# قرار تعقيبي مدني عدد 40403
# مؤرخ في 16 أفريل 1996
# صدر برئاسة السيد صالح المطوي

**نشرية** : محكمة التعقيب : القسم المدني.
**مادة** : عيني.
**مراجع** : الفصل 189 من م.ح.ع.
**مفاتيح** : حق عيني، ارتفاق، إثبات حيازة مكسبة، شهادة الشهود، حيازة قبل صدور مجلة الحقوق العينية، عدم تطبيق ما ورد بالمجلة، عدم رجعية القوانين.

**المبدأ :**

**التشريع السابق لصدور مجلّة الحقوق العينية يجيز قبول البينة بالشهادة في إكتساب حق الإرتفاق وبذلك فلا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل 189 من مجلة الحقوق العينية والذي لا تسري أحكامه إلا على ما جد بعد إصداره. أمّا ما حصل قبله من وقائع فلا مجال لإنسحابه عليها إلاّ بنص صريح وآعتماد المحكمة لأحكام الفصل المشار إليه أعلاه يعد خرقًا لمبدأ عدم رجعية القوانين الموضوعية.**

نصّه :

الحمد للّه وحده،

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 6 سبتمبر 1993 من طرف الأستاذ الطاهر اللونقو في حق منوبه المعقب الطاهر بن فرحات بالحاج حسن بن منصور.

**ضد :**

خالد بن الطاهر بن عبد القادر.

طعنًا في الحكم الاستئنافي عدد 676 الصادر في 24 مارس 1992 عن محكمة الاستئناف بقابس والقاضي بقبول الاستئناف شكلاً وأصلا ونقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد برفض الدعوى الخ...

وبعد الاطلاع على الحكم المعقب والأسباب التي انبنى عليها ومذكرة مستندات الطعن وبقية الوثائق التي أوجب الفصل 185 من م.م.م.ت تقديمها.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والاستماع لشرح ممثلها بالجلسة.

وبعد التأمل من كافة الأوراق والمفاوضة القانونية صرح بما يلي :

**من حيث الشكل :**

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية لذا فهو مقبول شكلا.

**من حيث الأصل :**

حيث تفيد وقائع القضية كما أثبتها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المعقب بقضية لدى المحكمة الابتدائية بقابس طالبا بعد تحرير دعواه إلى الحكم باستحقاقه للحمالة المبينة بالأصل ورفع يد المعقب ضده عنها مع الغرامة والمصاريف.

وأجاب المطلوب بأن الحق الارتفاقي المدعى به لا يثبت إلاّ بكتب طبقًا للفصل 180 من م.ح.ع.

وبعد استيفاء الأبحاث قضت محكمة البداية تحت عدد 956 في 22 فيفري 1986 لصالح الدعوى

استنادًا منها إلى أن البينة الحيازية والاختبار حققا تصرف المدعي في الحمالة موضوع التداعي المدة المكسبة للملكية الحق الارتفاقي قبل صدور مجلة الحقوق العينية فاستأنفه المطلوب تحت عدد 10908 وبتاريخ 9 ديسمبر 1987 قضت محكمة الدرجة الثانية بالنقض وعدم سماع الدعوى.

فتعقبه المستأنف ضده تحت عدد 22177 وفي 18 جوان 1991 قرّرت محكمة التعقيب النقض مع الإحالة بناء على أن محكمة الاستئناف بالرغم من تسليمها بنتيجة ا لبحث الحيازي المثبتة لحوز الطاعن للحمالة المدة المكسبة للملكية اعتبرت حكم البداية الذي قضى لصالح الدعوى قد خالف المرمى وهو تعليل سقيم ودون إجراءات متباينة إلى حد التناقض والتضارب وبموجب ذلك أعيد نشر القضية لدى محكمة الإحالة التي قضت بحكمها المبين نصّه بالطالع بناء على أن الدعوى مضطربة وغير محرّرة وكان على المستأنف ضده طلب منع الأعمال المعرقلة لتمتعه بسيلان المياه بدل طلبه استحقاق الحمالة كما أن البينة والكتب اللذين احتج بهما لم يثبتا ملكيته لها فضلا على أنّ بينة المستأنف حقّقت عدم استعمال المعقب ضده الحمالة منذ أمد مسقط للحق طبقًا للفصل 189 من م.ح.ع فتعقبه الطاعن ناسبًا له بواسطة محاميه :

**ضعف التعليل وخرق القانون :**

لما أهملت محكمة الإحالة ما أشارت إليه محكمة التعقيب من اشتمال الحكم الإستئنافي عدد 10908 على أجزاء متناقضة واعتبرت أن الدعوى تتأرجح بين حق الملكية وحق الارتفاق والحال أن العبرة بآخر الطلبات وقد حرّر الطاعن دعواه وتمسك بحوزه للحمالة موضوع التداعي وتصرفه فيها المدة المكسبة للملكية الحق الارتفاقي قبل صدور مجلة الحقوق العينية وقضت المحكمة بعدم سماع دعواه رغم شهادة البيّنة له بالحيازة معلّلة حكمها باضطراب الدعوى وعدم استعمال الطاعن للحمالة منذ أمد مسقط للحق طبقا للفصل 189 من م.ح.ع مما يورث قضاءها ضعفا في التعليل ويجعله خارقا للقانون، لذا يطلب النقض مع الإحالة والإعفاء والترجيع.

**المحكمة :**

**عن المطعن الوحيد :**

حيث ان تعليل الأحكام من الوجهتين الواقعية والقانونية شرط جوهري لاعتمادها وان التعليل لا يكون قانونيًا مستساغًا إلا إذا كان مستمدًا مما له أصل ثابت بالأوراق وموصلاً للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة دون خطأ أو وهن طبقا للفصل 123 من م.م.م.ت حتى تتمكن محكمة التعقيب من إجراء ما لها من حق الرقابة على سلامة الأحكام وحسن تطبيق القانون.

وحيث يتبين من أسانيد الحكم المطعون فيه أن المحكمة التي أصدرته أسست قضاءها بعدم سماع الدعوى على اعتبار أن الدعوى مضطربة بين حق الملكية وحق الارتفاق وان البينة والكتب المحتج به لم يثبتا حوز الطاعن لحمالة التداعي وتصرفه فيها المدة المكسبة لملكية الحق الارتفاقي إضافة إلى سقوط هذا الحق بعدم استعماله وفقا للفصل 189 من م.ح.ع.

وحيث أنه من الثابت من الأوراق أن الطاعن المدعي في الأصل أصدر دعواه وجعلها في طلب الحكم باستحقاقه للحمالة المحدّدة والموصوفة بالمعاينة والاختبار باعتبارها حقًا ارتفاقيًا وذلك في نطاق

أحكام الفصل 84 من م.م.م.ت الذي خوّل للمدعي تحرير دعواه قبل تاريخ الجلسة المعينة للمرافعة بعشرة أيام مما يجعل اعتبار محكمة الدرجة الثانية للدعوى غير محرّرة ومتأرجحة بين حق الملكية وحق الارتفاق لا سند له وخارقا للفصل المذكور كما أنه يتبين من البحث الحيازي المأذون به من محكمة البداية أن الشهود الأربعة الذين أحضرهم الطاعن شهدوا بحوزه للحمالة موضوع التداعي وتصرفه فيها المدة المكسبة لملكية الحق الارتفاقي أبا عن جد من قبل صدور مجلة الحقوق العينية في حين أن بينة المعقب ضده كانت سلبية ولم تشهد بمفيد وبذلك تعتبر حيازة محل ا لتداعي قد استرسلت مع الطاعن بعد مورثيه وصاحبته إلى حد تاريخ قيام الخصام ما دام لم يقم الدليل على ما يفيد خلاف ذلك وبالتالي فلا وجه لاعتماد محكمة الدرجة الثانية الفصل 189 من م.ح.ع الذي هو قانوني موضوعي لا تسري أحكامه إلا على ما جد بعد إصداره أما ما حصل قبله من وقائع فلا مجال لانسحابه عليها إلا بنص صريح وقد ثبت من أقوال الطرفين وشهادة الشهود أن الحمالة قديمة وموجودة قبل العمل بالفصل المذكور لذلك فإن المنطبق هو التشريع السابق عنه الذي يجيز قبول البينة بالشهادة في إكتساب حق الارتفاق وقد شهدت البينة الحيازية بثبوت حوز الطاعن لمحل التداعي المدة المكسبة لملكية الحق الارتفاقي ولما طبقت محكمة الدرجة الثانية الفصل 189 تكون قد خرقت مبدأ عدم رجعية القوانين الموضوعية.

وحيث يخلص من ذلك أن المحكمة المطعون في حكمها لما قضت بالصورة المذكورة يكون حكمها مشوبا بضعف التعليل ومسيئا لتطبيق القانون فاستحق بذلك النقض.

**ولهذه الأسباب :**

قرّرت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلاً وأصلاً ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بقابس للنظر فيها مجدّدا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمّن إليه.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الثلاثاء 16 أفريل 1996 عن الدائرة المدنية الثالثة المتركبة من رئيسها السيد صالح المطوي وعضوية المستشارين السيدين حمادي الشيخ والفاضل بن ميلاد بمحضر المدعي العام السيد أحمد هدريش ومساعدة كاتبة الجلسة الآنسة سنية العبداوي.

وحرّر في تاريخه