ع/س

الجمهورية التونسية

وزارة العدل **الحمد لله**

محكمة التعقيب

***ع45149.2016دد القضية**

تاريخه :22-11-2017

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2016/12/26 من طرف الأستاذ **** المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن :

ع.ر، مهنته فلاح

قاطن *** المعين محل مخابرته بمكتب محاميه الأستاذ **** الكائن بع31دد نهج ***.

ضد:

1) ه 2)م.ز مهنتهما الفلاحة،

تنوبهما الأستاذة **** المحامية لدى التعقيب.

طعنا في القرار الاستئنافي المدني ع33144دد الصادر عن محكمة الاستئناف بالكاف بتاريخ 2015/05/21.

والقاضي نصه نهائيا بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا ورفضهما موضوعا واقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به طبق نصه وتخطية المستأنف بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضدهما.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة نسخة منها للمعقب ضدهما بواسطة عدل التنفيذ الأستاذة **** بتاريخ 2016/12/29 حسب رقيمها ع19292دد.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وجميع الإجراءات والوثائق المقدمة بتاريخ 2017/01/10 طبق مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وعلى مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة بتاريخ 2017/01/27 من طرف الأستاذة **** نائبة المعقب ضدهما والرامية إلى طلب رفض التعقيب أصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الإحالة والاعفاء.

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

من حيث الشكل:

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

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها القرار المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعيان في الأصل (المعقب ضدهما الآن) لدى محكمة

الدرجة الأولى عارضين بواسطة محاميتهما أنه على ملكهما أرض فلاحية تقع بعمادة *** مشخصة في مقسمين عدد 50 و51 تعرف بالمنطقة E ومقام عليها محل سكنى المدعيان إلا أنه ثبت من تقرير الاختبار أن هذا العقار مكتنف من كل الجهات وأن الممر المقترح يمن أن يؤخذ من العقار التابع للمدعى عليه ومن معه المشخص في المقسم ع42دد المنطقة حرف E من مثال المسح العقاري الإجباري لعمادة *** وقدر الخبير المنتدب قيمة الممر بـ304,200 وانتهى المدعيان إلى طلب توظيف حق مرور لفائدة عقارهما من العقار المجاور لهما والذي على ملك المدعى عليهم مقابل تمكينهم من تعويض عادل بما قدره 304,200.

بعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها ع5388دد بتاريخ 2013/03/19 يقضي ابتدائيا بتوظيف حق المرور لفائدة عقار المدعيان عن عقار المطلوب ع.ر مثلما هو مشخص بتقرير الخبير السيد **** المؤرخ في 3 ديسمبر 2011 والزام المدعيان بالتضامن بينهما بأن يؤديا له القيمة العادلة المقدرة بثلاثمائة وأربعة دنانير ومليمات 200 (34,200د) وبإبقاء المصاريف القانونية للدعوى محمولة على القائمين بها واخراج باقي المدعى عليهم من نطاق المطالبة.

فاستأنف المدعي عليه ع.ر الحكم الابتدائي طالبا النقض بخصوص المقترح الذي توصل إليه الخبير **** في رقع الاكتناف على عقار المستأنف ضدهما وتوظيف ذلك الحق على ممر آخر بعد انتداب ثلاث خبراء للغرض.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية والترافع في القضية أصدرت محكمة الدرجة الثانية قضاءها على النحو المضمن نصه بالطالع.

فتعقبه الطاعن بواسطة محاميه الذي نعى عليه ما يلي:

1) تحريف الوقائع وتجاوز السلطة وهضم حقوق الدفاع:

بمقولة أنه يوجد ثلاث مسالك لمرور المدعيان الأول يمر من أرض الطاعن وطوله 172 م والثاني طوليه 210 م والثالث طوله 240 م لا يمران من أرض الطاعن إلا أن الخبراء المنتدبين من طرف محكمة الحكم المنتقد أصروا على أخذ المسلك الأول المار من أرض الطاعن باعتباره حسب قولهما هو الأقصر والأيسر في المرور وهو الأصلح للمدعين وهذا الرأي مخالف لنص الفصل 178 من م ح ع الذي يقتضي أن يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافته أقصر ما يمكن ويراعى في تعيينه أخف ضرر لمالك العقار المحدث به. فإن المشرع كان واضح وصريح في مراعاة مصلحة العقار المأخوذ منه الممر وليس مراعاة لمصلحة العقار الموظف لفائدته حق الارتفاق مثلما اعتمده الخبراء ومحكمة الاستئناف مما يكون معه حكمها محرفا للوقائع ومتجاوزا السلطة وضعيف التعليل وهاضما لحق الدفاع وخارقا لأحكام الفصل 179 من م ح ع واتجه نقضه.

2) خرق الفصل 177 من م ح ع:

بمقولة أن الفصل 177 من م ح ع نص على وجود دفع قيمة العقار المغتصل من صاحبه عن طريق المحكمة زيادة عما ينقضه من ربح أو انتاج لعقاره بسبب نقص الجزء المفتك. وهو ما اقرته محكمة التعقيب بقرارها عـ2816ـدد المؤرخ في 16 ماي 1990 نشرية محكمة التعقيب 1990 القسم المدني ص 112. إن القرار المطعون فيه مكن المعقب ضدهما من ملكية عقار الطاعن بطريق الارتفاق بدون دفع ثمنه الحقيقي وفي ذلك اثراء

على حساب الغير بدون سبب الأمر الذي يؤدي إلى طلب نقض الحكم المطعون فيه من أجل هذا السبب.

3) خرق الفصل 110 من م م م ت والفصل 240 من نفس المجلة:

بمقولة أن الخبير *** صرح لدى التحقيق من كنه حضر عشية يوم المعاينة بدون حضور ولا علم للخصوم بذلك وهذا العمل منافي للاستدعاء الصادر منه لحضور عملية الاختبار وبسبب تقصيره ومخالفته للقانون تعلقت به قضية جزائية لدى تحقيق سليانة حسبما هو منصوص عليه بالحكم المعقب وعليه يكون هناك طعن بالزور في تقرير الاختبار وقد اوجب الفصل 240 من م م م ت أنه في صورة القيام بدعوى الزور الجنائي يعطل الحكم في النازلة إلا إذا رأت المحكمة أن النازلة يمكن الحكم فيها. ولم تبين محكمة القرار المنتقد رأيها في المسألة وفي ذلك خرق للقانون وضعف في التعليل وهضم لحق الدفاع.

4) خرق الفصلين 110 و123 من م م م ت:

بمقولة أن محكمة القرار المطعون فيه أسست قضاءها على تقرير اختبار غير قانوني وباطل قانونا وخارقا لأحكام الفصل 110 من م م م ت فجاء حكمها ضعيف التعليل وخارقا للقانون مما يوجب نقضه. لذا فهو يطلب قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بالكاف لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى واعفائه من الخطية وارجاع معلومها المؤمن إليه.

حيث ردت الاستاذة **** نائبة المعقب ضدهما على مستندات التعقيب أنه فيما يتعلق بالمطعن المأخوذ من تحريف الوقائع وتجاوز السلطة فلقد نص الفصل 178 من م ح ع أن "يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مساحته أقصر ما يمكن ويراعى في تعيينه ضرر لمالك العقار المحدث به" بمعنى أن المشرع اشترط في حق الاكتناف مراعاة مصلحة مالك العقار بأن يكون ضرره أقل وأصغر وأن محكمة البداية ومن بعدها محكمة الاستئناف تعدت بما فيه الكفاية لمزاعم المدعى عليه في الأصل واستخلصت أحقية المعقب ضدهما في الحصول على حق المرور من عقار المعقب مستندة على تقرير الخبراء الذين حققوا أن ذلك الممر هو الأقصر للمرور إلى أرض منوبيها والأخف ضررا لمالك العقار وأن هذا المطعن جاء راميا إلى مناقشة محكمة الموضوع في تقديرها للوقائع واستخلاص النتائج القانونية منها وهو امر خارج عن رقابة هذه المحكمة طالا أن قضاء محكمة الموضوع جاء معللا تعليلا سائغا دون تحريف للوقائع أو هضم لحقوق الدفاع وبخصوص المطعن المتعلق بالفصل 110 من م م م ت وخلافا لهما تمسك به المعقب فإن الفعل الفصل المذكور أجاز للخبير أن يباشر مأموريته بحضور الخصوم أو في مغيبهم بعد استدعائهم طبق القانون. واتجه رد هذا المطعن وطلبت رفض مطلب التعقيب أصلا متى كان مقبولا شكلا.

المحكمة

عن المطعن الأول المأخوذ من تحريف الوقائع وتجاوز السلطة وهضم حقوق الدفاع:

حيث اقتضى الفصل 178 من م ح ع أنه "يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافته أقصر ما يمكن ويراعى في تعيينه أخف ضرر لمالك العقار المحدث به".

وحيث يفهم من الفصل المتقدم أن المشرع سعى إلى تحقيق منفعتة لطالب الممر وذلك باختيار أقصر منفذ إلى الطريق العام كما سعى من جهة أخرى إلى تخفيف الضرر عن صاحب العقار الموظف عليه حق الارتفاق وان هذه المعادلة والموازنة بين مصلحة الطرفين تفرضها طبيعة حق الارتفاق المروري الذي هو تكليف وارهاق محمول على العقار الموظف عليه الارتفاق ولذلك تجب أن يكون هذا التكليف وهذا الارهاق أقل ضرر ممكن للعقار الموظف عليه من جهة ومن جهة أخرى تراعى مصلحة طالب الممر بأن يعين الممر الأقصر مسافة على أن تكون هذه المسافة غير مضرة مهما كان قصرها بالعقار والمتحمل بالتكليف إذ أن العبرة عند تعيين الممر هي مراعاة مصلحة العقار الموظف عليه الارتفاق وهذا المعطى لم تأخذه بعين الاعتبار محكمة القرار المنتقد.

وحيث أنه من الثابت من تقرير الاختبار وجود ممرين آخرين وأن استبعادهما من طرف الخبير المنتدب لأسباب تتعلق فقط بطبيعة الأرض التي يمر منها الممر واعتماد المحكمة على ذلك السبب والحال أن الممرين الآخرين موجودين بالعقار المجزأ والذي كان عليه تحمل هذا الارتفاق عملا بأحكام الفصل 179 من م ح ع. وهذا ما لم يبينه الاختبار بما يجعل الاخذ بنتيجته على الحالة التي هو عليها والالتفات عن المطاعن المثارة من طرف المستأنف في هذا الخصوص فيه هضم لحقوق الدفاع وخرق لأحكام الفصل 179 من م ح ع واتجه قبول المطعن.

عن المطعن الثاني الماخوذ من خرق الفصل 177 من م ح ع:

حيث اقتضى الفصل 177 من م ح ع أنه لمالك العقار المحاط من كل جانب إذا لم يكن له منفذ إلى الطريق العام أو كان له منفذ غير كاف لمصلحة عقاره أن يطلب ممرا في العقارات المجاورة مقابل دفعه تعويضا عادلا.

وحيث أن التعويض العادل يشمل ما لحق مالك الأرض الموظف عليها الارتفاق من خسارة مترتبة عن منعه من ممارسة حق الملكية في الجزء الموظف عليه حق المرور والذي بمقتضاه تم منعه ممن استعمال ذلك الجزء واستغلاله حسب طبيعته وفي صورة قضية الحال حرم مالك الأرض من استغلال جزء من أرضه ويشمل التعويض العادل الأرباح المعتادة التي حرم منها وهو ما لم تبرره محكمة الحكم المنتقد التي قدرت التعويض بقيمة معينة دون بيان العناصر التقديرية التي أسست عليها ذلك التقدير مما يعرض قضاءها للنقض لهذا السبب.

عن المطعنين الثالث والرابع لترابطهما واتحاد القول فيهما:

حيث اقتضى الفصل 110 من م م م ت ان يباشر الخبير مأموريته بمحضر الخصوم أو في مغيبهم بعد استدعائهم طبق القانون. وبأن يتضمن تقرير الاختبار تصريحات الخصوم وتوقيعهم على هاته التصريحات.

وحيث أن استدعاء الخصوم من طرف الخبير لحضور عملية الاختبار هو أمر واجبا تقتضيه الضمانات اللازمة توفرها للخصوم وإذا تعذر اجراء الاختبار في الموعد المحدد بسبب يتعلق بتخلف الخبراء عن الحضور فإنه يتم تعيين موعد ثان واستدعاء الأطراف لذلك الموعد أما اجراء الاختبار ولو كان ذلك في مساء الموعد المحدد دون دعوة للأطراف من جديد لعملية الاختبار –حسبما صرح به الخبير لدى قلم التحقيق بالمحكمة الابتدائية

بسليانة- يجعل هذا الاختبار مخالف للقانون ولا تجوز للمحكمة اعتماده لبطلانه.

وحيث فضلا عن ذلك فإنه الثابت من مظروفات الملف أن أحد الخبراء المنتدبين وقع رفع تشكي جزائي ضده من طرف المعقب الآن من أجل جريمة الزور على معنى الفصول 82 و172 و173 من م ج تعهد بالبحث فيها قلم التحقيق بمحكمة سليانة الابتدائية وتبعا لذلك كان على المحكمة القيام بالمزيد من الأبحاث والاستقراءات وتعويض الخبير (المشتكى به) بغيره من أهل الخبرة طالما حامت الشبهة حول الأعمال المنجزة وانعدمت ثقة المعقب فيه. ولما لم تفعل تكون قد عرضت قضاءها للنقض لخرقه للقانون.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بالكاف للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الأربعاء 2017/11/22 عن الدائرة المدنية االثالثة برئاسة السيدة **شادية الصافي** وعضوية المستشارتين السيدتين **بسمة العبساوي ومفيدة الطلحاوي** وبمحضر المدعي العام السيدة **هاجر المحرزي** وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة **عائدة الحلواني**.

وحرر في تاريخه