الجمهورية التونسية **الحمـد لله،**
وزارة العدل
محكمة التعقيب
عدد القرار: 51401
تاريخه:2017/11/21

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الآتي:

بعـــد الاطـــلاع علـــى مطلـــب التعقيـــب المقـــدم فـــي 2017/05/23 تحـــت عـــدد 7822 مـــن طـــرف المحـــامي الأســـتاذ "خ.ح"

في حـق: "م.ب.ه"

ضـد: -ورثة "ث.ب.س.ب.ح.ث" وهم

1- "ع.ب.ث.ث"
2- "م.ب.ث.ث"
3- "ض.ب.ث.ث"
4- "ح.ب.ث.ث"
5- "س.ب.ث.ث"
6- "ف.ب.ث.ث"
7- "س.ب.ث.ث"
8- "س.ب.ث.ث"

-ورثة "ب.ب.س.ث" وهم:

1- "ح.ب.م.ث"
2- "م.ب.م.ث"
3- "ز.ب.م.ث"
4- "س.ب.م.ث"
5- "ت.ب.م.ث"

-ورثة "ب.ب.ب.ب.س.ث" وهم

1- "ب.ب.ب.ث"
2- "ه.ب.ب.ث"
3- "و.ب.ب.ث"

4- "ن.ب.ب.ث"
5- "ن.ب.ب.ث"
6- "س.ب.ب.ث"
7- "ح.ب.ب.ث"
محاميهم الأستاذ: "ع.ع.ع"

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 21385 الصادر بتاريخ 2017/03/29 عن محكمة الاستئناف بمدنين والقاضي نهائيا استعجاليا بقبول الاستئناف شكلا ورفضه أصلا وإقرار الحكم الابتدائي وتخطية المستأنف بالمال المؤمن وحمل مصاريفها القانونية عليه.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدهم بواسطة عدل التنفيذ "م.و" حسب محضره عدد 7822 بتاريخ 2017/06/15 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة في 2017/06/21 وفقا لمقتضيات الفصل 185 م م م ت.

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

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

<u>من حيث الشكل</u>

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه وصيغه القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

<u>من حيث الأصل</u>

حيث تفيد وقائع القضية مثلما أثبتها الحكم المطعون فيه والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعين في الأصل (المعقب ضدهم الآن) لدى المحكمة الابتدائية بمدنين عارضين بواسطة نائبهم أنه على ملكهم بمعية المدعى عليه في الأصل(المعقب الآن) العقار الكائن بعمرة القديمة مدنين وذلك على الشياع وهو موضوع قضية في القسمة معينة لجلسة يوم 05-12-

2016 أمام المحكمة الابتدائية بمدنين وقد تولى المدعى عليه في الأصل الشروع في إقامة بناء محل سكنى فقام المدعون التنبيه عليه بإيقاف الأشغال وعدم التصرف في العقار إلى حين قسمته بينهم وذلك بواسطة محضر عدل التنفيذ الأستاذ "م.ف" عدد 969 بتاريخ 31-10-2016 لكنه لم يستجب لذلك فتولى المدعون معاينة الأشغال بواسطة العدل المنفذ المذكور برقيمه عدد 968 في 31-10-2016 هذا وقد سبق لهم القيام بقضية في إيقاف الأشغال وصدر حكم بإيقاف الأشغال إلى حين البت في مطلب التسجيل إلا أن ذلك المطلب تم إلغاؤه مما اضطرهم لإعادة الطلب لذا طلبوا الحكم استعجاليا بإلزام المدعى عليه بإيقاف الأشغال المقامة على الأرض إلى حين البت في قضية القسمة والإذن بالتنفيذ على المسودة.

وحيث صدر الحكم الابتدائي عدد 24636 بتاريخ 2016/11/29 قاضيا ابتدائيا استعجاليا بإلزام المطلوب بإيقاف أشغال البناء الموصوفة بالمطلب إلى حين البت بصفة نهائية في القضية الاستحقاقية عدد 16/16966.

وحيث استأنف المطلوب (المعقب الآن) الحكم المذكور وأصدرت محكمة القرار المطعون فيه قرارها بالإقرار بناء على أن إقدام المستأنف على البناء بالعقار المشترك دون موافقة بقية الشركاء مع وجود نزاع قضائي منشور بينهم في قسمة العقار يعد ماسا بحقوق بقية الشركاء ومضرا بمصالحهم واستباقا لنتيجة حكم القسمة الذي سيصدر بين الطرفين.

وحيث عقب المستأنف القرار الاستئنافي المذكور ناعيا عليه مخالفة أحكام الفصل 201 م م م ت والفصل 58 م ح ع وضعف التعليل بمقولة أن المعقب تولى البناء بعقار صالح لذلك ولا شيء بالملف يفيد تضرر شركائه من ذلك ولا حتى مجرد احتمال الضرر أو تجاوزه للمساحة التي اشتراها بما يضر ببقية الشركاء أو أن ذلك البناء سيضر بهم تحت أي عنوان كان أو أنه بناء غير مرخص فيه وإن مجرد نشر قضية في القسمة لا يبرر للقاضي الاستعجالي القضاء بإيقاف الأشغال دون التأكد من العنصرين المذكورين وهما استغلال العقار في

غير ما أعد له أو التجاوز والاعتداء على حق بقية الشركاء ودون الاطلاع على مساحة العقار المشترك ويبقى حق المعقب ثابتا وصريحا أما القسمة فهي افتراض لم يتحقق وحين انتصر القضاء الاستعجالي للافتراض وأهمل الحق يكون قد خالف مبدأ التأكد وتجاوز إلى المس من حق الشريك في استغلال المشترك فيما أعد له وحين عللت المحكمة بأن البناء مضر بالشركاء واعتبرته استباقا لنتيجة القسمة تكون قد خاضت في الأصل واعتبرت القسمة من تحصيل الحاصل والضرر في حكم المحقق واقعا وهو أمر لا يجوز للقاضي الاستعجالي التطرق إليه بمثل هذا الجزم طالما خلا الملف مما يثبت ظاهريا تضرر الشركاء أو صدور حكم في القسمة وتغافلت عن حق الشريك في استغلال المشترك فيما أعد له فهي غلّبت حقا مفترضا وغير ثابت على حق آخر ظاهر وثابت دون دليل والمعقب ضدهم يريدون حماية حق دون أن يثبتوه وهو الحق في عدم الإضرار بهم وهم الذين لم يثبتوا ولو ببداية حجة أو مجرد معاينة تلك المضرة أو قدموا حتى مساحة العقار المشترك وإن في ذلك تجاوز لحقه في استغلال عقاره وهو ما أهملته محكمة القرار المنتقد وأضاف من جهة أخرى أن المحكمة أضافت شرطا جديدا وهو ضرورة موافقة بقية الشركاء على أشغال شريكهم لاستمرارها وهو تزيّد على النص القانوني لا وجود لأثر له بمجلة الحقوق العينية بل إن الفصل 58 م ح ع خول للشريك الانتفاع بالمشترك دون الاستئذان أو الحصول على موافقة الشركاء بشرط عدم تجاوز حصته (الأمر الذي لم يثبته المعقب ضدهم في قضية الحال) وأن لا يستعمله خلافا لطبيعته أو لما أعد له (والمعقب استعمل العقار للبناء وهو معد لذلك) وأن لا يكون ذلك الاستعمال مضرا ببقية الشركاء أو مانعا لهم من التصرف بقدر ما لهم من حق (وهو الأمر الذي لم يتولوا إثباته في قضية الحال) وبالتالي فإن الشرط الذي أضافته محكمة الحكم المطعون فيه لم يأت به الفصل 62 م ح ع الذي نظم هذه المسألة والذي لم يأت بصيغة المنع الجازمة وتكون المحكمة بذلك قد خالفت الفصل 58 م ح

ع وأساءت قراءة الفصل 62 من نفس المجلة وأسست حكمها على فرضيات غير موجودة في القانون ولم تتمعن في وجود حالة التأكد وأهملت مؤيدات المعقب ولعل أهمها تفويت المعقب ضدهم في مناباتهم في العقار المشترك ولم تتول الإجابة عنها واكتفت عند وجود قضية في القسمة وهو ليس مبررا كافيا ليقع تعطيل أحكام الفصل 58 م ح ع وحرمان المعقب من استغلال منابه في المشترك بل كان عليها مطالبة المعقب ضدهم بإثبات حقيقة الضرر الذين يريدون إيقافه بالوسيلة الوقتية المطلوبة وكان بذلك الحكم المطعون فيه ضعيف التعليل مخالفا لمبادئ القضاء الاستعجالي لعدم توفر ركن التأكد في الملف وانتهى إلى طلب الحكم بقبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الإحالة على محكمة الاستئناف بمدنين للنظر فيها بهيئة أخرى.

وحيث رد نائب المعقب ضدهم أن محكمة الحكم المنتقد لم تخالف الفصل 58 م ح ع ولا الفصل 201 م م م ت وقد عاين قاضي الأصل وجود التأكد والثابت أن المقياس في مراقبة القاضي الاستعجالي هو وجود الحق والضرر أو انتفائهما وفي قضية الحال فقد ثبت بما لا يدعو للشك أن قاضي الأصل أحسن تطبيق القانون وأحكام الفصل 201 م م م ت وأحسن تقدير عنصر التأكد وإن مفهوم التأكد بالنسبة لمحكمة التعقيب ينحصر في عنصرين موضوعيين وهما الحق والضرر وإن المسألة لا تحتمل الانتظار وقد ثبت من فقه قضاء محكمة التعقيب أن انتفاع الشريك بالمشترك ليست مطلقة وإن كان المعقب شريكا في الملك إلا أنه لا أحقية له في البناء في العقار المشترك إلا برضاء بقية الشركاء وطلب الحكم برفض التعقيب أصلا متى استقام شكلا.

المحكمـــــة

عن المطعن الوحيد:

حيث نعى نائب المعقبة على القرار المطعون فيه مخالفته للفصلين 201 م م م ت و58 م ح ع لعدم توفر ركن

التأكد وتغليب حق محتمل على حق الانتفاع الثابت دون تعليل سليم.

وحيث لا جدال أن دعوى إيقاف الأشغال هي من الدعاوى التي يختص بها قاضي العجلة بامتياز باعتبار أن تدخله السريع والمتأكد لوضع حد للأشغال التي شرع فيها قبل إتمامها درءا لضرر حال ومؤكد في حال الاستمرار في القيام بها.

وحيث رجوعا لمظروفات الملف وظاهر أوراقه ثبت أن العقار الذي شرع المعقب في أعمال بناء فوقه لا يزال قانونا على الشياع بين مستحقيه ومنهم المعقب ضدهم مما يجعله خاضعا لحكم الفصل 62 م ح ع القاضي بأنه ليس لأحد الشركاء أن يحدث شيئا في المشترك إلا برضاء الباقين.

وحيث إن محضر المعاينة المحرر من قبل العدل المنفذ "م.ف" بتاريخ 31-10-2016 تحت عدد 968 والصور الفوتوغرافية المرافقة له يثبتون إقامة أشغال بناء بعقار التداعي وهو ما أقر به المعقب نفسه.

وحيث إن محضر المعاينة والصور كافية في ظاهرها للإذن بإيقاف الأشغال أحرى وقد تعزز ذلك بإقرار المعقب باعتبار ما تقتضيه حالة الشيوع من تسلط ملكية كل شريك على جميع أجزاء المشترك وهو ما يجعل في الأشغال المنجزة قبل القسمة مضرة تلحق ضرورة بحقوق باقي الشركاء لما فيها من استئثار منفرد بجزء مفرد تخصصه الشريك لنفسه وبنفسه دون رضاء باقي الشركاء.

وحيث بالتالي تكون محكمة القرار المنتقد لما أقرت الحكم الابتدائي بإيقاف الأشغال قد أحسنت تطبيق القانون ضرورة أن الانتفاع بالشيء المشترك الذي اقتضاه الفصل 58 م ح ع لا يمكن أن يمنع بقية الشركاء من الانتفاع به بقدر حصتهم ومجرد الشروع في إحداث بناء فوق جزء محدد من العقار المشاع يشكل بالضرورة استئثارا به وتجاوزا لحق بقية الشركاء في الانتفاع به فالضرر حاصل دون حاجة لحصول تجاوز القائم بالأشغال لحدود مناباته طالما أن الاستمرار على

البناء سيفضي إلى وضعية واقعية وتحوز فعلي لجزء من عقار مشاع قبل القسمة وهو ما من شأنه أن يمس بحقوق المعقب ضدهم ويتفاقم مع ذلك حصول الضرر الذي يستوجب الإسراع برفعه وهو ما يتوفر معه ركن التأكد المشروط للتداعي استعجاليا على معنى الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية فكان بذلك ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد في حكمها سليما وأضحى المطعن المثار في هذا الخصوص غير مبرر واقعا وقانونا واتجه رده.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ **21 نوفمبر 2017** عن الدائرة المدنية الأربعين المتركبة من رئيستها السيدة **سلوى الزين** وعضوية المستشارتين السيدتين **نادرة بن سالم** و**شفيقة الحجلاوي** وبحضور المدعي العام السيدة **حياة اليعقوبي** وبمساعدة كاتب الجلسة السيد **أحمد عبيد.**

وحرر في تاريخه