ن.ج

الجمهورية التونسية

وزارة العدل

محكمة التعقيب

***عدد القضية 33356.2016**

تاريخه 2016/12/6

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2016/01/11 والمرسم لدى هذه المحكمة تحت عدد 33356 **من الاستاذ (ص.ت)** المحامي لدى التعقيب

نيابة عن : شركة عقارية "أ" في شخص ممثلها القانوني، مقرها************

من جهة

ضد: 1- (ل.ص) 2- (س.ب) حرم (ز) 3- (ح.ل) 4- (ت.هـ) محل مخابرتهم بمكتب محاميهم الاستاذ (م.د) كائن بـ *************

من جهة أخرى

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 53169 الصادر بتاريخ 2015/01/29 عن محكمة الاستئناف بصفاقس

والقاضي: "بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا كقبول الادخال من هذه الناحية وفي الأصل بإقرار الحكم الإبتدائي مع تعديله وذلك بإلزام الدخيلة شركة عقارية... برفع المضرة المدعي بها طبق ما تم القضاء به ابتدائيا واعفاء المستأنفة من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليه وحمل المصاريف القانونية على الدخيلة المذكورة ورفض طلب الغرم

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة ضدهم بواسطة عدل التنفيذ الاستاذة (ن.ب) حسب محضرها عدد 16821 بتاريخ 29 جانفي 2016

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 5 فيفري 2016 حسب مقتضيات الفصل 185 من م.م.م.ت

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 11 فيفري 2016 من الاستاذ (م.د) نيابة عن المعقب ضدهم

والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا..

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

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

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعين في الأصل (المعقب ضدهم) لدى محكمة البداية عارضين بواسطة محاميهم انهم يقيمون صحبة أفراد عائلاتهم بمحلات سكناهم بشار (م–ب–ص) وقد فوجئوا وبقية المتساكنين بقيام المدعي عليهم (م.ك) و(ز.ك) و(أ.ق) بإستغلال الوضع الأمني وغياب أعوان التراتيب وقاموا بإحداث بناء مخالف للتراتيب العمرانية وبدون الحصول على رخصة بناء الأمر الذي ألحق بهم ضررا فادحا وقد وقع إجراء معانية هذه الأعمال بواسطة عدل التنفيذ الأستاذة (ص.ل) برقيمها عدد بتاريخ 2011/05/18.

وفي 8 ماي 2011 استصدروا الإذن على العريضة عـ 11/4941ـدد بتاريخ 2011/06/11 لتكليف الخبير في البناء السيد (ت.ك) الذي توجه على العين وشخص أعمال البناء التي قام بها المدعي عليهم وأكد أنهم شرعوا في بناء عمارة دون إحترام التراتيب العمرانية ودون الحصول على ترخيص كما أنهم لم يحترموا مسافة التراجع القانونية وقد نجم عن ذلك حجب الشمس والتهوئة والإضاءة على عقاراتهم وتوصل الخبير المنتدب إلى انه لإزالة الضرر لا بد من إزالة بناء الطابق الثاني وطمس الفتحات جوفية وصدر القرار الاستعجالي عـ 62056ـدد بتاريخ 2011/07/18 قاضيا بإلزام المطلوبين بإيقاف أعمال البناء مع النفاذ على المسودة.

وعملا بالفصل 99 من م.ا.ع طلب المدعون الحكم بإلزام المدعي عليهم بإزالة المضرة كيفما شخصها الخبير المشار إليه وفي صورة تقاعسهم فالاذن لهم بالقيام بذلك على نفقة المحكوم عليهم

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عـ50905ـدد

بتاريخ 30 أفريل 2012 يقضي ابتدائيا

قضت المحكمة ابتدائيا بإلزام المدعي عليهم متضامنين برفع مضرتهم عن المدعين فيما أحدثوه من بناءات مخالفة للتراتيب القانونية، وذلك بإزالة كامل بناء الطابق الثاني المضاف لعقارهم والمعّلم عليه بمثال الخبير المنتدب باللون الأصفر، كطمس الفتحات الجوفية وفتحها تحت السقف في ارتفاع ثمانين صنتيما وذلك بكل من الطابقين الأرضي والأول، كل ذلك تحت إشراف الخبير المنتدب السيد (ت.ك) وفي ظرف شهر من تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلا للتنفيذ ضدهم، وفي صورة امتناعهم أو تقاعسهم فالإذن للمدعين بإتمام أعمال الإزالة والطمس المذكورين تحت إشراف نفس الخبير، وعلى نفقتهم الخاصة ولهم حق الرجوع بالمصاريف على المدعي عليهم، وحمل المصاريف القانونية على

المحكوم عليهم وتغريمهم للمدعين بثلاثمائة دينار لقاء أتعاب محاماة، مع خمسمائة دينار (500د) لقاء أجرة الخبير المنتدب المعدلة.

وحيث استأنف المحكوم ضدهم الحكم الابتدائي فأصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع فتعقبته الدخيلة لدى الطور الإستئنافي بواسطة محاميها استنادا لما يلي:

المطعن الأول: مخالفة أحكام الفصلين 147 و 153 و 154 م.م.م.ت

قولا ان المعقبة تمسكت أمام محكمة القرار المطعون فيه بأنها لم تكن طرفا في الخصومة بالطور الإبتدائي ولم يقع توجيه أي طلب ضدها وهي بذلك غير مشمولة بالحكم المسلط عليه الطعن وأن إدخالها يتعارض من جهة أولى مع مقتضيات الفصل 153 م.م.م.ت كما يتعارض من جهة ثانية مع مبدأ التقاضي على درجتين والذي يمنع تقديم طلبات جديدة بالطور الاستئنافي

ولرد هذا الدفع ورد بتعليل القرار المطعون فيه حرفيا ما يلي:

حيث أن الإدخال كان لغاية الانضمام للمطلوبين خاصة وان الدخيلة يبقى لها حق الاعتراض وبالتالي فإن الإدخال كان مستوفيا لإجراءاته ويتطابق مع الحالات الواردة بالفصل 153 م.م.م.ت

وهذا التعليل في غير طريقه وهو مؤسس على مخالفة صرحية وخرق واضح لجملة من المبادئ والقواعد المنظمة للخصومة المدنية وعلى مستويات مختلفة.

من ناحية أولى: فإن تعليل القرار المطعون فيه لا يميز بين التداخل والإدخال وهما مؤسستان مختلفتان فإذا كان التداخل إجراء إراديا يقوم به الغير الذي لم يكن طرفا في الخصومة بطورها الإبتدائي للتداخل فيها بالاستئناف وهو ما ينظمه الفصل 153 م.م.م.ت فإن الإدخال يكون جبريا تأذن به المحكمة في صورة وحيدة هي صورة الفصل 154 م.م.م.ت إذا تعدد المحكوم عليهم

واستأنف البعض دون الأخر وكان موضوع الحكم لا يتجزأ وجب إدخال البقية المحكوم عليهم في القضية..

وتبعا لذلك فإن وضعية موكلته التي تم إدخالها جبريا لا تخضع لأحكام الفصل 153 م.م.م.ت كما ذهبت الى ذلك القرار المطعون فيه بل إنها تخضع لأحكام الفصل 154 م.م.م.ت وفي صورة دعوى الحال وعلى الرغم من أن منوبته لم تكن طرفا في الخصومة ولم يشملها الحكم الابتدائي المطعون فيه فقد قام المدعون بإدخالها بالطور الاستئنافي دون أن تتوفر الحالة التي تعرض لها الفصل 154 م.م.م.ت

ومن ناحية ثانية : فإن موقف القرار المطعون فيه مؤسس على خرق واضح لأحكام الفصل 147 م.م.م.ت الذي منع الزيادة في الدعوى أو تغييرها لدى الاستئناف احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين.

وبقول القرار المطعن فيه بقبوله إدخال موكلته لأول مرة بالطور الاستئنافي وقبول الطلبات الموجهة ضدها من طرف المدعين قد حرمها من حقها الأساسي في التقاضي على درجتين وهو ما اعتبرته محكمة التعقيب في عديد المناسبات خرقا لقاعدة إجرائية أساسية تتعلقة بالنظام العام من ذلك مثلا:

- قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عـ8521ـدد الصادر بتاريخ 2007/02/22 والمنشور بقرارات الدوائر المجتمعة 2007-2008 نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية ص 61 مع ملحوظات الإدعاء العام وقد ورد به: **"حيث انه من المعلوم أن إدخال من لم يكن طرفا في القضية الابتدائية أمام محكمة الاستئناف بقصد الحكم عليه يؤدي إلى تقديم طلبات جديدة وبالتالي إلى إدخال تغييرات أساسية على الدعوى في طورها الاستئنافي من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع وهو ما يشكل خرقا للمبادئ السالفة البيان..**

- القرار التعقيبي عـ 22489ـدد صادر بتاريخ 1989/02/14 وقد ورد به: **"السلطة التقديرية التي خولها المشرع للمحكمة في إدخال**

من ترى ضروريا إدخاله في النزاع محدودة بوجوب احترام مبدأ التقاضي على درجتين وبالمفعول الانتقالي للاستئناف وبمبدأ عدم جواز تقديم طلبات جديدة أمام الإستئناف.

ويتضح تبعا لذلك أن القرار المطعون فيه قد تأسس على خرق واضح لجملة الأحكام القانونية المشار إليها أعلاه ولما استقر عليه موقف فقه القضاء في تطبيقه لها مما يستوجب نقضه مع الإحالة.

المطعن الثاني: ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع

قدمت منوبته لمحكمة القرار المطعون فيه تقرير اختبار منجز بواسطة الخبير العدلي (ع.غ) الذي تم تكليفه بموجب الإذن على العريضة عـ 33025ـدد الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ 2012/12/17 وتمسكت بالنتيجة التي انتهى إليها الخبير المذكور من أن عقارها لا يحجب لا الشمس ولا الهواء عن عقار المطلوبين.

ولرد هذا الدفع وردت بالقرار المطعون فيه حيثية وحيدة تضمنت **أن الاختبار الذي تمسكت به الدخيلة قد أنجز بموجب إذن على عريضة أثناء نشر القضية في الطور الابتدائي وبالتالي فلا حجية قانونية له.**

وهذا الموقف مؤسس على ضعف فادح في التعليل وهضم ثابت لحقوق المنوبة في الدفاع.

فمن ناحية أولى: فقد ثبت أن الطاعنة لم تكن طرفا في القضية بالطور الابتدائي وانه لم يقع اقحامها في الخصومة الا عند توجيه محضر لإدخالها فيه بتاريخ **2014/03/24** فكيف تقع مواجهتها بانجاز الاختبار أثناء نشر القضية بالطور الابتدائي.

ومن ناحية ثانية: فإن القرار المطعون فيه لم يبين سنده لا القانوني ولا الواقعي في استبعاد تقرير اختبار أنجز بموجب إذن قضائي طبق الاجراءات الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وزيادة على ذل فإن القرار المطعون فيه يستبعد تقرير الاختبار المنجز تنفيذا لإذن على العريضة استصدرته منوبته ويعتمد في نفس الوقت التقرير المقدم من المدعين والمنجز بدوره بموجب إذن على العريضة استصدره الخصوم بتاريخ 2011/06/11 تحت عـ4941ـدد.

ومن ناحية ثالثة: فإن التعارض بين النتائج التي انتهى إليها الخبيران المنتدبان بموجب أذون قضائية والذي وصل إلى حد التناقض بينهما كان يوجب على محكمة القرار المطعون فيه الوقوف عنده والرد عليه وعند الاقتضاء تكليف غيرهم من الخبراء.

وهكذا فإن القرار المطعون فيه بإهماله للدفوعات الجوهرية لمنوبته كان هاضما لحقها في الدفاع مستوجبا للنقض مع الإحالة.

وحيث رد استاذ (د) في حق المعقب ضدهم على ما ورد بمستندات التعقيب كما يلي:

1 - الرد على الدفع المتعلق بخرق الفصول 147 و 153 و 154 م.م.م.ت:

تمسكت المعقبة بأن إدخالها في القضية في الطور الاستئنافي فيه خرق لأحكام الفصل 153 من م.م.م.ت وجوابا على ذلك فإن الفصل 153 من م.م.م.ت ينص على أنه < لا يقبل **التداخل** لدى الإستئناف إلا إذا كان يقصد الإنضمام إلى أحد الخصوم أي أن الأمر يتعلق بإدخال ملاحظا أن الإدخال المنصوص عليه صلب الفصل 154 من م.م.م.ت يتعلق بحالة من حالات الإدخال وسيبقى النص العام المنظم للإدخال هو الفقرة 2 من الفصل 224 من م.م.ت التي تنص على أنه << يمكن للخصوم أيضا أن يطلبو ا بالتداخل الجبري أو بالحضور للحكم الشخص الذي من شأنه له الحق في الخدش فيه بطريق الإعتراض على الحكم الذي سيصدر وذلك ليكون منسحبا عليه معهم.. وقد أكدت محكمة التعقيب صلب قرارها المدني عـ 5904ـدد الصادر بتاريخ 1981/11/17 على أن << إدخال الخصم في جانب أحد

الشقين يكون في كل درجة من درجات المرافعة بما فيها الإستئناف وليس في ذلك تفويت درجة حكمية عليه (الفصل 224م.م.م.ت) فالحكم الذي قضى بصحة إدخال الدخيل لدى الإستئناف والحكم عليه لا خرق فيه للقانون ولا مطعن منه في الحكم ولا وجه لنقضه (نشرية محكمة التعقيب لسنة 1981 جزء 4 صفحة 130) كما ورد بالقرار التعقيبي المدني ع37745دد الصادر بتاريخ 1995/10/14 أنه << لا يوجد بالقانون التونسي ما يمنع إدخال طرف آخر وطلب الحكم عليه طالما وأن الإدخال كان طبقا للإجراءات القانونية إذد في هذا الإجراء تحقيق للعدالة وحسم للنزاع بجميع أوجهه دفعة واحدة ولا يشترط لصحة الإدخال قيام المدعي علي الأصل بتوجيه الدعوى على الدخيل > (نشرية محكمة التعقيب لسنة 1995 صفحة 396). ويضيف دفاع المعقب ضدّه أن المستأنف (أ.ق) تمسك في الطور الاستئنافي بأنه وقع القيام ضجده في حين وأنه وكيل لشركة عقارية (أ) التي تقوم بالأشغال ولم يكن بإمكان منوبيه معرفة مثل هذا الأمر لو لم يقدم المستأنف نسخة من السجل التجاري وذلك لأنه وقع القيام بالأشغال دون وضع لافتة تتضمن نوعية الأشغال ومدتها والمكلف للقيام بها والمسؤول عنها بل أكثر من ذلك فقد وقع القيام بالأشغال دون الحصول على رخصة بناء وقد صدر قرار هدم وأمام هذه الوضعية فإن قيام منوبيه كان ضد < أ.ق > بإعتباره متواجد بحضيرة البناء وهو المشرف عليها ولما إتضح وأنه مجرد وكيل لدى المعقبة فإنه وقع إدخالها حتى يشملها الحكم، وهـذا الإدخال كان طبقا للإجراءات القانونية وضرورة أملتها تمسك المستأنف (أ.ق) بأنه وكيل لشركة عقارية (أ) وبكونها صاحبة المشروع والمكلفة بإنجازه.

2) الرد على الدفع المتعلق بضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع:

لقد إستصدر منوبوه إذنا على عريضة وقد وقع استدعاء)أ.ق) وكيل المعقبة لحضور عملية الاختبار ولم يطعن في الإذن على العريضة ولا في النتيجة التي توصل إليها الاختبار كما أكد الإختبار أن أعمال البناء مخالفة للتراتيب

العمرانية وتلحق ضررا بعقارات منوبيه وأن هذه الأشغال أنجزت دون الحصول على رخصة بناء. وهـذا الاختبار منجز بموجب إذن قضائي وبذلك فإنه يقع إعتماده والإحتجاج به وأن النتيجة التي توصل إليها متطابقة مع قرار الهدم الذي صدر عن بلدية صفاقس والذي قرر هدم البناء بناءا على محضر معاينة محرر بتاريخ 2011/9/13

وطلب دفاع المعقب ضدهم في خاتمة الرد رفض مطلب التعقيب أصلا.

عن المطعنين معا لتأثير القول في الأول على الثاني:

حيث نص الفصل 153 من م.م.م.ت على ما يلي: " لا يقبل التداخل لدى الإستئناف الاّ اذا كان بقصد الإنضمام الى أحد الخصوم أو كان التداخل من شخص يكون له حق الإعتراض على الحكم."

وحيث يؤخذ من صريح هذا النص ان التداخل أو الإدخال لدى الطور الإستئنافي لا يمكن أن يكون الاّ لطرف يفترض أن يتموقع في النازلة منضما الى أحد الخصوم أو لطرف له حق الاعتراض على الحكم في صورة عدم ادخاله.

وحيث ان هذا المبدأ ليس مطلقا ولا عاما ذلك أن السلطة التقديرية التي خولها المشرع للمحكمة في ادخال من ترى ضرورة في إدخاله في النزاع "محدود بوجوب احترام مبدأ التقاضي على درجتين وبالمفعول الانتقالي للاستئناف وبمبدأ عدم جواز تقديم طلبات جديدة أمام الاستئناف" والقرار التعقيبي المدني ع22489دد الصادر بتاريخ 14 فيفري 1989".

وحيث أن قبول الإدخال أو التداخل لدى الطور الثاني وتعمير ذمة الدخيل بإلتزامات لفائدة أحد الخصوم دون أن يكون طرفا في النزاع الإبتدائي بما يعنيه ذلك من حرمان من درجة من درجة التقاضي.

وحيث ثص الفصل 147 من م.م.م.ت على ما يلي: "الدعوى التي حكم فيها ابتدائيا لا يمكن الزيادة فيها ولا تغييرها لدى الاستئناف ولو رضى الخصم بذلك..." وحيث كرس هذا الفصل مبدأ المفعول الانتقالي للإستئناف

الذي ينقل الدعوى لمحكمة الدرجة الثانية موضوعا وأطرافا ويحجرّ خلال هذا الطور تقديم طلبات جديدة لم يتم النظر فيها لدى الطور الإبتدائي.

وحيث عرضت محكمة التعقيب طلب قراراها المشار إليه أعلاه بما يلي: " يعتبر طلبا جديدا لدى محكمة الدرجة الثانية كل طلب يزيد أو يختلف عن الطلب الأصلي أمام أو الطلب الذي يستند الى سبب قانوني غير السبب الذي بنى عليه الطلب أمام محكمة الدرجة الأولى أو الطلب الذي يوجه الى شخص لم يكن طرفا في النزاع أمام محمكة البداية ولو كان هذا الطلب هو ذاته المرفوعة به الدعوى أمام المحكمة الإبتدائية".

وحيث وبالنسبة لقضية الحال فقد تم الحكم على الدخيلة (الطاعنة حاليا) برفع المضرة موضوع الدعوى الإبتدائية دون أن تكون هذه الأخيرة مشمولة بالدعوى الإبتدائية لذلك فإن توجيه الحكم ضدها يعتبر بمثابة قبول بطلب جديد أمام محكمة الدرجة الثانية الأمر المنافي لصريح أحكام الفصل 147 من م.م.م.ت المشار اليها.

وحيث يؤخذ مما تقدم أنه لا يمكن محاجة الطاعن بما تم لدى الطور الإبتدائي من أعمال استقرائية وتحميلها تبعاتها بالرغم من عدم شمول الدعوى الإبتدائية لها.

وحيث أن ما ذهبت إليه محكمة الحكم المنتقد يعد خرقا لأحكام الفصلين 147 و153 من م.م.م.ت الأمر أيدته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة صلب قرارها عـ3859ـدد الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 2002 والذي جاء به: ان أحكام الفصلين 224 و225 من م.م.م.ت المنظمة لإجراءات التداخل والإدخال لدى المحاكم هي أحكام عامة لا تنسحب على الدعوى أمام الإستئناف الاّ بقدر ما لا تتعارض والقواعد الخاصة المقررة لنظام الطعن بالإستئناف القائم على مبادئ أساسية أهمها تحجير تقديم طلبات جديدة لأول مرة لدى محكمة الدرجة الثانية الذي يستند الى الاثر الانتقالي للإستئناف وأيضا على قاعدة التقاضي على درجتين."

وحيث يتجه تبعا لما سبق ذكره نقض القرار المطعون فيه مع الاحالة.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه إرجاع القضية إلى محكمة الإستئناف بصفاقس لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 6 ديسمبر 2016 عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة (ر.ش) وعضوية المستشارين السيدين (ز.م) و(ع.ع) الممضين عقبه وبحضور المدعي العام السيدة (ل.ع) ومساعدة الكاتبة السيدة (آ.ب).

وحرر في تاريخه