

لج/س
الجمهورية التونسية
وزارة العدل
محكمة التعقيب

الحمد لله

*45075.2016 عدد القضية

تاريخه: 2017-04-18

تلخيص المستأثر لج

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في
2016/12/23 والمضمن لدى هذه المحكمة تحت عدد 45075
من الأستاذ (ع.ق-ف.ا) المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن :

1/(م-ف)

2/(ر-ف)، القاطنان بالجم

محل مخابرتهم بمكتب محاميهما الأستاذ (ع.ق) الكائن

ب *****

من جهة

ضد :

(ن-ر)، قاطن بنهج *****

مقره المختار بمكتب المحامي الأستاذ (م.ع-ش) الكائن

ب *****

من جهة أخرى

طعنا في القرار الاستئنائي المدني عدد 6112 الصادر بتاريخ

2016/11/28 عن محكمة الاستئناف بالمنستير.

والقاضي: "نهایی استعجالیا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بتحويل المستأنف العبور إلى دكانه وذلك بسدم الخندق المعيق له على طول واجهة المحل بالاستعانة بالخبير السيد (ع.د-ع) المنتدب في القضية ع21516دد دون معارضة من المستأنف ضده وذلك إلى حين البت بصورة نهائية في الأصل وإعفاء الطاعن من الخطية وارجع المال المؤمن إليه.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ (ع-ب) حسب محضره ع32648دد بتاريخ 2016/12/27.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة في 12 جانفي 2017 حسب مقتضيات الفصل 185م م م ت.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشسكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغته القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه قبوله شكلا.

من حيث الأصل:

حيث اتضح بالاطلاع على أوراق الملف قيام الطالب (المعقب ضده الان) لدى المحكمة الابتدائية بالمهدية عارضا بواسطة نائبه أن على ملكه وفي حوزة وتصرفه جميع المحل المعد للتجارة والكائن على الطريق الحزامية الرابطة بين صفاقس وسوسة، يحده شرقا ورثة (ع-ر) وغربا (ع-ر) وقبله (ع-ر) وجوفا المطلوبان (المعقبين) الذين عمدا إلى إحداث خندق عميق مباشر أمام دكانه حتى يمنعانه من استغلاله بصفة مباشرة أو على وجه التسويغ للغير. كل ذلك بصفة تعسفية محضة، ورغم تدخل عديد الأشخاص فإنهما أمعنا في تعسفهما، وأثبت الخبر (ع.د-ع) أن الدكان يفتح فعلا على الطريق الحزامية الرابطة بين سوسة وصفاقس وأن المطلوبين أحدثا خندقا أمامه بعد أن استولوا على الملك العمومي للطرق، وأصبح الدخول إليه والخروج منه أمرا غير ممكن، مما أضر به ضررا جسيما يتفاقم مفعوله يوما بعد يوم، لذا فهو يطلب تمكينه استعجاليا من إزالة الخندق الفاصل بين محله والملك العمومي للطرق بدون معارضة من المطلوبين، حتى يتسنى له الدخول إلى دكانه والخروج منه بصفة عادية والاذن بالتنفيذ طبق مسودة القرار.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة الدرجة الأولى حكمها ع514دد بتاريخ 2016/09/05 والقاضي ابتدائيا استعجاليا برفض المطلب.

وحيث استأنف المدعي في الأصل الحكم الابتدائي فأصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع فتعقبه المحكوم ضدهما بواسطة محاميها استنادا للمطاعن التالية:

1. خرق أحكام الفصل 41 من الدستور:

نص الفصل 41 من الدستور على أن حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات والضمانات التي يضبطها القانون.

ويؤخذ من ذلك أن حق الملكية حق دستوري واجب الحماية وانه لا يجب نفيه أو التضييق من نطاقه إلا وفق الضوابط التي أقرها القانون وأنه بالتبعية لا يمكن التساهل في تسليط القيود عليه وبالنسبة لقضية الحال فإن حق ملكية موكله ثابت ولم يكن أبدا محل منازعة من المدعي ولا من قبل من سبقه في الخصام (والده وشقيقه).

وحيث تمسك موكله سواء في الطور الابتدائي أو في الطور الاستئنائي بحق ملكيتهما وأكدوا أن جزء العقار الذي يطلب المعقب ضده تمكينه من المرور عبره هو ملك خالص لهما، الأمر الذي نفته محكمة القرار المنتقد قولا أنه "تبين من ظاهر أوراق القضية أن محل النزاع المحدث به الخندق من توابع الملك العمومي للطرق حسبما يتضح من تقرير الاختبار المأذون بانجازه بمناسبة النظر في القضية

الأصلية ع21516دد السالف نشرها أمام المحكمة الابتدائية بالمهدية..".

وأنه من الواضح من القرار المطعون فيه أن محكمة القرار المنتقد نفت حق ملكية منبويه وأسست قضائها على ظاهر الأوراق المتمثلة في تقرير اختبار أجري في إطار قضية في الأصل سابقة بين الطرفين موضوعها التمكين من ممر بالقيمة. وهذا التقرير مجرد وعمل فني لا يمكن أن يثبت الحق أو ينفيه ولا يمكن أن يكون وسيلة إثبات تلزم المحكمة وقد أدري منوباه أمام قضاة الأصل بعدد الأحكام الصادرة في خصوص نفس محل النزاع ومنها خاصة الحكم الحوزي ع3333دد بتاريخ 27 أكتوبر 2003 القاضي بإلزام مورث المعقب ضده وشقيقه بكف شغبهما عن عقا منوبه المتمثل في شروعاتهما في إحداث ممر به وقد تأيد ذلك الحكم استئنافيا بموجب الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمهدية في القضية ع10387دد بتاريخ 19/04/2004، كما أدليا بنسخة من القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير في القضية ع32469دد بتاريخ 28 أكتوبر 2010 والذي يتضح منه رفض المحكمة لدعوى التعويض عن عدم استغلال الدكاكين الراجعة لمورث المدعي وشقيقه بسبب عدم فتح الممر موضوع قضية الحال وقد عللت المحكمة قضائها بوجود نزاع جدي بين الطرفين حول استحقاق شريط الأرض الذي يزعم المعقب ومورثه من قبله أنه طريق مبرمج.

ومن الثابت أن المؤيدات المقدمة من منوبيه تثبت أن شريط الأرض موضوع النزاع هو ملك خالص لهما وأن محكمة الدرجة الثانية عندما اعتبرت أن ذلك الشريط هو ملك عام بناء على

"ظاهر الأوراق" المتمثلة في نتيجة تقرير اختبار في قضية وسلطت عليه القيد المبين بنصه تكون قد نفت حق ملكيتهما وعلى الأقل سلطت عليه قيذا جوهريا دون احترام الاجراءات والضمانات التي يقرها القانون (ممر بالقيمة أو انتزاع وتعويض عادل ...) وفي ذلك خرق واضح لأحكام الفصل 41 من الدستور.

2. في خرق أحكام الفصل 134 من مجلة المرافعات المدنية

والتجارية:

أوجب الفصل المذكور على محامي المستأنف أن يقدم لكتابة محكمة الاستئناف مستندات استئنافية مع نسخة من الحكم. وقد قام المعقب باستدعاء منوبيه للحضور بجلسة يوم 24 أكتوبر 2016 حسبما يتضح من عريضة الاستدعاء وتبليغ مستندات الاستئناف المرافقة لهذا غير أنه تخلف عن الحضور وعن تقديم مستندات استئنافية وأخرت القضية لاطلاع نائب منوبيه لجلسة يوم 7 نوفمبر 2016 وفيها لم يحض كذلك نائب المستأنف ولم يقدم مستندات استئنافية وكان على المحكمة تطبيق القانون والحكم بسقوط الاستئناف غير أنها تولت تأخير القضية لموعد جديد وتولى المعقب ضده استدعاء منوبيه مجددا وبلغ لهما نسخة من مستندات الاستئناف وتدارك عدم حضوره بالجلسة الأولى وفي ذلك خرق واضح لأحكام الفصل 134 المذكور.

3. في خرق مبدأ اتصال القضاء:

سبق لمنوبيه وشريكهما في الملك القيام بدعوى حوزية ضد مورث المعقب ضده وشقيقه من أجل تعمدتهما الشروع في فتح طريق

عبر عقارهم (الممر موضوع قضية الحال) وقد قضت محكمة ناحية الجم بالزام المدعي عليهما بكف شغبهما عن عقار منوبيه وشريكهما وقد تأيد ذلك الحكم استئنافية (وقع الادلاء بنسخة قانونية من القرار الاستئنافية وندي بنسخة أخرى منه مع نسخة من الحكم الابتدائي) وبذلك فإن الموضوع اتصل به القضاء ولم يبق للمعقب ضده إلا القيام في الأصل.

وأن محكمة القرار المنتقد عندما قضت بتحويل المعقب ضده في فتح الممر واستعماله تكون قد عطلت تنفيذ حكم نهائي سابق اتصل به القضاء.

4. في خرق أحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية

والتجارية:

نص الفصل المذكور على أنه يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكدة بدون مساس بالأصل. ومن خلال أحكام الفصل المذكور يتضح ان القضاء الاستعجالي يقوم على توفر عنصرين اثنين: التأكد وعدم المساس بالأصل ومتى توفرا فإن الحكم لا يكون إلا مؤقتا. وقد اتسم القرار المطعون فيه بخرق واضح لكل هذه الشروط وبيان ذلك كالتالي:

أ- في غياب ركن التأكد:

ثبت من خلال مظاهرات الملف أن النزاع يعود إلى ما يزيد عن عشر سنوات (إلى سنة 2003 تحديدا).

وسبق لمورث منوبيه وشريكهما القيام على مورث المدعي وشقيقه واستصدار ضدهما حكما نهائيا يقضي بالزامها بكف شغبهما عن نفس العقار موضوع قضية الحال. كما سبق لمورث

المعقب ضده وشقيقه أن قاما بعدد القضايا ضد منوبه وشقيقه من أجل نفس العقار وبناء على أسانيد مختلفة انتهت جميعها بالرفض وذلك لأنه لم يثبت وجود ممر عام أو حتى خاص ولي يثبت أي حق من أي نوع كان لمورث المدعي وشقيقه على العقار الذي هو في ملك وحوز منوبيه ومن معهما.

إن المعقب ضده نفسه سبق له القيام بدعوى في الأصل من أجل تمكين من ممر بالقيمة (نفس الممر المحكوم به لفائده بموجب القرار المطعون فيه) حسبما يتضح من نسخة عريضة الدعوى التي قدمها بنفسه مع نسخة تقرير الاختبار وأسس عليهما مطلبه ورسمت القضية تحت ع21516دد وانتهت بالرفض وقدم دفاع الطاعن صورة من اختبار متضمنا لنسخة من عريضة الدعوى المذكورة. وبالتأمل في هذا القرار يتضح أنه طبق الحكم الحوزي المذكور.

واستخلص أنه يشمل عقار موضوع التداعي ويضيف المعقبان أن خصمهما وجه لهما استدعاء للحضور لدى ابتدائية المهديّة للجواب عن قضية في الأصل تتعلق بفتح الممر عينها لجلسة يوم 29 سبتمبر 2016 غير أنه لم يقيم بنشرها.

ويستخلص من جميع ما سبق أن النزاع بين منوبيه والمعقب ضده من قبله مورثه وشقيقه يعود إلى ثلاثة عشرة سنة خلت ولم يعد النظر فيه يكتسي أي تأكيد ولا يمكن بالتالي عرضه على القضاء الاستعجالي.

ب- في غياب ركن عدم المساس بالأصل:

ثبت من جميع المظروفات بالملف وخاصة من الحكم الحوزي الذي تأيد استئنافيا ومن القرار الاستئنائي ع32469دد المذكور

أعلاه أن عقار النزاع هو ملك منوبيه ومن شاركهما في الملك وأنه على الأقل توجد قرائن قوية تؤكد ملكيتهما للعقار موضوع النزاع وقد صدرت هذه الأحكام بناء على ما ثبت للمحاكم من حوز فعلي لمنوبيه ومن شاركهما بالملك وما أدليا به من حجج وخاصة منها عقد شراء ثابت التاريخ ومسجل طبق القانون وقد قضى الحكم الحوزي ع3333دد المذكور أعلاه بإلزام مورث المعقب وشقيقه بكف شغبهما عن نفس العقار موضوع هذا النزاع وورد في القرار الاستئنائي الصادر في القضية ع32469دد أنه يوجد نزاع جدي حول استحقاق الأرض.

وفي إطار قضية سابقة بين مورث المعقب ضده وشقيقه ومنوبيه تم إجراء اختبار جاء فيه أنه يوجد طريق مبرمج يمر عبر عقار منوبيه وأن ذلك الطريق لم يقع فتحه وأن المهندس بالقسم الفني ببلدية المكان أشار أنه صمم الطريق بمثال التهيئة ولم يقع انتزاع أو معاوضة أصحاب الأملاك التي تمر عبرها (تصل رفقة هذا صورة من تقرير الاختبار).

وهكذا فإنه من الواضح أن العقار هو على ملك منوبيه ومن معهما وحتى إن وجد طريق مبرمج فإنه لم يقع احداثه حتى الآن ولم يقع انتزاع ولا معاوضة حسبما ورد بتقرير الاختبار المحرر من قبل الخبير فرج العريبي.

إن محكمة القرار المنتقد بقضائها بتحويل المعقب من المرور عبر عقار منوبيه تكون قد بتت في الاستحقاق واعتبرت أن الممر هو ممر عام من توابع الملك العمومي للطرق وذلك يتعارض مع جميع الأوراق المضمنة بالملف مسندة في ذلك فقط لما ورد بتقرير الخبير (ع.د-ع). وبذلك فإنها بتت في أصل الحق بأن نفت حق ملكية

منوبيه وأقرت أن الممر موضوع النزاع يتبع الملك العمومي مع أن جميع مظروفات الملف تنفي ذلك كما أن المعاينة الميدانية التي قام بها الخبير أكدت وجود زياتين منتجة بالممر موضوع التداعي، وعلى كل حال فإن البت في مسألة الملكية نفياً أو اقراراً يخرج عن اختصاص القضاء الاستعجالي.

ج- في عدم تقييد المحكمة بشرط النظر في النزاع بصورة مؤقتة:
إن محكمة الدرجة الثانية قضت بتحويل المعقب ضده المرور عبر عقار منوبيه إلى غاية البت بصورة نهائية في الأصل ودون تحديد للمدة ودون بيان المقصود بالأصل، علماً أنه لا يوجد حالياً أي نزاع في الأصل بعد أن خير المعقب ضده عدم نشر القضية في الأصل التي بلغ نسخة من عريضة دعواها لموكليه.

وهكذا يتضح أن القرار المطعون فيه لم يقض بصورة مؤقتة بل بصورة غير محددة ويمكن أن تطول في الزمن بل يمكن أن تكون نهائية في حالة عدم ظفر أحد الفريقين بحكم نهائي وبات،

من الواضح أن الحك المطعون فيه غير المراكز وقلب الموازين حيث كان منوباه هما المطلوبان والمعقب ضده هو المدعي الذي يسعى للظفر بحكم يبطل به ملكية وحوز منوبيه أو يسلط عليه بعض القيود، فأصبح لزاماً عليهما السعي للحصول على حكم في الأصل لإبطال مفعول القرار الاستعجالي المطعون فيه إذ أن المعقب ضده لم تعد له أية مصلحة، بعد صدور القرار المطعون فيه للقيام بأية قضية طالما أن القرار الاستعجالي المطعون فيه مكنه من مراده وإلى تاريخ غير محدد.

5. في ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع:

تمسك منوباه بجميع الدفوعات المذكورة أعلاه وأدلى بمؤيدياتها وأعرضت محكمة القرار المنتقد عن مناقشتها وعن إبراز أسباب إعراضها عنها، ولم تتولى إبراز موقفها من النزاعات السابقة الثابتة بما قدمه منوباه من وثائق وباعتراف المعقب ضده ضمن تقرير نائبه المقدم في الطور الابتدائي الذي أكد صراحة وجود نزاعات سابقة وتعلقها بنفس الموضوع.

وإن القرار المطعون فيه يتعارض صراحة على الأقل مع الحكم الحوزي الصادر منذ سنة 2003 والذي لم ينفه المعقب ضده ولم يدل بما يفيد تغير الوضعية بعد صوره وفي إعراض المحكمة عن دفعات منوبيه وما قدماه من مؤيديات دون نقاش ودون بيان الأسباب الداعية لذلك يورث قرارها قصورا في التعليل ويجعله متسما بهضم واضح لحقوق الدفاع.

وبالنظر لكل هذه الأسباب فإنه يكون من المتجه نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة.

المحكمة

عن المطعن الثاني المتعلق بخرق الفصل 134 من م م م ت
لكفاية القول فيه:

حيث أوجبت الفقرة الأولى من الفصل 134 على المستأنف "استدعاء خصومه للجلسة على طريقة الفصل الخامس وذلك في أجل لا يقل عن عشرين يوما قبل تاريخ الجلسة وينخفض هذا الأجل إلى ثلاثة أيام إذا كان الحكم المستأنف صادرا في المادة الاستعجالية أو في القضايا المنصوص عليها بالفصل 81 ويكون الاستدعاء

مصحوبا بنسخة من عريضة الطعن وبنظير من مستنداته التي على المستأنف تقديمها لكتابة المحكمة ما نسخة الحكم وما لديه من الوثائق مرفقة بكشف يراعى في شأنه ما ورد ذكره بالفصل 72".

وحيث اتضح بالرجوع إلى أوراق الملف أن القضية معينة لدى محكمة الدرجة الثانية لجلسة يوم 13 أكتوبر 2016 وقد تسلمت كاتبة محامي المستأنف الاستدعاء للجلسة المذكورة التي دونت على جذر الاستدعاء هويتها وعدد بطاقتها المهنية وأمضت وبذلك فإن الاستدعاء للجلسة المذكورة بلغ لمحامي المستأنف بطريقة قانونية.

وحيث لم يحضر محامي المستأنف ولا من ينوبه بالجلسة المذكورة ولم يدل للمحكمة بما أوجبه أحكام الفصل 134 من م م م ت المشار إليها وبالرغم من ذلك أخرت المحكمة القضية لجلسة يوم 24 أكتوبر 2016 غير أنه لم يحضرها كذلك فأخرتها المحكمة مرة ثالثة لجلسة يوم 2016/11/07 وتكررت نفس النتيجة.

وحيث استقر فقه القضاء على اعتبار "أن عدم استدعاء المستأنف ضدهم بالجلسة التحضيرية يوجب الحكم بسقوط الاستئناف شكلا" (مثلا: القرار التعقيبي ع12377 عدد المؤرخ في 04 أبريل 1985 والقرار التعقيبي ع15359 عدد المؤرخ في 09 أكتوبر 1986).

وحيث أن قبول محكمة الحكم المنتقد للاستئناف شكلا بالرغم من عدم قيام محامي المستأنف بالإجراءات التي أوجبها الفصل 134 بعد أن ثبت بلوغ الإعلام له بموعد الجلسة يعد خرقا للفصل المشار إليه موجب للنقض مع الإحالة.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض
القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف
بالمستير لإعادة النظر فيها مجدداً بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنين
من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليهما.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 18 أفريل 2017 عن
الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة (ر-ش) وعضوية المستشارين
السيد (ز-م) و(ع-ع) الممضين عقبه وبحضور المدعي العام
السيدة (ل-ع) ومساعدة الكاتبة السيدة (أ-ن).

وحسّر في تاريخه