الجمهورية التونسية **الحمـد لله،**

وزارة العدل

محكمة التعقيب

عدد القرار: 48527

تاريخه:2018/04/26

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الآتي:

بعـــد الاطـــلاع علـــى مطلـــب التعقيـــب المقـــدم فـــي 2017/03/08 تحـــت عـــدد 30638 مـــن طـــرف المحاميـــة الأســـتاذة د م

في حـق: خ آ خ

ضـــد: ش ع س م ق فـــي شـــخص ممثلهـــا القـــانوني، محاميهـــا الأستاذ ن ب ع

طعنـــا فـــي القـــرار الاســـتئنافي عـــدد 4057 الصـــادر بتـــاريخ 2017/03/03 عـــن محكمـــة الاســـتئناف والقاضـــي نهائيـــا اســـتعجاليا بقبـــول الاســـتئناف شـــكلا وفـــي الأصـــل بـــإقرار الحكـــم الابتدائي وإجراء العمل به وتخطية المستأنف بالمال المؤمن.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى مســـتندات التعقيـــب المبلغـــة للمعقـــب ضـــدها بواســـطة عـــدل التنفيـــذ إ م حســـب محضـــره عـــدد 33949 بتـــاريخ 2017/03/22 وعلـــى نســـخة الحكـــم المطعـــون فيـــه وعلـــى جميـــع الإجـــراءات والوثـــائق المقدمـــة فـــي 2017/04/03 وفقـــا لمقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى ملحوظـــات النيابـــة العموميـــة لـــدى هـــذه المحكمـــة والراميـــة إلـــى قبـــول مطلـــب التعقيـــب شـــكلا ورفضـــه أصـــلا والحجز.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى أوراق القضـــية والمفاوضـــة بحجـــرة الشورى صرح علنا بما يلي:

<u>من حيث الشكل</u>

حيـــث كـــان مطلـــب التعقيـــب مســـتوفيا لجميـــع أوضـــاعه وصـــيغه القانونيـــة طبـــق أحكـــام الفصـــل 175 ومـــا بعـــده 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 المدعية في الأصل (المعقب ضدها الآن) لدى المحكمة الابتدائية بـ عارضة بواسطة نائبها أنها أقامت ميناء ترفيهيا بترخيص من الديوان التونسي للسياحة وشرعت في استغلاله إلا أنها تلقت إشعارا من آمر الميناء بأن المطلوب (المعقب الآن) قد تولى إرساء سفينته المسماة « S » دون سابق إعلام مستحوذا على المرفأ عدد C202 ورفض إخراجها منه لذا طلبت الحكم بإلزامه بإخراج سفينته من الميناء الترفيهي التابع لها والإذن بالتنفيذ على المسودة.

وحيث صدر الحكم الابتدائي عدد 74032 بتاريخ 2017/01/24 قاضيا ابتدائيا استعجاليا بإلزام المطلوب بإخراج السفينة المسماة « S » من الميناء الترفيهي بـ"ق" مع الإذن بالتنفيذ على المسودة.

وحيث استأنف المدعى عليه (المعقب الآن) الحكم المذكور وأصدرت محكمة القرار المطعون فيه قرارها المضمن نصه بطالع هذا بناء على عدم ثبوت تحوز المستأنف بأية حلقة في المرفإ وأن استمرار إبقاء سفينته بالميناء يشكل ضررا متفاقما واجب الرفع استعجاليا دون المساس بحق أي الطرفين في خصوص مسألة استحقاق مرفإ في الميناء من عدمه.

وحيث تعقبه المستأنف ناعيا عليه:

أولا: تحريف الوقائع وضعف التعليل:

1) في خصوص وصف المركز الواقعي للمعقب بالمغتصب: بمقولة أن محكمة القرار المنتقد اعتبرت المعقب مغتصبا وفي ذلك خرق صارخ للوقائع ضرورة أن الموانئ البحرية الترفيهية هي مرفق عمومي مفتوح للعموم وتسير بمقتضى قانون الموانئ البحرية وليست ملكا للخواص حتى يتسنى وصف المعقب بالمغتصب ويستشف من فصول مجلة الموانئ البحرية أن الموانئ البحرية هي ملك للدولة ولا تتبع أي كان من الخواص خلافا لما جاء بمستندات الحكم المطعون

فيه وإن المعقب ضدها تصنف مستغلة للميناء بمقتضى عقد مؤقت وهي ملزمة بتطبيق مبدأ الالتزام بالمرفق العام وتقديم الخدمات للمستعملين كالمعقب مع ضمان المساواة في المعاملة والاستمرارية في تقديم الخدمات وإن قانون الموانئ البحرية لا يمنح مستغل الميناء أي سلطة تقديرية لمنح حق الدخول للميناء والإرساء داخله أو لاختيار مستعمل دون آخر طالما توفرت الشروط القانونية لما في ذلك من ضرب لصميم مفهوم الالتزام بالمرفق العام وبالتالي فإن استعمال مفهوم المغتصب لا يستقيم بالمرة لأن تلك العبارة تفترض أن تكون المعقب ضدها مالكة للمرفإ ولها بمقتضى ذلك رفض قبول دخول أو إرساء من تشاء من السفن بكل حرية وإن الدخول للمرفإ لا يتطلب غير توفر ثلاثة شروط وهي التصريح وليس الترخيص بالدخول للميناء إن وجدت وإن لم توجد لدى مستغل الميناء ودفع التعريفة المينائية مقابل الخدمات وتوفر قواعد الصحة والسلامة في السفينة حتى لا تشكل خطرا على بقية المستعملين وإن مبدأ المساواة بين الجميع أمام المرفق العمومي يفترض التزام المستغل بتقديم خدمته للمنتفعين دون تمييز وعدم شرعية أي تصرف أو إقرار صادر عن المستغل يهدف إلى منع أو حرمان من توفرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة من الاستفادة من خدمات المرفق العام وغياب أي سلطة تقديرية في جانب المستغل للاختيار والفرز بين المنتفعين وتمييز أحدهما على الآخر وهو ما نصت عليه اتفاقية اللزمة التي أمضت عليها المعقب ضدها ولكنها تنكرت لهذا المبدأ مباشرة إثر حصولها عليها فضلا عن أن المستعمل لابد عملا بالفصل 28 من قانون الموانئ البحرية التصريح للدخول للميناء دون أن يكون مقيدا بسلطة تقديرية لسلطة الإشراف على الميناء وبالتالي فإن دخول المعقب للميناء وإدلاءه بالتصريح لدى السلط المينائية لا يمكن في أي حالة من الأحوال اعتباره اغتصابا.

2) القضايا الأصلية تهدف إلى الاعتراف للمعقب بحقه القانوني الأصلي في استعمال الميناء ولا تهدف إلى تأسيس هذا الحق: فقد أمضى وكيل المعقب ضدها لفائدة المعقب على

وثيقتين بتاريخ 14-05-2009 في تأكيد خيار الحلقة بالمرفإ وهذه الوثيقة أسست التزاما صادرا عن المعقب ضدها بتمكين المعقب من مرفإ لسفينته حالما يتم فتحه بعد الأشغال وحق المعقب في الحصول على ذلك المرفإ وما كان عليها إلا إتمام إجراءات تنفيذ ذلك الالتزام حال إمضائها لعقد الاستغلال طبقا لأحكام الفصلين 23 و242 م إ ع ولم يصدر أي اتفاق عن الطرفين يقضي بنقض الالتزام الصادر عن المعقب ضدها أو حكم قاض بفسخه أو بطلانه وإن المعقب ضدها نفسها سعت إلى طلب تمكين المعقب من استعمال المرفإ بصفة مؤقتة من 2014 إلى 2015 تاريخ فتح الميناء وإنه من المفترض أن تبادر المعقب ضدها بالاتصال بالمعقب حال فتح الميناء لإبرام عقد "وضع على الذمة" في خصوص المرفإ لكنها تنكرت لالتزامها معه ورفضت تنفيذه رغم توفر شروط التعاقد وعرضه للتعريفة بعدل تنفيذ في 24-08-2016 وخرقت بالتالي الفصل 243 مدني وقامت بإبرام عقود مع أشخاص لا يملكون فيها عقارات ومنهم من أبرم معها ثلاث عقود وتمتع بثلاث مرافئ ومكنت أشخاصا لا يملكون أساسا سفنا وهو ما اضطر المعقب إلى الالتجاء للقضاء للمطالبة بإلزامها بتنفيذ التزامها تجاهه وهو ما يجعل تعليل المحكمة بخصوص القضايا المنشورة أمام قضاء الأصل واعتباره مغتصبا وغير ذي حق هو تعليل ضعيف محرف للوقائع كما أن القول أنه لا بد من انتظار قول قضاء الأصل فيه إفراغ للقوانين المتعلقة بالمرفق العام من محتواها والاستثناء الوحيد للتمتع بخدمات المرفق العام المينائي هو عدم احترام إجراءات التصريح أو عدم شغور الميناء أو عدم مطابقة مواصفات السفينة لقوانين السلامة وكان على محكمة الحكم المنتقد أن تبين أي من هذه الاستثناءات اعتمدت لتحرم المعقب من إرساء سفينته بميناء على ملك الدولة مسخر لخدمة كل المواطنين وهو ما لم تبينه بحكمها ولم تناقشه.

3) صفة المعقب كمالك للشقق داخل المشروع السكني والسياحي "خ ق" يمنحه حقا آليا لإرساء سفينته: ذلك أن

المعقب ضدها أقنعت حرفائها لاقتناء الشقق بالمشروع السياحي والسكني بوجود ميناء ترفيهي وهو مشروع مندمج يعني أن الوحدتين السياحية والسكنية مرتبطتين الواحدة بالأخرى وإن نظام الاشتراك في الملكية تحدث عن المحلات السكنية وعن الميناء والمساحات العامة والمشتركة لهما كوحدة مندمجة وتم إقناع المعقب لشراء المحلات السكنية على اساس الحق في تمتعه بمرفأين باعتباره اشترى شقتين وتم الإمضاء على الوثيقتين المؤرختين في 14-05-2009 لتأكيد توثيق الاتفاق الشفاهي حول المرفأين وإن الوصف في العقود مبناه إما الإتيان بموضوع العقد أو بيان السبب الدافع للتعاقد وهو وصف له قوة ملزمة والوعد بالبيع الذي أبرمه بخصوص الشقتين الواقع اقتناؤهما إنما يخولانه كمالك التمتع بحق الأولوية في الحصول على مرفإ في الميناء مقابل دفعه لاشتراك سنوي مقابل الخدمات التي يتمتع بها وقد تضرر شديد الضرر من مخالفة المعقب ضدها لالتزامها باحترام مبدأ المساواة بين الجميع ومن تنكرها لالتزاماتها وتعهداتها.

ثانيا: في مخالفة أحكام الفصول 63 و66 و244 م إ ع والفصل 201 م م م ت والفصول 6 و28 من مجلة المواني البحرية:

1) في خصوص خرق الفصول 63 و66 و244 م إ ع:
قولا أن محكمة القرار المنتقد ارتكبت خرقا واضحا لأحكام الفصول 63 و66 و244 م إ ع التي تجيز التعاقد على شيء مع عدم تعيين مقداره وعدده وعلى فرض اعتبار أنه ليس للمعقب ضدها منح غيرها أكثر مما لها من الحقوق فإنه ليس للمعقب ضدها عملا بالفصل 244 م إ ع الانتفاع بخطئها لأن ذلك يفتح الباب للتلاعب بالالتزامات.

2) في خصوص خرق الفصل 201 م م م ت والفصل 6 من م م م ت : بمقولة أنه من الواضح أن النزاع الحالي لا يمكن فصله إلا في إطار التقاضي الأصلي وبدراسة المؤيدات والوثائق والتحرير على الأطراف للوقوف على حقيقة الالتزام بمنح المعقب حق التمتع بمرفأين كالاستعانة بأهل الخبرة

لمعرفة مدى وجود مرافئ شاغرة وهي تفاصيل تخرج النزاع عن أنظار القاضي الاستعجالي وإن مخالفة المعقب ضدها للفصل 28 م م ب الذي يخضع الموانئ لنظام التصريح لا الترخيص ومنع المعقب من حق إرساء سفينته بالميناء رغم أنه حق مطلق بالقانون هو الضرر عينه وتعليل المحكمة المعتمد يقلب رأسا على عقب كل الأسس القانونية التي تأسس عيها نظام تسيير واستعمال المرفق العام وإن الضرر المدعى به من المعقب ضدها مفقود ولم تدل بما من شأنه إثبات أن دخوله للميناء قد أثر في تنظيم حركة السفن داخل الميناء وكان حكمها غير مستساغ بما يجعل القرار المطعون فيه حريا بالنقض وانتهى المعقب إلى طلب الحكم بقبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة.

وحيث رد نائب المعقب ضدها أن الحكم المطعون فيه قد أصاب المرمى لما قضى لصالح المعقب ضدها باعتبار أن المعقب لا يملك أي سند يخوله الدخول للمرفإ وإرساء سفينته به وادعاءه استحقاقه لذلك الحق بناء على وعد البيع لا يستقيم قانونا وهي مسألة مطروحة أمام القضاء الأصلي وان القضايا الاصلية خلافا لما تمسك به المعقب ترمي إلى طلب تمكينه من مرفأين ما يعني أنه يقر بأنه فاقد لهما وأنه سبق له القيام بعدة قضايا استعجالية في تمكينه من الدخول للميناء انتهت جميعها بالرفض وقد تعمد الدخول عنوة إلى المرفإ وافتكاكه دون وجه شرعي ودون إعلام المعقب ضدها مخالفا بذلك أحكام الفصل 28 م م ب الذي ينص صراحة أنه "لا يجوز لسفن الصيد البحري والسفن الترفيهية دخول الموانئ أو الخروج أو التنقل داخلها إلا بعد تقديم تصريح إلى السلطة المينائية أو إلى مستغل الميناء" وأن السلطة المينائية بالنسبة للموانئ الترفيهية هي وزارة السياحة على معنى الفصل 6 م م ب الذي نص في فقرته الثالثة على أن "ترجع السلطة المينائية بالموانئ الترفيهية إلى المصالح المختصة التابعة للوزارة المكلفة بالسياحة " وأن المعقب لم يقدم التصريح لا للسلطة المينائية ولا لمستغل الميناء التي هي المعقب ضدها في قضية الحال أما الوثيقة التي تمسك

بهـــا والتـــي اراد أن يبرزهـــا كتصـــريح للســـلطة المينائيـــة فهـــي غيـــر ذلـــك تمامـــا إذ هـــي تصـــريح آخـــر يقـــدم إلـــى شـــرطة الحـــدود والأجانـــب المتواجـــدة بالمينـــاء والمكلفـــة بالســـهر علـــى مراقبـــة اجتيـــاز الحـــدود دخـــولا وخروجـــا وإن محكمـــة البدايـــة أكـــدت فـــي حكمهـــا انـــه لا يمكـــن لشـــخص أن يقـــتص لنفســـه وبنفســـه ومتـــى ثبـــت ذلـــك يكـــون مـــن أوكـــد واجبـــات القضـــاء المســـتعجل التـــدخل لـــرد التصـــرف الواقـــع خـــارج إطـــار القـــانون وذلـــك لإيقـــاف الضـــرر النـــاجم عنـــه كمـــا أكـــدت محكمـــة الاســـتئناف فـــي قرارهـــا المطعـــون فيـــه أن الضـــرر ثابـــت فـــي جانـــب مســـتغلة المينـــاء بالاســـتحواذ علـــى إحـــدى المواقـــع التـــي تباشـــر فيهـــا عقـــد الاســـتغلال بـــدون وجـــه قـــانوني ومـــا قـــد يثيـــره ذلـــك مـــن بلبلـــة وســـوء تنظـــيم فـــي حركـــة الســـفن داخـــل كامـــل المســـاحة التـــي تشـــرف عليهـــا بموجـــب عقـــد اللزمـــة وأن تـــدخل القاضـــي الاســـتعجالي فـــي هـــذه القضـــية كـــان لغايـــة حفـــظ الحقـــوق الظـــاهرة وجـــاء أيضـــا فـــي حيثياتهـــا أن وثيقـــة تأكيـــد حجـــز الحلقـــة المؤرخـــة فـــي 14-05-2009 أو الشـــهادة المؤرخـــة فـــي 24-07-2013 جـــاءت ســـابقة لتـــاريخ الموافقـــة المســـندة لفائـــدة المســـتأنف ضـــدها لاســـتغلال الفضـــاء المينـــائي المـــذكور ولا يمكـــن بالتـــالي لهـــا أن تمـــنح حقوقـــا أكثـــر مـــن الحقـــوق التـــي تمتلكهـــا أصـــلا عـــلاوة علـــى أن الشـــهادة الثانيـــة لـــم تتـــدخل فيهـــا مســـتغلة المينـــاء فـــلا يحـــتج بهـــا عليهـــا كمـــا كانـــت الوثـــائق مبهمـــة فـــي خصـــوص مســـألة عـــدد الحلقـــة وموقعهـــا الأمـــر الـــذي يجيـــز عـــدم الالتفـــات إليهـــا وانتهـــت محكمـــة الاســـتئناف بـــالقول أن العمـــل بـــالموانى البحريـــة يـــنظم بكـــل مينـــاء وفـــق أحكـــام الفصـــل 116 م م ب وهـــو النظـــام الـــداخلي الـــذي أعدتـــه المعقـــب ضـــدها والمـــؤرخ فـــي جويليـــة 2015 مشـــفوع بعقـــد كـــراء لحلقـــة يقـــع تعيينهـــا بالاتفـــاق مـــن حيـــث العـــدد والموقـــع والحجـــم ومكوناتـــه (مـــاء وكهربـــاء) إلا أن الملـــف خـــال تمامـــا ممـــا يفيـــد قيـــام التســـويغ المـــذكور الأمـــر الـــذي يجعلـــه فـــي وضـــع المغتصـــب ومـــا أثـــاره المعقـــب مـــن دفـــوع هـــي مـــن أنظـــار القضـــاء الأصـــلي الـــذي ســـوف يبـــت فـــي طلباتـــه ويقـــول كلمتـــه فيهـــا اذا كان محقا فيها ام لا وطلب الحكم برفض التعقيب أصلا.

المحكمـــــة

عن المطعن الأول والفرع الأول من المطعن الثاني:

حيث من المسلم به فقها وقانونا أنه لا يطرح أمام محكمة التعقيب إلا المطاعن القانونية التي تعيب الحكم المنتقد وتشكل بذلك حالة من الحالات التي بينها المشرع على وجه الحصر بالفصل 175 م م م ت كما أن نظرها مقصور على المطاعن المتعلقة بالقرار المطعون فيه دون سواه.

وحيث ثبت رجوعا للمطعن المثار من المعقب المتعلق بتحريف الوقائع وضعف التعليل أنها ترمي إلى مناقشة محكمة الموضوع في أصل النزاع المنشور أمامها والمتعلق بمدى أحقية المعقب في الحصول على مرفإ بالميناء الذي تتصرف فيه المعقب ضدها والحال أن النزاع الحالي موضوع الحكم المطعون فيه إنما تعلق بمدى اكتساب المعقب صفة للتواجد بالميناء وهو الذي أجابت عنه محكمة القرار المنتقد ومن قبلها محكمة البداية بالنفي استنادا لما عرض عليها من مؤيدات استنتجت منها عن صواب انتفاء أية صفة للمعقب لإرساء سفينته بالميناء والمتمثلة أساسا في سبق قيامه بقضيتين أصليتين في طلب تمكينه من مرفأين لا زالتا على بساط النشر والذي يرجع فيها لمحكمة الأصل مناقشة ما أثاره المعقب الآن من دفوعات خارجة عن مناط تعهد القاضي الاستعجالي الذي يقتصر دوره على تفحص الحجج والمؤيدات وفهمها للوقوف على جدية الطلب واستخلاص النتائج القانونية منها وهو ما احترمته محكمة القرار المنتقد بوضعها للأمور في نصابها وخوضها في ما هو داخل في اختصاصها دون مساس بأصل النزاع الذي هو محل تعهد محكمة الأصل وذلك من خلال ردها لما تمسك به المعقب من مؤيدات تفيد حصوله على الموافقة المبدئية على منحه مرفأين لسفينتيه ولا تثريب عليها في ذلك اعتبارا إلى أن تلك الوثائق تبقى في كل الحالات موافقة مبدئية لا تخول في حد ذاتها للمعقب الدخول للمرفإ وإرساء سفينته استنادا لها باعتبار أن تمكين المعقب من مرفأين لإرساء سفينتيه يتطلب إجراءات إضافية للحصول على الترخيص من المعقب ضدها والذي لا يثبت إلا بحصوله على

عقد كراء طبق ما أقرته المعقب ضدها صلب النظام الداخلي للمرفإ الأمر الذي لم يثبت المعقب القيام به حتى يكون له صفة قانونية للدفع بصحة تواجده بالمرفإ ويكون تبعا لذلك الحكم عليه بإخراج سفينته من الميناء متجها لا تحريف فيه للوقائع ولا ضعف في التعليل او خرقا للقانون.

عن الفرع الثاني من المطعن الثاني:

حيث لما كان القضاء الاستعجالي يقوم على فكرة الحماية العاجلة التي من شأنها أن لا تهدر حقا ولا تكسبه فإن القاضي الاستعجالي وهو مصدر اتخاذ ما تتطلبه تلك الحماية لا بد له من أن يوازن بين مراكز الأطراف ولا يمكنه ذلك دون أن ينفذ إلى واقع النزاع من خلال الوثائق المدلى بها ودون الخوض في أصل النزاع.

وحيث إن القول بأن النزاع الحالي يتطلب الخوض في أصل النزاع لما يتطلبه الأمر من عرض للإطار القانوني لعلاقة الطرفين ولتداخل عدة قوانين فيها بما يقتضي التحرير على الطرفين وتسمية خبراء للوقوف على حقيقة الالتزام بإسناد أولوية للمعقب كمالك في استعمال المرفإ غير مؤسس قانونا باعتبار أن نظر القضاء الاستعجالي في صفة المعقب، والقول بانعدام سنده القانوني في استغلال المرفا استنادا لما توفر في الملف من مؤيدات، ليس له تأثير على أصل النزاع موضوع تعهد قاضي الأصل ولا ينشأ عن الحكم الاستعجالي المطعون فيه حقوقا في جانب طرف على حساب الآخر وهو ما عللت به محكمة القرار المنتقد قضاءها تعليلا صحيحا يجعله منيعا من الخدش.

وحيث طالما لم يدل الطاعن بما يثبت صفته في إبقاء سفينته بالميناء فلا مجال للبحث وراء استحقاقه لذلك لتعهد القضاء الأصلي بتلك المسألة ويكون في استمرار بقائه بالميناء رغم انعدام سنده في ذلك من شأنه أن يمس بحقوق المعقب ضدها ويتفاقم مع ذلك حصول الضرر الذي يستوجب الإسراع برفعه وهو ما يتوفر معه ركن التأكد المشروط للتداعي

استعجاليا على معنى الفصل 201 م م م ت ما يتعين معه رد جملة المطاعن المثارة ورفض التعقيب أصلا.

ولهاته الأسباب

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

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ **26 أفريل 2018** عن الدائرة المدنية الواحدة والعشرين المتركبة من رئيستها السيدة وعضوية المستشارتين السيدتين وبحضور المدعي العام السيد وبمساعدة كاتب الجلسة السيد

وحرر في تاريخه