ذلك فهل يكون بيمين أو بغير يمين إذا ادعى عليهم الزوج المذكور أن ذلك عن طيب نفس منها. وهل لا فرق بين اغتلاله في حال حياتها وما اغتله بعد وفاتها أم لا؟ والثانية ما اغتله الوارث من مال الموروث على عين ورتته زمانا طويلا هل لهم شيء أم لا فرق؟

181 في فتوى تتعلق بمسألة الأخ الذي يتصرف في موروث أخته مدة طويلة وهي ساكنة.

أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي-المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والاندلس والمغرب، الجزء الخامس، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1401 هـ 1981م، ص: 262 و 263.

182 أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، م.س، جزء 5، ص 263

183 محمد تاويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، م.س، ص 127

فأجاب عن المسألة الأولى: أن لورثة الزوجة طلب الزوج فيما تفرد باغتلاله من مال زوجته، وله استحلافهم أن ادعى عليهم أذنها في أكلها بغير عوض.

والجواب عن الثانية ان للورثة الرجوع على من استبد باغتلال موروثهم ما لم يكن سكوت الباقي عنه على وجه الهبة¹⁸⁴.

- سئل العربي الفاسي عن رجل له ملك مشاع مع أولاد عمه، وهم يعترفون بنصيبه وهم الآن يستغلون ذلك الموضع نحو الخمسين سنة إلى أن قام الرجل المشارك مع أولاد عمه يطلبهم بالغلة المذكورة، فزعموا أن سكوته المدة المذكورة مسقط لحقه مع اعترافهم بأصله، فهل له غلته مطلقاً؟ أمع اليمين أم لا ؟

فأجاب : له غلته ولا يكون سكوته المدة المذكورة مسقطاً لحقه، فإن ادعوا أنه سلم لهم في الغلة حلف على نفي ذلك وأخذ غلته¹⁸⁵.

- وسئل أبو محمد عن هلك وترك ورثة أحدهم غائب، وترك حائطاً اقتسموه بمحضر جمع -لا بأمر سلطان- وعزلوا للغائب حظه، ووقع البيع في بعض تلك الحظوظ والاستغلال في بعضها.

فأجاب، بأن القسم فاسد وترد البياعات، وما غلته المتقاسمون فعليهم رده أو مثله إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل ويكون بينهم، وما اغلته المشترون فإن كانوا عالمين بالغائب فعليهم رد حظه إليه من الغلة، ولو كانوا غير عالمين فلا شيء عليهم من الغلة¹⁸⁶.

وبعد إدراج ما عليه الفقه المالكي من فتاوى ونوازل متعلقة بموضوع الإشكال، نعتقد أن التوجه القريب إلى الصواب هو التوجه الأول مع مراعاة بعض الخصوصيات ما إذا كان العقار مخصص للسكنى أو دون ذلك (محل كراء، يذر ربها ...).

فإذا كان العقار عبارة عن منزل متكون من طبقات، يمكن لكل شريك أن يستغل وينتفع في حدود حصته، فيتطلب موافقة الشريك آخر من أجل استغلال كل حصص، وإلا فله الرجوع عليه بالواجب عن الاستغلال فيما استأثر به.

ولكن إذا كان العقار محل للسكنى غير قابل للقسمة، فلا يمكن أن نتصور اقتصار الشريك على مقدار نصيبه خاصة إذا كانت مساحة الملك المشاع تفرض ذلك، مع وجود عدة شركاء،

184 أبي العباس أحمد بن يحيى الوئشريسي، م.س، جزء 5، ص 265 و 266.

185 عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل، تحقيق المجلس العلمي بفس، الجزء الثاني، 1406 هـ 1986م، ص 162

186 عيسى بن علي الحسني العلمي، م.س، ص 97

وبالتالي لا يمكن للشريك الرجوع بالواجب عن الاستغلال طالما ليس هناك حرمان أو منع من اللجوء إلى سكنى بالعقار.

أما إذا كان العقار مخصص للاستغلال التجاري أو يذر ربحاً فلا تبرأ ذمة المدعى عليه إلا بإثباته أداء عما أخذه زائداً على نصيبه.

ونجد التشريع المقارن "الفرنسي" لم يشترط بدوره من أجل حصول الشريك على الواجب أو التعويض عن الاستغلال أن يكون قد طالب به سابقاً، فبمجرد استعمال المال الشائع بكامله يكون مديناً بالأداء¹⁸⁷.

ينبغي على القضاء في إطار سلطته التقديرية، أن يراعي خصوصية النزاع المتعلق بالمال الشائع، خاصة وأن معنى وظاهر النص لا يفيد ضرورة سلوك إجراءات إضافية رهينة بالحصول على التعويض.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير الواجب عن استغلال العقار

إن تحديد واجب استغلال العقار من الأمور الفنية التي تسعى المحكمة لتقديره بواسطة خبراء ذوي الاختصاص العلمي أو التقني في المجال العقاري، حيث يتم معاينة الوقائع المادية للدعوى، وإبداء الرأي في النقط المدرجة في الحكم التمهيدي، والكل مع التقييد باختصاصه الفني من جهة وعدم البحث في النقط القانونية من جهة أخرى.

وللقاضي السلطة التقديرية في الأخذ برأي الخبير، مع مراعاة المعايير التي حاول الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض تكريسها لتقدير القيمة المادية لاستغلال العقار.

وبذلك سنتناول دور الخبرة في تحديد الواجب عن الاستغلال (الفقرة الأولى) ثم الحديث عن المعايير المؤثرة التي يسترشد بها القاضي في تقدير موضوع الدعوى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور الخبرة في تقدير الواجب عن استغلال العقار

الخبرة لغة العلم بالشيء واختياره، ويقال خبر فلان الأمر إذا عرف حقيقته¹⁸⁸، أما من الناحية القانونية فإن الفقه يعرفها بكونها إجراء من إجراءات التحقيق يعهد بواسطته القاضي

¹⁸⁷ « L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité » (article 815-9 alinéa 2 du Code civil).

¹⁸⁸ محمد غالب الرحيلي: الخبرة في المسائل الجزائية دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط - الأردن، سنة 2014، ص 12

إلى شخص مختص يسمى الخبير بمأمورية تنوير معارفه في المسائل التقنية أو الفنية التي يتوقف على إدراكها الفصل في النزاع أو بمأمورية معاينة وقائع مادية يشق على القاضي الوصول إليها¹⁸⁹.

عرفها البعض هي توجه المحكمة لصاحب علم أو دراية بفن أو صناعة ذي تخصص، لتستعين به في التحقق من عناصر واقعية معينة يؤثر وجودها أو انتفاؤها، في مصير الدعوى، ولتستهدي بملاحظاته ورأيه فيها، وليكشف لها عن حقائق ووقائع يكون التحقق منها ضروريا لتحديد وجه الحكم¹⁹⁰.

إذا كان مجال الخبرة قد اتسعت دائرته في الآونة الأخيرة، فإن هذا الاتساع شمل أيضا المنازعات العقارية، حيث أصبحت تعتمد بشكل إلزامي في تحديد واجب الاستغلال، باعتبارها من الوسائل الفنية التي تحتاج إلى معرفة خاصة كلما اعترضت المحكمة، حيث يتم الاستعانة في إزالة اللبس والغموض بشأنها بخبير مختص، ذلك أن المقدار التعويضي لا يمكن للمحكمة معرفته، ولو عرفته بحكم تكوين قضائها ليس من حقها تحديده دون الاستناد بخبير، ويكون في هذه الحالة خبيرا مختصا في الشؤون العقارية، أو خبيرا اقتصاديا أو محاسبا متى تعلق موضوع النزاع باحتساب مستحقات ومردودية العقار .

بحسب الفصل 59 من ق.م.م، إذا أمرت المحكمة بإجراء خبرة عينت الخبير¹⁹¹ الذي يقوم بهذه المهمة تلقائيا أو باقتراح الأطراف واتفاهم .

وطلب الخبرة لا يمكن أن نتصوره كطلب أصلي، بل يدخل ضمن الطلبات العارضة التي يتقدم بها أحد الأطراف أثناء سير الدعوى أمام قضاء الموضوع، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية بفاس في حكم لها برفض الطلب نتيجة لذلك، مما جاء فيه¹⁹²: "حيث إن الطلب يهدف أساسا إلى الأمر بإجراء خبرة لتحديد نصيبها في استغلال الأرض منذ ان اشتراها وحفظ حقها في مطالبتها.

189 محمد المجذوبي الإدريسي : إجراءات التحقيق في الدعوى في قانون المسطرة المدنية المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة الكاتب العربي دمشق سنة 1996، ص 84

190 نور الدين لبريس: نظرات في قانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص 80

191 الخبير القضائي حسب المادة 2 من ظهير الشريف رقم 1.01.126 صادر في 22 يونيو 2001 لتنفيذ القانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين (منشور بالجريدة الرسمية عدد 4918، ص1868) أنه "هو المختص الذي يتولى بتكليف من المحكمة التحقيق في نقط تقنية وفنية، ويمنع عليه أن يبدي أي رأي في الجوانب القانونية".

192 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس رقم 46 في ملف عقاري رقم 439/1402/2017 بتاريخ 18/01/2018 (غير منشور).

وحيث إن الطلب يهدف أساسا إلى تعيين خبير كما هو محدد في المقال وهذا الطلب يعتبر وسيلة للتحقيق ولإعداد الحجة وتبعاً لذلك يتعين التصريح بعدم قبوله طالما أنه لا يتضمن طلباً أصلياً".

ويصرف النظر عن الإجراء متى لم يتم إيداع مبلغ الصائر المأمور به في الأجل المحدد من قبل القاضي، حيث جاء في حيثيات قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 04/05/2017 ما يلي: " وحيث إنه أمام عدم توفر المحكمة على العناصر الكافية للبت في استئناف الطرفين أمرت المحكمة تمهيداً بانتداب الخبير السيد XXX للوقوف على العقار المدعي فيه و القيام بالمأمورية المسندة إليه حسبما أشير إليه أعلاه وحددت أجرته على ذلك في مبلغ : 2000 درهم يودعها المستأنفون أصلياً مؤقتاً بصندوق هذه المحكمة داخل أجل : 10 أيام من تاريخ التوصل ، لكن دون جدوى بالرغم من إنذارهم بضرورة إيداع المبلغ المذكور بصندوق المحكمة و إمهالهم لذلك أجلاً كافياً ، الشيء الذي أضحى معه لزاماً تطبيق مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل : 56 من ق.م.م، الشيء الذي يستوجب صرف النظر عن إجراء الخبرة المأمور بها بتاريخ : 16 / 06 / 2016 والبت في الطعن أعلاه على ضوء ما بالملف من وثائق... "193.

يعين الحكم تمهيدي الخبير أو الخبراء إذا اعتبر أن الخبرة لا تقع من خبير واحد الذين يتعين عليهم بالقيام بالخبرة من الخبراء المحددين بالجدول حسب التخصص، وبشكل استثنائي من خارج الجدول لكن مع ضرورة أداء اليمين وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 59 من نفس القانون¹⁹⁴.

بعد إصدار الحكم التمهيدي القاضي بإجراء الخبرة، ينبغي على المحكمة تبليغه للأطراف حتى يتسنى لهم ممارسة حقهم في التجريح، وذلك طبقاً للمقتضيات الفصل 62 من ق.م.م¹⁹⁵.

¹⁹³ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس عدد 199 بتاريخ 2017/04/05 في ملف رقم 3699/1401/15 (غير منشور)

¹⁹⁴ أكدت محكمة النقض أن كل مخالفة لهذه المقتضيات تعرض الحكم للنقض والإبطال ومما جاء في قرار صادر عنها بتاريخ 13/03/1985 "حفاً حيث إن الخبرة التي أمرت بها المحكمة أسندت إلى عريقتين لم يتبنت من مستندات الملف انهما مدرجان بجدول الخبراء الرسميين، فكان بذلك أداءهما اليمين القانونية، قيل إنجاز مهمتهما، وهو ما لا تثبته المستندات، ... فجاءت لكل ذلك مخالفة لمقتضيات الفصلين 59 و 63 من ق م م، وإن المحكمة باعتبارها خبيرة قانونية تكون قد خرقت المقتضيات المذكورين وعرضت قرارها للنقض". قرار صادر عن محكمة النقض رقم 612 الصادر بتاريخ 13/03/1985 في الملف عدد 504/84 مجلة المحامي العدد 7 السنة 1986، ص 85 أورده عبد اللطيف الفتحي : القضايا الخلافية في المنازعات العقارية على ضوء قرارات محكمة النقض، دراسة في اجتهاد محكمة النقض في العقار في طور التحفيظ والعقار المحفظ- ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، بجامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2014/2015 ، ص 92.

¹⁹⁵ قررت محكمة النقض في هذا الصدد: "إن الأمر القاضي بتعيين خبير أو استبداله ينبغي أن يبلغ لمن يعينهم الأمر ليتمكنوا من ممارسة حقهم في التجريح قبل القيام بإجراءات الخبرة وإن عدم القيام بهذا التبليغ يترتب عليه حتماً بطلان جميع الإجراءات اللاحقة المتعلقة بالخبرة، مادام من يعينه الأمر قد تمسك بهذا التبليغ ليتسنى له ممارسة حقه في تجريح الخبير، ولا تقوم الرسالة المضمونة التي يوجهها الخبير للأطراف المعنية مقام ذلك التبليغ، الذي يعتبر المنطلق لحساب آجال ممارسة حق التجريح في الخبير، وإن المحكمة عندما اعتبرت الاستدعاء الموجه من طرف الخبير لحضور الخبرة يفتح المجال لمن يريد استعمال حقه في التجريح، ورفضت بذلك

ويجب أن تقف مهمة الخبير في النزاع المرتبط بواجب استغلال العقار عند معاينة الوقائع المادية المعروضة عليه وإبداء رأيه بخصوصها من الناحية التقنية، دون إمكانية تجاوزها إلى الخوض في المسائل القانونية أو إعطاء رأيه بخصوصها، هذه الأخيرة التي يبقى الاختصاص فيها للقاضي، وهو ما يستشف من مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 59 من نفس القانون المشار إليه أعلاه " تحدد المحكمة النقط التي تجري الخبرة فيها في شكل أسئلة فنية لا علاقة لها مطلقاً بالقانون. يجب على الخبير أن يقدم جواباً محدداً وواضحاً على كل سؤال فني كما يمنع عليه الجواب على أي سؤال يخرج عن اختصاصه الفني وله علاقة بالقانون"¹⁹⁶.

يجب عليه أن لا يقوم بمهمته إلا بحضور أطراف النزاع ووكلائهم أو بعد التأكد من توصلهم بالاستدعاء بصفة قانونية¹⁹⁷ ما لم تأمر المحكمة بخلاف ذلك إذا تبين لها أن هناك حالة استعجال¹⁹⁸، وبذلك ينبغي ان تتسم الخبرة بالحضورية والموضوعية و الكل وفق ما هو مقرر في الأمر التمهيدي وهو ما يستفاد من الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس¹⁹⁹ الذي ينسجم مع المقتضيات الفصل 63 من ق.م.م مما جاء فيه "...وحيث إنه وفي إطار تحقيق الدعوى أمرت المحكمة بإجراء خبرة انتدب لها الخبير xxx الذي خلص في تقريره إلى أن كل من المدعي والمتدخل في الدعوى يستغل عقاره الخاص به ، وان المدعي

الدفع المتعلق بطلب خبرة جديدة، تكون قد أخطأت في تطبيق مقتضيات الفصل المذكور وعرضت قضاءها للنقض". قرار عدد 350، صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1975/06/25، منشور بمجلة المحاماة، العدد 16، ص 79 أوردته حليلة بنت المحبوب بن حفو، دراسة في قانون المسطرة المدنية "دراسة نظرية تطبيقية معززة بأحدث الاجتهادات القضائية"، الطبعة الأولى ماي 2018، ص 76

- ينبغي أن تنبني المطالبة بالتجريح على أساس، وهو ما يستفاد من الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس، بتاريخ 2019/01/09 "...وحيث إن تجريح المدعى عليهما للخبير على اعتبار أنه ليس من تخصصه القيام بما طلب منه أعلاه يبقى دون أساس ذلك أن المدعى فيه عبارة عن عقار غير محفظ لا يحتاج بالضرورة إلى مهندس طبوغرافي من أجل تطبيق التصاميم والإحداثيات كما هو الشأن بالنسبة للعقار المحفظ، فضلاً عن ذلك فالخبير المعين من طرف المحكمة يتخصص في مجال الفلاحة والتجهيز القروي، وبالتالي فإن ما طلب منه بمقتضى الأمر التمهيدي يدخل في مجال تخصصه، ولا أدل على ذلك أنه أجاب عن جميع النقط المطلوبة منه وأرفق تقريره بمجموعة من الصور الفوتوغرافية من أجل توضيح ما جاء فيه..."

حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 31 في ملف رقم 507/1404/2017 (غير منشور)

¹⁹⁶ نفس الأمر منصوص عليه في المادة 2 من قانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين " ... ويمنع عليه أن يبدي أي رأي في الجوانب القانونية".

¹⁹⁷ جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 04/04/2002 على ما يلي: " حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه أثار في المرحلة الإستئنافية كونه لم يحضر إجراءات الخبرة ولم يستدع لها وأنه بالإطلاع على تقرير الخبرة يتضح أن الذي حضرها هو ولد الطاعن والذي لا يتوفر على أي توكيل يسمح له بالحضور إليها نيابة عن والده ولا أدلى بها للخبير، كما يتضح من الاستدعاء مع الإشعار بالتوصل المرفق بتقرير الخبرة الموجه للطاعن أنه تضمن بكونه غير مطلوب في حين اكتفت المحكمة المطعون في قرارها بالإجابة عن هذا الدفع بكون الخبرة كانت حضورية معللة ذلك بأنها أجريت بحضور الطاعن في شخص ابنه والحال أن هذا الأخير لا يتوفر على أية صفة ترخص له هذا الحضور بدون نيابة قانونية مما يكون معه القرار قد خالف مقتضيات الفصل 63 المذكور طلبته وتعرض للنقض قرار عدد 1232 صادر بتاريخ 04/04/2002 في الملف المدني عدد 1748/3/2/99 منشور في مجلة القصر العدد 15 - شنتبر 2006، ص 196 وما يليها.

- نفس الاتجاه قرار صادر عن مجلس الأعلى رقم 47 الصادر بتاريخ 10/03/1988 أورده عبد العزيز توفيق: "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي" الجزء الأول، ص 198. " يتجلى من الفصل 63 من ق.م.م انه يجب على الخبير اشعار الاطراف باليوم والساعة التي سيجرى فيها الخبرة ويدعوهم للحضور فيها قبل الميعاد بخمسة ايام برسالة مضمونة مع الاشعار بالتوصل مما يستوجب معه نقض القرار الذي يستند إلى الخبرة لا يتضمن ان هذه المقتضيات احترمت".

¹⁹⁸ الفقرة الأولى والثانية من الفصل 63 من ق.م.م

¹⁹⁹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 288 بتاريخ 20/03/2019 في ملف عدد 363/1404/2017 (غير منشور)

عليه لم يترامي على أرض المدعي ولا يقطع عليه الطريق...، وأن بالقطعة المسماة " بلاد ازرار " المعروفة بسمطة النوايل طريق عمومية من الجهة الجنوبية تمكن المدعي من الدخول إلى أرضه.

وحيث إن الخبرة المنجزة جاءت قانونية في شكلياتها وأجابت عن نقط الأمر التمهيدي مما ارتأت معه المحكمة الأخذ بها فيما سيخلص إليها حكمها، ويبقى ما قرح فيها المدعي غير جدي وغير واقعي لكون الخبرة جاءت حضورية في حق الطرفين وان دفاع المدعي توصل بالاستدعاء الموجه إليه من طرفه الخير المعين أصالة عن نفسه ونيابة عن موكله، وأن عدم احترام الأجل القانوني بين تاريخ التوصل وتاريخ إنجاز الخبرة هو من الإخلالات الشكلية التي تستوجب تضرر مصالح الطرف فعلا طبقا للفصل 49 من ق.م.م، وان طلب تجريح الخبير يتعين تقديمه داخل أجل خمسة أيام من تاريخ تبليغ المقرر القضائي بتعيين الخبير وليس من تاريخ تبليغ الخبير للطرف بتاريخ إنجاز الخبرة كما أشار إلى ذلك المدعي، كما أن الخبير المعين مختص في المعاينات العقارية مما يجعل الخبرة المنجزة تدخل في مجال اختصاصه، وان الخبير يعتمد في إنجاز خبرته على الحجج المشار إليها في الأمر التمهيدي وما شاهده في عين المكان وخلص إليه بنفسه، وان ما عداها من الوثائق كمحاضر المعاينة مثلا فلا تلزمه " .

ويخضع تقرير الخبرة إلى السلطة التقديرية للمحكمة، فلها أن تأخذ به متى اطمأنت إليه، أو تستبعده خاصة إذا لم يتضمن أي توضيح للجوانب الغامضة في الدعوى، ويجوز لها كذلك أن تأخذ ببعض ما جاء في تقرير الخبرة وعض الطرف عن الباقي²⁰⁰، وهو ما يستخلص من الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو²⁰¹ بتاريخ 2019/2/25 مما جاء فيه: "...وحيث إنه بالنظر لعدم توفر المحكمة على العناصر الكافية للبت في الطلب أصدرت بتاريخ 22/01/2018 بإجراء خبرة قصد تقدير التعويض المستحق للمدعي عن استغلال

²⁰⁰ حليلة بنت المحجوب بن حفو، دراسة في قانون المسطرة المدنية، م.س، 79

وفي هذا الصدد، ذهبت محكمة النقض المغربية بتاريخ 7 فبراير 2001، إلى أن المحكمة غير ملزمة بأخذ رأي الخبرة الأولى أو الثانية ولها أن تأخذ من الخبرة ما تراه مناسباً ومطابقاً للواقع والقانون وتطرح ما تراه مخالفاً لذلك، إذ لها كامل السلطة في تقرير قوة إثبات الخبرة الثانية التي أخذت بها وبتحديدها لقدر التعويض الاحتمالي في دائرة سلطتها التقديرية المطلقة تكون قد استبعدت ضمناً طلب إجراء خبرة جديدة وأجابت الطاعنين عن انتقادهم حولها وركزت قرارها على أساس. قرار منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2001، ص 146، أورده عبد الرحمان الشراوي، المختصر في شرح قانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص124

في نفس الاتجاه:

قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 1375 بتاريخ 30/05/1992 أورده عبد العزيز توفيق في مرجع شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الأول ص 185 و 186 ؛ "إن مهمة الخبير الذي تعينه المحكمة تنحصر في جلاء امر تقني يرى القاضي الإطلاع عليه ضرورياً للفصل في النزاع المعروف عليه، أما الإجراءات التي تتعلق بالقانون كمعرفة الأرض المتنازع عليها هل هي الاملاك الخاصة او من املاك الدولة او الجماعات وهل يجوز التصرف في الارض عن طريق المنفعة والاستغلال فقط او عن طريق التملك فهذه كلها إجراءات قانونية من صميم اعمال القاضي التي لا يجوز ان يتنازل عنها للغير او يفوض النظر فيها إليه، وان المحكمة التي اعتمدت على خبرة من هذا النوع تكون قد جردت قضاءها من الاساس القانوني وعرضته للنقض.

²⁰¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو رقم 45 بتاريخ 25/02/2019 في ملف رقم 13/1201/17 (غير منشور).

المدعى عليه لأصله التجاري بالملك موضوع الرسم العقاري xxx خلال الفترة ما بين 11/12/2007 إلى 11/12/2016.

وحيث وضع الخبير xxx تقريره في النازلة بتاريخ 11/05/2018 فخلص لتقدير التعويض في مبلغ 171.000 درهم.

وحيث تبين للمحكمة بعد إطلاعها على عناصر تقرير الخبرة المذكور أن الخبير لم يستوعب نطق المأمورية المسندة إليه فتقرر إرجاعها إليه قصد تقدير مقابل استغلال المدعى عليه لأصله التجاري برقبة الملك الذي يعود للمدعي وليس المرדودية المحتملة للأصل التجاري المذكور مع اعتبار التوسط في التقدير... "

ويجب على الخبير إيداع تقرير الخبرة بكتابة الضبط التي تبلغ الأطراف بمجرد وضع التقرير المذكور بها لأخذ نسخة منه²⁰².

و يبقى للأطراف مناقشة تقرير الخبرة، فبالنسبة للمدعي إذا كان التقرير في صالحه يمكنه أن يعزز موقفه بما تضمنته، و يلتزم من المحكمة المصادقة عليه.

أما في حالة العكس فله أن يطلب إجراء خبرة مضادة أو تنفيذ النتائج التي توصل إليها الخبير، ويثبت نفس الحق للمدعى عليه.

و تأسيسا على كل ذلك، فإن اللجوء إلى الخبرة في المنازعات المتعلقة بواجب استغلال العقار أضحي أمر لازم للوقوف على عين المكان محل الدعوى، وتقدير الغلة والنصيب والمستحقات التي يطالب بها المدعي خاصة عند استحضار العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الاستغلال التي سنحاول إبرازها في المحور الموالي.

الفقرة الثانية: العوامل المؤثرة في تقدير الواجب عن استغلال العقار

إن تقدير الواجب أو التعويض عن الاستغلال ينبع من ضرر لا يحتفظ بذاتيته وقيمه، إذ يكون عرضة للزيادة أو النقصان بفعل تأثيره بمجموعة من العوامل والظروف (سبيل المثال ظروف اقتصادية كرقم المعاملات عندما يتعلق الأمر باستغلال مقهى أو عقار يدر مداخيل تتطور وتتغير بمرور الزمن)، فعنصر الاستمرارية الذي يطبع فعل الاستغلال يتولد عنه صعوبة في تحديد المدة واستخلاص القيمة المادية للحق المطالب به.

202 الفقرة الأولى من الفصل 60 من ق.م.م

وبذلك سنحاول في هذا المحور، التطرق إلى مختلف المعايير التي عمل القضاء على تكريسها في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار:

عادة ما يميز القضاء عند تقرير الواجب باستغلال العقار حسن أو سوء نية المستغل للعقار، مستندا في ذلك على المقتضيات المنظمة لمسؤولية الحائز المنصوص عليها في المواد: 101 و 102 و 103 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وهو ما يستخلص من قرار²⁰³ صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2007/06/06 الذي جاء بقاعدة جوهرية مفادها، أنه لا يحق المكري مطالبة المكثري بتعويض عن استغلاله لجزء غير مكري له من العقار اعتقادا منه أنه مشمول بالكراء، مع سكوت المطالب بالاستغلال لفترة طويلة من الزمن، الذي جاء بحديثاته: "...حيث يعيب الطاعن على القرار خرق الفصل 345 من ق.م.م ذلك أنه تمسك بكون حيازته للمرآب موضوع النزاع كان بحسن نية لأنه كان يعتقد اعتقادا جازما أن المرآب هو جزء من الشقة وتابع لها وأن تصرفه فيه كان تصرفا بحسن نية كباقي المكثرين في العمارة مستندا في ذلك على أحكام الفصل 103 من ق.ل.ع الذي يعتبر بأن الحائز حسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها، وأنه لا يلم برد ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه، خاصة وأن الطاعن كان يتصرف في المرآب باعتباره جزء من الشقة التي تكتريها في العمارة وتابع لها منذ سنة 1978، إلا أن القرار لم يجب عن هذا الدفع.

حقا حيث إن الطاعن تمسك بكونه كان يحوز المرآب بحسن نية لأنه تابع للشقة المكتراة من طرفه وجزء منها، وإن لم يقع التنصيب في تواصيل الكراء على ذلك، بدليل سكوت المطلوبة طيلة مدة 12 سنة دون أن تطالبه بأداء أجرة الكراء عنه، والمطلوبة حاضرة وعالمة بذلك طيلة هذه المدة والمحكمة لما لم تجب عما أثاره الطاعن من حسن نيته وحكمت بالتعويض ابتداء من 1986 وهو تاريخ شراء المطلوبة للعقار موضوع الدعوى، في حين أنها لم تقدم دعوى الطرد إلا في 9/11/1998 دون أن تناقش ما تمسك به الطاعن من حسن نيته في حيازة المرآب قبل إقامة دعوى الإفراغ للاحتلال بدون سند، يجعل تعليها ناقصا ينزل منزلة انعدامه يعرض قرارها للنقص".

تناقش المحكمة عنصر أساسي للحكم بواجب استغلال العقار يتعلق بمدى مشروعية استغلال المدعى عليه للعقار من عدمه، وبالتالي يتوجب على هذا الأخير الإدلاء بسند مقبول يبرر استغلاله تحت طائلة أداء تعويض يقابل المدة التي شغل فيها العقار بدون وجه حق، وهو ما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 09/04/2008 الذي أقر بما

²⁰³قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 2018 المؤرخ في 06/06/2007 في ملف مدني عدد 760/1/2/2005 أورده عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الكراء المدني، م.س، ص 522 وما يليها.

يلي 204: "... لكن حيث أن تقييم أدلة الدعوى يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة متى استندت في ذلك مبررات سائغة تؤدي إلى نتيجة مقبولة، والثابت من وثائق الملف أن الطاعن استدل أمام قضاء الموضوع بشهادة الإقامة، والشهادة الإدارية التي تفيد أنه يزاول مهنة الميكانيك وأخرى تفيد أنه يسكن مع جدته إلى انتقال إلى حي مولاي رشيد سنة 1985 وتوصيلين من بلدية مولاي رشيد واستدل المطلوب أمامهم بصورة من نظير الرسم العقاري عدد 159146/12 وصور مطابقة للأصل من أداءات إلى القرض العقاري والسياحي وأوراق الاشتراك في مادتي الماء والكهرباء. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قيمت مستندات الطرفين والبحث المنجز على ذمة القضية، فاستخلصت منها أن المطلوب اشترى الملك موضوع النزاع من الدولة المغربية المالكة للرسم العقاري المذكور فأصبح بالشراء مالكا له، واعتبرت ما أدلى به الطالب وإن كان يثبت اعتماره المحل فإنه لا يثبت شرعية وجوده فيه، تكون ناقشت جميع الوثائق الملف وقيمتها في إطار ما خول لها من سلطة فرتبت على ذلك نتيجة التي آلت إليها وركزت قضائها على أساس، وما بالوسيلة غير مؤسس".

وتراعي المحكمة على ضوء ما تأتى به الخبرة من عوامل وظروف مؤثرة في استخلاص واجب استغلال العقار من قبيل الظروف الجوية إذا تعلق الأمر بأرض فلاحية، ذلك نجد في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بالرباط تقر بما يلي 205: "...وحيث أمرت المحكمة في سياق التحقيق في ذلك بإجراء خبرة عهد بها للخبير الذي انتهى في تقريره إلى تحديد المردودية الصافية للأرض موضوع النزاع في مبلغ 22500,00 درهم بعد إسقاط خمس سنوات اعتبرتها معنية بالجفاف التام وثبت تأسيس تقدير الخبير ما يمكن إنتاجه بالنظر لطبيعة الأرض ومميزاتها ونوع تربتها وكمية التساقطات واعتبار للدورة الزراعية المعتمدة لدى عموم الفلاحين بالمنطقة.

وحيث بنيت معطيات الخبرة على العناصر الجديرة بالاعتبار ولم يثبت ما يخالف نتائجها مما يقتضي إلغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 1/12/99 فيما قضى به من عدم قبول الطلب اتجاه (م.ب) والحكم تصديا بقبوله والحكم عليه بأدائه للمستأنفين مبلغ 15750,00 مقابل استغلال المدة من سنة 1982 إلى تاريخ تصرفه في العقار بالبيع للمستأنف عليه الثاني (ط.ع) وبتأييد الحكم الصادر بتاريخ 20/02/2001 مع تعديله برفع المبلغ المحكوم به على إلى 6750,00 درهما ...".

204 قرار محكمة النقض عدد 1297 مؤرخ في 09/04/2008 في ملف مدني عدد 585/1/3/2006، أورده عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الكراء المدني، م.س، ص81 وما يليها.

205 قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط عدد 05 مؤرخ في 21/01/2003 (دون ذكر عدد ملف)، منشور في مجلة سلسلة ندوات محكمة الرماني، العدد 3 سنة 2004، ص218 وما يليه.

وقد يوجد صعوبة في تحديد الواجب عن الاستغلال متى كان المحل موضوع النزاع يفتقر إلى الضوابط القانونية وجبائية يمكن الاعتماد عليها، فيتم البحث عن مختلف الوسائل الممكنة للتقدير هذا الواجب، بما في ذلك الوسائل الإلكترونية كما يستفاد من قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء الذي جاء في حيثياته ما يلي²⁰⁶: "وحيث إن الطاعنين سبق أن أدلوا أمام المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه برسائل إلكترونية تثبت إقرار المستأنف عليها باستغلال الرياض، كما أدلوا بشهادة الملكية وجدول حسابية وهي في حد ذاتها وثائق كافية تثبت كون العقار المسمى والمملوك على شياع يستغل كرياض... وحيث إن المحكمة سبق وأن قضت تمهيداً بإجراء خبرة حسابية بمقتضى القرار التمهيدي رقم 1006 الصادر بتاريخ 06/12/2016 عهد للقيام بها إلى الخبير والذي خلص في تقريره كون الرياض المذكور يفتقر إلى الضوابط القانونية والجبائية التي يمكن الاعتماد عليها كرقم التعريف الضريبي ورقم السجل التجاري أو رقم الحساب البنكي لضبط الأرباح المهنية أو رقم المعاملات، أو غير ذلك من العناصر اللازمة لإثبات الاستغلال التجاري أو المهني، ويستفاد من المراسلات الإلكترونية والمدلى بها من طرف المستأنفين كوثائق إثبات أن استغلال الرياض قد حقق دخلاً إجمالياً قدره 74863,00 درهم ونصيب المستأنفين في هذه الحالة وبناء على شهادة الملكية المؤرخة في 15/12/2014 هو 49908,66 درهم.

وحيث إن الخبرة المنجزة أعلاه جاءت مستوفية للشروط القانونية ومستجيبة للقرار التمهيدي القاضي بإجراءها مما يتعين اعتمادها والمصادقة على تقرير الخبرة المنجز".

وتجدر الإشارة، إذا تعلق الأمر باحتلال عقار فإن الطريقة الأنسب لتقييم الواجب هي الاعتماد على معيار القيمة الكرائية، أي مجموع المبالغ الكرائية المتوقع الحصول عليها طوال فترة الاحتلال فيما لو عرض هذا العقار على الكراء، وهو النهج الذي ذهبت إليه نفس المحكمة المشار إليها أعلاه في قرار لها، مما جاء في حيثياته: "وحيث بخصوص المنازعة في قيمة واجبات الاستغلال المحكوم بها فإن الثابت أن الذي تم تحديده يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة.

وحيث إن التعويض المحدد هو من استغلال العين المشغولة ويكون بالتالي موازياً لقيمة الكراء التي كان المحل يكتري بها باعتبار أن هذه السومة هي التي تشكل مقابل استغلال المكثري للمحل باعتبار أن الكراء هو الأداء مقابل استغلال المحل المكثري مما يكون معه تحديد واجب

²⁰⁶ قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 3568 بتاريخ 13/06/2017 في ملف رقم 1265/8205/2016 (غير منشور).

الاستغلال موازيا بشكل أو بآخر لواجب الكراء وهو ما اعتمدته المحكمة ويكون التعويض المؤسس على ما ذكر في محله²⁰⁷.

ويحدد التعويض متى تعلق الأمر بالسكنى على أساس واجب الاستغلال الشهري أخذا بعين الاعتبار القيمة الحقيقية للعقار الموجود بالمنطقة (ثمن المتر المربع)، و ما يتناسب مع مميزات المرتبطة به، ويكون توزيع الواجب المحكوم به في حالة عقار موضوع اشتراك على أساس نسبة تملك كل واحد من الشركاء مع اسقاط نصيب المدعى عليه²⁰⁸.

ونفس النهج نلامسه على مستوى القضاء المقارن، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى احتساب التعويض عن الاستغلال بناء على القيمة الكرائية للعقار موضوع النزاع²⁰⁹.

ويتم أداء التعويض عن الاستغلال بغض النظر عن الحالة التي يوجد عليها العقار، ذلك أن محكمة النقض الفرنسية عابت ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف التي لم تقم بالاستجابة إلى طلب التعويض بعلّة أن العقار في وضعية من القُدَم، حيث خرقت المقتضيات المنظمة للاشتراك التي تلزم بأداء تعويض مقابل ما انتفع به من العقار "الفصل 9-815" من القانون المدني الفرنسي، والقول بعدم الأداء بشكل بمثابة إثراء واغتناء للمدعى عليه مقابل ما سيلحق المدعى من افتقار²¹⁰.

²⁰⁷ قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 6066/2012 بتاريخ 19/12/2012 في ملف رقم 1102/2011/07 (غير منشور).

²⁰⁸ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس رقم 1254/2017 بتاريخ 24/01/2017 في ملف 1125/1201/2015 المضموم له الملف عدد 65/16 (غير منشور).

²⁰⁹ Le 24 septembre 2014, la Cour de cassation a jugé que l'indemnité due en raison de l'occupation privative d'un immeuble indivis par un époux doit être déterminée en considération de la valeur locative de la totalité du fonds occupé.

- Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 24 septembre 2014, 13-21.005 , www.legifrance.gouv.fr (vu : le 30/07/2019 à 15 :55).

²¹⁰ -« Attendu que, pour dire que M. V... n'est pas redevable envers l'indivision d'une indemnité pour son occupation de la maison de [...], l'arrêt retient que cette maison se trouve dans un état de vétusté incompatible avec sa mise en location » ; ...

-La Cour de cassation a annulé l'arrêt de la cour d'appel pour non-respect des dispositions relatives à l'indivision. Ainsi, selon l'article 815-9 du code civil, « l'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité », peu importait l'état de vétusté du bien en question.

-https://www.anpere.fr/lindemnite-doccupat-dun-bien-en-indivision-est-due-par-celui-qui-y-vit-seul-quel-que-soit-letat-du-bien/?fbclid=IwAR37T1Z9IDSVPiHypRGhfA-A1ZekwB_PZ-Q9WCRAeMXsGik-hdm05gmVCgc

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 3 octobre 2019, 18-20.430, www.legifrance.gouv.fr (Vu : le 30/07/2019 à 16 :30)

وفي هذا الإطار يقتضي كذلك مراعاة التحسينات التي أدخلها المدعى عليه، حيث اعتبرت محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 10/05/2006 أن الخبرة معيبة عندما حددت واجب الاستغلال استنادا على قيمة الكراء فقط دون احتساب قيمة التحسينات المدخلة على العقار، ومما جاء في حيثياته: "...حقا حيث تمسك الطاعن بمقاله لاستئنافي أنه قام ببناء غرفتين بالمنزل المطلوب عنه واجب الاستغلال منذ سنة 1974 وأدلى بالبينة المضمنة بعدد 288 صحيفة 142 لإثبات ادعائه. وأن المحكمة قضت على الطاعن بالتعويضات حسب ما ورد بالخبرة دون أن تجيب على ما تمسك به الطاعن من أن الخبرة اقتصرت على تحديد قيمة الكراء دون اعتبار للقيمة المضافة للمحل. وأن عدم جواب المحكمة عن دفع أثير بصفة قانونية ويمكن أن يكون له تأثير على قضائها يجعل القرار متسما بنقصان التعليل ومعرضا للنقض"211.

كما ينبغي التنبيه إليه أن عامل المدة أمر في غاية الأهمية لتحديد واجب استغلال العقار، خاصة في ظل وجود تباين على مستوى الحكم من تاريخ الاستئثار بالانتفاع والاستغلال بالعقار وبين تاريخ المطالبة وحدث المنع الذي على أساسه تنبى الدعوى، حيث يترتب عن المطالبة القضائية كفاية يد الحائز عن جني الثمار واستحقاق الشريك للتعويض عن الاستغلال، ولا يسوغ الحكم للشريك غير الحائز بالتعويض عن الاستغلال لمدة تجاوز تاريخ مطالبة شريكه بنصيبه من الاستغلال بأي وسيلة مقبولة، وهو ما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 07/03/2017 الذي أقر في حيثياته بما يلي: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أن المطالبة القضائية هي التي يترتب عنها كفاية يد الحائز عن جني الثمار ولما كان الطاعن شريكا للمطلوبة في الشيء المدعى فيه ولم تطالبه قضاء بالتعويض عن نصيبها فيه إلا بتاريخ 29/01/2009 الذي توصل فيه بإنذار بذلك فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ردت ما أثاره من كون المطلوبة لم تثبت بطالبته بالتعويض عن الاستغلال وقضت لها بالتعويض عنه ابتداء من يونيو 2007 بعلّة أنه تم الحسم في الاستغلال ومدته بموجب القرار التمهيدي المنوه بمراجعته قبله وبه عللت قضاءها بأن الطاعن لا ينازع في ملكية المطلوبة لنصف العقار المدعى فيه ومن كونه يستغله كاملا منذ أن غادرته سنة 2007 تكون قد خالفت القاعدة المذكورة أعلاه وعللت قرارها فاسدا مما يتعين نقضه"212.

ومن خلال ما سبق، نخلص إلى أن تقدير الواجب عن الاستغلال لا يرتكز على مجرد تخمين، بل لا بد من الاسترشاد ببعض العوامل، وسلوك بعض الأساليب المكرسة والمتعارف

211 قرار محكمة النقض عدد 1544 المؤرخ في 10/05/2006 في ملف مدني عدد 2750/1/2/2004 أورده عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الكراء المدني، م.س، ص56 وما يليها.

212 قرار صادر عن محكمة النقض عدد 154/4 بتاريخ 07/03/2017 في ملف مدني عدد 3425/1/4/2015 منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، العدد 2 سنة 2018، ص140 وما يليها.

عليها من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، التي تجعلنا في منأى عن كل تباين في تحديد مقادير المبالغ المحكوم بها في منازعات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار.

خاتمة:

على امتداد صفحات هذا البحث، حاولت إبراز مقومات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، وتناولتها من خلال ثلاثة الجوانب :

فمن المنظور القانوني من خلال التحدث عن ماهية الدعوى، وموضوعها وخصائصها، وطبيعتها، ثم التمييز بينها وبين دعاوى مشابهة.

أما الجانب القضائي فقد وقفت على الكثير من الأحكام القضائية والقرارات الصادرة عن القضاء المغربي بجميع درجاته، وكذلك القضاء الأجنبي من خلال الانفتاح على القضاء الفرنسي والمصري.

ومن الناحية الفقهية حاولت الوقوف على بعض كتب الفقه الإسلامي التي تناولت نوازل عالجت الموضوع، ثم استحضرت آراء فقهية للإجابة عن بعض الإشكالات التي تطرحها الدعوى.

ومن خلال هذه الدراسة توصلت لمجموعة من النتائج يمكن تلخيص أهمها فيما يلي:

- تعدد التسميات عمليا لتعبير عن دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار.
- انفراد الدعوى بخصائص تميزها عن باقي دعاوى، مما يضيف على أحكامها وقواعدها نوع من الخصوصية.
- تعدد الأسس المحددة لموضوع المطالبة بواجب استغلال العقار.
- ارتباط دعوى المطالبة بواجب الاستغلال بشكل كبير بدعاوى الاسترداد واستحقاق الملكية، وكذا دعاوى الإفراغ بدون حق أو سند.
- التشدد في إثبات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار متى كان النزاع يتعلق بملك مشاع، إذ لا يكفي إثبات الاستئثار للحكم بما يغتله العقار من ثمار بل يمتد إلى إثبات عنصر الحرمان منها.
- التضارب القضائي في تحديد أمد التقادم وما له من تأثير على حماية الحق في الحصول على ما يقابل الاستئثار بالعقار.
- تنوع المعايير التي على أساسها يحدد الواجب عن استغلال العقار، من قبيل عنصر المشروعية من عدمه، والمدة والقيمة.

ونظرا لأهمية دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، وما تطرحه على المستوى العملي من إشكالات، كان لا بد من تقديم بعض الاقتراحات يمكن تلخيصها في ما يلي:

- أولاً: أن المشرع مدعو إلى التدخل لإقرار تقنين خاص بالدعوى يستجيب لخصوصيتها وغايتها، وذلك بإضافة فصل يشير إلى القواعد الإجرائية والموضوعية للدعوى في إطار قانون الالتزامات والعقود في مضمّن الحديث عن استغلال الحائز للعقار.
- ثانياً: عدم إثقال كاهل المدعي عند تعلق النزاع بملك مشاع من إثبات الحرمان إلى جانب الاستثناء، خاصة إذا كان العقار يذر دخلاً عن طريق الكراء أو ما ينتج من غل، ولا يكون رفض طلب الواجب إلا بإثبات المدعي عليه أداءه لنصيب الشريك أو باقي الشركاء.
- ثالثاً: اعتباراً لعدم ارتباط الحكم بواجب استغلال العقار بإجراء القسمة يقتضي العدول عن مسألة رفض الطلب.
- رابعاً: طالما لا يوجد نص خاص لتقادم دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار يقتضي إخضاعها للأجل المنصوص عليه في الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود.
- خامساً: العمل على توحيد الاجتهاد القضائي في القضايا والمنازعات الخاصة بدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار.

وختاماً...

أسأل الله العظيم أن يتقبل مني هذا العمل الذي لا أدعي فيه الكمال، فهو مجرد عمل إنساني سمته القصور، إذ لا كمال إلا لكتاب الله ولا عصمة إلا لنبيه الكريم، وأسأل الله التوفيق والسداد، فما كان من صواب فمن الله وحده له الفضل والمنة، وما كان من خطأ أو زلل فمن نفسي، فحسبي أجر المجتهد، وبالله التوفيق.

انتهى بعون الله وتوفيقه

لائحة المراجع

❖ الكتب

- القرآن الكريم
- إبراهيم زعيم الماسي، تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 2010.
- أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي-المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والاندلس والمغرب، الجزء الخامس، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1401 هـ - 1981م.
- أبي قاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي، القوانين الفقهية (ضبطه و صححه محمد أمين الضناوي)، لبنان، الطبعة الثالثة، 2017.
- أحمد أجعون، الاعتداء المادي على الملكية العقارية، الإشكاليات العملية والحلول القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى 2015.
- أحمد حميوي، التنظيم القضائي بالمغرب، الجزء الأول، دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2016.
- إدريس الفاخوي، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، مطبعة المعارف الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2019.
- حسن فتوخ الوسيط في شرح القانون المغربي -الجزء الأول- القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، مطبعة الأمانة - الرباط، الطبعة 2016.
- حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي -الجزء الثاني- القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، مطبعة الأمانة - الرباط، الطبعة 2016
- حليلة بنت المحجوب بن حفو، دراسة في قانون المسطرة المدنية "دراسة نظرية تطبيقية معززة بأحدث الاجتهادات القضائية"، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى ماي 2018.
- سعاد عاشور:حجية التقييد وفق التحفيظ العقاري المغربي" مطبعة الوراقة الوطنية مراكش، أبريل 1997.

- سعيد الوردى، جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير دراسة فقهية وقضائية في ضوء أحكام الفصل 570 من القانون الجنائي المغربي، مطبعة الأمانة - الرباط، الطبعة الأولى 2018.
- شريف أحمد الطباخ، موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء و الفقه: الجزء الثالث، دار العدالة للنشر والتوزيع القاهرة، الطبعة الأولى 2014/2015.
- عبد الحكيم زروق، منازعات تصميم التهيئة بن التشريع والقضاء، سلسلة الشؤون القانونية والمنازعات الإصدار رقم 13، الطبعة الأولى 2019.
- عبد الحق الصافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة) دراسة في ق.ل.ع وفي القوانين الأخرى، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء طبعة 2016
- عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، مطبعة المعارف الرباط، الطبعة الأولى 2016.
- عبد العزيز حضري، المسطرة المدنية، مسلك القانون السداسي السادس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، سنة 2018
- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية دراسة في ضوء مستجدات مسودة مشروع 2015، مطبعة المعارف الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثامنة يوليوز 2016.
- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08، الطبعة الثانية 2017.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، دار الأمان الرباط الطبعة الرابعة 2014
- عدنان عبد الله محمد عويضة، نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي: دراسة تأصيلية تطبيقية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى 2010.
- عمر أزوكار قضاء محكمة النقض في الكراء المدني، منشورات دار القضاء بالمغرب، الدار البيضاء، طبعة الأولى 2015.
- عيسى بن علي الحسنى العلمي، كتاب النوازل، تحقيق المجلس العلمي بفاس، الجزء الثاني، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1406 هـ - 1986 م.
- فؤاد الصامت، القواعد الموضوعية للأمن العقاري دراسة مقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون الوضعي، منشورات مجلة الجواهر والدرر، طبعة 2015.

- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، مطابع دار القلم بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1970.
- محمد المجذوبي الإدريسي : إجراءات التحقيق في الدعوى في قانون المسطرة المدنية المغربي، مطبعة الكاتب العربي دمشق، الطبعة الأولى، سنة 1996.
- محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات القضائية، طبعة ثالثة 2013.
- محمد تاويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2009.
- محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون الجديد رقم 14.07 ومرسوم 14 يوليوز 2014 بشأن إجراءات التحفيظ العقاري، مطبعة المعارف الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2018.
- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد - المجلد الرابع دار محمود للنشر والتوزيع 2018.
- نبيل إسماعيل عمر، الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات وآثاره الإجرائية والموضوعية، الإسكندرية، منشأة المعارف 1994.
- نور الدين لبريس ، نظرات في قانون المسطرة المدنية ، مطبعة الأمنية الرباط ، الطبعة الأولى ، 2012.

❖ الأطروحات الجامعية:

- عبد اللطيف الفتيحي : القضايا الخلافية في المنازعات العقارية على ضوء قرارات محكمة النقض، دراسة في اجتهاد محكمة النقض في العقار في طور التحفيظ والعقار المحفظ- ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، بجامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2014-2015.
- عبد اللطيف كرازي، إدارة المال المشاع في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق قانون خاص، وحدة القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2006 - 2007

❖ الرسائل الجامعية :

- بثينة العلوط، القسمة القضائية للعقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني (شعبة القانون الخاص) كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط -أكدا ل بجامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2003-2004.
- محمد غالب الرحيلي : الخبرة في المسائل الجزائية دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط - الأردن، 2014.
- المصطفى مازي، الإشكالات العملية للقسمة القضائية للعقارات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، بجامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2006/2007.

❖ المقالات:

- ابراهيم زعيم الماسي، الارتفاقات الإدارية والحماية القضائية: ارتفاع تمرير الخطوط الكهربائية بأراضي الخواص نموذجا، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 81 82، يوليوز أكتوبر 2008.
- امبارك جانوي وكريم هروش، دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار، منشورات المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، قضايا عقارية ومدنية عدد 3 2017.
- فائزة بلعسري، الاجتهاد القضائي في مجال الاعتداء المادي الناتج عن تفعيل وثائق التعمير، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 122/123، ماي غشت 2015.
- محمد القدوري، مستجدات المادة العقارية: قراءة في الشكل والمضمون،مجلة الحقوق، سلسلة "الأنظمة والمنازعات العقارية"، الإصدار الثامن "المستجدات التشريعية في المادة العقارية" الجزء الثاني، 2013
- محمد بوزيان تعقيب على تعليق بشأن قرار صادر عن مجلس الأعلى " بتاريخ 7/3/1995 تحت عدد 734 في ملف المدني رقم 3905/87 " منشور بمجلة قضاء مجلس الأعلى عدد 52 1998.
- محمد بومهود ويونس الزهري، "شروط التقاضي"، دليل الملحق في مادة المسطرة المدنية صادر عن المعهد العالي للقضاء دون ذكر السنة.
- محمد بومهود ويونس الزهري، إجراءات تقديم الدعوى ووضع المقال، دليل الملحق في مادة المسطرة المدنية، صادر عن المعهد العالي للقضاء، دون ذكر السنة.
- يونس الزهري، التقييدات والتشطيبات بالرسم العقاري، دليل الملحق القضائي في مادة العقار، فبراير 2017.

❖ الندوات

- عبد العالي دقوقي، الإشكالات القانونية والعملية لتوزيع الأراضي الفلاحية المتأتية من الملك الخاص للدولة، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و 26 نونبر 2016، العقار والتعمير والاستثمار.
- فاطمة الواقفي "القسمة القضائية في ضوء قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، مقال منشور بمجلة سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بمجلة سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، ندوة خاصة بمناسبة الذكرى المئوية "حماية الملكية العقارية من خلال قرارات محكمة الاستئناف بالرباط العدد 6 سنة 2013 .

المواقع الإلكترونية:

<http://www.justice.gov.ma/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

http://legalnewsnotaires.com/index.php?option=com_content&view=article&id=127639

<http://www.jurisprudencemaroc.com/>

https://www.anpere.fr/lindemnite-doccupation-dun-bien-en-indivision-est-due-par-celui-qui-y-vit-seul-quel-que-soit-letat-du-bien/?fbclid=IwAR37T1Z9IDSVPiHypRGhfA-A1ZekwB_PZ-Q9WCRAeMXsGik-hdm05gmVCqc

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/guerin_avocat_547.html

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/pinot_conseiller_546.htm

1	مقدمة
7	الفصل الأول: الإطار العام لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
8	المبحث الأول: ماهية دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
8	المطلب الأول: تعريف دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار وخصائصها
9	الفقرة الأولى: تعريف دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
11	الفقرة الثانية: خصائص دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
13	المطلب الثاني: تمييز دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار عن النظم المشابهة
	الفقرة الثانية: تمييز دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار عن دعوى التعويض عن الحرمان من
15	استغلال العقار في المجال الإداري
19	المبحث الثاني: صور وتجليات المطالبة بواجب استغلال العقار
	المطلب الأول: تطبيقات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في إطار الاستثناء والاحتلال غير
20	المشروع للعقار
20	الفقرة الأولى: دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في حالات الاستثناء بالعقار
25	الفقرة الثانية: المطالبة بواجب استغلال العقار في إطار الاعتماد واحتلال العقار
34	المطلب الثاني: تطبيقات دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار في إطار انحلال العقد
41	الفصل الثاني: القواعد الإجرائية والموضوعية لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
42	المبحث الأول: القواعد الإجرائية لرفع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
42	المطلب الأول: الشروط العامة لرفع دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
43	الفقرة الأولى: الصفة في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار

49	الفقرة الثانية: المصلحة والأهلية في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
53	المطلب الثاني: الشروط الخاصة بتقديم مقال دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
53	الفقرة الأولى: الاختصاص القضائي في دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
58	الفقرة الثانية: طلبات تقديم دعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
69	المبحث الثاني: القواعد الموضوعية المؤطرة لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
69	المطلب الأول: الشروط الموضوعية لدعوى المطالبة بواجب استغلال العقار
69	الفقرة الأولى: الشروط الخاصة بالعقار موضوع الدعوى
69	الفقرة الثانية: الشروط الخاصة بالمدعي
76	الفقرة الثالثة: الشروط الخاصة بالمدعى عليه
89	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير الواجب عن استغلال العقار
89	الفقرة الأولى: دور الخبرة في تقدير الواجب عن استغلال العقار
94	الفقرة الثانية: العوامل المؤثرة في تقدير الواجب عن استغلال العقار
98	خاتمة:
100	ملحق
101	لائحة المراجع
107	الفهرس