الجمهوريــة التونسيــة **الحمــد لله**
محكمــة التعقيــب
عـ75867/75868ـدد القضيــة
تاريخ القرار: 2019/10/21

قرار تعقيبي مدني

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من الأستاذ ه ز. بتاريخ 2019/04/22.
وعلى مطلب التعقيب المقدم من الأستاذ أ ز. بتاريخ 2019/05/01.
نيابة عن: أ ب. القاطن بـ... محاميه الأستاذ ه ز. الكائن مكتبه بـ...
محاميه أيضا الأستاذ أ ز. الكائن مكتبه بـ...
ضــد : م ب. القاطن بـ...
مقره المختار بمكتب محاميه الأستاذ م ب. الكائن بـ...

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 22118 الصادر عن محكمة الاستئناف بمدنين بتاريخ 2018/04/25 والقاضي نهائيا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي المطعون فيه والقضاء من جديد باستحقاق المستأنف لمحل النزاع الموصوف بتقرير البحث العيني المجرى بتاريخ 2015/01/09 وبتقرير الخبير ع م. المؤرخ في ذات التاريخ والمجسم بالمثال الهندسي المرافق له والمحاط باللون الوردي وإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضده بما في ذلك أجرة الاختبار والتوجه وتغريمه لفائدة المستأنف بأربعمائة دينار لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.
وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المقدمة من الأستاذ ز. في القضية عدد 75867 في 2019/05/20 المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الأستاذة س ط. بتاريخ 2019/05/12 حسب محضرها عدد 1301 وتلك المقدمة من الأستاذ ز. في 2019/05/16 المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الأستاذة س ط. بتاريخ 2019/05/02 حسب محضرها عدد 1291.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد المقدمة بتاريخ 2019/05/31 من الأستاذ م ب. في حق المعقب ضده.

وبعد الاطلاع على نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة طبق مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على ملحوظات الادعاء العام المحررة في 2019/07/09 والرامية إلى ضم القضية عدد 75868 للقضية عدد 75867 وإلى قبول مطلب التعقيب في القضية عدد 75867 شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الإحالة.

وبعد المفاوضة طبق القانون، صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلبا التعقيب جميع أوضاعهما وصيغهما القانونية طبق أحكام الفصول 175 و185 وما بعده من م م م ت وتعين قبولهما شكلا.

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها القرار المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل (المعقب ضده الآن) أمام المحكمة الابتدائية بمدنين عارضا بواسطة محاميه أن على ملكه وفي حوزه وتصرفه جميع الفستقية الواقعة بساحة منزله الكائن ب:::يحدها شرقا م ب. وفي باقي الجهات ملكه آلت إليه بالشراء بموجب الكتب المؤرخ في 1978/07/26 وأن المطلوب عمد مؤخرا إلى التنبيه عليه ومنعه من استعمال الفستقية المذكورة مدعيا ملكيته لها وهو يطلب إجراء بحث استحقاقي ثم الحكم باستحقاقه لمحل النزاع وإلزام المدعى عليه برفع يديه عنه وعدم التعرض له في التصرف فيه وتغريمه له بخمسمائة دينار عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.

وحيث وبعد استيفاء الإجراءات القانونية قضت محكمة البداية تحت عدد 15684 بتاريخ 2016/10/24 ابتدائيا بعدم سماع الدعوى الأصلية وإبقاء مصاريفها محمولة على القائم بها وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الأصل بتغريم المدعي لفائدة المدعى عليه بثلاثمائة دينار لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.

وحيث أسست محكمة البداية قضاءها على ما أثبته الاختبار من عدم انطباق رسم المدعي على محل النزاع وشهادة البينة من قيام المطلوب بتشييد الفسقية وبقاء التصرف لجميع الورثة وإقرار زوجة المدعي بأن محل النزاع يعود بالملكية إلى مورث المطلوب.

وحيث استأنف الطالب الحكم المذكور ناسبا إلى الاختبار المستند إليه جملة من الهنات متمسكا بانطباق رسمه على العين وبمشاغبة خصمه له ي الفسقية.

وحيث أصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها المبين نصه بالطالع،

فتعقبه المحكوم ضده بواسطة محاميه الأستاذ ز. ناعيا عليه ما يلي:

المطعن الأول: تحريف الوقائع ومخالفة القانون:

بمقولة أن محكمة القرار المنتقد ذكرت أن كتب الاتفاق تضمن تنازل المستأنف ضده وشقيقه لفائدة شقيقهما المستأنف عن الفسقية والحال أنه وشقيقه ليسا أشقاء للمعقب ضده بل هم أبناء عم والخطأ في بيان القرابة يترتب عنه تغيير الحقوق إذ جعلت المحكمة من المعقب ضده وارثا إلى جانبه وهو أمر غير صحيح، كما ذكرت أن كتب الاتفاق تضمن تنازلا منه وشقيقه لفائدة المعقب ضده عن الفسقية وما حولها من الأرض وفق التحديد الذي حرر أعلاه والمشمول بالنزاع حال أن كتب الاتفاق المذكور يتعلق فقط بالفسقية ولا يمتد إلى ما جاورها من أرض إذ جاء به "يتنازل م. وأ. المذكورين أعلاه في الفسقية التي كانت على ملكهما والتي عرضها 5م ويحدها غربا الطريق الخاص"، كما أن مساحة الأرض الجملية موضوع النزاع هي 55,97م^2 أما مساحة الفسقية فـ 16,40م^2 حسبما جاء بتشخيص الخبير ع م.، وهو ما تكون معه المحكمة قد سحبت مفعول الاتفاق على الأرض المجاورة للفسقية حال أنه يتعلق بالفسقية دون غيرها وهو تحريف للوقائع يترتب عنه خرق للقانون وتحديدا الفصل 123 فقرة 5 من م م م ت، علاوة عما ذكرته المحكمة من كون عقد الاتفاق المذكور هو عقد نافذ بين الطرفين وهو أمر غير صحيح وتناهضه عدة معطيات ثابتة بالملف منها:

-أنه لم يتم تحويز المعقب ضده بالفسقية وإنما الفسقية في حوز وتصرف ورثة ع ب. والده وليس في حوز وتصرف خصمه

-أنه بمناسبة قضية حوزية عدد 3384 صدر الحكم فيها بتاريخ 1996/09/06 طلب مورثه ع ب. كف شغب خصمه وزوجته عن الفسقية وقد صار الحكم لفائدته نهائيا بموجب القرار الاستئنافي عدد 5276 الصادر في 1997/07/07

-أنه بمناسبة القضية الحوزية المذكورة تمسك المعقب ضده بكتب الاتفاق المبرم بينه وبين م. وأ ب. أبناء ع ب. إلا أن هذا الأخير أنكر علمه بهذا الاتفاق وتمسك بعدم لزومه له باعتباره صادرا عن غير مالك، وقد قررت محكمة الناحية أن الاتفاق المشار إليه من قبل المطلوبين لا يسري مضمونه على المدعي الذي لم يمض عليه ولم يكن طرفا فيه وأقرت محكمة الاستئناف الاتجاه المذكور معتمدة خصوصا على إقرار زوجته ووكيلته في النزاع التي اعترفت بأن ملكية محل النزاع تعود إلى المستأنف ضده وهو الذي كان يتصرف فيها إلى حدود 3 أشهر

قبل إجراء البحث الحيازي وهو الموافق لتاريخ غلقها من طرفها دون أن تشير إلى أن تصرفه ذلك وحوزه كان على وجه الفضل
وأنه تبين أن بالملف مؤيدات وأحكام وشهادات تثبت أن الاتفاق المذكور لم يتم العمل به يوما إذ تم فسخه بتحقق شروط فسخه ولكن رغم ثبوت استبعاد الاتفاق المذكور ورغم وجود مؤيدات وأحكام وقرائن وشهود تثبت ملكيته وتصرفه في العقار بمعية بقية ورثة والده ع ب. إلا أن المحكمة اعتبرت أن الاتفاق نافذ بين الطرفين وهو أمر غير صحيح ومغاير للمعطيات الثابتة بالملف.

المطعن الثاني: مخالفة القانون:

- مخالفة أحكام الفصل 450 من م ا ع:

بمقولة أن محكمة القرار المنتقد اعتمدت في قضائها على صورة ضوئية من كتب اتفاق تاريخ تحريره هو 1992/07/11 لكن التعريف بالإمضاء عليه غير موجود وإنما يتضمن رقمين أحدهما 7723 والثاني غير واضح ذكرت المحكمة أنه 3154 ولم يقدم المعقب ضده أصل العقد أو نسخة طبق الأصل أو حتى شهادة في التعريف بالإمضاء بل قام بمعاينة لصورة ضوئية وهي مناورة للتفصي من واجب الإدلاء بنسخة قانونية تامة الموجبات وقد خالف اعتمادها أحكام الفصل 450 من م ا ع.

- مخالفة أحكام الفصل 87 من مجلة التسجيل والطابع الجبائي:

بمقولة أن المحكمة اعتمدت كتب الاتفاق المذكور دون أن يكون مسجلا للقول بأنه لا ينطبق على عقار النزاع مما خالف أحكام الفصل 87 من م ت ط ج.

- مخالفة أحكام الفصلين 428 و434 من م ا ع:

بمقولة أنه تمسك بأن زوجة المعقب ضده ووكيلته سبق أن أقرت بمناسبة القضية الحوزية المرفوعة من مورثه بأن ملكية الفسقية تعود إلى مورثه مدليا بالحكم الحوزي الذي تأيد استئنافيا واتصل به القضاء وتمت على أساسه مقاضاته جزائيا بعد رجوعه للشغب بعد التنفيذ لكن المحكمة استبعدت الإقرار الحكمي الصريح والواضح معتمدة في المقابل صورة ضوئية من اتفاق غير ملزم لباقي الورثة وتم الرجوع فيه.

- مخالفة أحكام الفصل 66 و325 من م ا ع:

بمقولة أنه تمسك بأن الفسقية وما تبعها من عقار هي مخلف والده وأن الاتفاق المتمسك به والمبرم فقط من قبله وشقيقه م. دونا عن بقية الورثة هو اتفاق باطل وغير نافذ لعدة أسباب منها أنه تعلق بالتفويت في إرث قبل وفاة المورث وقد أكد على أن محاكم الأصل استبعدته لبطلانه خاصة عندما عاينت بنفسها إنكار المورث للاتفاق وعدم إمضائه أو مصادقته عليه لكن محكمة القرار المنتقد خرقت الفصل 66 من م ا ع رغم إنكاره من المورث في قائم حياته ولا يحول دون هذا الجزاء التمسك بأحكام الفصل 576 من م ا ع ضرورة أن أحكام الفصل

66 من نفس المجلة يتحدث عن البطلان المطلق الذي لا يمكن تصحيحه أو التصديق بأي شكل والذي لا يترتب عليه إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق واعتماد الفصل 576 لا يمكن أن ينال من أحكام الفصل 66 لأنه جاء بصيغة البطلان المطلق الواضح والصريح نصا، علما وأن صورة الفصل 567 يمكن أن تقبل في حالات أخرى غير انتقال الملكية االبائع بموجب الإرث لأن من شأن ذلك تصحيح البطلان المطلق وليس في حالتي الفصلين 325 و66 من م ا ع والذين خالفهما اعتماد المحكمة كتب الاتفاق المذكور رغم إنكاره من المورث في قائم حياته وثبوت تعلقه بالإرث.

المطعن الثالث: الخطأ في تطبيق القانون:

بمقولة أن محكمة الاستئناف اعتبرت الاتفاق نافذا وملزما لأطرافه وأن دفع المستأنف ضده بعدم ملكيته لما تم التفويت فيه هو سعي منه في نقض ما تم من جهته وهو سعي مردود عملا بأحكام الفصل 547 من م ا ع في حين أنه لم يسع في نقض ما تم من جهته وإنما تضمن الاتفاق شروطا فسخية منها تكليف خبير في قيس الأراضي لقسمة جميع قطع الأرض المشتركة بينهم في أقرب الآجال ومنها سحب م. لجميع القضايا المنشورة في خصوص تلك القطع وقد نص الاتفاق على أنه في صورة إخلال أحد أطراف العقد بأحد البنود تعتبر الوثيقة ملغاة وبالتالي فهي وثيقة ولدت ميتة فضلا عن صدورها عن غير مالك وهو السبب في استبعادها وعدم عمل أي منهما بمقتضاها والدليل على ذلك استبعادها في النزاع الحوزي وفي عريضة الدعوى المتعلقة بقضية الحال التي لم تتأسس سوى على عقد بيع يتعلق بقطعة أخرى مما دعا المدعي إلى عدم تقديمها كمؤيد أساسي مكتفيا بإضافتها عند التحرير على الطرفين أثناء البحث الاستحقاقي عندما تأكد من اقتناع القاضي والخبير بعدم انطباق عقد البيع وبناء عليه فهو لم يسع لنقض ما تم من جهته طالما أن العقد باطل بطلانا مطلقا ولا يترتب عنه شيء سوى استرجاع ما تم دفعه علما وأن خصمه لم يدفع له ولشقيقه شيئا عند الاتفاق بما لا يعد معه متنكرا لأي التزام لذا فهو يدفع بخطأ المحكمة في تطبيق الفصل 547 من م ا ع.

وتضمنت مستندات التعقيب المحررة من الأستاذ ز. والمقدمة في القضية عدد 75868 مطعنا وحيدا تعلق بخرق القانون وجاء فيه أن سند افتتاح الدعوى هو عقد شراء مبرم بين مورث المعقب المتوفي سنة 1998 وبين المعقب ضده وأن القانون اقتضى أن من استند إلى حجة ألزمته وأن القيام ضده دون بقية الورثة هو إخلال إجرائي من المعقب عليه، كما اتضح أن المدعي في الأصل المذكور مرر نسخة ضوئية من الاتفاق المبرم بينه وبين كل من أ. وم. ابني المورث في 1992 يوم البحث الحيازي والحال أنه لم يكن مدرجا بعريضة

افتتاح الدعوى ولا بالحكم التحضيري وقد تم تطبيقه على العين والحال أن الحكم التحضيري نص على تطبيق كتب تملك المدعي فضلا عن عدم إحراز ذلك الكتب على الحجية طبق الفصول 442 وما بعده من م ا ع ولم يكن تاريخها ثابتا حسبما ورد بالاختبار علاوة على تعلقها بأ. وم. دون أن تشمل العريضة م. ولا بقية الورثة المدرجين بالاتفاق والذي رفضه والدهم في قائم حياته وطعن فيه في القضية الحوزية علاوة على تضمن مستندات القرار المنتقد وجود اتفاق تنازل بين الأشقاء م. وأ. إلى شقيقهم م. والحال أنه ليس شقيقهم ولا يرث معهما ولا مع بقية الورثة وعدم أخذ المحكمة بمطاعنه بكون الفسقية على ملك المورث وبالقضية الحوزية المقامة سنة 1996 في قائم حياته والتي انتهت سنة 1997 استئنافيا لفائدته وتم تنفيذ الحكم الصادر فيها والذي أكد عدم صلوحية كتب الاتفاق لصدوره عن أشخاص غير مالكين واتصل القضاء في هذا الشأن.
كما تمسك بخرق المحكمة للفصل 66 من م ا ع وبعدم جواز الاحتجاج بذلك الكتب تطبيقا للفصلين 635 و636 من م ا ع فضلا عن كون الفسقية عرضها 5م فقط بينما المحكمة ذكرت الفسقية وما حولها من أرض واعترت ذلك الكتب نافذا دون تطبيق أحكام الفصل 242 من م ا ع وتجاوزت الأمتار الموثقة به مما جعل حكمها بقطع الطريق الذي يحد الفسقية من الجهة الغربية وبمنعه وأشقائه من الوصول إلى محل سكناهم وتعمقها فيه بمسافة 2.7م دون التأكد من كون تلك الوثيقة ملغاة بإقرار المعقب ضده في آخر تحرير لها.
وأما إقرار زوجة المعقب ضده بملكية مورثه فلا يجوز مؤاخذة أصحاب الحق جميعا به خاصة وقد ورد بعد تاريخ عقد البيع سند الدعوى بما في ذلك الاتفاق المحتج به والذي أخذت به المحكمة فضلا عما أكدته بينة الطرفين أثناء البحث الحوزي من كون الفسقية ملك للمورث وهو موضوع لم تجب عليه محكمة القرار المنتقد معتمدة على نسخة ضوئية من اتفاق غير ثابت التاريخ وأصله باطل مطلقا فضلا عن الطعن فيه من المورث ومخالفته لأحكام الفصل 442 من م ا ع وللفصلين 84 و87 من م م ت ط ج والفصل 40 من القانون عدد 115 لسنة 1976 المؤرخ في 1976/12/31 وبالتالي فإن ترجيح المحكمة لحكمها دون الأخذ بأصل الملكية أو الرد على ما أثاره في شأنه يعد خرقا منها للقانون.

وهو يطلب نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة.

وحيث رد المعقب ضده على مستندات الطعن ملاحظا بواسطة محاميه الأستاذ ب. :

<u>أولا : في الرد على مطاعن الأستاذ ه ز. :</u>

-في خصوص المطعن الأول المأخوذ من تحريف الوقائع:

*ردا عن النقطة الأولى من الفرع الأول من هذا المطعن المتعلقة بما ذكر من كون المعقب شقيق لأحمد أنه يعد دفعا جديدا مثارا أمام محكمة التعقيب فضلا عن عدم تسلطه على أحد الأسباب التي تأسس عليه القرار المنتقد فالدعوى لا تتعلق بالقسمة وليس من شأن ذلك التغيير في نسبة استحقاق المعقب علاوة على أن كتب التنازل من العقود الرضائية التي يصح فيها التعاقد مع الكافة وليس بين الورثة فقط بما اتجه معه الالتفات عنه.
*ردا عن النقطة الثانية من الفرع الأول المتعلقة بمخالفة الفصل 123 في فقرته 5 من م م م ت في سحب الاتفاق على الأرض المجاورة دون الفسقية لما قضت بأن الاتفاق المتداعى فيه تضمن تنازلا من المعقب وشقيقه عن الفسقية وما حولها فإن ذلك كان استنادا إلى أعمال الخبير ع م. الذي طبق كتب الاتفاق ولم يسبق لخصمه مناقشة أعمال الاختبار في هذا الشأن أو رميها بأي خلل من الناحيتين الفنية أو الموضوعية، وبناء عليه فإن الدفع بأن كتب الاتفاق يتعلق فقط بالفسقية ولا يمتد إلى ما جاورها من الأرض وفضلا عن كونه يعد قدحا في نتيجة الاختبار ومطعنا جديدا يثار لأول مرة أمام محكمة القانون فإن سكوته يعد تسليما بصحة نتيجة الاختبار، علاوة على أن دفعه المذكور ينبني على تحريفه الواضح لعبارات الكتب الصريحة التي اقتضت أن "الفسقية يحدها غربا الطريق الخاص بم. وأ. وشرقا منزل م ب. .. وأن يتصرف فيها كما شاء من ناحية إزالة السياج الواقع عليها لتكون ساحة لمنزله ثانيا أن يكون الحد الفاصل بين منازلهم جدار منزل م. وأ. المذكورين، بما تكون معه محكمة الاستئناف قد أصابت في اعتباره يسعى لنقض ما تم من جهته.
ومحكمة القرار المنتقد لم تسحب مفعول الاتفاق على الأرض المجاورة للفسقية من تلقاء نفسها بل كان ذلك استجابة منها لآخر طلب منه في الطور الابتدائي على معنى الفصل 21 من م م م ت الرامي إلى الحكم باستحقاقه لمحل النزاع الموصوف بتقرير الاختبار والذي حدده في شريط من الأرض شكلها هندسي شبه منحرف غير متساوي الأضلاع أحدثت به فسقية لماء المطر .. أما شريط الأرض فمقاساته من القبلة 7.70م ومن الجوف 7.40م ومن الشرق... بما مثل معه هذا المطعن تحريفا للوقائع.
*ردا على النقطة الثالثة من الفرع الأول المتعلقة بما يناهض نفاذ العقد من معطيات مثل عدم تحويزه بالفسقية وصدور حكم حوزي ضده وإقرار زوجته بملكية مورث الطاعن لمحل النزاع أن المحكمة اعتمدت في تقديرها لصحة الكتب ونفاذه على كونه استوفى مقوماته الشكلية والموضوعية بما يجعله ناقلا للملكية ولم يطعن فيه محرروه بالزور بما يجعله ملزما لطرفيه وأن دفع الطاعن يعد سعيا من لنقض ما تم من جهته فضلا عن عدم إدلائه بما يوهن النتيجة التي انتهت إليها بما يعد معه طعنه مناقشة للمحكمة في اجتهادها وجدلا موضوعيا لا يجوز طرحه أمام محكمة التعقيب، أما في خصوص عدم تحويزه بالفسقية التي

بقيت في حوز وتصرف ورثة ع ب. ففضلا عن كونه من المطاعن الجديدة التي لا يجوز إثارتها لأول مرة فهو مخالف لما ثبت بأوراق الملف وأساسا البينة التي شهدت بحوزه وتصرفه إضافة إلى كون الطاعن وبقية الورثة ملزمون بما أتمه سلفهم بصفتهم خلفا عاما على معنى الفصل 241 من م اع، وأما التمسك بالحكم الحوزي فهو يهدف إلى تحقيق وسائل الحوز في دعوى الاستحقاق التي تقوم على البحث الحيازي لا البحث الحوزي ومخالفة للفصل 45 من م ح ع في حين لا يكون الحكم في الدعوى الحوزية على أساس ثبوت الحق الملكي عملا بالفصل 57 من م م م ت ولا تتوفر في الأحكام الحوزية شروط اتصال القضاء في موضوع الاستحقاق على معنى الفصل 481 من م ا ع.

*ردا عن الفرع الثاني من المطعن الأول المأخوذ من مخالفة القانون:

- ✓ عن المطعن المأخوذ من مخالفة الفصل 450 من م ا ع : أنه من الثابت أن الصور الفوتوغرافية أو الضوئية للكتب ذيلت بإمضاء وختم المأمور العمومي فضلا عن عدم إنكار الطاعن لمحتواه وبالتالي فهو صحيح ونافذ المفعول عملا بالفصل 470 من م ا ع المنقح بالقانون عدد 57 لسنة 2000 باعتبار إنجازها تم وفق وسائل فنية توفر كل الضمانات لمطابقتها لأصولها ويعارض بها الطاعن طالما لم يطعن في صحتها ولم يطلب عرضها على الاختبار.
- ✓ عن المطعن المأخوذ من مخالفة الفصل 87 من م ت ط ج : أنه فضلا عن عدم وجاهة هذا الدفع لعدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة التعقيب، فإن الكتب لم ينكره الطاعن ولم يطعن في صحته بل ثبت تداعيه في مسألتي عدم تنفيذه من محكمة الأصل ثم إقراره بنفاذ شروطه الفسخية في مطعنه الثالث بما أضحى معه حجة رسمية على معنى الفصل 449 من م ا ع معمول بها بين طرفيها بقطع النظر عن تسجيلها الذي يكون عاملا للاحتجاج بها على الغير علاوة على أن أحكام الفصل 87 المذكور لا تؤخذ على إطلاقها وتقدير ذلك موكول لاجتهاد المحكمة ولا يجب أن يؤخذ سكوت المحكمة هما على أنه غفلة وإنما قبول ورضا.
- ✓ عن المطعن المأخوذ من مخالفة الفصلين 428 و434 من م ا ع: أن محكمة القرار المنتقد أحسنت بإعراضها عن مناقشة الدفع المأخوذ من اعتراف زوجته بملكية مورث خصمه لما فيه من تحريف لتصريحاتها بأن الفسقية على ملك زوجها.
- ✓ عن المطعن المأخوذ من مخالفة أحكام الفصلين 66 و325 من م ا ع: أنه لم يسبق للطاعن تنزيل دفعه في إطار دعوى معارضة أو استئناف عرضي لطلب التحقيق في دفعه بالبطلان المطلق المتعلق بالدعوى الأصلية وما دامت القضية بصدد التحضير كما يقتضي ذلك الفصلان 227 و143 من م م م ت بما اتجه معه رده، فضلا عن عدم ثبوت تعلق محل النزاع

بفصول الإرث وأنه على ملك مورث المعقب حتى يصح مثل هذا الدفع بما بقي معه مجردا ويجافي ما ثبت بأوراق الملف، علاوة على عدم صدور حكم قضائي ببطلان الكتب حتى يصح القول بعدم نفاذه أو عدم جواز معارضته به فالأصل في الأمور السلامة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلافه عملا بالقاعدة الأصولية للفصل 559 من م ا ع، وقد أحسنت المحكمة بالالتفات عن الدفع المتعلق بسابقية حسم المحاكم بشأن عدم صحة الكتب بموجب الحكم الحوزي والحال أن التداعي في ثبوت الملكية من عدمه يكون في إطار دعوى الاستحقاق لا الحوز.

-في خصوص المطعن الثالث المتعلق بالخطأ في تطبيق القانون: أن مناقشة مدى إخلاله ببنود العقد لاستخلاص مدى تحقق الشرط الفسخي في جانبه يعد دفعا موضوعيا جديدا، فضلا عما فيه من اعتراف ضمني من الطاعن بصحته ونفاذه بين طرفيه وهو ما يمثل إقرارا حكميا لا يمكن الرجوع فيه، وهو في نفس الوقت يطعن في صحته بناء على إنكار مورثه له وهو ما لا يقبل منه لما في ذلك من تعارض في الدفوع.

ثانيا: في الرد على مطعن الأستاذ أ ز.:

أن هذا المطعن المتعلق بخرق القانون احتوى على 11 مطعن متضمن لأسباب ووسائل قانونية متباينة وغير مبوبة:

- قبول إجراء القيام عليه دون بقية الورثة
- اعتماد كتب اتفاق محرر في 1992 لم يكن يوم البحث الحيازي مدرجا بعريضة افتتاح الدعوى ولا الحكم التحضيري الصادر في 2014/12/1
- الفصل 442 وما بعده من م ا ع لعدم إحراز كتب التنازل على الحجية
- اعتماد صورة ضوئية من كتب غير ثابت التاريخ
- اعتماد كتب اتفاق تعلق بكل من أ. وم. ابني ع ب. دون أن يكون م. موجودا بعريضة الدعوى ولا بقية الورثة في الاتفاق الذي رفضه والدهم في قائم حياته وطعن فيه في القضية الحوزية وتضمن مستندات الاستئناف وجود اتفاق على تنازل بين م. وأ. إلى شقيقهما المستأنف والحال أنه ليس بشقيقهما ولا يرث معهما ولا مع بقية الورثة
- حسم منطوق الحكم الحوزي في مسألة الفسقية وكتب الاتفاق وإقرار زوجته بملكية مورث المعقب
- الفصل 66 من م اع
- الفصلين 635 و636 من م اع
- الفصل 242 من م اع
- الفصل 442 من م ا ع

- الفصل 40 من القانون عدد 115 لسنة 1976 المؤرخ في 1976/12/31

وقد كان على الطاعن عرض كل مطعن بشكل مستقل لا اختزالها في مطعن وحيد تطبيقا لأحكام الفصل 175 من م م م ت الذي يوجب بيان الأسباب القانونية الموجبة للطعن بما تعين معه ردها فضلا عن إثارته لأوجه دفاع جديدة متعلقة بالفصول 427 و443 و66 من م ا ع وببطلان أعمال الاختبار لم يسبق له التمسك بها أمام محكمة القرار المنتقد وأخرى لا علاقة لها بالنظام العام، وعن عدم تعلق المطعن المتعلق بعدم إضافة اسم م. بالعريضة بسبب يخصه شخصيا على معنى الفصل 179 من م م م ت وعن تجرد دفعه بأن محل النزاع جزء من الإرث حتى يتمسك بمخالفة الفصل 66 من م اع، مضيفا أنه خلافا لما لاحظه من تجاوز القرار المنتقد للطلبات فقد اعتمد الطلبات الأخيرة المؤسسة على نتيجة الاختبار، أما الصورة الضوئية من الكتب فهي غير واضحة التاريخ وليست غير ثابتة التاريخ وقد ذيلت بإمضاء وختم المأمور العمومي فضلا عن عدم إنكار الطاعن لمحتواها بما يجعلها صحيحة ونافذة عملا بالفصل 470 من م ا ع، أما عن تصريح زوجته في البحث الحوزي المتعلق بالقضية الحوزية فقد حرفه الطاعن ذلك أنها صرحت بأن الفسقية على ملك المطلوب أما سطحها فهو على ملكها وزوجها بموجب القسمة بينه وبين بقية المالكين.

وهو يطلب رفض مطلب التعقيب أصلا.

وحيث عقب المعقب على رد المعقب ضده ملاحظا بواسطة محاميه الأستاذ ز. أن تفسير نائب المعقب ضده لأحكام الفصل 175 من م م م ت ورد خاطئا ذلك أنه لم يحجر إثارة أي خرق قانوني من حكم البداية وأنه ثبت خرق محكمة الدرجة الثانية للواقع والقانون بحيادها عن السند الأصلي للدعوى وهو ادعاء شراء محل النزاع من مورثه ع ب. ثم وقع تمرير نسخة ضوئية من الاتفاق الواقع بينه وشقيقه م. وبين المعقب عليه سنة 1992 أثناء البحث الحوزي والحال أن هذا الاتفاق تم في قائم حياة مورثهما وقد تم قبول هذه النسخة الضوئية من الخبير وقام بتطبيقها رغم انتفاء مقوماتها الشكلية والقانونية فضلا عن عدم تنصيص الحكم التحضيري المتعلق بانتدابه على اعتمادها علاوة على إسناد الخبير لمساحة أكبر مما احتوته تلك الوثيقة بما خرقت معه المحكمة باعتماد نتيجة أعماله أحكام الفصل 110 وما بعده من م م م ت، وأن المسألة الأساسية المطروحة في قضية الحال هي: هل يحق للمعقب إبرام اتفاق مع المعقب ضده في عقار لا يملكه أصلا؟ والحال أن الفصل 66 من م ا ع يتضمن الجواب عن هذا السؤال بالنفي وأن الاحتجاج بالفصل 241 من م ا ع يعد تحريفا قانونيا لأن المورث لم يبرم أي اتفاق مع المعقب ضده ليكون ملزما لورثته من بعده، أما

الادعاء بما أثبتته البينة من حيازة وتصرف فهو تحريف لما تضمنه البحث الحيازي والحكم الابتدائي الذي أثبت أن الفسقية ملك من أملاك المورث، وعلى كل فإنه لا يمكن الأخذ بجملة الدفوعات المثارة من المعقب ضده الذي أقر من بداية النزاع بأن أصل الملكية يعود لمورث المعقب واستناده للفصل 576 من م ا ع يؤكد هذا الإقرار دون تقديم ما يفيد الإجازة سواء بعقد البيع سند القيام الذي تأكد عدم انطباقه على محل النزاع أو النسخة الضوئية من الاتفاق والذي لم يحرز على أوضاعه الشكلية حتى يعتمد قانونا خاصة وقد سبق الطعن فيه من صاحب الحق مورثه واتصل في شأنه القضاء في عدم اعتباره بموجب الحكم الحوزي الذي تم إقراره استئنافيا بتاريخ 1997/7/7 تحت عدد 5276، بما يمنعه قانونا من الرجوع على أي من الورثة بموجبه فضلا عما شهدت به البينة من كون المورث هو من تولى تشييد الفسقية ومن كونه هو مالكها كما سبق اعتماد الإقرار الحكمي الصادر عن زوجته واتصل بذلك القضاء أيضا.

المحكمة

عن جميع المطاعن لارتباطها واتحاد القول فيها:

حيث تعلقت جملة المطاعن بتطبيق محكمة القرار المنتقد لكتب اتفاق محرر في 1992/07/11 مبرم بين المدعي المعقب ضده من جهة وبين المعقب وشقيقه من جهة أخرى يتنازلان له بمقتضاه وفي قائم حياة والدهما عن محل النزاع الراجع بالملكية لهذا الأخير.

وحيث يتطلب البت في استحقاق المدعي في الأصل لمحل النزاع قيام المحكمة المتعهدة بالأبحاث والاستقراءات التي يقتضيها التحقيق في الدعوى الاستحقاقية وأهمها سماع البينة للوقوف أولا على وضعية العقار والتحقق من مالكه والمتصرف الفعلي فيه ثم النظر في مدى توفر أركان وصفات وآجال الدعوى الحيازية في جانب مدعيها.

وحيث وبقطع النظر عن مدى صحة كتب الاتفاق المحتج به من المعقب ضده من عدمه وعن مدى نفاذه وحجيته تجاه المعقب باعتباره أحد أطرافه وعن بقية المطاعن المتعلقة بإنكاره من المورث في قائم حياته وتلك المتعلقة بانفساخه، فقد تبين بالرجوع إلى أوراق الملف أن دعوى المعقب ضده تأسست على الحيازة المكسبة لمحل النزاع مع الاحتجاج بكتب الاتفاق المذكور والذي لا يرتقي أثره في صورة اعتماده إلى إثبات الاستحقاق في مواجهة من كان العقار في حوزه وتصرفه إلا إذا ثبت أن المتنازل هو الحائز والمتصرف الفعلي وأصبح النزاع متعلقا بثبوت الاستحقاق منه من عدم ذلك واستنادا إلى كتب التنازل وليس إلى الحيازة المكسبة، أما وقد تأسس القيام على الحيازة المكسبة للملكية فإن إمكانية أخذ ذلك الكتب بعين الاعتبار لا تتجاوز حدود تقدير محاكم الأصل لحسن نية

الطالب في ادعاء حيازة محل النزاع ودون إمكانية معارضة الغير الحائز عن حسن نية به وإنما يبقى له حق شخصي في طلب ضمان الاستحقاق من معاقده عند الاقتضاء.

وحيث تبين بالرجوع إلى الحكم الابتدائي الواقع نقضه من محكمة القرار المنتقد أن محكمة البداية تولت سماع بينة الطرفين وانتهت إلى نفي الاستحقاق عن المدعي لعدم توفر شروط الدعوى الحيازية المادية والمعنوية ولا مدتها بعد أن تأكدت من عدم انطباق عقد شرائه على محل النزاع ومن رجوعه بالملكية إلى مورث المعقب وبقائه بعد وفاته في حوز وتصرف جميع ورثته بمن فيهم خصمه مستندة في ذلك إلى البينة من جهة وإلى إقرار زوجة المدعي الحكمي في قضية حوزية بين طرفي النزاع برجوع الملكية إلى مورث المعقب من جهة أخرى.

وحيث وطالما لم يكن حكم البداية مؤسسا على نفي حيازة المدعي بموجب ثبوت حيازة المطلوب حتى يعارض هذا الأخير بكتب التنازل الصادر عنه وعن شقيقه وإنما على ثبوت عدم انطباق كتب شرائه على محل النزاع وعدم توفر عناصر الحيازة المكسبة في جانبه، فإن ترجيح محكمة القرار المنتقد لكتب الاتفاق المشار إليه على ما أنتجته الأبحاث والاستقراءات المجراة في الدعوى من حقيقة مناقضة له وعدم سعيها لنفي الحجة بالحجة اعتمادا على سماع شهادات إضافية تدحض الأولى قد انطوى على سوء تطبيق لقواعد الإثبات والتحقيق في النزاع الاستحقاقي وتحريف لما أثبته البحث الحيازي المجرى في الطور الابتدائي من هذه الناحية.

وحيث تجاوزت محكمة القرار المنتقد الدفوعات الشكلية الموجهة إلى كتب الاتفاق المستند إليه، وتلك المتعلقة بانفساخه دون البحث في مدى توفر الشرط الانفساخي ولم تجب عن الدفع بسبق إبطاله في إطار القضية الحوزية واتصال القضاء بشأن ذلك، مستندة للانتهاء إلى اعتباره مثبتا للاستحقاق في مواجهة المعقب إلى قاعدة الفصل 547 من م ا ع بما مفاده عدم جواز السعي في نقض ما تم من جهته والحال أن التنازل موضوع الكتب لم يصدر عن مالك العقار ولا عن حائزه الفعلي ولا عمن آل إليهم بالميراث من بعده سواء موافقة أو مصادقة بما ينم عن سوء فهم منها للقاعدة المذكورة والتي لا وجه لتطبيقها وقد ثبت تجاوز تصرف المتنازل بمقتضى ذلك الكتب إلى ما تعلقت به حقوق غيره من الورثة معه.

وحيث بناء على ما سلف بسطه وفضلا عن عدم رد محكمة القرار المنتقد عن الدفوعات الموجهة شكلا ومضمونا إلى كتب الاتفاق المعتمد من قبلها وما شاب قضاءها نتيجة ذلك من قصور في التعليل وهضم لحقوق الدفاع من جهة وعن عدم تبريرها لتطبيقه على كامل محل النزاع بما من شأنه أن يدرأ عنها تحريف الوقائع المنسوب إليها من جهة أخرى، فإن اعتمادها على الكتب المذكور

في إطار دعوى استحقاقية مبنية على الحيازة كسبب لاكتساب الملكية يعد تغييرا منها لسند القيام موجب لنقض قرارها من هذه الناحية أيضا.

وحيث تبعا لما تقدم بات من المتجه نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة المصدرة له لإعادة النظر فيها بهيئة مغايرة.

لـــــهـــــذه الأســـبـــــاب

قررت المحكمة قبول مطلبي التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بمدنين لإعادة النظر فيها بهيئة مغايرة وإعفاء الطاعن من الخطيتين وإرجاع معلومهما المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 21 أكتوبر 2019 عن الدائرة المدنية التاسعة والثلاثين برئاسة السيد وجدي الهذيلي وعضوية المستشارين السيدين رجاء بوسمة ومحمد الورهاني وبحضور المدعي العام السيدة رجاء الخضراوي،

وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.

وحرر في تاريخه