قرار تعقيبي مدني عدد 2172

مؤرخ في 21 نوفمبر 2005

صدر برئاسة السيد محمد مشرية

المادة : عيني.

المراجع : الفصلان 175 و178 من م.ح.ع. والفصلان 546 و558 من م.ا.ع.

المفاتيح : حق مرور، عقار، إكتناف.

المبدأ :

إن شق الطرقات بأملاك الغير يحدث لهم ضررا ولما كان رفع ضرر الإحتباس لا يتحقق إلا بإحداث ضرر بعقار الغير لزم أن يكون الضرر النازل أخف ما يمكن لأن الأصل يقتضي ارتكاب أخف الضررين ولكنه إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 2005/2172 والمقدم صحبة بطاقة تامين المعاليم القانونية بتاريخ 24 مارس 2005 من قبل الاستاذ صلاح الوريمي.

نيابة عن : ضو وعبد اللّه ومحمد ومسعود يقطنون بمدنين.

ضد : احمد يقطن بمدنين.

طعنا في القرار الاستئنافي الاستحقاقي الصادر في القضية عدد 9450 بتاريخ 2005/02/16 والقاضي نهائيا بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي وتخطئة المستانفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهم.

وبعد النظر في اوراق الملف على ضوء احكام الفصل 175 وما بعده من م.م.م.ت. منها مذكرة مستندات التعقيب المقدمة بتاريخ 30 مارس 2005 والمبلغة نسخة منها الى المعقب ضده بواسطة العدل المنفذ بمدنين السيد محمد الزائدي طبق محضره عدد 1609 بتاريخ 25 مارس 2005 وعلى مذكرة الرد المضافة بتاريخ 07 ماي 2005 من قبل الاستاذ محمد كرشيد نائب المعقب ضده وعلى ملحوظات النيابة العمومية المحررة بتاريخ 2005/6/16 وبعد الاستماع الى شرح ممثلها بالجلسة.

وبعد المفاوضة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

استوفى المطلب شروطه الشكلية فحق له القبول من هذه الناحية.

من حيث الأصل :

تفيد الوقائع كما وردت بالقرار المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل المعقب ضده عارضا بواسطة نائبه لدى محكمة البداية انه يملك قطعة ارض بمدنين بها محل سكناه يحدها من الجوف المطلوب الخامس ومن بقية الجهات المطلوبين الباقين وهي في حالة اكتناف وليس له ممر عدا ما كان يستعمله من سابق بصورة مؤقتة وقد استصدر المدعى عليهم الثلاثة الاول قرارا استئنافيا باستحقاقه حسب الحكم عدد 7508 بتاريخ 2003/1/29 وطلب ندب خبير يعاين حالة الاكتناف ثم اقتراح طريق باقل ضرر للمطلوبين والحكم له باستحقاق هذا الممر مقابل قيمته لاصحابه.

وبعد اتمام الاجراءات صدر الحكم في القضية عدد 9403 بتاريخ 2004/5/31 باستحقاق المدعي لحق المرور ارتفاقا من الطريق موضوع المقترح الرابع الموصوف بتقرير الخبير السيد سعد التليلي المؤرخ في 2004/3/15 وذلك بعد دفع القيمة المقدرة منه لفائدة كل من عبد اللّه وضو ومحمد ابناء حسن ومسعود وحمل المصاريف القانونية على المدعي ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك بناء على ان حالة الاكتناف ثابتة وان المقترح الرابع هو الافضل لكونه اقل ارهاقا لعقار المطلوبين والاقصر مسافة وقد راعى مقتضيات الفصل 178 من م.ح.ع.

فاستانفه المطلوبون ضو وعبد اللّه ومحمد ومسعود بناء على انه سبق للمستانف ضده ان استصدر الحكم الاستعجالي عدد 8751 بتاريخ 2003/11/18 بالزام المستانفين فتح طريق للمستانف ضده وتهيئته على نفقته وقد اذعنوا للحكم وهيئوا الجسر بجعله طريقا ملائما للمستانف ضده لكن المحكمة الان لم تراع كل ذلك مما اضر بهم وان المقترح الثالث هو الملائم لكونه ياخذ في الاعتبار ما سبق تهيئته.

وبعد استيفاء الاجراءات صدر الحكم بالاقرار طبق نصه بالطالع بناء على ان الممر الرابع اقل مسافة وارهاقا لعقار المستانفين من الممر الثالث خاصة وان هذا الاخير يتطلب تهيئة اشغال لم تنجز بعد.

فتعقبه الطاعنون بواسطة محاميهم تاسيسا على المطاعن التالية :

أولا : الخطأ في تطبيق القانون وتأويله :

قولا بان الممر موضوع الاقتراح الثالث الذي تمسك به المعقبون متلائم والفصل 178 من م.ح.ع. الذي يشترط اخذ الممر من الجهة الاقصر مسافة مع مراعاة اخف ضرر لمالك العقار المحدث به وان مقترح الممر الرابع يتوفر فيه الشرط الاول (الاقصر مسافة) دون الشرط الثاني حيث تكبد اصحاب العقار الطاعنون الان مصاريف لتهيئة الممر المذكور ولم يقع خلاصهم في ما انفقوه وان القرار المنتقد اهمل الرد على هذه الدفوعات.

ثانيا : هضم حقوق الدفاع :

قولا بانه سبق صدور الحكم الاستعجالي عدد 8751 في 2003/11/18 وجرى تنفيذه بتاريخ 2004/1/7 وتم حل مشكل المرور وعليه فان الحكم الان ينبغي ان يلائم القضاء السالف من باب حسن تطبيق القانون من حيث عدم الاضرار بمالكي العقار الذين تكبدوا مصاريف تهيئة الممر الموافق للمقترح الثالث تنفيذا للحكم الاستعجالي ولم يتسلموا مقابل ذلك وان المضرة تتضاعف الان بفتح ممر اخر طبق المقترح الرابع.

ثالثا : تحريف الوقائع :

قولا بانه خلافا لما جاء بالقرار المنتقد من ان الممر موضوع الاقتراح الثالث يتطلب اشغال تهيئة لم تنجز بعد فقد وقع الادلاء بالطور الاستئنافي بما يفيد تنفيذ الحكم الاستعجالي موضوع الاقتراح الثالث ولم تناقش المحكمة هذا الدفع محرفة الوقائع سيما وان الجزء الداخل في ملكهم مهيأ وان ما عدته المحكمة غير مهيأ لا يهم عقارهم لانه ينتهي الى عقار المعقب ضده.

وطلب النقض والاحالة.

وحيث اجاب المعقب ضده بواسطة محاميه الاستاذ محمد كشريد بان المحكمة لم تحرف الوقائع اذ جاء بتقرير الخبير سعد التليلي ان المقترح الثالث اقل طولا

من المقترح الرابع فضلا عن ان الممر الثالث يمر عبر ارض على ملك اجوار اخرين رضوا بمروره من ارضهم وعليه فانه لا يرهق عقار المعقبين الا بقدر قليل مقارنة مع الممر الرابع وانه لا يوجد ممران موظفان على عقارهم لان الحكم الاستعجالي وقتي غير دائم وان المعقبين لم يوضحوا وجه هضم حق دفاعهم وان المحكمة لم تخطئ في تطبيق القانون بل انها اوضحت المعايير التي اعتمدتها طبقا للفصل 177 من م.ح.ع.

وطلب الرفض اصلا.

المحكمة

عن المطاعن مجتمعة لتداخلها :

حيث اقتضى الفصل 178 من م.ح.ع. ما يلي :

"يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافته اقصر ما يمكن ويراعى في تعيينه اخف ضرر لمالك العقار المحدث به".

وحيث اضاف الفصل 185 قائلا "اذا جزئ العقار الموظف له الارتفاق يبقى الارتفاق القديم صالحا لكل جزء من اجزائه وذلك بدون زيادة ارهاق للعقار الموظف عليه الحق".

وحيث وضعت هذه الاحكام ضوابط ورسمت نهجا محددا لفتح الممرات بغية رفع الاكتناف محققة ان شق الطرقات باملاك الغير يحدث لهم ضررا ولما كان رفع ضرر لاحتباس لا يتحقق الا باحداث ضرر بعقار الغير لزم ان يكون الضرر النازل اخف ما يمكن كل ذلك تجنبا لرفع ضرر بانزال اخر من جنس الاول او اشد منه وان اقتضاء التوسعة والترويح عن العقار المحتبس لا تكون بشد الخناق والتضييق على العقار المجاور. وان الاصل يقتضي ارتكاب اخف الضررين (الفصل 558 من م.ا.ع.) وانه اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع (الفصل 546 من م.ا.ع.).

وحيث تمسك المعقبون بسبق فتح ممر في اطار القضية الاستعجالية عدد 8751 وقد اذعنوا له وجرت تهيئته في الاجزاء الداخلة في املاكهم وان المعقب ضده هو الذي امتنع عن اتمام التهيئة التي تقتضي هدم جانب من السياج وقد تكبد المعقبون مصاريف هذه التهيئة على ان يسترجعوها من الموظف لفائدته الحق الارتفاقي الا ان المحكمة القت ما جرى تنفيذه وتخلت واذنت للمدعي بفتح ممر اخر فاصبح عقار المدعى عليهم مجزءا مقسما وفي ذلك ارهاق للمالك يمكن تجنبه.

وحيث اخطا القرار المنتقد في فهم وتاويل الاحكام المنظمة لحق الارتفاق فهضم حق الدفاع فحق له بذلك النقض والارجاع.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بمدنين للنظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعن من الخطية وارجاع معلومها المؤمن.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 21 نوفمبر 2005 عن الدائرة المدنية الاولى المتالفة من رئيسها السيد محمد مشرية ومستشاريها السيدين احمد رزيق وحسين بن سليمة وبحضور المدعي العام السيد صالح زعيتر وبمساعدة الكاتبة السيدة ليلى الرياحي.

وحرر في تاريخه