قرار تعقيبي مدني عدد 3607
مؤرخ في 21 ديسمبر 2006
صدر برئاسة السيد معاوية عزيز

المـادة : عيني.

المراجع : الفصل 177 و178 من مجلة الحقوق العينية.

المفاتيح : المبادئ الدستورية، حق الملكية، عقار مكتنف، ممرّ.

المبـدأ :

لا تتعارض أحكام الفصل 177 من م.ح.ع مع المبادئ العامة للدستور بل هو متمّم لها لأن العقار المكتنف من كل الجهات يتنافى مع حق الملكية الذي يمكّن المالك من التصرف فيه واستغلاله بصفة قانونية وذلك بإجازة الحصول على ممرّ من بعض العقارت المجاورة.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الإطّلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت العدد 3607 والمقدم من الأستاذ عبد الحميد بن عيسى بتاريخ 2006/4/20.

في حق : فرج.

ضـد : حمادي محاميه الأستاذ فتحي محفوظ.

طعنا في الحكم الاستحقاقي الصادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحت عدد 10451 بتاريخ 2006/1/25 والقاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه ورفض طلب الغرم الملتمس من قبل المستأنف ضدهما الأول والثالث.

وبعد الإطّلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضدهم بتاريخ 12 ماي 2006.

وبعد الإطّلاع على جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 من م.م.م.ت تقديمها وعلى ملحوظات النيابة العمومية والاستماع إلى شرح ممثلها بالجلسة.

وبعد الإطّلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة أوراق الملف والمداولة طبق القانون صرّح بما يلي :

من حيث الشكـل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا.

من حيث الأصـل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل (المعقب ضده الأول) لدى محكمة البداية عارضا أنه يملك قطعة أرض مساحتها أربع مراجع وهي مكتنفة من كل الجهات وهي محددة بأراضي المطلوبين وطلب بناء على أحكام الفصلين 177 و178 من م.ح.ع الحكم له باستحقاقه لحق مرور لقاء تعويض عادل بعد تقديره من قبل خبير.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة الدرجة الأولى حكمها عدد 13921 بتاريخ 12 مارس 2004 قاضي لصالح الدعوى ضد فرج فاستأنفه هذا الأخير بدعوى أن حكم البداية قد جاء خارقا للقانون وهاضما لحقوق الدفاع لأن الخبير اقتصر عند تحديد الأجوار على الحدود القبلية والشرقية دون باقي الحدود وخالف بذلك حدود مأموريته وانتهى إلى اقتراح لممرّ يشق ارض المستأنف الآن إلى شطرين والحال أن طلبه يرمي إلى تمليكه بممر يوصله إلى الطريق العام وأن المقترح لا يربط عقاره بالطريق العام وانما بعقار ثان على ملك المدعي وأشقائه وهو مقترح مخالف للقانون

طالبا نقض حكم البداية والقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المبين نصه بالطالع فتعقبه المحكوم ضده بواسطة محاميه ناسبا له :

أولا : خرق القانون : في خرق أحكام الفصول **14** و**35** من الدستور و**20** و**177** و **178** من م.ح.ع و**546** و**58** من م.إ.ع :

قولا بأن قدسية حق الملكية ضمن الدستور تجعل التعدي عنه استثناء بدليل أن المشرّع ضمن الفصلين 177 و178 من م.ح.ع أوجب شروطا لتحدي هذه الملكية لا يمكن تجاوزها وجعل موازنة بين مصلحة الطرفين لا يمكن تجاوزها أيضا إلا أن المحكمة لم تحترم ما جاء به القانون ورفعت الاكتناف عن عقاره جاعلة اكتناف للجزء القبلي لعقار الطاعن وهو ما يجعل قضاءها بتلك الصورة قد احدث ضررا لعقار الطاعن في حين أن الأصل هو ارتكاب أخف الضررين وأنه إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع.

ثانيا : ضعف التعليل :

قولا بأن المحكمة حين استبعدت اختبار السيد رضا اللوز المجرى بموجب إذن على عريضة كان قضاءها ضعيف التعليل لأن هذا الاختبار إنما قدم لدحض النتيجة التي توصل إليها الخبير المنتدب من المحكمة.

ثالثا : هضم حقوق الدفاع

قولا أنه ورغم ما ورد بتقرير الاختبار من أخطاء بينها الطاعن والخبير رضا اللوز فقد تمسكت المحكمة برأي الخبير المنتدب ورفضت أجراء اختبار آخر بواسطة غير الخبيرين المذكورين ورغم التناقض المبين في كليهما بدون سبب مقنع مما يجعل قضاءها هاضما لحقوق الدفاع واستوجب النقض.

المحكمـــة

عن المطعن الأول :

وحيث إتضح بالإطّلاع على أحكام الفصل 177 من م.ح.ع أن صياغته لا تتعارض مع المبادئ العامة للدستور بل هو متمم له لأن العقار المكتنف من كل الجهات يتنافى مع حق الملكية الذي يمكن المالك من التصرف فيه واستغلاله بصفة قانونية وذلك بإجازة الحصول على ممرين بعض العقارات المجاورة وهو ما سعت إليه محكمة القرار المعقب مما يجعل الفرع الأول من هذا المطعن في غير طريقه واتجه رده.

حيث ومن جهة أخرى اقتضت أحكام الفصل 177 من م.ح.ع أن صاحب العقار المكتنف من كل الجهات إذا لم يكن له منفذا إلى الطريق العام أو كان منفذه غير كاف لمصلحة عقاره أن يطلب ممرا في العقارات المجاورة له مقابل دفعه تعويضا عادلا واشترط الفصل 178 من م.ح.ع على أن يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافته قصر ما يمكن وأن يراعى في تعيينه أخف ضرر لمالك العقار المحدث به.

وحيث يؤخذ من هذين الفصلين أن المشرع اشترط ربط العقار والمكتنف بالطريق العام وليس بعقارات أخرى على ملك الطالب هذا من جهة ومن جهة أخرى وإقامة موازنة بين مصلحة الطرفين وذلك بان يكون لطالب الممر اقصر منفذ إلى الطريق العام وأن يحمل العقار المرتفق به اقل ضرر ممكن أي أن

يعين ممرا في موقع يتحقق فيه نفعه وينقص منه ضرره.

وحيث أن ما قصده المشرّع ضمن الفصل 178 من م.ح.ع هو أن تراعى في الممر المحدث أقل ضرر لمالك العقار المحدث به.

وحيث تمسك الطاعن في جميع أطوار التقاضي بأن الممر المقترح من الخبير المنتدب لا تتوفر فيه شروط الفصل 178 من م.ح.ع باعتباره يجزأ ملكه إلى قسمين أحدهما قبلي يصبح في حالة اكتناف ولأنه سيصبح مجبرا تبعا لهذا الاقتراح على المطالبة بدوره بممر من الأجوار المحيطين بباقي عقاره وهو ما يتعارض مع أحكام الفصلين المشار إليهما ومع مقصد المشرع عن سنه لحق المرور وهدفه منه ويجعل ما انتهت إليه المحكمة خارقا علاوة على هذين الفصلين لأحكام الفصل 558 من م.إ.ع القائل بأن الأصل هو ارتكاب أخف الضررين.

وحيث يخلص من هذا أنه كان على محكمة القرار المعقب حسما للنزاع الالتجاء إلى خبير ثالث تعهد له نفس المأمورية وتراعي في أعماله التطبيق السليم لأحكام الفصلين 177 و178 من م.ح.ع سواء في خصوص رفع الاكتناف أو في خصوص توفر شروطه بارتكاب أخف الضررين للطرفين إلا أنها تمسكت بالمقترح الأول للخبير المنتدب رغم مخالفته لأحكام الفصلين 177 و178 من م.ح.ع وهضمت حقوق الدفاع فعرضت بذلك قضاءها للنقض.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بصفاقس لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 2006/12/21 عن الدائرة المدنية السابعة برئاسة السيد معاوية عزيز وعضوية المستشارتين السيدتين منجية الجبالي ونجوى رزيق وبحضور المدعي العام السيد علي السلامي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سميرة بوشوشة.

وحرر في تاريخه