

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 17 نوفمبر 2023 تحت عدد 1374 من الاستاذ ***** المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن:

***** القاطن ب ***** والمعين محل محابرتة بمكتب محاميه الاستاذ ***** الكائن ب ***** .

ضد:

1-ورثة ***** وهم ارملته ***** وابناؤه منها ***** و ***** و ***** بصفتهم اطراف اصلية وورثة و ***** بصفته وارثا القاطنين ب ***** نائبيهم شركة ***** للمحاماة.

طعنا في القرار الاستئنائي عدد 21925 الصادر بتاريخ 10 جويلية 2023 عن المحكمة الابتدائية ب ***** بوصفها محكمة استئناف لاحكام النواحي والقاضي نھايا بقبول الاستئنافين شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد برفض الدعوى واعفاء المستانفين من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليهم وحمل المصاريف القانونية على المحكوم ضده وتغريمه لفائدة المستانفين باربعمائة دينار (400د) لقاء اجرة المحاماة.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدهم بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ ***** حسب محضره عدد 2298 بتاريخ 07 ديسمبر 2023 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في الاجل القانوني طبق مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على المستندات المقدمة في 26 ديسمبر 2023 من شركة ***** للمحاماة نيابة عن المعقب ضده والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا ان قبل شكلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه مع الاحالة.

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

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع الشروط والصيغ القانونية الواردة بالفصل 175 وما بعده من م م م ت مما اتجه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها المدعي في الاصل المعقب الان امام محكمة البداية عارضا انه في حوزة طريق موصل الى عقاره طبقا لكتب اتفاق بالمرور ممضى من المدعى عليه في الاصل

***** لفائدته منذ شهر فيفري 2010 داب على استعماله الا ان جميع المدعى عليهم عندوا الى مشاغبتة وحفروا حفرة بجانبه وغرسه مما ضيق من حق مروره وسعوا الى اغلاق شيء منه طالبا اجراء بحث حوزي في الغرض والزامهم بكف شغبهم عنه وازالة العوائق وتغريمهم بمصاريف التوجه والاختبار والمحاماة وحمل المصاريف القانونية عليهم. وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الناحية ب***** حكمها عدد 4525 بتاريخ 01 جوان 2022 يقضي ابتدائيا بكف شغبهم عن العقار محل التداعي الموصوف بعريضة الدعوى وتقرير الاختبار الماذون فيه موضوع البحث الحوزي ورفع يديهم عنه وارجاعه على الحال الذي كان عليها وازالة العوائق عنه وتغريم المدعى عليهم متضامين لفائدة المدعي ب 200.000 د لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة يضاف لها 109.950 د لقاء اجرة محضر الاستدعاء عدد 40.462 د لقاء معلوم التوجه مع 429.000 د لقاء اجرة الاختبار الماذون فيه و 176.420 د لقاء محضر المعاينة عدد 469 و 132.500 دينار لقاء محضر معاينة عدد 535 و 197.420 د لقاء اجرة محضر معاينة عدد 3016 وحمل المصاريف القانونية عليهم والرفض فيما زاد على ذلك. فاستأنفه المطلوبين واصدرت محكمة الاستئناف قرارها المضمن نصه وعدده وتاريخه بالطالع.

فتعقبه الطاعن ناعيا عليه ما يلي:

المطعن الاول: اعتماد المحكمة على تقرير اختبار باطل بحكم القضاء:

قولا انه يتضح بالرجوع إلى مظاهرات الملف أن الشهادة في صبغة الأرض قد تم استصدارها بموجب اختبار مأذون فيه من قبل السيد قاضي الأذون تحت عدد 154888 بتاريخ 12 مارس 2020 وقد غفلت محكمة الحكم المطعون فيه أن ذلك الإذن مصدر تقرير الاختبار الذي أنتج الشهادة في صبغة الأرض قد صدر في شأنه حكم استعجالي بالرجوع فيه و بالغاء جميع آثاره، وذلك بتاريخ 06 اكتوبر 2010 حتى اضطرت محكمة الناحية حينها إلى إصدار حكم تحضيري بتوفير شهادة في صبغة الأرض قبل أن يتبين لها بريق الصواب بما أدلينا به من فقه قضاء في الغرض فتراجعت في الحكم التحضيري لعدم الحاجة إليه وببطلان ذلك الإذن والغاء جميع آثاره تكون تلك الشهادة في صبغة الأرض بدورها ملغية و باطل اعتمادها و لكن محكمة القرار المطعون فيه قد اعتمدها كأساس و أساس وحيد في حكمها بالنقض و بذلك استوجب القرار المطعون فيه النقض من هذه الزاوية لأن ما بني على باطل فهو باطل، و لأن القاعدة الأصولية تقتضي أن الأثر يزول بزوال سببه.

المطعن الثاني: خلط محكمة القرار المطعون فيه بين الحق الارتفاقي و الحق في العين:

قولا انه ولئن تيسر فهم اشتراكية الأرض المأخوذ منها محل النزاع الإمكانية حصول ذلك، فإن القول باشتراكية حق المرور لا يمكن استساغتها مطلقا لعدم إمكانيتها واقعا وقانونا اذ لم يدع المعقب ملكية الأرض المتخذة طريقا، سيما و عنوان كتبه في الطريق كما هو واضح به محضر اتفاق حول مرفق مرور و بهذا وقعت محكمة الحكم المطعون فيه في الخلط حول مفهوم الاشتراكية وأبعاده إذ هو يتعلق دوما بالعين (الأرض) كملكية أو حوز و ليس بالارتفاق كحق.

المطعن الثالث: سوء التأويل لدى محكمة الحكم المطعون فيه بخصوص الأرض الاشتراكية و قواعد الاختصاص الحكمي ومخالفة القانون و الافراط في السلطة:

قولا ان الحكم المطعون فيه اعتمد على مقتضى الفصل 10 من القانون عدد 69 لسنة 2016 المؤرخ في 10 اوت 2016 الذي اقتضى أنه يعرض وجوبا على تحكيم مجلس التصرف النزاعات العقارية المتعلقة بالأرض الاشتراكية وقد

أساءت المحكمة تأويل هذا الفصل و جعلته يشمل نزاع الحال حين اعتبرت أن نزاع الطرفين هو نزاع عقاري أنه يتعلق بأرض اشتراكية و أنه تنطبق عليه قواعد قانون الأراضي الاشتراكية وقد أخطأت المحكمة مرتين هنا مرة أولى حين صنفت النزاع على حق المرور نزاعا عقاريا و حين اعتبرت أن قانون الأراضي الاشتراكية ينطبق على الدعاوى الارتفاقية. وقد أخطأت المحكمة أيضا في تغافل المستجد بخصوص الأراضي الاشتراكية الا وهو الاضمحلال القانوني المجالس التصرف من خلال تنقيح 2016 الذي حدد أجلا لذلك 5 سنوات من إصدار القانون لتصفية الأراضي الاشتراكية وانتهاء أجل الى سنوات دون تصفية الأراضي الاشتراكية، ودون تمديد الأجل، بما يسقط معه كل دور أو وجود المجالس التصرف و المشرع حين أحال كل النزاعات العقارية بعد انتهاء أجل 5 سنوات دون تسوية إلى فروع المحكمة المعقارية يؤكد أن مواد بخصوص النزاعات في نزاعات الحوز و التصرف و ليس نزاع حق المرور الذي لا. يتصور أن تنظر فيه أو تقسمه المحكمة العقارية و فضلا عن التشريع والعرف، فإن فقه القضاء حافل بمثل هذه ورغم إدلائنا بالطور الابتدائي بأحكام قضائية مماثلة في التفريق بين النزاع الارتفاقي و النزاع في العين و تحديدا الحكم الابتدائي (ناحية) عدد 3545 الصادر عن حاكم الناحية ب**** بتاريخ 4 مارس 2009 الذي لم يأخذ بدفع الصبغة الاشتراكية للأرض، ليأتي القرار الاستئنائي تحت 14511 الصادر عن هذه المحكمة بالذات أي المحكمة الابتدائية ب****، فيقضي بالنقض بعدم الاختصاص ليأتي من بعده مباشرة القرار التعقيبي عدد 59731 ليقضي من جديد بالنقض معتبرا أن رفض الدعوى لعدم الاختصاص لم يرقم على سند واقعي و قانوني صحيح طالما أن النزاع موضوع قضية الحال لم يتأسس على صبغة الأرض وطبيعتها و نوعيتها و وجه الاستحقاق فيها، بل استند الأحكام الفصل 54 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وكان مبناه دعوى حوزية الغاية منها استرجاع المعقب حوزة و كف شغب المعقب ضد المدين عمدا إلى سدمها بالة جارفة" و محكمة الحكم المنتقد لما قضت بنقض حكم البداية القاضي بكف شغب المعقب ضد المدين و القضاة من جديد برفض الدعوى لعدم الاختصاص، فإن حكمها يكون قد تنكب جادة الصواب و حاد عن سوي السبيل وجاء مخالفا للقانون و متسما بالإفراط في السلطة و أساء تطبيق أحكام الفصل 54 م.م.م.ت بما يتعين نقضه.

المطعن الرابع: هضم حق الدفاع بصرف القضية للحكم رغم طلب الدفاع صرفها للترافع:

قولا ان الدفاع طلب بتاريخ 10 جويلية 2023 صرف القضية للمرافعة من اجل الترافع ولكن المحكمة تجاهلت طلب الدفاع رغم اهميته وجوهريته سيما والقضية لا تزال في جلستها الاولى ولم تتنقل كاهل المحكمة ولم يستوف حقها من الكفاح اذ اعتبرت تلك الجلسة جلسة مرافعة وصرفها للحكم اثر الجلسة ثم قضت بالنقض والرفض لعدم الاختصاص ما يجعل المحكمة قد افترطت في السلطة حين حرمت الدفاع من الترافع شخصا وخالفت القانون.

وحيث رد نائب المعقب ضده عن جملة المطاعن ملاحظا أن الرجوع في الإذن كما التراجع عن الحكم التحضيري كان سببهما إتفاق الطرفين على صبغة الأرض و إجماعهما على أنها اشتراكية كما كان سببهما الكلفة الباهضة للإختبار المؤدي للحصول على تلك الشهادة وقد تعمقت محكمة الدرجة الأولى في النقاش في خصوص الأراضي الإشتراكية و الضرورة التي أصبحت تفرض نفسها " لنزع صبغة الجمود عن العقارات الإشتراكية لإدخالها للدورة الإقتصادية و الانتفاع بها كما تحدث محكمة الدرجة الأولى عن " النفس الجديد في فقه القضاء التونسي في فصل الصبغة الإشتراكية للعقار الموظف عليه الحق الارتفاقي عن ذلك الحق " وقد انخرطت محكمة الناحية في ذلك التوجه و سايرته الأمر الذي راق للمدعي في الأصل المستأنف ضده المعقب الآن لأن تلك القراءة لقانون الأراضي الإشتراكية كانت لصالحه ثم و لما تمت

قراءة نفس القانون طبق نضه ومعناه و دون تأويله يرفض اعتماده ومثلما جاء بتعليل الحكم المطعون فيه بيقى الفصل بين العقار و الحق الإرتفاقي الموظف عليه مسألة اجتهاد ووجهة نظر. أما عن القانون فإنه لا يمكن الفصل بينها مثلما أكد ذلك المشرع لأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها و ما تحتها و حق الإرتفاق هو حق أصلي متفرع عن حق الملكية وهي ملكية العقار ذي صبغة اشتراكية ما يجعله خاضعا لأحكام الفصل العاشر من القانون ع 69 لسنة 2016 المؤرخ في 10 أوت 2016 وقد اقتضى الفصل 532 م ا ع أنه " نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الإستعمال ومراد واضع القانون " اما عن المطعن الثالث فقد اقتضى الفصل 10 من القانون ع 69 دد لسنة 2016 المؤرخ في 10 أوت 2016 أنه " تعرض وجوبا على تحكيم مجلس التصرف النزاعات العقارية المتعلقة بالأرض الإشتراكية داخل دائرة معتمدية أو أكثر بين أفراد ينتمون لنفس المجموعة أو رفع الأمر مباشرة إلى مجلس الوصاية الجهوي أو مجلس الوصاية المشترك بين الجهات ... و عند تعذر فض النزاعات المشار إليها إعلام الوالي المختص تريبا ... " وقد أبقى المشرع ضمن التدخل التشريعي الأخير لسنة 2016 على ذلك الإختصاص المطلق و الحصري دون تفریق بين النزاع العقاري والنزاع الإرتفاقي لتراطهما الوثيق المبني على ترابط الحق العيني و الحق الإرتفاقي الذي يعتبر أيضا حقا أصليا و أن الأراضي الإشتراكية هي أراضي عروضية خصها المشرع بحماية خاصة لما جعلها تابعة السلطة إشراف الدولة بما في ذلك النزاعات المتعلقة بها ومصطلح " وجوبا " الوارد بنص الفصل العاشر جديد الموما إليه لا يحتاج أي اجتهاد في قراءته للصبغة الإلزامية التي يفرضها وقد ذهب الطاعن إلى إعتبار أن الحكم المطعون فيه قد انبنى على خطأ جسيم لما تغافل عن معطى " مستجد " حسب قوله الا وهو الإضمحلال القانوني بمجالس التصرف بموجب تنقيح 2016 فبالرجوع إلى النص المذكور يفهم أن الطاعن يقصد الأجل القانوني الذي منحه المشرع المجالس التصرف قصد إسناد الأراضي الإشتراكية وهو أجل قدره خمس سنوات فعلا بعدها تحال الملفات على المحكمة العقارية للتسجيل ولم يشر المشرع في أي مرحلة إلى محاكم الحق العام مهما كانت نوعية النزاع ما يؤكد أن مراده كان منسجما مع عبارات النص في خصوص إسناد الإختصاص اما في خصوص هضم حقوق الدفاع فقد استوفى الطرفان حقهما في الدفاع و تقديم ملحوظاتهما والمؤيدات وصولا إلى طلب صرف القضية لجلسة المرافعة ومع اقتراب العطلة القضائية ارتأت المحكمة أن تعتبر تلك الجلسة جلسة مرافعة ودعت الطرفان للتراجع و فعلا حضرا و ترافعا أو اكتفيا بتقاريرهما الكتابية وليس في ذلك أي من بحقوق الدفاع أو إفراط في السلطة .

المحكمة

عن المطعن الاول المستمد من اعتماد المحكمة على تقرير اختبار باطل بحكم القضاء:

حيث خلافا لما جاء بهذا المطعن ولئن لم تحدد محكمة القرار المطعون فيه تاريخ الشهادة في صبغة الارض المعتمدة من طرفها ومضمونها بكل دقة واعتمدت عبارات مطلقة في حيثياتها الا ان ذلك لا يورث حكمها خلافا في تطبيق القانون بالقول انها اعتمدت في حكمها على تقرير اختبار باطل بحكم القضاء طالما اتضح من خلال الاطلاع على الشهادة في صبغة الارض المستخرجة من ***** بتاريخ 26 نوفمبر 2020 انها قد بنيت على نتائج البحث العقاري الذي قامت به الادارة الجهوية للاملاك والشؤون العقارية ب ***** يوم 06 نوفمبر 2020 بشأن قطعة الارض الكائنة ب ***** من ***** والمساحة ل 20 ص و 82 ار ولم تقع الاشارة الى تقرير الخبير الماذون له بموجب الاذن على عريضة عدد 154888 الصادر بتاريخ 12 مارس 2020 بما يتعين معه تجاوز هذا المطعن.

عن المطعين الثاني والثالث المستمدين من سوء مخالفة قواعد الاختصاص الحكمي ومخالفة القانون والافراط في

السلطة والخلط بين الحق الارتفاقي والحق في العين لتداخلهما ووحدة القول فيهما:

حيث عاب الطاعن على محكمة القرار المنتقد سوء تاويلها للفصل 10 من القانون عدد 69 لسنة 2016 المؤرخ في 10 اوت 2016 حين اعتبرت ان النزاع حول حق المرور نزاعا عقاريا ينطبق عليه قانون الاراضي الاشتراكية كما تغالفت عن الاضمحلال القانوني لمجلس التصرف من خلال تنقيح 2016 الذي حدد اجلا بخمس سنوات من اصدار القانون لتصفية الاراضي الاشتراكية وبانتهائه دون تصفية ودون تمديد في الاجل يسقط معه كل دور او وجود لمجلس التصرف. حيث اقتضى الفصل 10 من القانون عدد 69 لسنة 2016 المؤرخ في 10 اوت 2016 انه " تعرض وجوبا على تحكيم مجلس التصرف النزاعات العقارية المتعلقة بالارض الاشتراكية الواقعة داخل دائرة معتمدية او اكثر بين افراد ينتمون لنفس المجموعة... وعند حصول نزاع بين مجموعة وفرد لا ينتمي الى تلك المجموعة فانه بإمكان الاطراف رفع الامر مباشرة الى مجلس الوصاية الجهوي او الى مجلس الوصاية المشترك بين الجهات اذا كان النزاع يمتد على اكثر من ولاية للبت فيه خلال اجل اقصاه ثلاثة اشهر من تاريخ تعهده.

وعند تعذر فض النزاعات المشار اليها بالفقرات السابقة من هذا الفصل يتعين على رئيس مجلس الوصاية الجهوي او رئيس مجلس الوصاية المشترك حسب الحالة اعلام الوالي المختص تريبا بذلك الذي يطلب تسجيل الاراضي موضوع النزاعات في نطاق المسح العقاري الاجباري."

وحيث يتمحور الاشكال القانوني الذي اثير بموجب هذا الدفع حول ما اذا كان النزاع الارتفاقي هو نزاع عقاري على معنى الفصل 10 المشار اليه ام ان مفهوم الاراضي الاشتراكية يتعلق دوما بالملكية او الحوز وليس بالارتفاق كحق.

وحيث للجواب على هذه المسألة الخلافية وجب البحث في الطبيعة القانونية لحق الارتفاق الذي عرفه المشرع بالفصل 169 من م ح ع بكونه " الحق المترتب على العقار لمنفعة عقار اخر يملكه شخص غير مالك العقار الاول" وحق المرور هو من حقوق الارتفاق الناشئة عن القانون ما يفهم منه ان حق المرور كحق ارتفاق يوظف لمصلحة عقار تجاوزا لمصلحة المالك فيتبع العقار اينما تنقل لانه من مكملات العقار فاذا بيع العقار او تم رهنه كان الارتفاق ضمن تلك العمليات ويتمتع صاحبة بسلطة استعماله ويبقى قائما حتى مع تجزئة العقار لذلك يعتبر حق الارتفاق حق عيني اصلي متفرع عن الملكية ويبقى قائما حتى بعد تجزئة العقار.

وحيث بهذا التعريف تشمل النزاعات العقارية التي تعرض وجوبا على تحكيم مجلس التصرف مناط الفصل 10 المشار اليه اعلاه النزاعات المتعلقة بحقوق الارتفاق طالما انها حق عيني عقاري متفرع عن الملكية الاصلية التي يبقى فيها حق الرقبة بيد المالك ويسحب منه الانتفاع لفائدة صاحب حق الارتفاق وهو المفهوم المنطبق على وقائع دعوى الحال من خلال طلب المعقب المدعي في الاصل الان الزام المعقب ضدهم بكف شغبهم عن الطريق الموصل لعقاره الذي في حوزة وتصرفه منذ سنين وبمقتضى كتب الاتفاق الممضى من ***** والذي مكن بموجبه هذا الاخير المدعي في الاصل وعائلته دون مقابل من طريق تصل الى محل سكنهم يمر من وسط ملك ***** وقد انتهت محكمة القرار المعقب من خلال هذه المعطيات الى تطبيق سليم للقانون لما اعتبرت ان النزاع الحالي يخرج عن اختصاص المحاكم العدلية عملا بالفصل العاشر طالما ان الارض المقتطع منها حق المرور ذات صبغة اشتراكية هذا فضلا على ثبوت عدم انطباق كتب الاتفاق كاحد اسانيد القيام الحالي على محل النزاع فنيا.

وحيث علاوة على ذلك فقد بقي الملف خاليا لما يفيد الاضمحلال القانوني لمجلس التصرف المشار اليها بالقانون عدد 69 لسنة 2016 ما يجعل من هذا المطعن غير سديد ويتجه رده.

عن المطعن المستمد من هضم حقوق الدفاع بصرف القضية للحكم رغم طلب الدفاع صرفها للمرافعة: حيث خلافا لما ذهب اليه المعقب فقد اتضح من خلال الاطلاع على اوراق الملف انه قد تولى الجواب على مستندات الاستئناف فضلا على ان استجابة المحكمة لاعتبار الجلسة جلسة مرافعة يوم 19 جوان 2023 وحجزها للتصريح بالحكم كان بناء على طلب نائبي الطرفين بما ينفي عن المحكمة أي خرق لحق الدفاع ما يتجه معه رفض هذا المطعن.

ولهذه الاسباب

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

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 19 جوان 2024 عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة المترتبة من رئيستها السيدة ***** وعضوية المستشارين السيد ***** و السيدة ***** وبحضور المدعي العام السيدة ***** وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة *****.

حرر في تاريخه