



جامعة محمد الأول  
الكلية متعددة التخصصات  
الناظور



شعبة: القانون  
وحدة: مشروع نهاية الدراسة  
الفصل السادس

بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص

تحت عنوان:

دعوى التعويض عن الحرمان من  
الاستغلال

تحت إشراف:

الدكتور: جمال الطاهري

من إعداد الطالبين:

منير فنكوش

عبد الرحيم فرحتي

الموسم الجامعي: 2019/2018

## قائمة المختصرات

قانون الالتزامات و العقود	ق.ل.ع
قانون المسطرة المدنية	ق.م.م
مدونة الحقوق العينية	م.ح.ع
الجريدة الرسمية عدد	ج.ر.ع
الطبعة	ط
المرجع السابق	م.س
الصفحة	ص
عدد	ع

## مقدمة

يعد حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقاً، بل هو جماع هذه الحقوق العينية، و عنه تنفرع جميعاً، و هو أقواها من حيث السلطات التي يمنحها للمالك. إذ يخول صاحبه سلطة الحصول على جميع المنافع التي يمكن الحصول عليها من الشيء موضوع الحق.

و قد عرفت المادة 14 من قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الملكية العقارية بأنها حق يخول لمالك العقار دون غيره سلطة استعماله و استغلاله و التصرف فيه و لا يقيد به ذلك إلا القانون أو الاتفاق.

وهكذا فمن كان له حق الملكية على شيء كان له إلى جانب الحق في استعماله و التصرف فيه الحق في استغلاله<sup>(1)</sup>.

و يقصد بحق الاستغلال (Jus fruendi) ، الحصول على ما يتولد أو ينتج عن الشيء من ثمار<sup>(2)</sup>. وهي ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية دون المساس بجوهره<sup>(3)</sup> . و بعبارة أخرى فإن سلطة الاستغلال هي سلطة الحصول على ما يغله الشيء من ربح أو دخل<sup>(4)</sup>.

فلا يكون الحق في الشيء حق ملكية إذا منع صاحب الحق من استغلال هذا الشيء على نحو دائم. و كل من حال دون ممارسة المالك لهذا الحق بأن حرمه منه بمختلف أوجه الحرمان و دون وجه حق سابق معرض لإثارة مسؤوليته بحيث يعطي المالك الحق في مواجهته عن طريق ما جرت العادة على تسميته في المحاكم و بين أوساط رجال الدفاع عندنا ب" دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال "، هذه الدعوى التي يتغيا من ورائها المدعي الحصول على تعويض عن الحرمان من المردودية التي كان بإمكانه أن يجنيها من

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان. ص 500

<sup>2</sup> حسن كيرة: الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، ص 189

<sup>3</sup> وهي على نوعين:

أ- ثمار مدنية أو قانونية : و هي عبارة عن ريع الشيء أو ما يغله من دخل نقدي مقابل الانتفاع به و يكون ذلك عندما يسمح مالك الشيء لغيره باستعماله مقابل عوض، كأجرة منزل تم كرائه للغير، و أجرة الأراضي الزراعية المكترة و فوائد النقود المقرضة و السندات و الأسهم.

ب- ثمار مادية: و هي التي تتولد إما بفعل الطبيعة كالكلاً و نتاج المواشي و تسمى بالثمار الطبيعية، و إما بفعل الإنسان كالمحصولات الزراعية و تسمى بالثمار المستحدثة. " إدريس الفاخوري" ، مطبوع "الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08" ،

ص 67

<sup>4</sup> د. رمضان أبو السعود، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية. ص 527.

ملكه فيما لو لم يحرم من استغلاله، ذلك أن الحرمان من الاستغلال يأخذ صورة تقويت الكسب، والتعويض المطالب به في هذه الدعوى ينبنى على هذا الأساس.

هذه الدعوى و رغم وحدة التسمية المتعلقة بها و وحدة موضوعها، إلا أن الأساس الذي يستند إليه الحق الذي تؤطره يبقى مختلف و متعدد، فقد يكون أساسه واقعة قانونية كوجود عقد الشركة أو حالة الشياخ، أو فعل مادي مستندا في ذلك على فعل جرمي، غالبا ما يكون جنحة انتزاع حيازة عقار أو شبه جرمي كحالة الاعتداء المادي على الملكية العقارية، كما أن موضوعها قد يكون عقارا و قد يكون منقولاً تكون ملكيته مشتركة بين عدة أشخاص.

هذه الدعوى لا يختلف اثنان حول مدى أهميتها و شيوعها و كثرة إثارها أمام محاكم المملكة، إلا أنه و رغم ذلك لم تتل حظها من الاهتمام التشريعي و الفقهي على حد سواء، فلا المشرع نظمها و لا الفقه تدارسها، ذلك أن الكتابات فيها نادرة جدا لتظل بذلك مجالا خصبا للاجتهاد القضائي.

و تبعا لذلك و نظرا لتعدد المداخل و الأساس القانوني للحق الذي تؤسس عليه هذا النوع من الدعاوى، و نظرا لكونها قد تكون بين يدي القاضي المدني أو القاضي الجنائي و أيضا بين يدي القاضي الإداري، تبعا للفعل الذي أفرزها، فإن تعاطي القضاء المغربي معها يبقى غير موحد و متضاربا و يغلب عليه نوع من الخلط و غياب الدقة و عدم توحيد القواعد المخصصة لكل نوع منها على حدى.

و نحن سنحاول من خلال هذه الدراسة المتواضعة تسليط ولو القليل من الضوء على هذا النوع من الدعاوى و إثارة مختلف إشكالاتها القانونية، مع حصرها في العقار دون المنقول ذلك لتشابه الأحكام و لكون أن الغوص في الأولى هو أعمق و أدق، فضلا عن كونها تثار بشأن العقار أكثر منه في المنقول، لنصل لحل الإشكالية المحورية لهذا الموضوع و التي هي:

كيف السبيل للحصول على تعويض عن الحرمان من الاستغلال و جعل تقديره تقديرا مقنعا، في غياب إطار قانوني ينظم هذه الدعوى؟

و سننعمد في ذلك تقسيما ثنائيا يراعي خطة المدرسة اللاتينية التي تنتمي إليها المدرسة الفقهية المغربية في مضمار البحث العلمي و ذلك على الشكل الآتي:

المبحث الأول: نشأة الحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال

المبحث الثاني: الإشكالات القانونية التي تطرحها دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال.

## المبحث الأول: نشأة الحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال

إن دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال و إن كان مناطها يتمثل دائما في المطالبة بالقيمة المادية عن استغلال المدعى عليه لعقار أو منقول في ملكية المدعي، فإن الأساس القانوني لهذا الحق الذي تأطره هذه الدعوى يختلف و يتعدد، فقد يكون أساسه واقعة قانونية (مطلب أول) كوجود حالة الشيع أو وجود الشركة ، فنكون أمام دعوى مدنية أصلية.

وقد يكون أساسه فعل مادي (مطلب ثاني) مستندا على فعل جرمي كانتزاع عقار من حيازة الغير، أو شبه جرمي كالاعتداء المادي على الملكية العقارية، فنكون أمام مطالبة بالحق في إطار دعوى مدنية تابعة.

### المطلب الأول: الأسس القانونية المؤسسة للحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال

تعتبر حالة الشيع (فقرة أولى)، و حالة وجود عقد الشركة (فقرة ثانية) الصورتين البارزتين للوقائع القانونية التي يستمد منها الحق في المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال

#### الفقرة الأولى: حالة الشيع

إن وجود حالة الشيع و استئثار أحد الشركاء على الشيع باستغلال المال المشاع إضرارا بباقي الشركاء، يعتبر السبب البارز الذي تؤسس عليه طلبات التعويض عن الحرمان من الاستغلال، فأغلب الدعاوى الرائجة أمام محاكم المملكة في هذا الإطار تستمد أساسها من هذا المنطلق، منطلق "الشيع"، و نظرا لأهمية الموضوع فإننا قد آثرنا بادئ ذي بدء أن نتطرق للحديث عن ماهية الشيع (أولا)، ثم مدى أحقية المالك أو الشريك المشتاع في المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال (ثانيا).

#### أولا : ماهية الشيع

يعرف الفقه الملكية الشائعة بأنها " ملكية مشتركة بين عدة أشخاص على شيء يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة القدر في كل جزء من أجزاء الشيء المشترك دون أن تكون هذه الحصة مفرزة عن سواها من الحصص"<sup>(5)</sup>.

<sup>5</sup> مأمون الكزبري:التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية في ضوء التشريع المغربي،الطبعة الثانية 1987.ص115.

فالملكية الشائعة و استنادا إلى هذا التعريف تقع على مال معين ، يملكه أكثر من شخص واحد، تتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم. أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة.

فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصيا، دون أن ينقسم المال ذاته و تتحدد حصص الشركاء في المال الشائع نصفا كانت أو ربعا أو خمسا أو غير ذلك عادة عند بدء الشروع تبعا لمصدره، فإن كان ميراثا عين القانون حصة كل وارث، وإن كان وصية عين الموصي حصة كل موصى له، وإن كان عقدا تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك<sup>(6)</sup>.

وقد لا تتعين الحصص كأن يشتري عدة أشخاص مالا على الشياح دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتراه، فعند ذلك تكون الحصص متساوية، مادام لم يقد الدليل على غير ذلك<sup>(7)</sup>.

والمشرع المغربي نظم الملكية الشائعة في الباب الأول من القسم السابع من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات و العقود، مبينا أحكامها في الفصول من 960 إلى 981، كما عرض لها في مدونة الحقوق العينية الجديدة رقم 39.08 في المواد من 24 إلى 36، و نص في المادة 24 على أن الملكية الشائعة تخضع لأحكام م.ح.ع مع مراعاة الأحكام الواردة في ق.ل.ع و النصوص الخاصة.

و باستقراء مضمون الفصل 960 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه : "إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم و على سبيل الشياح، تنشأ حالة قانونية تسمى الشياح أو شبه الشركة، و هي إما اختيارية أو اضطرارية"، فإنه سنلاحظ أن المشرع المغربي يصطلح على الملكية الشائعة بشبه الشركة، و ذلك تمييزا لها عن الشركة العقدية التي ينتج عنها شخص معنوي يعتبر هو المالك لأموالها و ذمته المالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء.

و الملكية الشائعة قد يكون محلها منقولاً أو عقارا محفظاً أو غير محفظ، أو حقا من الحقوق كحق الانتفاع<sup>(8)</sup>.

أما عن مصادر الملكية الشائعة فهي نفس أسباب كسب الملكية، و أهمها هو الميراث، وقد يكون مصدر الشياح الوصية، كما إذا أوصى شخص لاثنين أو أكثر بمال على الشياح، و قد يكون مصدره العقد، كما

<sup>6</sup> عبد الرزاق السنهوري: المرجع المذكور ص 797.

<sup>7</sup> ينص الفصل 961 من ق ل ع "عند الشك، يفترض أن أنصبا المالكين على الشياح متساوية

<sup>8</sup> إدريس الفاخوري: الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08-ص124.

إذا اشترى شخصان مالا على الشياخ، و قد يكون مصدره أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية، كاستيلاء و الالتصاق و الشفعة و التقادم<sup>(9)</sup>.

و لقد اختلف الفقه حول طبيعة حق المشتاع، بين قائل بأنه لا يعدو أن يكون مجرد حق شخصي، و من ذهب إلى القول بأنه حق عيني من نوع خاص، إلا أن الرأي السائد في الفقه يذهب إلى القول بأن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق.

فالملكية الشائعة هي حق ملكية، فهي تشتمل على جميع عناصر الملكية، و تخول للشريك المشتاع على حصته كافة السلطات التي يخولها حق الملكية من استعمال و استغلال و تصرف.

### ثانيا : مدى أحقية الشريك المشتاع في التعويض عن الحرمان من الاستغلال

لما كانت الملكية الشائعة هي حق ملكية بالمعنى الدقيق، فإنها بالضرورة تخول صاحبها نفس السلطات التي يخولها حق الملكية، و من بين هذه السلطات حق الانتفاع بالمال المشاع عن طريق الاستغلال<sup>(10)</sup>.

و المشرع المغربي قد كفل للمالك المشتاع ممارسته لهذا الحق على حصته من المال المشاع، حيث نص في الفصل 962 من ق.ل.ع على أن " لكل مالك على الشياخ أن يستعمل الشيء المشاع بنسبة حصته فيه، و على شرط ألا يستعمله استعمالا يتنافى مع طبيعته أو مع الغرض الذي أعد له، و ألا يستعمله استعمالا يتعارض مع مصلحة بقية المالكين، و على وجه يترتب عليه حرمانهم من أن يستعملوه بدورهم وفقا لما تقتضيه حقوقهم".

فالشريك المشتاع هو مالك للمال المشاع بما يعنيه مصطلح الملكية من معنى، و إن كانت هذه الملكية مشتركة مع أشخاص آخرين على سبيل الشيوخ<sup>(11)</sup>.

فحق الملكية في إطار الشيوخ يمنح صاحبه حق استعمال و استغلال الشيء أو الحق المشاع كما ينص على ذلك الفصل أعلاه، و هو بذلك يملك سلطة الانتفاع بالمال المشاع في حدود حصته، و دون الإضرار بحقوق شركائه.

<sup>9</sup> عبد الرزاق السنهوري: المرجع المذكور ص 801.

<sup>10</sup> إدريس الفاخوري: المرجع المذكور. ص 69.

<sup>11</sup> عبد اللطيف كرازي: إدارة المال الشائع في التشريع المغربي - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس. كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، أكادال-الرياض. السنة الجامعية 2006-2007. ص 70.

فطالما أن المال المشاع مملوك لجميع الشركاء فإنه لا يحق لأي شريك أن يستأثر بالانتفاع به، و ليس له إلا أن يشارك شركائه في ذلك كل واحد بنسبة حصته فيه، فلا يسوغ لأحد الشركاء أن يحرث أرضاً مملوكة على الشياخ دون موافقة شركائه، و إذا ما فعل فلهؤلاء إما مقاسمته محصول الزرع مقابل أدائهم له أجره عمله، و ما يقابل حصتهم من الزريعة أو أن يرجعوا عليه ببراء ما يتناسب مع حصصهم في الأرض المزروعة<sup>(12)</sup>.

و الفقه الإسلامي بدوره يعترف للشريك المشتاع بحقه في الانتفاع بالمال المشترك بالشكل الذي يتوافق مع وضعية الشيوخ، و في حدود الحصة الشائعة، و دون الإضرار بباقي الشركاء. معتبرا أن الإنتفاع بالمال الشائع هو حق لجميع الشركاء كل حسب حصته.

فيحق لكل شريك أن يسكن الدار المشتركة بنسبة حصته فيها، و يزرع من الأرض المشتركة ما يعادل حصته أيضاً، و له أن يمارس حقه في الإنتفاع بنفسه أو عن طريق غيره، شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء<sup>(13)</sup>.

و حسب أحكام الفقه الإسلامي فإنه لا يمكن للشركاء منع شريكهم من الإنتفاع بالمال المشترك، إلا إذا استندوا في ذلك على مبررات معقولة، أما إذا كان المنع مبنياً على أسباب غير جدية، كما لو كانوا لا يستغلون المال المشاع لسبب راجع إليهم، و أرادوا أن يحرموا شريكهم بدوره من استغلاله، فإن قرارهم يجب أن لا يؤخذ بعين الاعتبار و يبقى للشريك الذي يريد ممارسة حق إنتفاعه بالمال المشاع أن يمارسه، فقط في إطار نطاقه المحدد له.

و هكذا ففي نازلة تتعلق بمعصرة يملكها شخصان، أراد أحدهما أن يطحن فيها زيتونه بدون أجر ومنعه شريكه، حكم للشريك الذي يريد أن يطحن، بحقه في استغلال المعصرة، ولو أن الشريك الآخر ليس له زيتون يطحنه فيها<sup>(14)</sup>.

و امتلاك الشريك المشتاع حق استغلال المال الشائع يقتضي منحه إمكانية الاستفادة من ثمار هذا المال، باعتبار هذه الأخيرة تدخل ضمن مشمولات حق الملكية العائد للمالك المشتاع<sup>(15)</sup>.

<sup>12</sup> عبد اللطيف كرازي: المرجع المذكور. ص 71.

<sup>13</sup> أحمد أبو الفتح. المعاملات في الشريعة الإسلامية، الطبعة 2، الجزء 2، 1923، ص 479

<sup>14</sup> أحمد علوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، الطبعة الثانية، 1994، ص 113

<sup>15</sup> عبد اللطيف كرازي: المرجع المذكور. ص 76



و الفقه الإسلامي يقر بحق الشريك المشتاع أخذ نصيبه من الغلة و لو لم يحضر شرط أن يؤدي واجبه في نفقات الاستغلال، و إذا لم يؤد لم يكن بإمكانه استيفاء حصته من الغلة، لكن له الحق في مطالبة شركائه بما يقابل نصيبه في كراء المال الشائع خلال فترة الاستغلال.

و هذا ما يتضح من قول ابن رشد حينما سئل عن رحي مشتركة بين رجل و امرأة فعندما غابت هذه الأخيرة أعواما كان الرجل يستغل تلك الرحي و يكرهها و بعدما عادت طالبت بنصيبها في الغلة فتارة أقر و تارة أنكر إلى أن مات فأجاب " إذا ثبتت حصتها من الرحي واستغلال الشريك فيها تلك الأعوام، و جب أن تعوض مما خلفه ببراء حصتها للأعوام المذكورة التي اغتلتها بتقدير أهل البصر و المعرفة بعد الإعذار إلى الورثة و العجز عن الدفع"<sup>(16)</sup>.

و في التشريع الوضعي نجد أن المشرع الفرنسي قد أقر صراحة بمبدأ أحقية الشريك المشتاع في الانتفاع بالمال الشائع و الحصول على حصته من المنتجات و الأرباح، و ذلك من خلال المادة 815-10 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن الثمار التي تنتج عن استغلال المال الشائع تعتبر هي الأخرى ما لا شائعا مملوكا لكل الشركاء كل حسب حصته ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، أو قسمة استغلالية تخص تلك المنتجات<sup>(17)</sup>.

و الثمار التي تدخل ضمن كتلة المال الشائع لا تنحصر فقط في المنتجات الطبيعية، بل تشمل كذلك المنتجات المدنية كالأرباح التي تنتج عن تسيير أصل تجاري مملوك على الشيوع، وفي هذا السياق يشير الأستاذ مصطفى الجمال إلى أن القانون الفرنسي يفرق بين الثمار الطبيعية و الثمار المدنية، فالثمار الطبيعية تكتسب بالقبض بحيث تكون الثمار التي يتم قبضها من يوم بدء الانتفاع للمنتفع و تكون الثمار التي لا يتم قبضها حتى آخر يوم للمالك الأصلي. أما الثمار المدنية فتكتسب يوما فيوم، و من ثم يكون للمنتفع منها ما يوازي مدة انتفاعه. و قد انتقد كثير من الشراح الفرنسيين حكم الثمار الطبيعية في هذا الشأن، و طالبوا بإجراء حكم الثمار المدنية عليها باعتباره أكثر عدالة<sup>(18)</sup>.

<sup>16</sup> أبو العباس أحمد بن يحيى الوئشريسبي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء الثامن ص 161

<sup>17</sup> L'article 815-10 ( Code Civil ) : «les fruits et les revenus des biens indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divise».

<sup>18</sup> مصطفى الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثانية، 2000. ص 73.

و هكذا نجد الفقرة الأولى من المادة 815-11 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن لكل مالك على الشياح الحق في الحصة السنوية للأرباح التي تنتج عن استغلال المال الشائع<sup>(19)</sup>.

و أحقية الشريك المشتاع في الانتفاع بالمال المشاع في حدود حصته تقتضي تمكينه من ممارسة هذا الحق بالشكل المطلوب، أي بدون أي عرقلة أو تضيق أو تشويش، طالما أنه يمارس حقه في حدود نطاقه، إذ يمنع على أي واحد من الشركاء التشويش على شريكه عند ممارسة حقه في الإنتفاع أو الاعتراض على ذلك أو القيام بأي عمل يحرمه من استغلال المال المشاع، و إذا تحقق الفعل كان للشريك المتضرر اللجوء إلى القضاء و مطالبته بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال.

و هو التوجه الذي كرسه القضاء المغربي في مجموعة من الأحكام و القرارات الصادرة عن مختلف محاكم المملكة. ففي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش في الملف رقم 569/07 بتاريخ 28-07-2008 تتلخص وقائعه في « أن الجهة المدعية تقدمت بدعوى في مواجهة المدعى عليه الذي استغل قطعتين أرضيتين هما "القرية العليا" و "القرية السفلى" خلال الفترة الممتدة من تاريخ وفاة مورث أطراف الدعوى وهو سنة 2003 إلى تاريخ تنفيذهم القرار الاستينافي القاضي للمدعين باستحقاقهم للقطعتين الأرضيتين المذكورتين إلى غاية سنة 2007، و رد المدعى عليه بكونه كان حسن النية لما كان يستغل المدعى فيه. وهو ما نفاه المدعون مؤكدين أن المدعى عليه كان غاصبا للمدعى فيه و مستوليا عليه بدون حق.

و في معرض تعليها للحكم أسست المحكمة حكمها على كون المدعى عليه بالفعل لم يكن يتمتع بأحكام الحائز حسن النية و إنما بصفته مدعى عليه و أحد الورثة كان عالما بكون المدعى فيه مملوك للجميع و أنه اعتدى على حق باقي الورثة في أن يستغلوا و يستعملوا نصيبهم في المتروك على الوجه القانوني مما يوجب معه أن يصدر الحكم عليه بتعويض المدعين عما فاتهم من كسب من جراء حرمانهم من استغلال و استعمال نصيبهم".

و في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور في ملف رقم 1201/519 بتاريخ 28/04/2015 جاء فيه « .... و حيث بالاطلاع على محتويات الملف و مذكرات الأطراف و مستنداتهم و الحكم المستأنف و كذا قرار محكمة النقض أن المستأنفين يهدفون من دعواهم و في مذكراتهم بعد النقض إلى الحكم على المستأنف عليهم بتمكينهم من نصيبهم في استغلال أرض فلاحية سقوية من 1997 إلى غاية سنة

<sup>19</sup> L' article 815-11 «Tout indivisaire peut demander sa part annuelle dans les bénéfices, déduction fait des dépenses entrainées par les actes auxquels il a consenti ou qui lui sont opposable».

2008، و ما مجموعه 20000 درهم. و حيث إن المحكمة تكون ملزمة بالتقيد بالنقطة القانونية التي نقضت قرار محكمة الاستئناف القاضي بعدم قبول الدعوى طبقاً للفصل 369 من ق.م.م.

وحيث إنه بالاطلاع على الشهادة الإدارية الصادرة عن المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي ببركان تبين للمحكمة أن الطرف المستأنف عليه يستغل القطعة الأرضية موضوع الرسم العقاري 0/1210 منذ سنة 1997، و أنه يستغل ماء العين حسب الجدول الذي يبتدئ من سنة 2003 إلى غاية سنة 2008.

و حيث إن هذه الشهادة تؤكد استغلال الجهة المستأنف عليها بمفرده للأرض السقوية المشاعة بين أطراف الدعوى.

و حيث إنه من حق الورثة على الشياح مطالبة المستغل للأرض المشاعة نصيبهم من واجب الاستغلال.

و حيث إنه سبق للمحكمة أن أمرت بإجراء خبرة بواسطة الخبير ( السيد ..... ) و الذي خلص في تقريره إلى تقدير الدخل الصافي خلال سنة الفلاحة الواحدة هو 10000 درهم.

و حيث إن المحكمة اطمأنت لما ورد في الخبرة لقانونيتها و لجوابها على النقط الفنية التي أمرت بها.

و حيث إنه أمام ما ضمن بالشهادة الصادرة عن المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي التي تقيد أن الطرف المستأنف عليه استغل القطعة الفلاحية السقوية منذ سنة 1997 إلى غاية سنة 2008 بحساب 10000 درهم كدخل سنوي صافي.

و حيث أن نسبة المستأنفين في الرسم العقاري هي 84 من أصل 168 فيكون نصيبهم في الدخل الصافي للاستغلال طوال هذه السنوات المشار إليها أعلاه  $1200 \times 84 = 6000$  در

168

و حيث يتعين استناداً إلى ما سبق إلغاء الحكم المستأنف و الحكم تصدياً بتمكين المستأنفين نصيبهم من استغلال الأرض الفلاحية المشار إليها أعلاه و المحدد أعلاه.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض - المجلس الأعلى سابقاً، قرار عدد 1334 ملف عدد 5064/07 بتاريخ 15/04/2009 جاء فيه أن « أن الشريك الذي يستغل الشيء المشاع وحده ملزم بتقديم الحساب لباقي الشركاء كما تصرف فيه و أداء الزائد على حصته في غلى المشاع » .

يتضح إذن أن كلا من التشريع المغربي و المقارن و الفقه الإسلامي متفق على إعطاء الشريك المشتاع سلطة الانتفاع بالمال الشائع سواء بالاستغلال أو الاستعمال، طالما أن حقه حق ملكية بالمعنى الحقيقي، و كذا منحه الحرية لممارسة هذه السلطة بالشكل الذي يتناسب مع حدود حقه في إطار نطاقه، و أي حرمان لهذا الشريك من حقه، يعتبر تعديا يمنحه الحق في اللجوء إلى القضاء عن طريق دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال.

### الفقرة الثانية : حالة الشركة

على غير ما كان سائدا القول به بشأن التفرقة بين الشركة و الشيوخ، بأن الشركة عقد و الشيوخ غير عقد، فالشيوخ قد يكون مصدره العقد كالشركة. و لكن الشيوخ سواء كان مصدره العقد أو الميراث أو غير ذلك، فهو مال مشترك لشركاء في الشيوخ يستغلونه بحسب طبيعته، فإن كان دارا أو أرضا سكنوها أو زرعوها أو أجروها، و إن كان نقودا أو أوراقا مالية استولوا على فوائدها، و إن كان منقولا أجروه أو انتفعوا به بحسب طبيعته<sup>(20)</sup>.

أما الشركة فلا بد فيها من أن تكون عند الشركاء نية الاشتراك في نشاط ذي تبعه، يأملون من ورائه الربح ولكن قد يعود عليهم بالخسارة، و لا يقتصرون على مجرد استثمار مال مشترك بحسب طبيعته كما هو الحال في الشيوخ<sup>(21)</sup>.

و المشرع المغربي قد تناول عقد الشركة بمقتضيات خاصة من خلال الفصول من 982 إلى 1091 من الكتاب الثاني من ظهير الإلتزامات و العقود ل 12 غشت 1913.

و عليه فإننا سنتطرق لمفهوم الشركة وفقا لظهير الإلتزامات و العقود (أولا)، ثم الاستغلال المشترك لرأسمال الشركة قصد تحقيق الربح (ثانيا) كأثر من آثار الشركة بين الشركاء.

<sup>20</sup> عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الخامس. العقود التي تقع على الملكية. المجلد الثاني

الهيئة و الشركة. ص 224

<sup>21</sup> بلانيول و ريبير و ليارتير. 11 فقرة 981. ص. 273-238.

## أولا : مفهوم الشركة في ظهير الإلتزامات و العقود

إن المشرع المغربي بخصوص الشركة نجده قد تراجع عن الأصل الذي تسند فيه مهمة التعاريف للفقهاء، و حسنا فعل، فعرف لنا الشركة من خلال الفصل 982 من ق.ل.ع بأنها « الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا لتكون مشتركة بينهم بقصد تحقيق الربح الذي قد ينشأ عنها» .

و حسب الفصل أعلاه فالشركة هي عقد بالدرجة الأولى<sup>(22)</sup>، و كونها كذلك يقتضي أن تكون لها أركان العقد المعتادة وهي كل من التراضي و المحل و السبب، إلى جانب الأركان الخاصة بعقد الشركة الواردة في الفصل أعلاه وهي ركن التعدد - ركن تقديم الحصة - ركن نية تحقيق الأرباح و الإلتزام بتحمل الخسائر - ركن نية المشاركة.

و هذا الأخير يعتبر أحد أهم الأركان الذي تتبني عليه الشركة، والذي بواسطته نميز بين الشركة و حالة الشيوخ، هذه الأخيرة التي يقتصر فيها الشركاء على مجرد استثمار مال مشترك بحسب طبيعته كما أشرنا إلى ذلك سابقا<sup>(23)</sup>.

ونية الاشتراك في نشاط ذي تبعة هي التي يطلق عليها عبارة (affectio societatis)، أي نية تكوين شركة أو إرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من المخاطرة<sup>(24)</sup>. و وجود هذه النية عند الشركاء يدل عليه بوجه خاص طبيعة النشاط الذي اشتركوا فيه، و هو مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع<sup>(25)</sup>.

<sup>22</sup> رغم أن الفكرة التعاقدية تشكل الأرضية أو المنطلق لعقد الشركة حتى وقتنا الراهن إلا أن الفقه قد بدأ يتحول عنها إلى الفكرة النظامية، أي إلى اعتبار الشركة نظاما أكثر منه بعقد، و ذلك على إثر التدخل التشريعي المتزايد لتنظيم الشركات، و على الأخص شركات المساهمة و الشركات ذات المسؤولية المحدودة، - والتقليص من دور الإرادة في إنشائها، وأيضا على اعتبار أن الشركة أصبحت بمثابة الشكل القانوني الذي يوطر المقابلة الاقتصادية العصرية، مما يدفع بالمشرع إلى التفكير في تعديل عقد الشركة بما يكفل ملائمتها مع المستجدات الراهنة، و مما يطرح معه بإلحاح أيضا مستقبل عقد الشركة أمام هذه المتغيرات بعد مرور مائة سنة على هذا العقد. (عز الدين بنستي. مستقبل عقد الشركة في ظل.ع على ضوء المتغيرات الجديدة لقانون التجمعات التجارية. مقال على موقع مغرب القانون ).

<sup>23</sup> و في المجال العملي تظهر أهمية ركن نية المشاركة بمناسبة تمييز عقد الشركة عن غيره من العقود، و خصوصا عندما لا يعبر الأطراف عن إرادتهم بشكل واضح. وهكذا يتم اعتماد هذا الركن لتمييز عقد الشركة عن العقود التي تؤطر بدورها مساهمة الشخص بالمال أو العمل مقابل الحصول على نسبة من الأرباح و عقد العمل مع اشتراك العامل في الأرباح. (فواد معلل، شهادات الاستثمار الصادرة عن شركات المساهمة، مجلة القانون و الاقتصاد ع 16 ص 33 ).

<sup>24</sup> عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق. ص 224

<sup>25</sup> بلانيول و ريبير و ليارنير 12 ص 237

و يستتبع وجود نية الاشتراك في نشاط ذي تبعة يعود على الشركاء بالربح أو الخسارة أن يساهم كل شريك في تبعة هذا النشاط ، فيتقاسم الشركاء الأرباح و يوزعون فيما بينهم الخسائر، وفق مبدأ التوزيع النسبي، بحيث يكون نصيب كل شريك بنسبة حصته في رأسمال الشركة<sup>(26)</sup>.

و كل شرط يقضي بمنح أحد الشركاء نصيبا يختلف عن القدر الذي يتناسب مع حصته يكون باطلا و مبطلا لعقد الشركة<sup>(27)</sup>.

و إذا كان المشرع قد رتب بطلان كل شرط لا يحترم مبدأ التوزيع النسبي و من ثم بطلان عقد الشركة نفسه، إلا أننا نجد أنه قد تراجع عن هذا الحكم نسبيا بالنسبة لما يسمى بـ " شرط الأسد"<sup>(28)</sup>، و هكذا ذهب إلى أنه إذا تعلق شرط الأسد بالأرباح، فالشرط باطل و مبطل لعقد الشركة، و يمكن للقضاء في هذه الحالة اعتبار عقد الشركة بمثابة عقد تبرع من الشريك الذي تنازل عن نصيبه من الأرباح أي أن بطلان عقد الشركة يؤدي إلى تحوله إلى عقد تبرع<sup>(29)</sup>، و إذا تعلق شرط الأسد بالخسائر، فالبطلان يلحق الشرط فقط دون عقد الشركة، أي أن شرط الأسد يعتبر كأنه غير موجود في هذه الحالة<sup>(30)</sup>.

و يترتب عن عقد الشركة متى نشأ صحيحا مستجمعا لأركانها الموضوعية العامة و الخاصة مجموعة من الآثار إن بين الشركاء أو تجاه الغير. و باعتبار أن معظمها لا يخدم دراستنا فإننا لن نغوص في سرد

---

<sup>26</sup> ينص الفصل 1033 من ق ل ع " نصيب كل شريك في الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال..."  
<sup>27</sup> ينص الفصل 1034 من ق ل ع " كل شرط من شأنه أن يمنح أحد الشركاء نصيبا في الأرباح أو في الخسائر أكبر من النصيب الذي يتناسب مع حصته في رأس المال يكون باطلا ومبطلا لعقد الشركة نفسه، وللشريك الذي يتضرر من وجود شرط من هذا النوع أن يرجع على

الشركة في حدود ما لم يقبضه من نصيبه في الربح، أو ما دفعه زائدا على نصيبه في الخسارة مقدرا في كلتا الحالتين بنسبة حصته في رأس المال".

<sup>28</sup> شرط الأسد هو شرط يقضي باستثناء أحد الشركاء أو بعضهم بالربح أو بإعفاء أحدهم أو بعضهم من تحمل الخسارة. سعيد الروبيو. الشركات التجارية. أحكام عامة.

<sup>29</sup> و هذا الأمر هو من تطبيقات نظرية تحول العقد التي تجد أساسها في الفصل 309 من ق.ل.ع التي تنص على أنه " إذا بطل الالتزام باعتبار ذاته و كان من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير".

<sup>30</sup> ينص الفصل 1035 من ق ل ع " إذا تضمن العقد منح أحد الشركاء كل الربح، كانت الشركة باطلة، واعتبر العقد متضمنا تبرعا ممن تنازل عن نصيبه في الربح، ويبطل الشرط الذي من شأنه إعفاء أحد الشركاء من كل مساهمة في تحمل الخسائر، ولكن لا يترتب عليه بطلان العقد".

تفاصيلها<sup>(31)</sup>، وسنقتصر في ذلك على التطرق لأثر واحد من الآثار المترتبة على الشركة بين الشركاء وهو "الاستغلال المشترك لرأس المال الشركة قصد تحقيق الربح و تقاسمه"

### ثانيا : الاستغلال المشترك لرأس المال الشركة قصد تحقيق الربح و تقاسمه

بالرجوع إلى الفصل 982 من ق.ل.ع الذي ينص على أن « الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا لتكون مشتركة بينهم بقصد تحقيق الربح الذي قد ينشأ عنها» .

و الفقرة الأخيرة من الفصل 992 من نفس القانون التي جاء فيها « رأس المال يعتبر مملوكا للشركاء ملكية مشتركة. و لكل منهم نصيب شائع فيه بنسبة قيمة حصته.»

و كذا الفقرة الأولى من الفصل 1033 من نفس القانون أيضا التي و التي جاء فيها « نصيب كل شريك في الأرباح و الخسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال» .

فإنه يتضح أن رأس مال الشركة<sup>(32)</sup> هو عبارة عن مجموعة من الحصص المقدمة من الشركاء، يشتركون فيه ملكية مشتركة، نصيب الواحد فيهم يتحدد بقيمة حصته فيه. و من ثم فإن لكل واحد منهم الحق في استغلاله استغلالا مشتركا إلى جانب شركائه بهدف تحقيق الربح و من ثم تقاسمه.

لكن قد يعمد أحد الشركاء إلى استغلال الرأسمال المشترك لغير الغرض الذي أعد له ، ويحرم بذلك الشريك الآخر أو الشركاء الآخرين من تحقيق الربح ومن أداء الشركة للغرض الذي أنشئت من أجله. هذا التصرف المخالف لأهداف الشركة و الغرض الذي أنشئت من أجله يعرض مرتكبه للمسؤولية العقدية ويعطي الحق لباقي الشركاء في إقامة دعوى من أجل إرجاع الأموال أو المنقولات التي أخذها وكذا الأرباح التي حققها وكذلك الحق في التعويض كما ينص على ذلك الفصلين 1009 و 1012 من ق.ل.ع .

حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 159 الصادر بتاريخ 09-02-2006 ملف عدد 05-1238 ما يلي "حيث ركز المستأنف في موجب الاستئناف على أن الشركة المدنية

<sup>31</sup> و نحيل القارئ هنا على مرجع ذ فؤاد معلال-شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الثاني "الشركات التجارية".

<sup>32</sup> تعرف الفقرة الأولى من الفصل 992 ق ل ع رأس مال الشركة بأنه "رأس مال الشركة يتكون من مجموع الحصص المقدمة من الشركاء، والأشياء المكتسبة بواسطة هذه الحصص للقيام بأعمال الشركة. وتعتبر أيضا جزءا من رأس مال الشركة:

التعويضات عن هلاك أو تعيب أو نزع ملكية أحد الأشياء الداخلة في رأس المال، وذلك في حدود قيمته الأصلية عند دخوله فيه، وفقا لما يقضى به العقد.

رأس المال يعتبر مملوكا للشركاء ملكية مشتركة، ولكل منهم نصيب شائع فيه بنسبة قيمة حصته".

العقارية لم يعد لها وجود ولم يكن لها أملاك يمكن بيعها مما يجعل الرجوع عليها لاستخلاص ديونه أمر مستحيل وبذلك يبقى من حقه الرجوع على شركائه بنسبة حصة كل شريك وفق احكام الفصلين 1012 و 1014 من ق ل ع وان الاقتراض لصالح الشركة كان من بين مهامه كمسير لها وفي معرض الجواب بعد مرحلة النقض أكدت المستأنف عليها على عدم إثبات إن الاقتراض كان لصالح الشركة والتي لازالت قائمة وان ما أداه المستأنف من ماله الخاص لا دليل على انه كان مقابل أداء دين في ذمة الشركة ثم أدلت بوثيقة تنازلها على حصتها في الشركة لفائدة الغير السيد ع ز عبد الله .

حيث إن الشركة التي كانت قائمة بين الشركاء موضوع هذه الدعوى هي من قبل شركة الأشخاص وتخضع لأحكام قانون الالتزامات والعقود في كل نزاع الشركاء فيما بينهم وانه تطبيقا لمقتضيات الفصل 1012 من هذا القانون يحق لكل شريك تقديم دعوى ضد الشركاء بنسبة حصة كل واحد منهم في الشركة من اجل المبالغ التي أنفقتها في سبيل المحافظة على الأشياء المشتركة والمصروفات التي أجراها وكذا من اجل الالتزامات التي تعاقد عليها في مصلحة الجميع من غير إفراط .

وحيث يكون بذلك المشرع قد اعطى الحق للشريك تقديم دعوى مباشرة ضد الشركاء من اجل ما ذكر بالفصل 1012 من ق ل ع كما أباح الفصل 1048 من ق ل ع لدائن الشركة مباشرة الدعوى ضد الشركاء شخصيا وبالتنفيذ على أموالهم عند عدم كفاية أموالها.

وحيث انه وبمقتضى الفصل 13 من عقد الشركة فان المستأنف قد عين مسيرا لهذه الشركة من طرف باقي الشركاء إلى جانب المسمى ز عبد الله وان له بهذه الصفة الحق في اتخاذ كل الإجراءات والتصرفات التي هي في صالح الشركة من غير إفراط ومن بينها الوفاء بالالتزامات المترتبة عن الشركة في مواجهة البنك المقرض.

وحيث إن المستأنف قد أدلى للمحكمة بما يفيد اقتراض الشركة من البنك المقرض العقاري و السياحي مبلغ 900.000 درهم لفائدة 13,5% يؤدي داخل اجل 4 سنوات ابتداء من 1988/10/1 وأدلى أيضا بورقة تسليم وشهادة صادرتين عن نفس البنك المقرض يتبين منهما أداء المستأنف مبلغ 1068600,00 درهم لفائدة المؤسسة البنكية عن دين مترتب على الشركة العقارية الصفاء بواسطة شيك بنكي من حسابه الشخصي المفتوح لدى الصندوق الوطني للقرض الفلاحي المدلى بصورة منه.

وحيث إن رجوع الشريك على باقي الشركاء في ما أداه نيابة عنهم عما وجب عن الشركة لا يتوقف على وجوب تقديم الشريك المذكور باعتباره المسير للحساب وان ذلك يتطلب تقديم دعواه من طرف الشركاء ويبقى



لهؤلاء الحق في الاطلاع على وثائق الشركة والمطالبة بإخبارهم بكل ما يتعلق بإدارة الشركة وفق أحكام الفصل 1028 من ق ل ع .

وحيث إن التنازل المحتج به من طرف المستأنف عليها لإثبات تفويت نصيبها في الشركة للسيد ع عبد الله هو مجرد عقد لا يلزم إلا طرفيه مادام لم يتم تبليغ فحواه إلى الشركة أو إلى الشركاء أو صدور موافقة هؤلاء على إحلال المتنازل لفائدته الالتزامات والحقوق محل المستأنف عليها وبالتالي لا اثر له في مواجهة المستأنف تطبيقاً لقاعدة نسبه في العقود.

وحيث إن نصيب مساهمة المستأنف عليها في الشركة محدد في 330 حصة من اصل 1000 حصة وبذلك يبقى من حق المستأنف مطالبتها بأداء ما آداه وهو ما يوازي حصتها في الشركة للقرض العقاري والسياحي على الشكل التالي  $1.068.000 \times 330 / 10000 = 352.440$  درهم.

وحيث إن المستأنف عليها قد توصلت بإنذار من المستأنف من اجل أداء الدين الثابت بذمتها وفق ما أشير إليه سابقاً ولم يبادر إلى الاستجابة للإنذار المذكور الأمر الذي يجعلها في حالة مطل وفق أحكام الفصل 255 من ق ل ع.

وحيث إن مطل المدين في الوفاء بالالتزام يترتب عنه ضرر للدائن الأمر الذي يستوجب الحكم على الأول بأداء تعويض مناسب لجبر الضرر المذكور.

وحيث ارتأت المحكمة تقدير التعويض المناسب عن الضرر اللاحق بالمستأنف نتيجة تقاعس المستأنف في الوفاء بالالتزام بأداء الدين الواجب عليها في مبلغ 10.000 درهم أخذاً بعين الاعتبار ظروف القضية ومبلغ الدين ومدة لتماطل.

وحيث ان مسطرة الإكراه البدني قد شرعت قصد إجبار المدين على أداء ما بذمته .

وحيث إن من خسر الدعوى يتحمل صائر".

إن الغاية من وراء إنشاء الشركة هو تحقيق مجموعة من المصالح، ولعل أهم هاته المصالح، مصلحة الشركة نفسها.

و إذا كان من الطبيعي أن يستعمل مسيرو الشركة أموالها أو اعتماداتها، وأن يمارسوا سلطاتهم في مهمة التسيير الإداري، إلا أن ذلك مشروط باحترام الغاية القانونية التي من أجلها منحوا وظيفة التسيير .

غير أن بعض المسيرين لا يفرقون بين ذمتهم المالية الشخصية، وذمة الشركة التي يسيرونها، وهكذا فإنهم يتعاملون مع أموال الشركة ويستعملونها، كما لو أن الأمر يتعلق بأموالهم لقضاء مصالحهم الشخصية. و حفاظا على الذمة المالية للشركة من أي استغلال يمكن أن تتعرض له من طرف أجهزة التسيير، فقد أقر المشرع المغربي جنحة إساءة استعمال أموال الشركة، بحيث تقوم في مواجهة الأجهزة المكلفة بالتسيير الذين استعملوا عن سوء نية أموال الشركة أو اعتماداتها استعمالا يعلمون أنه ضد مصلحتها الاقتصادية و تجد هذه الجنحة فحواها من خلال ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المواد 107 و 384 من قانون شركات المساهمة و قانون باقي الشركات على التوالي.

حيث جاء في حيثيات قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 624 الصادر بتاريخ 25-04-2006 ملف عدد 05-468 " وحيث انه فيما يتعلق بالدفع بسبق البت في الدعوى استنادا على كون المستأنف عليه عبد الحق ع سبق أن تقدم ضد المستأنف ع ام بشكاية من اجل التصرف في مال مشاع بسوء نية انتهت ببراءته، فانه لا اثر له طالما أن عدم قيام عناصر الجريمة وكون محكمة الاستئناف بوجدة أوردت في تعليلها أن النزاع بين الطرفين يكتسي الصبغة المدنية لا يحول دون اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة من اجل إجراء المحاسبة وتصفية الوضع الناتج عن فسخ الشركة بين الطرفين .

وحيث أن فسخ الشركة وتسليم المفاتيح عن طريق التراضي بين الطرفين لم يقدم بشأنه المستأنف أية حجة مقبولة قانونا، لا سيما وان المستأنف عليه تمسك بكون خصمه استحوذ على المحل التجاري المشترك ومنعه من دخوله عن طريق تلحيم أبوابه الثابت من محضر المعاينة المؤرخ في 03/09/1999 الذي اقر المستأنف في إطاره انه هو من أغلق المحل المذكور، مما يفيد أن الفسخ تم بشكل تعسفي ومن جانب واحد من طرف المستأنف الأصلي ع ام الشيء الذي تبقى معه الأسباب التي بني عليها طعنه غير قائمة .

وحيث انه فيما يخص تقييم الأصل التجاري وطلب الأرباح فقد ارتأت المحكمة إجراء خبرة لتحديد ما ذكر، وبعد الاطلاع على التقرير المنجز في هذا الإطار اتضح انه جاء موافقا لما يقتضيه القانون وكذا القرار التمهيدي الصادر بخصوصه، وان تقديراته تتناسب مع مواصفات المحل، الشيء الذي تقرر معه اعتماده واعتبار قيمة الأصل التجاري في فاتح شتنبر 1999 تاريخ إقفاله من طرف المستأنف هي (175.000) درهم قيمة العناصر المعنوية المحددة في الخبرة يضاف إليها مبلغ (50.000) درهم الثابت كرأس مال بموجب العقد الرابط بين الطرفين أي ما مجموعه (225.000) درهم، فيكون نصيب المستأنف عليه فيها هو النصف أي (112500) درهم وهو ما يقتضي تعديل الحكم المستأنف بخفض المبلغ المحكوم به للقدر المذكور .

وحيث انه فيما يخص طلب الأرباح المقدم في المرحلة الاستثنائية من طرف عبد الحق ع في اطار الاستئناف الفرعي فقد سبق التصريح باعتباره مترتبا عن الطلب الأصلي، وطالما أن إجراء الخبرة أسفر على تحديد الأرباح التي كان من المفترض أن تنتج عن استغلال المحل المذكور انطلاقا من الرأسمال الثابت بموجب العقد خلال الفترة التي انفراد فيها ع ام بالتصرف فيه إلى أن أكره للغير في مبلغ (170.000) درهم، فان المبلغ المستحق لفائدة المستأنف الفرعي عبد الحق ع برسم الأرباح المذكورة هو (85.000) درهم .

وحيث يتعين جعل الصائر على النسبة بين الطرفين " .

### المطلب الثاني: الأفعال المادية المؤسسة للحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال

إلى جانب الوقائع القانونية التي سبق التفصيل فيها، هناك مجموعة من الأفعال المادية التي قد تتسبب في حرمان المالك من استغلال عقاره مفوتة عنه بذلك كسبا كان سيحققه لولا أن حرم من ممارسة حقه، مانحة إياه بذلك إمكانية إقامة دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال في مواجهة المعتدي.

هذه الأفعال منها ما هو جرمي ماس بالنظام العام، خصها المشرع بمقتضيات زجرية ضمن نصوص القانون الجنائي، و يتعلق الأمر بجنحة انتزاع عقار من حيازة الغير (الفقرة الأولى)، تتم المطالبة بالتعويض فيها في إطار دعوى مدنية تابعة.

و منها ما هو شبه جرمي، خاضع لأحكام ظهير الالتزامات و العقود، و يتعلق الأمر بالاعتداء المادي على الملكية العقارية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى : انتزاع عقار من حيازة الغير

انتزاع العقار من حيازة الغير هو فعل جرمي في شكل جنحة تناولها المشرع بمقتضيات خاصة زجرية من خلال فصل وحيد هو الفصل 570 من القانون الجنائي. فإذا كان الأصل هو خضوع المنازعات المتعلقة بالحيازة لأحكام القانون المدني، فإنه في بعض الحالات يكتسي فعل الاعتداء الصبغة الإجرامية مما يمكن معه تكيفه بحسب مقتضيات الفصل أعلاه. و هذا الفعل يعطي الحق للمتضرر الذي يكون غالبا هو المالك للعقار المنتزع حيازته الحق في إقامة دعوى مدنية تابعة أمام القضاء الجزري، أو أصلية أمام القضاء العادي، للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء هذا الفعل و المتمثل في حرمانه من استغلال عقاره طيلة مدة انتزاع الحيازة منه.

بالإضافة إلى ذلك يمكن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، حيث تنص المادة 40 من ق.م.ج في فقرتها الثامنة على أنه: "يجوز له (أي لوكيل الملك) إذا تعلق الأمر بانتزاع حيازة بعد تنفيذ حكم أن يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي يراه ملائماً لحماية الحيازة أو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه"<sup>(33)</sup>.

و لعل ما يهمنا انضباطاً لموضوع دراستنا هو الشق المدني المتعلق بالحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال الناتج عن هذه الجريمة، لكن و طالما أن الأمر يتعلق بمفهوم تتجاوزه أحكام القانون المدني و الجنائي في هذه الحالة، و طالما أن أحقية المتضرر في التعويض تتوقف بالدرجة الأولى على قيام هذه الجريمة وفقاً لنموذجها التشريعي المنصوص عليه في الفصل 570 من ق.ج، فإن الضرورة تقتضي منا و إن بشكل مقتضب، تبيان عناصر هذه الجريمة عبر التعرض لمفهوم الحيازة من خلال الفصل 570 من ق.ج (أولاً) و ثم أحقية المتضرر في التعويض عن الحرمان من الاستغلال جراء انتزاع العقار من حيازته من خلال العمل القضائي (ثانياً).

### أولاً : مفهوم الحيازة من خلال الفصل 570 من القانون الجنائي

ينص الفصل 570 من ق.ج على: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم من انتزع عقاراً من حيازة غيره خلسة أو باستعمال التدليس.

<sup>33</sup> يثور النقاش حول التكييف القانوني لحكم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، إذ ذهب بعض الرأي إلى اعتبار إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تعويضاً مدنياً، ويترتب عن هذا الرأي النتائج التالية: تقديم طلب إرجاع الوضع إلى حاله في إطار الدعوى المدنية التابعة طبقاً للقواعد المنظمة لهذه الأخيرة أو في إطار الدعوى المدنية المستقلة بعد ثبوت نهائية الحكم القاضي بالإدانة طبقاً لما تقتضيه قواعد المسؤولية التقصيرية؛ و أن يتم تقديم طلب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من طرف المتضرر صاحب المصلحة أو ممن ينوب عنه، فلا تتدخل المحكمة من تلقاء نفسها في هذا الشأن " عبد الرحمان الراجي، دور النيابة العامة في الحماية الإجرائية للملكية العقارية".

أما الرأي الآخر فيقول بأن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يدخل ضمن الرد الذي يجب الحكم به و لو دون طلب باعتباره جزءاً من العقوبة الجزرية الصادرة في جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير رغم عدم تنصيص الفصل صراحة على هذا المقتضى ويترتب عن هذا الرأي النتائج التالية: ارتباط هذا الحكم بالنظام العام باعتباره يخضع لمقتضيات الدعوى العمومية؛ - يمكن للمحكمة أن تقضي به ولو لم يطلب منها ذلك باعتبار الحكم بالنظام العام؛ - تبقى المحكمة مطالبة بالحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كلما توفرت شروطه الضرورية تحت طائلة تبرير قرار الرفض". كنزة غنام، الحماية الجنائية للعقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص119.

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 و الغرامة من مائتين إلى سبعمائة و خمسين درهما ."

إن الحيازة المقصودة في الفصل 570 أعلاه هي غير الحيازة بمفهومها المستقر في القانون المدني كسبب من أسباب كسب الملكية و التي يحميها بدعاوى الحيازة الثلاث المعروفة<sup>(34)</sup>.

و إنما يقصد بها الحيازة المادية وهي وضع فعلي أو واقعي قد يتوافق مع الوضع القانوني و قد يختلف معه. فالحيازة المنوطة بالحماية الجنائية هي الحيازة الفعلية سواء كانت شرعية مستندة إلى سند صحيح أو لم تكن، و سواء كان الحائز مالكا للعقار أو غير مالك تقديرا من المشرع بأن التعرض المادي إذا وقع لحائز العقار دون اللجوء إلى القضاء و لو استنادا إلى حق مقرر يعتبر من قبيل العدالة الخاصة أي أن الجاني أقام العدل بنفسه، ما يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام و حفاظا على الاستقرار في استغلال الأملاك العقارية.

و لما كان قيام أي جريمة يستلزم توافر كلا الركنين المادي و المعنوي المتمثل في القصد الجنائي، فإن الركن المادي لجنحة انتزاع عقار من الغير يتحقق من الاستيلاء الفعلي على العقار و حرمان الحائز السابق من حيازته، و لذلك يعاقب من يتعرض للحائز الفعلي حتى ولو كانت الملكية شائعة أو متنازعا عليها بين المتعرض و الحائز و لا عقاب على من يتعرض لغير صاحب الحيازة الفعلية و لو كان هو مالك العقار<sup>(35)</sup>. فيكفي إذن لحماية المجني عليه أن يكون صاحب سيطرة فعلية على العقار.

ثم ينبغي أن يكون محل الانتزاع عقارا و أن يتم فعل الانتزاع بإحدى الوسائل المنصوص عليها حصرا في الفصل 570 من ق.ج و هي الخلسة أو التدليس أو أن يقتترف الفعل بطرف من الظروف التي حددتها الفقرة الثانية من الفصل السابق.

<sup>34</sup> دعوى منع التعرض: و بمقتضاها يحق لمن حاز عقارا أو حقا عينيا على عقار سواء شخصا أو بواسطة الغير ثم وقع له التعرض في حيازته أن يرفع دعوى لمنع التعرض

- دعوى وقف الأشغال الجديدة : بموجبها يسوغ لکن من حاز عقارا أو حقا عينيا على عقار و وقع له تعرض من جراء أعمال تهدد حيازته أن يرفع الأمر إلى المحكمة للمطالبة بوقف هذه الأعمال

- دعوى استرداد الحيازة: و بمقتضاها يسوغ لمن كان حائزا عقارا و فقد هذه الحيازة بعمل من أعمال العنف أن يسترد حيازة عقاره

وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الجزء الأول للدكتور إدريس العلوي العبدلاوي، الطبعة الأولى 1971 ص 597.

<sup>35</sup> ذ. أحمد بنعجيبة: جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير. مقال على موقع مغرب القانون.

أما الركن المعنوي لجريمة انتزاع عقار من حيازة الغير فيتحقق بتوجيه الفاعل إرادته إلى تجريد الحائز من حيازة العقار مع علمه بحقيقة ما يقدم عليه من الناحية الواقعية، أي إدراكه بأنه يقوم بإخراج ملك عقاري من حيازة صاحبه و حرمانه من الحقوق التي يمارسها بهذه الحيازة، إذ تكون الغاية من الدخول إلى العقار هي احتلاله و حرمان حائز العقار من الاستغلال حتى و لو كان هذا الأخير يتصرف فيه بلا حق شرعي، و لا عبرة في ذلك إذا كان المنتزع هو المالك للعقار أو لا، إذ الحماية مقررة للحائز حفاظا على النظام العام. و على من يملك العقار أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم باسترجاع حقه<sup>(36)</sup>.

هذا الفعل الجرمي يعطي الضحية الذي يكون غالبا المالك للعقار المنتزع حيازته الحق في إقامة دعوى مدنية تابعة أمام القضاء الجزري، أو أصلية أمام القضاء العادي للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه و الذي يشمل أيضا تعويضا عن حرمانه من استغلال عقاره طيلة المدة التي استمر فيها فعل الانتزاع.

### ثانيا : أحقية المتضرر في التعويض عن الحرمان من الاستغلال من خلال العمل القضائي

لقد كرس القضاء المغربي أحقية المتضرر من جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير في التعويض عن الحرمان من الاستغلال الناتج عن هذا الفعل و ذلك من خلال مجموعة من الأحكام و القرارات القضائية الصادرة عن مختلف محاكم المملكة.

وهكذا قضت المحكمة الابتدائية بفاس على أنه : " وحيث إن الفعل المخل بالحيازة ثابت في النازلة من خلال مقتضيات الحكم الجنحي الصادر بتاريخ 2007/7/17 في الملف عدد 07/1014 الذي أصبح نهائيا عما يتضح من شهادة عدم التعرض والاستئناف المؤرخة في 2008/01/24 وحيث أمام ثبوت أحقية المدعية في التصرف واستغلال العقار محل النزاع وثبوت الغصب والتعدي عليه من طرف المدعى عليه فإن دعوى المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال تكون مؤسسة قانونا وبتعيين الاستجابة لها<sup>(37)</sup>.

كما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 6/847 الصادر بتاريخ 2017/05/17 في الملف الجنحي عدد 2017 /6/6/8169 ما يلي".بناء على طلب نقض القرار الصادر عن الغرفة الجنحية الإستئنافية عدد 15/461 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف المحكوم بمقتضاه على الظنين بأربعة أشهر حبسا موقوف التنفيذ، وغرامة نافذة قدرها 500 درهم من أجل جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير مع الصائر و

<sup>36</sup> الحماية الجنائية للعقار على ضوء العمل القضائي-طنجة نموذجا. بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء من إعداد الملحق القضائي حسن حمداوي.

<sup>37</sup> ملف عقاري رقم 08/12/100 بتاريخ 2010/04/01 ، حكم عدد 187.

الإجبار في الأدنى، وبأدائه للمطالبة بالحق المدني تعويضا مدنيا قدره 3000 درهم و إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بتمكين المطالبة بالحق المدني من حيازة نصيبها و تحميله الصائر و الإجبار في الأدنى.... و بالإطلاع على حيثيات هذا القرار نجد أن المشتكية قد سبق أن تقدمت بمقال مدني لدى ابتدائية صفرو ضد الظنين تطلبه فيه بالتعويض على الاستغلال، الذي أصدرت فيه محكمة الاستئناف بفاس قرارها حيث جاء في حيثياته "...يستفاد من وثائق الملف أن المدعي تقدم بمقال افتتاحي يعرض فيه أن مورثهم م ه كان يستفيد من القطعة الفلاحية الكائنة بتعاونية اليازغية موضوع الرسم العقاري عدد 41/3106 و بعد وفاته تم تعيين المدعي عليه محله في الاستغلال ملتصا بالحكم بتعويض مؤقت قدره 3000 درهم نصيبهم من الحرمان من استغلال القطعة المذكورة مع انتداب خبير لتحديد نصيب المدعين بالفريضة الشرعية و إرفاق الطلب بإثارة و بيان فريضة...".

...و حيث أن قيمة الحقوق الواجب اعتمادها هي المحددة في تقرير الخبرة المنجز من طرف لجنة التقييم المنصوص عليها في الفصل 27 ظهير 29 دجنبر 1972 و التي حددتها في مبلغ 197940.00 درهم".

و نشير إلى أنه حتى و إن انعدمت أحد العناصر المكونة لجريمة انتزاع عقار من حيازة الغير، و إن جعل ذلك الفاعل في مأمن من المتابعة الجنائية فإنه لا يعفيه من تعويض المالك أو الحائز عن حرمانه من استغلال عقاره في إطار المسؤولية التقصيرية طبقا للفصل 78 و ما يليه من ق.ل.ع.

### الفقرة الثانية : الاعتداء المادي على الملكية العقارية

تعمل جل التشريعات على حماية حق الملكية، العقارية خاصة، و صيانتها من كل مساس، عدا في حالة وجود مصلحة عامة تقتضي عكس ذلك، باعتبار أن العقار تتجاوز به المصلحة الخاصة و العامة على حد سواء، لكن شريطة احترام الإجراءات التي يقرها المشرع مسبقا في هذا الباب<sup>(38)</sup>.

<sup>38</sup> تنص الفقرة الأولى و الثانية من الفصل 35 من الدستور على : " يضمن القانون حق الملكية.

و يمكن الحد من نطاقها و ممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للبلاد. و لا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات و وفق الإجراءات التي ينص عليها القانون. "

إذ يمكن الحد من نطاقها و ممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للبلاد و لا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات و وفق الإجراءات التي ينص عليها القانون<sup>(39)</sup>.

إلا أنه مع ذلك فإن السلطات العمومية التي أنشأت أصلا لرعاية المصالح العامة، تعتمد في بعض الأحيان إلى المساس بالملكية العقارية للخواص، خارج الشروط المقررة في القانون<sup>(40)</sup>.

محدثة عندئذ ما اصطلح على تسميته بالاعتداء المادي، الذي ما هو إلا فعل مناف للمشروعية بشكل صارخ بحكم افتقاد هذا الفعل لأي صلة بنص قانوني أو تنظيمي.

ولما كان الاعتداء المادي عملا غير مشروع، فإنه لمن الطبيعي أن يكون للمتضرر من هذا الفعل الحق في الحصول على تعويض مناسب لجبر الضرر، و التعويض في حالة الاعتداء المادي قد يتم إما بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الاعتداء<sup>(41)</sup>، أو الحصول على تعويض نقدي في شكل قدر من المال و هو الغالب الحكم به على عكس التعويض العيني.

و قد لوحظ أنه لا تخلو أي دعوى مرتبطة بالاعتداء المادي في الغالب الأغلب إلى جانب التعويض عن فقدان الكلي للملكية من المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال جراء الاعتداء المادي، و موضوع كل منهما يختلف عن الآخر.

و نحن و ارتباطا بموضوع دراستنا فإننا سنقصر الحديث عن التعويض عن الحرمان من الاستغلال جراء الاعتداء المادي (أولا) (رغم أن ذلك لن يحول دون اللجوء ولو بشكل عرضي لنوع من المقارنة بينه و بين التعويض على أساس فقدان الكلي للملكية). ثم سنحدد الجهة القضائية المختصة بتقدير التعويض (ثانيا)، (لما عرفته هذه النقطة من خلاف و اختلاف عن غيرها من الدعاوى المماثلة في غير حالة الاعتداء المادي).

<sup>39</sup> تنص المادة 23 من مدونة الحقوق العينية على أنه : " لا يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون.

لا تنتزع ملكية أحد إلا لأجل المنفعة العامة ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، و مقابل تعويض مناسب"

<sup>40</sup> أي القانون رقم 81-7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة و بالاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 بتاريخ 6 مايو 1982، مع مرسومه التطبيقي رقم 2.82.382 بتاريخ 16 أبريل 1983 الصادرين معا بالجريدة الرسمية ع 3685 بتاريخ 15 يونيو 1983، و كذا بعض مقتضيات قوانين التعمير.

<sup>41</sup> أي بإرجاع الملك المعتدى عليه لصاحبه وهو ما يسمى بالتعويض العيني، و هو نادر الحكم به، بحيث تشبث الإدارة المعتدية هنا بسبقية إنشاء المرفق العام، و بضرورة مراعاة الصالح العام.



## أولا : التعويض عن الحرمان من الاستغلال جراء الاعتداء المادي

إن التعويض عن حالة الاعتداء المادي سواء كان على أساس فقدان الكلي للملكية أم عن الحرمان من الاستغلال فإنه يعتبر النتيجة الأساسية التي تترتب عن نشوء مسؤولية مرتكب هذا الاعتداء، أي أن التعويض ومن ثم تقديره يدور مع المسؤولية وجودا وعدما.

ولما كان فعل الاعتداء المادي ينسب إلى الإدارة فإن أول ملاحظة تسترعي الوقوف عندها في هذا الباب هو الخلاف القائم حول طبيعة مسؤولية الإدارة (1) و هو ما آثرنا الإشارة إليه ولو بشكل مختصر ثم بعدها سنتطرق لمسألة تقدير التعويض عن الحرمان من الاستغلال(2) كنتيجة لقيام مسؤولية الإدارة عن الاعتداء المادي الذي أحدثته.

### 1- طبيعة مسؤولية الإدارة:

إن الخلاف القائم حول مسؤولية الإدارة هو خلاف يستمد وجوده من كون الفصلين 79 و 80 من ظهير الالتزامات و العقود<sup>(42)</sup> اكتفيا بتقرير مسؤولية الإدارة دون تحديد لأسسها و طبيعتها ما إن كانت مسؤولية خطئية أم بدون خطأ؟ و هو ما فتح باب الاجتهاد أمام القضاء المغربي، ف جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى ع 346 بتاريخ 1979/11/26 " لكن حيث إنه بالرجوع إلى الفصل 79 المدعى خرقة، نجده يقرر مسؤولية الدولة و البلديات في حالتين إثنين مختلفتين: الأولى إذا نتجت الأضرار مباشرة عن تسيير إدارتها، و الثانية إذا نشأت نتيجة أخطاء مصلحية إرتكبها مستخدموها، و لقد أبعاد القرار المطعون فيه الحالة الثانية، حيث صرح " و حيث إن مسؤولية الدولة و إن كانت لا تقوم على الخطأ ". و ركز قضاءه حسبما يفهم من الفصل 79 على الحالة الأولى، أي إذا كان الضرر نتيجة مباشرة عن سير المصالح العمومية، و تلك هي نظرية المخاطر التي أقامت عليها محكمة الاستئناف و عن صواب مسؤولية الدولة في هذه الدعوى ".

و هذا التوجه الذي سلكه القضاء المغربي جاء اقتداء بالقضاء الفرنسي الذي اعتبر المسؤولية الإدارية ما هي بالعامية ولا بالمطلقة بل يتعين تقديرها وفق حاجات كل مرفق مرفق ( حسب صيغة قرار محكمة التنازع الفرنسية الشهير بقرار بلانكو «Blanco» المؤرخ في 1837/2/8 ، و التي جاءت كالتالي " ....إن مسؤولية

<sup>42</sup> الفصل 79 من ق.ل.ع : " الدولة و البلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها و عن الأخطاء المصلحية لمستخدميها

الفصل 80 من ق.ل.ع : مستخدمو الدولة و البلديات مسؤولون شخصا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.

و لا تجوز مطالبة الدولة و البلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إفسار الموظفين المسؤولين عنها ".

الإدارة عن الأضرار التي تلحق الأفراد بسبب تصرفات الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام، لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقرها القانون المدني للعلاقات فيما بين الأفراد، و هذه المسؤولية ليست بالعامّة و لا بالمطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتنوع وفقا لحاجات المرفق وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة و الحقوق الخاصة " (43).

في حين أن المحكمة الإدارية بمكناس ذهبت في حكمها عدد 2013/1914/817 بتاريخ 2013/07/16 إلى أبعد من ذلك حيث قضت "بأن استيلاء الجهة المدعى عليها على ملك الغير من أجل إقامة مشروع معين حيادا على احترام المقتضيات المعمول بها في إطار قانون نزع الملكية 81-7 يجعل حالة الاعتداء المادي قائمة ويرتب مسؤوليتها الإدارية لارتكابها خطأ مرفقيا طبقا لمقتضيات الفصل 79 من ق ل ع والمادة 8 من القانون رقم 90-41 والحكم بالتعويض ينبغي أن يوازي قيمة العقار".

و يرى بعض الفقه (44) أنه سيكون من الأفيد تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية على دعاوى التعويض عن فعل الاعتداء المادي باعتبار أن القواعد المدنية المقننة سلفا هي عاجزة عن احتواء جميع أشكال المسؤولية الإدارية التي تتطلب نوعا من المرونة .

و يضيف نفس الفقه أنه لا مانع من إعمال القاضي الإداري لبعض القواعد المسنونة في القانون المدني باعتبار أن هذا الأخير هو الشريعة العامة و القانون الإداري لم يولد البتة بمنأى عنه.

## 2- تقدير التعويض عن الحرمان من الاستغلال جراء الاعتداء المادي

إن تقدير التعويض على أساس الحرمان من الاستغلال الناتج عن فعل الاعتداء المادي و إن كان يشترك في هذا الأخير كمنطلق مع التعويض عن فقدان الكلي للملكية، إلا أن الضرر فيه المتوخى تقدير التعويض على أساسه له جانب مغاير خاص به يتمثل في محدودية مجاله الزمني.

فالتعويض عن الحرمان من الاستغلال في إطار الاعتداء المادي هو ذلك الحرمان من المردودية التي كان بإمكان صاحب الأرض أن يجنيها من أرضه فيما لو بقيت تحت يده (45) وبالتالي هو تعويض عن فوات الكسب (46) و هو تعويض مستقل بطبيعة الحال عن فقدان الكلي لملكية الأرض.

<sup>43</sup> من ترجمة محمد سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الإداري. دار الثقافة العربية للطباعة، 1970، ص 630.

<sup>44</sup> إبراهيم زعيم الماسي. " تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية". رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في المهن القضائية و القانونية ص 31.

<sup>45</sup> إبراهيم زعيم الماسي. مرجع سابق ص 50.

<sup>46</sup> و هو يختلف كلية عن ما يسمى بفوات الفرصة التي يعرفها القضاء المصري بأنها ما يكون للمضروب من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع. الطعن رقم 352 لسنة 41 ق، جلسة 1977/3/22، أورده سعيد أحمد شعله : "قضاء =

و الملاحظ أن الغرفة الإدارية نفسها تأخذ تقريبا بهذا التفسير، حيث صرحت في أحد قراراتها بأن "التعويض المحكوم به على أساس الحرمان من الاستغلال، هو تعويض على ما فات المستأنف عليهم من كسب و ما حرموا منه من نفع في حالة ما إذا بقي العقار بحوزتهم"<sup>(47)</sup>.

و لما كان موضوع كل من التعويضين مختلفا عن الآخر، فإن تقدير كل واحد منهما يستلزم بالضرورة أن يكون تقديرا مغايرا للآخر. و لعل هذا هو ما حدا بالغرفة الإدارية إلى إلغاء حكم خلطت فيه محكمة أول درجة بين التعويض عن الرقبة و التعويض عن الحرمان من الاستغلال<sup>(48)</sup>.

كما ألغت بموجب قرار آخر حكما قضى بمبلغ إجمالي عن الاعتداء المادي لتغطية الأضرار الناتجة عن فقدان الرقبة و عن الحرمان من الاستغلال معا، ومن غير تبيان الأسس المعتمدة في تحديد هذا التعويض الأخير، ولا مبلغه، ولا المدة المستحق عنها<sup>(49)</sup>.

فتقييم التعويض على أساس الحرمان من الاستغلال، و الذي قلنا بأنه تعويض على فوات الكسب، يتم غالبا بالاعتماد على العناصر الواقعية التي من شأنها المساعدة على إجرام هذا التقييم، و خاصة الغرض الذي كانت الأرض معدة له كالفلاحة أو الري أو التجارة. و هو ما يتجلى من تعليل الغرفة الإدارية في أحد قراراتها الذي جاء فيه "وحيث إن ما قامت به المحكمة من تحديد التعويض عن الحرمان من الاستغلال و عن ثمن الأرض، يعد ترجمة لما طلبه المدعي الأصلي في مقاله من التعويض عن منعه من استغلال أرضه تجاريا و من التعويض العادل عن فقدته لأرضه...".

و حيث إنه مما لا جدال فيه أن الأرض موضوع النزاع كانت مخصصة أصلا للبناء، أي على أساس أنها أرض معدة لهذا الغرض.

---

=النقض في التعويض، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في التعويض عن المسؤولية العقدية و التقصيرية و الشيئية خلال سبعة و ستين عاما 1931-1997" دار الفكر الجامعي، دون بيان لاسم المطبعة. ولا لتاريخ الطبع و مكانه، ص 94.

<sup>47</sup> أنظر قرار القسم الإداري الثاني ع 32 بتاريخ 2003/1/16، الوكيل الفضائي للملكة / أمينة بنت عبد القادر بنكيران و آخرون. غير منشور.

<sup>48</sup> القرار ع 540 بتاريخ 2004/9/22، ملف ع 734-3-4-2004، المجلس البلدي لإنزكان مولاي محمد بن عمر بوكودي : غير منشور.

<sup>49</sup> قرار القسم الإداري الثالث ع 700 بتاريخ 2005/12/28، ملف ع 2005/3/4/1058، الدولة المغربية/ورثة المندوبي الحاج إبراهيم، غير منشور.

و حيث إن المحكمة تتوفر على سلطة تقديرية لتحديد التعويض الناتج عن حرمان المستأنف عليها من استغلالها و الذي قدرته في مبلغ 70 ألف درهم خلال المدة التي استمر فيها حرمان صاحبها من الانتفاع منها"<sup>(50)</sup>.

و مما تجدر الإشارة إليه هو أن الإدارة كثيرا ما تتمسك في مذكراتها الدفاعية بخرق قضاة أول درجة في أحكامها لمقتضيات ظهير-1944/4/15<sup>(51)</sup> عند تقديرهم للتعويض عن الحرمان من الاستغلال في مواجهتها، معتبرة أن تقدير ذلك التعويض يتطلب أيضا الأخذ بعين الاعتبار مبلغ الضرائب المؤداة عن النشاط الذي كان يمارسه طالب التعويض فوق عقاره قبل وضع اليد عليه من طرفها و ذلك حتى يتم التأكد مما إذا كان الطالب كان يستغل عقاره و يدر عليه ريعا ما، و هو ما يتطلب إلزامه بتعزيز طلبه بشهادة من مديرية الضرائب تثبت دخله الحقيقي المصرح به لتلك المديرية.

إلا أن الغرفة الإدارية كان لها رأي مخالف، بحيث اعتبرت أن ظهير 1944/4/15 السالف الذكر، لا يهم سوى تحديد التعويض الذي يطلب من أحد الإدارات العمومية، و الذي يكون له ارتباط بالحرمان من الدخل<sup>(52)</sup>.

و لعل أنسب طريقة لتقييم التعويض عن الحرمان من الاستغلال، هي طريقة اعتماد معيار القيمة الكرائية بالاعتماد على أهل الخبرة و هو ما سناجل الحديث عنه في وقته حين سننتطرق للحديث عن مختلف الإشكالات التي تطرحها دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال و ذلك في المبحث الثاني من هذا الموضوع إلى جانب إشكالية إثبات نوع الكسب الذي حرم منه المعتدى على أرضه الذي تقول الغرفة الإدارية تارة بضرورة إثباته و تارة تقول بأن لا داعي لذلك.

و على خلاف التردد و التضارب الذي يعتري موقف الغرفة الإدارية بخصوص مسألة الإثبات، فإن اتجاهها واضح و جلي فيما يخص المدة التي ينتهي عندها الحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال، فالاجتهاد لديها متواتر على أن ذلك الحق ينقضي بإنشاء المرفق العام، مستندة في ذلك إلى كون " صاحب

<sup>50</sup> راجع القرار ع 706 بتاريخ 1998/7/16 ، الوكيل القضائي للملكة، إكوح عمر.

<sup>51</sup> المتعلق بتعيين بعض التعويضات المطلوبة من الجماعات العمومية. ج.ر.ع 1651 بتاريخ 1944 /6/16.

<sup>52</sup> راجع قرار القسم الإداري الثالث ع 20 بتاريخ 2004/4/7، الوكيل القضائي للمملكة / حسن بن بوجمعة لورويس، م.م.إ.م.ت، ع 71، نونبر - دجنبر 2006 ص 191.

الأرض في حالة إنشاء المرفق العام، يصبح فاقداً لملكيته، و لن يبقى له سوى التعويض عن قيمتها" كما جاء في قرار للغرفة المذكورة<sup>(53)</sup>.

و أوضحت الغرفة في قرار آخر أن تحديد فترة زمنية للتعويض عن فوات الكسب لا يمكن تجاوزها، تجعل قاضي التقدير ملزماً بحصر مبلغ التعويض في الفترة الممتدة ما بين وقوع الاحتلال و تاريخ إنشاء المرفق العام<sup>(54)</sup> ولذا لا تتردد الغرفة الإدارية في إلغاء كل حكم لا يتحقق من ذلك التاريخ قبل القيام بأي تقدير للتعويض.

و تؤسس الغرفة الإدارية اجتهادها المتواتر هذا على حماية المال العام، و هو ما عبرت عنه بصورة صريحة في أحد قراراتها الذي ورد فيه ما يلي " حيث لئن كان يحق للمالك... بأن يطلب تعويضاً عن حرمانه من استغلال ملكه المعتدى عليه اعتداء مادياً و إزالة هذا الاعتداء، فإن ذلك مقيد بعدم إتمام مرفق عمومي عليه، حيث لا يمكنه حينئذ إلا المطالبة بالتعويض عن رقبة ما انتزع منه بصفة غير مباشرة حماية للمال العام مع تعويض عن الحرمان من استغلال عقاره منذ الاعتداء المادي إلى إتمام إحداث المرفق العام عليه"<sup>(55)</sup>.

#### ثانياً : الجهة القضائية المختصة بتقدير التعويض عن الاعتداء المادي

يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري " أن من كان مظلوماً وكان خصمه قوياً كالإدارة فلا بد من ملاذ يلوذ به ويتقدم إليه بشكواه ولا شيء أكرم للإدارة وأحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء تنتصفه أو تنتصف منه وذلك أدنى إلى الحق والعدل وأبقى للهيبة والاحترام " .

يتبادر إلى الذهن التساؤل حول الجهة القضائية المختصة بالنظر في قضايا الاعتداء المادي و بالتبعية تقدير التعويض عنه، و هي مسألة شهدت فيما مضى خلافاً حاداً. و في هذا نقول بأن دعوى التعويض عن

<sup>53</sup> القرار ع 13 بتاريخ 2007/1/17، الملفان المضمومان ع 06/805 و ع 06/986 ، الدولة المغربية / شراق الحسن ، غير منشور.

<sup>54</sup> يراجع على سبيل المثال القرار ع 755 بتاريخ 2004/12/1، الملف الإداري ع 03/1997، محمد بن محمد التهامي الوزاني و آخرون / الدولة المغربية ، أشار إليه محمد الكشور " نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، قراءة في النصوص و في مواقف القضاء" ط 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2007، ص 252 .

<sup>55</sup> راجع القرار ع 445 بتاريخ 2002/4/18، المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي/ ورثة مبارك بنت لحسن، أورده عبد الحميد الحمداني في مقاله : العمل القضائي في مجال الغصب و نقل الملكية، بكتاب " قضايا العقود الإدارية و نزع الملكية للمنفعة العامة و تنفيذ الأحكام من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، منشورات جمعية التكافل الاجتماعي لقضاة و موظفي المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسي لتأسيس المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007، ص 252.

الاعتداء المادي كانت قبل صدور القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية و كذا القانون رقم 80.03 المحدث بموجبه محاكم استئناف إدارية، موكولة للمحاكم الابتدائية و محاكم الاستئناف في حالة الاستئناف، و المجلس الأعلى في حالة النقض. إلا أنه بعد إنشاء تلك المحاكم، حصل خلاف فقهي و قضائي كبيران حول الجهة المختصة بالبت في دعاوى الاعتداء المادي و كذا التعويض عنها. إلا أن ذلك الخلاف قد دخل في ذمة التاريخ، ذلك أن موضوع الاختصاص في مادة الاعتداء المادي بصورة عامة لم يعد يثير كبير إشكال كما كان عليه الأمر من قبل، فالغرفة الإدارية قد كرست الآن اختصاص القضاء الإداري في تلك المادة بصورة نهائية، و بموجب العديد من القرارات<sup>(56)</sup> و قد كانت المحكمة الإدارية بالرباط سباقة في التراجع عن الموقف السابق للمحاكم الإدارية التي كانت تسير في اتجاه المجلس الأعلى الذي لم يكن يقر باختصاصها في قضايا الاعتداء المادي، و قد أوضحت المحكمة الإدارية المذكورة أسباب تراجعها عن موقفها السابق في تعليل حكمها بأن الاتجاه السابق نابع من جذور تاريخية خاصة ببلد أجنبي ( وهو فرنسا)، و أن تطبيقه على واقعنا المغربي أمر يتعين استبعاده فضلا على أن الغاية من إحداث المحاكم الإدارية المغربية هي حماية حقوق و حريات المواطنين و صيانتها من تعسف الدولة و السلطة و الإدارة، كيفما كان نوع هذا التعسف، و هو تعليل مستوحى من خطاب الملك الراحل الحسن الثاني بتاريخ 8 مايو 1990 الذي ألقاه بمناسبة إحداث المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان.

و قد أيدت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى هذا الحكم، و صار اجتهادا متواترا<sup>(57)</sup>، ثم إن الغرفة الإدارية لا تتردد في إلغاء كل حكم يصدر عن القضاء العادي في مادة الاعتداء المادي متجاهلا الاختصاص النوعي للقضاء الإداري في هذا الباب باعتبار أن هذا الاعتداء يندرج ضمن نطاق النظام العام<sup>(58)</sup>.

<sup>56</sup> القرار ع 785 بتاريخ 2008/10/8، ملف إداري ع 2008/1/4/629، الوكيل القضائي للمملكة / توفيق محمد الزمراني، و في نفس المعنى: القرار 421 بتاريخ 2008/5/28، ملف ع 2008/14/295، ورثة محمد دربال / وزير الداخلية و آخرون، و القرار ع 436 بتاريخ 2005/6/29، ملف 2004/3/4/2872، الدولة المغربية / شريفة بنت بوعلي و آخرون. و كلها قرارات غير منشورة.

<sup>57</sup> راجع لمزيد من الاطلاع آمال المشرفي في مقاله " الاعتداء المادي للإدارة في العمل القضائي في المحاكم الإدارية"، منشور بمجلة رسالة المحاماة، عدد مزدوج 23 و 24 / أبريل 2005 ص 56 إلى ص 61.

<sup>58</sup> قرار القسم الإداري الثالث ع 565 بتاريخ 2006/9/27، ملف ع 2006/3/4/487، الوكيل القضائي للمملكة / ورثة محمد بن بوشتي بن شواط ، غير منشور.

## المبحث الثاني : الإشكالات القانونية التي تطرحها دعوى الحرمان من الاستغلال

إن المشرع المغربي في الوقت الذي خص بعض الدعاوى التي يكون محلها عقارا بمقتضيات خاصة في مدونة الحقوق العينية، من ذلك مثلا دعوى الاستحقاق في ( المادة 12 و المادة 22) و كذا الدعوى المتعلقة بحماية الحياة في (المادة 22) و أيضا دعوى القسمة في المواد (25-26-27). فإننا نجد قد أغفل التنصيص على مقتضيات خاصة تنظم دعوى الحرمان من الاستغلال، رغم شيوعها و رغم أنها لا تقل أهمية عن سابقتها. و هو على عكس بعض التشريعات المقارنة التي نظمت هذا النوع من الدعاوى خاصة التشريع المدني الفرنسي. هذا الإغفال من المشرع كان له تبعاته، بحيث ستظهر لنا مجموعة من الإشكالات تطرحها هذه الدعوى نابعة كلها من تضارب الاجتهادات القضائية بشأنها و يتعلق أغلبها بعنصر الإثبات و التقادم ( المطلب الأول)

و الجانب الآخر من الإشكالات يتعلق بالخبرة كآلية لتقدير التعويض عن الحرمان من الاستغلال (المطلب الثاني). أما عن إجراءات هذه الدعوى فهي تخضع للقواعد المسطرية العامة .

### المطلب الأول : الإثبات في دعوى الحرمان من الاستغلال و تقادما

قلنا بأن أبرز الإشكالات التي تطرحها دعوى الحرمان من الاستغلال تبرز على مستوى الإثبات (الفقرة الأولى) و على مستوى التقادم ( الفقرة الثانية). و سنعرض لكل حالة على حدى، و كل ذلك على ضوء العمل القضائي.

### الفقرة الأولى : الإثبات في دعوى الحرمان من الاستغلال

نشير في البداية إلى أن الإثبات في دعوى الحرمان من الاستغلال و لما كانت هذه الأخيرة غير ذات أساس واحد موحد، فكما رأينا سابقا فهي قد تكون مؤسسة على حالة قانونية ( الشياخ أو الشركة)، أو أفعال مادية ( انتزاع الحياة أو الاعتداء المادي)، إلا أن الإثبات فيها يعرف نفس التضارب سواء كانت الدعوى

مؤسسة على الحالة الأولى أو الثانية ، طالما أن الضرر فيها واحد وهو تقويت كسب على المدعي كان سيده من عقاره لولا أن حرم من استغلاله. وهو ما استخلصناه من استقرائنا لمختلف الأحكام و القرارات الصادرة في هذا الصدد، فسواء كانت الدعوى بين يدي القاضي المدني في حالة الشياخ و التي يدخل ضمنها حالة

الشركة أيضا، أو بين يدي القاضي الإداري في حالة الاعتداء المادي، فإن الإثبات فيها يشهد نفس التضارب. وعليه فإننا سنتناول عنصر الإثبات في دعوى الحرمان من الاستغلال بشكل عام.

على أن عنصر الإثبات في دعوى الحرمان من الاستغلال نجده من خلال ما وقفنا عليه من العمل القضائي يتجزأ إلى جزئين هما إثبات واقعة الحرمان من الاستغلال (أولا) و هو إشكال يثار في حالة الشياح دون الاعتداء المادي باعتبار أن هذا الأخير يشكل فعلا ماديا ظاهرا يستتبع معه بشكل جلي حرمان صاحب العقار من استغلال عقاره.و إلى إثبات نوع الكسب الذي حرم منه المدعي ( ثانيا) و هو إشكال يثار في مختلف الحالات.

### أولا : إثبات واقعة الحرمان من الاستغلال

يثار التساؤل حول ما إذا كان يتم الحكم للمدعي بالتعويض لمجرد ادعائه كشريك مشتاع أن شريكه الآخر استأثر باستغلال المشاع و حرمه هو بدوره من الاستغلال، أم أنه يتعين عليه إثبات واقعة الحرمان هذه؟ تذهب بعض المحاكم إلى التغاضي عن هذا النوع من الإثبات و تقضي على المدعى عليه بتمكين المدعي من نصيبه في الاستغلال لمجرد كون هذا الأخير مالكا بدوره للمال المشاع. في حين تذهب أخرى إلى تكليف المدعي بإثبات واقعة المنع و الحرمان من الاستغلال من طرف المدعى عليه .

ففي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش في الملف رقم 569/07 بتاريخ 28-07-2008 تتلخص وقائعه في « أن الجهة المدعية تقدمت بدعوى في مواجهة المدعى عليه الذي استغل قطعتين أرضيتين هما القرية "القرية العليا" و "القرية السفلى" خلال الفترة الممتدة من تاريخ وفاة مورث أطراف الدعوى وهو سنة 2003 إلى تاريخ تنفيذهم القرار الاستينافي القاضي للمدعين باستحقاقهم للقطعتين الأرضيتين المذكورتين إلى غاية سنة 2007، و رد المدعى عليه بكونه كان حسن النية لما كان يستغل المدعى فيه وهو ما نفاه المدعون مؤكدين أن المدعى عليه كان غاصبا للمدعى فيه و مستوليا عليه بدون حق.

و في معرض تعليها للحكم أسست المحكمة حكمها على كون المدعى عليه بالفعل لم يكن يتمتع بأحكام الحائز حسن النية و إنما بصفته مدعى عليه و أحد الورثة كان عالما بكون المدعى فيه مملوك للجميع و أنه اعتدى على حق باقي الورثة في أن يستغلوا و يستعملوا نصيبهم في المتروك على الوجه القانوني مما يوجب معه أن يصدر الحكم عليه بتعويض المدعين عما فاتهم من كسب من جراء حرمانهم من استغلال و استعمال نصيبهم «



حيث يتضح من خلال منطوق الحكم أعلاه أن المحكمة المذكورة قضت بأحقية الورثة في التعويض عما فتهم من كسب جراء حرمانهم من استغلال و استعمال نصيبهم من طرف المدعى عليه و الذي هو وارث بدوره، و اكتفت في ذلك بكون هذا الأخير و بصفته هذه كوارث يعلم أن المدعى فيه مملوك للجميع على الشياح و أن استغلاله هو من حقهم جميعا.

و في المقابل تذهب بعض المحاكم إلى اشتراط إثبات واقعة الحرمان.حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس ، عدد 42 الصادر بتاريخ 2010/01/28، ملف عدد 2009/12/182 ما يلي "وحيث تخلف المدعون عن إقامة الحجة المعتبرة قانونا على انفراد المدعى عليها باستغلال المدعى فيه وبمنعها الطرف المدعي عن استغلال نصيبه في العقار المشترك ليبقى هذا الشق من الطلب عاريا كما يؤيده من وسائل الإثبات القانونية ومآله عدم القبول".

وفي نفس الإطار ذهبت محاكم أخرى إلى أبعد من ذلك بحيث تشترط ضرورة إثبات المدعي كونه طالب المالك المستأثر بواجب الاستغلال و رفض هذا الأخير تمكينه منه، وذلك بتوجيه إنذار له قبل المطالبة القضائية تحت طائلة اعتبار تاريخ المطالبة القضائية تاريخ استحقاق التعويض دون المدة السابقة له.

هذا التوجه أيدته حتى محكمة النقض في إحدى قراراتها عدد : 476 المؤرخ في 2003/03/20 ملف عقاري عدد 2002/2/1/2256 لما اعتبرت أن " جواب المحكمة على دفع الطاعن بأن طلب التعويض عن الاستغلال لا يكون مبررا إلا بعد توجيه إنذار بالعلة التالية " يتعين اعتبار تاريخ تقديم مقال افتتاح الدعوى تاريخ مطالبة المستأنف عليه للمستأنف بالإفراغ وتاريخ توصل هذا الأخير بنسخة من عريضة هذه الدعوى هو تاريخ التوصل بالإشعار بالإفراغ يجعل قرارها محالا ومرتكزا على أساس"

كما ذهبت في قرار حديث لها إلى نقض قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور لم تراعي فيه هذه الأخيرة المقتضيات السابقة، و يتعلق الأمر بقرار رقم 541 ملف 2011/1201/526 ، صادر بتاريخ 2017/07/25، و رقمه بعد النقض 2017/1201/103 ، حيث جاء في القرار بعدما أحالته محكمة النقض على محكمة الاستئناف بعد نقضه ما يلي " حيث إن محكمة النقض قضت بنقض القرار الصادر عن هذه المحكمة لعله أن المدعى عليهم يقيمون بالمدعى فيه قيد حياة مورثهم و لم يمنعوا باقي المطلوبين من الاستغلال إلى جانبهم و أن الورثة لا يستحقون نصيبهم في الاستغلال إلا من تاريخ منعهم من الاستغلال أو من تاريخ المطالبة بواجبهم فيه ما دام أن حضورهم و سكوتهم عن المطالبة بغلة الشيء المشاع يعد موافقة ضمنية على استعمال نصيبهم من طرف المدعى عليهم.

حيث إن محكمة الإحالة تتقيد بقرار محكمة النقض فيما يرجع بالنقطة القانونية التي بنت فيها.

حيث إن هذه المحكمة بعد اطلاعها على أوراق الملف ثبت لها أن المدعى عليهم كانوا يقطنون في المدعى فيه أثناء حياة مورثهم مالكة و استمروا في ذلك بعد وفاة هذا الأخير و لا يتضمن الملف ما يفيد أن المدعين منعوا من حيازة نصيبهم فيه أو منعوا من استغلالهم له من طرف المدعى عليهم.

وحيث إنه تأسيسا على ذلك و تقيدا من المحكمة بقرار محكمة النقض فإن هؤلاء لا يكونون محقين في نصيبهم من الاستغلال إلا من تاريخ المطالبة به أي من تاريخ تسجيل الدعوى المصادف لفتح أكتوبر 2009 أما عن المدة السابقة فإن سكوت هؤلاء يعد موافقة ضمنية منهم على استغلال نصيبهم من طرف المدعى عليهم.

و حيث إن الثابت من مذكرة الطلبات بعد الخبرة المقدمة من طرف دفاع المستأنفين المؤدى عنها الرسوم القضائية بتاريخ 2012/10/29 أنهم يلتزمون الحكم لهم بواجب الاستغلال عن المدة الممتدة من تاريخ وفاة مورثهم إلى تاريخ تسجيل الدعوى.

و حيث و اعتبارا إلى أن المحكمة تتقيد بحدود طلبات الأطراف و لا يمكن لها الحكم بأكثر مما طلب و لكون أحقية المستأنفين ثابت لهم ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى كما سبق بسطه فإن طلب واجب الاستغلال المقدم على النحو المذكور يبقى غير مؤسس مما يتعين معه التصريح بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من رفضه".

و إلى حد الآن فالأمر لم يحسم بعد بخصوص هذا النوع من الإثبات، إلا أن التوجه السائد يسير نحو الاستقرار على هذا المبدأ، مبدأ إثبات واقعة المنع و الحرمان من الاستغلال، بمختلف وسائل الإثبات باعتبارها واقعة مادية. و مبدأ اعتبار تاريخ المطالبة أي تاريخ تسجيل الدعوى هو تاريخ استحقاق التعويض دون المدة السابقة.

### ثانيا : إثبات نوع الكسب الذي حرم منه المدعي

إلى جانب النوع الأول من الإثبات الذي سبقت الإشارة إليه ، وقفنا من خلال دراستنا على نوع ثان تقول المحاكم تارة بضرورة استحضاره و تارة تقول بأن لا داعي لذلك. و يتعلق الأمر بإثبات نوع الكسب الذي حرم منه المدعي.

و هو يثار أكثر من قبل الإدارة أمام المحاكم الإدارية بخصوص دعوى الحرمان من الاستغلال الناتجة عن فعل الاعتداء المادي على الملكية العقارية.

حيث ألغت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بموجب قرار لها حكما قضت فيه محكمة أول درجة بتقدير تعويض عن فوات الكسب، والذي أسسته الغرفة المذكورة على كون المدعين لم يثبتوا نوع الضرر الذي لحقهم من جراء حرمانهم من الاستغلال<sup>(59)</sup>.

و في المقابل ذهبت الغرفة الإدارية في قرار آخر<sup>(60)</sup> إلى القول بأن لا داعي لهذا النوع من الإثبات. حيث أيدت الغرفة الإدارية في هذا القرار مبدئيا الحكم الابتدائي القاضي بالتعويض دون أن تلتفت لوسيلة استئناف الإدارة التي ورد فيها أن " التعويض عن الحرمان من الاستغلال يقتضي التأكد من نوع الاستغلال الذي كان يمارس في العقار قبل احتلاله من طرف الإدارة ، و ذلك بالإدلاء بوصولات الضرائب عن النشاط الممارس به، حتى تتمكن المحكمة من تقييم دخول العقار و الضرر المرتبط بفقدانها مع تقدير التعويض المناسب لذلك، في حين أن المستأنف عليهما لم يكونا يستغلان عقارهما بأي وجه".

و إلى حد الآن فالغرفة الإدارية أيضا لم تكشف بعد عن موقفها النهائي بخصوص هذا النوع من الإثبات.

إلا أنه و على ما يقوم لدينا من اعتقاد، سواء تعلق الأمر بالنوع الأول من الإثبات المتعلقة بإثبات واقعة الحرمان أم النوع الثاني المتعلقة بإثبات نوع الكسب الذي حرم منه المدعي ، فإن هذه التوجهات تثقل كاهل المدعي في الإثبات أكثر مما تستلزمه دعواه، فالمطالبة بحق المدعي في الاستغلال يضمنه له حق الملكية الذي يتوفر عليه، وقد يكون المال المشاع بطبيعته لا يقبل القسمة العينية حتى يكون بإمكان كل شريك استغلال جزء منه، كالشقة مثلا مما يجعله بالضرورة مستغلا من طرف مالك واحد الذي يستأثر بالسكن به أو يعتمد بكرائه للغير وينفرد بقبض واجبات الكراء، فلا مجال في مثل هذه الحالة لتكليف المدعي بإثبات حرمانه من الاستغلال و نفس الأمر بخصوص واقعة الاعتداء المادي ، فما دامت هذه الأخيرة تحول فعلا بين المالك و الانتفاع بأرضه و استعمالها فيما أعدت له، فإن ذلك يعطيه و بصف تلقائية الحق في المطالبة بالتعويض.

<sup>59</sup> القرار ع 429 بتاريخ 2005/6/29، ملف إداري، ع 04/3/4/1553 ، ورثة الوراق محمد / رئيس المجلي البلدي بخريبكة ، مجلة المحاكم المغربية ، ع 106 ، يناير - فبراير 2007، ص 135.

<sup>60</sup> القرار ع 569 بتاريخ 2005/10/26، ملف إداري ع 2004/3/4/2904 ، الوكيل القضائي للمملكة / أبيسرورو نسيم بن يعيش و آخرون ، غير منشور.

و يمكننا قياس ذلك بالموقف الذي يسير عليه القضاء الفرنسي في مضمار احتلال أحد الشركاء لنصيب شريكه، إذ اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أن الشركاء على الشيوع ليسوا ملزمين بإثبات ما ضاع لهم من مداخيل، و أن فعل الحرمان من الملك المشاع يرتب لهم التعويض بقوة القانون<sup>(61)</sup>.

### الفقرة الثانية : تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال

يثير تقادم دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال بدوره و على غرار الإثبات فيها إشكالات كبيرة نابعة بدورها عن تضارب التوجهات القضائية بشأنها في غياب نص صريح من المشرع يحدده، خصوصا حين يتعلق الأمر بحالة الشياخ.

فتقادم أي دعوى يرتبط ارتباطا وثيقا بالحق الذي تروم المطالبة به، و كما رأينا في المبحث الأول فإن الحق الذي تؤسس عليه هذه الدعوى يجد سنده في وقائع يختلف تكييفها القانوني اختلافا بينا. و عليه فإننا سنعرض لكل حالة على حدى مميزين بين تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال في حالة الاشتراك (أولا). و بين تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال في حالة الاعتداء المادي (ثانيا).

### أولا : تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال المؤسسة على حالة الاشتراك

المشرع المغربي في القسم السابع من الباب الخامس من ظهير الالتزامات و العقود قسم الاشتراك إلى قسمين هما الشياخ أو شبه الشركة (1) و الشركة بمعناها الحقيقي أو الشركة العقدية (2) و سنعرض للتقادم الناتج عن كل حالة على حدى

#### 1- تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال المؤسسة على حالة الشياخ

لقد وقع اختلاف بين محاكم الموضوع من جهة، و محكمة النقض من جهة ثانية، بشأن المطالبة بواجب الاستغلال التي يقيمها أحد المالكين على الشياخ على المالك المستأثر بالاستغلال.

<sup>61</sup> Cour d'appel de Paris , 2 éme chambre B, 25 Novembre 1994, Cf : [http://www.jurisprudentes.org/bdd/faqs\\_article.php?id\\_article=2927,page.con-sultée](http://www.jurisprudentes.org/bdd/faqs_article.php?id_article=2927,page.con-sultée) le 17/12/2008, 23 h 10

حيث ذهبت محكمة النقض حيناً إلى إخضاع هذه الدعوى للتقادم الخماسي المنصوص عليه في الفصل 391 من ق.ل.ع<sup>(62)</sup> و المتعلق بتقادم الحقوق الدورية و المعاشات. في حين استبعدت تارة أخرى تطبيق هذا الفصل على الدعوى مخضعة إياها للتقادم العادي المنصوص عليه في الفصل 387 من ق.ل.ع المحدد في 15 سنة<sup>(63)</sup>.

كمثال على ذلك قرار المجلس الأعلى عدد 3246 المؤرخ في 2002/10/23، ملف مدني عدد 2001/2/1/478 جاء فيه " طلب المدعي نصيبه في الغلة هي مطالبة بحقوق دورية تقادم طبقاً للفصل 391 من ق.ل.ع. والتقادم الخمسي وليس التقادم العادي المحدد في 15 سنة".

و في المقابل ذهبت في قرار آخر عدد 212 بتاريخ 2011/01/18 ملف عدد 2010/1035 إلى القول بكون "دعوى المطالبة بالاستغلال لم يرد بشأنها نص خاص مما يجعلها تخضع للتقادم العادي المنصوص عليه في الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود"<sup>(64)</sup>.

إلا أنه و في قرار حديث لها أكدت محكمة النقض المبدأ السابق و استبعدت تطبيق مقتضيات الفصل 391 من ق.ل.ع على هذه الدعوى.

حيث جاء في القرار عدد 2/21 المؤرخ في 2018/01/09، ملف مدني، عدد 2016/2/1/518 ما يلي "...حيث يؤخذ من أوراق الملف و من القرار المطعون فيه الصادر عن استئنافية الناظر أن المطلوبين في النقض ورثة المرحوم محمد بلفضيل - و هما أرملته أجواو و ابنه عمر بلفضيل . ادعى في 2010/12/03 أنه سبق لهما أن تقدما بدعوى قسمة ضد المدعى عليه - حيدا المختار - الطاعن - انتهت بصدور قرار استئنافي قضى بإجراء القسمة و تم تنفيذه حسب الثابت من محضر التنفيذ. و أن المدعى عليه عبارة عن قطعة أرضية فلاحية جزء منها سقوي و الآخر بوري مساحتها 7 هكتارات و 25 آرا . و أن المدعى عليه كان يستأثر باستغلالها إلى تاريخ التنفيذ في 2006/01/23. طالبين الحكم عليه بأدائه لهما تعويضا مؤقتا قدره 10 آلاف درهم و إجراء خبرة لتقييم مردود الأرض المذكورة عن المدة من 1997/6/11 إلى 2006/01/23.

<sup>62</sup> ينص الفصل 391 من ق.ل.ع على أن : " الحقوق الدورية والمعاشات وأكرية الأراضي والمباني والفوائد وغيرها من الأدعاءات المماثلة تتقادم في مواجهة أي شخص كان بخمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط ."

<sup>63</sup> ينص الفصل 387 من ق ل ع على أن : " كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة ."

<sup>64</sup> قرار اورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية الكتاب الاول، صفحة

و بعد إجراء خبرة أجاب المدعى عليه بأن الدعوى تقادمت طبقا للفصل 391 ق.ل.ع، و احتياطيا أنكر كونه كان يستغل المدعى فيه. فقضت المحكمة الابتدائية في 2014/12/09 ملف رقم 10/5/1469 حكم عدد 1926 على المدعى عليه بأدائه للمدعين تعويضا إجماليا قدره 288000 درهم. و برفض باقي الطلبات. بحكم استأنفه المدعى عليه و أيدته محكمة الاستئناف مع تعديله و ذلك بخفض المبلغ المحكوم به إلى 144.000 درهم بقرارها المطلوب نقضه من طرف المحكوم عليه.

حيث يعنى الطاعن على القرار خرق الفصلين 392 و 399 من ق.ل.ع، و ذلك أن دعوى النازلة تتقدم بمرور 5 سنوات لأن موضوعها أداءات مماثلة للحقوق الدورية و أكرية الأراضي و القرار حين اعتبر المقتضى المذكور لا ينسحب على النازلة يكون قد خرقة و من جهة ثانية فإن واقعة استغلال الطاعن لنصيب المطلوبين في النقص غير ثابتة و المحكمة بنت قضاءها بهذا الخصوص على فرضيات و شكوك و تخمينات.

لكن، و من جهة فإن الدعوى مبنية بحسب موضوعها على الفصل 965 ق.ل.ع، الذي بمقتضاه يلزم المالك على الشياخ أن يقدم للباقيين حسابا عما أخذه زائدا على نصيبه من غلة الشيء المشترك، و هي بذلك لا تخضع في تقدمها للفصل 391 ق.ل.ع الذي يتعلق بالأداءات الدورية، ولا للفصل 392 لتعلقه بالشركة العقدية، مما كان معه رد المحكمة بخصوص التقدم سليما. ومن جهة ثانية، فإن المحكمة و ما لها من سلطة في تقييم الأدلة و استخلاص قضائها منها اعتبرت انفراد الطاعن بالاستغلال ثابت بمقتضى القرار القضائي موضوع محضر التنفيذ في الملف عدد 05/351، و يبقى ما أثير غير ذي اعتبار " .

إذن يتضح من خلال القرار أعلاه أن المحكمة استبعدت من التطبيق كلا من الفصل 391 ق.ل.ع المتعلق بالأداءات الدورية، و كذا الفصل 392 ق.ل.ع المتعلق بالشركة العقدية على الدعوى، و إن لم تحدد التقدم الواجب التطبيق انضباطا منها لمبدأ الحياد و تقيدا بطلبات الأطراف، إلا أن استبعادها للفصلين المذكورين أعلاه يحيل بشكل جلي أنها أخضعت الدعوى للتقدم العادي المنصوص عليه في الفصل 931 ق.ل.ع المحدد في 15 سنة.

و جدير بالذكر أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد حسم في أمر تقادم دعوى المطالبة بواجب الاستغلال التي يرفعها أحد المالكين على الشياخ على المالك المستأثر بالمال المشاع، و حدده في التقادم الخمسي مطبقا بذلك المادة 815-10 الفقرة 2 من القانون المدني الفرنسي الذي حدد تقادم هذه الدعوى في خمس سنوات<sup>(65)</sup>. إن تدبب قضاء محكمة النقض في قرارها بهذا الخصوص راجع من جهة إلى عدم وجود نص خاص يحدد التقادم الخاص بهذه الدعوى كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، ومن جهة أخرى إلى عدم الحسم بخصوص الطبيعة القانونية للحق المطالب به.

و في نظرنا المتواضع فإن ما ذهبت إليه محكمة النقض برفض اعتبار واجب الاستغلال من الحقوق الدورية لم يصادف الصواب ما دام أن الاستغلال باعتباره من الحقوق المنقرعة عن حق الملكية هو مستمر في الزمان ما دام المالك حائزا لهذا الحق، وبالتالي فإن الانتفاع به يخضع لنفس الاستمرارية في الزمان مما يجعل استخلاصه يكون بطبيعته أيضا دوريا، فالمالك على الشياخ يطالب دائما بالتعويض عن مدة محددة وله كامل الحق في رفع دعوى جديدة للمطالبة بالتعويض عن المدة اللاحقة للدعوى الأولى دون أن تواجه هذه الدعوى بسبقية البت وحبية الأمر المقضي به طبقا للفصل 451 و 452 من قانون الالتزامات والعقود.

## 2- تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال المؤسسة على حالة الشركة

لقد سبق و أن تطرقنا في الفقرة الثانية من المبحث الأول لحالة الشركة و ميزنا بينها و بين حالة الشياخ و بينا مدى أحقية الشريك في التعويض عن الحرمان من الاستغلال في إطار الشركة العقدية بناء على قواعد المسؤولية العقدية. لذلك و دون الخوض في كل هذه التفاصيل فالأمر واضح بخصوص الشركة العقدية فالشريك يطالب بحقه في إطارها وفقا لقواعد المسؤولية العقدية باعتبار أن العقد دائما هو مصدر الشركة و بخصوص

<sup>65</sup> Aux termes de cet article «Sont de plein droits indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis. Les fruits et les revenus des biens indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divisée. 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»

تقادم الدعوى فهو بدوره لا يثير كبير إشكال كما هو الحال بخصوص الشياح، و ذلك ببساطة لوجود نص صريح من المشرع يطرهذه المسألة وهو الفصل 392 من ق.ل.ع الذي ينص على أن :

" جميع الدعاوى بين الشركاء بعضهم مع بعض أو بينهم و بين الغير بسبب الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة، تتقادم بخمس سنوات، ابتداء من نشر سند حل الشركة، أو من يوم نشر انفصال الشريك عنها. و إذا كان حق دائن الشركة لا يحل أجله إلا بعد النشر فإن التقادم لا يبدأ إلا بعد هذا الحلول.

و ذلك كله دون إخلال بما يقرره القانون من تقادم أقصر في موضوع الشركة ."

إن هذا النص و إن كان خاصا بالشركة العقدية فإنه يمكن التوسع في تطبيقه ليشمل حتى شبه الشركة و حالة الشياح، طالما أن حالة الشياح هي شكل من أشكال الشركة و المشرع قد أوردهما معا ضمن القسم السابع من الباب الخامس من ظهير الالتزامات و العقود المخصص للاشتراك وفي ذلك عدل وحفظ لحقوق الشياح والمال المشاع في آن واحد.

### ثانيا : تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال في حالة الاعتداء المادي

لقد سبق و أن تطرقنا في المطلب الثاني من المبحث الأول من دراستنا لمختلف الأفعال المادية التي تؤسس للحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال و حددناها في حالتين هما حالة الاعتداء المادي على الحياة(1) و حالة الاعتداء المادي على الملكية العقارية (2)، و التقادم في كلاهما يختلف اختلافا بينا باختلاف تكييف كل فعل عن الآخر ، و سنعرض لكل حالة على حدى.

#### 1- تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال المؤسسة على فعل الاعتداء المادي على الحياة

لما كان فعل انتزاع عقار من حياة الغير يشكل جنحة بصريح الفصل 570 من القانون الجنائي كما سبق و أن رأينا ذلك في المطلب الأول من المبحث الأول من موضوعنا. فمبدئيا تقادم دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال عندما يتعلق الأمر بانتزاع حياة عقار لا يثير أي إشكال لكونه يخضع لفصل واحد وهو الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود الذي حدد تقادم دعوى التعويض عن الجنحة أو شبه الجنحة في خمس سنوات من تاريخ العلم بالضرر ومن سببه أو أجل عشرين سنة من تاريخ حدوث الضرر.

بحيث ينص الفصل 106 من ق.ل.ع على :

" إن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر و من هو المسؤول عنه.



و تتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر".

## 2- تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال المؤسسية على حالة الاعتداء المادي على الملكية العقارية

يعود إلى الواجهة الاختلاف بشأن مدة التقادم حين يتعلق الأمر بدعوى الحرمان من الاستغلال المؤسسية على حالة الاعتداء المادي على الملكية العقارية، و للغرفة الإدارية بمحكمة النقض في هذا الإطار توجه فريد و وجيه يستشف مما وقفنا عليه من العمل القضائي. حيث اعتبرت الغرفة المذكورة في مجموعة من قراراتها الصادرة في الموضوع أن الدعاوى الرامية إلى التعويض عن فعل الاعتداء المادي لا تخضع للتقادم باعتبار أن مثل هذا الفعل يشكل واقعة مستمرة.

و من ذلك

1- قرار الغرفة الإدارية، القسم الأول عدد 873 بتاريخ 2009/10/14، ملف ع 2007/3/4/525 الذي جاء فيه ما يلي" حيث يؤخذ من أوراق الملف و محتوى القرار المطلوب نقضه الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 18 يوليوز 2007 في الملف رقم 06/117، أن السيد النجاعي عبد اللطيف تقدم بمقال إلى المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 3 فبراير 2003، عرض فيه أنه يملك جزءا من العقار المسمى الضاوية ذي الرسم العقاري رقم 3361 ر، و ذلك بنسبة 10 أجزاء من 16، و أن الجماعة القروية لسوق ثلاثاء الغرب احتلتها و أقامت فوقه تجزئة سكنية دون اتباع مسطرة نزع الملكية، ملتصا بالحكم له بتعويض عن الحرمان من الاستغلال عن الفترة الممتدة ما بين 1975 إلى سنة 2002 و الأمر بإجراء الخبرة، و بعد المناقشة و انتداب الخبير ( السيد.....) صدر الحكم على الجماعة المدعى عليها بأن تؤدي للمدعي مبلغ مائة ألف درهم تعويضا عن الحرمان من الاستغلال، استأنفته المحكوم عليها استئنافا أصليا، و المدعى استئنافا فرعيا، و بعد المناقشة و تجهيز الملف أصدرت محكمة الاستئناف قرارها المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف.

### في الوسيلة الثالثة للنقض :

حيث تعيب الطاعنة خرق الفصل 391 من قانون الالتزامات و العقود الذي ينص على أن الأداءات الدورية تتقادم بمرور خمس سنوات من تاريخ حلول كل قسط، و أن الأمر يتعلق بطلب تعويض عن ضرر وقع من تاريخ حلول كل قسط، و أن الأمر يتعلق بطلب تعويض عن ضرر وقع قبل هذه المدة، علما بأن المطلوب في النقض كان عالما بالضرر و المسؤول عنه.

لكن حيث إنه لما كان الفصل المحتج بخرقه ينطبق على الأداءات الدورية التي ليس من بينها التعويض عن فعل غير مشروع، فإن القرار المطعون فيه لما رد الدفع المذكور بأن الاعتداء المادي يشكل واقعة مستمرة

لا تسقط بالتقادم ما دامت الإدارة لم ترفع يدها عن العقار، و لم تقم بجبر الضرر. و بذلك لا تسري أحكام التقادم على فعل غير مشروع ، تكون بتعليلها هذا قد أجابت الطاعنة إجابة كافية عما أثير، و تكون الوسيلة بدون أساس ."

2- قرار القسم الإداري الثاني ع 270 بتاريخ 2009/4/29، الملف ع 2008/3/4/133

" حيث يؤخذ من وثائق الملف و من القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بتاريخ 2007/10/23 في الملف عدد 07/6/191، أن المطلوبة تقدمت بمقال أمام المحكمة الإدارية بمراكش، عرضت فيه أن المجلس الجماعي لجمعة سحيم، عمد خلال سنة 1988 إلى الاستيلاء على البقعة الأرضية رقم 10 البالغة مساحتها 20 آرا و 39 سنتيارا دون سلوك المسطرة القانونية، ملتزمة الأمر بإجراء خبرة لتحديد التعويض المستحق عن الحرمان من الاستغلال، و بعد إجراء الخبرة و التعقيب عليها انتهت القضية بصور الحكم على المدعى عليه بأدائه للمدعية تعويضا إجماليا قدره 432.994 درهم مع الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ الحكم و رفض باقي الطلبات، استأنف الحكم من الطرفين أمام محكمة الأستئناف الإدارية المذكورة أيدت الحكم المستأنف، و هو القرار المطعون فيه بالنقض.

**في وسائل النقض :**

**في الوسيلة الأولى :**

حيث ينعى الطاعن القرار المطعون فيه بكون واقعة الاعتداء المادي على عقار المطلوبة كانت سنة 1988 و لم تتقدم بمقال الدعوى إلا بتاريخ 2005/11/11، مما يكون معه التقادم قد طال الدعوى عملا بالفصل 106 من قانون الالتزامات و العقود.

لكن حيث إن الاعتداء المادي على ملك الغير يعتبر واقعة مستمرة لا يطالها التقادم و لا مجال لتطبيق الفصل 106 المذكور، و أن هذه العلة تقوم مقام العلة المنقذة مما يكون ما أثير بدون أساس ."

## المطلب الثاني: الخبرة كآلية لتقدير التعويض عن الحرمان من الاستغلال

إن تحديد القضاء للتعويض عن الحرمان من الاستغلال كقاعدة عامة لا يتأتى دون اللجوء إلى الخبرة<sup>(66)</sup> و الاستعانة برأي الخبير في التقييم العقاري، أي بالاستناد إلى نتائج العملية التقييمية التي يتولاها الخبير، باعتبار أن عملية التقييم التي يستند عليها التقدير القضائي للتعويض هي مسألة فنية محضة توكل بالضرورة لأهل الخبرة.

و الخبرة هي الإجراء الذي يستهدف الاستعانة بذوي الاختصاص و الاسترشاد بأرائهم لجلاء مسألة غامضة يحتاج حلها إلى دراية علمية فنية تخرج عن إطار التكوين العام للقاضي<sup>(67)</sup>.

و تعد الخبرة إحدى الركائز الأساسية بل تأتي في طليعة الإجراءات المؤدية للتقدير القضائي للتعويض في المجال العقاري عامة و عن الحرمان من الاستغلال خاصة.

و هي لا تجرى إلا في المسائل الفنية و من طرف متخصص في المجال المرتبط بالخصومة القائمة، الشيء الذي لن يكون معه بمقدور القاضي مهما بلغت درجة تخصصه و تكوينه، تقمص دور خبير في مسألة ذات طابع فني كتقييم العقارات. و لعل هذا هو الذي جعل القضاء المقارن يذهب إلى القول بأنه ليس بوسع القاضي أن يستعين بمعلوماته الخاصة في المسائل الفنية، و إلا اعتبر ذلك من قبيل العلم الشخصي الذي يمتنع على القاضي الحكم على أساسه<sup>(68)</sup>.

و هو ما يفسر أيضا نزوع كافة المقالات المقدمة للقضاء بخصوص تحديد مقدار التعويض عن الحرمان من الاستغلال للمطالبة و بدون استثناء تقريبا بانتداب خبير معين مختص ينحصر نشاطه في شؤون العقار للمشاركة في عملية التقدير.

و في المقابل فإنه حتى إذا لم تطلب الخبرة، فإنه ليس بإمكان القاضي أن يرفض دعوى الخصم بحجة أنها تثير مسائل تقنية أو عملية لا يعلمها، بل يجب عليه في مثل هذه الحالة اللجوء تلقائيا لأهل الخبرة، و إلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.

<sup>66</sup> تنظمها الفصول 59 إلى 84 من ق.م.م و الظهير الشريف رقم 1.01.126 بتاريخ 2001/6/22 بتنفيذ القانون رقم

45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين، ج.ر.ع 4918 بتاريخ 2001/7/19

<sup>67</sup> تنظمها الفصول 59 إلى 84 من ق.م.م و الظهير الشريف رقم 1.01.126 بتاريخ 2001/6/22 بتنفيذ القانون رقم

45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين، ج.ر.ع 4918 بتاريخ 2001/7/19

<sup>68</sup> راجع إبراهيم زعيم الماسي. م.س. ص 120.

و حتى تتأتى الاستعانة بشكل سليم بأهل الخبرة في مضمار تقييم التعويض عن الحرمان من استغلال عقار ما، فإنه لا بد من الإحاطة بالدور الحركي للخبير في عمليات التقييم التي تفضي إلى تقدير التعويض عن

الحرمان من الاستغلال. و إنه لمن الصعوبة بمكان حصر كافة العمليات التي يمكن للخبير القيام بها لأجل تقدير هذا النوع من التعويض الذي ينصب على فوات الكسب، إلا أنه و مع ذلك نؤكد على أن الانتقال إلى عين المكان و الوقوف على العقار المراد تقييمه هو أول و أهم إجراء يتوجب على الخبير إتيانه في سبيل إجراء مأمورية التقييم.

وهو ما يقع تضمينه دوما في صلب مهمة تقييم التعويض على أساس الحرمان من الاستغلال، التي توكل للخبراء من طرف محاكم الموضوع، وهو ما تقرره كذلك الغرفة الإدارية، إذ جاء في أسباب أحد قرارات الغرفة المذكورة ما يأتي " حيث صح ما عابته المستأنفة على الحكم المستأنف، ذلك أن المحكمة صادقت على خبرة ( السيد... ) التي حددت مبلغ 350 درهم للمتر المربع الواحد، في حين أن الخبير لم يتقيد بما أمره به الحكم التمهيدي بالانتقال إلى العقار موضوع الدعوى و الطواف به و مسحه و وصفه وصفا دقيقا، و الخبير لما صرح بتقريره بأنه تعذر عليه الانتقال إلى عين المكان قصد المعاينة بسبب صعوبة التعرف على موقعه، على حد قول المدعى عليه، يكون خرق مقتضى الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية و يكون الحكم الذي صادق عليها واجب الإلغاء" (69).

هذا و يستمد الوقوف على عين المكان أهميته و من ثمة إجباريته، من كون أن تقييم التعويض على أساس الحرمان من الاستغلال يتطلب بالضرورة زيارة هذا العقار لأخذ أوصافه الكاملة و أوصاف محيطه و كذا قياس أبعاده بكل تدقيق، و استجلاء أحد أهم العناصر في عملية التقييم التي لا تتأتى دون معاينة الخبير للعقار ألا و هو الغرض الذي هو معد له، فلاحه كان أو تجارة أو ربا... إلخ.

و تبقى بعد ذلك التحريات و التحقيقات التي يجريها خبير التقييم العقاري لإنجاز مهمته، التي تعتمد في جوهرها على تجربته و حصافة رأيه و معرفته الواسعة بالسوق العقاري عامة و السوق العقاري المحلي خاصة، و كذا معارفه التقنية التي من شأنها أن تمكنه من بحث و تحليل و تركيب مجموعات المحددات الاقتصادية و

<sup>69</sup> راجع قرار القسم الإداري الثالث ع 92 بتاريخ 2007/2/28 ، ملف ع 2006/3/4/1917، وزارة التجهيز / بلقاضي التهامي عبد العزيز ، غير منشور.

التقنية و المحاسبية و القانونية و الضريبية، متوجا عمله في آخر المطاف بوثيقة تعتبر باكورة عمله تسمى ب "التقرير".

غير أن حتمية الاستعانة بالخبرة لا ينبغي أن يفهم منها إلزامية القاضي الأخذ بها، فهي لا تعدو أن تكون مجرد آراء تنير القاضي و لا تلزمه، و ذلك بصريح الفقرة الأخيرة من المادة 66 من ق.م.م التي نصت على أنه : " لا يلزم القاضي بالأخذ برأي الخبير المعين و يبقى له الحق في تعيين أي خبير آخر من أجل استيضاح الجوانب التقنية في النزاع " .

فالقاضي في الأخير هو وحده من ترجع إليه صلاحية تقدير تلك التقييمات حسب سلطته التقديرية، و له فوق ذلك أن يأخذ بعضا من تقرير الخبرة و يطرح البعض، كما له في حالة تعدد الخبرات في ملف واحد الحق في اعتماد الخبرة التي يطمئن إليها أكثر.

غير أنه و متى قرر القاضي استبعاد تقرير خبرة ما، إلا و كان عليه أن يعلل ذلك بتبريرات معقولة، تحت طائلة تعرض حكمه للإلغاء، لأن عمل القاضي منزه عن العبث.

و مهما يكن فإن حالات مصادقة القاضي على تقارير الخبرة في الواقع العملي هي أكثر بكثير من الحالات التي يمارس فيها سلطته التقديرية التي خولها له المشرع في هذا الباب و هذا راجع كما سبق و أن أشرنا إلى الصبغة الفنية التي تكتسي عمل الخبير في إطار التقييم العقاري، و لعله هو ما يبرر انسياب مأمورية التقييم هذه من يد القاضي إلى يد الخبير.

و لا تكاد تخلو أي مطالبة قضائية ترمي الحصول على تعويض عن الحرمان من الاستغلال من الاستعانة بأهل الخبرة، ذلك أن جل الأحكام و القرارات التي وقفنا عليها في إطار دراستنا و بدون استثناء قط بنت فيها المحكمة حكمها بالتعويض على أساس تقرير الخبير.

إلا أن الذي لاحظناه من تقارير الخبراء في هذا الإطار هو تعدد الأساليب المعتمدة في تقييمهم للتعويض عن الحرمان من الاستغلال ، و تخبطهم تارة، ذلك أن كل واحد ينفرد بأسلوبه في ذلك ، و في هذا ضياع لحقوق الأفراد.

و في هذا الصدد نقول بأن أنسب طريقة لتقييم التعويض عن الحرمان من الاستغلال، هي طريقة اعتماد معيار القيمة الكرائية، أي اعتماد مجموع المبالغ الكرائية المتوقع الحصول عليها طوال فترة احتلال العقار فيما لو عرض هذا العقار على الكراء. و هو النهج المتبع في القضاء المقارن فيما يخص احتلال الشريك على الشياخ لحصة شريكه، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أن محكمة الاستئناف كانت على حق لما

اعتبرت أن التعويض عن الاحتلال الملقى بموجب الفصل 815-9 من القانون المدني<sup>(70)</sup> على عاتق المالك على الشياح الذي انتفع لوحده من عقار مشاع، يجب أن يحدد بالنظر للقيمة الكرائية للعقار<sup>(71)</sup>.

إلا أن القضاء عندنا يبدو غير متحمس لهذه الطريقة حسبما يستشف من أحد قرارات الغرفة الإدارية الذي جاء فيه " حيث إنه يلقى بالرجوع إلى وثائق الملف، و لا سيما خبرة ( السيد... ) أنه تعذرت عليه معرفة عدد الأشجار، و أن الشخصين الحاضرين لا يعرفان البقعة الأرضية موضوع الخبرة، فضلا عن أنه احتسب مقدار التعويض على أساس السومة الكرائية السنوية، مما تكون معه المحكمة قد بنت حكمها على خبرة معيبة، و يتعين بالتالي إلغاء الحكم المتخذ<sup>(72)</sup>

و في اعتقادنا المتواضع فالمحكمة لم تصادف الصواب برفضها للخبرة المقامة محل الإلغاء، بل كان حريا بها أن تبني حكمها على أساسها، ذلك أنها تمت بشكل سليم و منطقي للغاية أخذا من توجه القضاء الفرنسي.

---

<sup>70</sup> Article 815-9« Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours del'indivison.A défaut d'accord entre les intéressés, l'exercice de ce droit est réglé, à titre provisoire,par le président du tribunal. L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité ».

<sup>71</sup> 1ère chambre civ. 27 octobre 1992 ; Bull. civ.I ,n 265, Cf

[http://www.jurisprudentes.org/bdd/faqs\\_article.php?id\\_article=2927](http://www.jurisprudentes.org/bdd/faqs_article.php?id_article=2927), page consultée le 17/12/2008, 19 h20

<sup>72</sup> قرار القسم الإداري الثالث ع 316 بتاريخ 2005/5/25، ملف ع 2003/2/4/3860، المجلس البلدي بسطات / أحمد بنجلون و آخرون ، غير منشور.

## خاتمة :

دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال أهميتها لا غبارعليها؛ كثرة إثارتها و تداولها أمام محاكم المملكة واضح و جلي؛ الإشكالات التي تطرحها عديدة و مختلفة؛ إلا أنه و بالرغم من هذا كله فإنها لا زالت لا تخضع لتقنين واضح، لتظل بذلك مجالا خصبا للاجتهاد القضائي، يتفق تارة بشأنها، و يتضارب تارة أخرى، و بين التوافق و التضارب تكتسب حقوق كما تضيع أخرى.

و للحد من هذا، و بناء على كل ما سلف، فإننا نلمس بوضوح الضرورة الملحة لوجوب تدخل المشرع و رفع الإهمال عن دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال، و ذلك بتنظيمها بمقتضيات خاصة تجمع شتات العمل القضائي بشأنها، وتوضح إجراءاتها الشكلية و الموضوعية، و الحسم خصوصا في طبيعة الحق المطالب به في إطارها و الذي ظل مبهما طيلة هذه الدراسة.

## لائحة المراجع

### المؤلفات :

- . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان.
- . عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني الهبة و الشركة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان.
- . أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء الثامن. 1981.
- . مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية في ضوء التشريع المغربي، الطبعة الثانية 1987.
- . حسن كيرة: الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية.
- . د. رمضان أبو السعود، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية.
- . أحمد أبو الفتح. المعاملات في الشريعة الإسلامية، الطبعة 2، الجزء 2، 1923.
- . أحمد علوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، الطبعة الثانية، 1994.
- . مصطفى الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثانية، 2000.
- . بلانيول و ريبير و ليارتير.
- . سعيد الروبيو. الشركات التجارية. أحكام عامة.
- . عبد الرحمان الراجي، دور النيابة العامة في الحماية الإجرائية للملكية العقارية.
- . د. إدريس العلوي العبدلاوي ، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الجزء الأول ، الطبعة الأولى 1971.
- . سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري. دار الثقافة العربية للطباعة، 1970.



. محمد الكشور " نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، قراءة في النصوص و في مواقف القضاء" ط 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2007.

. إدريس الفاخوري ، الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08.

. سعيد الروبيو. الشركات التجارية. أحكام عامة.

. إبراهيم زعيم الماسي. " تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية".

### الأطاريح :

. الحماية الجنائية للعقار على ضوء العمل القضائي-طنجة نموذجاً. بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء من إعداد الملحق القضائي حسن حمداوي.

. عبد اللطيف كرازي: إدارة المال الشائع في التشريع المغربي- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس. كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، أكادال-الرباط. السنة الجامعية 2006-2007 .

### الرسائل :

. كنزة غنام، الحماية الجنائية للعقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص119

### المقالات :

. عز الدين بنستي. مستقبل عقد الشركة في ظل.ع على ضوء المتغيرات الجديدة لقانون التجمعات التجارية. مقال على موقع مغرب القانون

فؤاد معلال، شهادات الاستثمار الصادرة عن شركات المساهمة، مجلة القانون و الاقتصاد ع 16

المشرفي، الاعتداء المادي للإدارة في العمل القضائي في المحاكم الإدارية، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة، عدد مزدوج 23 و 24 / أبريل 2005.

## الفهرس:

1.....	قائمة المختصرات
2.....	مقدمة
4.....	المبحث الأول: نشأة الحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال
4.....	المطلب الأول: الأسس القانونية المؤسسة للحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال
4.....	الفقرة الأولى: حالة الشيعاع
4.....	أولا : ماهية الشيعاع
6.....	ثانيا : مدى أحقية الشريك المشتاع في التعويض عن الحرمان من الاستغلال
11.....	الفقرة الثانية : حالة الشركة
12.....	أولا : مفهوم الشركة في ظهير الإلتزامات و العقود
14.....	ثانيا : الاستغلال المشترك لرأسال الشركة قصد تحقيق الربح و تقاسمه
18.....	المطلب الثاني: الأفعال المادية المؤسسة للحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال
18.....	الفقرة الأولى : انتزاع عقار من حيازة الغير
19.....	أولا : مفهوم الحيازة من خلال الفصل 570 من القانون الجنائي
21.....	ثانيا : أحقية المتضرر في التعويض عن الحرمان من الاستغلال من خلال العمل القضائي
22.....	الفقرة الثانية : الاعتداء المادي على الملكية العقارية
24.....	أولا : التعويض عن الحرمان من الاستغلال جراء الاعتداء المادي
28.....	ثانيا : الجهة القضائية المختصة بتقدير التعويض عن الاعتداء المادي
30.....	المبحث الثاني : الإشكالات القانونية التي تطرحها دعوى الحرمان من الاستغلال
30.....	المطلب الأول : الإثبات في دعوى الحرمان من الاستغلال و تقادما
30.....	الفقرة الأولى : الإثبات في دعوى الحرمان من الاستغلال
31.....	أولا : إثبات واقعة الحرمان من الاستغلال
33.....	ثانيا : إثبات نوع الكسب الذي حرم منه المدعي
35.....	الفقرة الثانية : تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال
35.....	أولا : تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال المؤسسة على حالة الاشتراك

39.....	ثانيا : تقادم دعوى الحرمان من الاستغلال في حالة الاعتداء المادي
42.....	المطلب الثاني :الخبرة كآلية لتقدير التعويض عن الحرمان من الاستغلال
46.....	خاتمة :
47.....	لائحة المراجع
49.....	الفهرس: