الجمهوريــة التـونسيــة

وزارة العــدل

محكمـــــة الـتعقيــب

القـــرار عـ16132ــدد

تــاريخـه : 1992/01/07

المبدأ:

إن الحقوق المكتسبة في هذا المجال في ظل قانون سابق لا تلغى بل تبقى على نفاذها ولم يكن المشرع في حاجة إلى التنصيص الى أن غير ما ذكر من الحقوق المكتسبة تبقى نافذة أيضا طالما انه لم يحجر التعامل فيها بنصوص المجلة ومن ذلك حقوق الارتفاق بمجلة الحقوق العينية لم تحجر إنشاء هذه الحقوق العينية لم تحجر إنشاء هذه الحقوق أو التفويت فيها وإنما اشترطت في بعض أنواع منها الكتب كوسيلة للإثبات لا غير.

نص القرار :

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع في 18 جوان 1986 من الأستاذ نيابة عن ي.ق ضد ورثة ش.ش وهم أرملته.ح و أولاده منها ف و س و ح و ر و فا.

طعنا في القرار المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتاريخ فاتح جويلية 85 تحت عـ63688ـدد بقبول الاستئناف من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وبعد الاطلاع على القرار المنتقد وعلى مستندات الطعن والرد عليها من الأستاذ نيابة عن المعقب عليهم وعلى بقية الوثائق التي أوجب تقديمها الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية الرامية الى طلب القبول شكلا والرفض أصلا والاستماع لشرحها بالجلسة.

وبعد التأمل من كافة أوراق الملف والمداولة طبق القانون:

من حيث الشكل :

حيث استولى مطلب التصحيح جميع أوضاعه وصيغه القانونية ولذا فهو مقبول.

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كما أثبتها القرار والأوراق التي اعتمدها قيام الطاعن لدى محكمة البداية مورث المعقب عليهم عارضا أن على ملكه وفي حوزه وتصرفه قطعة أرض مشجرة عودا رقيقا مبينة حدا وموقعا بالأصل يصل إليها من ممر موجود بمثال التهيئة ببلدية س.ز كان يفصل ملك خصمه المطلوب عن ملك جاره.

وبعد ان اشترى خصمه الملك المجاور له منذ نحو ثلاثة أعوام ضم القطعتين لبعضهما واستولى على الممر وإضافة لملكه رغم ان العارض يملك حق المرور منه مع سائر الناس لذا يطلب الحكم باستحقاقه لحق المرور من محل التداعي وجبر المطلوب على إعادة فتحه والتخلي عنه مع المصاريف والغرامة.

وأنكر المطلوب وجود الممر المدعى به وطلب الحكم بعدم سماع الدعوى.

وبعد استيفاء الإجراءات ومنها إجراء البحث الحيازي المأذون به صدر الحكم ابتدائيا باستحقاق المدعي لحق المرور عن ممر النزاع وإلزام المدعى عليه بتمكينه من المرور منه وتغريمه للمدعي بمائة دينار لقاء الأتعاب وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه وذلك بناء على ما حققته البينة بالشهادة الواقع سماعها في القضية من وجود الممر موضوع التداعي واستعماله من طرف المدعي وغيره من المتساكنين إضافة الى ما حققه الخبير من انطباق رسم تملك الطالب والخريطة المحررة من إدارة قيس الأراضي على ذلك الممر.

فاستأنف المحكوم عليه الحكم المذكور وبعد الترافع أصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها عـ4025ـدد بتاريخ 13 جويلية 1978 بالنقض وعدم سماع الدعوى قولا انه بقطع النظر عما جاء بشهادة شهود المدعي فان دعواه تهدف الى إقرار حق ارتفاقي بالمرور لأرضه على ارض المطلوب اكتسبه بالتقادم واقتضى الفصل 180 من مجلة الحقوق العينية ان حق الارتفاق لا يكتسب بالتقادم ولا يثبت إلا بكتب.

فتعقبه الطاعن وبتاريخ 23 فيفري 1982 أصدرت محكمة التعقيب قرارها عـ3228ـتدد بالنقض والإحالة بناء على أن القوانين الموضوعية على نقيض القوانين الإجرائية ليس لها اثر رجعي ولا تجري أحكامها إلا من تاريخ لاحق لصدورها كما لا تجري على الوقائع القانونية الحاصلة قبلها إلا إذا جاء التشريع ناصا على ذلك وبما ان مجلة الحقوق العينية من القوانين الموضوعية ولم يرد بقانون إصدارها ما يفيد انسحابها على الماضي وان الطاعن يتمسك بالحيازة ويردها الى تاريخ سابق عن تاريخ جريان العمل بالمجلة المذكورة إضافة الى أن الممر ليس ملكا للمعقب عليه وإنما هو ممر قديم يستعمله الطاعن وغيره وبموجب ذلك اعيد نشر القضية لدى محكمة الاستئناف بصفاقس من جديد التي أصرت على موقفها الأول حسب قرارها عـ7330ـدد المؤرخ في 19 جانفي 1983 وبررت رأيها بأن الفصل الثاني من قانون إصدار مجلة الحقوق العينية نص على أنه تلغى من تاريخ إجراء العمل بها جميع النصوص المخالفة.

وبما أن النزاع نشب بين الطرفين في 17 جوان 1974 أي بعد العمل بأحكام المجلة المذكورة فإنها هي المنطبقة على موضوع النزاع ولا مبرر لتعطيل تطبيقها والبحث عن بديل لها وقع إلغاؤه.

فتعقب الطاعن القرار المذكور من جديد وفي 26 جوان 1984 أصدرت محكمة التعقيب قرارها التي جاءت قرارها الأول وأكدت خاصة على ان الطاعن يتمسك بحيازته لحق المرور بالتقادم ويرد ذلك الى تاريخ سابق عن تاريخ صدور مجلة الحقوق العينية وقد ثبت ذلك بالبينة الموطنية والخريطة المحررة من ديوان قيس الأراضي من كون الممر لم يكن ملكا لمورث المعقب عليهم بل هو ممر قديم يستعمله من أراد.

وبموجب ذلك اعيد نشر القضية لدى محكمة الاستئناف تحت عـ63688ـدد وبتاريخ 1 جويلية 1985 أصدرت قرارها المضمن نصه بالطالع متمسكة بنفس التعليل الذي كانت انتهجته محكمة الدرجة الثانية قبلها ومضيفة

إليه ان الفصل الخامس من القانون رقم 5 لسنة 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية نص على ان حقوق الإجارة الطويلة والهواء والإنزال والكردار الموجودة في تاريخ ابتداء العمل بهذا القانون تبقى خاضعة للتشريع المعمول به في ذلك التاريخ مما يقوم دليلا على ان الحقوق العينية التي لم يدر ذكرها والتي لم يقع استثناؤها تبقى خاضعة لأحكام مقتضيات المجلة وذلك مهما كان تاريخ اكتسابها ومنها حق المرور فتعقب الطاعن هذا القرار من جديد ناسبا له المأخذين التاليين:

أولا : مخالفة أمر 24 سبتمبر 1885:

قولا أن القرار المنتقد اعتبر ممر التداعي ملكا لمورث المعقب عليهم في حين أنه تابع لملك الدولة العام ويخضع للأمر المذكور حسب ما يفيد ذلك خريطة الأركان التي تم وضعها سنة 1922 والمستخرجة من قبل وزارة

وبما أن الممر المذكور هو ملك عمومي فانه لا مجال للتفويت فيه أو اكتسابه بالحوز وان محكمة القرار لما اعتبرته ملكا خاصا وطبقت عليه أحكام الفصل 180 من مجلة الحقوق العينية تكون قد خرقت أحكام الأمر المشار إليه إضافة الى أنها لم تبين سندها في اعتبارها الممر ملكا خاصا إذ ان مورث المعقب عليهم لم يقدم رسوم تملكه للمحكمة مما يدل على تخوفه من فحصها من جهة وقد أثبت الخبيران ع و غ ان الممر يفصل بين قطعتي ارض على ملك المورث المذكور مما يقوم دليلا على انه خارج عن ملكه من جهة أخرى.

ثانيا : خرق أحكام الأمر المؤرخ في 25 جويلية 1897 قولا ان هذا الأمر فرض المحافظة على ملك الدولة العام وصيانته من الأيدي العابثة وان ما قام به مورث المعقب عليهم تتكون منه جريمة يعاقب عليها القانون الجزائي وان محكمة القرار لما لم تسلك هذا المنهج واعتبرت الممر ملكا لمورث المعقب عليهم واستدلت في هذا الصدد بما قاله :

إرفاق جار حسن للجار بمسقى أو طريق أو جورا

والحد في ذلك ان حد افتقى وعد في أرفاقه كالسلف

تكون قد جانبت الصواب لان الأمر لا يتعلق بإعطاء منافع عقار على ملك مورث خصومه لفائدة عقار الطاعن وإنما بمنافع طريق عمومية وانح حتى على فرض ان الممر غير عمومي فانه كان على محكمة القرار المطعون فيه إتباع ما سطرته لها محكمة التعقيب من قواعد قانونية ومن أهمها عدم انطباق مجلة الحقوق العينية على الوقائع القانونية التي تمت قبل صدورها ولما لم تفعل تكون قد خرقت قاعدتين قانونيتين هما عدم رجعية القوانين الموضوعية وقد أثبتت المعاينات المادية والبحث الاستحقاقي وجود الممر قبل صدور تلك المجلة وعدم احترام الحقوق المكتسبة في ظل قانون سابق إذ العبرة باكتساب الحق لا بتاريخ التنازع فيه وطلب بالتالي النقض دون الإحالة.

المحكمة

عن المطعنين معا لاتحاد وجه القول فيهما:

حيث تبين من أوراق القضية ان الطاعن لم يدع في عريضة دعواه ولا في الملحوظات الموالية لها ان له حقا ارتفاقيا على ملك خصومه حتى يحتج عليه بأحكام الفصل 180 من مجلة الحقوق العينية بل ادعى انه كان يصل الى ملكه من مسلك عمومي كان يفصل ملك مورث خصومه عن الملك المجاور له وانه عند اجتماع الملكين بيد المورث

المذكور عمد الى الاستيلاء على الممر وطمس معالمه واحتج على ان محل النزاع ممر عام بخريطة قديمة محررة من طرف ديوان قيس الأراضي أدلى بها واثبت الاختبار ان انطباقها.

وحيث أن محكمة القرار المنتقد ومثلها من سبقها من محاكم الدرجة الثانية التي نظرت في الموضوع اعتبرت ان الدعوى في توظيف حق ارتفاقي على ملك المعقب عليه ورتبت على ذلك خضوعها لأحكام الفصل 180 من مجلة الحقوق العينية الذي اشترط لإثبات الحقوق الارتفاقية تحرير كتب فيها وانتهت بناء على انتفاء وجود الكتب الى قضائها بالنقض وعدم سماع الدعوى.

وحيث ان ما ذهبت إليه محكمة القرار في هذا المجال يشكل تحريفا واضحا للوقائع وخطأ في تكييفها التكييف القانوني الصحيح طالما ان عريضة الدعوى جاءت صريحة في ان القائم بها يدعي حق المرور من مسلك عمومي احتج على وجوده بوثائق رسمية وان هذا المسلك كان يفصل بين ملك المعقب عليهم والملك المجاور له قبل ضم الملكين الى بعضهما مما يقوم دليلا على انه لا يدعي حقا ارتفاقيا على ملك الغير بل على ممر عام.

وحيث أنه إذا ادعى احد حق المرور من ملك عام وكان هذا الحق لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا الملك فانه يجوز له ان يحتج به على الغير والقيام لدى المحاكم لحماية حقه الارتفاقي.

وحيث انه إضافة لذلك وعلى فرض صحة ما ذهبت إليه محكمة القرار من ان الدعوى تهدف الى توظيف حق ارتفاقي على ملك المعقب عليهم فان من المسلم به فقها وقضاء ان القوانين الموضوعية نقيض قوانين الإجراءات ليس لها اثر رجعي ولا تنطبق إلا من تاريخ صدورها فما تم كسبه بالتقادم قبل نفاذ القانون الجديد يبقى على ملك من كسبه بالتقادم دون ان يكون للقانون المذكور أثر رجعي والعبرة في ذلك بتاريخ اكتساب الحق لا بتاريخ التنازع فيه.

وحيث ذهبت محكمة القرار المطعون فيه الى ان لمجلة الحقوق العينية أثرا رجعيا والى ان العبرة بتاريخ التنازع في الحق لا بتاريخ اكتسابه مستندة في ذلك الى أحكام الفصل الخامس من القانون عـ5ـدد لسنة 1965 المؤرخ في 1965/2/12 والمتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية والذي جاء به ان حقوق الإجارة الطويلة والهواء والإنزال والكردار الموجودة في تاريخ ابتداء العمل بهذا القانون تبقى خاضعة للتشريع المعمول به في ذلك التاريخ.

وحيث أنه خلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار فان مجلة الحقوق العينية لم تلغ صراحة أو ضمنا الحقوق المكتسبة قبل نفاذها ولا يمكن ان تتجه نية المشرع الى ذلك لما فيه من خرق لقاعدة عامة مسلم بها في كل التشاريع مفادها ان كل الحقوق المكتسبة في ظل قانون سابق تبقى على نفاذها وان ما تضمنه الفصل الخامس المستند إليه من طرف محكمة القرار ليس إلا تأكيدا لهذا المبدأ طالما ان مجلة الحقوق العينية نصت بفصلها 191 على تحجير إنشاء الإجارة الطويلة الأمد وحق الهواء أو الإنزال أو الكردار بداية من تاريخ إجراء العمل به فرأى المشرع رفعا لكل التباس ان الحقوق المكتسبة في هذا المجال في ظل قانون سابق لا تلغى بل تبقى على نفاذها ولم يكن المشرع في حاجة إلى التنصيص الى ان غير ما ذكر من الحقوق المكتسبة تبقى نافذة أيضا طالما انه لم يحجر التعامل فيها بنصوص المجلة ومن ذلك حقوق الارتفاق بمجلة الحقوق العينية لم تحجر إنشاء هذه الحقوق العينية لم تحجر إنشاء هذه الحقوق أو التفويت فيها وإنما اشترطت في بعض أنواع منها الكتب كوسيلة للإثبات لا غير.

وحيث انه تأسيسا على ما ذكر فانه كان على محكمة الموضوع ان تبحث في صحة ما ادعاه الطاعن من ان حق المرور الذي يطالب به قد اكتسب فعلا قبل تاريخ نفاذ مجلة الحقوق العينية أم لا أما وأنها لم تفعل وكيفت الوقائع المعروضة عليها تكييفا غير صحيح واعتبرت أن المجلة الحقوق العينية أثرا رجعيا في غير ما تضمنه الفصل الخامس من قانون الإصدار فإنها تكون قد أسست قضاؤها على وقائع غير صحيحة وأساءت فهم أحكام الفصل الخامس الآنف الذكر الذي استندت إليه وخرقت مبدأ قانونيا مسلما به فقها وقضاء وهو انعدام كل اثر رجعي للقوانين الموضوعية لما

في ذلك من مس بحقوق مكتسبة وتأثيرا على سلامة المعاملات واستقرارها إضافة الى إساءة تطبيقها للفصل 180 فاستوجب لذلك قضاؤها للنقض.

لهـاته الأسبـاب

قررت محكمة التعقيب بدوائرها مجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف للنظر فيها من جديد بواسطة هيئة أخرى وإعفاء المعقب من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وقد صدر هذا القرار عن الدوائر المجتمعة حال اجتماعها بحجرة الشورى يوم الثلاثاء 7 جانفي 1992 برئاسة السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب.

وعضوية رؤساء الدوائر السادة:

والمستشارين السادة:

وبمحضر المدعي العام السيد وبمساعدة كاتب الجلسة السيد .

وحـرر في تاريخـه