

إشكالية التجاوز في البناء على أرض الغير

تعليق على حكم المحكمة الابتدائية بالناظور عدد: 150 الصادر بتاريخ 13/02/2025 في الملف عدد

327/1401/2021 بتاريخ 13/02/2025

الباحثة: حكيمة شوقي

طالبة بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والسياسية جامعة ابن طفيل القنيطرة/ المغرب

الدكتورة: سعاد المعروفي

أستاذة باحثة بكلية العلوم القانونية والسياسية جامعة ابن طفيل القنيطرة/ المغرب

ملخص:

تتلخص وقائع الحكم موضوع التعليق في تجاوز بان حد أرضه ليمتد إلى أرض جاره، وقد قضى في منطوقه "بإجبار المدعي بالتنازل عن الجزء المشغول بالبناء والمحدد في تقرير خبرة الخبير محمد الطالبي، من جهتي الشرق والجنوب، ذي أبعاد: 0.66 مترا عرضا و 13.05 مترا طولاً أي ما مجموعه 08.61 متر مربع لفائدة المدعى عليهم، مقابل تعويض قدره 25839.00 درهم"، ومن أهم المقتضيات التي تم الاستناد إليها في حيثياته وتعليقه؛ المادة 238 من مدونة الحقوق العينية والفصل 3 من قانون المسطرة المدنية والفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود والقاعدة الفقهية "الضرر الأشد يزال بالأخف". وبسبب التذبذب الذي عرفه الاجتهاد القضائي فيما يتعلق بالتجاوز في البناء على ملك الغير بين من يرجح كفة التقديس حق الملكية وبين من يرجح كفة العدالة والإنصاف، وكذلك التضارب الإجرائي والموضوعي على مستوى المحاكم، حاولت التعليق على هذا الحكم من خلال تسليط الضوء على كيفية تطبيق القوانين الإجرائية والموضوعية والتعامل مع طلبات الأطراف. الكلمات المفتاحية: تعليق – التجاوز في البناء – ملك الغير – التنازل - التعويض.

The Legal Issue of Building Beyond One's Rights on Another's Land: A Commentary on Judgment No. 150 of the Nador Court of First Instance, Issued on 13 February 2025 in Case No. 327/1401/2021 (13 February 2025).

Researcher Hakima CHAOUKI

PhD student at the Faculty of Legal and Political Sciences, Ibn Tofail University, Kenitra, Morocco

Dr Souad ELMAAROUFI

Research Professor, Faculty of Legal and Political Sciences, Ibn Tofail University, Kenitra, Morocco

Summary:

The facts of the judgment under review are summarized as follows: Ban exceeded the boundary of his land to extend onto his neighbor's land. The judgment stipulated "to compel the plaintiff to relinquish the part occupied by the building, as specified in the expert report of Mohamed Talbi, on the eastern and southern sides, with dimensions of: 0.66 meters in width and 13.05 meters in length, a total of 8.61 square meters, in favor of the defendants, in exchange for compensation of 25,839.00 dirhams." Among the most important provisions that were relied upon in its reasoning and justification are: Article 238 of the Code of Real Rights, Chapter 3 of the Code of Civil Procedure, Chapter 228 of the Law of Obligations and Contracts, and the jurisprudential principle "The greater harm is removed by the lesser." Due to the fluctuations in judicial interpretation regarding encroachment on

another's property between those who prioritize the sanctity of property rights and those who prioritize justice and equity as well as the procedural and substantive conflicts within the courts, I have attempted to comment on this ruling by highlighting how procedural and substantive laws are applied and how the parties' claims are handled.

Keywords: Commentary – Encroachment on another's property – Assignment – Compensation

أولاً: مكونات الحكم

موجز الوقائع

تقدم المدعي بواسطة محاميه بمقال افتتاحي للدعوى، يعرض فيه أنه يملك عقاراً محفظاً كائناً بإقليم الناظور، تبلغ مساحته 27 أرو 5 سنتيوار، مكون من سفلي وثلاث طوابق علوية ومرفق محاطة بجدار على شكل سياج عرضه حوالي 87 سنتيوار، وأن المدعى عليهم قاموا بهدم الجدار الفاصل بينهم وبينه وتوغلوا بالبناء في المساحة الفاصلة بينهم وشيدوا فوقها بناء تابعاً لسكنهم داخل أبعاد عقار المدعي، و التمس الحكم بطرد المدعى عليهم هم ومن يقوم مقامهم من الجزء المشيد فوقه بناؤهم والزامهم بهدم البناء محل التجاوز وحمل أنقاضه على نفقتهم، وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 2000 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ مع شمل الحكم بالنفاذ المعجل وتحميلهم الصائر.

...وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من قبل المدعى عليهم بواسطة نائبيهم والتي جاء فيها أن المدعي سبق وأن رفع دعوى بين نفس الأطراف صدر على ذمتها الحكم عدد 612 لسنة 2014، وأضافوا بأنه سبق لهم أن استصدروا في مواجهة المدعي الحكم عدد 2 لسنة 2009 قضى بإلزامه بإغلاق المنافذ والنوافذ المفتوحة على ملكهم وإزالة مطمورة الصرف الصحي وقناة الربط التي أحدثها، وهو الحكم الذي تم تنفيذه في مواجهته، و التمسوا أساساً رفض الدعوى لسبقية الفصل فيها وتحميل المدعي الصائر، واحتياطياً رفض الدعوى لانعدام أساسها، وتحميل الصائر للمدعي.

...وبناء على الحكم التمهيدي الصادر في القضية بتاريخ: 10/02/2022، والقاضي بإجراء خبرة على موضوع النزاع وأنجزت بواسطة الخبير السيد أحمد تعزيوت الذي وضع تقريره بالملف.

وبناء على مستنتجات المدعي بواسطة نائبه على ضوء الخبرة جاء فيها بأن الخبرة أثبتت استيلاء المدعى عليهم لمساحة 20.79 متر مربع من عقاره، وأن البناء الذي قاموا به كان بسوء نية لكونهم استمروا فيه رغم صدور أمر قضائي عن رئيس المحكمة بإيقاف اشغاله، و التمس الحكم وفق المقال الافتتاحي للدعوى.

وبناء على مستنتجات المدعى عليهم بواسطة نائبهم على ضوء الخبرة جاء فيها بأن الخبير المعين غير مختص لتطبيق الحجج وحد الحدود، وأن ذلك من اختصاص المهندسين الطبوغرافيين، وهو ما أثر على النتيجة التي خلص إليها سيما وأن الرسم العقاري العائد للمدعي مؤسس بتاريخ 02/03/2020، أي في تاريخ كان فيه النزاع قائماً بين طرفي الدعوى، والذي كان موضوعه تجاوز المدعي في عقارهم، فقضي عليه بإزالة جميع المحدثات التي ثبتها بالجدار الفاصل بين عقاريهما، وبصفة احتياطية فإنهم ينفون أي تجاوز في عقار المدعي، وأن الجدار المحيط بأرضهم يعود لهم، وأن الثمن الذي حدده للمتر المربع مبالغ فيه لوجود العقار في منطقة قروية، و التمسوا إجراء خبرة مضادة، أو وقوف المحكمة على عين المكان. وأرفقوا المذكرة بشهادة إيداع، وتصميم طبوغرافي.

وبناء على الحكم التمهيدي الصادر في القضية بتاريخ: 06/10/2022، والقاضي بإجراء خبرة مضادة على موضوع النزاع بواسطة الخبير مصطفى أقندروش، والذي وقع استبداله بتاريخ 30/05/2024 بالخبير محمد الطالبي الذي وضع تقريره بالملف.

وبناء على مستنتجات المدعي بواسطة نائبه على ضوء الخبرة جاء فيها بأن الخبير أخطأ في الجمع بين أبعاد المساحة المستولى عليها والتي هي 20.79 متر مربع وليس 8.61 متر مربع، وأن الخبرة أكدت قيام المدعى عليهم بتشييد بناءهم في الوعاء العقاري

العائد له، وأن بناءها هذا كان بسوء نية لكونهم استمروا فيه رغم صدور أمر قضائي عن رئيس المحكمة بإيقاف اشغاله، والتمس أساسا الحكم وفق المقال الافتتاحي للدعوى، واحتياطيا إرجاع الخبرة للخبرة قصد تصحيح الأخطاء المادية الواردة به. وبناء على مستنتجات المدعى عليهم بواسطة نائبهم على ضوء الخبرة جاء فيها بأن الخبير المعين غير مختص لتطبيق الحجج وحد الحدود...

وبجلسة 30/01/2024، تقرر اعتبار القضية جاهزة وتم حجزها للمداولة والنطق بالحكم بجلسة 13/02/2025.

التعليق

في الدفع بسبقية البيت:

حيث دفعت الجهة المدعى عليها بسبق الفصل في النزاع بين نفس الأطراف بموجب الحكم عدد 612 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور في الملف عدد 112/2014 بتاريخ 26/05/2014. وحيث إن سبق البت طبقا للفصل 451 من ق ل ع تستلزم أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه، وأن تؤسس الدعوى على نفس السبب، وأن تكون قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة. حيث باطلاع المحكمة على الحكم المستدل به اتضح لها اختلاف موضوع الدعويين؛ ذلك أن الأولى رامية إلى التخلي استحقاقا، في حين أن موضوع النازلة متعلق بالطرد للاحتلال وهدم بناء، والذي أكدت فيه اختلاف دعوى الاستحقاق والتخلي عن دعوى الطرد للاحتلال بدون سند، ما يجعل الدفع أعلاه غير مؤسس وتعين رده.

في الشكل: قبول الدعوى.

في الموضوع: وحيث يرمي المدعي من الدعوى إلى الحكم بطرد المدعى عليهم ومن يقوم مقامهم من الجزء المشيد فوقه بناؤهم والزامهم بهدم البناء محل التجاوز وحمل أنقاضه على نفقتهم، وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 2000 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ، مع شمل الحكم بالنفاذ المعجل، وتحميلهم الصائر... وحيث استدل المدعي بشهادة ملكية الرسم العقاري إثباتا لصفته كمالك للمدعى فيه، وهو ما يجعل حقه قائما لممارسة أي دعوى قصد رد الاعتداء الذي يطال ملكه، مهما كان نوعه وطبيعته، وفق ما يخوله القانون سيما المادة 22 من مدونة الحقوق العينية.

وحيث من المقرر فقها وقضاء أن الضرر الأشد يزال بالأخف، إذ يدخل في نطاق هذه القاعدة الموازنة بين الحقوق الخاصة وما يترتب عن استعمالها من أضرار، فإن تقابل هناك ضرران، ضرر أشد وضرر أخف، فإنه ينظر في أيهما أعظم وأشد، فإذا عرف الأشد دفع ولو بارتكاب الضرر الأخف، وهذه القاعدة تعتبر قيда لقاعدة "الضرر يزال" فشأنها معها كشأن الأخص مع الأعم، لأنه لو أزيل الضرر بالضرر لكان هذا الأخير باق ولما صدق الضرر يزال بل الضرر موجود، وأن قضاء محكمة النقض استقر على إعمال هذه القاعدة كلما وقع التجاوز في البناء على جزء يسير من أرض الغير ولو تجاوز 50 سنتمتر عرضا استنادا على قواعد الفقه المالكي سيما الراجح والمشهور منها وما جرى به العمل؛ المحال عليها بالمادة الأولى من مدونة الحقوق العينية لعدم وجود نص يحكم هذه الحالة في المدونة المذكورة وقانون الإلتزامات والعقود...

وحيث تحقيقا للنزاع، واستجلاء للنقط التقنية فيه، وتقديرا للحجج المستدل بها من الناحية الفنية، أمرت المحكمة تمهيدا بإجراء خبرة انجزت بواسطة الخبير السيد محمد الطالبي الذي خلص في تقريره إلى تجاوز الجهة المدعى عليها في عقار المدعي ب 0.66 سنتمتر عرضا و 13.05 متر طولاً أي بما مجموعه 08.61 متر مربع.

وحيث دفع المدعى عليهم بأن الخبير المعين غير مختص لتطبيق الحجج وحد الحدود، وأن ذلك من اختصاص المهندسين الطبوغرافيين، والحال أن تعيين الخبير لإنجاز الخبرة في غير مجال تخصصه، وإن صح، هو من أسباب تجريحه، والذي يجب

أن يقدم داخل أجل خمسة أيام من تاريخ تبليغ المقرر القضائي بتعيينه عملا بالفصل 62 من قانون المسطرة المدنية، والمدعى عليهم لم يقدموا التجريح المذكور داخل أجل المشار إليه أعلاه رغم إعلام نائهم مجلسا بقرار الخبرة والخبر المعين لإنجازها، مما يتعين معه رد الدفع.

...وحيث إن النتيجة التي انتهت إليها الخبرة معللة في ضوء الوقائع الثابتة من معطيات النازلة، وإن المنازعة التي أثارها طرفي الدعوى بخصوصها غير جدية لعدم الإثبات، لذلك ارتأت المحكمة اعتماد الخبرة المذكورة وصرف النظر عن طلب إجراء خبرة مضادة.

وحيث إن واقعة تجاوز المدعى عليهم في العقار المدعى فيه ثابت من خلال تقرير الخبرة المشار إليه أعلاه، والذي أكد أبعاده في: 0.66 سنتمتر عرضا و 13.05 متر طولاً، أي بما مجموعه 08.61 متر مربع، وأن قيمة الأرض المقامة عليه البناء هو 25839.00 درهم، في حين أن قيمة اليد العاملة هي 100.000.00 درهم، وقيمة مواد البناء هي 500.000.00 درهم.

وحيث باطلاع المحكمة على وثائق الملف ومحتوياته سيما تقرير الخبرة المنجز يتضح بأن التجاوز الذي تم في عقار المدعى كان بمساحة 08.61 متر مربع، وهو ضرر أخف ولا يماثل الضرر الآخر الذي يصيب الباني بهدم بناءه، سيما أمام عدم ثبوت أن المدعى عليهم قد حازوا الجزء المبني فوقه بالغصب أو التعدي، ما دام أن الأصل المقرر تشريعيا بموجب الفصل 477 من ق ل ع هو حسن النية، وأن ما دفع به المدعى من سوء نية استناد على استمرار المدعى عليهم في أشغال البناء رغم صدور أمر قضائي بإيقافها وتنفيذ هذا الأمر بموجب المحضر التنفيذي عدد 1842/12، يبقى دفعا مردودا، ذلك أنه بالاطلاع على المحضر التنفيذي المذكور والمتضمن لأطراف الخصومة الاستعجالية، تبين أنها كانت مقامة فقط ضد المدعى عليه الثالث "....." دون الباقي، والمعلوم أن الأحكام القضائية ذات طبيعة نسبية لا تعني سوى طرفيها ولا يمكن أن تنفذ في مواجهة من لم يكن طرفا فيها، وذلك بناء على القاعدة العامة التي تقضي أن الأحكام ذات أثر نسبي فهي لا تنفع الغير ولا تضرهم، ومن تم فلا يجوز الاحتجاج بمضمونها على الغير ولا تنفيذ ما قضت به ضدهم، وهذه القاعدة الإجرائية تجد تأصيلها ضمن القواعد المنظمة للعقد والتي تفترض أن العقود لا تنفع ولا تضر إلا من كان طرفا فيها وذلك وفق الحكم المقرر في الفصل 228 من ق ل ع، كما أن النيابة التبادلية القائمة بين المالكين على الشياخ بعقار تقتضي بأن كل واحد منهم لا ينوب عن الآخرين إلا فيما ينفعهم لا فيما يضرهم به وهو المبدأ الذي أكدته محكمة النقض في قرار سابق لها¹، ولما كان الأمر كذلك، فإن آثار الأمر الصادر ضد أحدهم لا يسري على الآخرين ما دام أن فيه ضرر لهم ويمس بمصلحتهم، ومن هذا المنطلق فإن باقي المدعى عليهم يعدون حسني النية، وينتج عن ذلك أنهم غير ملزمين قانونا بإثبات ذلك على اعتبار أن موضوع الإثبات هو كل ادعاء يخالف المعطيات الثابتة أصلا أو عرفا، فالثابت أصلا هو حسن النية بمقتضى قرينة قانونية، وما دام الأمر كما ذكر، فإن المحكمة إرتأت أعمال هذه القاعدة الفقهية أعلاه، أي بتغليب الضرر الأخف على الأشد، وبالتالي نزع ملكية الجزء المستولى عليه جبرا لفائدة المدعى عليهم، ورفض طلي طردهم وهدم بنايتهم، وأن مالك الأرض لا حق في هذه الحالة إلا في الحصول على قيمة الجزء المزروع.

وحيث بخصوص التعويض المقابل لنزع ملكية المدعى لفائدة المدعى عليهم، فإنه ولئن لم يقدم طلب صريح بشأنه؛ فإن المادة 238 من مدونة الحقوق العينية جعلت من أعمال خيار إجبار المالك بالتنازل عن ملكيته لجاره أن يتم نظير منح تعويض مناسب، أي أن أداء التعويض هو مما يقتضيه أخذ الملك، والمعلوم قانونا أن المحكمة ملزمة بشكل تلقائي بتطبيق القانون على النوازل المختلفة، وهذا الإلزام يجد سنده التشريعي ضمن الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، الأمر الذي يتعين معه الحكم لفائدة المدعى بتعويض قدره مبلغ 25839.00 درهم يؤديه المدعى عليهم...

السند القانوني

- الفصول: 3 و 62 من قانون المسطرة المدنية

1 قرار عدد 2342 الصادر بتاريخ 17/05/2011 في الملف المدني رقم 2876/1/5/209.

- المواد: 1 و 22 و 238 من مدونة الحقوق العينية
- الفصول: 228 و 477 من قانون الالتزامات والعقود
- القاعدة الفقهية: "الضرر الأشد يزال بالأخف"
- قرار محكمة النقض عدد 125 الصادر بتاريخ 25/02/2020 في الملف المدني عدد 4630/1/4/2018.
- قرار محكمة النقض عدد 200/1 مؤرخ في 03/05/2016 في الملف المدني عدد 2339/1/1/2015، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية عدد 39.
- قرار محكمة النقض عدد 265/9 بتاريخ 28/03/2019 في الملف المدني عدد 629/1/9/2017.
- قرار محكمة النقض رقم 138 بتاريخ 09/02/2023 في الملف المدني عدد 9022/1/04/2022
- قرار محكمة النقض عدد 2342 الصادر بتاريخ 17/05/2011 في الملف المدني رقم 2876/1/5/209.

المنطوق

حكمت المحكمة علنيا ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل: بقبول الدعوى.

في الموضوع: بإجبار المدعي بالتنازل عن الجزء المشغول بالبناء والمحدد في تقرير خبرة الخبير محمد الطالبي، من جهتي الشرق والجنوب، ذي أبعاد: 0.66 سنتمتر عرضا و 13.05 متر طولاً أي ما مجموعه 08.61 متر مربع لفائدة مدعى عليهم، مقابل تعويض قدره 25839.00 درهم، وتحميلهم المصاريف، ورفض باقي الطلبات.

ثانيا: التعليق

إن الحكم القضائي موضوع هذا التعليق، هو حكم صادر عن محكمة من الدرجة الأولى وهي المحكمة الابتدائية بالناظور، ولذلك قد تُطرح مسألة مدى اعتباره اجتهادا قضائيا أو مقرر قضائي جدير بالتعليق والنشر والتعميم، لذلك واستجلاء لقيمة هذا الحكم وأسباب اصطفاؤه لمناقشة حيثياته ومنطوقه والأسس القانونية لصناعته وجعله جديرا بالدراسة والمشاركة، يستوجب مني بسط النقاط التي دفعتني لاختياره بالذات والحيثيات....، وهي كالآتي:

- 1- أن الحكم موضوع التعليق قد تم تأييده في جميع ما قضى به في المرحلة الاستئنافية بمقتضى القرار عدد 703 الصادر في الملف عدد: 559/1401/2025 بتاريخ: 10/12/2025.
 - 2- أن الحكم استطاع الجمع بشكل ملفت بين العدالتين الموضوعية والإجرائية (إلا فيما يتعلق بنقطة اعتبرها محل نظر أبسطها في أوانها)، وهو إعلان صريح من منظوري الشخصي وليس حكم قيمة سابق لأوانه على اعتبار أن قيمته القضائية والعلمية ثابتتين وواضحتين بمجرد الاطلاع عليه.
 - 3- أن الحكم استند في تعليقه على مختلف المصادر القانونية.
 - 4- أن الحكم استند في تعليقه للحيثيات المسطرية والموضوعية على قرارات أعلى هيئة قضائية وهي محكمة النقض.
 - 5- أن أعمال السلطة التقديرية للهيئة مصدرة الحكم، انتصر بشكل جلي لمبادئ التقاضي الدستورية خاصة مبدأ المحاكمة العادلة بشقيها الموضوعي والإجرائي.
 - 6- أن الحكم في منطوقه قد وازن بين حماية الملكية العقارية وحقوق الأطراف.
- وعليه، سأحاول التعليق على هذا الحكم من باب وضع الأصبع على كل ما سبق ذكره، والمشاركة في تقديم دراسة علمية لطلبة العلوم القانونية والباحثين والممارسين، أتغيا من خلالها نشر الحكم بمقتضياته وحيثياته، وإبداء الرأي في كيفية تكريسه لمبادئ التقاضي طبقا للدستور وروح العدالة وفق فرعين رئيسيين.

وبناء عليه، يمكن طرح تساؤل مفاده:

كيف استطاع الحكم القضائي محل التعليق تكريس مبدأ المحاكمة العادلة والموازنة بين حقوق الأطراف وحماية الملكية العقارية؟

وسأحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال التقسيم الآتي:

الفرع الأول: العدالة الإجرائية

1- سببية البت:

جاء في قرار لمحكمة النقض بأنه "من المقرر قانوناً أن الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي تحول دون طرح النزاع من جديد أمام القضاء متى توافرت شروط إعمالها من وحدة الموضوع والسبب والمحل..."² فالحجية لا تستمد وجودها من برهنة منطقية، وإنما من ضرورتها العملية، التي تكمن في الاستجابة للدعوى الاجتماعية الأمرة، وفي أنه يجب أن يصل يوم تكون الكلمة الأخيرة قد قيلت.

ويطبق نفس المبدأ في حالة رفض الطلب، لأن القاضي لا يمكنه قبول طرح النزاع إلى ما لا نهاية، ولا مجال للحديث عن الحقيقة.³ بيد أن المحكمة مصدرة الحكم موضوع التعليق قررت بعد المداولة في تعليلها، أن موضوع الدعوى الحالية المتعلق بالطرد للاحتلال بدون سند يختلف عن موضوع الدعوى السابقة التي احتج بها المدعى عليهم للقول بسببية البت والمتعلقة بالاستحقاق والتخلي، وكان سند المحكمة لرفض هذا الدفع مقتضيات الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود، حيث أن سببية البت تستلزم أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه، وأن تؤسس الدعوى على نفس السبب، وأن تكون قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة.

كما استندت المحكمة على المبدأ الذي تبنته محكمة النقض في قرارها عدد 125 الصادر بتاريخ 25/02/2020 في الملف المدني عدد 4630/1/4/2018 والذي أكدت فيه اختلاف دعوى الاستحقاق والتخلي عن دعوى الطرد للاحتلال بدون سند، ما جعل الدفع أعلاه غير مؤسس وتعين رده.

وبالتالي، يمكن القول بأن حجية الأمر المقضي به⁴ تنشئ أثراً غاية في الأهمية وهو سببية البت في الدعوى.

2- تجريح الخبر:

ينص الفصل 62 من قانون المسطرة المدنية (ظهير 1974) على ما يلي: "يمكن تجريح الخبر الذي عينه القاضي تلقائياً للقرابة أو المصاهرة بينه وبين أحد الأطراف إلى درجة ابن العم المباشر مع إدخال الغاية:

- إذا كان هناك نزاع بينه وبين أحد الأطراف؛
- إذا عين لإنجاز الخبرة في غير مجال اختصاصه؛
- إذا سبق له أن أبدى رأياً أو أدلى بشهادة في موضوع النزاع؛
- إذا كان مستشاراً لأحد الأطراف؛
- لأي سبب خطير آخر؛
- يمكن للخبر أن يثير أسباب التجريح من تلقاء نفسه".

² قرار محكمة النقض عدد 354 صادر بتاريخ 06 يوليوز 2021، في الملف الشرعي عدد 118/2/1/2020، منشور في البوابة القضائية للمملكة المغربية www.juriscassation.cspj.ma، تاريخ الإطلاع: 20 ماي 2026، على الساعة: 19:00.

³ عمر الشيكور، وسائل حماية الغير في قانون المسطرة المدنية المغربي دراسة تأصيلية نقدية ومقارنة، الطبعة الأولى 2021، ص: 186.

⁴ الفرق بين حجية الأمر المقضي به وقوة الشيء المقضي به هو: أن حجية الشيء المقضي به تمنع الخصوم من إعادة رفع دعوى جديدة لها نفس الأطراف والموضوع والسبب سواء كان الحكم ابتدائياً أو استئنافياً. أما قوة الشيء المقضي به فهي صفة إجرائية للحكم تعني استنفاد طرق الطعن العادية، مما يجعله نهائياً وقابل للتنفيذ الجبري.

فالخبير الذي يمكن تجريجه، هو المعين من طرف القاضي تلقائيا بصريح الفصل 62 أعلاه، أما الخبير المعين بناء على اختيار الأطراف فلا يقبل طلب التجريح في حقه إلا إذا كان سبب التجريح حدث بعد تعيينه؛ لأن الخصم طالب التجريح، في هذه الحالة يكون في حل من موافقته أو اختياره له.⁵

من خلال الفصل 62 نستخلص بأن تجريح الخبير يعني طلب رده من طرف المحكمة التي قامت بتعيينه للأسباب أعلاه، وهي إمكانية خولها المشرع للخصوم لضمان شفافية الخبرة وحيادها وكذلك تأديتها من طرف الخبير على وجه حسن في إطار تخصصه. والخبرة أربعة أصناف؛ أصلية ومضادة وجديدة وتكميلية، منها ما يلجأ إليها القاضي عند الضرورة من تلقاء نفسه، وما يتم قبولها أو رفضها بناء على طلب أحد الخصوم أو وفقا لطلبهما معا.

أما مسطرة التجريح فتتلخص أساسا في تقديم طلب التجريح من طرف الأطراف الراغبين في إثارتها داخل أجل خمسة أيام من تاريخ تبليغ الحكم القاضي بتعيين الخبير طبقا لمنطوق الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 62 من ق م م حيث جاء فيها: "يتعين تقديم طلب التجريح داخل أجل خمسة أيام من تاريخ تبليغ المقرر القضائي بتعيين الخبير". وجدير بالذكر أن الفصل 62 المذكور قد طاله تعديل سنة 2000⁶ بخصوص شكلية الطلب، حيث كان ينص على إلزامية تقديم طلب التجريح بصورة كتابية مع توقيعه من طرف الخصم أو وكيله، أما الآن فقد تولى المشرع عن إلزامية الطلب المكتوب، ما يعني ضمنا أنه سمح بتقديم طلب تجريح الخبير شفويا وكتابيا.

إلا أنه في نازلة الحال، المحكمة ارتأت صرف النظر عن البت في طلب تجريح الخبير بغض النظر إن كانت أسباب التجريح محققة أم لا، ومردّها في ذلك، أن طلب التجريح يجب أن يقدم داخل أجل خمسة (5) أيام من تاريخ تبليغ المقرر القضائي بتعيين الخبير عملا بالفصل 62 من قانون المسطرة المدنية، وهو ما تم إغفاله من طرف الجهة المدعى عليها رغم إعلام نائبيها مجلسا بقرار الخبرة والخبير المعين لإنجازها، مما جعل المحكمة ترد الدفع مستندة على قرار لمحكمة النقض رقم 138 صادر بتاريخ 09/02/2023 في الملف المدني عدد 9022/1/04/2022.

ورأيي الشخصي حول رد هذا الدفع، هو أن أجل سقوط تقديم طلب تجريح الخبير المحدد قانونا في خمسة أيام، هو أجل مجحف وقصير جدا، يصعب خلاله من الناحية العملية وعلى الأغلب اكتشاف الأسباب الخطيرة التي تسمح للخصوم أو دفاعهم بطلب رد الخبير وكذلك مدى تعيينه لإنجاز الخبرة في غير مجال اختصاصه.

ولكن لا بد من الإشارة، أنه أخيرا وبعد المطالبات العديدة من طرف الممارسين-خاصة هيئة الدفاع- والباحثين في المجال القانوني عبر دفعات وتوصيات واقتراحات...، تمت إعادة النظر في هذه المدة بمضاعفتها وجعلها عشرة أيام (10) بدل خمسة أيام،

5 بناني عبد السلام، الفكاهاني سعيد، العلوي العباسي، جميعي عبد الباسط، الناصر شاكرا: التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الطبعة الثانية، إصدار الدار العربية للموسوعات، القاهرة، السنة 1992-1993، ص: 2227.

6 تم تعديل الفصل 62 بموجب القانون رقم 85.00 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.00.345 بتاريخ 29 رمضان 1421 (26 شتنبر 2000)، الجريدة الرسمية عدد 466 بتاريخ 23 شوال 1421 (18 يناير 2001) ص: 233.

بمقتضى المادة 126⁷ من القانون الجديد المتعلق بالمسطرة المدنية رقم 58.25⁸ الذي سيدخل حيز التنفيذ بتاريخ 24 غشت 2026 (بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية).

كما أجد أن تعيين الخبير مجلسا واعتباره تبليغا يحتسب بمقتضاه أجل تبليغ المقرر القضائي، أمرا مجحفا كذلك ويتعين إعادة النظر فيه، خاصة أن المسطرة في المادة العقارية مسطرة كتابية وأنه عادة ما يكون الدفاع أمام الهيئة القضائية بالنيابة وليس بالأصالة. كما أنه من الصعوبة بما كان تجريح الخبير بمجرد تعيينه بالجلسة نظرا لجهل أسباب التجريح في وقت وجيز وكذلك ما إذا كان مختصا أم لا، حيث لا يتأتى ذلك إلا بالبحث والاطلاع على جدول الخبراء الذي يتم تحيينه كل سنة من طرف الوزارة الوصية بالعدل.

وبالتالي أرى أن أجل تبليغ الأطراف بمقرر تعيين خبير يجب أن يبتدئ من يوم توصلهم بالمقرر لا من ساعة الإعلام مجلسا.

3- البت في التعويض طبقا للفصل 3 من قانون المسطرة المدنية:

ينص الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية على أنه "يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات ويبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة". ومما شد انتباهي ودفعني لمشاركة هذا الحكم، هو العلة التي استندت عليها المحكمة مصدرة الحكم للبت في تقدير التعويض لفائدة مالك العقار المشغول بالبناء، حيث جاءت العلة على الشكل التالي: "وحيث بخصوص التعويض المقابل لزرع ملكية المدعي لفائدة المدعى عليهم، فإنه ولئن لم يقدم طلب صريح بشأنه؛ فإن المادة 238 من مدونة الحقوق العينية جعلت من أعمال خيار إجبار المالك بالتنازل عن ملكيته لجاره أن يتم نظير منح تعويض مناسب، أي أن أداء التعويض هو مما يقتضيه أخذ المملك، والمعلوم قانونا أن المحكمة ملزمة بشكل تلقائي بتطبيق القانون على النوازل المختلفة، وهذا الإلزام يجد سنده التشريعي ضمن الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، الأمر الذي يتعين معه الحكم لفائدة المدعي بتعويض قدره مبلغ 25839.00 درهم يؤديه المدعى عليهم".

ما يعني أن المحكمة طبقت حرفيا الجزء من الفصل 3 أعلاه الذي ينص على أنه: "...ويبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة"، فألغت الصواب بجرأة وحزم، لأننا وللأسف، نجد أحكاما وقرارات قضائية في نفس موضوع النازلة، تقضي بعدم القبول بسبب عدم تقديم طلب التعويض أو لعدم استخلاص الرسوم القضائية

7 تنص المادة 126 من قانون عدد 58.25 المتعلق بالمسطرة المدنية على أنه "يمكن تجريح الخبير الذي لم يعين باتفاق الأطراف للأسباب التالية:

- إذا كانت للخبير أو لزوج أو لأحد أصولهما أو فروعهما مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع؛
- إذا وجدت بين الخبير أو بين زوجه وأحد الأطراف قرابة إلى غاية الدرجة الرابعة؛
- إذا كانت بينه أو بين زوجه أو أصولهما أو فروعهما وبين أحد الأطراف دعوى قائمة أو انتهت منذ أقل من سنتين؛
- إذا وجدت صداقة أو علاقة تبعية أو عداوة مشهورة بين الخبير أو زوجه وبين أحد الأطراف أو زوجه؛
- إذا عين لإنجاز الخبرة في غير مجال تخصصه؛
- إذا سبق أن قدم استشارة أو كان طرفا في النزاع المعين فيه أو نظر فيه كمحكم أو أبدى رأيا فيه أو أدلى بشهادة في موضوعه؛
- إذا كان هو أو زوجه دائما أو مدينا لأحد الأطراف؛
- إذا سبق أو كان مستشارا لأحد الأطراف أو نائبا قانونيا له؛
- إذا كان عضوا في جمعية لها مصلحة في النزاع؛
- إذا كان هناك أي سبب خطير آخر.

يقدم طلب التجريح داخل أجل عشرة (10) أيام من تاريخ تبليغ المقرر القضائي بتعيين الخبير تحت طائلة عدم قبوله.

يجب على الخبير أن يثير أسباب التجريح من تلقاء نفسه، وأن يتنحى تلقائيا.

يشعر الخبير فوراً بمسطرة التجريح المقدمة في مواجهته، ويطلب منه التوقف مؤقتاً عن إنجاز الخبرة في انتظار البت في هذه المسطرة.

تبت المحكمة في غرفة المشورة في طلب التجريح داخل أجل خمسة (5) أيام من تاريخ تقديمه، ولا يقبل مقررهما أي طعن، إلا مع الحكم البات في الجهر.

8 ظهير شريف رقم 1.26.07 صادر في 22 من شعبان 1447 (11 فبراير 2026) بتنفيذ القانون رقم 58.25 المتعلق بالمسطرة المدنية. الجريدة الرسمية عدد 7485

5- رمضان 1447 (23 فبراير 2026). ص: 1220 وما يليها.

بشأنه طبقا للظهير الشريف رقم 1.84.54 الصادر في 25 رجب 1404 (27 أبريل 1984) بمثابة قانون المالية لسنة 1984

9

وهنا يتجلى دور القاضي الإيجابي في تطبيق القانون.

الفرع الثاني: العدالة الموضوعية للموازنة بين حقوق الأطراف

معلوم أن مواد مدونة الحقوق العينية جاءت مبنية على مجموعة من الضوابط الأساسية التي تتحدد في الاعتماد على تأويلات الفقه الإسلامي، وخاصة الفقه المالكي، لذلك جاءت منسجمة مع هذا الفقه في جل قواعدها. كما أن الفقه المالكي يعتبر مصدرا تكميليا لهذه النصوص، إذ جعله المشرع المغربي من المرجعيات الأساس للقاضي عند عدم وجود نص داخل المدونة¹⁰، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الأولى التي تنص على أنه: "تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي"،

ومن خلال هذا المقتضى نستشف بأن القاضي هو المعني بهذه الإحالة، ولكن السؤال المطروح هنا هو: هل هناك حدود للتقيد بضوابط وشروط هذه الإحالة؟ وبصيغة أبسط وفي إطار الحكم موضوع التعليق؛ هل أحكام المادة 238 من مدونة الحقوق العينية كانت قاصرة عن تنظيم النازلة بين يدي القضاء، والمتمثلة في "تجاوز بان حذ أرضه ليشمل جزءا صغيرا من أرض جاره"، ليمتد نظره إلى إعمال أحكام الفقه المالكي؟ وبالصيغة المألوفة؛ هل ألف الصواب في لجوئه للفقه أم جانبه؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في ما يلي:

1- احترام تراتبية الإحالة:

ما يعني أن لجوء القاضي أو هيئة الحكم لإعمال قواعد الفقه المالكي يستوجب طبقا لنص المادة الأولى من المدونة (الفقرة الثانية)، احترام تراتبية تطبيق القوانين: نصوص مدونة الحقوق العينية ثم قانون الالتزامات والعقود ثم الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

من خلال بعض البحث في العمل القضائي الصادر قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ، وجدنا أن القضاء المغربي قد تأثر بالفقه الإسلامي بالغ التأثير، بل كان يقوم بتغليب القواعد الفقهية على بعض المقتضيات القانونية في أحكامه، فقد استبعد العديد من مقتضيات قانون الالتزامات والعقود الصريحة في مبنائها ومعناها، وطبق في المقابل قواعد الفقه الإسلامي، وذلك رغم مخالفة هذا الأخير لمقتضيات قانونية. فعلى سبيل المثال؛ هناك قرارات لمحكمة النقض تجنب فيها القضاء تطبيق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، ورجح تطبيق قواعد الفقه الإسلامي على اعتبار أن النزاع ينصب على عقار غير محفظ، ومنها الفصول المؤطرة للغبن، حيث جاء في قرار للغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى¹¹ أن "عقار النزاع ما دام غير محفظ، وأن النزاع عقاري لتعلقه بطلب إبطال بيع لوجود غبن فيه، فإن المطبق فيه هو قواعد الفقه المالكي الذي يقبل الغبن بأربعة أشهر..."، وجاء أيضا في قرار صادر عن المجلس الأعلى¹²، ما يلي "إن شهادة الليف قد جرى العمل بقبولها في مثل هذا الموضوع لقول

9 يتم تطبيق الرسوم النسبية (نسبة مئوية من قيمة التعويض المطالب به) على شق التعويض، وليس قسطا جزافيا.

10 رشيد لعن، الإحالة على الفقه المالكي في ضوء مدونة الحقوق العينية، سلسلة أعمال جامعية، الطبعة الأولى 2016، صفحة 48، (بتصرف).

11 قرار عدد 106 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 يناير 1984، في الملف الشرعي عدد 662/82، منشور بمجلة مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، الجزء الثاني، 1983-1991، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، ص 198.

12 قرار عدد 252 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 11/5/1982، في الملف العقاري عدد 35683، منشور بمجلة مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية 1966-1982، ص 313.

أورده: رشيد لعن، الإحالة على الفقه المالكي في ضوء مدونة الحقوق العينية، م س.

الزقاق في لاميته: وكثرن بغير عدول، وقول صاحب العمل الفاسي: وقدره في الغالب إثني عشر" الأمر الذي يجد تأطيره في قانون الالتزامات والعقود كذلك، خاصة في الفصلين 489 و443.

وبعد دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ، جاءت مستهلة بمادة تكرر كذلك التأثير بالفقه الإسلامي والمالكي على وجه الخصوص، ولكن كمصدر احتياطي يؤوب إليه القاضي عندما يعوزه النص والمقتضى القانوني في المدونة، فكيف تم تطبيق قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" أو القواعد التي تدور في فلكها مثل: "الضرر يزال" و"لا ضرر ولا ضرار" و"الأخذ بأخف الضررين"، للموازنة بين مصلحة الباني الذي تجاوز بناؤه حد جاره وبين مصلحة الجار صاحب الجزء المشغول في الحكم موضوع التعليق؟ وهل تم احترام تراتبية قانون الالتزامات والعقود الذي يتبوأ مرتبة أولى في الإحالة المنصوص عليها في المادة الأولى قبل الفقه المالكي برأيه ومشهوره وما جرى العمل به؟

جاء في تعليل الحكم بين أيدينا ما يلي "وحيث من المقرر فقها وقضاء أن الضرر الأشد يزال بالأخف، إذ يدخل في نطاق هذه القاعدة الموازنة بين الحقوق الخاصة وما يترتب عن استعمالها من أضرار، فإن تقابل هناك ضرران، ضرر أشد وضرر أخف، فإنه ينظر في أيهما أعظم وأشد، فإذا عرف الأشد دفع ولو بارتكاب الضرر الأخف، وهذه القاعدة تعتبر قيذا لقاعدة "الضرر يزال" ...، وأن قضاء محكمة النقض استقر على إعمال هذه القاعدة كلما وقع التجاوز في البناء على جزء يسير من أرض الغير ولو تجاوز 50 سنتمتر عرضا استنادا على قواعد الفقه المالكي سيما الراجح والمشهور منها وما جرى به العمل؛ المحال عليها بالمادة الأولى من مدونة الحقوق العينية لعدم وجود نص يحكم هذه الحالة في المدونة المذكورة وقانون الالتزامات والعقود".

وعضدت المحكمة تعليلها بقرارين اثنين هما كالآتي؛

- القرار الأول جاء فيه ما يلي: "... في حين أنه إذا كانت مقتضيات المادة 238 من مدونة الحقوق العينية تعطي للمحكمة في

حالة إذا ما تجاوز مالك بحسن نية حد أرضه عند إقامته بناء عليها وامتد البناء ليشمل جزءا صغيرا من أرض جاره لا يتجاوز عرضه 50 سنتمتر، إمكانية الموازنة بين مصالح الطرفين إما لتأمر بإزالة البناء المقام بأرض الجار على نفقة من أقامه، أو أن تجبر مالك الجزء المشغول بالبناء بالتنازل عن ملكيته لجاره مقابل تعويض مناسب، فإن هذه المقتضيات وحسب الظروف المحيطة بكل قضية تبقى للمحكمة من ذلك إمكانية الموازنة بين تلك المصالح في حالة ما إذا تجاوز عرض الجزء المشغول 50 سنتمتر، ولها أن تقترح على الطرفين الحل العادل والمناسب مع بقاء الخيار دائما لمالك الجزء المشغول بالبناء بين أن يقبل بالتعويض أو يتمسك بملكية الجزء المشغول من عقاره..."¹³

-والقرار الثاني جاء فيه "...ولما كانت المادة 238 من نفس القانون تنصرف إلى الحالة التي يمتد فيها البناء ليشمل جزءا صغيرا من أرض الجار لا يتجاوز عرضه 50 سنتمتر مع أن المساحة المتجاوزة هي ثلاثة أمتار عرضا والتي لم تنظمها المدونة وأنه عملا بالمادة الأولى من المدونة فإنه ان لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها حسن نية الطاعن في بناءه في جزء من أرض المطلوب وقضت بما جرى به منطوق قرارها دون اعتماد قاعدة أخف الضررين والموازنة بين الضررين ضرر الطالب في حالة هدم البناء المشيد على جزء منه فوق أرض المطلوب وضرر هذا الأخير في حالة تخليه بدون إرادته عن جزء من ملكه وتغليب الضرر الأصغر على الضرر الأكبر..."¹⁴

وبخصوص الحكم موضوع التعليق، أرى أن المادة 238 من مدونة الحقوق العينية تنظم في عمومها الأحكام الواجب تطبيقها على النازلة، ذلك أن المدعى عليه تجاوز بحسن نية حد أرضه عند إقامته بناء عليها وامتد البناء ليشمل جزءا صغيرا من أرض جاره المدعي، غير أن مسافة التجاوز تتعدى معيار الخمسين سنتمتر عرضا المحدد في هذه المادة، الأمر جعل نظر المحكمة مصدرة الحكم يمتد للإحالة المنصوص عليها في المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية، وبالضبط للراجح والمشهور وما جرى به العمل في الفقه

13 قرار عدد 200/1 مؤرخ في 03/05/2016 في الملف المدني عدد 2339/1/1/2015، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية عدد 39.

14 القرار عدد 265/9 بتاريخ 28/03/2019 في الملف المدني عدد 629/1/9/2017.

المالكي، متخفية بذلك قانون الالتزامات والعقود الذي يخلو بدوره من تنظيم هذه الحالة، وذلك في إطار إعمال سلطتها التقديرية للنظر في مدى جسامته التعدي وتفعيل الموازنة بين مصالح الطرفين للفصل في النزاع طبقا للقاعدة الفقهية "الضرر الأشد يزال بالأخف"¹⁵، والتي أصبحت قاعدة فقهية-قضائية بعد صدور عدة اجتهادات قضائية تكرسها، علما أن المحكمة تستقل في سلطتها التقديرية ولا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا في ما يتعلق بسلامة التعليل.

وفي الحقيقة ليس قصور نص المادة 238 من ناحية مسافة التجاوز سببا وحيدا لإعمال القاعدة الفقهية "الضرر الأشد يزال بالأخف"، وإنما سلطة الموازنة المنصوص عليها في نفس المادة تستوجب كذلك إعمال فقه الموازنة وفي إطار نفس القاعدة، فسواء انحصر التجاوز في البناء على ملك الغير في خمسين سنتمرا أو أكثر فللمحكمة طبقا لنص المادة سلطة الموازنة والحكم إما بالهدم أو بإجبار مالك الجزء المشغول بالتنازل عن ملكيته لجاره في مقابل تعويض مناسب، واشترط المشرع لكل لما سبق ذكره حسن نية المتجاوز بالبناء.

2- معايير الموازنة بين مصالح الطرفين:

- معيار الضرر:

يعتبر الضرر أهم معيار يحتكم إليه العمل القضائي للبت في واقعة التجاوز في البناء على ملك الغير، فبعد تذبذب وتضارب في الأحكام والقرارات أصبح أمرا مستقرا أن يُنظر لمدى تضرر الباني المتجاوز، فإن كان ضرر هدم ما بناه على ملك جاره أكبر من ضرر هذا الجار، تحكم المحكمة بتعويض مناسب لهذا الأخير وتمنح ملكية الجزء المتجاوز عليه للباني. ففي قرار للمجلس الأعلى¹⁶ تم نقض قرار استئنائي سبق وأن قضى على الباني المتجاوز على ملك جاره بالإفراغ والهدم، واستند المجلس على علة كون المحكمة مصدرة القرار قضت دون الموازنة بين ما سيلحق الطالبة من ضرر يهدم بنائها المتكون من ثلاثة طوابق والضرر اللاحق بالمطلوبين، ودون الأخذ بالقاعدتين الفقهيتين "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر لا يزال بضرر أشد منه وإنما بما هو أخف منه".

- معيار وضعية العقار:

معلوم أن العقار المحفظ يكون واضح الموقع والحدود والمساحة والمشتملات طبقا للرسم العقاري والتصميم الهندسي المرفق به، ولكن الواقع أثبت إمكانية التطاول عليه من طرف الأغيار بالرغم من ذلك، وخاصة عن طريق التجاوز في البناء من طرف الملاك المجاورين سواء كانت نيتهم حسنة أو سيئة.

ومن خلال الاطلاع على بعض الأحكام والقرارات الصادرة في هذا النوع من القضايا، وجدنا أن القضاء حافظ على هيبة العقار المحفظ واعتبر أمر الاعتداء عليه غير مستساغ، ومنها حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور¹⁷ قضى بإلزام الباني بهدم البناء المقام على مساحة 62 متر من القطعة الأرضية المحفظة، حيث اعتبرت مساحة التجاوز في البناء كبيرة على قطعة محددة وتم إشهار تأسيس رسمها العقاري.

¹⁵ مفاد هذه القاعدة أنه إذا كان أحد الضررين واقعا محالة فيرتكب أخفهما، بمعنى أقلهما ضررا فيتحمل الأخف إزالة للأشد، وفي هذه القاعدة يحكم فقه الموازنة ليس بين المصالح والمفاسد بل بين الضرر الأخف والأشد إن كان وقوعهما محتملا، وهذه القاعدة ترجع إلى إعمال أصل المصالح المرسل، ذلك أن درء المفسدة الأعظم بالأخف إنما يكون استقصاء وبحثا عن المصلحة التي تتحقق بارتكاب الضرر الأخف. أورده محمد أمين الجاعج، إشكالية التجاوز في البناء على ملك الغير: قراءة في المادة 238 من مدونة الحقوق العينية، مجلة نادي قضاة المغرب، مطبعة الأمنية - الرباط، العدد الثاني، ص 167.

¹⁶ قرار عدد 884 بتاريخ 23/03/2005 في الملف المدني عدد 727/1/3/2004 منشور بمجلة قضاة المجلس الأعلى عدد 66 مطبعة الأمنية بالرباط، ص: 51.

¹⁷ حكم عدد 80 صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 01/02/2010، في الملف العقاري عدد 318/2008.

غير أن اعتبار وضعية العقار القانونية قرينة على سوء نية الباني على أرض الجار، أمر حسمه المجلس الأعلى سنة 2010 بصدر قرار¹⁸ عن جميع الغرف، حيث قضى بأن "الباني في عقار محفظ عائد للغير تسري عليه قاعدة حسن وسوء النية في البناء الذي يقيمه عليه، وليس التحفيظ قرينة على سوء نيته". وذلك بعد تضارب العمل القضائي في هذا الإطار. وبالتالي، يبقى للمحكمة في إطار أعمال سلطة الموازنة تغليب الضرر الأشد على الضرر الأخف واستخلاص حسن نية الباني من خلال القرائن ووسائل الإثبات، وإلزام مالك الأرض بالتنازل عن الجزء المشغول بالبناء، كما هو الحال في الحكم موضوع هذا التعليق.

- معيار النية:

نسمع كثيرا بأن استخلاص حسن نية الباني في ملك الغير مسألة صعبة المنال لكونها أمر نفسي غير ملموس، ولكن التجربة والممارسة العملية على مستوى محاكم المملكة ذلت إلى حد كبير صعوبة الأمر، فعلى سبيل المثال تبين بأن: مَنْ يبني في أرض يعتقد أنه قد ورثها، يعتبر حسن النية، والموعد له في عقد الوعد الذي يعتقد أنه سيصبح مالكا للأرض بمجرد تحقق الوعد، يعتبر حسن النية، ومن بنى أو غرس هذا الحائز عن جهل ببطان رسم أو عقد، يعتبر حسن النية... وإذا كان حسن النية من الناحية المبدئية هو الأصل طبقا للأخلاق والقانون، وأنه مفترض ما لم يقدّم الدليل على العكس، فإن سوء النية في البناء على أرض الغير هو القرينة على الاعتداء والغصب وهو الأجدر بالإثبات.

- معيار التعويض:

من خلال استقراء المادة 238 من مدونة الحقوق العينية يتبين بأنها لم تحدد معنى للتعويض المناسب لجبر ضرر مالك الأرض المتجاوز عليها البناء، هل هو تعويض عن الضرر المادي فقط أو المعنوي كذلك. وأرى أن المشرع حسنا فعل عندما ترك أمر تقديره لسلطة المحكمة بالاستعانة بخبير كما هو الشأن في الحكم بين أيدينا -موضوع التعليق-.

خلاصة:

لقد عرف العمل القضائي ببلادنا تضاربا في التعامل مع حالات التجاوز في البناء على ملك الغير، حيث اختلفت التوجهات بين من يقدس حق الملكية ويحكم بالهدم بشكل تلقائي، وبين من يُحكّم قواعد الإنصاف والعدالة متشعبا بقاعدة الضرر الأكبر يزال بالضرر الأخف ويحكم بتملك الباني وتعويض مالك العقار المجاور بمقدار مال يعادل قيمة الجزء موضوع الترامي وحجم الضرر.

الأمر الذي تبناه الحكم موضوع التعليق، حيث قضى في منطوقه بإجبار المدعي بالتنازل عن الجزء المشغول بالبناء والمحدد في تقرير الخبرة، من جتي الشرق والجنوب، ذي أبعاد: 0.66 مترا عرضا و13.05 مترا طولاً أي ما مجموعه 08.61 متر مربع لفائدة المدعى عليهم، مقابل تعويض قدره 25839.00 درهم.

علما أن حالة التجاوز في البناء إلى أرض الغير وإن كانت تخرج أحيانا من نطاق تملك صاحب العقار له (عندما يكون الباني حسن النية وتكون مسافة التجاوز بسيطة) ومن نطاق قاعدة "الفرع يتبع الأصل"، إلا أن المشرع أدرجها بين المواد المنظمة للاتصاق العقاري بفعل الإنسان في مدونة الحقوق العينية، باعتبارها واقعة تدخل في فلك البناء في ملك الغير، ولكنها استثنائية من حالات الاتصاق العقاري بفعل الإنسان من حيث الآثار القانونية.

أما فيما يتعلق بإبداء الرأي في الحكم المختار للدراسة والتعليق، فإنني سأبسط نقاطا مقتضبة تترجم أقوى ما ترسخ في ذهني كباحثة وممارسة في مقومات وحيثيات صناعة هذا المنتج القضائي، مع ختمها ببعض المقترحات، كما يلي:

18 قرار صادر عن جميع غرف المجلس الأعلى بتاريخ 29/11/2010 تحت عدد 4939 في الملف المدني عدد 1092/1/3/2004، منشور بمجلة المحامي عدد 60 و61 ص

- تجاوز الفكرة المقدسة لحق الملكية والتي تعتبر حقا فرديا مطلقا وتبني الوظيفة الاجتماعية للملكية، مع التنبيه إلى الآثار التي يمكن أن ينتجها هذا التجاوز والتي ستنعكس على مكونات هذا الحق العيني وعلى خصائصه.

- حق الملكية وإن كان مقدسا، فإن الحكم بهدم بناء بأكمله يعد أحيانا تعسفا في استعمال هذا الحق.

- الحكم يؤالف الصواب وينضبط لمقومات الأمن القضائي لكونه بتّ تلقائيا بأداء التعويض وإن لم يقدم المتضرر طلبا بذلك، لعل أن تحديد التعويض هو مما يقتضيه أخذ الملك، والمعلوم قانونا أن المحكمة ملزمة بشكل تلقائي بتطبيق القانون على النوازل المختلفة، وهذا الإلزام يجد سندته التشريعي ضمن الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية.

- الحكم يؤالف الصواب كذلك وينضبط لقواعد العدالة والإنصاف لكونه وازن بين مساحة التجاوز وموقع العقار وثمرته وبين تقدير مبلغ التعويض. كما أن المحكمة استندت في حكمها على اجتهادات محكمة النقض التي استندت بدورها على القواعد الفقهية الإسلامية الأصلية كتغليب الضرر الأصغر على الأكبر، والضرر الأكبر يزال بالأخف.

وفي الأخير لا ضير من تقديم بعض المقترحات تهم بعض المقتضيات التي استندت عليها المحكمة لتعليل الحكم موضوع التعليق، وهي كالآتي:

- الفصل 62 من قانون المسطرة المدنية تم تعديله بمقتضى المادة 126 من قانون المسطرة المدنية الجديد الذي سيدخل حيز التنفيذ بتاريخ 24 غشت 2026، وأصبح أجل تجريح الخبير هو 10 أيام عوض 5 أيام من تاريخ تبليغ مقرر تعيين الخبير. غير أنني أرى ضرورة عدم اعتبار تعيين الخبير أثناء الجلسة تبليغا للأطراف، وأن يتم احتساب الأجل المحدد في عشرة أيام بمقتضى المادة 126 بعد دخولها حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ توصل الأطراف بالمقرر.

- ضرورة تعديل المادة 238 فيما يخص تحديد الحد الأقصى المقبول في تجاوز البناء للأرض المجاورة (50 سنتمترا)، وترك أمر تقديره والموازنة بين إنصاف الباني الذي امتد بناؤه لأرض جاره وصون حق الملكية العقارية لسلطة القضاء، وذلك إسهو ببعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري، حيث ترك أمر التقدير والموازنة بين يدي المحكمة ولم يحدد مسافة التجاوز بمقتضى الفصل 928 من قانونه المدني الذي نص على أنه "إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء عليها قد حاز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك في نظير تعويض عادل".

- توحيد مسألة الحكم تلقائيا بأداء التعويض وإن لم يقدم المتضرر طلبا بذلك بين الهيئات القضائية وبين محاكم الموضوع، على أن يتم إيداع مبلغ التعويض بصندوق المحكمة قبل البت في نقل الملكية حفاظا على مصالح صاحب الأرض التي اغتصب جزء منها، بحيث نجد تضاربا في التعامل مع هذا النوع من الدعاوى يتجلى في البت بعدم قبولها لأن مالك الأرض لم يقدم طلبا بالتعويض أو قدمه دون استخلاص الرسم القضائي، الأمر الذي نراه حيفا في حقه خاصة وأنه علاوة على كونه متضرر من التراخي على أرضه، تقع على عاتقه مصاريف الدعوى من رسوم تسجيل الدعوى والخبرة ومصاريف التبليغ والتنفيذ وأتعاب للدفاع...

لائحة المراجع

✓ الكتب والمجلات:

- عمر الشيكور، وسائل حماية الغير في قانون المسطرة المدنية المغربي دراسة تأصيلية نقدية ومقارنة، الطبعة الأولى 2021.
- بناني عبد السلام، الفكهاني سعيد، العلوي العباسي، جميعي عبد الباسط، الناصر شاكر: التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الطبعة الثانية، إصدار الدار العربية للموسوعات، القاهرة، السنة 1992-1993.

- رشيد لعنب، الإحالة على الفقه المالكي في ضوء مدونة الحقوق العينية، سلسلة أعمال جامعية، الطبعة الأولى 2016.
- محمد أمين الجاعج، إشكالية التجاوز في البناء على ملك الغير: قراءة في المادة 238 من مدونة الحقوق العينية، مجلة نادي قضاة المغرب، مطبعة الأمنية - الرباط، العدد الثاني.
- مجلة مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، الجزء الثاني، 1983-1991، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية.
- مجلة مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية 1966-1982.
- نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية عدد 39.
- ✓ الظواهر والقوانين:
- ظهير شريف رقم 1.26.07 صادر في 22 من شعبان 1447 (11 فبراير 2026) بتنفيذ القانون رقم 58.25 المتع بالمسطرة المدنية. الجريدة الرسمية عدد 5-7485 رمضان 1447 (23 فبراير 2026).
- القانون رقم 85.00 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.00.345 بتاريخ 29 رمضان 1421 (26 شتنبر 2000)، الجريدة الرسمية عدد 466 بتاريخ 23 شوال 1421 (18 يناير 2001).
- ✓ القرارات:
- قرار عدد 2342 الصادر بتاريخ 17/05/2011 في الملف المدني رقم 2876/1/5/209.
- قرار محكمة النقض عدد 354 صادر بتاريخ 06 يوليوز 2021، في الملف الشرعي عدد 118/2/1/2020.
- قرار عدد 106 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 يناير 1984، في الملف الشرعي عدد 662/82.
- قرار عدد 252 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 11/5/1982، في الملف العقاري عدد 35683.
- قرار عدد 200/1 مؤرخ في 03/05/2016 في الملف المدني عدد 2339/1/1/2015.
- قرار عدد 265/9 بتاريخ 28/03/2019 في الملف المدني عدد 29/1/9/2017.
- قرار عدد 884 صادر بتاريخ 23/05/2005 في الملف المدني عدد 727/1/3/2004.
- ✓ الأحكام:
- الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور في الملف عدد 327/1401/2021 بتاريخ 13/02/2025 (موضوع التعليق).
- حكم عدد 80 صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 01/02/2010، في الملف العقاري عدد 318/2008.
- ✓ المراجع الالكترونية:
- البوابة القضائية للمملكة المغربية www.juriscassation.cspj.ma.