الجمهوريــة التونسيــة **الحمــد لله**

محكمــة التعقيــب

عــ67260ــدد القضيـــة

تاريخ القرار: 2020/01/20

قرار تعقيبي مدني

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من الأستاذ "س.ش." بتاريخ 2018/09/05

نيابة عن : "ن." و"ب. " ابني الشيخ" ح.الم. "

مقر الأول ... والثاني ...

محاميهما الأستاذ "س.ش." الكائن مكتبه ...

ضـــد : "ب. الأ. "في شخص ممثله القانوني، شركة خفية الاسم،

مقرها ...

محاميه الأستاذ "ر. الع. "الكائن مكتبه ...

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 38007 الصادر عن محكمة الاستئناف بالكاف بتاريخ 2018/05/31 والقاضي نهائيا بقبول الاستئنافين الأصلي والعرض يشكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد برفض الدعوى وبإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليه وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضده الأول وبرفض الاستئناف العرضي موضوعا.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المقدمة في 2018/09/28 المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ "ر. الج."يحسب محضره عدد 77827 بتاريخ 2018/09/25.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد المقدمة بتاريخ 2019/01/03 من الأستاذ "ر.الع." في حق المعقب ضده.

وبعد الاطلاع على نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة طبق مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على ملحوظات الادعاء العام المحررة في 2019/11/30 والرامية إلى نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة والإعفاء.

وبعد المفاوضة طبق القانون، صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية طبق أحكام الفصول 175 و185 وما بعده من م م م ت وتعين قبوله شكلا.

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها القرار المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل (المعقب الأول الآن) أمام المحكمة الابتدائية بالكاف عارضا بواسطة محاميه أنه شريك للمدعى عليه بنك الأمان في ملكيته للعقار موضوع الرسم العقاري 10876 الكاف آلت للبنك 100 جزء منه على الشياع من البائع له المدعى عليه الثاني، وأن البنك استقر في أحسن موضع من العقار تاركا له أسوأه وقد بات محروما من حصته بسبب الاكتناف الحائل دون تصرفه وهو يطلب إنهاء حالة الشيوع وتكليف خبير لإعداد مشروع قسمة وفي حالة التعذر فالحكم ببيع العقار صفقة بالمزاد وتوزيع ثمنه والمصاريف على الشركاء كل حسب نصيبه وإلزام المدعى عليه الأول بأن يؤدي له 500د. عن المحاماة مع مصروف الاستدعاء.

وحيث وبعد استيفاء الإجراءات القانونية قضت محكمة البداية تحت عدد 6264 بتاريخ 2016/05/09 ابتدائيا بإمضاء مشروع القسمة المعد من الخبيرين السيدين "الط.الب. "و"ع. ه. "ب1ن عرفة موضوع تقريرهما المؤرخ في 2015/04/27 وإلزام الأطراف على العمل بمقتضاه وحمل المصاريف القانونية عليهم كل حسب نسبة استحقاقه في المشترك.

وحيث استأنف بنك الأمان الحكم المذكور وأصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها المبين نصه بالطالع،

فتعقبه الطاعنان بواسطة محاميهما ناعيين عليه ما يلي:

المطعن الأول: خرق الفصلين 8 و134 من م م م ت مع غريب التعليل:

بمقولة أنهما سبق أن لفتا نظر محكمة القرار المنتقد إلى وقوع الاستدعاء الموجه إلى "ب. الم. "خلافا لأحكام الفصل 8 من م م م ت الذي يوجب المساكنة في الشخص الذي يتسلم النظير بدلا من المعني به عند غياب المستدعى علما وأنه لم يحضر فلم يصحح الإجراء وبأن اختلاف مقرهما يدل على عدم مساكنة أي منهما للآخر، كما خالف عدل التنفيذ الفصل بعدم تنقله إلى مقر بلال ثم بتسليمه النظير إلى من لم يكن مساكنا له وهو ما كان يتعين معه رفض الاستئناف شكلا إلا أن المحكمة اعتبرت أن" ن. "الذي تسلم الاستدعاء لم يثبت عدم المساكنة التي نسبها لنفسه في حين خلا الملف مما يفيد نسبته لنفسه المساكنة بل إن عدم المساكنة يثبت من اختلاف مقريهما وعلاوة على غرابة التعليل كيفما ذكر فإن خرق القانون في هذا الإطار يعد إفراطا في السلطة من جانب المحكمة.

المطعن الثاني: مخالفة الفصول 12 و144 و145 من م م م ت:

بمقولة أن تقرير دفاع البنك المقدم في المرافعة خلا من طلب النقض لعدم إدخال المدعو "ك. الك. " صاحب حق الاعتراض على حكم القسمة الذي لم يشمله وهو ما يبرره الحق المحفوظ الذي لا ينال منه حكم القسمة من جهة وتسوغه وسيلة الاعتراض من جهة ثانية وبراءة شهادة ملكية المشترك 10876 الكاف حين رفع الدعوى بتاريخ 2014/05/13

أي قبل شراء كمال في 2014/12/19 الذي لم يكن مالكا ولا شريكا في الملك وقت القيام بما يجعل الدعوى دونه موفقة إذ لم تشمل سوى من كان مالكا وشريكا وهذه الصفة لم تتوفر في الشاري "ك. "عند طلب القسمة المقدم قبل شرائه وعلى أساس رسم براء منه ومن اسمه، بما كان بالوضوح الذي لا يخول المحكمة قانونا نقض الحكم الابتدائي لعدم شموله المشتري "ك. الك. " لأن البنك لم يطلب منها ذلك تأسيسا على هذا السبب الذي اختلقته رأسا فالثابت أن البنك أثار البيع لفائدة "ك. الك. " تأكيدا منه واستدلالا على أن القسمة حصلت سابقا بصريح عقد الشراء من البائع له "ب. الم. "لكنها إشارة لم يطلب البنك على أساسها النقض ورفض الدعوى، وهو ما تكون معه المحكمة قد قضت بما لم يطلب منها مما خالف مبدأ الحياد على معنى الفصل 12 من م م م ت كما خالف أحكام الفصلين 144 و145 من م م م ت والذي يقتصر النظر بمقتضاهما في حدود ما تسلط عليه الطعن.

المطعن الثالث: مخالفة أحكام الفصل 123 من م م م ت:

بمقولة أن الأسانيد القانونية من البيانات الأساسية الواجبة في كل حكم عملا بالفقرة 5 من الفصل 123 من م م م ت وهي شرط لصحة الحكم وسلامته لكن محكمة القرار المنتقد اعتبرت أن دعوى القسمة يجب أن تشمل كل الشركاء دون أن تستدل بأي نص قانوني على قولها.

المطعن الرابع: الإفراط في السلطة بتحريف الواقع عن حقيقته:

بمقولة أن محكمة القرار المنتقد وبعد اطلاعها على نسخة الرسم العقاري عدد 10876 الكاف دون تمعنه بكل بصيرة، انتهت إلى عدم خضوعه للمفعول المنشئ للترسيم بما أصبح معه الشاري شريكا لا يجوز إدخاله في الطور الاستئنافي حتى لا يحرم من درجة تقاضي، والحال أن الرسم المذكور يخضع للمفعول المنشئ للترسيم حسب المسطر صراحة بالصفحة 2 منه وبما أن الشاري "ك. الك. " لم يتم ترسيم شرائه ونظرا لخلو الرسم من اسمه فهو لا يعد شريكا في الملك ومن الصواب قانونا عدم دعوته لدعوى القسمة فهو لم يحرز صفة المالك وصفة الشريك لبراءة الرسم من عقد شرائه خلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد الذي ناقض الواقع وأحكام الفصل 305 من م ح ع، علاوة على أنه وعلى فرض

التسليم بأن الشاري شريك في الملك ولم تشمله دعوى القسمة فإنه لا يقبل من المحكمة رفض الدعوى لتغيبه عنها والحال أن وسيلة الاعتراض تبقى قائمة ومتاحة له قانونا بنص الفصل 168 من م م م ت ومخالفة للفصل 224 من نفس المجلة فيما يتعلق بالإدخال خشية حرمان طرف من درجة تقاضي على حد تعبير المحكمة وهي خشية في غير موضعها إذ أن ذلك من علائق الأطراف ومصالحهم ولا صلة لها بالنظام العام بما ليس معه من الجائز إثارتها من المحكمة رأسا دون أن يثيرها أحد، وبناء عليه فقد استبدلت محكمة القرار المنتقد الحقيقة الثابتة الراسخة في الرسم كونه خاضع للمفعول المنشئ للترسيم بما ذهبت إليه دون سند محرفة الوقائع ومفرطة في السلطة علاوة على خرق أحكام الفصل 305 عيني والفصل 168 من م م م ت،

وهما يطلبان نقض القرار المطعون فيه دون إحالة.

المحكمة

عن المطعن الأول المتعلق بخرق الفصلين 8 و134 من م م م ت وسوء التعليل:

حيث وفضلا عن وقوع تبليغ مستندات الاستئناف إلى المعقب "ب. "بمقره الكائن ... حيث تم تسليم النظير إلى من قدم نفسه لعدل التنفيذ على أنه مساكنه وأمضى الأصل بعد التعريف بنفسه طبق ما يوجبه الفصل 8 من م م م ت بما تصح معه إجراءات التبليغ بقطع النظر عن شخص المتسلم في حقه سواء كان شقيقه المعقب معه أو غيره من الأشخاص، فقد وقفت محكمة القرار المنتقد على انحصار الدعوى بين المعقب ضده "ب. الأ. "وبين المعقب "ن. "بعد أن حل محل شقيقه في الملك بموجب الشراء وهو ما استوعب الرد عن الدفع الشكلي المتعلق باستدعاء هذا الأخير الذي لا يشمله النزاع ولا موضوع القسمة واتجه رفض هذا المطعن لعدم وجاهته وعدم تأثيره على وجه الفصل في الدعوى ولا على حقوق الدفاع.

عن بقية المطاعن لارتباطها واتحاد القول فيها:

حيث تأسس مشروع القسمة المعتمد من محكمة البداية على شهادة ملكية متعلقة بالعقار موضوع الرسم العقاري عدد 10876 الكاف مفادها اشتراك كل من المعقب ضده "ب. الأ." والمعقب "ن.م. "في ملكيته بنسب 100 جزء للمالك الأول و27 جزء للمالك الثاني واتضح بالرجوع إلى الرسم العقاري المذكور أنه ختمت بشأن العقار إجراءات التحيين وأصبح خاضعا للمفعول المنشئ للترسيم بما تكون معه محكمة القرار المنتقد قد حرفت الواقع وخالفت ما له أصل ثابت بالملف في هذا الشأن.

وحيث وعلاوة على كون الطعن بالاستئناف لم يستند إلى وجود شريك آخر في الملكية لم يقع أخذه بعين الاعتبار في مشروع القسمة بما تكون معه محكمة القرار المنتقد قد تجاوزت الأسباب التي تسلط عليها الطعن مخالفة أحكام الفصلين 144 و145 من م م م ت، فإن وجود عقد بيع غير مدرج بالرسم العقاري بين أحد الشريكين المرسمين والغير لا يوهن مشروع القسمة المقام على أساس شهادة الملكية التي لم تشمل المشتري وإنما يحل المشتري المذكور عند الاقتضاء محل البائع له بصفته خلفا خاصا له في المنابات المبيعة وذلك في الجزء المخصص لهذا الأخير بموجب القسمة بما لا موجب معه لإدخاله في الطور الاستئنافي ولا إلى حمل الطرفين على إعادة التقاضي من جديد أمام محكمة الدرجة الأولى، مع بقاء حقه محفوظا في الاعتراض على حكم القسمة إذا ما أثبت مساسه بحقوقه وإضراره بها.

وحيث لم تناقش محكمة القرار المنتقد دفوعات الطاعن المتعلقة بمشروع القسمة ومدى استجابته لأحكام الفصل 119 من م ح ع ومراعاته للحالة الواقعية للاستغلال ووضع اليد بين الشريكين في الملكية واكتفت بنقض حكم القسمة والقضاء مجددا برفض الدعوى لعدم شمولها جميع الشركاء في الملكية فلم تصب المرمى وانطوى حكمها على سوء تعليل وتحريف للوقائع وخرق لأحكام النصوص المشار إليها أعلاه بما اتجه معه نقض قرارها وإحالة الملف عليها من جديد لإعادة النظر في القضية بهيئة مغايرة.

لـــــهـــــذه الأســـبـــــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلاونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بالكاف لإعادة النظر فيها بهيئة مغايرة وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 20جانفي2020 عن الدائرة المدنية التاسعة والثلاثين برئاسة السيد وجدي الهذيلي وعضوية المستشارين السيدين رجاء بوسمة ومحمد الورهانيوبحضور المدعي العام السيدة رجاء الخضراوي،

وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.

وحرر في تاريخه