ع/س

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة ***

محكمــة التعقيــب

***ع45075.2016دد القضيــة**

تاريخــه :2017-04-18

تلخيص المستشار ***

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

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

نيابة عن :

1/(*****)

2/(*****), القاطنان بال*****

محل مخابرتهما بمكتب محاميهما الأستاذ (*****) الكائن ب*****

من جهة

ضد :

(*****)، قاطن بنهج*****

مقره المختار بمكتب المحامي الأستاذ (*****) الكائن ب*****

من جهة أخرى

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 6112 الصادر بتاريخ 28/11/2016 عن محكمة الاستئناف بال*****.

والقاضي: "نهائيا استعجاليا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بتخويل المستأنف العبور إلى دكانه وذلك بسدم الخندق المعيق له على طول واجهة المحل بالاستعانة بالخبير السيد (*****) المنتدب في القضية عـ21516ـدد 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 (*****) حسب محضره عـ32648ـدد بتاريخ 27/12/2016.

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 الشـــــكل :

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

من حيث الأصـــــل:

حيث اتضح بالاطلاع على أوراق الملف قيام الطالب (المعقب ضده الان) لدى المحكمة الابتدائية بال***** عارضا بواسطة نائبه أن على ملكه وفي حوزه وتصرفه جميع المحل المعد للتجارة والكائن على الطريق الحزامية الرابطة بين ***** و*****, يحده شرقا ورثة (*****) وغربا (*****)

وقبلة (*****) 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 الخبير (*****) أن الدكان يفتح فعلا

على الطريق الحزامية الرابطة بين ***** و***** وأن المطلوبين أحدثا خندقا أمامه بعد أن استوليا على الملك العمومي للطرقات، 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 للطرقات 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 عـ514ـدد بتاريخ 05/09/2016 والقاضي ابتدائيا استعجاليا برفض المطلب.

وحيث استأنف المدعي في الأصل الحكم الابتدائي فأصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع فتعقبه المحكوم ضدهما بواسطة محاميهما 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 موكليه ثابت ولم يكن أبدا محل منازعة من المدعي ولا من قبل من سبقه

في الخصام (والده وشقيقه).

وحيث تمسك موكلاه سواء في الطور الابتدائي أو في الطور الاستئنافي بحق ملكيتهما وأكدا 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 للطرقات حسبما يتضح من تقرير الاختبار المأذون بانجازه بمناسبة النظر في القضية الأصلية عـ21516ـدد السالف نشرها أمام المحكمة الابتدائية بال*****..".

وأنه من الواضح من القرار المطعون فيه أن محكمة القرار المنتقد نفت حق ملكية منبوبيه 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 أدرى منوباه أمام قضاة الأصل بعدد الأحكام الصادرة في خصوص نفس محل النزاع ومنها خاصة الحكم الحوزي عـ3333ـدد بتاريخ 27 أكتوبر 2003 القاضي بإلزام مورث المعقب ضده وشقيقه بكف شغبهما عن عقا منوبه المتمثل في

شروعهما في إحداث ممر به وقد تأيد ذلك الحكم استئنافيا بموجب الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بال***** في القضية عـ10387ـدد بتاريخ 19/04/2004، كما أدليا بنسخة من القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بال***** في القضية عـ32469ـدد 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 قيدا 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 المستانف أن يقدم لكتابة محكمة الاستئناف مستندات استئنافه 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 استئنافه وأخرت القضية لاطلاع نائب منوبيه لجلسة يوم 7 نوفمبر 2016 وفيها لم يحض كذلك

نائب المستأنف ولم يقدم مستندات استئنافه 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 تعمدهما الشروع في فتح طريق عبر عقارهم (الممر موضوع قضية الحال) وقد قضت محكمة ناحية ***** بالزام المدعي عليهما بكف شغبهما عن عقار منوبيه وشريكهما وقد تأيد ذلك الحكم اسئنافيا (وقع

الادلاء بنسخة قانونية من القرار الاستئنافي وندلي 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 بتخويل 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 مظروفات 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 بعديد 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 لفائدته بموجب القرار المطعون فيه) حسبما يتضح من نسخة عريضة الدعوى التي قدمها بنفسه مع نسخة تقرير الاختبار وأسس عليهما مطلبه ورسمت القضية تحت عـ21516ـدد

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 ***** للجواب عن قضية في الأصل تتعلق بفتح الممر عينها لجلسة يوم 29 سبتمبر 2016 غير أنه لم يقم 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 تأكد 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 الاستئنافي عـ32469ـدد 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 عـ3333ـدد المذكور أعلاه بإلزام مورث المعقب وشقيقه بكف شغبهما عن نفس العقار موضوع هذا النزاع وورد في القرار

الاستئنافي الصادر في القضية عـ32469ـدد أنه يوجد نزاع جدي حول استحقاق الأرض.

وفي إطار قضية سابقة بين مورث المعقب ضده وشقيقه ومنوبه 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 *****.

إن محكمة القرار المنتقد بقضائها بتخويل المعقب من المرور عبر عقار منوبيه تكون قد بتت في الاستحقاق واعتبرت أن الممر هو ممر عام من توابع الملك العمومي للطرقات وذلك يتعارض مع جميع الأوراق المضمنة بالملف مسندة في ذلك فقط لما ورد بتقرير الخبير (*****). 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 نفيا أو اقرارا يخرج

عن اختصاص القضاء الاستعجالي.

ج- في عدم تقيد المحكمة بشرط النظر في النزاع بصورة مؤقتة:

إن محكمة الدرجة الثانية قضت بتخويل المعقب ضده المرور عبر عقار منوبيه إلى غاية البت بصورة نهائية في الأصل ودون تحديد للمدة ودون بيان المقصود بالأصل، علما أنه لا يوجد حاليا 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 لزاما عليما 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 بمؤيداتها وأعرضت محكمة القرار المنتقد عن مناقشتها وعن ابراز 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 دفوعات منوبيه وما قدماه من مؤيدات 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.

المحـــــــكمة

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 يما 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 أوجبته 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 07/11/2016

وتكررت نفس النتيجة.

وحيث استقر فقه القضاء على اعتبار "أن عدم استدعاء المستأنف ضدهم بالجلسة التحضيرية يوجب الحكم بسقوط الاستئناف شكلا" (مثلا: القرار التعقيبي عـ12377ـدد المؤرخ في 04 أفريل 1985 والقرار التعقيبي عـ15359ـدد 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 الأسبـــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بال***** لإعادة النظر فيها مجددا 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 (*****) وعضوية المستشارين السيدين (*****) و(*****) الممضين عقبه وبحضور المدعي العام السيدة (*****) ومساعدة الكاتبة السيدة (*****).

وحـــرر في تاريخه