قرار تعقيبي مدني عدد 60250

مؤرخ في 12 جانفي 1999

صدر برئاسة السيد عبد القادر الذايع

نشرية : محكمة التعقيب : القسم المدني.

المادة : عيني.

مراجع : الفصل 189 من م.ح.ع.

مفاتيح : حــق مرور، دعوى استحقاقية، اثبات بينة، تقرير الخبير.

المبدأ :

يمكــن اثــبات حــق المــرور بالبينة وعدم استعمال هذا الحق بمكان معين لا يمكن اثباته الا بشهادة الشهود لا بمجرد رأي الخبير.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 17 جوان 1997 من الاستاذ فؤاد العش المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن : رضا.

ضد : منصور محاميه الاستاذ محمد ولها.

طعنا في الحكم الاستئنافي الاستحقاقي عدد 211 الصادر عن محكمة صفاقس الاستئنافية في 27 مارس 1997 والقاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى واعفاء المستأنف من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه وتغريم المستانف ضده لفائدة المستانف بمائتي دينار لقاء الاتعاب و اجرة المحاماة و حمل المصاريف القانونية عليه.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذة مديحة دريرة حسب محضرها عدد 20526 في 10 جويلية 1997.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق المظروفة بالملف والمقدمة في 16 جويلية 1997.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة من الاستاذ محمد ولها المحامي لدى التعقيب نيابة عن المعقب ضده والرامية الى طلب الرفض اصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والمقدمة في 1998/2/4 والرامية الى طلب قبول المطلب شكلا و رفضه اصلا.

وبعد المفاوضة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية طبق الفصل 179 وما بعده من م.م.م.ت. لذا فهو مقبول شكلا.

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما اثبتها الحكم المطعون فيه والوثائق المظروفة بالملف قيام المدعي عارضا امام محكمة صفاقس الابتدائية انه يملك مقسما انجرله بالشراء مبين حدوده بالعريضة وان له مدخل

يوصله الى مقسمه الا ان المطلوب تعمد بعد شراء مقسمين مجاورين الى سدم المدخل لذا قام بطلب الزامه الى ارجاع الحالة الى ما كانت عليه وقدم عقد شراء حجة مقاسمة مضمن بها وجود المقسم.

واذنت المحكمة باجراء اختبار يثبت انطباق حجة المقاسمة على محل النزاع.

وبعد استيفاء الاجراءات اصدرت المحكمة الابتدائية حكمها عدد 16568 بتاريخ 8 فيفري 1992 القاضي لصالح الدعوى بالزام المطلوب بفتح الممر الاصلي والمضمن بحجة المقاسمة المحررة عام 1972 والمشخص بتقرير الاختبار المحرر من الخبير المعلم عليه باللون الاحمر من المثال المصاحب للتقرير وذلك تحت نظر الخبير.

فاستانفه المحكوم ضده متمسكا بان حق المستانف ضده قد سقط بمرور الزمن لانه لم يستعمل الممر منذ امد بعيد.

وبعد استيفاء كافة الاجراءات اصدرت المحكمة حكمها عدد 211 بتاريخ 27 مارس 1997 المشار اليه بطالع هذا استنادا الى ان الحكم الابتدائي خرق احكام الفصل 189 من م.ح.ع. لان تقرير الاختبار اثبت ان المدخل لم يقع استعماله اطلاقا منذ تاريخ المقاسمة عام 1972 وانه توجد علامات مادية على عدم الاستعمال.

فتعقبه الطاعن الان ناسبا له ما يلي :

اولا : ضعف التعليل و خرق الفصل 189 من م.ح.ع. :

لقد أسست المحكمة حكمها على اساس ان الحق الارتفاقي لم يقع استعماله مدة خمسة عشر عاما معتمدة ذلك على تقرير الاختبار و قرار المحكمة بالصورة السابقة يعد مخالفا لاحكام الفصل 189 من م.ح.ع. لان وجود الاشجار لا يعوق استعمال المدخل ضرورة ان الامر يتعلق بارض فلاحية و مسالة استعمال المدخل لا تثبت الا بالبينة التي تجاوزتها المحكمة واعتمدت فقط تقرير الاختبار بما يستوجب نقض حكمها.

ثانيا : خرق الفصل 392 من م.ا.ع. :

لانه من خلال عقد شراء الطاعن الذي اشترى العقار عام 1981 توجد قاصرة والتي لا يرى في حقها سقوط الحق طبقا لاحكام الفصل 392 من م.ا.ع. ولهذا السبب فالحكم مستوجب للنقض وطلب الاستاذ فؤاد العش النقض و الاحالة لاعادة النظر.

وحيث رد المعقب ضده بواسطة محاميه الاستاذ ولها بان المطعن الاول مردود فضلا عما عاينه الخبير من تواجد مدخل ثان يؤدي الى مدخل الخصم و بالنسبة للمطعن الثاني فهو مردود ايضا لان هذا المطعن لم تقع اثارته من قبل وعلى كل لا يمكن للخصم ان يتمسك بمصلحة غيره وطلب الاستاذ ولها رفض الطعن اصلا.

المحكمة

عن المطعن الاول :

حيث انه مما لا خلاف فيه ان راي الخبير لا يعدو ان يكون دليلا في الدعوى يمكن رده بدليل اقوى حجة و اكثر اقناعا مما ورد براي الخبير.

وحيث ان محكمة الحكم المطعون فيه اعتمدت في حكمها على تقرير الاختبار الماذون به بالطور الاول والذي اكد ان الممر لم يقع استعماله لانه توجد به اصول زيتون يفوق عمرها ثلاثون عاما واستنتجت

المحكمة واستخلصت من تقرير الاختبار ان الممر لم يقع استعماله.

المستند الثالث من الصفحة رقم تسعة من الحكم.

وحيث ان المحكمة طرحت جانبا دون نقاش او حتى اشارة الى مسألة استعمال الممر من عدمه والتي لا يمكن اثباتها الا بالبينة بدليل ان المستانف نفسه كان قد طلب الاذن باجراء بحث للتثبت من مسالة المرور بسماع بينة الطرفين حسبما جاء بعريضة الاستئناف لكن المحكمة غضت الطرف عن هذا الدفع الجوهري ولم تلتفت الا الى تقرير الاختبار الذي اكد وجود اشجار مثمرة وحدد اعمارها بالتقريب.

وحيث ان الاشجار التي اثبت الخبير وجودها لها من العمر ثلاثين عاما أي قبل اجراء المقاسمة وتوظيف حق الارتفاق بالمرور الامر الذي يدل على ان هذاالحق قد انشىء بعد غراسة الاشجار أي بعد وجودها الامر الذي لا يمكن معه اعتماد سقوط الحق بمرور الزمن او احتساب مدة الخمسة عشر عاما بسبب وجود هذه الاشجار كما وان عدم استعمال هذا الحق في المرور بمكان معين لا يثبت الا بالبينة أي بشهادة الشهود لا بمجرد راي الخبير و ان البينة قد طلبها المعقب ضده المستانف وان المحكمة لم تستجب ولم ترد عن هذا المطلب مما يجعل حكمها ضعيف التعليل من جهة ومخالف لاحكام الفصل 189 من م.ح.ع. من جهة اخرى مما يستوجب نقض الحكم لان تعليل المحكمة كان قاصرا وغير مرتكز على اسس سليمة خاصة وان المحكمة لم تنظر ولم تبت في مسالة سماع البينة لاثبات المرور من عدمه وللبحث وراء صحة الادعاء بوجود ممر اخر يمكن للطاعن المرور منه للوصول الى عقاره وعليه اتجه قبول الطعن الاول لاستناده الى مستندات واقعية و قانونية سليمة.

عن المطعن الثاني :

حيث ان هذا المطعن لم يكن محل نقاش ولا طلب امام محكمة الاصل بما يستوجب رفضه دون حاجة الى مناقشة ضرورة ان الطلبات التي لم تقع اثارتها امام محكمة الموضوع لا يمكن اثارتها امام محكمة القانون.

ولهذه الاسباب وعملا بما تقدم

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بصفاقس لاعادة النظر فيها بهيئة اخرى واعفاء الطاعن من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 1999/1/12عن الدائرة الثالثة مدنية المتركبة من رئيسها السيد عبد القادر الذايع وعضوية المستشارين السيدين فاطمة الشيخ علي وفائزة الزرقاطي و بحضور المدعي العمومي السيدة بشرى بن نصر وبمساعدة كاتبة الجلسة السيد(ة) سميرة بوشوشة.

وحرر في تاريخه