

الجمهورية التونسية
وزارة العدل

الحمد لله

محكمة التعقيب

باسم الشعب التونسي

عدد القضية: 57112

تاريخه : 2018/04/19

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 35696
والمقدم في 17 / 11 / 2017 من طرف المحاميتين الأستاذتين
"ح.ع.د." و "ر.ش"

في حق : "ن.د.ش"

ضد : 1 / "ز.ب.ب.ر"

2 / "م.ش.ب.ر" محاميهما الاستاذ "م.ق" من شركة "ت"
و شركائه للمحاماة

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 6966 الصادر بتاريخ 2017/07/03
عن محكمة الاستئناف بـ والقاضي نهائيا استعجاليا بقبول مطلبتي
الاستئناف الاصيلي والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي
والقضاء مجددا برفض المطلب واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع
معلوماتها المؤمن اليها و رفض الطعن العرضي موضوعا .

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدهما
بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ "م.م.ز" حسب محاضره الأول تحت عدد
150122 بتاريخ 12 / 12 / 2017 و الثاني تحت عدد 150130
وعدد 150139 و عدد 150140 بتاريخ 2017/12/13 وعلى نسخة
الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة حسب
مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على مستندات الرد على مستندات التعقيب المقدمة
من الاستاذ "م.ق" بتاريخ 2018/01/9.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة
والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الاصل النقص بدون
إحالة و الإعفاء .

1976 أو المرسوم عدد 13 لسنة 1981 ينطبق على وقائع قضية الحال هي مسألة جوهرية تستوجب تمحيصا و استقرارات مؤدية إلى الخوض في أصل الحق وهو ما يتجاوز مناط نظر قاضي العجلة.

فتعقبه الطاعن وورد بمستندات طعنه المحررة من نائبته الأستاذة "ر.ش" بعد استعراض وقائع القضية وإجرائاتها نعيه على القرار المطعون فيه ما يلي:

المطعن الأول : الخطأ في تأويل الفصل 201 م م ت المتولد عنه ضعف

في التعليل

بمقولة أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتضح أن محكمة الدرجة الثانية أحسنت عرض الإشكال القانوني المطروح و المتمثل في معرفة الإطار القانوني المنطبق هل أنه قانون 18-2-1976 و بالخصوص فصله السادس و الخامس ضرورة أن العقار موضوع التداعي قد أصبح على ملك تونسي منذ 1995 مثلما ذهب هو إلى ذلك عند رفعه دعواه أو المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المتمسك به من قبل الخصوم، إلا أنها و بعد طرحها للإشكال تجاوزته دون البت فيه معللة عدم بثها بكون هذه المسألة هي مسألة " جوهرية تستوجب تمحيصا و استقرارات مؤدية إلى الخوض في أصل الحق و هو ما لا يدخل في اختصاص قاضي العجلة " و أن ما ذهبت إليه المحكمة من كون حسم المسألة يتطلب تمحيصا و استقرارات هو أمر صحيح، و لكن ما حادت عن الصواب في شأنه محكمة الحكم المطعون فيه هو اعتبارها أنه يجبر على قاضي العجلة التمحيص و ترجيح الأدلة بعضها على البعض، و الحال أن فحص الوثائق و التأمل في الأدلة و الحجج والمؤيدات و الحسم على أساس استنتاجاته في النزاع حماية للحقوق المعروضة عليه من صميم اختصاص القاضي الاستعجالي، و بالتالي كان على المحكمة البحث و التقصي قبل إصدارها حكمها سواء كان بالنقض أو الإقرار حتى يكون قضاؤها معللا و هو ما لم يتوفر في القرار المنتقد إذ توخت المحكمة هذا التعليل الضعيف المؤسس على السلطات المقيدة للقاضي الاستعجالي حتى تنفادي الحسم و القضاء وفي ذلك سوء تأويل للفصل 201 م م ت إذ وسعت في ما جاء به من شروط بطريقة تمنع عن القاضي الاستعجالي لو يتم إتباعها و توخيها الحسم في أي نزاع يعرض عليه و هو ما ورث حكمها ضعفا في التعليل .

المطعن الثاني : مخالفة مقتضيات الفصل 6 من قانون 1976

بمقولة أن محكمة الحكم المطعون فيه لما قضت بالنقض لمساس الموضوع بالأصل و لعدم قدرة القاضي الاستعجالي عن البت في مثل موضوع قضية الحال إنما تكون لا فقط قد أساءت تأويل الفصل 201 م م ت و إنما أخطأت أيضا تطبيق مقتضيات الفصلين 6 و 5 من قانون 18-2-1976 الذي أسند لقاضي العجلة الاختصاص المطلق و الحصري للبت في

موضوع قضية الحال وأن قراءة مزدوجة للفصلين 6 و 5 من قانون 18-2-1976 إنما تؤكد أنه لا شك في كون دعوى الإخلاء على أساس حصول المالك على رخصة أشغال ترميم إنما هي دعوى إستعجالية بصريح النص و طالما كان الأمر كذلك فإنه كان على المحكمة الحسم في مسألة الإطار القانوني المنطبق، هل هو قانون 18-2-1976 ، أم هل هو المرسوم عدد 13 المؤرخ في 1-9-1981 ، حتى تتمكن من تأكيد إختصاص القضاء الإستعجالي أي اختصاصها أو نفيه عنها ليكون المنهج الذي نهجته نفي لسلطات خولها لها النص الصريح و هو ما يجعل حكمها قد أخطأ في تطبيق مقتضيات الفصلين 6 و 5 من قانون 18-2-1976 ضرورة أن القيام على أساس مقتضيات الفصل 6 من قانون 18-2-1976 هو قيام لا بدّ من أن يكون أمام القاضي الإستعجالي بصريح النص و لا إختياراً من المدعي كما لا وجود لأي مساس بالأصل إذ أن حتى شهادتي النشر المدلى بهما أمام محكمة البداية من قبل الخصيصة للاستدلال على وجود نزاع إداري طعنا في قرار الترميم عدد 024 المسند له لم يكن ليمسّ بالأصل في شيء طالما كان أدلى بمآل هذا الطعن أمام المحكمة الإدارية مبينا أن طعن المعقب ضدها الآن المتعلق بتوقيف تنفيذ القرار عدد 024 القاضي بالترخيص له بترميم العقار الراجع له بالملك إنما رفض حسبما ذلك ثابت من النسخة الإدارية من القرار عدد 4100408 الصادر بتاريخ 30-12-2016 و معلوم أن القرارات الصادرة في مادة توقيف التنفيذ هي قرارات لا تقبل الطعن بأي وجه من الوجوه و طالما رفض مطلب توقيف تنفيذ القرار عدد 024 القاضي بالترميم فإن هذا القرار أصبح قابلاً للتنفيذ حيناً و كان من حقه تبعاً لذلك المطالبة أمام القضاء الإستعجالي بإلزام خصيسته بإخلاء العقار بعد أن نبه عليها و لم تمتثل مضيفاً أن القيام على أساس الفصلين 5 و 6 من قانون 18-2-1976 هو قيام يتطلب عدداً من الشروط و من الإجراءات تم إحترامها بأكملها من قبله كما أن الملف كان زاخراً بالمؤيدات و الوثائق و القرائن التي من شأنها أن تجعل المحكمة تحسم في إتجاه تطبيق قانون 18-2-1976 و لا مرسوم 1-9-1981 دون تجاوز للسلطات المقيدة للقاضي الإستعجالي و دون خوض في الأصل، خاصة و أن دفوعات المطلوبين إنما كانت الغاية منها إخراج نزاع قضية الحال عن أنظار القاضي الإستعجالي ضرورة أن تمسكهما بإنطباق مقتضيات الفصل 3 من المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المؤرخ في 1-9-1981 على أساس أن العقار كان على ملك الأجانب عند إبرام عقد الكراء بين مورثهم و المالكين الأجانب إنما هو تمسك الغاية منه اعطاء المتداخل "م.ش.ب.ر" صفة الوارث لحق البقاء لما يدعيه من كونه يقطن بالعقار موضوع النزاع في حين أنه كان بإمكان محكمة الحكم المطعون فيه التأمّل في عنصر هام جداً أسست عليه محكمة البداية قضاءها وهو أن تاريخ التسويغ الواقع بين المرحوم "م.ك.ب.ر" و مالكي العقار القدامى في سنة 1973 ليس هو الذي يحدّد الإطار القانوني المتعامل فيه إلى ما لا نهاية له، ضرورة أنه بانتقال ملكية العقار له في 17-5-1995 تكون الوضعية قد تغيرت تماماً بما أن العقار أصبح

راجعا بالملك لمواطن تونسي الجنسية وهو ما يخرج التعامل من إطار المرسوم المؤرخ في غرة سبتمبر 1981 المتعلق بالعقارات التي هي على ملك الأجانب ليصبح الإطار القانوني المنطبق متمثلا في القوانين التي تنظم علاقات التسويغ بين التونسيين و فضلا عن ذلك فإنه من الأكيد أنه لا يمكن الحديث عن حق البقاء الذي ينتقل للورثة إلا من تاريخ وفاة المورث أي منذ تاريخ وفاة المرحوم "م.ك.ب.ر" في 21-5-2011 حسبما ذلك ثابت من أصل مضمون وفاته و أصل حجة وفاته أي بعد أن أصبح العقار على ملك تونسي الجنسية منذ 15-5-1995 و معنى ذلك أن واقعة الوفاة المنتجة لإنتقال حق البقاء للورثة إنما قد حصلت و العقار على ملك تونسي وان الإطار القانوني المنطبق في قضية الحال وهو الفصل 6 من قانون 18-2-1976 لكون هذا القانون أقصى الأبناء و لم يعترف بإنتقال حق البقاء إلا لمن كان قاصرا أو معاقا منهم وهو أمر يتنافى و مصلحة المعقب ضده الثاني لعدم توفره في قضية الحال و فضلا عن ذلك و من باب الجدل فإن لا شيء بملف القضية يفيد أن هذا الأخير كان يعيش بمعية المرحوم "م.ك.ب.ر" بالعقار قبل وفاته هذا الأخير أو بعدها ضرورة أن عبارة "يعيشون الوارد بهذا النص إنما تقتضي طول المعاشرة عبر السنوات في حين أن الوثيقتين المدلى بهما من قبل المعقب ضدهما و المتمثلتين في بطاقة تعريف المدعو "م.ش.ب.ر" و شهادة إقامته إنما هي وثائق لا ترتقي إلى مرتبة الحجة القانونية للأسباب التي سبق شرحها إضافة إلى كونه أدلى بشهادات مسجلة بالحجة العادلة الأولى صادرة عن أشخاص مختلفين تفيد أن المدعو "م.ش.ب.ر" و حتى في الأوقات التي يأتي فيها إلى أرض الوطن فإنه لا يقطن مع والديه أو والدته بعقار الطاعن و إنما يقطن بعقار آخر و هو العقار الكائن بعدد *** نهج ماتو قرطاج درمش .

المطعن الثالث : تحريف الوقائع

بمقولة أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتضح أن المحكمة قد أسست قضاءها بالنقض على كون الملف يحتوي على تقرير إختبار مختلفين في النتيجة وهو أمر مخالف للواقع و فيه تحريف للوقائع ضرورة أن الملف لا يحتوي على تقرير إختبار وإنما يحتوي على تقرير إختبار واحد مأذون به قضائيا أسس عليه الطاعن قيامه و يحتوي من جهة أخرى على دراسة مجردة من قبل مكتب دراسات غير مأذون بها قضائيا و هي الدراسة المتمسك بها من قبل المعقب ضدهما و أن الأكيد في مثل هذه الحالات انه لا يقع الأخذ إلا بالاختبار المجري بإذن من المحكمة و من قبل خبير كلفته وبناء عليه فإن القرار المطعون فيه جاء ضعيف التعليل مخطأ في تطبيق القانون و تأويله و محرفا للوقائع مما يعرضه للنقض و عليه طالبت قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل نقض القرار المطعون فيه دون إحالة .

ما يلي :

كما جاء بمستندات التعقيب المحررة من الأستاذة

المطعن الأول خرق الفصل 14 من م م م ت :

بمقولة انه بالرجوع الى القرار موضوع الطعن يتضح ان المعقب ضده الثاني "ش.ب.ر" تداخل في الطور الابتدائي طالبا تطبيق الفصل 3 من المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المؤرخ في 01 سبتمبر 1981 والمنقح بالقانون عدد 123 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 باعتباره وارثا ساكنا بالعقار موضوع مطلب الاخلاء ،فقضت محكمة البداية برفض مطلب التداخل شكلا لعدم انطباق المرسوم المذكور على النزاع ولم يستأنف هذا الأخير الحكم لا أصليا ولا عرضيا وبذلك اصبح باتا في حقه ومن جهة ثانية اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه ان منازعة المستانفة الرامية الى انطباق المرسوم المذكور على النزاع جديدة وقضت على ضوئها بالنقض ورفض المطلب ونتيجة لذلك فإن المحكمة لما اعتبرت ان منازعة المستانفة "ز.ت.ب" بحتمية انطباق المرسوم عدد 13 لسنة 1981 جديدة في حين ان الحكم اصبح باتا في نفس الدفع في حق المعقب ضده الثاني وانه من جهة ثانية أن الموضوع لا يتجزأ باعتبار ان الطرفين وريثي المتسوغ الأصلي للعقار واتصل القضاء به في حق المعقب ضده الثاني الذي كان طرفا فيه في الطور الابتدائي فإن تعليلها لما قضت بالنقض لجدية المنازعة المثارة من المعقب ضدها الاولى اعتمادا منها على امكانية انطباق المرسوم عدد 13 لسنة 1981 يعد تمشيا منطويا على خرق للإجراءات الاساسية للدعوى والتي يمكن للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها وتكون بذلك قد خرقت الفصل 14 م م م ت معرضة قضاءها للنقض بدون إحالة .

المطعن الثاني سوء تأويل الفصل 201 من م م م ت:

بمقولة انه يتضح بالرجوع الى الحكم المطعون فيه أن المحكمة عللت قضاءها بان موضوع النزاع ماس بالأصل مما يخرجها عن ولاية القضاء المستعجل وذلك على صعيدين إثنين أولا لعدم امكانية الحسم في انطباق قاعدة قانونية عليه وثانيا انه لا يمكن الترجيح بين الاختبارين المضامين للملف فمن جهة أولى فإن ما عللت به المحكمة قضاءها في خصوص عدم امكانية الترجيح بين الاختبارين فان هذا الدفع واه طالما ان الاختبار المقدم من منوبها قضائي في حين ان الاختبار المقدم من المعقب ضدها مجرى بطلب من هذه الأخيرة وهو بالتالي لا يرتقي لدرجة وسيلة اثبات قانونية يمكن اعتمادها من المحاكم ومن جهة ثانية فإن ما جاء بتعليلها من عدم امكانية حسمها للنزاع في اختيار القانون المنطبق على النزاع لمساس ذلك بالأصل فان هذا التمشي ينم على سوء تأويل للفصل 201 م م م ت ويكُون فقه قضاء جديدا في إجراءات القضاء المستعجل ضرورة انه وخلافا لما أقرته محكمة القرار المنتقد فإن مهمة القاضي كل في موقعه (سواء كان قاضي أصلي أو استعجالي) هو تطبيق القانون الذي يعينه على المسائل و الوقائع المعروضة عليه والحسم بين الطرفين في شأنها وبناء رأيه على النص القانوني الذي يتنزل عليها فيضحي الأمر متعلقا بتكييف قانوني محض وهو ما لا

يمكن ان يمتنع على قضاء الاستعجال مهما كان الخلاف محتدما في شأنه فقها او قضاء وان مناقشته لهذا الراي القانوني او ذلك لا يحيد عن دائرة اختصاصه و بالتالي فإن المحكمة المطعون في حكمها قد حادت على سواء السبيل لما امتنعت عن البت في أصل الحق على اساس ان اختيار القانون المنطبق فيه خرق لأحد ركائز القضاء المستعجل وهو المساس بالأصل وأضاف نائبة المعقب ان اصل الحق ثابت بالملف وهي ملكية منوبها للعقار وما يفيد انه تونسي الجنسية وتقرير الاختبار المجري بموجب اذن على عريضة والذي أكد ان السقف أصبح غير صالح ويهدد بالانهيار وأن:"هاته الاصلاحات تستدعي اخلاء المحل من شاغليه نظرا لاهميتها وانجازها في اقرب الاجال لتفادي الضرر الذي يهدد العقار وساكنيه "و رخصة الترميم والتنبيه الصادر من المعقب حسب الصيغ القانونية وان ما عارضت به المعقب ضدها لنتيجة الاختبار القضائي هو اختبار انجزته بطلب منها شركة المراقبة "v"والذي استنتج ان المكري لا يهدد بالانهيار في حين انه ومثلما جاء برخصة البناء فإن مطلب الاخلاء اساسه ترميم العقار وليس الهدم و اعادة البناء وهو ما أكده الاختبار العدلي .

المطعن الثالث خرق الفصل 41 من الدستور و الفصل 1 من المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المؤرخ في 1 سبتمبر 1981 :

بمقولة انه لا جدال ان منوبها تونسي الجنسية و ان تملكه بعقار كان على ملك أجنب وخاضعا في علاقته مع المتسوغ الى المرسوم عدد 13 لسنة 1981 لا يمكن ان يحرمه من خضوعه للقانون المتعلق بملكية عقارات على ملك تونسيين وهو القانون عدد 35 لسنة 1976 وان محكمة القرار المنتقد في حكمها لما اعتبرت ان ما اثارته المستانفة في الأصل والمعقب ضدها الأولى الان من امكانية تطبيق مرسوم عدد 13 لسنة 1981 على النزاع هي منازعة جدية تكون قد خرقت الفصل 41 من الدستور الذي يضمن لكل تونسي حق الملكية "و لا يمكن النيل منه الا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون "وهو الامر بالنسبة للمعقب ، ضرورة ان الفصل الاول من المرسوم عدد 13 لسنة 1981 تضمن ان أحكام هذا المرسوم تنطبق على المحلات المعدة للسكنى التي هي على ملك الاجانب دون اشارة أخرى من المشرع على انها تمتد لمن آل إليهم الحق من ذوي الجنسية التونسية خاصة وان احكام هذا القانون كانت لتنظيم حقوق المتسوغين لعقارات على ملك الاجانب بعد الاستقلال وإن أحكامه كانت استثنائية لتعلقها بفترة زمنية معينة وإن محكمة القرار المنتقد لما اعتبرت منازعة المعقب ضدها في عدم انطباق القانون عدد 35 لسنة 1976 على النزاع مع امكانية تطبيق المرسوم عدد 13 لسنة 1981 منازعة جدية وتخرج النزاع عن ولايتها تكون قد اعطت مفهوما واسعا للفصل المذكور وهي ليست غاية المشرع عند سنه له وهو ما أكده فقه القضاء مما يكون معه بذلك القرار المطعون فيه خارقا للفصلين المذكورين وموجبا للنقض من هذه الناحية ايضا.

المطعن الرابع: خرق الفصل 6 من القانون عدد 35 لسنة 1976 وضعف التعليل :

بمقولة ان المطلب اساسه طلب اخلاء العقار لوجوب ترميمه و ان المشرع في الفصل 6 من القانون عدد 35 لسنة 1976 جعل لهذه الدعوى مجالا خاصا بها وهي الدعوى الاستعجالية دون التقيد بشرطها اذ يقع حسم النزاع على المعطيات المتوفرة بالملف سلبا او ايجابا ويكون الاختصاص الاستعجالي استثنائي ، جاء بنص صريح وهو الفصل 6 من القانون عدد 35 لسنة 1976 وان محكمة القرار المنتقد لما غضت النظر عن هذا المعطى تكون قد خرقت القانون مما يضي على قرارها ضعف التعليل موجبا للنقض بدون إحالة طبقا لأحكام الفصل 177 م م ت .

و حيث جوابا على مستندات التعقيب لاحظ نائب المعقب ضد هما الاستاذ "م.ق" أنه وبخصوص المطاعن المثارة من الأستاذة "ش" وعلى خلاف ما تمسك به الطاعن الذي وبعد ان أقر صراحة ان المحكمة التي صدر عنها الحكم المطعون فيه قد "أحسن عرض الإشكال القانوني المطروح" أضاف انها "وبعد طرحها للإشكال تجاوزته دون البت فيه معللة عدم بثها بكون هذه المسألة هي مسألة " جوهرية تستوجب تمحيصا و استقرارات مؤدية إلى الخوض في أصل الحق و هو ما لا يدخل في اختصاص قاضي العجلة " وورد بنفس المطعن أن "ما ذهبت إليه المحكمة من كون حسم المسألة يتطلب تمحيصا و استقرارات هو أمر صحيح، و لكن ما حادت عن الصواب في شأنه محكمة الحكم المطعون فيه هو اعتبارها أنه يحجر على قاضي العجلة التمهيص و ترجيح الأدلة بعضها على البعض" وبالتالي فإن المعقب يقر صراحة ان مسألة البت في النص القانوني المنطبق مسألة جوهرية تهم أصل النزاع و بناء عليه فإن القاضي الاستعجالي غير مختص و لم يكن بإمكانه الحسم في الإطار القانوني المنطبق للأسباب التالية ؛ وهي تسوغ مورث منوبته عقار التداعي من أطراف أجنب و طالما ان عقد التسويغ مبرم في 18 أفريل 1973 فإن العلاقة القائمة بين المتسوغ و المالك سواء بقي أجنبيا أو أصبح تونسيا تبقى خاضعة لأحكام المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المؤرخ في أول سبتمبر 1981 المتعلق بمنح البقاء للمتسوغين لمحلات معدة للسكنى على ملك الأجانب وأن حق البقاء يتمتع به منوباه مخول لهما بمقتضى المرسوم المؤرخ في الأول من سبتمبر 1981 و لا بمقتضى أي نص آخر و أن الطبيعة القانونية لهذا الحق لا تتغير و لا تصبح خاضعة إلى أي إطار قانوني ثان بمجرد بيع العقار إلى مواطن تونسي و ذلك لسبب بسيط و هو أنه لا يمكن للمالك الأجنبي أن يمنح للمالك التونسي حقوقا أكثر من الحقوق التي كانت لديه و ذلك عملا بأحكام الفصل 551 م.ا.ع وأن بيع العقار

لطرف تونسي لا يخرج العلاقة من إطار مرسوم عدد 13 لسنة 1981 ومن هذا المنطلق فإن النزاع ماس بالأصل و يخرج عن القضاء الاستعجالي و رغم رفض المحكمة إخضاع العلاقة لهذا المرسوم أو للقانون عدد 35 لسنة 1976 فإن المعقب يعيب عليها خرقها لأحكام الفصل 6 من القانون المذكور أخيرا مضيفا أن المعقب استند إلى شهادتي نشر تتعلقان بقضيتين في تجاوز السلطة أي تهمان أصل النزاع و بقرار صادر عن المحكمة الإدارية في مادة توقيف التنفيذ أي في القضاء الاستعجالي و هو مجرد وسيلة تحفظية فضلا عن كونها لا تتمتع بحجية اتصال القضاء ، مضيفا أن للدعوى الاستعجالية مفهوم واضح في القانون و هو المنصوص عليه بأحكام الفصل 201 م م م م التي اقتضت صراحة أن النظر فيها يكون دون المساس بالأصل و أن إسناد مرجع النظر في الدعوى الاستعجالية في الإخلاء إلى القاضي الاستعجالي لا تعني إطلاقا إمكانية تجاوز اختصاصه المنصوص عليه بالقاعدة العامة بالفصل 201 م م م م و تمكينه من البت في مسائل تتعلق بالأصل ، مضيفا ان المحكمة لم تحرف الوقائع لما اعتبرت ان الملف يحتوي على اختبارين ضرورة ان المعقب بصدد مناقشة الحجج المقدمة من طرف الخصوم امام محكمة التعقيب والحال ان تقدير القيمة القانونية للحجج و إمكانية ترجيح إحداها على الأخرى من صميم اختصاص قاضي الموضوع و لا يمكن مناقشة هذه المسألة أمام محكمة التعقيب مضيفا ان منوبيه قدما ايضا محضر معاينة مجرى من عدل التنفيذ "ح.ي" بواسطة رقيمه عدد 4097 بتاريخ 20/05/2015 انتهى فيه إلى ان الفيلا في حالة مادية حسنة و لا وجود لأي مؤشرات توحى بتداعي المحل كما تقدا بمحضر معاينة اجراه عدل التنفيذ "ن.ب" حسب رقيمه عدد 1427 بتاريخ 26/10/2016 و الذي تضمن بدوره ان المحل في حالة مادية حسنة و لاوجود لمؤشرات خطيرة توحى بإمكانية تداعيه للسقوط ومن جهة اخرى فقد أسست محكمة القرار المطعون فيه قضاءها على بحث مسألة هل يتطلب الأمر مجرد ترميم للمحل أم أشغال هامة إذ في صورة ما إذا كان العقار خاضعا للقانون عدد 35 لسنة 1976 فإن الفصل 6 منه أعطى للمالك إمكانية إخراج المتسوغ لمجرد ترميم العقار الذي يقع به المحل المكروى أما إذا كان العقار خاضعا للمرسوم عدد 13 لسنة 1981 فإن الفصل 8 منه اشترط ان يكون الإخراج من المحل لضرورة القيام بأشغال جسيمة ، وبخصوص مذكرة الطعن المقدمة من الأستاذة "ع" لاحظ نائب المعقب ضدهما انه خلافا لما تمسك به الطاعن فإن المعقب "م.ش.ب.ر" كان مستأنفا ضده كما ان التمسك بانطباق المرسوم عدد 13 لسنة 1981 لم يكن حكرا على هذا الأخير بل طالبت كذلك المستأنفة (المعقب ضدها الأولى الان) بتطبيقه سواء ضمن مذكرة استئنافها اوفي جميع تقاريرها

اللاحقة ، كما لم يوضح المعقب موضع خرق المحكمة لأحكام الفصل 201 م م ت و لم يبين موضع خرق الفصل 41 من الدستور وان الحكم المنتقد لم يقيم باي اعتداء على ملكية المعقب التي تبقى قائمة ومحفوظة حتى عند رفض تمكينه من إخراج المتسوغ فضلا عن انه ووفق الفصل 41 من الدستور فانه يمكن النيل من حق الملكية ووفق الضمانات التي يحددها القانون مؤكدا ان الحكم المطعون فيه لم يطبق لا القانون عدد 35 لسنة 1976 ولا المرسوم عدد 13 لسنة 1981 و انما اقتصر على تطبيق أحكام الفصل 201 م م ت ومن ثمة فإنه لا يمكن ان يعاب عليه خرق الفصل 6 الذي استند عليه المعقب وانتهى الى أن مستندات المعقب لم تأت بما من شأنه أن يوهن مستندات القرار المطعون فيه وعليه طلب رفض التعقيب أصلا إن كان مقبولا شكلا.

المحكمة

عن المطعن المأخوذ من خرق الفصل 14 م م ت

حيث خلافا لما جاء بهذا المطعن من ان المتداخل في الطور الابتدائي المعقب ضده الثاني الآن لم يستأنف الحكم الابتدائي لا أصليا و لا عرضيا و بالتالي أصبح باتا في حقه و لا يسوغ للمستأنفة المعقب ضدها الأولى الآن إعادة التمسك بانطباق أحكام المرسوم عدد 13 لسنة 1981 لسبق بت محكمة البداية فيه و اتصال القضاء به ، فقد استبان رجوعا إلى القرار المطعون فيه ان المعقب ضده المذكور كان طرفا في القرار المطعون فيه وتحديد احتل مركز المستأنف ضده فلا مجال حينئذ للقول بان الحكم الابتدائي اصبح باتا في حقه او بخرق أحكام الفصل 14 م م ت بما يتعين معه رد هذا الدفع لعدم بنائه على سند صحيح .

عن المطعن المأخوذ من خرق الفصل 41 من الدستور و الفصل 1 من المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المؤرخ في 1 سبتمبر 1981 :

حيث نعى الطاعن في نطاق هذا الدفع على محكمة القرار المنتقد خرق احكام الفصل 41 من الدستور لما اعتبرت ان ما اثارته المستأنفة (المعقب ضدها الأولى الان) من امكانية تطبيق المرسوم عدد 13 لسنة 1981 على النزاع هي منازعة جدية وهو ما من شأنه النيل من حقه في الملكية.

وحيث إن التقاضي بصفة عامة و إثارة دفوع و التمسك في إطارها بتطبيق قانون ما ، لا مخالفة فيه لأحكام الدستور بل هو تطبيق لحق كفله صلب الفقرة الثانية من الفصل 108 منه بما اقتضته من ان "حق التقاضي و حق الدفاع مضمونان" و لا مساس فيه بالتالي بحق الملكية طالما كان الدفع بتطبيق أحكام المرسوم عدد 13 لسنة 1981 هو في إطار المجادلة القانونية القائمة بين الطرفين وما أثير منهما من وسائل دفاع و رأت المحكمة جدية المنازعة فيها و اسست حكمها عليها، فإن قرارها ذاك هو من منظورها

تطبيق لنص قانوني فيه نيل من حق الملكية اجازة القانون بموجب المرسوم المذكور وهو الذي اجازة الدستور في حد ذاته صلب الفصل 41 منه بأن نص على ان " حق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه الا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون " وهذا الحكم قابل للطعن بالطرق القانونية ما لم يكن المعقب مقتنعا بوجاهته وهو ما تم فعلا و بالتالي أضحي هذا الدفع بدوره متعين الرد .

عن بقية المطاعن المأخوذة من خرق الفصول 201 م م م ت و الفصل 6 من القانون عدد 35 لسنة 1976 وضعف التعليل وتحريف الوقائع لترابطها ووحدة القول فيها:

حيث تمحورت هذه المآخذ حول مدى اختصاص قاضي العجلة بالنظر في المطلب وحول اي من القانون عدد 35 لسنة 1976 او المرسوم عدد 13 لسنة 1981 هو المنطبق على وقائع القضية.

وحيث ولئن كان من المسلم به ان تدير الاحكام هو جدل موضوعي داخل في الاجتهاد المطلق لمحكمة الموضوع وليس لمحكمة التعقيب نقضه الا ان ذلك يظل رهين ثبوت اعتماد قضاة الأصل على مستندات صحيحة لا لبس فيها وتطبيقهم القانون دون خطأ أو خرق له ولا ضعف في التعليل أو تحريف للوقائع.

وحيث خلافا لما عللت به محكمة القرار المنتقد قضاءها بمقولة ان " تحديد أي من القانون عدد 35 لسنة 1976 أو المرسوم عدد 13 لسنة 1981 ينطبق على وقائع قضية الحال هي مسألة جوهرية تستوجب تمحيصا و استقراءات " فإن من أوكد علائق عمل المحكمة بصفة عامة تطبيق حكم القانون على ما يعرض عليها من الوقائع وفي ذلك يتساوى القاضي الاستعجالي مع قاضي الأصل فكلاهما يلبس الوقائع النص القانوني المنطبق عليها والذي يتمها معهما ، وهذه الوظيفة هي من صميم جوهر عمل القاضي أيا كان موقعه و أيا كانت صبغة النزاع المطروح أمامه ومن ثمة و من هذا المنطلق و لما كان الامر متعلقا بتكييف قانوني محض وكان غير ممنوع على قضاء العجلة فإنه كان من واجب المحكمة الحسم في مسألة الإطار القانوني المنطبق وتحديد أي نص قانوني تتكّيف معه وقائع الدعوى ولما لم تفعل و أحجمت عن ذلك بدعوى مساس النزاع بالأصل فذلك كاف لوحده لتعريض حكمها للنقض .

وحيث ما من خلاف بين الطرفين ان مورث المعقب ضدهما كان متسوغا من مالك اجنبي المحل المعد للسكنى موضوع التداعي والذي انتقلت فيما بعد وتحديدا سنة 1995 ملكيته للمعقب الآن وهو تونسي الجنسية وعليه فلا مجال للقول بانطباق المرسوم عدد 13 لسنة

1981 المؤرخ في 01/09/1981 على موضوع قضية الحال والمعنون "بمنح البقاء للمتسوغين لمحات معدة للسكنى على ملك الأجانب" كما جاء بالفصل الأول منه انه "تنطبق أحكام هذا المرسوم على المحلات المعدة للسكنى او ذات الاستعمال المهني التي هي على ملك الأجانب و المبنية و المكتسبة قبل غرة جانفي 1956" ، إذ وطالما ان عبارة القانون كانت واضحة وقصرت منح البقاء للمتسوغين لمحات معدة للسكنى على ملك الأجانب فلا مجال للتوسع فيها ضرورة ان نص القانون - بحسب أحكام الفصل 532 من المجلة المدنية - " لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة و عرف الاستعمال و مراد واضح القانون " وان " ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به كلما وجد السبب المذكور" وان " ما اجازه القانون لسبب معين بطل بزواله " تطبيقا لمقتضيات الفصلين 536 و 537 م ا ع وان " ما به قيد او استثناء من القوانين العمومية او غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة " استنادا لأحكام الفصل 540 م ا ع هذا فضلا عن ان أحكام المرسوم عدد 13 لسنة 1981 ذات صبغة استثنائية و بالتالي لا تؤول إلا تأويلا ضيقا.

وحيث وعليه ولما انتقلت ملكية محل النزاع للمعقب وهو تونسي الجنسية فإن المرسوم عدد 13 لسنة 1981 بات غير منطبق وأضحى الكراء خاضعا لأحكام القانون عدد 35 لسنة 1977 المؤرخ في 18/02/1976 الذي أقر حق البقاء الوجودي للزوجة وهي المعقب ضدها الأولى الآن على معنى الفصل 3 منه فيما كانت شروط انتقاله واستنادا إلى ذات الفصل للمعقب ضده الثاني غير متوفرة .

وحيث اقتضت أحكام الفصل 6 من القانون المشار إليه ما يلي " لا يعارض المالك بحق البقاء إذا تحصل على رخصة في القيام بأشغال لترميم العقار الذي يقع به المحل المكروى او الزيادة على البناء القائم افقيا او عموديا القصد منها الصيانة او الزيادة في المساحة المعدة للسكنى او في عدد المساكن او في مرافق العقار و يترتب عن هذه الأشغال جعل ما هو ضروري لسكنى المكثري او عائلته غير صالح لذلك وتنطبق في هاته الحالة الاجراءات المنصوص عليها بالفقرات 2 و 3 و 4 و 5 من الفصل الخامس" .

وحيث جاء بالفقرة الثالثة من الفصل 5 من القانون عدد 35 لسنة 1976 انه : " و على المالك بعد تسلمه الرخصة إعلام المكثري بها بواسطة عدل منفذ مع التنبيه عليه بإخلاء المحل خلال أجل 6 أشهر من تاريخ التنبيه و إلا جاز للمالك رفع دعوى استعجالية في الإخلاء" .

و حيث إن دعوى الخروج لترميم المحل هي دعوى أقر القانون اختصاص القاضي الاستعجالي بالنظر فيها اعتمادا على نص قانوني صريح وهو الفصل 5 من القانون عدد 35 لسنة 1976 وكذلك اعتمادا على شمولية أحكام الفصل 201 م م م ت الذي نص على ان القاضي الاستعجالي يختص بالنظر في جميع الحالات شريطة توفر شرطي انعقاد نظره وهما التأكد وعدم المساس بالأصل وهو ما لم تهتد إليه محكمة القرار المنتقد لما رأت أن شرطي الفصل 201 م م م ت غير متوفرين والحال ان بالملف من المعطيات ما يؤكد استجابة المطلب لمقتضيات الفصل المشار اليه ليبقى اختصاصها منعقدا للنظر في القضية.

وحيث بات جليا حينئذ ان محكمة القرار المنتقد اخطأت في تقدير الادلة المعروضة عليها والاجتهاد في فحصها وسبر ما اشتملت عليه من العناصر وترتيب الاثار السليمة قانونا على ذلك وهو ما اورث قضاءها ضعفا في التعليل وخرقا للقانون يتجه معه قبول هذه المطاعن ومن ثم النقض.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليه .

و صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 2018 / 04/19 عن
الدائرة المدنية الواحدة و العشرين المترتبة من رئيستها السيدة
و عضوية المستشارتين السيدتين
وبحضور المدعي العام السيد
كاتب الجلسة السيد ./.
وبمساعدة

وحرر في تاريخه