# قرار محكمة النقض

## رقم 178

## الصادر بتاريخ 21 مارس 2023

## في الملف المدني رقم 2022/7/1/1653

**طلب الكف عن المنع من السقي** – خضوع النزاع للعرف – أثره.

**إن المحكمة بقرارها الاستماع للشهود دون حضور الطاعنين لتمكينهم من إبداء ملاحظاتهم بشأن الشهادة المعتمدة من طرفها سيما وأن موضوع النزاع يتعلق بحق يخضع للأعراف والتقاليد، تكون قد مست حقا من حقوقهم في الدفاع، وعرضت قرارها للنقض.**

**باسم جلالة الملك وطبقا للقانون**

بناء على عريضة النقض المرفوعة بتاريخ 2022/02/11 من طرف الطالبين المذكورين أعلاه بواسطة نائبهم الأستاذ (ر.د)، الرامية إلى نقض القرار رقم 2021/959 الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 2021/06/28 في الملف عدد 2021/1201/784.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

وبناء على قانون المسطرة المدنية.

وبناء على الأمر بالتخلي الصادر بتاريخ 2023/01/31.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2023/02/28 تم تأخيرها لجلسة 2023/03/21.

وبناء على المناداة على الأطراف ومن ينوب عنهم وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة المستشارة المقررة السيدة السعدية فنون لتقريرها في هذه الجلسة والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد الحسن البوعزاوي.

**وبعد المداولة طبقا للقانون:**

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه أن المطلوبين تقدما بمقال أمام المحكمة الابتدائية بصفرو بتاريخ 2019/05/08 عرضا فيه أنهما يتصرفان في القطعتين الأرضيتين السقويتين الكائنتين بمزارع مزدغة الجرف قيادة الواثة قديما البهاليل، مساحتها حرث يومين تقريبا، المعروفتين ب "ط.ع" الأولى: بها 29 شجرة زيتون دون تسع شجرات، والثانية بها 56 شجرة

زيتون، حدودهما مذكورة بالمقال، وأن أرضهما باعتبارها توجد بالحمام الفوقي تستفيد من مـــاء السقي سنة وفي السنة التي بعدها ينتقل إلى المحل المسمى الحمام السفلي ابتداءا من فاتح يونيـــه إلى متم ماي، وأن الساقية التي يستفيدان منها هي ساقية مندورت "ط.ع" مصرف ايت يحيى يوسف الذي تتفرع عنه بالإضافة للساقية أعلاه أربع سواقي هي العرس، سهب الرمل كـــاف الســـبع، الحمام، ساقية العبارات "ش.ا" والتي يأتيها كلها الماء من عوينت "ر"، وأن العرف المعمول بـــه في توزيع الماء "الفدان وجاره" أي الفدان والذي يليه ثم ينتقل الماء بعد ذلـــك للســـواقي الأخـــرى، وبذلك تكون النوبة مرة كل ثلاثة عشر أو أربعة عشر يوما، وأن نوبتهم في الماء كانت ابتداءا من 1 يونيه وتنتهي في متم ماي من سنة 2017 إلا أن المدعى عليهم منعوهم من سقي أرضهم التي هي وسط أراضي المدعى عليهم وأراضي أخرى متجاهلين العرف المعمول به في توزيع المـــاء وذلـــك بحضور الشهود: (ح.ع)، (ح.ب)، (م.ع)، (ل.ق)، ملتمسين الحكم على المدعى عليهم بالكف عن منعهما من سقي العقارين الموصوفين أعلاه حسب العرف المعمول به تحـــت طائلـــة غرامـــة تهديدية قدرها خمسمائة درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ وحفظ حقهم في المطالبة بـــالتعويض عن الضرر لاحقا، وبعد الجواب والتعقيب، وإجراء بحث تم خلاله الاستماع للشـــهود وتغيـــب الطرفان، صدر حكم ابتدائي بتاريخ 2021/02/22 وفق الطلب، استأنفه المدعى عليهم فصدر القرار المشار إليه بتأييد الحكم المستأنف وهو المطعون فيه بالنقض.

**حيث يعيب الطاعنون على القرار في الوسيلة الفريدة انعدام التعليل وعدم الارتكاز على أساس وخرق القانون،** ذلك أن ما عللت به المحكمة جوابها يعتبر مخالفا للقانون، فلا مجال للقـــول بمقتضيات الفصل 49 من ق.م.م فالضرر يكون حاصلا بعدم حضور الأطراف عند مناقشة القضية بمحضر الشهود فهم أصحاب الحق وهم الأدرى بمصالحهم علما أن القضية تتضمن مجموعة مـــن الوقائع من قطع أرضية وأسمائها ونوبة ماء ووقتها والسواقي التي ينحدر منها... إلى غير ذلك مـــن المعطيات التي تستدعي كلها حضور الأطراف لمناقشتها، فالضرر قائم بالنسبة لهم ونشر الاستئناف لم يغط ما اعترى جلسة الاستماع للشهود من عيوب، ومن جهة أخرى فإن القرار المطعون فيـــه اعتمد قاعدة أن شهادة الشاهدين المستمع إليهما تبقى منتجة ومقدمة على شهادة النفي، والحـــال أنهما لم يحيطا بموضوع الشهادة كليا، كما أنهما لم يحضرا واقعة المنع التي هي كنه الادعاء الشـــيء الذي ينقص من قيمة شهادتهما، ورغم ذلك جعلت المحكمة تصريحاتهما سندا للحكم عليهم، إذ لا يمكن القول بتطبيق قاعدة المثبت مقدم على النافي مع وجود الشوائب المذكورة، ففي تطبيق هـــذا المبدأ ترجيح لموقف المدعين، والحال أن هذا الأخير لا يعمل به إلا بوجود حجج ثابتـــة شـــكلا ومضمونا، وأن القرار اعتمد على شهادة معيبة واستبعد تلقية يشهد شهودها بعدم ثبـــوت الحـــق وعدم استفادة قطعة المدعين من الماء، في حين أن المعتمد من طرف المدعيين ناقص عـــن درجـــة الاعتبار، وغير تام لما طاله من عيوب مما يكون معه القرار معرضا للنقض.

المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

**حيث إن** المحكمة لما عللت قرارها في معرض ردها ما تمسك به المدعون من خرق القانون عند استماعها للشهود في غيبتهم بأنه: "بموجب المادة 49 من قانون المسطرة المدنية فإنه لا بطلان بدون ضرر، ومادام المستأنفون تمسكوا بكون وجه تضررهم من عدم حضور جلسة البحث هو تفويت الفرصة عليهم لإبداء أوجه دفاعهم وتجريحهم في الشهود وهو أمر قد تم تداركه من طرفهم بموجب مقالهم الاستئنافي الذي تضمن الإشارة إلى أوجه هذا التجريح إلا شهادة كل من (م.ع) و(ح.ع) فبقيت بمنأى عن كل تجريح وهي وحدها كافية لإثبات فصول المقال دون شهادة باقي الشهود التي قررت المحكمة استبعادها أمام إدلاء المستأنفين باستدعاءات وأحكام تفيد حصول نزاع بينهم وبين المستأنفين" والحال أنه بقرارها الاستماع للشهود دون حضورهم لتمكينهم من إبداء ملاحظاتهم بشأن الشهادة المعتمدة من طرفها سيما وأن موضوع النزاع يتعلق بحق يخضع للأعراف والتقاليد، تكون قد مست حقا من حقوقهم في الدفاع، وعرضت قرارها للنقض.

**لهذه الأسباب**

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد سعيد رياض **رئيسا** والمستشارين السادة: السعدية فنون **مقررة**، نجية بوجنان، محمد المنور ونجوى الهواس **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد الحسن البوعزاوي وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد المصطفى العامري.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض