قرار محكمة النقض

رقم 05/236

الصادر بتاريخ 2019/04/02

في الملف المدني رقم 2017/5/1/3191

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على العريضة المرفوعة بتاريخ 2017/03/23 من طرف الطالبة المذكورة أعلاه بواسطة نائبها الأستاذ (ر.ا) والرامية إلى نقض قرار محكمة الاستئناف بفاس الصادر بتاريخ 2016/10/31 في الملف عدد 2016/1201/1458.

وبناء على المذكرة المدلى بها بتاريخ 2017/07/18 من طرف المطلوبين بواسطة نائبهم الأستاذين (م.ا) و(ب.ق) والرامية إلى رد الطلب.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2019/03/05

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2019/04/02.

وبناء على المناداة على الاطراف ومن ينوب عنهم وعدم حضورهم.

المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشارة المقررة السيدة بهيجة الإمام والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد نجيب بركات.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه تقدم المطلوبين بمقال افتتاحي يعرضون فيه أنهم ورثوا عن أبيهم (ح.أ) المنزل الكائن بعنوانهم أعلاه والمتكون من دهليز وسفلي وفوقي جزء منه فوق زقاق مقطوع خاص بهم والمحدود شمالا ب(ب.ا) و(أ.ا) الذي حلت محله المدعى عليها والتي عمدت إلى فتح باب جديد ملاصق لباب المدعين على الزقاق الخاص بهم المحمول فوق البناء وبعد وقوف لجنة مختلطة وتأكدها من هذه الواقعة راسل رئيس المجلس البلدي المدعى عليها لرفع الضرر إلا أنها لم تفعل، ملتمسين الحكم عليها برفع الضرر اللاحق بالمدعين وإغلاق الباب المحدث بالزقاق والقريب من منزلهم. وبعد إجراء بحث وتمام الإجراءات صدر الحكم الابتدائي وفق الطلب أيده القرار الاستئنافي المطعون فيه بالنقض.

حيث إنه من جملة ما تعيبه الطالبة على القرار في الوسيلتين مجتمعتين لتداخلهما مخالفة الدعوى **للفصل 32 من ق.م.م** وسوء تطبيق القانون، ذلك أن العناصر التي تم اعتمادها لإثبات الضرر غير كافية في مجملها، فجواب رئيس المجلس البلدي لا يمكن أن يشكل وسيلة لإثبات الضرر لأن ذلك يدخل ضمن

الأشياء التقنية التي لا يحل محلها جواب الجهة المذكورة وموكول لأصحاب الاختصاص وهو إما خبرة على عين المكان أو وقوف المحكمة عليه، خاصة وأن الشاهد المستمع إليه لم يقل بوجود الضرر بل بضرر محتمل، وأن المحكمة لا تحكم بالاحتمال بل بما هو موجود لأن ما احتمل واحتمل سقط به الاستدلال وهذه قاعدة لا يمكن استبعادها في مثل هذه النوازل، وكان على المحكمة وقد أثير أمامها وجود الضرر من عدمه أن تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق وصولا للحقيقة بشكل قطعي لا أن تصدر حكما مبنيا على الاحتمال، وأنها لم تجب على ملتمسها بإجراء خبرة رغم أهميته، لأن ما قامت به ليس إنشاء لوضعية جديدة أي تغيير لوضعية قائمة بل هي نافذة قديمة حولت إلى باب في الجدار الخاص بها وهوما أكده الشاهد المستمع إليه وكذا ما هو مبين من محضر المعاينة المنجز بتاريخ 2016/07/13، إذ لوكان هناك ضرر لكان منذ 15 سنة خلت، وأن باب منزل المطلوبين الرئيسي يليه مدخل ثم بعده يمكن الولوج إلى الداخل مما يكون معه الاطلاع على أحوالهم أو حرمة المسكن شيئا صعبا، بل إن الضرر لاحق بها بمرور المطلوبين بجوار النافذة ذهابا وإيابا، وهنا تثار قاعدة الموازنة بين الطرفين والذي لم تنتبه إليه المحكمة، وأن الضرر لايزال بضرر أشد وهوما استقر عليه قضاء محكمة النقض. كما أنه بالرجوع إلى **المادة 66 من مدونة الحقوق العينية** الذي اعتمدته المحكمة للقول برفع الضرر نجده يمنع مالك العقار من أن يفتح في حائط ملاصق بملك جاره نوافذ... والحال أنه لا يوجد في النازلة ما يفيد أن حائطها يلتصق بجدار المطلوبين، وهوما تؤكده الصور الفوتوغرافية ومحضر المعاينة المنجز على يد مفوض قضائي، إلا أن محكمة الاستئناف لم ترد على ما ذكر، وكان عليها أن تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق للوصول إلى الحقيقة بشكل قطعي لا أن تصدر حكما مبنيا على الاحتمال، وأن تجيب على طلبها بإجراء خبرة مما يجعل قرارها ناقص التعليل ويتعين نقضه.

حقا حيث صح ما أثير، ذلك أن كل قرار يجب أن يكون معللا تعليلا سليما وأن فساد التعليل يوازي انعدامه **عملا بالفصل 345 من قانون المسطرة المدنية**. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أيدت الحكم الابتدائي الذي اعتبر أن طرفي الدعوى متجاوران ويفصلهما زقاق مشترك مفتوح عليه أبواب منازلهما، وأن الطالبة عمدت إلى تحويل نافذة إلى باب حديدي محاذي لجدار سكنى المطلوبين والذي بالوقوف عنده يمكن الاطلاع على أحوالهم، دون أن تبرز الضرر من فتح الباب مادام ذلك تم على ممر مشترك، فجاء بذلك قرارها فاسد التعليل ومعرضا للنقض.

وحيث إن حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان إحالة الدعوى على نفس المحكمة للبت فيها طبقا للقانون.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه وإحالة الدعوى على نفس المحكمة للبت فيها طبقا للقانون وهي متكونة من هيئة أخرى وتحميل المطلوبين الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد الناظفي اليوسفي والمستشارين السادة: بهيجة الإمام **مقررة** ولطيفة أهضمون ونجاة مسعودي وسعاد سحتوت **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد نجيب بركات وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة نجاة مروان.