قرار محكمة النقض
رقم 3/660
الصادر بتاريخ 27 نونبر 2018
في الملف المدني رقم 2017/3/1/224

دعوى الإفراغ – حق ارتفاق – سلطة المحكمة.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على العريضة المرفوعة بتاريخ 2016/12/05 من طرف الطالبين المذكورين حوله بواسطة نائبهم الأستاذ (ع.ص) والرامية إلى نقض قرار محكمة الاستئناف بخريبكة الصادر بتاريخ 2016/06/06 في الملف عدد: 16/189.

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 2018/10/29.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 27 نونبر 2018.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد يوسف لمكربي والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد سعيد زياد.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في شان الوسيلة الاولى

حيث يستفاد من وثائق الملف والقرار المطعون فيه عدد355 الصادر عن محكمة الإستئناف بخريبكة بتاريخ 2016/6/6 في الملف عدد2016/189 أن المدعي (خ) محمد بن لحسن ادعى بمقال أمام المحكمة الابتدائية بوادي زم انه يملك العقار المسمى بياض ذا الرسم العقاري عدد 18/44338 الكائن بجماعة اولاد (ب) قيادة بني خيران دائرة وادي زم مساحته 13 هكتارا و59 آرا و26 سنتيارا وان المدعى عليهم (ا) صالح ومن معه قاموا بدون وجه حق باحتلاله وغرسوا اشجارا به ووضعوا احجارا في الجهتين الشرقية

والغربية طالبا الحكم بطردهم، واجاب المدعى عليهم بان الدعوى غير مثبتة وان المدعي سبق ان تقدم بدعويين استعجالية صدر فيها أمر بعدم الاختصاص وعادية قضي فيها بعدم القبول، وان العقار توجد به مقبرة دفن فيها آباؤهم واجدادهم ويعلم المدعي بذلك إضافة الى وجود ضريح يعتبر حق ارتفاق (كذا) يعود الحق في المنازعة فيه لوزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، طالبين عدم قبول الدعوى واحتياطيا رفضها، وبعد الامر بإجراء خبرة وانجازها والتعقيب عليها قضت المحكمة بطرد المدعى عليهم من المدعى فيه في حدود المساحة المحددة بتقرير الخبرة، استأنفه المحكوم عليهم مثيرين بانهم لم يحتلوا أي عقار في ملك المستأنف عليه وان المحكمة صنعت حجة له بينما هو الملزم بالإدلاء بحجته كما انه ادعى بان العقار محتل من الجهتين الشرقية والغربية في حين ان الخبرة اثبتت ان الجهتين المحتلتين هما الغربية والجنوبية وان الدعوى تناقضت فيها الاقوال مع الحجج المدلى بها فيها طالبين الغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بعدم قبول الدعوى، وبعد الجواب الرامي الى التأييد قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف بقرارها موضوع الطعن بالنقض.

وحيث يعيب الطاعنون على القرار نقصان التعليل الموازي لانعدامه ذلك ان المحكمة مصدرته ايدت الحكم المستأنف من دون البحث والتدقيق في ملابسات القضية ولا الالتفات الى الاسباب المعتمدة في المقال الاستئنافي والتي مفادها بان النزاع لا يتعلق باحتلال لأرض محفظة وانما هي ارض مخصصة لاتخاذها مقبرة لدفن موتى المسلمين وان المطلوب ادعى بان الاحتلال انصب على الجهتين الشرقية والغربية بينما الخبرة على علاتها اسفرت عن ان الاحتلال انصب على القطعة الارضية من الجهتين الغربية والجنوبية وهو ما يعتبر تناقضا مع حجج المطلوب تسقط به دعواه.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

لكن حيث ان البينة على المدعي لحق عيني عقاري وذلك عملا بقول صاحب التحفة: المدعي استحقاق شيء يلزم/// بينة مثبتة ما يزعم. والبين من الدعوى والادلة المقدمة فيها ان المطلوب استدل على ادعائه ملكية المدعى فيه بشهادة من المحافظة على الاملاك العقارية بالرسم العقاري للملك المدعى فيه واجرت المحكمة خبرة تبين لها منها ان المدعى فيه يشتمل عليه الرسم العقاري للمطلوب وإن اشتمل هذا العقار على المقبرة والضريح في حين ان الطالبين ثبت للمحكمة من الخبرة تجاوزهم على ما مساحته 7 خداديم دون ان يبرروا احتلالهم باي سند. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه باعتمادها على الخبرة المذكورة في ثبوت احتلال الطالبين بدون سند للمدعى فيه العائد ملكا للمطلوب بمقتضى رسمه العقاري مؤيدة الحكم الابتدائي القاضي في حقهم بالإفراغ، ارتكزت في قضائها على اساس سليم وعللت قرارها تعليلا كافيا وما بالوسيلة على غير اساس.

وفيما يتعلق بالوسيلتين الثانية والثالثة مجتمعتين:

حيث يعيب الطاعنون على القرار خرق مقتضيات ظهير 29 ابريل 1938 المتعلق بأحداث مناطق وقائية حول المقابر وخرق مقتضيات الفصل 55 من ق م م ذلك ان الثابت من خلال مقتضيات هذا الظهير أن المقبرة هي كل مكان او ساحة معدة للدفن وتعتبر ملكا للجماعات المحلية وان الظهير يتعلق اساسا بإحداث بعض المناطق الآمنة ولا يسمح فيها البناء او حفر الآبار ويمنع احداث المؤسسات المزعجة بعدما حدد المساحات الارضية وان المطلوب كان على علم عندما قام بشراء العقار موضوع الرسم العقاري بان مشتراه يتضمن مقبرة لدفن الاموات ولازالت على حالتها وبها ضريح تمارس فيه الشعائر الدينية وان تقرير الخبرة تضمن معطى مغلوطا يتعلق بمساحة الضريح والمقبرة التي تقدر ب 365 مترا مربعا وهو الشيء الذي لا يمكنه تصديقه كما ان المحكمة لم تراع مقتضيات الظهير المذكور، وانه كان على المحكمة ان لا تكتفي بخبرة انتدب لها احد الخبراء غير المختصين في مجال العقار والهندسة فضلا عن عدم إلمامه بالقوانين والانظمة وكان على المحكمة ان تامر بإجراء آخر من قبيل المعاينة القضائية رفقة خبير مختص.

لكن حيث ان ما اثير بالوسيلتين لم يسبق اثارته امام قضاة الموضوع لمعرفة رأيهم فيه وان إثارة ذلك لأول مرة امام محكمة النقض يجعل الوسيلتين غير مقبولتين .

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطالبين المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد محمد بن يعيش **رئيسا** والمستشارين السادة: يوسف لمكربي **مقررا** مصطفى بركاشة – أمينة زياد – الحسين أبو الوفاء أعضاء بحضور **المحامي العام** السيد سعيد زياد وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاتحة آيت عمي حدو.