قرار تعقيبى مـدنى عـدد 9986

مـــؤرخ فـى 5 نـوفمبـر 1984

صـدر برئـاسة السيـد محمـد الزيـانى

نشـرية : محكمة التعقيب، القسم المدنى، ع 2، س 85

مـــادة : عينـى .

المـرجع : قانون عـدد 5 مـؤرخ فى 12 ـ 2 ـ 1965 ، الفصلان 180 و 182 .

مفـاتيح : مالك عقار ، حق ارتفاقى ، اثبات حق .

المـبـدا :

ـ حسب احكام الفصلين 180 و 128 من مجلة الحقوق العينية أنه يجوز لمالكى العقارات أن يحدثوا لها أو عليها ما شاءوا من حـقـوق الارتفاق ولا تكتسب هذه الحقوق بالتقادم ولا تثبت الا بكتب وأن من أحدث ارتفاقا فقد منح ضمنا ماهر لازم لاستعماله .

نـصـه :

الحمد لله وحده ،

اصدرت محكمة التعقيب القرار الآتى :

بعد الاطلاع على مطلب المقدم فى 22 ديسمبر 1983 من الاستاذ بدر الدين المحبوب نيابة عن حامد ، ضد خليفة وآمنة ارملة محمود . طعنا فى القرار الاستئنافى المدنى عدد 9156 الصادر فى 9 جوان 1983 **من محكمة الاستئناف** بسوسة بنقض الحكم الابتدائى والقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى .

وبعد الاطلاع على مستندات الطعن وعلى القرار المطعون فيه وعلى كافة الاجراءات .

وبعد الاطلاع على تقرير السيد المدعى العام لدى هذه المحكمة والاستماع للحوظاته بالجلسة .

وبعد المفاوضة طبق القانون :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب كافة اوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا .

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية الثابتة بالقرار المطعون فيه قيام الطاعن فى 10 ماى سنة 1978 عارضا انه على ملكه بوجه الشراء فى عام 1972 وفى عام 1976 الحيازة التى تولى تشجيرها زيتونا وعودا رقيقا المبينة بالاصل وقد عمد المدعى عليهما (المعقب ضدهما) الى استعمال الممر الذى يشق كاملها للوصول منه الى ملكهما بدون وجه لذا يطلب اجراء بحث حيازى ثم الحكم باستحقاقه للممر وبالزام المطلوبين بازالته على نفقتهما ـ ورد المطلوبان بانهما ينتفعان بالممر منذ اعوام عديدة متقادما وهو المسلك لوحيد الرابط بين ملكهما وبين الطريق العامة وبعد ان اجرت المحكمة بحثا موطنيا فى الموضوع قضت لصالح الدعوى استنادا منها لعدم التنصيص على الممر بكتبى شراء المدعى للحياة واستنتجت محكمة الدرجة الثانية من البحث المعاد اجراؤه منها ان الممر له صبغة عمومية متوجد منذ القدم ويمر منه الاجوار لجلب الماء من البئر وقضت بالنقض ومن جديد بعدم سماع الدعوى تطبيقا منها لاحكام الفصل 182 من مجلة الحقوق العينية حسب نص قرارها المبين بالطالع ـ فتعقبه الطاعن ناسبا له :

تحريف الوقائع ومخالفة القانون وسوء تطبيقه :

بمقولة انه اعتبر الممر موضوع النزاع له صبغة المسلك العمومى يستعمله الاجوار لجلب الماء من البئر الموجودة بالمنطقة مستنتجا ذلك من تصريحات بعض الشهود الامر المخالف لوضعية الممر حسب تشخيصها من الطرفين وحسب المعاينات الموطنية من القاضى الباحث ومن الخبير مما يورث القرار تحريف الوقائع ومخالفة احكام الفصل 180 وسوء تطبيق الفصل 182 من مجلة الحقوق العينية .

عن هذا المطعن :

حيث تبين من القرار المنتقد ان النزاع بين الطرفين منصب على ممر يوجد بارض الطاعن ويستعمله المعقب ضدهما للمرور ومنه الى ملكهما وتبين من تشخيص البحث الموطنى لهذا الممر ولموقعه سيما ما اوضحه الخبير رشيد ابراهم بمثاله ان الممر المذكور يبدىء من الطريق العامة ويشق كامل ارض الطاعن وغيره الى ان يتصل بارض المعقب ضدهما ولا صلة له بالبئر الوارد ذكرها بتصريحات بعض الشهود الموجودة حسب ذلك المثال بأرض الغير • مما ينفى عن الممر صبغة الحق الارتفاقى التابع حتما للبئر بالمعنى الوارد به الفصل 182 من مجلة الحقوق العينية ويضفى عليه صبغة الحق الارتفاقى المحدث على ملك الغير بالمعنى الوارد به الفصل 180 من المجلة المذكورة وحيث تبين من القرار ان الطاعن استند فى طلب الحكم باستحقاقه للممر الموجود بارضه الى ما يسفر عنه البحث الحيازى وان المعقب ضدهما استندا فى اكتسابهما حق المرور منه الى ملكهما الى الحيازة المتقادمة وحيث انه وان اقتضته الفقرة الثانية بالفصل 180 من مجلة الحقوق العينية من انه «ولا تكتسب هذه الحقوق بالتقادم ولا تثبت الا بكتب» ليس على اطلاقه ضرورة ان مجلة الحقوق العينية هى من صنف القوانين الموضوعية التى ليس لها مفعول رجعى الا بنص صريح فلا تجرى احكام المجلة المذكورة الا من تاريخ صدورها بالقانون رقم 5 المؤرخ فى 12 فيفرى سنة 1965 مما تكون به التصرفات الحاصلة فى ضل التشريع المعمول به قبلها تبقى خاضعة لهذا التشريع •

وحيث تأسيسا على ذلك فان ما استند اليه كل من الطرفين فى اكتساب الحق يستدعى من محكمة الموضوع البحث عن تاريخ وجود الممر بالارض التى اشتراها الطاعن فى عامى 72 و 1976 واستجلاء تاريخ انتفاع ارض المعقب ضدهما به وذلك لتقدير النزاع ووجهة البت فيه وحينئذ فان محكمة الموضوع لما اهملت فى بحثها الموطنى تحقيق ما اشير اليه وقدرت موضوع النزاع بما صرح به بعض الشهود تكون قد حرفت الوقائع وخالفت مقتضيات الفصل 180 من مجلة الحقوق العينية ومقتضيات التشريع المعمول به قبل صدوره واساءت تطبيق الفصل 182 من المجلة المذكورة فاستوجب قرارها النقض •

لـــــذا :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بسوسة لاعادة النظر فيها بهيئة اخرى وارجاع مال الخطية لمؤمنه •

وصدر هذا القرار فى 5 نوفمبر 1984 من الدائرة المؤلفة من رئيسها السيد محمد الزيانى والمستشارين السيدين البشير بكار وضو الحمرونى بمحضر المدعى العام السيد محمد الاخضر الامين ومساعدة كاتب المحكمة السيد عمر حميدى ــ وحرر فى تاريخه •