التعاون الألماني
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

INTERNATIONAL IDEA
INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE

نشرية مرصد التناسب
مرصد القاضي العدلي

نشرية مرصد التناسب

مرصد القاضي العدلي

المراجعة: إيناس مشرية
مالك الغزواني

التعاون الألماني
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Federal Foreign Office
1 Werderscher Markt
Berlin 11013
www.auswaertiges-amt.de

International IDEA
Strömsborg
Stockholm 34 103-SE
Sweden
+46-8-698 37 00
info@idea.int
www.idea.int

© 2022 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

نشرية مرصد التناسب: مرصد القاضي العدلي
Report of the Observatory of Proportionality: Observatory of the Judicial Judge

منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (International IDEA) مستقلة عن أية مصالح وطنية أو سياسية معينة.
كما أن الآراء الواردة في هذا المنشور لا تمثل بالضرورة وجهات نظر المؤسسة أو هيئتها العامة أو أعضاء مجلسها أو آراء الجهات المانحة.

النسخة الإلكترونية من هذا المنشور متاحة بموجب رخصة المشاع الإبداعي (CCI)، سمة المشاع الإبداعي، رخصة غير تجارية، رخصة المشاركة بالمثل (3.0) يجوز نسخ المنشور وتوزيعه وبثه وكذلك تعديله وتهيئته بشرط أن يستخدم لأغراض غير تجارية فقط، وأن يذكر المصدر على النحو الصحيح، ويتم توزيعه برخصة مماثلة.

لمزيد من المعلومات عن رخصة المشاع الإبداعي، أنظر:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0>

تم إنجاز هذا العمل في إطار أنشطة المشروع المتعلق بمبدأ التناسب والموسوم:
«دعم تطبيق الفصل 49 ومبدأ التناسب في تونس»
بتمويل من وزارة الخارجية الألمانية

التصميم وصورة الغلاف: B&B Promotion

معرف الوثيقة الرقمي (DOI) : <https://doi.org/10.31752/idea.2022.66>
الرقم المعياري الدولي للكتاب (PDF) : 978-91-7671-587-1
المطبوع: 978-91-7671-588-8

أعضاء مرصد القاضي العدلي

- **فاطمة المكوّر مصمودي**
رئيس المحكمة الابتدائية بقرمبالية

- **سارة إيناس مشرية**
قاضي من الرتبة الثالثة بمحكمة الاستئناف بصفاقس

- **حاتم بن جماعة**
رئيس دائرة بمحكمة الاستئناف بسيدي بوزيد

- **إشراق مالك**
قاضي من الرتبة الثالثة بمحكمة الاستئناف بسوسة

- **فريد بن جحا**
مساعد الوكيل العام بمحكمة الاستئناف بالمنستير

- **فاتن خير الله**
رئيس دائرة بمحكمة الاستئناف ببنزرت

- **عبد الرحمان بوراس**
مستشار بمحكمة الاستئناف بقابس

- **إلياس الميلادي**
مستشار بمحكمة الاستئناف بباجة

- **محمد مهدي مزيو**
مدعي عام لدى محكمة التعقيب

- **حسن الحاج عبد الله**
مدعي عام لدى محكمة التعقيب

- **أمال عباسي**
قاضي تحقيق بالمحكمة الابتدائية بمنوبة

- **آسيا العبيدي**
رئيس محكمة منوبة

المحتويات

أعضاء مرصد القاضي العدلي 3

1. تمهيد عام

حول مرصد التناسب وأهدافه 7

حول نشرية مرصد التناسب 9

كلمة شكر للمساهمين في إعداد نشرية المرصد..... 11

2. مرصد القاضي العدلي

القاضي العدلي والمادة الجامعة في الدستور التونسي..... 13

3. تحليل بعض الأحكام القضائية على ضوء المادة الجامعة في الدستور التونسي

الحق في الملكية..... 15

الحق في العمل..... 30

الحق في محاكمة عادلة..... 34

الحق في المشاركة/ الحق النقابي (الحق في مجلس إدارة ذو تمثيلية منتخبة)..... 38

الحق في النفاذ لشبكات الاتصال 41

الحق في حماية أماكن العبادة/ حق الأجيال القادمة في الموروث الثقافي 44

حرية التنقل..... 48

4. ملاحق

حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 116

1. تمهيد عام

حول مرصد التناسب وأهدافه

نشأت فكرة المرصد في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات المتعلق بالمادة الجامعة من الدستور التونسي والذي تعمل عليه المؤسسة منذ سنة 2019 ويستند الاهتمام بهذه المادة إلى عدة اعتبارات من أبرزها أنها تكاد تكون المادة الجامعة الوحيدة في الدساتير العربية التي تضع الشروط والمعايير المتعلقة بالقيود على الحقوق والحريات والضوابط المرتبطة بها في دولة ديمقراطية، وذلك بالاعتماد على مبدأ التناسب بين القيود التي تسلطها السلطة العمومية بشكل عام على هذه الحقوق وبين موجباتها.

ويهدف عمل المرصد إلى مواصلة العمل وتثمين ما تمّ إنجازه في اتجاه مزيد تعميق الوعي بأهمية المادة الجامعة ونشر ثقافة التناسب وتمكين مختلف السلط من آليات عمل دقيقة لتفعيل مقتضيات هذه المادة، خاصة وأن الفصل 55 من دستور 2022 قد حافظ على نفس فلسفة الفصل 49 من دستور 2014 مع بعض التعديلات التي لا تمس بوحدة المضمون.

وتقوم فكرة المرصد على رصد مدى احترام أعمال وقرارات الفاعلين في مجال الحقوق والحريات في تونس لضوابط المادة الجامعة من الدستور ولمبدأ التناسب. وقد تمّ التّوجّه في إطار مجموعة العمل المشرفة على المشروع نحو رصد قرارات المحاكم العدلية والإدارية والمجالس البلدية.

ويتمثل جوهر عملية الرصد في تحليل الأحكام القضائية، العدلية والإدارية، لبيان مدى تقيّد القضاة بالضوابط التي وضعها الدستور، ومدى التّطوّر الحاصل في فقه القضاء بخصوص تطبيق مقتضيات المادّة الجامعة وخاصة فيما يتعلق بمبدأ التناسب.

الفصل 49 من دستور 2014

« يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.»

الفصل 55 من دستور 2022

«لا توضع قيود على الحقوق والحرّيات المضمونة بهذا الدّستور إلاّ بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها نظام ديمقراطيّ وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العامّ أو الدّفاع الوطنيّ أو الصّحة العموميّة. ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقــوق والحرّيات المضمونة بهذا الدّستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.

لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرّياته المضمونة في هذا الدّستور.
على كلّ الهيئات القضائيّة أن تحمي هذه الحقوق والحرّيات من أيّ انتهاك.»

كما أنّه من مهام المرصد، رصد وتحليل القرارات التي تتخذها المجالس البلدية في مختلف المجالات التي تندرج ضمن صلاحياتها والتي لها علاقة بممارسة الحقوق والحريات في المجال الترابي البلدي، وذلك لمعاينة مدى استبطان هذه المجالس للمقتضيات الدستورية ومدى احترامها بالخصوص لمبدأ التناسب عند اتخاذها للقرارات الماسة بالحقوق والحريات.

ويهدف المرصد عموما إلى تأطير وعقلنة تدخل السلط العمومية في تعاملها مع القيود الموظفة على الحقوق والحريات في اتجاه اعتماد النظرية الحديثة لتقييد الحقوق والحريات والتقيد بالضوابط التي وضعتها المادة الجامعة والتطبيق السليم لاختبار التناسب، ممّا من شأنه الدفع نحو مزيد الوعي بأهمية هذا الفصل ونشر ثقافة التناسب وتمكين مختلف السلط من آليات عمل دقيقة لتفعيل مقتضياته.

ويتّجه المرصد في مرحلة ثانية إلى توسيع نشاطه ليشمل رصد وتحليل أعمال السلطة التشريعية والتنفيذية وكذلك مختلف الهيئات العمومية.

حول نشرية مرصد التناسب

مضمون النشرية ومنهجية العمل

تضمّ نشرية مرصد التناسب نتائج أعمال المرصد في مختلف أقسامه المتعلقة بالأحكام القضائية الإدارية والعدلية والقرارات البلدية والتي تمّ تحليلها من قبل أعضاء المرصد باعتماد الجذاذة النموذجية التي تمّ وضعها من قبل خبراء المؤسسة قصد توحيد منهجية الرصد والتحليل على ضوء عناصر المادة الجامعة في الدستور التونسي. وتصدر النشرية مرة كل ستّة أشهر، ويتمّ خلال هذه المدة تجميع أعمال المرصد وتقييمها ونشرها وتوزيعها على الجهات المعنية. ويتمّ اختيار الأحكام والقرارات موضوع الرصد من قبل أعضاء المرصد وفق معايير يتمّ تحديدها مسبقا ويتمّ مراجعة الأعمال المنجزة من قبل فريق المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات وعدد من أعضاء مجموعة العمل المتابعة للمشروع.

وتتباين المنهجية المعتمدة في التحليل وفي عرض أعمال المرصد وفق خصوصية كل صنف، فمنهجية تحليل الأحكام القضائية الإدارية تختلف عن المنهجية المعتمدة بالنسبة للأحكام العدلية، وذلك لاختلاف الزاوية التي يطبق من خلالها القاضي الإداري أو العدلي عناصر المادة الجامعة ومبدأ التناسب.

كما أن القرارات البلدية تكتسي بعض الخصوصية باعتبار أن المجالس البلدية ليست من المخاطبين المباشرين بالمادة الجامعة على غرار القاضي والسلطة التشريعية، لكن أغلب أعمالها تندرج في إطار تنظيم ممارسة العديد من الحقوق والحريات، ممّا يجعل احترامها لمنهجية المادة الجامعة وخاصة مبدأ التناسب عنصرا هامّا في تحصين قراراتها وأعمالها من الإلغاء وفي تقوية دعائم الدولة المدنية الديمقراطية.

وتضمّ كل نشرية جانبا تحليليا للأحكام والقرارات المعنية، يتضمّن الحقوق المعنية بالتقييد ومضمون أو ملخّص القرارات والأحكام مع إبراز عناصر المادة الجامعة، إن وجدت، وجانبا تقييميا في شكل ملاحظات أو توصيات قصد توجيه الفئات المستهدفة للمنهجية المثلى لتطبيق المادة الجامعة ومبدأ التناسب. كما تتضمن النشرية روابط للولوج إلى النصوص الكاملة للأحكام أو القرارات موضوع الرصد.

الفئات المستهدفة

تتوجّه النشرية بصفة مباشرة إلى القضاة عموما وإلى القاضي الإداري والعدلي على وجه الخصوص، باعتبارها تسعى من خلال هذا العمل إلى رصد مدى استبطان القاضي للمفاهيم الدستورية الحديثة ومدى تطبيقه للمادة الجامعة ولمبدأ التناسب عند إصدار الأحكام أو تعليلها، وذلك سعيا إلى الدفع نحو فقه قضاء يتبنّى منهجية تتلاءم مع الدستور وتراعي الدور الموكول للقاضي في «حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك».

وتتوجه النشرية إلى المجالس البلدية والسلط المحلية عموما من خلال تقديم نماذج عن القرارات

البلدية المخالفة لأحكام المادة الجامعة ولمبدأ التناسب، مع بيان الإخلالات أو النقائص وتقديم توصيات ومقترحات حتى تصبح القرارات البلدية متلائمة مع أحكام الدستور.
كما تستهدف النشرية بصفة غير مباشرة جميع الدارسين والباحثين والمهتمين بالشأن القانوني والحقوقي.

الاستعمالات المنتظرة للنشرية

رغم توفر المراجع الفقهية والمقالات القانونية في خصوص مبدأ التناسب، إلا أن تعاطي المحاكم معه ظلّ غير معلوم للباحثين والطلبة والمشتغلين في الحقل الحقوقي، لذلك فمن المأمول أن توفر النشرية مرجعا فقه قضائي في مادة الحقوق والحريات وأن تساعد القضاة والباحثين على متابعة تطور فقه القضاء في هذا المجال.
كما تعتبر النشرية مرجعا للمهتمين بالشأن المحلي وبعمل السلط المحلية حول كيفية تنظيم ممارسة الحقوق والحريات في المجال المحلي وفق مقتضيات المادة الجامعة ومبدأ التناسب.
ومن المنتظر أن تسهم هذه النشرية في خلق ديناميكية في المجالين القضائي والأكاديمي نحو تعديل طرق التعامل مع الحقوق والحريات وجعل القيود الموظفة عليها تستجيب للمعايير الدولية وتخضع إلى الضوابط المنصوص عليها بالفصلين 49 من دستور 2014 و55 من دستور 2022 وإلى اختبار التناسب، حتى تكون مقبولة في دولة مدنية ديمقراطية قوامها احترام الحقوق والحريات.

كلمة شكر للمساهمين في إعداد نشرية المرصد

تتوجه المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات بالشكر لكافة أعضاء المرصد من قضاة عدليين وإداريين وراصدين بلديين لمساهمتهم، بمعيّة فريق العمل التابع للمؤسسة، في إعداد هاته النشرية، من خلال تأثيثها بجملة من الأحكام القضائية والأعمال القانونية للبلديات التي وقع تحليلها من قبلهم وفق أنموذج لجذاذات تمّ الاتفاق على عناصرها مسبقا.

كما تنوه المؤسسة بالالتزام والجدية في العمل ومتابعة كل الدورات التكوينية وجلسات العمل واللقاءات، من قبل أعضاء المرصد، التي تهدف إلى تحسين وتجويد العمل على مختلف الأحكام القضائية والأعمال القانونية للبلديات.

2. مرصد القاضي العدلي

القاضي العدلي والمادة الجامعة في الدستور التونسي

لو أردنا أن نلخص مبدأ التناسب في كلمة لقلنا هو«الميزان»، وبما أن ضبط ميزان العدالة هو جوهر العمل القضائي، فإن مبدأ التناسب، بالنسبة للقاضي العدلي، هو عمل الحياة الدائم فيكون بذلك مبدأ التناسب أحد مقوّمات العدالة. وهو أحد الأدوات التي يتوخاها القاضي لفصل النزاعات، فيتجلّى مبدأ التناسب بذلك كمنهاج يحكم الفكر القانوني. وهو منوال يحدّد للقاضي أسس التعاطي الإنساني مع الملف وهو ضابط للإيقاع يحكّم المنطق القانوني المتّبع صلب العمل القضائي فيجعله أقرب للحق والعدل والحرية، لذلك تحتاج العدالة لمبدأ التناسب ويحتاج الحق لقضاة واعين بدورهم الراسخ في حماية الحقوق والحريات وفق مبادئ المجتمع الديمقراطي. وإن وجد مبدأ التناسب تأصيله في أحكام المادة الجامعة من الدستور التونسي فإنه لا يندثر بزوالها.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ التناسب لن يحلّ محل القانون أو يملأ الفراغ التشريعي، بل هو مبدأ يجب أن يخدم المسار القانوني ويجب ألا يتعارض معه، وأن من بين التحديات والمحاذير التي يجب أن ينتبه إليها القاضي العدلي هو ألا يجعل مبدأ التناسب بديلا للحل القانوني فهو مبدأ يوظّف لتقوية البناء القانوني الذي يكون عماده النصوص القانونية.

لذلك على القضاة أن يستبطنوا هذا المبدأ في أدائهم لرسالتهم. إذ أصبح لزاما عليهم أن يشيروا إليه تصريحا لا تلميحا، فقراراتهم اليوم يمكن أن تفتح باب التظلّم، على المستوى الدولي، لذلك على القاضي العدلي أن يكون متمكنا من تقنيات تفعيل اختبار التناسب لما لها من آثار على إيصال الحقوق إلى أصحابها وتحقيق الأمان القانوني والقضائي إضافة إلى تكريس احترام المنظومات الحقوقية الإقليمية والدولية لحقوق الإنسان والمبادئ المتصلة بها.

وفي هذا الإطار، تندرج مساهمة القضاء العدلي في هاته النشرية، وتعكس الأحكام الواقع تحليلها صلبها طريقة تناول مبدأ التناسب من قبل القاضي العدلي.

3. تحليل بعض الأحكام القضائية على ضوء المادة الجامعة في الدستور التونسي

الحق في الملكية

1. القرار عدد 67114

التاريخ: 4 ديسمبر 2019
المحكمة: محكمة التعقيب
المادة/الموضوع: مدني، كف شغب
الدرجة: تعقيبي

ملخص القضية

أحدث المدعى عليه بناء، لكنه تجاوز حدود عقاره ليضم إليه مساحة 60 مترا مربعا من عقار جاره فرفع هذا الأخير قضية في كف الشغب طلب فيها الحكم بإزالة البناء الواقع في عقاره. وقضت محكمة الأصل بدرجتيها بكف الشغب وذلك بإزالة البناء الواقع في المساحة المستولى عليها. وتمّ تعقيب القرار الاستئنافي أمام محكمة التعقيب.

موقف المحكمة

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة الابتدائية بالمنستير بوصفها محكمة استئناف لمحاكم النواحي الراجعة لها لإعادة النظر فيها من جديد بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

الحيثية

«وحيث ومن جهة أخرى، فإنه من المعلوم أن قواعد المسؤولية التقصيرية تقتضي ضرورة اتخاذ جميع المسائل لإزالة الوضعية الضارة ويعتمد في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فتتجه المحكمة إلى اعتماد الوسائل الممكنة لإزالة الشغب ورفع المضرة دون أن تتسبب تلك الوسائل في مضرة فادحة للمتسبب في الضرر [...] وهي مسألة خالفتها محكمة الحكم المطعون فيه، فهي لم تبحث عن المقترح الأنسب لكف الشغب وإزالة الضرر اللاحق بالمعقب ضدّه دون ضرر بالطاعن وبعقاره، واعتمدت المقترح الأول الوارد بتقرير الخبير المنتدب حال أن تلك الطريقة ينتج عنها لا محالة ضرر فادح بعقار الطاعن لكون الهدم يؤول حتما إلى هدم كامل البناء، ولم تراع المحكمة في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

يعدّ قرار محكمة التعقيب نموذجيا في إعمال مبدأ التناسب في قضايا كفّ الشغب. فقد نقضت الحكم الابتدائي والاستئنافي، رغم أنّه عادة ما يتمّ في قضايا كفّ الشغب الحكم بهدم البناء المخالف حماية لحق ملكية المتضرر دون التأمل في تبعات التنفيذ.

عدم المساس بجوهر الحق

في هذه القضية، اعتبرت المحكمة أن تجاوز الجار المستولي حدود عقار جاره بـ 60 مترا مربعا لا يمكن اعتباره مساسا من جوهر الحق في الملكية بالنسبة للجار. لكن بالمقابل، رأت ضمنيا، أن قرار الهدم من أجل تجاوز حدود العقار وخسارة كامل البناء قد يمسّ من حق الملكية بالنسبة للمدعى عليه، وهو ما يحيل خاصة على تطبيق مبدأ التناسب.

إعمال مبدأ التناسب

لم تذهب المحكمة بصفة آلية إلى الهدم، كما ذهبت إليه محاكم الأصل، بل أعملت مبدأ التناسب لتنتهي إلى أنّ هدم جزء البناء الواقع في الأرض المستولى عليها سيؤدي حتما إلى سقوط كامل منزل الجار المستولي بالنظر إلى ترابط البناء. وبالتالي فإن الوسيلة المعتمدة لحماية حق الغير ستؤدي إلى النيل من جوهر حق الجار المستولي، أي حقه في حماية ملكه الذي بناه بعقاره والذي سينهار حتما انهيارا كاملا نتيجة هدم الجزء موضوع الاستيلاء.

وكان من الأفضل لو نصصت المحكمة صراحة على الفصل 49 من الدستور، ممّا من شأنه إكساء قرارها تأصيلا دستوريا. كما أنه كان يمكنها اعتماد مراحل اختبار التناسب لتنتهي إلى قرارها. فبالنسبة للملاءمة، لا تثريب على الحكمين المطعون فيهما، فهما يمكّنان من حماية الجار المتضرر. لكن بالنسبة لاختبار الضرورة، أي اختيار الوسيلة الأقل تطفلا على الحق، فإنه كان بإمكان المحكمة هنا إدراج تحليلها الذي اعتبرت فيه أن الهدم يلحق ضررا فادحا بملك الجار المستولي المدعى عليه.

2. الحكم عدد 67577

التاريخ: 11 أكتوبر 2016
المحكمة: المحكمة الابتدائية بتونس، الدائرة الاستعجالية 16
المادة/الموضوع: استعجالي/حق الملكية/تجميد أموال مشتبه في سلامة مصادرها
الدرجة: ابتدائي

ملخص القضية

للمدعية أموال بحساب بنكي تمّ تجميده إثر 14 جانفي 2011 كإجراء احترازي لأنها زوجة شخص تمت مصادرة أمواله بمقتضى مرسوم المصادرة المؤرخ في 26 مارس 2011، حيث يقتضي الفصل 2 من هذا المرسوم أنه يجب على كل ماسك لأموال تابعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأشخاص معنيين بالمصادرة أن لا يفرطوا في تلك الأموال وأن يصرحوا بها للجنة المصادرة. وحيث استمرّ تجميد أموال الطالبة لمدة أربعة سنوات منذ سنة 2012، فقامت الزوجة بقضية سنة 2016 لطلب رفع التجميد عن أموالها، وتمسّك البنك بخروج المطلب عن أنظار قضاء العجلة لمساسه بالأصل.

موقف المحكمة

أصدرت المحكمة قرارها ابتدائيا استعجاليا [...] برفع التجميد على حساب الطالبة مع الإذن بالتنفيذ على المسودة.

الحيثية

«...لئن جاز[...] تجميد أموال الأشخاص المشتبه في أنهم يمسكونها لفائدة أشخاص وقعت مصادرة أملاكهم، إلا أن هذا التجميد كتدبير احترازي وقتي يجب ألا يتجاوز آجالا معقولة مع ضرورة إثبات الجهة المكلفة بتنفيذ مرسوم المصادرة أنها ساعية سعيا جديا للتقصي في سلامة مصدر الأموال المجمّدة وإن كانت ترجع فعلا لشخص مشمول بالمصادرة، وفي غياب ذلك يصير تجميد أموال الغير لمدة لا متناهية غير معلومة الأمد تعديا غير مبرر على حق الملكية وجب على القضاء التدخل لوضع حدّ له تطبيقا للفصلين 41 و 49 من الدستور».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

مقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية

يعدّ التجميد إجراء احترازيا الهدف منه ضمان حق المجموعة الوطنية في استرداد الأموال التي أخذت بشكل غير مشروع، وهو بذلك إجراء يتماشى مع مقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية.

عدم المساس بجوهر الحق

لا يمس هذا الإجراء من جوهر حقوق من تسلط عليهم باعتباره إجراء وقتيا لمنع تهريب الأموال ريثما يقع التثبت في سلامتها.

إعمال مبدأ التناسب

في قضية الحال، ارتأت المحكمة بالاستناد إلى الفصل 49 أن هذا الإجراء تجاوز الغاية التي جعل من أجلها، معتبرة أن إعمال التجميد في النزاع المطروح هو الذي يخلّ بمبدأ التناسب لأنه تجاوز كل الآجال المعقولة (أربعة سنوات) دون قيام الإدارة بأي مسعى جدي يفيد بأنها بصدد التثبت في سلامة مصدر الأموال، وبالتالي انقلب التجميد من إجراء وقتي إلى عمل بمثابة الجزاء الدائم غير المحدّد المدّة، وهو ما يعتبر تعديا غير مبرر على حق الملكية.

ويعتبر موقف المحكمة تطبيقا سليما للفصل 49 من حيث المضمون، لكنها لم تعتمد تحليلا يتوافق مع منهجية الفصل 49 من الدستور ولم تفصل مراحل اختبار التناسب لتبرر موقفها. فكان يمكنها القيام باختبار الملاءمة، وهنا يمكنها اعتبار أن التجميد يحقق الغاية المرجوة وهي ضمان منع تهريب الأموال، ثم اختبار الضرورة، بأن تعتبر أن هذا الإجراء هو الإجراء الأقل تطفلا لتحقيق الغاية المرجوة بالنجاعة المطلوبة، وعندها تنتهي إلى مرحلة التناسب في معناه الضيق لتبين أن الإجراء تجاوز الضرر الحاصل منه المنفعة المرجوة وتستند في ذلك إلى طول مدة التجميد وعدم تقديم ما يفيد التحري الجدي في سلامة الأموال موضوع التجميد.

3. الحكم عدد 59995

التاريخ: 5 جانفي 2016
المحكمة: المحكمة الابتدائية بتونس، الدائرة الاستعجالية 16
المادة/الموضوع: استعجالي/ حق الملكية/ العقلة التوقيفية
الدرجة: ابتدائي

ملخص القضية

استصدر أحد البنوك إذنا على العريضة في تمكينه من ضرب عقلة توقيفية على الأموال الراجعة لمدينه والموجودة بين يدي الغير بقدر ما يفي بخلاص دين القرض المتخلّد بذمته، فطلب المدين الرجوع في هذا الإذن متمسكا بأنه، منذ إبرام القرض، أسند للبنك رهنا على عقار يكفي لضمان الدين.

موقف المحكمة

حكمت المحكمة ابتدائيا استعجاليا بقبول المطلب شكلا وفي الأصل الرجوع في الإذن على عريضة عدد 62201 الصادر عن هذه المحكمة في 9 ديسمبر 2015.

الحيثية

«... حيث لئن لا جدال في وجود دين ظاهر بذمة الطالب على معنى الفصل 330 المذكور لتأسس ذلك الدين على عقد القرض المضاف، إلا أن المحكمة لا ترى في هذا ما يكفي لتبرير الإذن للبنك المقرض بضرب عقلة توقيفية والحال أن دينه مضمون بموجب الرهن الموظف على عقار الطالب مما يجعل العقلة المذكورة إجراء غير مناسب ولا جدوى منه لكونه لا يرمي إلى المحافظة على دين من خطر يتهدده بالتلاشي.
حيث طالما لم يثبت أن الإذن بالعقلة كان إجراء مناسبا وضروريا للمحافظة على الدين فلا موجب لإبقائه وتعين بالتالي الرجوع فيه».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

قامت المحكمة بالتنصيص على الأساس القانوني للعقلة التوقيفية (الفصل 330 م.م.م.ت)، وهي بذلك تكون قد تثبت من عنصر التحفظ التشريعي، ولو لم يكن ذلك بنية التطبيق المباشر للفصل 49 من الدستور وتأسيس القيد على حق الملكية.

عدم المساس بجوهر الحق

من حيث المبدأ، لا تمس العقلة من جوهر حق الملكية لأنها إجراء خاص وضروري لحماية حقوق الدائن. لم تثر المحكمة هذه المسألة لكونها لا تطرح إشكالا.

إعمال مبدأ التناسب

ترى المحكمة أن شروط الإذن بالعقلة التوقيفية لا تنحصر في ثبوت الدين [الشرط الذي وضعه الفصل 330 م.م.م.ت] وإنما للقاضي سلطة تقديرية لفحص مدى وجاهة العقلة بالنظر إلى جملة ملابسات النزاع وهو معنى اشتراط الحصول على إذن القاضي حتى يكون هذا الإذن وسيلة للتحقق من أن العقلة هي حقيقة إجراء مناسب وضروري فعلا للحفاظ على الدين.
ولئن ثبت وجود دين ظاهر بذمة المدين على معنى الفصل 330 المذكور وتأسسه على عقد قرض، إلا أن المحكمة لا ترى في هذا ما يكفي لتبرير الإذن للبنك المقرض بضرب عقلة توقيفية والحال أن دينه مضمون بموجب الرهن الموظف على عقار المدين مما يجعل العقلة المذكورة إجراء غير مناسب ولا جدوى منه.
وبذلك تكون المحكمة قد أعملت مبدأ التناسب بين القيد وموجباته، وكان يمكن للمحكمة اعتماد منهجية الاختبار، لتقرّ بوجود ملاءمة بين القيد وموجبه، فالعقلة التوقيفية من شأنها ضمان حق الدائن في استخلاص دينه من المدين المماطل. لكن الإجراء يخفق في امتحان الضرورة، حيث أن العقلة ليست إجراء ضروريا باعتبار أن حقوق الدائن مضمونة بموجب رهن على عقار ولا حاجة بالتالي لإثقال كاهل المدين بعقلة توقيفية. فطالما لم يثبت أن الإذن بالعقلة كان إجراء مناسبا وضروريا للمحافظة على الدين فلا موجب لإبقائه.

4. القرار عدد 90

التاريخ: 08 فيفري 2021
المحكمة: محكمة الاستئناف بباجة، الدائرة المدنية
المادة/الموضوع: عيني/ حق الملكية/ القسمة
الدرجة: استئنافي

ملخص القضية

تتعلق القضية بقسمة بين 9 شركاء في عقار فلاحي مساحته ثلاثة هكتارات، يوجد في منطقة سقوية عمومية، وقع التنصيص في الأمر المحدث لها بأن المقاسم لا يمكن أن تقلّ عن هكتار واحد. أحد الشركاء فقط يملك أكثر من هكتار وهو يطلب تمييزه بمنابه في عقار، لكن بقية الشركاء يملكون أقل من هكتار لكل واحد ويعتبرون أن العقار غير قابل للقسمة (القانون يمنع إسناد مقاسم تقل مساحتها عن الهكتار الواحد) ويتعيّن بالتالي بيعه ليتوصلوا بمناباتهم نقدا. صدر الحكم الابتدائي بالبيع لتعذر القسمة، فاستأنف الشريك الذي يرغب في تمييز منابه الحكم.

موقف المحكمة

قضت المحكمة بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي مع تعديله وذلك على النحو التالي:
- تخصيص المستأنف ضده ب. بالمقسم A من العقار موضوع الرسم عدد 17626 [...] وإلزامه بأن يدفع لفائدة المستأنفين 3077 دينار بعنوان فائض في القيمة.
- تصفيق المقسم B من العقار موضوع الرسم عدد 17626 [...] وكذلك العقار موضوع الرسم عدد 28303 [...] للبيع وتوزيع دخلهما على المستأنفين والمستأنف ضدها ج. كل حسب نسبة استحقاقه.
- إعفاء المستأنفين من الخطية وإرجاع مالها المؤمن إليهم وحمل المصاريف القانونية بما في ذلك أجور الاختبارات على أطراف القضية كل بحسب منابه في المشترك.

الحيثية

«...حيث إذا ثبت أنه يمكن تخصيص أحد الشركاء بنصيبه عينا فله ذلك، والفصل 49 من الدستور يمنع في هذه الصورة جبر هذا الشريك على بيع ملكه والحال أنه من الممكن تخصيصه بمنابه لأن التصفيق بالبيع يصبح في هذه الحالة تقييدا غير مبرر لحق الملكية وغير متناسب مع الغاية التي يرمي إليها الفصل 133 م.ح.ع في ضمان توصل كل شريك بمنابه.

حيث أن تخصيص المستأنف ضده بالمقسم المذكور هو أمر يوجبه ضمان حقه في الملكية.
[...] حيث أن تصفيق كامل المشترك للبيع بدعوى أن بقية الشركاء لا يملكون النسبة الدنيا للتملك في المنطقة السقوية هو أمر يمنعه الفصل 49 من الدستور لأنه في هذه الصورة يجبر المستأنف ضده على بيع منابه جبرا دون مبرر إذ أنه تتوفر فيه شروط قانون الإصلاح الزراعي للتميز بمقسم، أمّا حماية حقوق شركائه فلا تبرر وحدها إلزامه هو ببيع منابه أيضا لأنه لا يمكن تحميله وزر نزول نسب استحقاق شركائه عن نسب التملك الدنيا».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

تصفيق المشترك للبيع هو تقييد لحق الملكية جاء به وينظمه القانون في الفصل 133 م.ح.ع وقد أشارت المحكمة إلى هذا الفصل في مستهل قرارها.

موجبات التقييد

بيع المشترك في صورة تعذر قسمته هو، في صورة اختلاف الشركاء، بيع جبري تقرره المحكمة رغما عن إرادة المالك الشريك الذي يريد الحفاظ على ملكه، لكن يتعذر تمييزه بمنابه عينا، فلا يوجد حلّ إلا بيع المشترك صبرة واحدة وقسمة محصله على الشركاء، والغاية هي حماية حق الغير، والمقصود به الشريك الذي يريد الخروج من حالة الشيوع، في التوصل بمنابه من المشترك يقتضي إجبار شريكه الذي لا يريد الخروج من الشيوع على بيع ملكه.

عدم المساس بجوهر الحق

لا يحمل البيع الجبري على معنى الفصل 133 م.ح.ع مساسا بجوهر حق الملكية في الحالة التي يتعذر فيها تمييز كل شريك بمقسم خاص به، لكن في الحالة التي يمكن فيها تمييز أحد الشركاء بمقسم (الشريك الذي يملك مساحة تساوي نسبة التملك الدنيا) يصبح البيع الجبري بالنسبة لهذا الشريك مساسا بجوهر حقه في الملكية.

إعمال مبدأ التناسب

طبّقت المحكمة الفصل 133 م.ح.ع بشكل يحترم الفصل 49 من الدستور، وأسست تحليلها بالاستناد بصفة صريحة على هذا الفصل وعلى مبدأ التناسب. حيث اعتبرت أنّه لا يمكن جبر الشريك على بيع ملكه والحال أنه من الممكن تخصيصه بمنابه عينا لأن التصفيق بالبيع يصبح في هذه الحالة تقييدا غير مبرر لحق الملكية الذي يضمنه الفصل 41 الدستور وغير متناسب مع الغاية التي يرمي إليها الفصل 133 م.ح.ع في ضمان توصل كل شريك بمنابه، ولا يمكن النيل من هذا الحق إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها الفصل 49 من الدستور.

5. الحكم عدد 2036

التاريخ: 16 فيفري 2021
المحكمة: المحكمة الابتدائية بسيدي بوزيد، الدائرة المدنية الأولى
الدرجة: ابتدائي
المادة/ الموضوع: قانون مدني/ عقد كراء

ملخص القضية

يعرض المدعون بواسطة نائبهم أن مورثهم كان يملك القطعة عدد 59 مساحتها 12 هكتارا. وفي سنة 2008 طلب المدعى عليه من والده مالك الأرض أن يبرم معه عقد تسويغ لمدة 20 سنة. وقد أبرم العقد بالحجة العادلة في خصوص كراء 10 هك لمدة 20 سنة بحساب معين كراء جملي قدره ألفا دينار عن كامل المدة أي بحساب مائة دينار في السنة. وتوفي المالك الأصلي وأحاط بإرثه أطراف النزاع وطلبوا من شقيقهم المدعى عليه فسخ العقد غير أنه رفض ذلك. وهم يطلبون فسخ عقد التسويغ المبرم بين والدهم وشقيقهم المدعى عليه، ملاحظين بأن معيّن التسويغ هو 100 د سنويا في حين أن صابة الزيتون وحدها في العقار تفوق 70 ألف دينار وقد كانت سنة 2014 أكثر من 50 ألف دينار كما أثبته التقرير المجرى من الخبير بموجب على إذن على عريضة. فالفرق بين ما يجنيه المدعى عليه من العقار مقارنة بالقيمة المنصوص عليها بالعقد يصل إلى 500 ضعف.

موقف المحكمة

قضت المحكمة ابتدائيا بفسخ عقد التسويغ المبرم بين مورث المتداعين ... والمدعى عليه [...] وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه.

الحيثية

«... وحيث اقتضى الفصل 41 من الدستور أن: «حق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون». كما جاء بالفصل 49 منه: «تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من كل انتهاك».
وحيث ولئن كان حق المدعى عليه في استغلال العقار قد تأسس على عقد التسويغ [...]، إلا أن هذا الحق يجب ألا يؤدي إلى إهدار حق آخر وذلك بنيله بصفة تكاد تكون مطلقة من حق الملكية الذي انجرّ للمدعين في قضية الحال من مورثهم.
وحيث تضمّن عقد الكراء المذكور من جهة أولى تفاوتا واضحا في الالتزامات، وهو تفاوت لم يكن من جهة ثانية ضروريّا مع الهدف المنشود منه. فعقد الكراء هو من عقود المعاوضة التي يهدف إلى أن يحصل كل من المتعاقدين على مقابل لما يقدمه للطرف الآخر. فكما يستفيد المكتري من الشيء المكترى وينتفع به فإنه في المقابل ملزم بدفع أجرة مناسبة للمكري نظير هذا الانتفاع».

[...] وحيث تبعا لما تقدّم تكون إرادة مورّث المتعاقدين زمن إبرام العقد معيبة بحكم ما حفّ بها من ظروف تستخلص من عدم التناسب بين الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين وممّا انصرفت إليه نيّة المتعاقدين زمن العقد وممّا كانت عليه الحالة الصحية للمطلوب وهو ما يجعل عيب الاستغلال، قد حاز على موجبات قيامه ويشكّل بالتبعية تعدّيا على حق الملكية الذي انجرّ للمدعين بموجب الميراث.
وحيث طالما أن عقد التسويغ المبرم بين مورث المتداعين والمدعى عليهم لم يكن مناسبا ولا مبرّرا؛ تعيّن الحكم بفسخه والإذن بالتشطيب عليه من الرسم العقاري عدد 84805 ».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

لا وجود لسند تشريعي يمكّن المحكمة في حال الاستناد إليه من بلوغ الهدف المنشود. ذلك أن عيوب الرضا الواردة بمجلة الالتزامات والعقود لا ينطبق أيّ منها على وقائع القضية.

عدم المساس بجوهر الحق

اعتبرت المحكمة من خلال موقفها أن عقد التسويغ بشروط غير متكافئة من شأنه المساس بجوهر حق الملكيّة بالنسبة للورثة.

إعمال مبدأ التناسب

نصت المحكمة صراحة على الفصل 49 من الدستور، وأعملت مبدأ التناسب في الفصل في النزاع.
واعتبرت في موقفها أنه ولئن كان حق المدعى عليه في استغلال العقار قد تأسس على عقد التسويغ المذكور، إلا أن هذا الحق يجب ألا يؤدي إلى إهدار حق آخر وذلك بنيله بصفة تكاد مطلقة من حق الملكية الذي انجرّ للمدعين في قضية الحال من مورثهم.
واعتبرت أن استمرار العمل بعقد كراء غير متكافئ من شأنه أن يشكّل تعدّيا غير مبرر على حق الملكية الذي انجرّ للمدّعين من مورثهم، وإضرارا بهم بوصفهم غيرا عن عقد الكراء موضوع القضية.
وبذلك تكون المحكمة قد طبقت منهجية الفصل 49 بصورة تقريبية، وذلك بأن تطرقت لعنصر المساس بجوهر الحق، الذي كان يغنيها في حال تأسيسه بمبررات كافية عن المرور لاختبار التناسب. وقد تناولت مبدأ التناسب، لا من حيث التناسب بين الإجراء وموجبه، لكن من حيث التفاوت بين «الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين وممّا انصرفت إليه نيّة المتعاقدين زمن العقد وممّا كانت عليه الحالة الصحية للمطلوب». كما أنها تطرقت لعنصر الضرورة بالنسبة للتفاوت الذي لم يكن ضروريا مع الهدف المنشود منه، إذ اعتبرت أن عقد الكراء هو من عقود المعاوضة التي تهدف إلى أن يحصل كل من المتعاقدين على مقابل لما يقدمه للطرف الآخر. فكما يستفيد المكتري من الشيء المكترى وينتفع به فإنه في المقابل ملزم بدفع أجرة مناسبة للمكري نظير هذا الانتفاع، وهو استعمال غير دقيق لعنصر الضرورة.

6. الحكم عدد 9627

التاريخ: 25 جانفي 2021
المحكمة: المحكمة الابتدائية بقرمبالية، الدائرة المدنية الأولى
الدرجة: ابتدائي
المادة/ الموضوع: رفع مضرة

ملخص القضية

يعرض المدعي أن جاره في السكنى تعمد إقامة بناية دون احترام مسافة الارتداد القانونية ومثال التهيئة العمرانية المنطبق على المنطقة. وقد تولى إحداث نافذة تطل مباشرة على الحديقة الأمامية لعقاره، مما مثّل كشفا واضحا من شأنه تكدير راحته. وبناء على طلبه، أذنت المحكمة بتكليف خبير في البناء لمعاينة المضرة المدعى بها وتشخيصها وبيان أسبابها وكيفية رفعها، الذي أكد صلب تقريره على مخالفة المدعى عليه لبنود كراس الشروط العمرانية المتعلقة بالمنطقة من حيث مسافة الارتداد مما ألحق مضرة بالمدعي سواء من حيث الكشف أو حجب الشمس والهواء، وأنه ولرفع المضرة، يتعيّن على المدعى عليه الالتزام ببنود كراس الشروط العمرانية المتعلقة بالمنطقة. وللامتثال لكراس الشروط المذكورة، وجب هدم الإحداثات المقامة داخل مسافة الارتداد على أن يتم تحت إشراف مكتب دراسات مختص في الخرسانة مقدرا جملة المصاريف اللازمة لذلك بستة وعشرين ألف دينار وتمسك المدعي بإلزام المدعى عليه برفع المضرة على النحو المشخص بتقرير الاختبار المنجز بواسطة الخبير المنتدب.

موقف المحكمة

قضت المحكمة ابتدائيا برفض الدعوى وإبقاء مصاريفها محمولة على القائم بها وقبول الدعوى المعارضة شكلا، وفي الأصل بإلزام المدعي بأن يؤدي للمدعى عليه أربعمائة دينار (400 د) لقاء أتعاب تقاضي أجرة محاماة.

الحيثية

وحيث درج فقه القضاء على اعتماد مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فلا يلتجأ إلى الهدم أو الإزالة أو الغلق إلا إذا لم يتسن رفع المضرة بطريقة أخرى أو بتغييرات يقع إدخالها على مصدر المضرة إلى إيقاف الأضرار، وتبحث المحكمة في هذا الإطار عما إذا كان الضرر عاديا أو غير عادي، فإذا كان الضرر المتمثل في نقص التهوية أو حجب نور الشمس ضئيلا جدا فإن ذلك لا يستدعي بالضرورة هدم البناء وذلك إعمالا لقاعدة أخف الضررين المنصوص عليها بالفصل 556 م. إ.ع الذي اقتضى أن الأصل اختيار أخف الضررين[...] وحيث بإعمال القواعد القانونية العامة، وعملا بما سبق بسطه، لا يمكن رفع المضرة بارتكاب مضرة.

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

اجتهدت المحكمة في إعمال القاعدة الأصولية الواردة بالفصل 556 من م. إ. ع التي تنصّ على أنّ «الأصل ارتكاب أخفّ الضررين» واستبعدت التقييد المنصوص عليه بأحكام مجلة التهيئة الترابية والتعمير التي توجب البناء وفق مثال التهيئة العمرانية للمنطقة.
اعتبرت المحكمة أن دعوى رفع المضرة لا تهدف إلى حماية قوانين وتراتيب التهيئة العمرانية التي خصها المشرع بآليات ودعاوى خاصة تلجأ لها الجهات المخول لها قانونا مراقبة احترامها ولا تختص محاكم الحق العام بالنظر في النزاعات المتعلقة بها. كما أن مخالفة التراتيب العمرانية لا يمكن اعتمادها كمعايير لثبوت المضرة التي لا تعتبر نتيجة حتمية لها، ذلك أنّه قد تكون المضرة غير ثابتة أو اعتيادية رغم عدم احترام مسافة التراجع القانونية والعكس صحيح.

عدم المساس بجوهر الحق

لم يمس النص المنطبق من حق ملكية المدعى عليه وفي المقابل حرم المدعي من حقه في حرمة مسكنه، بمعنى أن الحكم كرّس حقا وألغى حقا آخر رغم أنه كان بالإمكان، وتفعيلا لذات المبدأ أي مبدأ التناسب، الانتقاص مثلا من الحق الأخير في الذكر عوضا عن إلغائه وردّ دعوى المدعي رغم أنه نجح في إثبات وجود مضرّة لاحقة بعقاره بمقتضى اختبار أذنت به المحكمة سيما وأن المدعى عليه تسبب بمخالفته لأحكام مجلة التهيئة العمرانية في تلك المضرة وليس للمحكمة أن تنفّله وتجعله يستفيد من خطأ صادر عنه.

مقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية

احترام التراتيب العمرانية يحمي البلاد من البناء الفوضوي ويؤدي إلى احترام حق تهيئة أسباب العيش الكريم المحمول على الدولة والمنصوص عليه بالفصل 21 من الدستور وحماية حرمة المسكن (الفصل 24 من الدستور) كما يمثل هذا الحق ضمانة للحق في التنمية المستدامة وفي ضمان حق المواطن في بيئة سليمة وفي جودة الحياة كما من شأن هذا الحق أن يكرّس مبدأ السلامة والصحة العامة وجميع هاته الحقوق هي عنوان لدولة ديمقراطية ولمجتمع متحضّر.

إعمال مبدأ التناسب

استندت المحكمة إلى مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء الذي درج فقه القضاء على اعتماده، معتبرة أنه لا يلتجأ إلى الهدم أو الازالة أو الغلق إلاّ إذا لم يتسنّ رفع المضرة بطريقة أخرى أو بتغييرات يقع إدخالها على مصدر المضرّة لإيقاف الأضرار. وتبحث المحكمة في هذا الإطار عمّا إذا كان الضرر عاديا أو غير عادي، فإذا كان الضرر المتمثل في نقص التهوية أو حجب الشمس ضئيلا جدّا، فإن ذلك لا يستدعي بالضرورة هدم البناء إعمالا لقاعدة أخفّ الضررين المنصوص عليها بالفصل 556 من م. إ. ع وعليه، فإن رفع المضرة المدعى بها كيف ما شخّصها الخبير المنتدب وطريقة رفعها وما تقتضي من تكلفة قدّرها الخبير بستة وعشرين ألف دينارا (26 000.000 د) ، تشكّل مضرّة محققة في جانب المدعى عليه وعقاره ماديا بالنظر للتكلفة المرتفعة لرفع المضرة وحسّيا إرهاق عقاره، وهي مضرّة تتجاوز المضرّة المدعى بها المتأتية من عقار المدعى عليه.
ويمكن القول أنّ المحكمة قد فعّلت مبدأ التناسب في اتجاه واحد ودون أن تشير صراحة لأحكام الفصل 49 من الدستور، وهو ما جعل الحق في حرمة المسكن لا يلقى لديها الحماية المرجوّة رغم أنه ولارتباطه بكرامة الإنسان كان أجدر بالحماية.

7. الحكم عدد 74796

التاريخ: 29 ديسمبر 2020
المحكمة: المحكمة الابتدائية بتونس
الدرجة: ابتدائي
المادة/الموضوع: مدني/ إبطال عقد بيع / الحق في حماية أماكن العبادة / الحق في الملكية

ملخص القضية

يعرض المدعيان بواسطة نائبهما أنه في تصرف الجالية اليهودية بتطاوين بيت صلاة قديمة كائنة بزاوية نهجي مسعود الشناوي والناظور بتطاوين. وقد عمدت المطلوبة الأولى التفويت فيها بالبيع إلى المطلوب الثاني بموجب كتب خطي مسجل بالقباضة المالية رغم أن الفصلين الثاني والثالث من القانون عدد 78 لسنة 1958 المتعلق بنظام شعائر الديانة اليهودية لا يسمح إلا بتأسيس جمعية يهودية واحدة في كل ولاية وبإمكانها أن تشمل ولاية واحدة أو أكثر من الولايات المجاورة. وبما أن العقار المذكور لا تملكه الجمعية اليهودية بتونس وخارج عن نطاق تصرفها القانوني بموجب الفصلين المشار إليهما، وهو تحت إدارة الجمعية اليهودية بجربة عملا بمقتضيات الفصل الثالث المذكور، كما أن الكنائس والمساجد وأماكن العبادة تعد تراثا تاريخيا يتصل بالعقائد – وقد اقتضى الفصل الأول من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي أنها تعد ملكا عاما للدولة باستثناء ما يتم إثبات ملكيته بصفة شرعية من طرف الخواص- فإنّه لا يجوز التفويت فيه خاصة أنه يعود إلى قرون خلت ويختزل جزءا من الموروث الحضاري اليهودي الذي تتوارثه الأجيال وتحافظ عليه ولا يمكن أن يتحول إلى محلات تجارية بما يمس من المقدسات الدينية والتراث. ولذلك، وتطبيقا لأحكام الفصل 64 من م. إ. ع الذي ينص على أن العقد يبطل إذا كان على شيء غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون، وعملا بأحكام الفصلين 2 و325 من نفس المجلة والفصل الأول من مجلة حماية التراث والفصلين 2 و3 من القانون عدد 78 لسنة 1958، فهما يطلبان الحكم ببطلان عقد البيع المذكور وإلغاء جميع آثاره.

موقف المحكمة

قضت المحكمة ابتدائيا بإبطال عقد البيع المبرم بين المدعى عليها الأولى والمدعى عليه الثاني وبإلزامهما بتحمل مصاريف التقاضي.

الحيثية

«... وحيث أنّ حق الملكية وخلافا لما دفع به نائب المدعيين مقدس وهو في صورة المعالم التاريخية المخصوصة بحماية يكون مقيدا ببعض الشروط دونما منع صريح لحق التفويت فيه طالما أنّ المشرع أقرّ صلب الفصل 89 من مجلة التراث الأثري والتاريخي مبدأ الحق المسند للدولة في الاولوية في الشراء متى تعلق الأمر بمعلم تاريخي وهو ما يستنتج منه إمكانية التعاقد حولها من حيث المبدأ مع احترام بعض الشروط التي يفرضها القانون إذ تبقى للمالك حرية التصرف بشرط المحافظة عليها من التلف إعمالا لمبدأي الضرورة والتناسب مناط الفصل 49 من الدستور».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

كان تمشي المحكمة كالآتي:
استعرضت المحكمة الفصل الأول من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي الذي يقتضي أنه «يعتبر تراثا أثريا أو تاريخيا أو تقليديا كل أثر خلفته الحضارات أو تركته الأجيال السابقة كما يكشف عنه أو يعثر عليه برا أو بحرا سواء كان ذلك عقارات أو منقولات أو وثائق أو مخطوطات يتصل بالفنون أو العلوم أو العقائد أو التقاليد أو الحياة اليومية أو الأحداث العامة وغيرها مما يرجع إلى فترات ما قبل التاريخ أو التاريخ والذي ثبتت قيمته الوطنية أو العالمية». وهي بذلك تكون قد تعرّضت لعنصر التحفظ التشريعي، ولو بصفة ضمنية.

عدم المساس بجوهر الحق

القانون المنطبق على النزاع لم يقيد الحق والحرية موضوع الحماية بقدر ما كرسه وذلك بفضل المقاربة الحقوقية التي انتهجتها المحكمة، ذلك أنها وازنت بين الحق في الملكية من ناحية وما يترتب عليه من حرية تعاقد، وبين الحق في حماية أماكن العبادة وحق الأجيال القادمة في حماية الموروث الثقافي من ناحية أخرى، لتنتهي إلى تغليب الحقّين الأخيرين في الذكر في ضبط جميل للإيقاع بين مختلف تلك الحقوق و في احترام أيضا لقواعد الإثبات في المادة المدنية، وهي لم تنسف الحق في الملكية ولم تمسّ من جوهره، بل بيّنت القيود التي قد تعتريه والتي تجد أساسها في حقوق كونية أخرى يجب حمايتها.

موجبات التقييد

إن موجبات تقييد حق الملكية في قضية الحال، تتعلق بحماية حقوق الغير وحماية الصحة العامة وحماية الأمن العام وحماية الدفاع الوطني.

إعمال مبدأ التناسب

فعّلت المحكمة اختبار التناسب في خصوص الحق في الملكية، فاعتبرت أن المبدأ وبالرجوع إلى مجلة التراث هو أن يكون المعلم التاريخي ملكا عاما للدولة والاستثناء هو أن يبقى في تصرف الخواص الذين ثبتت ملكيتهم له. ولكن في هذه الحالة، فإن تصرفهم في ملكهم لا يكون مطلقا بل يُقيّد بضوابط يجب عليهم احترامها دون منع صريح لحق التفويت في الملك. فإمكانية التعاقد حوله من حيث المبدأ، مع احترام بعض الشروط التي يفرضها القانون، تظل متاحة إذ تبقى للمالك حرية التصرف بشرط المحافظة عليه من التلف إعمالا لمبدأي الضرورة والتناسب مناط الفصل 49 من الدستور.

الحق في العمل

1. الحكم عدد 35940

التاريخ: 12 أكتوبر 2021
المحكمة: المحكمة الابتدائية بتونس، الدائرة الاستعجالية 16
الدرجة: ابتدائي
المادة/الموضوع: شغل/ الحق في العمل

ملخص القضية

بموجب عقد، التزمت المدعية، وهي شركة إنتاج فني، بأن تتكفل بجميع ما يتصل بالنشاط الفني للمدعى عليها التي تمتهن الغناء والتمثيل. وبالمقابل، التزمت المغنّية بأن جميع أنشطتها الفنية في الحفلات والمهرجانات والأفلام والمسلسلات والإعلانات والدعاية والظهور التلفزيوني واللقاءات الصحفية والتصوير يجب أن تتم باسم وتوقيع شركة الإنتاج، ولشركة الإنتاج الحق منفردة في قبولها أو رفضها.
وقد تفطنت المدعية أن معاقدتها تقوم بإحياء حفلات غنائية في أحد المطاعم دون علمها، فاستصدرت ضدها حكما استعجاليا يلزمها بإيقاف جميع الحفلات المقامة بذلك المطعم. لكنها تمادت في خرق العقد بإقامة الحفلات الخاصة وبالملاهي دون علم المدعية. لذا فهي تطلب الحكم بإيقاف جميع الحفلات التي تقيمها المدعى عليها خارج نطاق العقد.

موقف المحكمة

حكمت المحكمة ابتدائيا استعجاليا برفض المطلب (المتعلق بإيقاف الحفلات التي تقيمها المدعى عليها خارج نطاق العقد).

الحيثية

«... حيث أن القيود على الحقوق والحرّيات، ولو كانت اتفاقية يفرضها الأطراف على أنفسهم بأنفسهم، يجب ألا تخرج عن الضوابط التي حدّدها الفصل 49 من الدستور والمتمثلة في ألا تنال القيود الموضوعة من جوهر الحق موضوع التقييد، وألا توضع إلا لضرورة تقتضيها الدولة المدنية بهدف حماية حقوق الطرف الآخر في العقد مع احترام التناسب بين القيد وموجباته.
حيث تتكفل المحكمة بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك لا يراعي الضوابط المذكورة ولا يمكن بالتالي الإذن بالوسيلة التي تسعى إليها الطالبة، بإلزام معاقدتها بالتوقف عن كل نشاط غنائي، إلا بعد التثبت من احترامه الضوابط المذكورة بالفصل 49 من الدستور».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

لم تشر المحكمة صراحة إلى تأسيس التقييد على نص قانوني وإنما اعتبرته مسألة بديهية مفروغا منها لتعلق الموضوع بالمادة التعاقدية التي يطغى فيها سلطان الإرادة.

عدم المساس بجوهر الحق

اعتبرت المحكمة أن إلزام المدعى عليها بالتوقف عن كل نشاط غنائي إلى حين حلول أمد العقد في سبتمبر 2025 هي وسيلة تمس من جوهر الحق والحرّية في العمل لأنه يؤدي إلى منع المطلوبة من تعاطي النشاط المهني الذي اختارته وهو ما يعدم حقها وحرّيتها في العمل. لذلك رفضت المحكمة الحكم بمنع المدعى عليها من النشاط.

موجبات التقييد

حق الغير موضوع الحماية هو حقوق المتعاقد (شركة الإنتاج الفني) المتولّدة عن العقد الذي بموجبه على الشركة بذل الإحاطة المادية اللازمة للمغنية وينتظر مقابلا لذلك بتقاسم الشهرة والمرابيح التي يدرها نشاط معاقدته.

إعمال مبدأ التناسب

اعتبرت المحكمة، في إعمالها لمبدأ التناسب، أن منع المطلوبة من النشاط هو وسيلة غير ضرورية لأن مخالفتها لبنود العقد تمنح معاقدتها حق طلب التعويض عما لحقها من الخسارة ولا مبرر بالتالي لمنعها من النشاط. وهي بذلك تكون قد أعملت فقط عنصر الضرورة في اختبار التناسب.

2. القرار عدد 23559

التاريخ: 24 أوت 2020
المحكمة: محكمة التعقيب
الدرجة: تعقيبي
المادة/الموضوع: تعويض عما فات من ربح نتيجة التأخير لأشهر في انتداب مهندس نجح في اجتياز مناظرة/ الحق في التقاضي

ملخص القضية

يعرض المدعي أنه مهندس نجح في اجتياز مناظرة نظمها الديوان الوطني للمناجم الخاضع لإشراف وزارة الصناعة، إلا أنه لم يتم انتدابه بعد الإعلان عن نتيجة المناظرة، بل تأخّر ذلك لأشهر. فقام بنشر دعوى للمطالبة بما فاته من ربح عن هذه الأشهر التي ظل فيها محروما من كل دخل، وتمسك المدعى عليه خلال أطوار التقاضي بإمضاء المدعي كتب التزام يتضمن طرح القضية.

موقف المحكمة

قررت محكمة التعقيب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا (وهي بذلك قد سايرت محكمة الاستئناف في الحكم بالتعويض واستبعاد وثيقة طرح القضية التي تمسك بها المطلوب في الأصل).

الحيثية

«... وحيث أنّ الالتزام بطرح القضية لا يلغي الحق في القيام من جديد ولا يشكّل ذلك عاملا يحرم المتقاضي من إعادة عرض النازلة وأنّ عدم ردّ المحكمة عن هذا الدفع كان لأمر بديهي ألا وهو افتقار تلك الحجة لأدنى قيمة قانونية واعتبارها في حكم المعدوم لمخالفتها لحق دستوري ألا وهو الحق في التقاضي وحق اللجوء إلى المحاكم عملا بما اقتضاه الفصل 49 من الدستور وكذلك البند الرابع عشر من العهد الدولي ».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

لم تتعرض المحكمة لعنصر التحفظ التشريعي في هذه القضية.
ولكن كان على المحكمة الإشارة للمبدأ القانوني الأصولي الذي يجعل الدعوى ملكا لصاحبها له الرجوع فيها متى ارتأى ذلك. ولكن تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الدعوى، ومتى تهيأ وجه الفصل فيها وجهزت لكي تحجز للمفاوضة والتصريح بالحكم، فإنها تضحي ملكا للطرفين معا وللمدعى عليه أن يطلب حينها من المحكمة أن تبت في الخصومة كأن يتمسك المدعي باليمين الحاسمة للنزاع وحين يؤديها المدعى عليه ويحسم وجه الفصل في الدعوى يدلي بمطلب في طرح القضية تجنبا للصدح بالحكم بعدم سماع دعواه.

عدم المساس بجوهر الحق

تمسكت المحكمة بأن الحق في التقاضي لا يمكن أن يتم النيل منه بمجرد التزام من صاحب الدعوى بطرح القضية، ويحيلنا ذلك على قداسة الحق في التقاضي بما هو من الحقوق الأساسية التي تمثل أساسا ومظهرا في الآن ذاته لدولة القانون والمؤسسات.

إعمال مبدأ التناسب

لم يقع تطبيق مبدأ التناسب، لأنّه لو تمّ تفعيل كتب «الالتزام بطرح القضية»، سيؤول الأمر لرفض دعوى التعويض عن الخسارة، فالتقييد المستند إلى العقد سيفقد الحق جوهره وسيلغيه لأنّ المدعي لن يكون قادرا على رفع أي دعوى في التعويض في مواجهة خصمه. فمبدأ حق التقاضي يعد أحد الوسائل القانونية التي تضمن مبدأ سيادة القانون ولا يمكن الانتقاص منه أو إلغاؤه.

الحق في محاكمة عادلة

1. الحكم عدد 35108

التاريخ: 30 نوفمبر 2021
المحكمة: المحكمة الابتدائية بتونس، الدائرة الاستعجالية 16
الدرجة: ابتدائي
المادة/ الموضوع: استعجالي/ تحكيم/ حق التقاضي وحق الدفاع

ملخص القضية

صدر إذن على العريضة بتعيين محكّم عن طرف تقاعس عن اختيار محكّم عنه للنظر في نزاع ما، فرفع قضية في طلب الرجوع في هذا الإذن تطبيقا للفصل 219 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي يكرّس الحق لكل من صدر ضده إذن في أن يطلب الرجوع فيه.

موقف المحكمة

حكمت المحكمة استعجاليا برفض المطلب شكلا (مطلب الرجوع في الإذن في تعيين محكّم).

الحيثية

«حيث أن الحق في طلب الرجوع في الإذن على العريضة هو من مستلزمات حق الدفاع والحق في الطعن كما وقع تكريسهما بالفصل 108 من الدستور.
حيث اقتضى الفصل 49 من الدستور أنه «يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك».
حيث أن تقييد حق الدفاع والحق في الطعن بالنسبة للإذن الراهن هو تقييد يتنزّل في الإطار المسموح به بالفصل 49 من الدستور».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

أشارت المحكمة إلى الفصل 18 من مجلة التحكيم الذي كرّس مبدأ عدم قابلية القرار بتعيين محكّم للطعن (وذلك استثناء لما أقرّه الفصل 219 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية).

ولئن ورد هذا القانون خاصا بالقرارات الاستعجالية، إلا أنه ينسحب على غيرها من القرارات ذات نفس الموضوع تطبيقا للفصل 536 م.إ.ع القاضي بأن «ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به كلّما وجد السبب المذكور».

عدم المساس بجوهر الحق

لئن كان الحق في طلب الرجوع في الإذن على العريضة هو من مستلزمات حق الدفاع والحق في الطعن كما وقع تكريسهما بالفصل 108 من الدستور، إلاّ أن المحكمة اعتبرت أن تقييد الحق في الطعن في الإذن بتعيين محكّم لا يحمل إلغاء لجوهر الحق في الدفاع بشكل يستتبع نتائج لا يمكن تداركها، فالأمر لا يتعدى تعيين محكّم حتى يقع إرساء هيئة التحكيم. وحين تتكوّن، يمكن للطرف المعني أن يثير أمام هيئة التحكيم ما يراه من أوجه الدفاع بما فيها المنازعة في اختصاص هيئة التحكيم ذاتها وفي شرعية تكوينها وكل ما يراه صالحا للدفاع عن حقوقه.

فتقييد الحق يتنزّل في الإطار المسموح به بالفصل 49 من الدستور لأنّ له ما يبرره في حماية حق الغير في النفاذ إلى القضاء التحكيمي في أجل معقول.

إعمال مبدأ التناسب

منع الطعن في الإذن بتعيين محكّم هو في القضية الراهنة إجراء ضروري ومعقول باعتبار أن تحصين الإذن بتعيين محكّم تفرضه ضرورة تهيئة الظروف الملائمة لتشرع العدالة التحكيمية في مهمتها في أسرع الأوقات.

2. الحكم عدد 72041

التاريخ: 22 نوفمبر 2016
المحكمة: المحكمة الابتدائية بتونس، الدائرة الاستعجالية 16
الدرجة: ابتدائي
المادة/ الموضوع: استعجالي/ حرمة الحياة الخاصة/ حرمة الذمة المالية/ الحق في الإثبات

ملخص القضية

تولى شخص، لإثبات خلاص الدين المتخلد بذمته، استصدار إذن على العريضة في تمكينه من كشف الحساب البنكي لخصمه عن الفترة من أول سبتمبر 2014 إلى أول أفريل 2016 مدعيا أن الكشف المذكور سيمكّنه من إثبات سبق خلاص الدين بواسطة شيكات. قام الدائن بقضية طالبا الرجوع في هذا الإذن معتبرا أنه يمس من معطياته الشخصية التي يتوجب حماية سريتها.

موقف المحكمة

حكمت المحكمة ابتدائيا استعجاليا بقبول المطلب شكلا وفي الأصل الرجوع في الإذن على عريضة عدد 80938 الصادر عن هذه المحكمة في 31 أكتوبر 2016.

الحيثية

«حيث أن الحاجة التي يدعيها المطلوب للدفاع عن نفسه في قضية خلاص الكمبيالات لا تتناسب مع طلبه الرامي للاطلاع على جميع العمليات المالية بحساب خصمه عن كامل الفترة المذكورة.

حيث ترتيبا على جملة ما سبق يكون مخالفا للفصلين 24 و49 من الدستور لما فيه من خرق لحرمة الذمة المالية الإذن الصادر بتمكين المطلوب من كشف في الحساب البنكي لخصمه الطالب عن كامل الفترة من أول سبتمبر 2014 إلى أول أفريل 2016، وتعيّن بالتالي الرجوع فيه».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

يوجد السند التشريعي في الفصل 214 م.م.م.ت الذي يسمح للقاضي باتخاذ أذون لحماية الحقوق المهدّدة.

عدم المساس بجوهر الحق

التقييد كما ورد بالقانون (الفصل 214 م.م.م.ت) لا يمس من جوهر الحق في الحرمة المالية لأنه تقييد خاص، ينحصر في نزاع معيّن. لم تكن المحكمة بحاجة للخوض في هذه المسألة لأنها لم تطرح إشكالا.

موجبات التقييد

حق الغير (المدين في هذه القضية) في الإثبات (إثبات براءة ذمّته بالخلاص) يقتضي أن يتمكن من الاطلاع على العمليات المسجلة بالحساب البنكي لخصمه والتي تثبت الخلاص المدعى به.

إعمال مبدأ التناسب

تعلق الإشكال بتجسيم التقييد على النزاع المطروح (تمكين الخصم من كشف كامل للحساب البنكي عن مدة تقارب السنتين) وهو تجسيم غير متناسب.
ويبرز اختلال التناسب في الكشف كشفا كاملا على الحساب البنكي للخصم لكل الفترة من أول سبتمبر 2014 إلى أول أفريل 2016 يؤدي إلى النيل نيلا مطلقا من حرمة ذمته المالية.

الحق في المشاركة/ الحق النقابي

(الحق في مجلس إدارة ذو تمثيلية منتخبة)

1. الحكم عدد 3772

التاريخ: 27 مارس 2019
المحكمة: المحكمة الابتدائية بتونس 1، الدائرة الاستعجالية 17
الدرجة: ابتدائي
المادة/ الموضوع: إيقاف أعمال مجلس إدارة تعاونية

ملخص القضية

يعرض الطالب (هيكل نقابي)، أن المطلوبة (مؤسسة تعاونية) منضو ضمنها منخرطوه، قد أخلّت بمقتضيات القانون المنظم لها عدد 86 لسنة 1982 بالنظر لما شاب تركيبتها من خروقات تمثلت أساسا في عدم انتخاب ممثلين عن المنخرطين وانعدام الشفافية في أعمال التصرف وعدم تشريك منخرطيها في اتخاذ القرارات في خصوص أعمال التصرف، طالبا القضاء استعجاليا بإيقاف أعمال مجلس إدارة التعاونية لاعتلال تركيبته التي لم يقع فيها تفعيل آلية الانتخاب المنصوص عليها بالقوانين والأوامر المحدثة لها، وذلك إلى حين البت في القضية المدنية الأصلية (موضوعها طلب حلّ مجلس إدارة التعاونية) المنشورة لدى المحكمة الابتدائية بتونس.

موقف المحكمة

قضت المحكمة ابتدائيا استعجاليا برفض المطلب.

الحيثية

«وحيث و إذ تعاين هذه المحكمة اعتلال تركيبة تعاونية موظفي الشرطة والأمن الوطنيين والسجون والإصلاح لمخالفتها للأحكام المنظمة لها و التي تشترط تفعيل آلية الانتخاب، بما من شأنه أن يشكل ضررا أدبيا للمنخرطين من خلال تعمد تجاوز ذلك، وهو ما يعد خرقا لمبدأ التمثيلية المنصوص عليه بالفصلين 1 و2 من الأمر عدد 847 المؤرخ في 1985/6/25، غير أن الطلب وفق ما تضمنته عريضته (طلب إيقاف أعمال التعاونية إلى حين البت في القضية الاصلية) من شأنه أن ينشأ حالة فراغ (سواء في تسديد مصاريف استرجاع المصاريف الطبية - أو مصاريف الولادات العادية - أو في خصوص جميع المصاريف الأخرى التي لها صبغة التضامن) و هو ما يمس بالحقوق المادية للمنخرطين و يعطل مصالحهم في الاستفادة من المنافع الاجتماعية المخولة لهم قانونا.

وحيث ترى هذه المحكمة في إطار اجتهادها أن إيقاف عمل التعاونية – بالرغم من معاينة اختلال تركيبتها - من شأنه أن يمثل خطرا على الذمة المالية لكافة منخرطيها إذ أن ذلك سينجر عنه بصورة حتمية إيقاف صرف التعويضات التي تكتسي صبغة اجتماعية تضامنية - مهما كان مقدارها - وفي المقابل استمرار اقتطاع مقدار الاشتراك من مرتباتهم و جراياتهم باعتبار الصبغة الوجوبية التي أقرها القانون عدد 68 لسنة 1982 ضمن فصله الأول، وهي المسألة الأجدر بالحماية ضرورة أن الأصل في الأمور ارتكاب أخف الضررين وفقا للقاعدة الأصولية الواردة بالفصل 556 م.إ.ع»

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

تطرقت المحكمة إلى السند التشريعي المتعلق بمبدأ التمثيلية المنصوص عليه بالفصلين 1 و2 من الأمر عدد 847 المؤرخ في 1985/6/25 وإلى القاعدة العامة المكرسة في إطار مجلة الالتزامات والعقود والمتمثلة في الفصل 556 م.إ.ع. كما ذكّرت بكون النزاع كان في إطار قضاء استعجالي يحكمه عنصر التأكد (الفصل 201 م.م.م.ت) الذي قضت المحكمة بعدم توفره في جانب الطالبة، لما اعتبرت أن حقوق المنخرطين في إطار التعاونية هي المصلحة أو الحق الأجدر بالحماية والذي لا يجوز المساس به.

عدم المساس بجوهر الحق

لا يمس التقييد الوارد بالنزاع بجوهر الحق بالنظر لخصوصية القضاء الاستعجالي استنادا لعنصر التأكد والذي يرمي إلى اتخاذ إجراءات وقتية مانعة لحصول الضرر مع الإبقاء في نفس الوقت على نفس المراكز القانونية للأطراف وعدم المساس بجوهر الحق.

موجبات التقييد

حماية حقوق الغير.

الحق المطلوب حمايته والمتمثل في الحق في مجلس إدارة ذو تمثيلية منتخبة تعكس إرادة

المنخرطين في تركيز مجلسهم باعتبارهم الأقدر على تسيير التعاونية المنخرطين بها و الأقدر على حماية مصالحهم، رغم أهمية ذلك الحق إلا أنه متى تم تفعيله والالتزام به سيؤدي ذلك حتما إلى المساس بمصلحة الكافة من خلال حرمانهم من التعويضات الصحية إلى حين البت في القضية الأصلية التي قد تتطور استنادا لطول إجراءات التقاضي فضلا على استمرارية اقتطاع معاليم الاشتراك من مرتبات المنخرطين دون الاستفادة من الحق في استرجاع المصاريف الطبية.

- **إعمال مبدأ التناسب**

المحكمة وازنت بين مسألتين الأولى تتعلق بخرق مبد التمثيلية واعتبرت أنه رغم وجود ذلك الخرق من ظاهر أوراق الملف إلا أن إيقاف أعمال مجلس إدارة التعاونية إلى حين البت في القضية الاصلية السابق نشرها سيؤدي إلى نتائج يصعب تداركها لاحقا بما أن الأمر سيؤول إلى الإضرار بكافة المنخرطين من خلال تعطيل مصالحهم خلال كامل تلك الفترة و منعهم من الاستفادة من المنافع الاجتماعية التي توفرها التعاونية باعتبار أن لها صبغة اجتماعية من خلال استرجاع المصاريف الطبية.

الحق في النفاذ لشبكات الاتصال

1. القرار عدد 90328

التاريخ: 04 أكتوبر 2021
المحكمة: محكمة الاستئناف بصفاقس، دائرة الرئيس الأول
الدرجة: نهائية، درجة ثانية
المادة/ الموضوع: دعوى استعجالية في إيقاف تشغيل محطة قاعدية للهاتف الجوال.

ملخص القضية

تعاقدت شركة اتصالات مع أحد سكان منطقة كائنة بمدينة صفاقس لتركيز عمود فوق سطح بيته لتغطية شبكة الاتصالات. فقام مجموعة من السكان المجاورين له بقضية استعجالية أمام المحكمة الابتدائية بصفاقس عارضين على محكمة البداية أن المطلوب (الجار) قد تعاقد مع شركة اتصالات لتركيز عمود لتغطية شبكة الاتصالات وأن تركيز مثل هذا اللاقط للذبذبات له تأثير سلبي على صحة المدعين وعلى المتساكنين عامة ومن بينهم المدعيان اللذان استصدرا إذنا على عريضة عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بصفاقس 1 بتاريخ 25 سبتمبر 2018 تحت عدد 17223 / 19 / 7930 لبيان مدى وجود مضرة من عدمها.
وقد أكد الخبير المنتدب أن حجم الإشعاعات الكهرومغناطيسية الصادرة من الهوائيات تتطلب مسافة وقائية حول المحطة تعادل 120 مترا، بالإضافة إلى أن قوة الإشعاعات قابلة للارتفاع لعدة عوامل منها المباني والحواجز المعدنية التي من شأنها عكس الذبذبات ومضاعفة تأثيرها، مستخلصا أنه على المطلوبة القيام بالدراسات اللازمة والحصول على الموافقة كتابيا من طرف الهياكل المعنية وأنّه في صورة عدم تقديم هذه الدراسة في ظرف 3 أشهر يجب إزالة المحطة ، وقد وجه المدعيان للمطلوبة محضر تنبيه بواسطة عدل تنفيذ لمطالبتها بالدراسات المطلوبة من الخبير والممضاة من الوكالات المعنية والذي بقي بدون نتيجة. فطلبا الحكم استعجاليا بإلزام المطلوبة الأولى بإيقاف تشغيل المحطة المركزة على عقار المطلوب الثاني وذلك بمجرد إعلامها بهذا الحكم والإذن بالنفاذ على المسودة والإذن للمدعيين بالقيام بقضية أصلية، فقضت المحكمة ابتدائيا استعجاليا بإلزام المطلوبة (شركة اتصالات) في شخص ممثلها القانوني بإيقاف تشغيل المحطة القاعدية للهاتف الجوال وعلى الطالبين القيام بقضية أصلية في رفع مضرة في ظرف شهر من تاريخ صدور هذا الحكم.
استأنفت شركة الاتصالات الحكم أمام محكمة الاستئناف بصفاقس وادعت أن تقرير الاختبار المستند إليه لم يكن فنيا بل جاء مبهما ويتصف بالتعميم و ليس بالتخصيص، كما أنّه لم يبين أي مضرة حصلت للمستأنف ضدهما وكان ذلك التقرير مجرد دراسة أكاديمية لا تصلح بأن تكون خاصة بملف قضية الحال وأنه لو كان اللاقط الإلكتروني غير قانوني لما تولت الوكالة الوطنية للترددات منح منوبته الترخيص لتركيز اللاقط و بالتالي فإن حصولها على شهادات و تراخيص من وزارة الاتصال (الوكالة الوطنية للترددات) هو خير دليل على عدم صحة ما جاء بتقرير الاختبار. واعتبرت أن القضاء الاستعجالي يهدف إلى حماية الحق ومنع

الضـرر لكـن اعتمـادا علـى وثائـق ومعطيـات صحيحـة وكان بذلـك مـن المفـروض علـى الأقـل وجـود شـهادات طبيـة أو غيرهـا تدعـم وتثبـت وجـود أضـرار سـواء علـى المسـتأنف ضدهمـا أو علـى أفـراد عائلاتهمـا.
وبنـاء علـى كل ذلـك طلـب نائـب المسـتأنفة نقـض الحكـم الابتدائـي والقضـاء مـن جديـد برفـض المطلـب.

موقف المحكمة

منطوق الحكم الابتدائي

قضـت المحكمـة ابتدائيـا اسـتعجاليا بإلـزام المطلوبـة (شـركة اتصـالات) فـي شـخص ممثلهـا القانونـي بإيقـاف تشـغيل المحطـة القاعديـة للهاتـف الجـوال، وعلـى الطالبيـن القيـام بقضيـة أصليـة فـي رفـع مضـرة فـي ظـرف شـهر مـن تاريـخ صـدور هـذا الحكـم.

منطوق القرار الاستئنافي:

قضـت المحكمـة بقبـول الاسـتئناف شـكلا وفـي الأصـل بإقـرار الحكـم الابتدائـي المطعـون فيـه وإجـراء العمـل بـه وتخطئـة المسـتأنفة بالمـال المؤمـن.

الحيثية

«و حيـث يبقـى القاضـي هـو الضامـن للحقـوق والحريـات وهـو الـذي يكـرّس مبـدأ التناسـب بيـن الضوابـط مـن جهـة وجوهـر الحـق المحمـي مـن جهـة أخـرى منـاط الفصـل 49 مـن الدسـتور. وهـو الـذي يـوازن أيضـا بيـن تلـك الحقـوق متـى تزاحمـت، فيضبـط الإيقـاع بينهـا فـي احتـرام للقوانيـن القائمـة مـن جهـة ومـع إيمـان بقدسـية الحقـوق الأساسـية مـن جهـة ثانيـة. فـلا تفـرط إحداهـا علـى الأخـرى ولا تطغـى، وعليـه وبقطـع النظـر عـن حصـول المسـتأنفة مـن عـدم ذلـك علـى الترخيـص الإداري مـن الوكالـة الوطنيـة للتـرددات فـإن عـدم إدلائهـا بالدراسـة الفنيـة المسـتوجبة لإثبـات سـلامة المحطـة المتداعـى فـي شـأنها مـن كل تأثيـرات سـلبية علـى المحيـط الـذي تـم تركيزهـا فيـه فـي مخالفـة صريحـة للقوانيـن وعلـى نحـو مـا انتهـى اليـه الاختبـار الفنـي سـند الدعـوى والمـأذون بـه قضائيـا، لا يسـمح لهـا بمواصلـة نشـاطها علـى أهميتـه وبالرغـم مـن علاقتـه المباشـرة بحـق الإنسـان فـي النفـاذ إلـى شـبكات الاتصـال ضـرورة أن الحـق فـي الصحـة يظـل أولـى بالحمايـة ويدخـل بامتيـاز ضمـن مجـال التدخـل الوقائـي للقاضـي الاسـتعجالي.
وحيـث والأمـر مـا تقـدم تكـون محكمـة البدايـة لمـا قضـت بإيقـاف تشـغيل المحطـة القاعديـة للهاتـف الجـوال المتداعـي فـي شـأنها الـى حيـن أن يبـتّ قاضـي الأصـل فـي وجـود المضـرة المدعـى بهـا لـم تتنكّـب الصـواب ولـم تتجـرّأ علـى اختصـاص قاضـي الأصـل فجـاء قضاؤهـا علـى هـدى مـن قانـون مبـرئ مـن المعايـب التـي وصمتـه بهـا المطاعـن.»

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

تقييد الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال بشروط وضوابط معيّنة إنما يستند إلى مجموعة من ملاحظات المحكمة ذلك أنه و خلافا لما تمسكت به المستأنفة بواسطة نائبها بخصوص تحصلها على الرخص المستوجبة لإقامة المحطة المتداعى في شأنها، فإن مظروفات ملف القضية ظلت خالية منها ولم يقع الإدلاء بها في أي طور من أطوار التقاضي. ومع ذلك فإن حصول المستأنفة على الترخيص (الإداري الذي تستند إليه) على فرض وجوده بحوزتها لا يغنيها عن ضرورة الاستظهار أيضا بدراسة فنية معتمدة من قبل الهياكل الرسمية المعنية تبرز حسن حسبان دواعي السلامة الجسدية وتحقيق الأمان المحيط المجاور للمحطة وذلك بعدم تجاوز كثافة الحقول المغناطيسية للحدود الدولية المعتمدة ضرورة أن المشرع التونسي ولئن ضمن صلب الفصل 32 من الدستور الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال إلا أنه جعل ذلك الأمر مشروطا بأن يتم في إطار احترام الضوابط والقوانين والمبادئ التوجيهية التي وضعتها الهيئات الدولية والمكرّسة صلب المنشور عدد 33 الصادر في 23 أكتوبر 2008 و المشترك بين وزارة الصحة العمومية ووزارة تكنولوجيا الاتصالات حفاظا على صحة الإنسان التي تظل الرهان الأكبر والأهم على الإطلاق كما أنّ الأصل ارتكاب أخفّ الضررين عملا بأحكام الفصل 556 م. إ. ع

مقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية

تقييد الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال يعود إلى الحرص على احترام الحق في الصحة وتوفير بيئة صحية وآمنة وهي إحدى مقومات الدولة المدنية.

موجبات التقييد

حماية حقوق الغير / حماية الصحة العامة / الحق في بيئة سليمة.
تقييد الحرية استنادا إلى المبادئ التوجيهية التي كرستها الهيئات الدولية والمناشير والقرارات الترتيبية كان هدفه الأساسي حماية حق الغير من الأجوار القريبين من المحطات القاعدية للهاتف الجوال كما يهدف إلى حماية الصحة العامة.

إعمال مبدأ التناسب

طبّقت المحكمة الضوابط القانونية بشكل يحترم الفصل 49 من الدستور، وأسست تحليلها بالاستناد بصفة صريحة على هذا الفصل وعلى مبدأ التناسب. حيث اعتبرت أنّه لا يمكن جبر الجار على تحمّل ضرر محطة قاعدية للهاتف الجوال والحال أنه لم يثبت للمحكمة استيفاء كامل الشروط الفنية لانتصابها بسطح الجار، وأن ذلك لا يعدّ في هذه الحالة تقييدا غير مبرر لحق النفاذ إلى شبكات الاتصال الذي يضمنه الفصل 32 من الدستور فضلا عن أن ذلك التقييد كان متناسبا مع الغاية التي ترمي إليها الفصول 22 و38 و45 من الدستور في ضمان توصل الإنسان بحقه في الصحة وفي الحياة وفي بيئة سليمة، ولا يمكن النيل من هذه الحقوق إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها الفصل 49 من الدستور.

الحق في حماية أماكن العبادة/
حق الأجيال القادمة في الموروث الثقافي

1. الحكم عدد 74796

التاريخ: 29 ديسمبر 2020
المحكمة: المحكمة الابتدائية بتونس، الدائرة 25
الدرجة: ابتدائي
المادة/ الموضوع: مدني/ قضية في إبطال عقد بيع/ الحق في حماية أماكن العبادة / حق الأجيال القادمة في حماية الموروث الثقافي.

ملخص القضية

يعرض المدعيان بواسطة نائبهما أنه في تصرف الجالية اليهودية بتطاوين بيت صلاة قديمة كائنة بزاوية نهجي مسعود الشناوي والناظور بتطاوين وقد عمدت المطلوبة الأولى التفويت فيها بالبيع إلى المطلوب الثاني بموجب الكتب الخطي المؤرخ في 09/01/2014 والمسجل بالقباضة المالية بشارع أحمد التليلي بتطاوين في 2014/ 17/01 رغم أن الفصلين الثاني والثالث من القانون عدد 78 لسنة 1958 المتعلق بنظام شعائر الديانة اليهودية لا يسمح إلا بتأسيس جمعية يهودية واحدة في كل ولاية وفي إمكانها أن تشمل منطقتها ولاية واحدة أو أكثر من الولايات المجاورة. وبما أن العقار المذكور لا تملكه الجمعية اليهودية بتونس وخارج عن نطاق تصرفها القانوني بموجب الفصلين المشار اليهما، وهو تحت إدارة الجمعية اليهودية بجربة عملا بمقتضيات الفصل الثالث المذكور، كما أن الكنائس والمساجد وأماكن العبادة تعد تراثا تاريخيا يتصل بالعقائد وقد اقتضى الفصل الأول من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي أنها تعد ملكا عاما للدولة باستثناء ما يتم إثبات ملكيته بصفة شرعية من طرف الخواص، وبذلك لا يجوز التفويت فيه خاصة أنه يعود إلى قرون خلت ويختزل جزءا من الموروث الحضاري اليهودي الذي تتوارثه الأجيال وتحافظ عليه ولا يمكن أن يتحول الى محلات تجارية بما يمس من المقدسات الدينية والتراث. ولذلك، وتطبيقا للفصل 64 من م إ ع الذي ينص على أن العقد يبطل إذا كان على شيء غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون، وعملا بأحكام الفصلين 2 و325 من نفس المجلة والفصل الأول من مجلة حماية التراث والفصلين 2 و3 من القانون عدد 78 لسنة 1958، فهما يطلبان الحكم ببطلان عقد البيع المذكور وإلغاء جميع آثاره.

موقف المحكمة

قضت المحكمة ابتدائيا بإبطال عقد البيع المبرم بين المدعى عليها الأولى والمدعى عليه الثاني المعرف عليه بالإمضاء في 2014/01/09 والمسجل بتاريخ 2014/01/1.

الحيثية

«وحيث أنّ عملية التفويت في «الكنيس اليهودي» مسّت حقّا جوهريا ولم تكن أبدا مراعاة لمقتضيات الضرورة أو المصلحة العامة بل كانت بغاية الاستعمال الخاص كمبنى تجاري (...).
وحيث وسواء أكان المعبد موضوع دعوى الحال – باعتباره قد اضحى معلما تاريخيا – «ملكا عاما للدولة» أو «ملكا للخواص» فإن عملية التعاقد في خصوصه ممنوعة في الصورة الأولى ومقيدة بشروط وضوابط في الصورة الثانية، وهي شروط ظلّ الملف خاليا مما يفيد احترامها بما يكون معه العقد باطلا من هذه الزاوية وفي الحالتين ففي الأولى بسبب انعدام الملكية في جانب البائع، وفي الثانية لعدم احترام شروط التفويت فيها المضبوطة بمجلة حماية التراث الأثري والتاريخي».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

استعرضت المحكمة النصوص الدستورية (الفصل 41 من الدستور التونسي /الفصل 6 من الدستور التونسي /الفصل 42 من الدستور التونسي في فقرته الثانية). والاتفاقيات الدولية المكرسة للحق في ممارسة الشعائر الدينية وحماية أماكن العبادة.

والقانون عدد 35 لسنة 1994 مؤرخ في 24 فيفري 1994 يتعلق بإصدار مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفنون التقليدية.

كما نصت المحكمة على أحكام الفصل 49 من الدستور واعتمدت كافة النصوص الوطنية والإقليمية والدولية المتصلة بالحق موضوع الحماية وبالتالي كان الحكم تكريسا لتلك الحقوق والحريات وتأكيدا على أن القاضي يظلّ الضامن لها وجودا وممارسة.

***استنتجت المحكمة ما يلي:**

- أن الحماية المقررة «للكنيس اليهودي»هي حماية قانونية مضاعفة فهو محمي حماية عامة باعتباره «مكان عبادة» وهو محمي حماية مخصوصة باعتباره «معلما تاريخيا» وفقا للقرار الصادر عن وزير الثقافة المؤرخ في 14 ماي 2020.
- أنّ المبدأ وفق، الفصل الأول من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي المذكور أعلاه، أن يكون المعلم ملكا عاما للدولة والاستثناء هو أن يكون للخواص متى ثبتت شرعية ملكيتهم له.

عدم المساس بجوهر الحق

القانون المنطبق على النزاع لم يقيد الحق والحرية موضوع الحماية بقدر ما كرسه وذلك بفضل المقاربة الحقوقية التي انتهجتها المحكمة ذلك أنها وازنت بين الحق في الملكية من ناحية وما يترتب عليه من حرية تعاقد وبين الحق في حماية أماكن العبادة وحق الأجيال القادمة في حماية الموروث الثقافي من ناحية أخرى، لتنتهي إلى تغليب الحقين الأخيرين في الذكر في ضبط جميل للإيقاع بين مختلف تلك الحقوق وفي احترام أيضا لقواعد الإثبات في المادة المدنية. وهي لم تنسف الحق في الملكية بل بينت القيود التي قد تعتريه والتي تجد أساسها في حقوق كونية أخرى تجب حمايتها .

فلاحظت ما يلي:

- أنّ عملية التفويت في «الكنيس اليهودي» مست حقّا جوهريا يتمثل في حماية أماكن العبادة ولم تكن أبدا مراعية لمقتضيات الضرورة أو المصلحة العامة بل كانت بغاية الاستعمال الخاص كمبنى تجاري و بالتالي فهي قيّدت من حق الملكية لأنه نسف حقا آخر في مواجهته. و دليل ذلك أن المساس بذلك الحق و بإجراء اختبار التناسب نجده فاقدا لشرطي الضرورة أو المصلحة العامة ، بل إن المحكمة وضّحت أن عملية التفويت كانت متلبّسة بالرغبة في تحقيق الغنم المادي وهي مقاربة كانت تكون طبيعية ومقبولة لو تعلّق الأمر بعقار لا يتمتع بالحماية القانونية التي يتمتع بها العقار موضوع دعوى الحال.

- أنّ حق الملكية وخلافا لما دفع به نائب المدعيين مقدس وهو في صورة المعالم المخصوصة بحماية يكون مقيدا ببعض الشروط دونما منع صريح لحق التفويت فيه طالما أنّ المشرع أقرّ صلب الفصل 89 من مجلة التراث الأثري والتاريخي مبدأ الحق المسند للدولة في الاولوية في الشراء متى تعلق الأمر بمعلم تاريخي وهو ما يستنتج منه إمكانية التعاقد حولها من حيث المبدأ مع احترام بعض الشروط التي يفرضها القانون إذ تبقى للمالك حرية التصرف بشرط المحافظة عليها من التلف إعمالا لمبدأي الضرورة والتناسب مناط الفصل 49 من الدستور.

موجبات التقييد

حماية حقوق الغير/ حماية الصحة العامة / حماية الأمن العام / حماية الدفاع الوطني / حماية حق الأجيال القادمة في الموروث الثقافي والحضاري.

تقييد التفويت في الملك بشروط معيّنة متى تعلّق الأمر بمعلم تاريخي له حماية مخصوصة هو تقييد لحق الملكية وتنظمه مجلة حماية التراث والأثر التاريخي، ولكن تجدر الإشارة إلى أن منع بيع الملك الخاص رغما عن إرادة صاحبه المتّجهة نحو التفويت فيه أو تقييد عملية التفويت بضوابط وشروط معيّنة هدفه الحفاظ على الموروث الثقافي والحضاري

بما هو حق للأجيال الحاضرة والمستقبلية وبالتالي فتقييد حق الملكيّة كان مبرّرا ومتناسبا مع الغاية التي ترمي إليها الفصول المنظمة لهاته المسألة.

إعمال مبدأ التناسب

فعّلت المحكمة اختبار التناسب في خصوص الحق في الملكية فاعتبرت أن المبدأ وبالرجوع إلى مجلة التراث هو أن يكون المعلم التاريخي ملكا عاما للدولة و الاستثناء هو أن يبقى في تصرّف الخواص الذين ثبتت ملكيتهم له ولكن في هذه الحالة فإن تصرفهم في ملكهم لا يكون مطلقا بل يقيّد بضوابط يجب عليهم احترامها دونما منع صريح لحق التفويت في الملك فإمكانية التعاقد حولها من حيث المبدأ مع احترام بعض الشروط التي يفرضها القانون تظلّ متاحة إذ تبقى للمالك حرية التصرف بشرط المحافظة عليها من التلف إعمالا لمبدأي الضرورة والتناسب مناط الفصل 49 من الدستور.

انتهت المحكمة إلى ترتيب النتيجة القانونية المتمثلة في بطلان العقد وذلك سواء أكان المعبد موضوع دعوى الحال – باعتباره قد أضحى معلما تاريخيا – «ملكا عاما للدولة» أو «ملكا للخواص» فإنّ عملية التعاقد في خصوصه ممنوعة في الصورة الأولى ومقيدة بشروط وضوابط في الصورة الثانية، وهي شروط ظلّ الملف خاليا مما يفيد احترامها بما يكون معه العقد باطلا من هذه الزاوية وفي الحالتين ففي الأولى بسبب انعدام الملكية في جانب البائع، وفي الثانية لعدم احترام شروط التفويت فيها المضبوطة بمجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفنون التقليدية.

حرية التنقل

1. الحكم عدد 37823

التاريخ: 07 ديسمبر 2021
المحكمة: المحكمة الابتدائية بتونس، الدائرة الاستعجالية 16
الدرجة: ابتدائي
المادة/ الموضوع: استعجالي/ حرية التنقل/ حق المرور

ملخص القضية

عمد مجموعة من المتساكنين القاطنين شاطئ حلق الوادي إلى غلق أحد الطرقات المؤدية إليه بوضع باب حديدي وسط الطريق بداعي منع المنحرفين من الوصول إلى الشاطئ والانزواء به لتناول الخمور وتعاطي المخدرات. لكن هذا التصرف أدى إلى منع متساكنين آخرين من الوصول إلى محل سكناهم بواسطة سياراتهم، فقام المدعيان بقضية في إلزام خصومهم بتمكينهم من نسخة من مفتاح الباب حتى يتمكنا من استعمال الطريق.

موقف المحكمة

قضت المحكمة بتمكين الطالبين من استعمال الطريق بكل حرّية ودون أي حاجز تجسيما لحريتهما في التنقل المضمونة بالفصل 24 من الدستور.

الحيثية

«حيث ترى المحكمة اتخاذ الوسيلة المناسبة لضمان حق الطالبين في استعمال الطريق العمومي دون أن يؤدي ذلك إلى احتكاره من أي كان.
حيث ترتيبا عليه اتجه الحكم بتمكين الطالبين من المرور عبر نهج عزيزة عثمانة المؤدي إلى نهج الشاطئ المتفرع عنه واستعماله بكل حرّية ودون أي حاجز».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

أكّدت المحكمة أن غلق طريق عمومي دون الاستناد إلى أي نص قانوني ودون الحصول على ترخيص هو تصرف مخالف للقانون.
«حيث من حق الطالبين استعمال الطريق المذكور تجسيما لحريتهما في التنقل المضمونة بالفصل 24 من الدستور، إلا أن الوسيلة التي طلباها لممارسة حقهما والمتمثلة في تمكينهما من نسخة من مفاتيح الباب الحديدي هي وسيلة غير قانونية لأنها تؤدي إلى احتكار الملك العمومي من طرف أطراف التداعي وحرمان الغير من التنقل عبر الطريق المذكور وهو ما لا يمكن للقضاء أن يحكم به في غياب مسوّغ قانوني تطبيقا للفصل 49 من الدستور الذي أوجب أن يستند كل تقييد للحقوق والحرّيات إلى القانون».

2. الحكم عدد 37540

التاريخ: 09 جوان 2021
المحكمة: المحكمة الابتدائية العسكرية الدائمة بصفاقس
الدرجة: ابتدائي
المادة/ الموضوع: قانون جزائي

ملخص القضية

تفيد وقائع القضية تغيب المتهم عن وحدته العسكرية الفوج 17 مشاة ميكانيكية بتطاوين واجتيازه الحدود التونسية بدون إذن.
وقد أفاد المتهم أنه توجه الى مدينة جربة بقصد الاصطياف وأثناء تواجده على ضفاف البحر شاهد أشخاصا بصدد الصيد فتحول إلى الجلوس حذوهم بناء على طلبهم. وفي الأثناء، حلّ قارب صغير على متنه عدد 04 أشخاص، فامتطى مجالسوه القارب المذكور وقد خُيّل للمتهم أنهم ذاهبون للصيد، فطلب مرافقتهم. وبتوغل القارب في أعماق البحر، اكتشف أن المجموعة المذكورة تنوي مغادرة التراب التونسي خلسة. وقد وصل جميعهم إلى القطر الإيطالي يوم 2020/08/11 أين تم إخضاعه للحجر الصحي لمدة 18 يوما. وإثر نهاية فترة الحجر الصحي، بقي في انتظار ترحيله الذي تمّ بتاريخ 10 سبتمبر 2020.

موقف المحكمة

قضت المحكمة نهائيا حضوريا بقبول مطلب الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي من حيث مبدأ الإدانة مع تعديل نصه وذلك بالحط من العقاب البدني المحكوم به إلى شهر واحد وحمل المصاريف القانونية عليه.

الحيثية

«وحيث يتجه والحالة ما ذكر إدانة المتهم من أجل ما نسب عليه وتوقيع العقاب الرادع عليه مع تفعيل الفصل 53 م.ج وجعل العقوبة متناسبة مع خطورة الفعل وظروف المتهم.
وحيث تحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه عملا بالفصل 191 من مجلة الإجراءات الجزائية».

تحليل موقف المحكمة على ضوء الفصل 49

عنصر التحفظ التشريعي

يجد التحفظ التشريعي مصدره في الفصل 68 فقرة أولى من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية الذي جعل من مغادرة العسكري للتراب التونسي دون رخصة جريمة.
اعتبرت المحكمة أنه ولئن أقرّ المشرّع الحقّ في التّنقّل ومغادرة الوطن إلاّ أنّه وضع ضوابط وقيود تتناسب مع طبيعة الوظيف. ذلك أنّ دواعي الدّفاع الوطني الواردة بالفصل 49 تستدعي حصول العسكريّين على ترخيص لمغادرة الوطن والرّجوع والالتحاق بالعمل حال انتهاء فترة الرّخصة. لذلك فإنّ مغادرة أرض الوطن دون تّرخيص يشكّل إخلالا بالظّوابط التي تمليها دواعي الأمن الوطني عن حقّ العسكريّين في مغادرة البلاد علاوة على أن ذلك قد تم خلسة دون اتباع السبل المعتادة للسفر.

عدم المساس بجوهر الحق

لم تر المحكمة في التقييد على حرية التنقل، المتمثل في الحصول على إذن قبل السفر، مساسا بجوهر الحق.

موجبات التقييد

حماية الدفاع الوطني.

إعمال مبدأ التناسب

أكّدت المحكمة صراحة أن القيد متناسب مع طبيعة وظيف العسكري.
«وحيث ولئن أقرّ المشرّع الحقّ في التّنقّل ومغادرة الوطن إلاّ أنّه وضع ضوابط وقيود تتناسب مع طبيعة الوظيف».
وحيث أنّ دواعي الدّفاع الوطني «الواردة بالفصل 49 تستدعي حصول العسكريّين على ترخيص لمغادرة الوطن والرّجوع والالتحاق بالعمل حال انتهاء فترة الرّخصة».

4. ملاحق

1. الحكم عدد 67114

ر/ ر
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل

محكمــة التعقيــب
*** عـ67114.2018دد القضيــة**
تاريخــه :2019/12/04

أصـــدرت محكمــة التعقيــب القــرار الاتــي:
بعد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المقدم فـي 2018/07/24 مـن الأسـتاذ منيـر العلـوي المحامـي لـدى التعقيـب.
طعنـا فـي القـرار الاسـتئنافي المدنـي عـدد 34848 الصـادر بتاريـخ 2018/05/22 عـن المحكمـة الابتدائيـة بالمنسـتير بوصفهـا محكمـة اسـتئناف لأحـكام النواحـي الراجعـة لهـا والقاضـي بقبـول الاسـتئنافين الأصلـي والعرضـي شـكلا وفـي الأصـل بإقـرار الحكـم الابتدائـي وإجـراء العمـل بـه طبـق نصـه وتخطئـة المسـتأنف بالمـال المؤمـن وحمـل المصاريـف القانونيـة عليـه وتغريمـه لفائـدة المسـتأنف ضـده بثلاثمائـة دينـار (300د) لقـاء أتعـاب التقاضـي وأجـرة المحامـاة.
الواقع الإعلام بتاريخ 2018/07/10 بواسطة عدل التنفيذ سامية الشريف.
وبعـد الاطـلاع علـى مسـتندات التعقيـب المبلغـة للمعقـب ضـده بتاريـخ 2018/08/06 بواسـطة عـدل التنفيـذ سـامي التومـي وعلـى نسـخة الحكـم المطعـون فيـه وعلـى بقيـة الوثائـق الواجـب تقديمهـا حسـب مقتضيـات الفصـل 185 مـن م م م ت.
وبعـد الاطـلاع علـى ملحوظـات النيابـة العموميـة لـدى هـذه المحكمـة والراميـة إلـى طلـب قبـول مطلـب التعقيـب شـكلا وأصـلا والنقـض مـع الإحالـة.
وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:
مــن حيــث الشكــل:
حيـث كان مطلـب التعقيـب مسـتوفيا جميـع أوضاعـه وصيغـه القانونيـة ممـا يتجـه معـه قبولـه مـن هـذه الناحيـة.
مـن حيـــث الأصـــل:
حيـث تفيـد وقائـع القضيـة كيفمـا أوردهـا الحكـم المنتقـد والأوراق التـي انبنـى عليهـا قيـام المدعـي فـي الأصـل (المعقـب ضـده الآن) لـدى محكمـة ناحيـة المنسـتير عارضـا بواسـطة نائبـه أنـه علـى ملكـه العقـار المسـمى الـود 1 موضـوع الرسـم العقـاري عـدد 37178 المنسـتير المتكـون مـن القطعـة عـدد 19 مسـاحته 288 م م وهـو عبـارة عـن قطعـة أرض صالحـة للبنـاء كائـن بالوردانيـن الجنوبيـة ومسـتخرج مـن الرسـم العقـاري الأم عـدد 9860 المنسـتير وأن المطلـوب فـي الأصـل (المعقـب) يملـك القطعـة عـدد 17 موضـوع الرسـم العقـاري عـد 36152 المنسـتير المجانبـة للقطعـة عـدد 19 التابعـة للمدعـي وتعمـد مشـاغبته فـي حـوزه لعقـاره المسـجل متعمـدا الاسـتيلاء علـى جـزء منـه فـي مسـاحة تقـدر بـ71م م وأنجـز بهـا إحداثـات، وطلـب الإذن بتكليـف خبيـر لمعاينـة الشـغب وإرجـاع الحالـة إلـى مـا كانـت عليـه.
وبعـد اسـتيفاء الإجـراءات القانونيـة أصـدرت محكمـة البدايـة حكمهـا عـدد 4270 بتاريـخ 2017/07/04 يقضـي ابتدائيـا بإلـزام المطلـوب بكـف شـغبه عـن العقـار التابـع للمدعـي موضـوع الرسـم العقـاري عـدد 37178 المنسـتير المشـخص بتقريـر الخبيـر المنتـدب (.....)المـؤرخ فـي 2017/01/19 وفـق

الطريقة الأولى المقترحة من قبله وذلك في ظرف شهر من تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلا للتنفيذ وفي صورة تقاعسه عن ذلك فالإذن للمدعي بالقيام بذلك على نفقته وله حق الرجوع على المطلوب بالمصاريف اللازمة لذلك وفق ما قدرها الخبير كتغريم المطلوب لفائدة المدعي 200 دينار لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية للدعوى على المحكوم ضده ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك.

فاستأنفه المطلوب في الأصل بواسطة محاميه الأستاذ الهاني استنادا إلى أن التجاوز كان على حسن نية بسبب أعمال البناء التي قام بها المقاول أثناء تواجد المطلوب بالخارج إلا أنه مستعد لقبول المقترح الثاني وشراء المساحة المتجاوز إليها وطلب النقض والإذن بالتحرير على الطرفين لتحقيق الصلح.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة الابتدائية بالمنستير بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي التابعة لها قرار عدد 34848 بتاريخ 2018/05/22 السالف تضمين نصه أعلاه.

فتعقبه المطلوب في الأصل بواسطة محاميه الأستاذ العلوي ناسبا له ما يلي:

1/ المطعن الأول: خرق القانون:

1-الفرع الأول: خرق الفصلين 110 و112 من م م م ت:

بمقولة أن المعقب ضده كان طلب صلب عريضة الدعوى رفع الشغب الواقع على عقاره في مساحة تقدر بـ 71 م م وإن الخبير المنتدب قدم كيفية رفع الشغب منتهيا إلى إزالة الإحداثات المنبنية على مساحة 71م م حسب طلب المدعي في الأصل والحال أن الجزء المستولي عليه عن حسن نية هو 66 م م فقط طبق ما هو ثابت من مثال ديوان قيس الأراضي وبذلك فإن الخبير لم يقم بما عهد إليه طبق الفصل 110 م م م ت فلم يحدد المساحة المستولى عليها ولم يضبطها كيلا وجهة مكتفيا بما جاء بعريضة الدعوى مما أوقعه في الخطأ في المساحة وكان بذلك تقرير الاختبار مخالفا للفصل 110 م م م ت وغير مؤسس علميا وفنيا.

2-الفرع الثاني: مخالفة الفصل 112 من م م م ت:

بمقولة أن المحكمة تقيدت بنتيجة الاختبار رغم خطئه إذ لم يحدد المساحة المستولى عليها حدّا وموقعا ومساحة وتقيدت المحكمة برأي الخبير رغم مخالفته للوقائع مخالفة بذلك أحكام الفصل 112 من م م م ت.

3-الفرع الثالث: مخالفة الفصل 37 من م ح ع:

بمقولة أن الطاعن أحدث بناءه على أرضه متجاوزا عن حسن نية إلى جزء يسير بأرض ملاصقة له وثبت حسن نيته فهو يقيم بالخارج وأوكل عملية البناء إلى مقاول الذي أخطأ في قراءة المثال الهندسي فتجاوز إلى عقار الغير بـ 66 م م تاركا نفس المساحة من عقار الطاعن للغير من الجهة المقابلة وشيد طابق أول وطابق علوي وأن المساحة المستولى عليها عن حسن نية المقدرة بـ 66 م م ضئيلة مقارنة بالمساحة العامة لذلك طلب تمليكه بالمساحة المذكورة مقابل قيمة عادلة إلا أن المحكمة اختارت حلّ هدم البناء على مساحة 71م م وهو ما يعني هدم كامل البناء دون موجب ولم تراعي المحكمة المصلحة العامة ولا مصلحة الطاعن.

2/ المطعن الثاني: ضعف التعليل:

بمقولة أن القرار المنتقد اعتمد تقرير اختبار منقوص غير واضح لم يحدد المساحة المستولى عليها بما يجعل تنفيذه فيه خطورة على بناء الطاعن كما أنه سيهدم كامل البناء الذي بذل فيه المعقب أكثر من 200 ألف دينار وطلب قبول التعقيب شكلا وأصلا والنقض مع الإحالة.

المحـــــكمة

حيث أوجب الفصل 121 من م م م ت إمضاء القضاة المشاركين في المفاوضة على لائحة الحكم التي لا تكون لها صبغتها النهائية إلا بعد النطق بها بجلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين أمضوها وإذا تعذر على أحد القضاة لمانع شرعي الحضور بجلسة التصريح بالحكم بعد المفاوضة وإمضاء لائحة الحكم يقع التصريح بالحكم بمحضر القاضيين الباقيين وإذا لم يمضي القاضي المتغيب لائحة الحكم أو كان السبب المانع يتعلق بزوال صفته فإنه يجب إعادة الترافع في القضية.

وحيث إن مقتضيات الفصل 121 م م م ت تتعلق بإجراء أساسي يهم النظام العام وتتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها وتبعا لما خوله الفصل 14 من م م م ت لهذه المحكمة من صلاحيات في بسط رقابتها على حسن تطبيق القانون.

وحيث تبين بالاطلاع على محضر الجلسة المتضمنة الحكم المطعون فيه أنه ممضى من قاضيين فقط ودون التنصيص على العذر المانع للإمضاء وفي ذلك مخالفة للقواعد الآمرة والتي تضمنها الفصل 121 من م م م ت بما يصيره باطلا لمساسه بقواعد الإجراءات الأساسية ويوجب النقض.

وحيث ومن جهة أخرى فإنه من المعلوم أن قواعد المسؤولية التقصيرية تقتضي ضرورة اتخاذ جميع المسائل لإزالة الوضعية الضارة ويعتمد في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فتتجه المحكمة إلى اعتماد الوسائل الممكنة لإزالة الشغب ورفع المضرة دون أن تتسبب تلك الوسائل في مضرة فادحة للمتسبب في الضرر وذلك باعتماد قاعدة أخف الضررين واعتماد الحكم الأرفق على أن اللجوء إلى تلك القاعدة وجب أن يكون كفيلا برفع المضرة وإزالة الشغب موضوع النزاع وهي مسألة خالفتها محكمة الحكم المطعون فيه فهي لم تبحث عن المقترح الأنسب لكف الشغب وإزالة الضرر اللاحق بعقار المعقب ضده دون ضرر بالطاعن وبعقاره واعتمدت المقترح الأول الوارد بتقرير الخبير المنتدب حال أن تلك الطريقة ينتج عنها لا محالة ضرر فادح بعقار الطاعن لكون الهدم يؤول حتما إلى هدم كامل البناء، ولم تراع المحكمة في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء بما يورث قرارها ضعفا في التعليل الموجب للنقض من هذه الناحية أيضا.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة الابتدائية بالمنستير بوصفها محكمة استئناف لمحاكم النواحي الراجعة لها لإعادة النظر فيها من جديد بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الأربعاء 04 ديسمبر 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة المتركبة من رئيسها السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

وحـــرر في تاريخـــه.

2. الحكم عدد 67577

المحكمة الابتدائية بتونس
قضية عدد 67577
تاريخ الحكم 11 أكتوبر2016

حكم ابتدائي استعجالي
المحكمة

حيث ترمي الطالبة لمياء إلى إلزام البنك المطلوب برفع التجميد المضروب على حسابها المفتوح لديه مع الإذن بالتنفيذ على المسودة.
حيث أقرّ بنك الإسكان بأنه تولى فعلا تجميد أموال الطالبة الموجودة لديه مبررا هذا التجميد بكونه إجراء احترازي اتخذه تطبيقا للفصل 2 من مرسوم المصادرة المؤرخ في 26 مارس 2011 باعتبار أن الطالبة هي زوجة أحد الأطراف الذين تمت مصادرة أموالهم، كما تمسك بخروج المطلب عن أنظار قضاء العجلة لمساسه بالأصل.
حيث لئن كان قاضي العجلة ممنوعا من البت في الأصل إلا أنه يبقى من أوكد واجباته، في نطاق ما يخوّله له الفصل 201 م.م.م.ت، التأمل في حجج الخصوم والتروي في مقالاتهم حتى لا يعتمد إلا ما كان جديا منها.
حيث اقتضى الفصل 41 من الدستور أن "حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون"، كما جاء بالفصل 49 منه أنه "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".
حيث اقتضى الفصل 2 من المرسوم عدد 13 لسنة 2011 كما نقح بالمرسوم عدد 47 لسنة 2011 المتعلق بالمصادرة أنه يجب على كل ماسك لأموال تابعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأشخاص معنيين بالمصادرة أن لا يفرطوا في تلك الأموال وأن يصرحوا بها للجنة المصادرة.
حيث لئن جاز بالتالي تجميد أموال الأشخاص المشتبه في أنهم يمسكونها لفائدة أشخاص وقعت مصادرة أملاكهم إلا أن هذا التجميد كتدبير احترازي وقتي يجب أن لا يتجاوز آجلا معقولة مع ضرورة إثبات الجهة المكلفة بتنفيذ مرسوم المصادرة أنها ساعية سعيا جديا للتقصي في سلامة مصدر الأموال المجمّدة وإن كانت ترجع فعلا لشخص مشمول بالمصادرة، وفي غياب ذلك يصير تجميد أموال الغير لمدة لا متناهية غير معلومة الأمد تعديا غير مبرر على حق الملكية وجب على القضاء التدخل لوضع حدّ له تطبيقا للفصلين 41 و 49 من الدستور.
حيث حضر المكلف العام بنزاعات الدولة في حق كل من لجنة المصادرة واللجنة الوطنية للتصرف في الأموال المصادرة دون أن يدلي بما يفيد القيام بأي إجراء لغاية التقصي في سلامة أموال الطالبة.
حيث أن استمرار تجميد أموال الطالبة لمدة أربعة سنوات منذ سنة 2012 دون الإدلاء بما يفيد القيام في آجال معقولة بأي مسعى جدي بغاية التحقق من سلامة تلك الأموال يُشكّل تعديا غير مبرر على حق الملكية وهو ما يفرض تدخل قاضي العجلة لوضع حدّ لهذا التعدي بالإذن برفع التجميد.
حيث اتجه الإذن بالتنفيذ على المسودة لما يلحقه استمرار تجميد أموال الطالبة من ضرر متفاقم يوميا بها.
لهذه الأسباب
حكمنا ابتدائيا استعجاليا بقبول الإدخال شكلا ورفع التجميد على حساب الطالبة مع الإذن بالتنفيذ على المسودة.

3. الحكم عدد 59995

المحكمة الابتدائية بتونس
قضية عدد 59995
تاريخ الحكم 5 جانفي 2016

حكم ابتدائي استعجالي
المحكمة

حيث صدر عن هذه المحكمة الإذن على عريضة عدد 62201 في 9 ديسمبر 2015 بالإذن للمطلوب راهنا البنك العربي لتونس بإجراء عقلة توقيفية على الأموال الراجعة للطالب راهنا والموجودة بين يدي الغير بقدر ما يفي بخلاص أصل الدين وقدره 478,د61.997.
حيث اقتضى الفصل 330 م.م.م.ت أنه "لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية [...] عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يفي بخلاص الدين المطلوب [...] ولو كان استحقاقه لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط".
حيث أن سلطة القاضي المختص بالإذن بالعقلة التوقيفية لا تنحصر في مراقبة توفر شرط ثبوت الدين وإنما له أيضا سلطة تقديرية لفحص مدى وجاهة العقلة بالنظر إلى جملة ملابسات النزاع وهو معنى اشتراط الحصول على إذن القاضي حتى يكون هذا الإذن وسيلة للتحقق من أن العقلة هي حقيقة إجراء مناسب وضروري فعلا للحفاظ على الدين.
حيث لئن لا جدال في وجود دين ظاهر بذمة الطالب على معنى الفصل 330 المذكور لتأسس ذلك الدين على عقد القرض المضاف، إلا أن المحكمة لا ترى في هذا ما يكفي لتبرير الإذن للبنك المقرض بضرب عقلة توقيفية والحال أن دينه مضمون بموجب الرهن الموظف على عقار الطالب مما يجعل العقلة المذكورة إجراء غير مناسب ولا جدوى منه لكونه لا يرمي إلى المحافظة على دين من خطر يتهدده بالتلاشي.
حيث طالما لم يثبت أن الإذن بالعقلة كان إجراء مناسبا وضروريا للمحافظة على الدين فلا موجب لإبقائه وتعين بالتالي الرجوع فيه.
حيث خلافا لما يتمسك به المطلوب فإن تعهد قضاء الأصل بالنظر في الدين لا يمنع هذه المحكمة من مراقبة الإذن بالعقلة وتفحص مدى وجاهة صدوره.
ولهذه الأسباب
حكمنا ابتدائيا استعجاليا بقبول المطلب شكلا وفي الأصل الرجوع في الإذن على عريضة عدد 62201 الصادر عن هذه المحكمة في 9 ديسمبر 2015.

4. الحكم عدد 90

الجمهورية التونسية
محكمة الاستئناف بباجة
قضية عدد 90 **قرار استئنافي مدني (إعادة نشر)**
تاريخ الحكم 8 فيفري 2021
تلخيص السيد مالك الغزواني

أصدرت محكمة الاستئناف بباجة المنتصبة للقضاء في المادة المدنية بجلستها المنعقدة يوم 8 فيفري 2021 برئاسة السيد فتحي اسكندراني وعضوية المستشارين السيدة ريم بوزيان والسيد مالك الغزواني الممضين عقبه ومساعدة كاتب الجلسة السيد عبد الباقي نصايري القرار الآتي بيانه بين المستأنفين (طالبي إعادة النشر): 1-فرج، 2-محمد، 3-فاطمة، 4-زينة، 5-سعاد، 6-نعيمة، 7-جليلة من جهة
والمستأنف ضدهما: 1-بلقاسم، 2-جنات
من جهة أخرى
الإجراءات
بعد الاطلاع على عريضة الدعوى المدنية المرفوعة لدى المحكمة الابتدائية بباجة بتاريخ 29 أكتوبر 2019 من فرج ومحمد وفاطمة وزينة وسعاد ونعيمة وجليلة ضد بلقاسم وجنات في طلب الإذن تحضيريا بتسمية خبير لإعداد مشروع في قسمة العقار المشترك موضوع الحكمين المسحيين عدد 13844 المؤرخ في 1 نوفمبر 2002 (المتولد عنه الرسم العقاري عدد 17626 باجة) وعدد 15197 المؤرخ في 29 نوفمبر 2004 (المتولد عنه الرسم العقاري عدد 28303 باجة) ثم الحكم بقسمتها.
وبعد الاطلاع على الحكم الصادر فيها بتاريخ 26 ماي 2011 تحت عدد 6134 بقسمة العقار المشترك طبقا للمشروع الأول المعد من الخبير محمد لطفي المازني في تقريره المؤرخ في 8 ديسمبر 2010 وإقرار كل مستحق بمنابه وتمكينه منه وحمل المصاريف القانونية على المستحقين كل حسب نسبة استحقاقه بما في ذلك أجرة الاختبار وقدرها 900 دينار.
وبعد الاطلاع على مطلب الاستئناف المرسم في 28 جانفي 2014.
وبعد الاطلاع على القرار الاستئنافي الصادر بتاريخ 27 أفريل 2015 تحت عدد 18229 القاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي من حيث مبدأ القسمة وذلك بإمضائها بين الشركاء طبق المشروع المقترح من الخبير محمد لطفي المازني في تقريره المؤرخ في 7 أكتوبر 2014 وإقرار الحكم الابتدائي فيما زاد على ذلك وإعفاء المستأنفين من الخطية وحمل المصاريف القانونية بما في ذلك مصاريف الاختبارات والتسجيل على المستحقين كل حسب نسبة تملكه ورفض الاستئناف العرضي موضوعا.
وبعد الاطلاع على القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 12 جانفي 2016 تحت عدد 29797 القاضي بقبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه.
وبعد الاطلاع على مطلب إعادة النشر المرسم بكتابة المحكمة في 27 جوان 2016.

وبموجب ذلك رسمت القضية بمحكمة الاستئناف تحت العدد المشار إليه أعلاه.
واستدعي محامي طالبي إعادة النشر طبق مقتضيات الفصل 135 م.م.م.ت.
وبالجلسة المعينة لها القضية ليوم 17 أكتوبر 2016 حضرت الأستاذة الحاري عن نائب طالبي إعادة النشر وطلبت التأخير.
ثم تتالى نشر القضية بعدة جلسات اقتضاها سيرها آخرها جلسة المرافعة المنعقدة يوم 25 جانفي 2021 التي بها حضر الأستاذ الجويني ورافع بما رآه مفيدا على ضوء تقاريره ولاحظ أن ما توصل إليه الخبراء في غير طريقه وأن الاختبار تعمد استثناء عنصر من عناصر التركة وطلب عدم اعتماده وحضر الأستاذ الداودي ورافع بما رآه مفيدا على ضوء تقاريره وتمسك ولاحظ أن الاختبار جاء في طريقه وحضر الأستاذ جعوان وتمسك بمرافعة زميله طالبا العمل بمقتضى الاختبار.
وإثرها أخرت القضية للمفاوضة، وبجلسة يوم التاريخ صُرّح بما يلي:
من حيث الشكل
حيث استوفى الطعن شكلياته طبقا للفصل 130 وما بعده م.م.م.ت واتجه التصريح بقبوله شكلا.
من حيث الأصل
حيث قام المدعون في الأصل وهم كل من فرج ومحمد وفاطمة وزينة وسعاد ونعيمة وجليلة عارضين أنه استقر على ملكهم بالاشتراك مع المدعى عليهما بلقاسم وجنات العقار المشترك الكائن بهنشير الحمري من عمادة سيدي السهيلي بباجة موضوع الحكمين المسحيين عدد 13844 المؤرخ في 1 نوفمبر 2002 (المتولد عنه الرسم العقاري عدد 17626 باجة) وعدد 15197 المؤرخ في 29 نوفمبر 2004 (المتولد عنه الرسم العقاري عدد 28303 باجة)، وهم يرغبون في الخروج من حالة الشيوع، لذلك طلبوا تكليف خبير لإعداد مشروع في قسمته.
حيث أصدرت محكمة البداية حكمها بقسمة العقار المشترك طبقا للمشروع الأول المعد من الخبير محمد لطفي المازني في تقريره المؤرخ في 8 ديسمبر 2010، فاستأنفه المدعون في الأصل فصدر القرار الاستئنافي بإقرار الحكم الابتدائي من حيث مبدأ القسمة مع تعديله وذلك بإمضاء القسمة بين الشركاء طبق المشروع المقترح من الخبير محمد لطفي المازني في تقريره المؤرخ في 7 أكتوبر 2014.
حيث تعقب كل من بلقاسم وجنات ذلك القرار فأصدرت محكمة التعقيب قراراها بالنقض والإحالة بناء على شمول القسمة للمعقبة جنات وتمييزها بمقسم حال أنها فوّتت في مناباتها لبلقاسم كما أن مشروع القسمة الواقع إمضاءه لم يعتمد قسمة القيمة بالرغم من أنها قسمة بين ورثة وأبقى بعض الورثة في حالة شيوع دون بحث في رغبتهم كما اقترح تصفيق أحد فصول التركة (العقار موضوع الرسم عدد 15197) بالبيع بدعوى أنه غير قابل للقسمة وكان أحرى تمييز أحد الشركاء به لعدم جواز التصفيق بالبيع على أحد أجزاء التركة فقط.
حيث تولى المستأنفون إعادة نشر القضية وجاء بالمستندات المقدمة من نائبهم الأستاذ كمال الوسلاتي، قبل أن يتخلى عن نيابتهم، أن قرار النقض انحصر في الجزء من المشترك الذي أبقاه الخبير على الشياع، لذا طلب إرجاع المأمورية للخبير ليتولى إعداد تقرير تكميلي يقع فيه تلافي ما ذكر.
حيث أجاب الأستاذ الداودي في حق المستأنف ضده بلقاسم بأن منوبه يتنازل عن منابه في العقار موضوع الرسم عدد 28303 شريطة تعويضه بجزء يضاهيه حذو القطعة التي امتاز بها.
حيث بموجب حكم تحضيري صادر في 29 ماي 2019 أذنت المحكمة للخبراء عمار الدجبي وعبد الجليل المسعودي والطاهر الدريدي لإعداد مشروع أو مشاريع لقسمة العقارين المشتركين ولو مع

التعديل بما يراعي مصلحة الشركاء والمشترك ورغبة من يرغب منهم في البقاء على حالة الشياع وبعد مكاتبة الوكالة العقارية الفلاحية واحترام الحدّ الأدنى لمساحة المقاسم المحدّد بهكتار واحد ثم الحصول على رأيها بخصوص مشروع أو مشاريع القسمة المقترحة.
حيث أنجز الخبراء المنتدبون المهمة التي وقع تكليفهم بها وضمّنوا نتيجة أعمالهم في تقريرهم المشترك المؤرخ في 15 جوان 2020.
حيث تعليقا على الاختبار لاحظ الأستاذ الجويني في حق المستأنفين أن منوبيه يرومون الخروج من الشيوع بتمييز كل منهم بمنابه عينا وهو ما يتعذر لكون نصيب كل منهم يقل عن الهكتار الواحد، لكن الخبراء لم يأخذوا هذا المعطى بعين الاعتبار وأعدوا مشروعا في القسمة وقع بموجبه تمييز المستأنف ضده بمقسم خاص به الرغم من ثبوت عدم قابلية المشترك للقسمة، ومن وجه آخر فقد قدّر الخبراء قيمة المسكن عدد 1 بمبلغ 400 دينار وهو تقدير بخس يصب في مصلحة المستأنف ضده باعتبار أن نفس المسكن قد سبق تقديره من الخبيرة أسماء دغبوجي بما قدره 10400 دينار، كما استبعد الخبراء محل السكنى عدد 2 من قاعدة تقدير المشترك ونسبوا ملكيته لفائدة المستأنف ضده وهو ما يعتبر تجاوزا منهم لمهامهم لعدم اختصاصهم بالبت في ملكية العقار المذكور أحرى وقد سبق البت في هذه المسألة ابتدائيا واستئنافيا بالحكم أن الاشتراك في الملكية ينسحب على جميع المشترك دون استثناء ولم تكن محل نقض من محكمة التعقيب مما لا يجوز معه إعادة تناولها، لذلك طلب تكليف خبراء من ذوي الاختصاص في الفلاحة والبناء لتقدير قيمة المشترك بما في ذلك المحلين عدد 1 و 2 وحفظ حق منوبيه في تقديم طلباتهم على ضوء ذلك.
حيث تعليقا على الاختبار لاحظ الأستاذان الداودي وجعوان في حق المستأنف ضده بلقاسم بأن من حق منوبهما أن يقع تمييزه بمقسم مستقل باعتباره يملك نصيبا يفوق نسبة التملك الدنيا في المنطقة، أما التفاوت في تقدير قيمة المسكن عدد 1 فلا وجود له باعتبار أن قيمة 400 تمثل قيمة رفع الأنقاض إذا ما تم هدم البناية لقدمها وتداعيها للسقوط، لذا فإن منوبه يصادق على أعمال الاختبار فيما انتهت إليه من اقتراح تمييزه بالمقسم A من الرسم عدد 17626 ويفوض النظر فيما يتعلق باقتراح تصفيق العقار موضوع الرسم عدد 28303 على أن يتم تمكينه من نصيبه من ثمن البيع.
المحكمة
1. في نطاق تعهد هذه المحكمة بالنزاع
حيث يتعلق النزاع بقسمة العقارين موضوع الرسمين عدد 17626 باجة وعدد 28303 باجة بين مستحقيهما ورثة المرحوم عثمان الكوكي وهم فرج ومحمد وفاطمة وزينة وسعاد ونعيمة وجليلة (المدعون في الأصل المستأنفون الآن) وبلقاسم وجنات (المدعى عليهم في الأصل المستأنف ضدهم راهنا).
حيث أصدرت محكمة البداية حكمها بقسمة المشترك طبقا للمشروع الأول المعد من الخبير محمد لطفي المازني في تقريره المؤرخ في 8 ديسمبر 2010، فاستأنفه المدعون في الأصل فصدر القرار الاستئنافي بإقرار الحكم الابتدائي من حيث مبدأ القسمة مع تعديله وذلك بإمضاء القسمة بين الشركاء طبق المشروع المقترح من الخبير محمد لطفي المازني في تقريره المؤرخ في 7 أكتوبر 2014، فتعقبه بلقاسم وجنات فأصدرت محكمة التعقيب قراراها بالنقض والإحالة بناء على شمول القسمة للمعقبة جنات وتمييزها بمقسم حال أنها فوّتت في مناباتها في العقار موضوع الرسم عدد 17726 لفائدة بلقاسم كما أن مشروع القسمة الواقع إمضاءه لم يعتمد قسمة القيمة بالرغم من أنها قسمة بين ورثة وأبقى بعض الورثة في حالة شيوع دون بحث في رغبتهم كما اقترح تصفيق أحد

فصول التركة بالبيع بدعوى أنه غير قابل للقسمة وكان أحرى تمييز أحد الشركاء به لعدم جواز التصفيق بالبيع على أحد أجزاء التركة فقط.
حيث أن أسباب النقض المذكورة تسري على الحكم الواقع نقضه برمته باعتبار أن المبدأ هو أن القسمة لا تتجزأ مما يوجب إعادة النظر في النزاع في مختلف أوجهه.

2. في استبعاد الاختبارات المجراة في القضية من الخبير محمد لطفي المازني

حيث يتمثل موضوع النزاع في قسمة تركة تتمثل في عقار فلاحي وهو ما يستدعي تكليف لجنة من الخبراء يشمل اختصاصهم قيس الأراضي (لتعلق الامر بقسمة عقارية) والفلاحة والشؤون العقارية (باعتبار أن موضوع القسمة يتمثل في عقار فلاحي ولكون القسمة تتطلب تقدير قيمة المشترك تطبيقا للفصل 131 م.ح.ع القاضي بأنه "في مادة التركات القسمة بالقيمة لا قسمة رقاب").
حيث أن الخبير محمد لطفي المازني هو خبير مختص في قيس الأراضي وقد أعدّ أولا مشروعا في القسمة بالاعتماد على المنابات العينية فكان ذلك سببا في نقض القرار الذي تبنى أعماله، وإن سعى لاحقا، بإذن من المحكمة، إلى تلافي هذا الخلل إلا أنه يبقى غير مختص بتقدير قيمة المشترك.

3. في الاختبار المأذون به من هذه المحكمة

حيث مراعاة لطبيعة المشترك فقد أذنت المحكمة، بموجب حكم تحضيري صادر في 29 ماي 2019، للخبراء عمار الدجبي المختص في قيس الأراضي وعبد الجليل المسعودي المختص في الشؤون العقارية والطاهر الدريدي المختص في الفلاحة بإعداد مشروع أو مشاريع لقسمة العقارين المشتركين ولو مع التعديل بما يراعي مصلحة الشركاء والمشترك ورغبة من يرغب منهم في البقاء على حالة الشياع وبعد مكاتبة الوكالة العقارية الفلاحية واحترام الحدّ الأدنى لمساحة المقاسم المحدّد بهكتار واحد ثم الحصول على رأيها بخصوص مشروع أو مشاريع القسمة المقترحة.
حيث أنجز الخبراء المنتدبون المهمة التي وقع تكليفهم بها وضمّنوا نتيجة أعمالهم في تقريرهم المشترك المؤرخ في 15 جوان 2020.

4. في طبيعة المشترك ومكوّناته

حيث ثبت بالاطلاع على مؤيدات الملف وما ورد بتقرير الاختبار الثلاثي المذكور أن المشترك يتمثل في:

i. العقار موضوع الرسم عدد 17626 باجة، يقع بالمنطقة السقوية العمومية هنشير الحمري سيدي السهيلي بباجة، مملوك من جميع أطراف النزاع باستثناء المستأنف ضدها جنات، يمسح 3 هك 79 آر 17 ص، به عدد 70 اصل زيتون، به بنايتين الأولى حديثة البناء تتكون من محل سكنى ومستودع في تصرف المستأنف ضده بلقاسم، أما البناية الثانية فهي قديمة ومهملة ومتداعية للسقوط.

ii. العقار موضوع الرسم عدد 28303 باجة، يبعد 250 مترا على العقار الأول، يقع بهنشير الحمري سيدي السهيلي بباجة، خارج المنطقة السقوية العمومية المذكورة، مملوك من جميع أطراف النزاع، يمسح 849 م.م.

5. في تقدير قيمة المشترك

حيث قدّر الخبراء المنتدبون قيمة العقار موضوع الرسم عدد 17626 بمبلغ 150.609د,500 آخذين بعين الاعتبار قيمة الأرض الفلاحية وقيمة ما بها من أشجار زيتون وقيمة أنقاض ما بها من بناء قديم. أما العقار موضوع الرسم عدد 28303 فقدروا قيمته بمبلغ 2547 دينار.
حيث نازع المستأنفون في عدم إدماج الخبراء لقيمة البناء الحديث في تقدير المشترك وفي تدني تقديرهم لقيمة البناء القديم.

i. في المنازعة حول إدماج قيمة المسكن حديث البناء

حيث يعيب المستأنفون على تقرير الاختبار عدم تقدير قيمة المسكن حديث البناء ويتمسكون بإدماجه في القسمة في حين يتمسك المستأنف ضده بلقاسم بأنه هو من أحدث البناء المذكور بماله.

حيث جاء بالفصل 62 م.ح.ع أنه ليس لأحد الشركاء ان يحدث شيئا في المشترك الا برضى الباقين صراحة او دلالة فان خالف وكان المشترك قابلا للقسمة يقسم فان لم يقع المحدث في مناب من احدثه خير الشريك بين إلزام شريكه بإزالة ما احدثه على نفقة هذا الاخير مع غرم الضرر ان اقتضى الحال وبين اداء ثمن المواد واجرة اليد العاملة بدون التفات لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقبة بسبب المحادثات.

حيث يؤخذ من هذا الفصل أنه يجوز للشريك أن يقيم إحداثات بالمشترك بشرط رضى شركائه، لكن لا يشترط أن يكون الرضى صريحا وإنما يمكن أن يكون ضمنيا، ويستدل الرضى الضمني من سكوت الشريك وعدم اعتراضه عند شروع شريكه في إنجاز إحداثات بالمشترك.

حيث من الثابت من التحقيقات التي أجراها الخبراء أن المحل حديث البناء وتوابعه هي بحوز المستأنف ضده بلقاسم الذي يستغلها لسكناه وفي نشاطه الفلاحي وقد أكّد أنه هو من تولى بناءه وقدّم تأييدا لذلك مكتوبا صادرا عن معتمدية باجة يفيد أنه انتفع سنة 1987 بقرض ومنحة لبناء مسكن ضمن برنامج إزالة الأكواخ.

حيث بالمقابل لم يصدر من المستأنفين ما يفيد أنه البناء الحديث المذكور قد اقيم من مورّثهم كما لم يدلوا بما يفيد صدور أي اعتراض عند إحداث شريكهم لذلك البناء سواء بالتنبيه عليه أو القيام ضده لطلب إيقاف الأشغال.

حيث ان عدم اعتراض المستأنفين على إقامة شريكهم للبناء المذكور وسكوتهم عنه يعتبر رضى منهم على قيامه بذلك الإحداث مما يجعل من غير الجدي منهم طلب إدماج قيمة ما أحدثه في تقدير المشترك.

ii. في المنازعة حول قيمة البناء القديم

حيث قدّر الخبراء قيمة أنقاض البناء القديم بما قدره 400 دينار على أساس أنها قيمة الهدم باعتباره متداعيا للسقوط، في حين تمسك المستأنفون برفض هذا التقدير بدعوى سبق إنجاز اختبار بواسطة الخبيرة أسماء الدغبوجي في 15 أفريل 2019 توصل إلى تقدير هذا البناء بما قيمته 10518 دينار.

حيث بالتأمل في الاختبارين المذكورين وما جاء بهما من وصف للبناء القديم باعتباره في حالة سيئة ومهمل تسربت الرطوبة لجميع أرجائه وما أرفق بهما من صور تدل بوضوح على حالة البناء فإن المحكمة ترى ترجيح أعمال الخبراء المنتدبين من هذه المحكمة باعتبار أن النتيجة التي توصلوا إليها من تقدير لقيمة الأنقاض على أساس قيمة هدمها لا غير هو التقدير الأنسب بالنظر لحالة البناء كما وقع وصفها.

6. في مشاريع القسمة المقترحة من الخبراء

i. في ضوابط قسمة المشترك

حيث اعتبارا لكون المشترك يتمثل في تركة عقارية جزء منها (الرسم 17626) يوجد بمنطقة سقوية عمومية فإن قسمته يجب أن تراعي في ذات الحين:

- الفصل 119 م.ح.ع القاضي بأنه "تتولى المحكمة ضبط نصيب كل شريك وفرز ما يمكن ان يمتاز من الاعيان المشتركة مراعية في ذلك مصلحة المشترك والشركاء وامكانية استغلال كل مناب مفرز

بأكثـر منفعة".
- الفصل 131 من نفس المجلة القاضي بأنه "في مادة التركات القسمة بالقيمة لا قسمة رقاب".
- الفصـل 8 مـن قانـون 27 مـاي 1963 المتعلـق بالإصـلاح الزراعـي فـي المناطـق السـقوية العموميـة القاضـي أنـه لا يمكـن بتاتـا لجملـة القطـع الراجعـة لمالـك واحـد داخـل منطقـة سـقوية عموميـة أن تتجـاوز الحـد الاقصـى أو تقـل عـن الحـدّ الأدنـى الـذي يقـع تحديـده بالأمـر المحـدث للمنطقـة السـقوية، وقـد جـاء بالأمـر عـدد 265 المـؤرخ فـي 31 جانفـي 1994 المحـدث للمنطقـة السـقوية حيـث يوجـد العقـار موضـوع الرسـم عـدد 17626 أن نسـبة التملـك الدنيـا فـي هـذه المنطقـة هـي هكتـار واحـد.

ii. في الحلول المقترحة من الخبراء للخروج من الشيوع

حيث اقترح الخبراء المنتدبون مشروعي قسمة آخذين حسب مناب كل شريك:

• المشروع الأول

باعتبـار أن المسـتأنف ضـده هـو الشـريك الوحيـد الـذي تفـوق نسـبة اسـتحقاقه الحـد الأدنـى المشـترط فـي المنطقـة السـقوية حيـث يوجـد العقـار 17626 والمقـدرة بهكتـار واحـد فـي حيـن تقـل منابـات البقيـة عـن هـذا الحـد الأدنـى فيمكـن قسـمة المشـترك بيـن فرعيـن:

- يسـتقل المسـتأنف ضـده بالمقسـم A مـن الرسـم عـدد 17626 مـن المثـال الهندسـي المعـد مـن الخبـراء مسـاحته 1 هـك 11 آر 68 ص يتمثـل فـي أرض فلاحيـة بهـا 30 أصـل زيتـون والبنايـة المهجـورة والبنـاء الحديـث الـذي أنجـزه مـن مالـه برضـى بقيـة شـركائه، مـع فائـض فـي القيمـة قـدره 3077 دينـار تدفـع للبقيـة.

- إذا قبـل المسـتأنفون بالانضمـام لبعضهـم والبقـاء علـى حالـة شـيوع بحيـث تصبـح نسـبة تملكهـم فـي نطـاق مـا يسـمح بـه قانـون الإصـلاح الزراعـي فإنهـم يمتـازون بالمقسـم B مـن الرسـم عـدد 17626 مـن المثـال الهندسـي المعـد مـن الخبـراء مسـاحته 2 هـك 67 آر 49 ص يتمثـل فـي أرض فلاحيـة بهـا 40 أصـل زيتـون، وكذلـك يمتـازون بجميـع العقـار موضـوع الرسـم عـدد 28303، مـع فائـض فـي القيمـة قـدره 3077 دينـار يدفعهـا لهـم المسـتأنف ضـده.

مع الملاحظ أن هذا المشروع حظي بقبول الوكالة العقارية الفلاحية.

• المشروع الثاني

إذا تمسـك المسـتأنفون باسـتقلال كل منهـم بمقسـم خـاص بـه فإنـه يصيـر مـن المتعـذر إنجـاز القسـمة عينـا ويتجـه حينئـذ تصفيـق المشـترك للبيـع.

7. في الحل المعتمد من المحكمة لإنهاء الشيوع

حيـث تمسـك المسـتأنف بتمييـزه بمنابـه عينـا مصادقـا علـى مشـروع القسـمة الاول كمـا اقترحـه الخبـراء، وبالمقابـل تمسـك المسـتأنف ضدهـم برفـض البقـاء فـي الشـيوع ورفـض الانضمـام لبعـض لتكويـن مقسـم يسـتجيب لنسـبة التملـك الدنيـا بالمنطقـة.

حيـث اقتضـى الفصـل 71 م.ح.ع أنـه "لا يجبـر أحـد علـى البقـاء فـي الشـيوع" وطالمـا عبّـر المسـتأنفون عـن رفضهـم البقـاء فـي الشـيوع فـلا مجـال لاعتمـاد حـل يخالـف رغبتهـم.

حيـث اقتضـى الفصـل 133 م.ح.ع أنـه "إذا تعـذر اجـراء القسـمة [...] اذنـت المحكمـة ببيـع المشـترك صفقـة بالمـزاد".

حيـث ان بيـع المشـترك فـي صـورة تعـذر قسـمته هـو، فـي صـورة اختـلاف الشـركاء، بيـع جبـري تقـرره المحكمـة رغمـا عـن إرادة المالـك الشـريك الـذي يريـد الحفـاظ علـى ملكـه لكـن يتعـذر لأسـباب قانونيـة (كمـا فـي قانـون الإصـلاح الزراعـي الـذي يفـرض نسـبة تملـك دنيـا) أو ماديـة (مسـاحة المشـترك) تمييـزه

بمنابه عينا فلا يوجد حل إلا بيع المشترك صبرة واحدة وقسمة محصله على الشركاء.
حيث ترتيبا عليه فإن تصفيق المشترك للبيع في صورة تعذر قسمته هو قيد على حق الملكية الذي يضمنه الفصل 41 الدستور ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.
حيث اقتضى الفصل 49 من الدستور أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".
حيث أن تصفيق المشترك للبيع هو تقييد لحق الملكية جاء به وبتنظيمه القانون في الفصل 133 م.ح.ع وهو تقييد يهدف لحماية حقوق الشركاء في التوصل بنصيبهم من المشترك في شكل مقابل مالي إذا تعذر توصلهم به عينا.
حيث ان تصفيق المشترك للبيع بصفته تقييدا يرد على حق الملكية يجب أن يكون متناسبا مع غايته والمقصد منه المتمثل في ضمان حق كل شريك بالانتفاع بنصيبه من المشترك، وتحرص المحكمة على التحقق من توفر هذا التناسب.
حيث ترتيبا عليه فإن تعذر القسمة على معنى الفصل 133 المذكور يجب أن يُفهم في أضيق نطاق ممكن حتى تبقى نتائجه في حدود ما هو أقل وقعا على حق الملكية، وعليه فإن تقدير تعذر القسمة يجب أن يكون بالنظر إلى جملة الشركاء وليس بالنظر إلى كل شريك على حدة، فإذا تبيّن أنه يمكن تخصيص أحد الشركاء بنصيبه عينا في حين يتعذر ذلك لشريكه فلا يمكن في هذه الصورة القول بتعذر القسمة والمرور إلى تصفيق العقار كله للبيع لأنه توجد إمكانية لتخصيص أحد الشركاء بنصيبه.
حيث إذا ثبت أنه يمكن تخصيص أحد الشركاء بنصيبه عينا فله ذلك، والفصل 49 من الدستور يمنع في هذه الصورة جبر هذا الشريك على بيع ملكه والحال أنه من الممكن تخصيصه بمنابه لأن التصفيق بالبيع يصبح في هذه الحالة تقييدا غير مبرر لحق الملكية وغير متناسب مع الغاية التي يرمي إليها الفصل 133 م.ح.ع في ضمان توصل كل شريك بمنابه.
حيث تبيّن من أعمال الاختبار أن نسبة تملك المستأنف ضده بلقاسم في المشترك تفوق النسبة الدنيا المشترطة بالمنطقة السقوية حيث العقار عدد 17626، وعليه حقّق الخبراء أنه يمكن تخصيصه بمقسم خاص به واقترحوا تمييزه بالمقسم A من الرسم عدد 17626 من المثال الهندسي الذي أعدوه بمساحة 1 هك 11 آر 68 ص ويتمثل في أرض فلاحية بها 30 أصل زيتون والبناية المهجورة والبناء الحديث الذي أنجزه من ماله برضى بقية شركائه، مع فائض في القيمة قدره 3077 دينار تدفع للبقية.
حيث أن تخصيص المستأنف ضده بالمقسم المذكور هو امر يوجبه ضمان حقه في الملكية.
حيث ان تصفيق كامل المشترك للبيع بدعوى أن بقية الشركاء لا يملكون النسبة لدنيا للتملك في المنطقة السقوية هو أمر يمنعه الفصل 49 من الدستور لأنه في هذه الصورة يجبر المستأنف ضده على بيع منابه جبرا دون مبرر إذ أنه تتوفر فيه شروط قانون الإصلاح الزراعي للتميز بمقسم اما حماية حقوق شركائه فلا تبرر وحدها إلزامه هو ببيع منابه أيضا لانه لا يمكن تحميله وزر نزول نسب استحقاق شركائه عن نسب التملك الدنيا.
حيث تتمثل الوسيلة المناسبة لحماية حقوق المستأنفين في تصفيق المناب الذي اقترح الخبراء إسناده

لهم وهو المقسم B من الرسم عدد 17626 من المثال الهندسي الذي أعدوه، مساحته 2 هك 67 آر 49 ص يتمثل في أرض فلاحية بها 40 أصل زيتون، وكذلك جميع العقار موضوع الرسم عدد 28303.

حيث ترى بالتالي الموازنة بين ضمان حق ملكية المستأنف ضده وعدم انتزاع منابه منه جبرا من جهة وضمان حق المستأنفين في التوصل بنصيبهم من التركة من جهة أخرى.

حيث يتمثل الحل الأنسب لضمان هذه الموازنة في تخصيص المستأنف ضده بمنابه عينا وبيع باقي المشترك الراجع إلى المستأنفين وتوزيع ثمنه عليهم حسب نسب استحقاقهم مع إلزام المستأنف ضده بان يدفع لفائدة المستأنفين فائض القيمة الذي توصل إليه الخبراء.

حيث اتجه بالتالي تعديل الحكم الابتدائي على نحو ما ذكر.

حيث تطبيقا للفصل 130 م.ح.ع فإن مصاريف القضية تحمل على أطرافها كل بحسب منابه في المشترك.

حيث ترى المحكمة إعفاء المستأنفين من الخطية وإرجاع مالها المؤمن إليهم

ولهذه الأسباب

قضت المحكمة بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي مع تعديله وذلك على النحو التالي:

- تخصيص المستأنف ضده بلقاسم بالمقسم A من العقار موضوع الرسم عدد 17626 باجة المعلم عليه باللون الأزرق من المثال الهندسي المعد من الخبراء الطاهر الدريدي وعمار الدجبي وعبد الجليل المسعودي في تقريرهم المؤرخ في 15 جوان 2020 وإلزامه بأن يدفع لفائدة المستأنفين 3077 دينار بعنوان فائض في القيمة.

- تصفيق المقسم B من العقار موضوع الرسم عدد 17626 باجة المعلم عليه باللون البنفسجي من المثال الهندسي المعد من الخبراء الطاهر الدريدي وعمار الدجبي وعبد الجليل المسعودي في تقريرهم المؤرخ في 15 جوان 2020 وكذلك العقار موضوع الرسم عدد 28303 باجة للبيع وتوزيع دخلهما على المستأنفين والمستأنف ضدها جنات كل حسب نسبة استحقاقه.

وإعفاء المستأنفين من الخطية وإرجاع مالها المؤمن إليهم وحمل المصاريف القانونية بما في ذلك أجور الاختبارات على أطراف القضية كل بحسب منابه في المشترك.

5. الحكم عدد 2036

الجمهوريـــة التونسيـــة
السلطة القضائية
المحكمـة الابتدائيـة بسيدي بوزيد

القضيـة عدد : 2036
تاريخ الحكم : 16-2-2021

الحمد للـــــه
باسم الشعب،

أصـدرت الدائـرة المدنيـة الأولـى بالمحكمـة الابتدائيـة بسـيدي بوزيـد بجلسـتها العموميـة المنعقـدة بقصـر العدالـة يـوم 16 فيفـري 2021 برئاسـة الوكيـل الأول لرئيـس المحكمـة السيد حاتـم بـن جماعـة وعضويـة القاضييـن السـيدين مهيمـن عزيـز خليفـي وعبـد الرحمـان محمـدي وبمحضـر كاتبـة الجلسـة السـيدة حليمـة عيسـاوي الحكـم الاتـي بيانـه بيـن:

عريضـــة الدعـــــوى

بموجـب العريضـة المبلغـة الـى المطلـوب فـي 12-1-2019 بواسـطة عـدل التنفيـذ سـعد العبيـدي حسـب رقيمـه عـدد37782 والمتضمنـة التنبيـه علـى المدعـى عليهـا بالحضـور بجلسـة يـوم 12-2-2019 وتقديم جوابـه كتابـة مصحوبـا بالمؤيـدات بواسـطة محامـي وإلا فـان المحكمـة تنظـر فيهـا حسـب اوراقهـا.

موضـوع الدعـــــوى

يعـرض المدعـون بواسـطة نائبهـم أن حمـودة بنهنيـة يملـك القطعـة عـدد 59 مسـاحتها 29 صـآر 26 آر و12 هـك وكانـت موجـودة ضمـن الرسـم العقـاري عـدد 51551 سـيدي بوزيـد ثـم وقـع اسـتخراجها وأصبحـت رسـما مسـتقلا يحمـل المعـرف 84805 سـيدي بوزيـد و فـي سـنة 2008 طلـب المدعـى عليـه مـن والـده حمـودة مالـك الأرض أن يبـرم لـه عقـد تسـويغ لمـدة 20 سـنة للحصـول علـى بعـض الإعانـات ،أي أن الاتفـاق كان علـى أسـاس ابـرام عقـد صـوري وبحكـم أن والـده كان كفيـف البصـر ومريضـا فقـد صـدق روايـة المدعـى عليـه وأبـرم عقـدا بالحجـة العادلـة فـي كـراء 10 هـك ارض لمـدة 20 سـنة بألفـي دينـار عـن كل المـدة أي مائـة دينـار فـي السـنة .وتوفـي المالـك الأصلـي حمـودة بنهينـة وأحـاط بإرثـه أطـراف النـزاع وطلبـوا مـن شـقيقهم المدعـى عليـه فسـخ العقـد الصـوري الـذي تـم نتيجـة التغريـر غيـر أنـه رفـض وتمسـك بعقـد التسـويع. وقـام المدعـون اعـلام المدعـى عليـه بانتقـال الملكيـة إليهـم وإليـه. وهـم يطلبـون فسـخ العقـد التسـويغ المبـرم بيـن والدهـم وشـقيهم المدعـى عليـه مسـتندين فـي ذلـك إلـى أحـكام الفصـل 56 م اع وفـق نصـه وعلـى أحـكام الفصـل 60 مـن نفـس المجلـة .فالغبـن نتيجـة التغريـر ثابـت لا مـراء فيـه ذلـك أن قيمـة التسـويغ هـي 100 د سـنويا فـي حيـن أن صابـة الزيتـون وحدهـا فـي العقـار تفـوق 70 ألـف دينـار وقـد كانـت سـنة 2014 أكثـر مـن 50 ألـف د كمـا سـثبته التقريـر المجـرى مـن الخبيـر السـيد حسـين أولاد احمـد بنـاء علـى الإذن علـى العريضـة دد 95848 لمـؤرخ فـي 26-12-2104 ،وكذلـك عمـلا بالفصـل 59 مـن م اع والفصـل 61 مـن نفـس المجلـة يـؤدي فـي تطبيقهمـا إلـى تأكيـد وجـود الغبـن المستشـف مـن الفـرق بيـن القيمـة الحقيقيـة للعـار والقيمـة المذكـور فـي العقـد ،فالفـرق بيـن مـا يجنيـه المدعـى عليـه مـن العقـار مقارنـة بالقيمـة المنصـوص عليهـا بالعقـد يصـل الـى 500 ضعـف وهـي غبـن بـواح مخالـف لمبـادئ العـدل والإنصـاف بـل وحتـى ال100 د لا يدفعهـا أصـلا منـذ ابـرام العقـد وهـو مـا يجعـل فسـخ العقـد أمـرا حتميـا.

طالبـا فـي كل ذلـك القضـاء بفسـخ عقـد التسـويغ الرابـط بيـن مـورث المدعيـن (.....) والمدعـى

عليه (.....) المحرر بالحجة العادلة في 21-2-2008 والمسجل بالقباضة المالية في 25-6-2014 والمتعلق بالقطعة عدد 59 محل الرسم العقاري عدد 84805 سيدي بوزيد والإذن بالتشطيب على عقد التسويغ المرسم بالرسم المذكور في 13-2-2014 مجلد عدد 2014/2 عدد 457.

الاجراءات

وبموجب ذلك قيدت القضية بالدفتر المخصص لنوعها تحت العدد المبين اعلاه واذن بنشرها بالجلسة المعينة لها بالاستدعاء، ثم تتالى نشر القضية بعدة جلسات اقتضاها سيرها كان آخرها جلسة المرافعة بتاريخ 19-1-2020 ولما تهيأت للفصل واستوفى الأطراف ما لديهم من ملحوظات حجزت القضية لجلسة اليوم المبين بالطالع للمفاوضة والتصريح بالحكم لجلسة اليوم المبين تاريخه بالطالع وفيها صرح علنا بالحكم الاتي بيانه سندا ونصا:

المستنـــــــدات

حيث كانت الدعوى تهدف الى طلب الحكم إلى ما سبق بيانه في باب الوقائع.

وحيث أدلى المدعون تأييدا لدعواهم بما يلي: أصل شهادة الملكية للرسم العقاري عدد 84805 سيدي بوزيد وأصل محضر اعلام بانتقال ملكية ونسخة مطابقة للأصل من عقد تسويغ أرض فلاحية وأصل تقرير اختبار.

وحيث جوابا عن الدعوى لاحظ نائب المدعى عليها التالي:

- أن العقد المراد فسخه ابرم صحيحا مستوفيا لجميع مقوماته المطلوبة قانونا، كما أن العاقد مورث المتداعين كان قد تقدمت عنه المدعية (.....) بموجب الإذن الصادر تحت عدد 39346 بتاريخ 21-2-2018 وقد أمضت الى جانبه بحجة التسويغ المراد فسخها

- أن الإذن المذكور لم يصدر إلا بعد تلقي سماعات المتداعين شخصيا من قبل رئيس المحكمة ما يجعل التمسك بأحكام الفصل 26 من م ا ع بدعوى صورية العقد غير ممكن.

- أن الاستناد الى أحكام الفصل 56 من م اع لا يمكن مجاراته ضرورة وأن لا وجود لمخاتلات أو حيل أو خزعبلات من شأنها أن تحمل الطرف الآخر على التعاقد، ضرورة كذلك أنه تم تحت اشراف ممن له النظر بموجب الإذن المشار اليه.

- أن تأسيس الدعوى على أحكام الفصل 61 لا يمضي قانونا ضرورة وأن العاقد ليس بصغير أو فاقد الأهلية.

طالبا القضاء برفض الدعوى وإبقاء مصاريفها محمولة على القائم بها بما في ذلك ألف دينار لقاء أتعاب التقاضي واجرة المحاماة.

وحيث اقتضى سير القضية ورأي المحكمة بموجب حكمها التحضيري المؤرخ في 22-10-2019 التحرير على طرفي النزاع وتلقي ما لديهما من بينة بواسطة القاضي المقرر مكتبيا يوم 23-10-2019.

وحيث تنفيذا لذلك الحكم التحضيري بالموعد المضروب للتحريرات حضرت المدعية (.....) وصرحت أنها على دراية بالعقد المبروم بين والدها والمدعى عليه، وإن إرادة والدها انصرفت إلى عقد اتفاق صوري قصد تمكين المطلوب من تحصيل منحة فلاحية وحفر بئر سطحية دون أن تكون قد اعملت بقية إخوتها لغياب ما كان يدور بنية المطلوب من الاستحواذ على محل التسويغ.

وحيث قررت المحكمة بموجب حكمها التحضيري المؤرخ في 18-2-2020 إعادة التحرير على المتداعين مع ما لهم من بينة ومؤيدات مكتبيا بواسطة القاضي المقرر يوم 30-3-2020.

وحيث تنفيذا لذلك تحرر بالموعد المحدد على من حضر من المتداعين في شخص المدعية (.....) والمدعى عليه (.....) دون من عداهما. وقد أفادت المدعية مسعودة أن العقد المبروم بين والدها والمدعى عليه عقد صوري بدلالة المعين الذي ضبط له وبدلالة المساحة التي عليها

العقار كونها لا تتعدى مائة دينار في السنة الواحدة ،وغاية ما فيه أن يحصل المدعى عليه على المنح الفلاحية لا أكثر ،وأن الأخير رفض فسخ عقد التسويغ بعد وفاة والدها ولم يتول حتى دفع المعينات المطالب لها إليها ،كما أدلت ببينات خطية ،و بالتحرير على المطلوب أفاد أنه يروم الصلح مع إخوته ويطلب امهاله بعض الوقت لتحديد ما يستقرون عليه من الالتزامات تمهيدا لفسخ العقد بالتراضي.

وحيث تعليقا على التحريرات لاحظ نائب المدعين ان التغرير ثابت ثبوت الغبن، وأن والدها أبرم العقد غاية تحصيل معونات فلاحية ومنح لا أكثر وأن حضور المطلوب وطلبه الصلح دون تمامه يعد إقرارا ضمنيا بصورية العقد. وتمسك بالطلبات المضمنة بالعريضة الفاتحة للدعوى.

المحكمـــــــــة

حيث تهدف الدعوى إلى طلب القضاء بفسخ عقد الكراء الرابط بين مورث المدعين (.....) والمدعى عليه (.....) المؤرخ في 21-2-2008 والمسجل بالقباضة المالية في 25-6-2014.

وحيث لا جدال أن أصل المعاملة بين مورّث المدعين والمدعى عليه تمثّل في ابرام عقد كراء لأرض فلاحية مساحتها 20 ص 26 آر 12 هك بمقابل نقدي قدره مائة دينار في السنة الواحدة لمدة عشرين سنة كاملة حال أنّ الخبير حسين أولاد أحمد المنتدب الإذن على عريضة المؤرخ في 20-1-2015 خلص إلى أن العقار درّ على المطلوب خلال موسم فلاحي واحد (سنة 2015) ما قدره 840،379.50 د.

وحيث اقتضى الفصل 41 من الدستور أن: "حق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون". كما جاء بالفصل 49 منه: "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من كل انتهاك".

وحيث ولئن كان حق المدعى عليه في استغلال العقار قد تأسس على عقد التسويغ المؤرخ في 21-2-2008 إلا أن هذا الحق يجب أن لا يؤدي إلى إهدار حق آخر وذلك بنيله بصفة تكاد مطلقة من حق الملكية الذي انجرّ للمدعين في قضية الحال من مورثهم.

وحيث تضمّن عقد الكراء المذكور من جهة أولى تفاوتا واضحا في الإلتزامات، وهو تفاوت لم يكن من جهة ثانية ضروريّا مع الهدف المنشود منه. فعقد الكراء هو من عقود المعاوضة التي يهدف إلى أن يحصل كل من المتعاقدين على مقابل لما يقدمه للطرف الآخر. فكما يستفيد المكتري من الشيء المكتري وينتفع به فإنه في المقابل ملزم بدفع أجرة مناسبة للمكري نظير هذا الإنتفاع.

وحيث إن استمرار العمل بعقد كراء غير متكافئ من شأنه أن يشكّل تعدّيا غير مبرر على حق الملكية الذي انجرّ للمدّعين من مورثهم، وإضرارا بهم بوصفهم غيرا عن عقد الكراء موضوع قضية الحال.

وحيث من ناحية أخرى فمن المقرر قانونا أن العقود والالتزامات تستوجب في تكوينها وتنفيذها تمام الأمانة على معنى ما جاء به الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أنه: "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الامانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما يترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الانصاف".

وحيث إن من توابع تمام الأمانة في الالتزامات تكوينا وتنفيذا أن تكون العدالة التعاقدية حاصلة بوجه معقول بين المتعاقدين؛ فلا يستغلّ أحدهما حرج الآخر أو تهوّره أو قلّة خبرة معاقده بغرض تحصيل مقابل يتجاوز قيمة ما تعهّد به بموجب العقد بوجه يجعل عدم التناسب بين المتعاقدين بارزا.

وحيث وعلى خلاف القانون التونسي، تصدّت القوانين المقارنة لوضعيّات الخروج عن شرف التعامل ومقتضيات حسن النية بتكريسها لعيب جديد من عيوب الرّضا وهو عيب الاستغلال أي حالة وجود ما يعيب الإرادة عند التعاقد حيث يكون أحد المتعاقدين في حالة ضعف سواء كان بسبب نفسي، أو بسبب مادي، وهذا العيب في الإرادة لا يجعل العقد متعادلا، فلا يكون هناك تناسب بين

التزام المتعاقد الذي فرض قوته والتزامات الطرف الآخر الضعيف.
وحيث يستوجب عيب الاستغلال لقيامه توافر ركنين متلازمين: ركن مادي يتمثل في الاختلال الفادح بين التزامات العاقدين أي بحصول أحد طرفيه على مقابل يتجاوز قيمة ما تعهد به بطريقة تجعل عدم التناسب بينهما بارزا. وركن معنوي يتمثل في استغلال أحد العاقدين للظروف النفسية أو المادية لدى العاقد الآخر.

وحيث رجوعا إلى أوراق الملف يتحصّل من وقائعها قيام مورّث المتداعين بإبرام عقد كراء لأرض فلاحية تزيد مساحتها عن 12 هك مع ابنه المدعى عليه لمدة عشرين سنة كاملة وبمقابل سنوي قدره مائة دينار فحسب، بما تبيّن معه عدم التناسب البيّن بين التزامات الطرفين.
وحيث تبعا لما تقدّم تكون إرادة مورّث المتعاقدين زمن ابرام العقد معيبة بحكم ما حفّ بها من ظروف تستخلص من عدم التناسب بين الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين وممّا انصرفت إليه نيّة المتعاقدين زمن العقد وممّا كانت عليه الحالة الصحية للمطلوب وهو ما يجعل عيب الاستغلال قد حاز على موجبات قيامه ويشكّل بالتبعية تعدّيا على حق الملكية الذي انجرّ للمدعين بموجب الميراث.
وحيث طالما أن عقد التسويغ المبرم بين مورث المتداعين والمدعى عليهم لم يكن مناسبا ولا مبرّرا؛ تعيّن الحكم بفسخه والإذن بالتشطيب عليه من الرسم العقاري عدد 84805.
وحيث تسلط الحكم على المطلوب فتعيّن حمل المصاريف القانونية عليه وفقا للفصل 128 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
لذا ولهذه الأسباب؛
قضت المحكمة ابتدائيا بفسخ عقد التسويغ المبرم بين مورث المتداعين (.....) والمدعى عليه (....) المحرر بالحجة العادلة في 21-2-2008 والمسجل بالقباضة المالية في 25-6-2014 والمتعلق بالقطعة عدد 59 محل الرسم العقاري عدد 84805 سيدي بوزيد والإذن بالتشطيب على عقد التسويغ المذكور بالرسم المشار اليه في 13-2-2014 مجلد 2014/2 عدد 457 وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه.

حرر في تاريخه

6. الحكم عدد 9627

الجمهورية التونسية
وزارة العدل
المحكمة الابتدائية بقرمبالية
القضية عدد: 9627

تاريخ الحكم : 2021/01/25
تلخيص القاضي السيدة هبة الله القليبي

الحمد لله وحده،
حكم مدني
أصدرت المحكمة الابتدائية بقرمبالية عند انتصابها للقضاء في المادة المدنية بجلستها العمومية المنعقدة يوم 2021/01/25برئاسة السيدة نائلة االشبلي وكيل رئيس المحكمة وعضوية القاضيين السيدة منيرة عرعوري والسيدة صابرين اللواتي وبمحضر كاتبة الجلسة السيدة ريم بنعبيد.
بمقتضى عريضة الدعوى المبلغة إلى المدعى عليه في 2019/04/24 بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ رفيق بوبكر حسب رقيمه عدد 110018 للحضور بالجلسة المعينة يوم 2019/05/27 للنظر في الدعوى المرفوعة ضده والآتي بيان موضوعها:
موضوع الدعوى
يعرض نائب المدعي أنه يملك عقارا كائن بنهج ابن أبي ضياف عدد 15 بالحمامات، ويقطن المدعى عليه بالعقار المحاذي لعقار المدعي بعدد 13 نهج ابن أبي ضياف الحمامات، وعمد المدعى عليه في المدة الأخيرة إلى القيام بأشغال بناء فوق عقاره وذلك لإقامة بيانه دون احترام مسافة الارتداد ولمثال التهيئة العمرانية المنطبق على المنطقة مما ألحق ضررا بعقار المدعي وأنه تولى التنبيه عليه بواسطة عدل تنفيذ بتاريخ 2016/03/04 حسب الرقيم عدد 103362 بتوقيف الأشغال التي باشرها وإزالة البناء المقام فوق عقاره بصورة مخالفة للقانون فأذعن للتنبيه إلا أنه تولى مؤخرا استئناف الأشغال التي شرع فيها سنة 2016 مثلما تم بسطه سابقاكما عمد إلى إقامة نافذة تطل مباشرة على الحديقة الأمامية لعقار المدعي مما مثل كشفا واضحا من شأنه تكدير راحة المدعي فتظلم إلى رئيس بلدية الحمامات بموجب المكتوب المؤرخ في 2018/12/31 كما تم بنفس التاريخ معاينة البناية المقامة من قبل المدعى عليه حسب محضر المعاينة المجرى بواسطة عدل تنفيذ بتاريخ 2018/12/31 نحت عدد 109349.
لذلك فهو يطلب الإذن تحضيريا لأحد السادة الخبراء المختصين بالتوجه على عين المكان بعد استدعاء الطرفين ومعاينة البناء الذي أقامه المدعى عليه فوق عقاره ومدى مخالفته للقانون وللتراتيب الجاري بها العمل كتحديد المضرة اللاحقة بعقار المدعي بسبب البناية المقامة داخل مسافة الارتداد وبيان الطريقة المثلى الكفيلة رفع المضرة وما يلزم من مال ووقت لرفعها وتضمين أعماله خلاصتها في تقرير ينهى إلى المحكمة في أجل معقول مع حفظ الحق في التعليق على أعمال الاختبار والنتيجة المتوصل إليها وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.
الاجراءات
وبموجب ذلك رسمت القضية بالدفتر المعد لنوعها تحت ع9627ـــــدد وأذن بنشرها بالجلسة المعينة لها برقيم الاستدعاء وبها حضرت الأستاذة زوالي عن الأستاذة درويش وطلبت التأخير للجواب عن المطلوب وحضر الأستاذ الذيبي عن الأستاذ مالوش وأدلى بمؤيد وفوض النظر
ثم تتابع نشر القضية بعدة جلسات اقتضاها سيرها كان آخرها جلسة المرافعة المعينة ليوم

2021/01/11 وبها حضر الأستاذة ممو عن الأستاذة درويش وتمسكت والأستاذة حمروني عن الأستاذ مالوش وأدلت بتقرير وتمسكت إثر ذلك تم حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم لجلسة يوم 2021/01/25 وبها وبعد المفاوضة القانونية صرح عموما وعلنا بالحكم الآتي بيانه سندا ونصا:

المستنـــــدات

حيث كانت الدعوى تهدف إلى طلب الحكم وفق ما تضمنته عريضة افتتاحها من طلبات.

وحيث أدلى نائب المدعي بالمؤيدات التالية تأييدا لدعواه حسبما هو مضمن بكشف المؤيدات:

1. أصل محضر استدعاء للجلسة مع عريضة الدعوى مع أصل جذر بريد.
2. أصل شهادة ملكية
3. نسخة من محضر تنبيه بتوقيف أشغال مبلغ بواسطة عدل تنفيذ الأستاذ رفيق بوبكر بتاريخ 2016/03/04 حسب محضره عدد 103362
4. أصل المكتوب الموجه إلى السيد رئيس بلدية الحمامات المؤرخ في 2018/12/31
5. أصل محضر معاينة محرر بواسطة عدل تنفيذ الأستاذ رفيق بوبكر بتاريخ 2018/12/31 حسب المحضر عدد 109349.

وحيث أجاب المدعى عليه عن الدعوى بواسطة نائبته بموجب التقرير المدلى به بجلسة يوم 2019/07/08 تمسكت من خلاله من حيث الشكل بأن عريضة الدعوى موجهة ضد المدعو لطفي القيزاني في حين ن العقار المتمثل في محل سكنى فردي هو على ملك محمد لطفي قيزاني ولميا زراعي على الشياع لجميع العقار موضوع الرسم العقاري عدد 596220 نابل مثلما هو ثابت من شهادة الملكية، ومن حيث الأصل وبصفة احتياطية تمسكت بأن ملكية العقار انتقلت لمنوبها وشريكته خلال سنة 2015 وتم بناء محل السكنى من سنوات ولم يقم المدعى عليه بأية أشغال تهم ركائز محل السكنى الموجود حاليا وبذلك فما جاء بمحضر التنبيه وعريضة الدعوى هو من قبيل التزيد وأنه لا يوجد أي مثال تهيئة عمرانية لمدينة الحمامات منذ سنة 1977 إضافة إلى أن محل سكنى طرفي النزاع مقام دون ترخيص من قبل كليهما وأن ما قام به المدعى عليه إنما هو تعلية لسياج سطح عقاره من 70 صم إلى 10.1 صم لغاية الحماية فقط وأن المدعى عليه هو المتضرر من عقار المدعي الذي به عدة تجاوزات طالبا على ذلك الاساس الحكم برفض الدعوى وبصفة احتياطية تفوض النظر في تكليف خبير مختص يتولى التوجه على العين وبيان الأضرار إن وجدت وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الأصل بتغريم المدعي لفائدة المدعى عليه بما لا يقل عن 1000د لقاء اتعاب تقاضي وجرة محاماة.

وحيث دلى نائب المدعي بتقرير بجلسة يوم 2019/10/14 تمسك من خلاله بن القيام بدعوى الحال كان بناء على ظواهر الأمور التي توحي بأن المدعى عليه هو مالك العقار والمتصرف الوحيد فيه طالبا الإذن له تحضيريا بإدخال زوجة المدعى عليه والمالكة معه على الشياع وأن ادعاءات المدعى عليه وردت جميعها مجردة لم يدل بما يثبتها البا القضاء وفق ما هو مضمن بعريضة الدعوى.

وحيث أذنت المحكمة تحضيريا بتاريخ 2020/01/24 بتكليف الخبير "محمد عرفة" بالتوجه الى العقار موضوع التداعي ومعاينة المضرة المدعى بها إن وجدت وتشخيصها بدقة وبيان اسبابها وكيفية رفعها والمصاريف والوقت اللازمين لذلك.

وحيث ادلى نائب المدعي بتقرير بجلسة يوم 2020/03/09 بتقرير طب من خلاله القضاء صالح الدعوى وحفظ حق المدعي في التعليق على نتيجة وأعمال الاختبار المأذون به وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

وحيث أنجز الخبير المنتدب المهمة المناطة بعهدته وضمن نتيجة اعماله في تقرير اختباره المؤرخ طبق قرار تعديله في 2020/05/26 خلص فيه الى أنه بعد المعاينة والتشخيص فقد خالف المدعى

عليه بنود كراس الشروط العمرانية وذلك من حيث مسافة الارتداد:
- فمسافة ارتداد الطابق الأرضي والطابق العلوي الأول يجب ألا تقل عن أربعة أمتار
- مسافة ارتداد الطابق العلوي الثاني يجب أن لا تقل عن نصف الارتفاع أي 2/5.10= 25.5 م
- في حين أن المدعى عليه أقام بناءه بمسافة ارتداد تتراوح بين الصفر و52.1م
- وهو ما يمثل فعلا مضرة في حق المدعي سواء من حيث الكشف أو حجب الشمس والهواء.

وحيث اقترح الخبير المنتدب لرفع المضرة أنه يتعيّن على المدعى عليه الالتزام ببنود كراس الشروط العمرانية المتعلقة بالمنطقة ، أي ان تكون مسافة التراجع بالنسبة للطابق الأرضي والطابق العلوي الأول مساوية لأربعة أمتار أو أكثر وذلك من الجهة الخلفية والجهة الجانبية على الحدود الفاصلة من مقسم المدعي وأن لا تقل مسافة التراجع بالطاق العلوي الثاني عن نصف ارتفاع البناء أي 2/5.10 =52.5 م وللامتثال إلى كراس الشروط العمرانية وجب هدم الإحداثات المقامة داخل مسافة الاتداد مثلما هو مبين في الأمثلة الهندسية المصاحبة باللون الأزرق للطابقين الأرضي والعلوي الأول وللون الأحمر بالنسبة للطابق العلوي الثاني على أن يتم ذلك تحت إشراف مكتب دراسات مختص في الخرسانة.

وحدد قيمة المصاريف لرفع الضرر عن عقار المدعي كالآتي:
1/ هدم أجزاء الطابق العلوي الثاني المقامة داخل مسافة الارتداد =8000.000د
2/ هدم أجزاء الطابق العلوي الأول المقامة داخل مسافة الارتداد =8000.000د
3/ هدم أجزاء الطابق الأرضي المقامة داخل مسافة الارتداد =7000.000د
4/ مكافات مكتب الدراسات الخرسانية المشرف على عملية الهدم = 3000.000د
وبذلك فإن جملة المصاريف قدرت بـ 26.000.000د وقدرت المدة اللازمة لذلك بـ 45 يوما.

وحيث وتعليقا على نتيجة الاختبار طلب نائب المدعي بموجب التقرير المدلى به بجلسة يوم 2020/10/19 القضاء لصالح الدعوى وذلك بإلزام المدعى عليه بإزالة المضرة طبق تقرير الاختبار في أجل أقصاه شهر من تاريخ صيرورة الحكم قابلا للتنفيذ وفي صورة امتناع المدعى عليه فالإذن للمدعي برفعها على نفقته وله حق الرجوع على المدعى عليه قانونا وفي كلا الالتين تتم الأشغال تحت إشراف الخبير المنتدب وإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعي 1000د لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليه وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

وحيث علق نائبة المدعى عليه على نتيجة الاختبار بموجب التقرير المدلى به بجلسة يوم 2020/10/19 تمسكت من خلال بملاحظاتها السابقة بخصوص قدم البناء بطابقه الأرضي والأول ملاحظة أن البنايتين موضوع التداعي ليستا متلاصقتين بما يصعب معه الكشف على الأخر او حجب اشعة الشمس هو ما يثبته محضر المعاينة عدد 22621 بتاريخ 2020/08/26 فضلا على كون الكشف محل التداعي انما سببه عقار المدعي وليس عقار المدعى عليه فضلا على كون المدعى عليه مقيم خارج البلاد التونسية بما تعذر عليه معه حضور عملية الاختبار وهو ما يحول أيضا دون تكدير راحة المتساكنين طالبة على ذلك الأساس القضاء برفض الدعوى واحتياطيا جدا تطلب تكليف خبير مختص في البناء يتولى التوجه على عين المكان لوقوف على الحقيقة وبيان المضرة ان وجدت من عدمها وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الأصل بتغريم المدعي بما لا يقل عن 1000د لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة.

وحيث أدلى نائب المدعي بجلسة المرافعة تمسك من خلاله بما جاء بعريضة الدعوى من طلبات وبالتقارير السابقة وتمسك بوجود الضرة المدعى بشأنه المتمثلة في حجب الهواء والشمس عن عقار المدعي وأن تخلف المدعى عليه عن حضور عملية الاختبار ليس له أي مبرر شرعي وجدي فضلا

وهو ما حال دون تقديمه للوثائق المثبتة لادعاءه بخصوص قدم عقاره طالبا على ذلك الأساس الحكم بإزالة المضرة اللاحقة بعقار المدعي على النحو المشخص بتقرير الاختبار المنجز بواسطة الخبير المنتدب محمد عرفة وتحت إشرافه وما يقتضيه ذلك من أعمال فنية مفصلة بالاختبار في أجل أقصاه شهر من تاريخ صيرورة الحكم قابلا للتنفيذ وفي صورة امتناع المدعى عليه فالإذن للمدعي بالقيام بذلك على نفقته وله حق الرجوع على المدعى عليه قانونا وفي كلا الحالتين تتم الأشغال تحت إشراف الخبير المنتدب وإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعي مبلغ 1000د لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليه كتسجيل طلب المدعي الرامي للإذن لأحد السادة القضاة المقررين للتوجه على العين للوقوف على جميع التجاوزات التي ارتكطبها المدعى عليه من خلال إقامته لبناء مخالف للقانون ولكراس الشروط العمرانية المنطبق على المنطقة الموجود بها محل التداعي مع استعداد المدعي لتحمل جميع مصاريف تنقل القاضي المقرر في صورة الإذن بذلك وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

المحكمة

أولا -في الدعوى الاصلية:

حيث كانت الدعوى تهدف الى طلب الحكم الحكم بإزالة المضرة اللاحقة بعقار المدعي على النحو المشخص بتقرير الاختبار المنجز بواسطة الخبير المنتدب محمد عرفة وتحت إشرافه وما يقتضيه ذلك من أعمال فنية مفصلة بالاختبار في أجل أقصاه شهر من تاريخ صيرورة الحكم قابلا للتنفيذ وفي صورة امتناع المدعى عليه فالإذن للمدعي بالقيام بذلك على نفقته وله حق الرجوع على المدعى عليه قانونا وفي كلا الحالتين تتم الأشغال تحت إشراف الخبير المنتدب وإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعي مبلغ 1000د لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليه كتسجيل طلب المدعي الرامي للإذن لأحد السادة القضاة المقررين للتوجه على العين للوقوف على جميع التجاوزات التي ارتكطبها المدعى عليه من خلال إقامته لبناء مخالف للقانون ولكراس الشروط العمرانية المنطبق على المنطقة الموجود بها محل التداعي مع استعداد المدعي لتحمل جميع مصاريف تنقل القاضي المقرر في صورة الإذن بذلك وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

وحيث خوّل الفصل 99 من مجلة الالتزامات والعقود "للمجاورين الحق في القيام على اصحاب الاماكن المضرة بالصحة او المكدرة لراحتهم بطلب ازالتها او اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة والرخصة المعطاة لأصحاب تلك الاماكن ممن له النظر لا تسقط حق الاجوار في القيام."

وحيث يؤخذ من الفصل المذكور أن المشرع حمل واجبا هاما على الجار وهو تحمل الأضرار المألوفة ومكنه في الآن نفسه من حق القيام برفع ما تجاوز ذلك من الأضرار التي لها مساس بالصحة والراحة.

وحيث أن المضرة المدعى بها والمتمثلة طبق عريضة افتتاح الدعوى في تولي المدعى عليه القيام بأشغال بناء فوق عقاره المجاور لعقار المدعي وذلك بإقامة بناية دون احترام مسافة الارتداد ولمثال التهيئة العمرانية المنطبق على المنطقة.

وحيث لئن لم يحدد المشرع المضرة صلب الفصل 99 م ا ع إلا أنه ترك مجال تقديرها إلى المحكمة التي تستشفها من مظروفات ملف الدعوى وقد استقر فقه القضاء على اعتبار أن المضرة المقصودة من الفصل 99 المذكور هي كل ما من شأنه النيل من الصحة والراحة ومنها المشف وحجب الهواء والضجيج وغيرا من أشكال المضرة التي عادة تستعين المحكمة بأهل الخبرة والاختصاص للوقف عليها وتشخيصها واقتراح الحلول المناسبة عليها لرفعها.

وحيث أذنت المحكمة تحضيريا في إطار ما لها من أعمال استقرائية، استجابة لطلب المدعي، بتكليف خبير طبق احكام الفصل 86 من م م م ت.

وحيث خلص الخبير المنتدب "محمد عرفة" صلب تقريره المؤرخ طبق قرار تعديله في

2020/05/26 خلص فيه الى أن المدعى عليه قد خالف بنود كراس الشروط العمرانية وذلك من حيث مسافة الارتداد:

- فمسافة ارتداد الطابق الأرضي والطابق العلوي الأول يجب ألا تقل عن أربعة أمتار
- مسافة ارتداد الطابق العلوي الثاني يجب أن لا تقل عن نصف الارتفاع أي 2/5.10= 25.5 م
- في حين أن المدعى عليه أقام بناءه بمسافة ارتداد تتراوح بين الصفر و52.1م

مما يمثل مضرة في حق المدعي سواء من حيث الكشف أو حجب الشمس والهواء واقترح الخبير المنتدب لرفع المضرة أنه يتعيّن على المدعى عليه الالتزام ببنود كراس الشروط العمرانية المتعلقة بالمنطقة ، أي ان تكون مسافة التراجع بالنسبة للطابق الأرضي والطابق العلوي الأول مساوية لأربعة أمتار أو أكثر وذلك من الجهة الخلفية والجهة الجانبية على الحدود الفاصلة من مقسم المدعي وأن لا تقل مسافة التراجع بالطابق العلوي الثاني عن نصف ارتفاع البناء أي 2/5.10 =52.5 م وللامتثال إلى كراس الشروط العمرانية وجب هدم الإحداثات المقامة داخل مسافة الارتداد مثلما هو مبين في الأمثلة الهندسية المصاحبة باللون الأزرق للطابقين الأرضي والعلوي الأول وللون الأحمر بالنسبة للطابق العلوي الثاني على أن يتم ذلك تحت إشراف مكتب دراسات مختص في الخرسانة وحدد قيمة المصاريف لرفع الضرر عن عقار المدعي كالآتي:

1/ هدم أجزاء الطابق العلوي الثاني المقامة داخل مسافة الارتداد =8000.000د
2/ هدم أجزاء الطابق العلوي الأول المقامة داخل مسافة الارتداد =8000.000د
3/ هدم أجزاء الطابق الأرضي المقامة داخل مسافة الارتداد =7000.000د
4/ مكافات مكتب الدراسات الخرسانية المشرف على عملية الهدم = 3000.000د

وبذلك فإن جملة المصاريف قدرت بـ 26.000.000د وقدرت المدة اللازمة لذلك بـ 45 يوما.

وحيث وتجاوزا لدفوعات كلا الطرفين تعليقا على تقرير الاختبار وباعتبار ما للمحكمة من رقابة على أعمال الاختبار وعلى النتيجة المتوصل إليها إذ لا جدال أن ما ينتهي إليه الخبراء من نتائج فنية إنما هي مجرد رأي فني لا يرتقي إلى مرتبة الإلزام القانوني ولا تلزم المحكمة في شيء وباعتبار ما للمحكمة من سلطة تقديرية مطلقة في تقييم نتيجة الاختبار وتعديلها والأخذ بها أو إقصائها بناء على ما تم اعتماده صلبها من أسس محاسبية سليمة مضبوطة ومدققة.

وحيث ورد في القرار التعقيبي عدد 12353 الصادر بتاريخ 1985/10/17 أن تقارير الاختبار لا تلزم المحكمة وإنما يقصد بها تمكينها من الوصول إلى الحقيقة وتأسيسا على ذلك فإن من حقها أن تتبنى ما جاء فيها وأن تلغي بعضه وتتبنى البعض الآخر دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة التعقيب بشرط التعليل.

وحيث يكون المدعى عليه وفق تقرير الاختبار المأذون به المعروض آنفا مخالفا لكراس شروط المنطقة العمرانية بالمنطقة بعدم احترامه لمسافة الارتداد مما أضر بعقار المدعى عليه مما حجب عنه الشمس والهواء إضافة لمضرة الكشف.

وحيث أن دعوى رفع المضرة لا تهدف إلى حماية قوانين وتراتيب التهيئة العمرانية التي خصها المشرع بآليات ودعاوى خاصة تلجأ لها الجهات المخول لها قانونا مراقبة احترامها ولا تختص محاكم الحق العام بالنظر في النزاعات المتعلقة بها كما أن مخالفة التراتيب العمرانية لا يمكن اعتمادها كمعايير لثبوت المضرة التي لا تعتبر نتيجة حتمية لها ذلك أنه قدر تكون المضرة غير ثابتة أو اعتيادية رغم عدم احترام مسافة التراجع القانونية والعكس صحيح أيضا (قرار تعقيبي مدني عدد 70806/2018 صادر بتاريخ 2019/03/12).

وحيث درج فقه القضاء على اعتماد مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فلا يلتجأ إلى الهدم أو الإزالة أو الغلق إلا إذا لم يتسنى رفع المضرة بطريقة أخرى أو بتغييرات يقع إدخالها على مصدر

المضرة إلى إيقاف الأضرار وتبحث المحكمة في هذا الإطار عما إذا كان الضرر عاديا أو غير عادي، فإذا كان الضرر المتمثل في نقص التهوئة أو حجب نور الشمس ضئيلا جدا فإن ذلك لا يستدعي بالضرورة هدم البناء وذلك إعمالا لقاعدة أخف الضررين المنصوص عليها بالفصل 556 م ا ع الذي اقتضى أن الاصل اختيار أخف الضررين(قرار تعقيبي مدني عدد 79390/2012 صادر بتاريخ 2014/03/13).

وحيث ثبت من مظروفات ملف دعوى الحال ومن نتيجة الاختبار المأذون به من المحكمة، ومن تشخيص المضرة المدعى بشأنها وبيان طريقة رفعها وتكلفتها أن رفع المضرة موضوع دعوى الحال بما يقتضيه من تكلفة قدرها الخبير المنتدب من المحكمة بـ 26.000.000د جمليا، يشكل لا محالة مضرة محققة في جانب المدعى عليه وعقاره ماديا، بالنظر لتكلفة رفع المضرة المرتفعة، وحسيا، إرهاق عقاره، تتجاوز المضرة المدعى بها، وأن استمرار المدعي وعقاره في تحمل المضرة المشخصة في تقرير الخبير المنتدب، يكون، بذلك، أخف ضررا، من رفع المضرة المدعى في شأنها عن عقار المدعى عليه، خاصة وقد ثبت للمحكمة من مظروفات ملف دعوى الحال أن المضرة الفعلية والواقعية المتأتية من عقار المدعي، تمثلت فقط في حجب الهواء وأشعة الشمس عن عقار المدعي سيما وأن مضرة الكشف منعدمة بملف دعوى الحال، مثل ما تثبت الصور الفوتوغرافية الملحقة بتقرير الاختبار المأذون به، باعتبار انعدام أي فتحات بعقار المدعى عليه تكشف على عقار المدعي وأن التجاوزات والاخلالات التي يمكن نسبتها للمدعى عليها هي فقط عدم احترام مسافة الارتداد.

وحيث بإعمال القواعد القانونية العامة، وعملا بما سبق بسطه، لا يمكن رفع المضرة بارتكاب مضرة.

وحيث عملا بما سبق بسطه وطالما أنّ الحلول المقترحة المذكورة من طرف الخبير المنتدب لا تستجيب لمقتضيات الفصل 99 م اع بحماية المدّعي وعقاره من التّجاوزات والإخلالات الّتي تعمّد المطلوب إحداثها دون أن يسبّب ذلك ضررا لهذا الأخير أو إرهاقا لعقاره ممّا يتعيّن معه تجاوز ما توصّل إليه الخبير المذكور بخصوص المقترحات سابق الالماع اليها.

وحيث لا يمكن لهذه المحكمة والأمر ما ذكر إلا القضاء برفض الدعوى.

وحيث تحمل المصاريف القانونيّة على من تسلّط عليه الحكم وفقا لأحكام الفصل 128 م م م ت.

ثانيا-في الدعوى المعارضة:

أ-من حيث الشكل:

حيث جاءت الدعوى المعارضة مستوفاة للشروط القانونية المنصوص عليها بالفصل 226 وما بعده من م م م ت واتجه لذلك قبولها شكلا.

ب-من حيث الأصل:

حيث لم يوفق المدعي في دعواه مما يتجه معه تغريمه لفائدة المدعى عليه بـ 400د لقاء ما بذله من أتعاب تقاضي وأجرة محاماة.

لذا ولهذه الأسباب

قضت المحكمة إبتدائيّا برفض الدعوى وابقاء مصاريفها محمولة على القائم بها وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الأصل بإلزام المدعي بأن يؤدي للمدعى عليه أربعمائة دينار (400د) لقاء أتعاب تقاضي أجرة محاماة.

وحرّر في تاريخه

7. الحكم عدد 74796

الجمهوريـــة التونسيـــة
وزارة الـعـــــدل
المحكمــة الابتدائية بتونس
الدائرة الخامسة والعشرون

عدد القضية : 74796
تاريخ الحكم : 29 ديسمبر 2020
تلخيص المستشارة :إيناس المشرية

الحمد للـــــه
حكم ابتدائي مدنـــــــــي
أصـدرت المحكمـة الابتدائيـة بتونـس بدائرتهـا المدنيـة الخامسـة والعشـرون بالجلسـة العلنيـة المنعقـدة بقصـر العدالـة يـوم الثلاثـاء الموافـق لـ 29 ديسـمبر 2020 برئاسـة وكيـل الرئيـس السـيدة إينـاس المشـرية وعضويـة القاضييـن السـيدتين ايمـان البنـوري ودرّة بوغارقـة الممضيـات عقبـه وبمسـاعدة كاتـب المحكمـة السـيد عمـاد بـن عبـد الله.

الحكم الاتي بيانه بيـــن:
- المدعـيين:

1) .....كبير الأحبار بتونس، قاطن بالسواني حومة السوق جربة.
2) جمعية الجالية اليهودية بجربة في شخص ممثلها القانوني

من جهـــــة
- والمدعى عليهما:

1) جمعيـة الجاليـة اليهوديـة بتونـس فـي شـخص ممثلهـا القانونـي، مقرهـا بنهـج الـرأس الخضـر عـدد 15 تونـس.
2) ال.....

من جهة أخـــرى
بمقتضـى عريضـة الدعـوى المقدمـة مـن طرف نائـب المدعيين الى كتابـة هذه المحكمة فـي 2018/01/09 والمبلغـة الـى المدعـى عليهمـا بواسـطة العـدل المنفـذ فاطمـة الـذوادي بتاريـخ 2017/12/12 حسـب رقيمهـا عـدد 6150 والمتضمنـة التنبيـه عليهمـا بالحضـور لـدى هـذه المحكمـة بالجلسـة المعينـة ليـوم 2018/01/16 وتقديم جوابهمـا عـن الدعـوى الآتـي بيـان موضوعهـا والتنبيـه عليهمـا بمـا اقتضتـه احـكام الفصـل 70 مـن م م م ت.

موضوع الدعوى
يعـرض المدعيـان بواسـطة نائبهمـا أنـه فـي تصـرف الجاليـة اليهوديـة بتطاويـن بيـت صـلاة قديمـة كائنـة بزاويـة نهجـي مسـعود الشـناوي والناظـور بتطاويـن وقـد عمـدت المطلوبـة الأولـى التفويـت فيهـا بالبيـع إلـى المطلـوب الثانـي بموجـب الكتـب الخطـي المؤرخ 2014/01/09 والمسـجل بالقباضـة الماليـة بشـارع أحمـد التليبـي بتطاويـن فـي 17 /01 /2014 رغـم أن الفصليـن الثانـي والثالـث مـن القانـون عـدد 78 لسـنة 1958 المتعلـق بنظـام شـعائر الديانـة اليهوديـة لا يسـمح إلا بتأسـيس جمعيـة يهوديـة واحـدة فـي كل ولايـة

وفي إمكانها أن تشمل منطقتها ولاية واحدة أو أكثر من الولايات المجاورة وبما أن العقار المذكور لا تملكه الجمعية اليهودية بتونس وخارج عن نطاق تصرفها القانوني بموجب الفصلين المشار اليهما وهو تحت إدارة الجمعية اليهودية بجربة عملا بمقتضيات الفصل الثالث المذكور كما أن الكنائس والمساجد وأماكن العبادة تعد تراثا تاريخيا يتصل بالعقائد وقد اقتضى الفصل الأول من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي أنها تعد ملكا عاما للدولة باستثناء ما يتم إثبات ملكيته بصفة شرعية من طرف الخواص وبذلك لا يجوز التفويت فيه خاصة وانه يعود الى قرون خلت ويختزل جزءا من الموروث الحضاري اليهودي الذي تتوارثه الأجيال وتحافظ عليه ولا يمكن أن يتحول الى محلات تجارية بما يمس من المقدسات الدينية والتراث وقد سبق للمدعيين القيام بقضية في نفس الموضوع لدى هذه المحكمة حكم فيها بتاريخ 26 /11 /2015 تحت عدد 50487 ببطلان عقد البيع لكن محكمة الاستئناف بتونس قضت بتاريخ 2017/04/26 تحت عدد 94217 بالنقض بدعوى وجود خلل في التبليغ ولذلك وتطبيقا للفصل 64 من م إ ع الذي ينص على أن العقد يبطل اذا كان على شيء غير ممكن من حيث طبيعته او من حيث القانون وعملا بأحكام الفصلين 2 و325 من نفس المجلة والفصل الأول من مجلة حماية التراث والفصلين 2 و 3 من القانون عدد 78 لسنة 1958 فهما يطلبان الحكم ببطلان عقد البيع المذكور وإلغاء جميع آثاره وإلزام المدعى عليهما بأن يؤديا لهما ألف دينار عن أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليهما.

الإجـــــــراءات

وبموجب ذلك قيدت القضية بالدفتر المخصص لنوعها تحت عدد 74796 واذن بنشرها بالجلسة المعينة لها بالاستدعاء وبها حضر الأستاذ .....وطلب تأخير القضية لتقديم علامة البلوغ للمطلوب الثاني وإضافة الحكم الابتدائي السابق ولم يحضر المطلوب الاول ، ثم تتالى نشر القضية بعدة جلسات اقتضاها سيرها آخرها جلسة المرافعة المعينة ليوم 10 نوفمبر 2020 وبها حضر الأستاذ .....وقدّم تقريرا معروضا وحضر الاستاذ .....وقدّم ما يفيد تنفيذ الحكم التحضيري ، ولما تهيأت القضية للفصل حجزت لجلسة اليوم المبين بالطالع للمفاوضة والتصريح بالحكم وفيها صرح علنا بالحكم الاتي بيانه سندا ونصا:

المستنـــــــدات

حيث كانت الدعوى تهدف الى طلب الحكم وفقا لما تضمنته عريضة افتتاحها من طلبات.

وحيث قدم نائب المدعي تأييدا للدعوى:

1) نسخة مطابقة للأصل من عقد بيع محرر بموجب كتب خطي مؤرخ 2014/01/09 ومسجل بالقباضة المالية بشارع احمد التليلي بتطاوين في 17 /01 /2014.

2) نسخة من القانون عدد 78 لسنة 1958 المؤرخ في 11 / 07 / 1958.

3) نسخة من الحكم المدني الابتدائي عدد 50487 الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 26 /11 /2015.

4) نسخة من الحكم الاستئنافي عدد 94217 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس قضت بتاريخ 2017/ 04/26.

5) إشهار تسمية بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية مع عريضة إحتجاج.

وحيث أجاب نائب المطلوبة الاولى الأستاذ .....بأنه ليس للمدعي الأول كبير الأحبار بتونس تمثيل الجاليات اليهودية بالبلاد التونسية أمام المحاكم التونسية عملا بأحكام الفصل 9 من القانون عدد 78 لسنة 1958 المتعلق بنظام شعائر الديانة الموسوية الذي إقتضى أن هذا التمثيل موكول لمجلس إدارة الجمعية اليهودية أو للممثل القانوني المفروض من قبل الجمعية اليهودية المعنية دون غيره أما

كبير أحبار تونس وبحسب الفصل 16 والفقرة قبل الأخيرة من الفصل 9 من القانون عدد 78 فإنه يمثل الرئيس الروحي لليهود القاطنين بالتراب التونسي وله حق حضور جلسات الجمعيات اليهودية لا غير أما بالنسبة للمدعية الثانية فباعتبارها شخصا معنويا فينبغي إثبات أنها تكونت بصفة قانونية حتى تتوفر فيها صفة وأهلية ومصلحة في القيام وان القائم بالدعوى يوسف وزان هو بالفعل رئيسها وممثلها القانوني ولا يتسنى ذلك إلا بالإطلاع على قانونها الأساسي ومحاضر جلساتها وعلى شهادة من والي الجهة تتضمن أعضاء مجلس إدارتها وفي غياب ذلك لا يمكن التأكد من صحة تكوينها الأمر الذي يفقد القيام شروطه القانونية المنصوص عليها بالفصل 19 من م م م ت ومن جهة أخرى فإن القول بأن العقار موضوع النزاع داخل تحت إدارة المدعية الثانية يفترض أن تكون لهذه الأخيرة الشخصية المعنوية وأنها تكونت طبق مقتضيات القانون حتى تكون لها أهلية القيام ويستوجب إمتداد نظرها على فرض وجودها القانوني على تراب تطاوين أن يكون عدد سكان اليهود بهذه الولاية لا يستوجب إحداث جمعية يهودية مضيفا بأن تفويت منوبته في العقار كان بسبب تداعيه وصيرورته خرابا وهجرة اليهود مدينة تطاوين منذ عقود وان البيع كان في حدود صلاحياتها المخولة لها طبق الفصول 1 و2 و9 من القانون عدد 78 لسنة 1958 والفصل 5 من قانونها الأساسي وإن القول بأن عدم التنصيص بعقد البيع على أصل إنجرار الملكية للبائعة موجب للإبطال وأن العقار على ملك الدولة في غير طريقه لان الأمر لا يتعلق بالنظر في جدية مطلب تسجيل كما أن الفصلين 2 و13 من القانون عدد 78 يغنيان عن مسألة أصل الإنجرار ثم إن الفقرة الأخيرة من الفصل الأول من مجلة حماية التراث الأثري والفنون التقليدية نصت على أن "التراث الأثري أو التاريخي او التقليدي يعد ملكا عاما للدولة باستثناء ما أثبت الخواص شرعية ملكيتهم له" فضلا عن مخالفة ذلك للفصلين المذكورين والفصل 9 من نفس القانون التي اقتضت ان البعض من الموارد المالية للجمعية الدينية لليهود متأتية من التصرف والتفويت في المنقولات والعقارات المخصصة لممارسة الشعائر الدينية اليهودية وطلب في النهاية الحكم برفض الدعوى والزام المدعيين بان يدفعا لمنوبته متضامنين ألف دينار عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة وحمل المصاريف القانونية عليهما.

وحيث أجاب نائب المطلوب الثاني الأستاذ .....كذلك بأن صفة القائمين بالدعوى منعدمة لعدم تقديم المدعيين لما يثبت ملكيتهما لعقار النزاع ولا الوجود القانوني للمدعية الثانية ومن كون المدعو يوسف الوزان هو ممثلها القانوني ومن جهة الأصل فان عقار التداعي هو من الأشياء التي يمكن بيعها ولم يدل المدعيان بأي نص قانوني يفند ذلك كما لم يقدما ما يفيد ان العقار هو ملك للدولة بل ان الامر على خلاف ذلك فهو غير مصنف كمعلم تاريخي لان التصنيف يستوجب صدور قرار حماية من طرف الوزير المكلف بالتراث عملا بالفصول 4 و26 و27 من مجلة حماية التراث الاثري والتاريخي كما لا يمكن اعتباره من أماكن العبادة ضرورة أنه لا وجود لمنتمين للجالية اليهودية بتطاوين وهذا ما أكده والي الجهة حسب مكتوبه المؤرخ في 7 ماي 2018 الذي تم تحريره بمقتضى الاذن على العريضة عدد 25357 الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بتطاوين بتاريخ 22 مارس 2018 الذي أدلى بنسخة منه وفضلا عن ذلك فقد كان العقار بحالة خراب ومتداعيا للسقوط ثم إن قيام المدعيين بطلب بطلان عقد البيع الذي هو بطلان نسبي لا يستقيم قانونا لأنهما ليسا طرفا فيه كما ان البائعة جمعية الجالية اليهودية بتونس والمقصود هنا بتونس الجمهورية التونسية وهي جمعية قائمة الذات ولها وجود قانوني وفعلي وتحصلت على جميع التراخيص القانونية والقرارات بناء على قانونها الاساسي الذي ينص بفصليه الأول والخامس على امتداد نشاطها على كامل تراب الجمهورية التونسية وطلب الحكم برفض الدعوى واحتياطيا الحكم بعدم سماعها والزام المدعيين بأن يؤديا لمنوبه ألفي دينار عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة

وحمل المصاريف القانونية عليهما .
وحيث تعقيبا على ذلك لاحظ الاستاذان .....بأن القانون الأساسي المدلى به يتعلق بجمعية تكونت سنة 2016 ولذلك فهي لم تكن موجودة عند إنجاز عقد البيع المبرم سنة 2014.
وحيث ردّ الأستاذ .....بان الأمر يتعلق ببطلان مطلق لتعلقه بالملك العام والموروث الحضاري والديني ولذلك فان لكل طرف الصفة في الدفع به ولاحظ بأن منوبيه يتمسكان بعريضة الدعوى والرد عن جواب المطلوبين المستفيض في إطار الحكم المدني عدد 50487 الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 26 نوفمبر 2015 المظروف بالملف كما يتمسكان بتعليل المحكمة واعتباره ردا على دفوعاتهما وأدلى بمجموعة من الوثائق لتدعيم توفر صفة منوبيه في تمثيل الجالية اليهودية بجربة تتمثل في شهادة تصرف مسلمة من طرف عمدة السواني بتاريخ 5 نوفمبر 2014 ومطلب في طلب تجديد رخصة لإقامة سواح محرر في 3 نوفمبر 2009 وكتب اتفاق معرف بالإمضاء عليه ببلدية حومة السوق بتاريخ 17 فيفري 2004 ومكتوب مؤرخ في 16 أفريل 2008 موجه من المدعية الثانية الى والي مدنين مع نسخة من اعلان منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية كما أدلى لإثبات أن الجالية اليهودية بجربة هي المالكة للعقار والمتصرفة الفعلية فيه فعليا فاتورات إستهلاك الماء والكهرباء ونسخة من جريدة الصباح الصادرة بتاريخ 10 /01 /2019 والقانون الأساسي للجمعية الدينية اليهودية بالسواني جربة ونسخة من محضر معاينة عدد 34554 محرر من طرف العدل المنفذ جمال بن عبد الله بتاريخ 30 /08 /2016.
وحيث اصدرت المحكمة بجلسة يوم 24 ديسمبر 2019 حكما تحضيريا يقضي بمطالبة الاستاذ .....للإدلاء بالقرار الاداري الصادر "بالحماية" في خصوص المعبد موضوع دعوى الحال والقرار الاداري الصادر في منع الهدم.
وحيث وتنفيذا للحكم التحضيري سالف الذكر ادلى الاستاذ .....نائب المدعيين بنسخة من القرار التحفظي الصادر عن وزارة الشؤون الثقافية المتعلق بمحل التداعي المنشور بالرائد الرسمي في 2020/05/26 واعتباره معلما تاريخيا وادلى بنسخة مطابقة للأصل من مراسلة بلدية تطاوين بخصوصه ومراسلة موجهة من رئس بلدية تطاوين الى نائب المدعين للردّ حول طلب قرار ايقاف اعمال هدم ونسخة مطابقة للأصل من مراسلة موجهة من رئيس بلدية تطاوين الى المدعو "الحبيب اللفات" المدعى عليه الثاني الان حول طلب ردّ كتابي في عدم الترخيص في البناء.
وحيث ردّ نائب المدعى عليه الثاني الاستاذ .....متمسكا بملحوظاته السابقة مضيفا ان القرار الصادر عن وزير الشؤون الثقافية المؤرخ في 2020/05/19 الذي بموجبه اعتبر عقار التداعي معلما تاريخيا لا يغير من الامر شيئا وليس له أي تأثير على وجه الفصل في هذه القضية ذلك ان القرار المحتج به لا يمكن ان يكون له مفعول رجعي إذ لا تأثير له على الحقوق المكتسبة قبل صدوره ويكفي الرجوع الى نص القرار حيث ورد به انه تمّ اعتبار العقار معلما تاريخيا بموجب ذلك القرار اي انه لم يكن محميا قبل صدوره الامر الذي يكون معه العقد الذي ابرم بتاريخ سابق لصدور ذلك القرار (2014/01/09) لا يمكن اعتباره باطلا بسبب صدور ذلك القرار اللاحق الذي لم يتضمن ما يحول دون التفويت في العقار حتى بعد صدوره ونشره بالرائد الرسمي.

المحكمة

1) في الدعوى الاصلية:

حيث كانت الدعوى تهدف إلى طلب الحكم ببطلان عقد البيع المحرر بتاريخ 2014/01/09 والمسجل بالقباضة المالية بشارع احمد التليلي بتطاوين في 17 /01 /2014 وإلغاء جميع آثاره وإلزام المدعى عليهما بأن يؤديا للمدعيين ألف دينار عن أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل

المصاريف القانونية عليهما.
وحيث لا غرو في قيام المدعى عليها الأولى "جمعية الجالية اليهودية بتونس" بالتفويت بالبيع للمدعى عليه الثاني في قطعة أرض مقام عليها بيت صلاة قديمة كائنة بزاوية نهجي مسعود الشناوي والناظور بتطاوين التي في تصرف المدعية الثانية "جمعية الجالية اليهودية بجربة" وذلك بموجب الكتب الخطي المؤرخ 2014/01/09 والمسجل بالقباضة المالية بشارع أحمد التليبي بتطاوين في 17 /01 /2014.
وحيث تأسّس طلب إبطال عقد البيع المشار اليه على صدوره عن غير ذي صفة لأنّ بيت الصلاة المفوت فيها خارجة عن نطاق تصرف البائعة جمعية الجالية اليهودية بتونس ـ "المدعى عليها الاولى" ـ وتَّدخُل في تصرف وإدارة جمعية الجالية اليهودية بجربة ـ "المدعية الثانية" ـ استنادا لأحكام الفصلين الثاني والثالث من القانون عدد 78 لسنة 1958 المؤرخ في 11 جويلية 1958 المتعلق بنظام شعائر الديانة اليهودية ، فضلا عن أنّ الكنائس وأماكن العبادة تعتبر تراثا تاريخيا يتصل بالعقائد وملكا عاما للدولة وهو جزء من الموروث الحضاري اليهودي الذي تتوارثه الأجيال وتحافظ عليه وبالتالي لا يجوز التفويت فيه وتحويله الى محلات تجارية استنادا لأحكام الفصل الأول من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفصل 64 من مجلة الالتزامات والعقود.

وحيث انحصر النزاع من جهة أولى حول مدى توفر شرط الصفة في المدعيين للقيام بقضية الحال عملا بأحكام الفصل 19 من م م م ت، وحول مدى صحّة التفويت في أماكن العبادة بشكل عام أي من حيث المبدأ من جهة ثانية، وحول مدى توفر الصفة في جانب المدعى عليها الأولى من ناحية أخرى لإبرام عقد بيع دار عبادة "كنيس يهودي" كائنة بتطاوين.

- في توفر الصفة في جانب المُدَّعيين للقيام بقضية الحال:

وحيث اقتضى الفصل 15 من القانون عدد 78 لسنة 1958 المؤرخ في 11جويلية 1958 المتعلق بنظام شعائر الديانة اليهودية ان "كبير الاحبار هو الرئيس الروحي لليهود القاطنين بتراب الجمهورية وهو يرأس المواكب الدينية اليهودية ويختص بتفسير الشريعة ... وتستشيره الجمعيات الدينية وجوبا لتسمية الاحبار وهو يراقب البيعات ومعاهد التعليم الديني."
وحيث لا جدال أنّ شرط الصفة في القيام متوفر وقائم في جانب المدعي الأول كبير الأحبار بتونس طالما تعلق موضوع عقد البيع المراد ابطاله بمعبد ديني باعتباره الرئيس الروحي للتونسيين المعتنقين للدين اليهودي القاطنين بتراب الجمهورية التونسية وذلك عملا بالفصل المذكور أعلاه وحيث اتضح بمراجعة جملة الوثائق المدلى بها أنّه خلافا لما تمسك به نائب المطلوبين فإنّ المدعية الثانية "جمعية الجالية اليهودية بجربة" هي جمعية كُوّنت طبق القانون حسب القانون الأساسي للجمعية الدينية اليهودية بالسواني جربة وأنّ رئيس تلك الجمعية أي ممثلها القانوني هو "يوسف وزان"، كما ثبت من المراسلات المضافة بالملف أنّ محل عقد البيع المراد ابطاله في التصرف الفعلي للمدعية الثانية وعليه يكون بالضرورة شرط الصفة في القيام متوفرا وقائما في جانبها.
وحيث بات من الثابت أنّ دفع نائبي المطلوبين بعدم توفر الصفة في القيام في جانب المدعيين هو دفع مردود عليهما ومن المتجه الالتفات عنه لعدم وجاهته واقعا وقانونا ومواصلة النظر في الدعوى من حيث الأصل بناء على ذلك.

- في مدى صحّة التفويت في أماكن العبادة بشكل عام:

حيث تعرّف دور العبادة في الكتابات الفقهية بأنها المحلات المعدّة للعبادة وهي تلك الأماكن المخصّصة لإقامة الشعائر الدينية سواء المساجد، الكنائس أو المعابد ولا يشترط اعتراف الدولة

صراحة بهذا الدين ولكن يكفي أن لا تنكره، وسواء أكانت مبان قائمة بذاتها ومعلومة للجميع بأنّها أماكن خاصة بالعبادة أم كانت مباني ملحقة بمباني أخرى إذ تتمتّع تلك الأماكن بوصف دور العبادة لأن العبرة في كون المكان محل عبادة هو بتخصيصه لذلك وممارسة الشعائر الدينية به حتى ولو لم تكن على سبيل الدوام.

وحيث جاء في التعليقات العامة رقم 22 الصادر عن لجنة حقوق الإنسان للأمم المتحدة: "هي أماكن مقدّسة تستلهم فيها الرموز والعلامات الثقافية المعبّرة عن قدرة الله وتستبد لتعبّر عن السمو الروحي بداخلها أو نعتقد فيها أنّنا أقرب نقطة إلى الله".

وحيث وبما أنّ دور العبادة هي الأماكن التي تمارس فيها العبادة، والتي تترجم العقيدة لأي إنسان والحق في تشييدها وحمايتها مرتبط بالحق في حرية الاعتقاد وحرية ممارسة العبادة أي أنّ بينهما ارتباط وثيق فإذا كُفل الحق في حرية الاعتقاد والعبادة كُفل تبعا لذلك الحق في حماية أماكن العبادة.

وحيث يعرّف الفقه القانوني الحرية بأنّها قدرة الإنسان على إتيان أي عمل لا يضرّ بالآخرين ومن ثمّ فهذه الحرية ينظمها القانون المنشئ لها ويحدّد ضوابطها.

وحيث أكّد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في ديسمبر 1948 في مادته الأولى على ما يلي "يولد جميع الناس أحرارا." ويقصد "بحرية العقيدة" أن يملك الإنسان ويختار ما يرضاه من الإيمان والنظر للكون والخالق والحياة والإنسان دون إكراه أو قسر أو فرض عليه فهي ثبات حق الإنسان إبتداء في أن يختار العقيدة التي يريدها وأن يلتزم بالدين الذي توضح لديه صحته دون إكراه من الغير كما تعني حرية المعتقد حق الإنسان في أن لا يعتقد بأي دين أو مبدأ أو عقيدة معينة وأن لا يجبر على شيء من ذلك بما يكون معه حرية العقيدة مرتبطة مباشرة بحرية الفكر.

وحيث أنّ أوّل مقتضيات الحرية الدينية ضمان سلامة دور العبادة.

وحيث جاء في التعليق العام الرابع الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان "أنّ مفهوم العبادة يمتد ليشمل الأعمال القدسية والشعائر معطيا تعبيرا للعقيدة وكذلك الممارسات المختلفة المكمّلة لهذه الأعمال بما فيها بناء أماكن للعبادة."

وحيث لا يمكن ممارسة حرية العقيدة أو تقرير حرية الوصول إلى أماكن العبادة دون الحفاظ على هذه الأماكن من أي تغيير من شأنه أن يهدّد سلامة واستمرار هذه الأماكن في ظلّ الحفاظ على أمن المجتمع والحرص على سلامة النسيج الوطني فيه.

وحيث يجد الحق في حماية أماكن العبادة تأصيله القانوني في الدستور وفي المواثيق والإعلانات العالمية.

وحيث إقتضى الفصل 6 من الدستور التونسي "أنّ الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، تلتزم الدولة بنشر قيم الاعتدال والتسامح وحماية المقدسات ومنع النيل منها ...."

وحيث نصّ الفصل 42 من الدستور التونسي في فقرته الثانية على أنّ "الدولة تحمي الموروث الثقافي وتضمن حق الأجيال القادمة فيه".

وحيث كرّس القانون الدولي لحقوق الإنسان الحق في حماية أماكن العبادة من خلال المواثيق الدولية الاتي بيانها والتي صادقت عليها تونس:

- المواثيق والاعلانات العالمية:
  - المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945.
  - المادة الثانية من ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.

- المادة 3 من الاتفاقية المتعلقة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية لسنة 1951.
- المادة 4 من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1954.
- المادة 15 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1965.
- المادتان 18 و19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.
- إعلان الأمم المتحدة لمحو جميع أشكال التعصب والتمييز القائم على أساس الدين أو المعتقد (1981).
- المادتان 1 و2 من الإعلان بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنيّة وإلى أقليات دينية ولغوية.
- مشروع الإعلان الخاص بحقوق السكان الأصليين لسنة 1994.
- البروتكول الإيضاحي الخاص بحماية الممتلكات الثقافية لسنة 1999.
- قرار اللجنة الدولية لحقوق الإنسان عام 2005 بشأن مكافحة ازدراء الاديان (2005/04/12).
- وثيقة فيانا الختامية (1989): التي أكّدت على أن ضمان التطبيق الفعلي لحرية الفكر والضمير والدين والمعتقد يكون بحماية الاماكن التي تمارس فيها هاته الحريات ومنها دور العبادة.

• المواثيق والإعلانات الإقليمية:

- مواد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية (1950):
- المادة 1 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969.
- المادة 8 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981.
- مواد الإعلان القاهرة لحقوق الإنسان والإسلام 1990.
- المادة 25 من الميثاق العربي لحقوق الانسان 1999.

وحيث والأمر ما تقدّم فإنّ الحقّ في حرية العقيدة وحرية إظهار الشعائر الدينية مضمون بموجب الدستور والمواثيق الدولية على اعتبار أنّه من الحقوق الجوهرية
وحيث أنّه من واجب الدولة ضمان حماية الأماكن المخصّصة للعبادة كتجسيد لهذا الحق الجوهري مع مراعاة القانون والنظام العام.
وحيث اقتضى الفصل 49 من الدستور التونسي أنّ "أن القانون حدّد الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها، ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أوالصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها، وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك، ولا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور."
وحيث أنّ عملية التفويت في "الكنيس اليهودي" مَسَّت حقّا جوهريا ولم تكن أبدا مراعاة لمقتضيات الضرورة أو المصلحة العامة بل كانت بغاية الاستعمال الخاص كمبنى تجاري.
وحيث ومن جهة أخرى وبالرجوع لمظروفات الملف فإنّ "الكنيس اليهودي" موضوع الدعوى يعود إلى حقبة زمنية معينة تمّ اعتباره على أساسها معلما تاريخيا باعتباره عقارا متصلا بالعقائد حسبما يتأكد من القرار التحفظي الصادر عن وزارة الشؤون الثقافية المنشور بالرائد الرسمي في .....

وحيث إقتضى الفصل الأول من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي أنّه "يعتبر تراثا أثريا أو تاريخيا أو تقليديا كلّ أثر خلفته الحضارات أو تركته الأجيال السابقة كما يكشف عنه أو يعثر عليه برّا أو بحرا سواء كان ذلك عقارات أو منقولات أو وثائق أو مخطوطات يتصل بالفنون أو العلوم أو

العقائد أو التقاليد أو الحياة اليومية أو الأحداث العامة وغيرها مما يرجع إلى فترات ما قبل التاريخ أو التاريخ والذي ثبتت قيمته الوطنية أو العالمية.
ويعدّ التراث الأثري أو التاريخي أو التقليدي ملكا عاما للدولة باستثناء ما أثبت الخواص شرعية ملكيتهم له."
وحيث تكون الحماية المقررة "للكنيس اليهودي" حماية قانونية مضاعفة فهو محمي حماية عامة باعتباره "مكان عبادة" وهو محمي حماية مخصوصة باعتباره "معلما تاريخيا" وفقا للقرار الصادر عن وزير الثقافة والمؤرخ في .....
وحيث أنّ المبدأ وفق الفصل الاول من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي المذكور أعلاه أن يكون المعلم ملكا عاما للدولة والاستثناء هو أن يكون للخواص متى ثبتت شرعية ملكيتهم له.
وحيث أنّ حق الملكية وخلافا لما دفع به نائب المدعيين مقدس وهو في صورة المعالم المخصوصة بحماية يكون مقيدا ببعض الشروط دونما منع صريح لحق التفويت فيه طالما أنّ المشرع أقرّ صلب الفصل 89 من مجلة التراث الأثري والتاريخي مبدأ الحق المسند للدولة في الاولوية في الشراء متى تعلق الأمر بمعلم تاريخي وهو ما يستنتج منه إمكانية التعاقد حولها من حيث المبدأ مع احترام بعض الشروط التي يفرضها القانون إذ تبقى للمالك حرية التصرف بشرط المحافظة عليها من التلف إعمالا لمبدأي الضرورة والتناسب مناط الفصل 49 من الدستور.
وحيث وسواء أكان المعبد موضوع دعوى الحال – باعتباره قد اضحى معلما تاريخيا – " ملكا عاما للدولة" أو "ملكا للخواص" فانّ عملية التعاقد في خصوصه ممنوعة في الصورة الاولى ومقيدة بشروط وضوابط في الصورة الثانية، وهي شروط ظلّ الملف خلوا مما يفيد احترامها بما يكون معه العقد باطلا من هذه الزاوية وفي الحالتين ففي الاولى بسبب انعدام الملكية في جانب البائع، وفي الثانية لعدم احترام شروط التفويت فيها المضبوطة بمجلة حماية التراث الاثري والتاريخي.

- في انعدام الصفة في جانب البائعة المدعى عليها الاولى "جمعية الجالية اليهودية بتونس:

وحيث اقتضى الفصل 3 من القانون عدد 78 لسنة 1958 المؤرخ في 11 جويلية 1958 المتعلق بنظام شعائر الديانة اليهودية انه" لا يمكن تأسيس غير جمعية دينية يهودية واحدة في كل ولاية.
وفي أماكن الجمعية الدينية اليهودية بإحدى الولايات أن تشمل منطقتها ولاية واحدة او أكثر من الولايات المجاورة في صورة ما إذا كانت لا تستوجب أهمية عدد السكان اليهود في هذه الولاية إحداث جمعية يهودية دينية"
وحيث أكّدت أحكام الفصل المشار إليه على أنّ المبدأ هو أن يكون بكل ولاية جمعية دينية يهودية على نقيض ما تمسك به نائبي المطلوبين مما يجعل المدعى عليها الاولى ليست الجمعية الدينية اليهودية الوحيدة الممثلة للتونسيين المعتنقين للديانة اليهودية في كامل الجمهورية التونسية بل أنّ كل ولاية لها جمعية خاصة بها ويمكن أن يشمل مرجع نظرها الولايات المجاورة فقط.
وحيث أنّ المعبد الديني موضوع عقد البيع المراد ابطاله كائن بولاية تطاوين الواقعة بالجنوب التونسي مما يجعله بالضرورة خارجا عن مرجع النظر الترابي للمدعى عليها الاولى "جمعية الجالية اليهودية بتونس" أي تونس الحاضرة وبالتالي خارجا عن نطاق تصرفها القانوني والفعلي باعتبار أنّ مرجع نظرها الترابي ينحصر في ولاية تونس مبدئيا واستثنائيا يتوسع لبعض الولايات المجاورة.
وحيث يكون المعبد الديني موضوع عقد البيع المراد إبطاله عملا بأحكام الفصل السالف بيانه من مشمولات نظر المدعية الثانية "جمعية الجالية اليهودية بجربة" باعتبار أنّ مرجع نظرها الترابي يتسع للولايات المجاورة لها أي المجاورة لولاية مدنين من الجنوب التونسي من ذلك "ولاية تطاوين"، كما

أنّ تصرفها فيه بصفة فعلية ثابت ولا لبس فيه حسب أوراق الملف.
وحيث وتأسيسا عما سبق بيانه فإنّ تفويت المدعى عليها الأولى بالبيع في المعبد الديني الكائن بولاية تطاوين لفائدة المطلوب الثاني هو تصرف قانوني خارج عن مرجع نظرها واختصاصها الترابي مما يجعله مخالفا للقانون باعتباره صادرا عن غير ذي صفه ويكون تبعا لذلك عرضة للإبطال من هذه الزاوية ايضا.
وحيث وبناء على كل ما تقدّم وبصرف النظر عما إذا كان المعبد وباعتباره معلما تاريخيا ملكا عاما للدولة ام للخواص فانّ التعاقد بيعا وشراء في خصوصه وبالشاكلة التي تمّ بها صلب دعوى الحال هو باطل في جميع الحالات.
وحيث لا يسع المحكمة والحالة ما ذكر إلاّ القضاء ببطلان عقد البيع المبرم بين المطلوبة الأولى في شخص ممثلها القانوني والمطلوب الثاني والمعرف عليه بالإمضاء في ....والمسجل في .....

- في أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة:

حيث تكبد المدعيان أتعاب تقاضي وأجرة محاماة كانا في غنى عنها لولا قيامهما بقضية الحال واتجه تعويضهما عنها بما قدره خمسمائة دينار (500د) كأجرة معدلة من المحكمة.

- في المصاريف القانونية:

حيث تحمل المصاريف القانونية على من تسلط عليهما الحكم عملا بأحكام الفصل 128 من م م م ت.

2) في الدعويين المعارضتين:

- من حيث الشكل:

حيث استوفى قيام المدعى عليهما بالدعويين المعارضة موجباته القانونية المنصوص عليها بالفصلين 226 و227 و228 من م م م ت واتجه قبولهما شكلا.

- من حيث الأصل:

وحيث وفق المدعيان في دعواهما واتجه لذلك رفض دعويي المعارضة من حيث الاصل.
ولهذه الأسباب
وعملا بما تقدّم،
وبأحكام الفصول 6 و42 و49 من الدستور،
والمواثيق الدولية والاقليمية لحقوق الإنسان المكرسة للحق في حماية أماكن العبادة،
والفصلين 1 و89 من مجلة حماية التراث الاثري والتاريخي،
والفصول 19 و128 و227 و228 من م م م ت،

قضت المحكمة ابتدائيا ببطلان عقد البيع المبرم بين المدعى عليها الاولى في شخص ممثلها القانوني والمدعى عليه الثاني المعرف عليه بالإمضاء في .....والمسجل بتاريخ .....كإلزام المدعى عليها الاولى في شخص ممثلها القانوني بالتضامن مع المدعى عليه الثاني بان يؤديا للمدعي الاول والمدعية الثانية في شخص ممثلها القانوني خمسمائة دينار (500د) لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليهما وقبول الدعويين المعارضتين شكلا ورفضهما اصلا.
وحرر في تاريخه

8. الحكم عدد 35940

الجمهورية التونسية
قضية عدد 35940
تاريخ الحكم 12 أكتوبر 2021 **حكم ابتدائي استعجالي**
المحكمة الابتدائية بتونس

أصدرت الدائرة السادسة عشر بالمحكمة الابتدائية بتونس المنتصبة للقضاء في المادة الاستعجالية بجلستها المنعقدة يوم 12 أكتوبر 2021 برئاسة السيد مالك الغزواني الوكيل الأول لرئيسة المحكمة الممضي عقبه ومساعدة كاتب الجلسة السيد يوسف القلالي الحكم الآتي بيانه بين
الطالبة: شركة زايد
من جهة
والمطلوبة: رحمة
من جهة أخرى
موضوع الدعوى
بمقتضى العريضة المؤرخة في 3 سبتمبر 2021 والتي جاء بها أن الطالبة "شركة زايد هي شركة إنتاج فني تنشط في مجال إنتاج "الالبومات" الغنائية و"الفيديو كليب"، وقد عقدت في 12 فيفري 2019 اتفاقا مع المطلوبة رحمة، بوصفها صاحبة موهبة في الغناء والتمثيل حسبما ورد بديباجة العقد، تعهدت بمقتضاه الأولى على أن تتعهد بجميع ما يتصل بالنشاط الفني للثانية بداية من 14 فيفري 2019 إلى 13 سبتمبر 2025، وقد تضمن الفصل السادس من الاتفاق أن "أي تعاقدات أو اتفاقات فنية في مجال الغناء أو الحفلات الغنائية والمهرجانات والكرنفالات والأفلام والمسلسلات والإعلانات والدعاية والاشتراك بالمسرحيات والظهور التلفزيوني والبرامج التلفزيونية والمؤتمرات والندوات واللقاءات الصحفية والتصوير الفوتوغرافي واستغلال اسم الفنانة وإجمالا أي اتفاقات فنية تتم باسم وتوقيع شركة الإنتاج، ولشركة الإنتاج الحق منفردة في قبولها أو رفضها وفقا لرؤيتها الفنية وبما لا يؤثر على برنامجها وبالشروط التي تقرها".
وقد تفطنت الطالبة إلى أن المطلوبة تقوم بإحياء حفلات غنائية في أحد المطاعم دون علمها، فاستصدرت ضدها الحكم الاستعجالي عدد 20758 المؤرخ في 9 سبتمبر 2020 بإيقاف جميع الحفلات المقامة بذلك المطعم. لكنها تمادت في خرق مقتضيات العقد بإقامة الحفلات الخاصة وبالملاهي دون علمها فقامت بمعاينة ذلك بموجب المحضر المحرر من عدل التنفيذ نجلاء الصويعي في 30 أوت 2021.
ونظرا لما يلحقه هذا التصرف من مضرة بالطالبة فهي تلتمس الحكم استعجاليا بإيقاف جميع الحفلات التي تقيمها المطلوبة خارج نطاق العقد المبرم بينهما.
الإجراءات
بالجلسة المعينة لها القضية ليوم 8 سبتمبر 2021 حضرت نائبة الطالبة وقدّمت أصل العريضة.
ثم أخرت القضية لجلسة يوم 28 سبتمبر 2021 التي بها حضرت نائبة الطالبة ورافعت عن منوبتها

وتمسكت ولم تحضر المطلوبة.
وإثرها أخرت القضية للتأمل، وبجلسة يوم التاريخ صرّح علنا بما يلي:
المستندات
حيث كانت الدعوى تهدف إلى الحكم وفق ما سبق بيانه.
حيث لم تحضر المطلوبة وقد استوفى استدعاءها للحضور موجباته القانونية عملا بالفصل 203 م.م.م.ت مما يتجه معه النظر في القضية حسب أوراقها تطبيقا للفقرة الثانية من الفصل 205 من نفس المجلة.
المحكمة
حيث ترمي الطالبة شركة زايد، بصفتها شركة إنتاج فني، إلى الحكم استعجاليا بإيقاف جميع الحفلات الفنّية التي تقيمها معاقدتها المطلوبة رحمة خارج نطاق العقد المبرم بينهما في 12 فيفري 2019.
حيث بموجب العقد المذكور التزمت الطالبة بضبط خطّة النشاط الفني للطالبة وتمويله وذلك بإنتاج ثلاثة "ألبومات" غنائية وتصوير ستة أغاني بطريقة "الفيديو كليب" سنويا (الفصل 2 من العقد) للمدّة من 14 فيفري 2019 إلى 13 سبتمبر 2025.
حيث اقتضى الفصل 6 من العقد أن "أي تعاقدات أو اتفاقات فنية في مجال الغناء [...] والأفلام والمسلسلات والإعلانات والدعاية والاشتراك بالمسرحيات والظهور التلفزيوني [...] واللقاءات الصحفية والتصوير الفوتوغرافي واستغلال اسم الفنانة وإجمالا أي اتفاقات فنية تتم باسم وتوقيع شركة الإنتاج، ولشركة الإنتاج الحق منفردة في قبولها أو رفضها وفقا لرؤيتها الفنية [...] وبالشروط التي تقرها".
حيث عاينت الطالبة إخلالا بالفصل 6 المذكور عندما تولت المطلوبة، دون موافقتها، إقامة حفلات غنائية لذا فهي تطلب إلزامها بإيقاف جميع الحفلات الخارجة عن نطاق العقد.
حيث البيّن من الفصل 6 المذكور أنه يلزم المطلوبة بالامتناع عن كل نشاط غنائي وكل عمل متصل بهذا النشاط وكل ظهور لدى العموم بصفتها الفنّية إلا بموافقة من الطالبة.
حيث الظاهر أيضا أن المطلوبة أقامت، دون موافقة من الطالبة، حفلات غنائية وبثتها على موقع التواصل الاجتماعي "الفايسبوك" مثلما تفيده المعاينة المجراة بتاريخ 30 أوت 2021 من عدل التنفيذ نجلاء الصويعي.
حيث ان الوسيلة التي تسعى الطالبة لاتخاذها للتصدي لخرق معاقدتها للعقد، والمتمثلة في إلزامها بإيقاف جميع الحفلات الغنائية التي تقيمها، هي حدّ لحقّها في العمل ولحرّيتها في العمل المضمونين بالفصل 40 من الدستور والمادة 23 (1) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 القاضية بأنه "لكلِّ شخص حقُّ العمل، وفي حرّية اختيار عمله" والمادة 6 (1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الواقع الانضمام إليه بالقانون عدد 30 المؤرخ في 29 نوفمبر 1968.
حيث ان القيود على الحقوق والحرّيات، ولو كانت اتفاقية يفرضها الأطراف على أنفسهم بأنفسهم، يجب أن لا تخرج عن الضوابط التي حدّدها الفصل 49 من الدستور والمتمثلة في أن لا تنال القيود الموضوعة من جوهر الحق موضوع التقييد، وأن لا توضع إلا لضرورة تقتضيها الدولة المدنية بهدف حماية حقوق الطرف الآخر في العقد مع احترام التناسب بين القيد وموجباته.
حيث تتكفل المحكمة بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك لا يراعي الضوابط المذكورة ولا يمكن

بالتالي الإذن بالوسيلة التي تسعى إليها الطالبة، بإلزام معاقدتها بالتوقف عن كل نشاط غنائي، إلا بعد التثبت من احترامه الضوابط المذكورة بالفصل 49 من الدستور.
حيث ان إلزام المطلوبة بالتوقف عن كل نشاط غنائي إلى حين حلول أمد العقد الذي يربطها بالطالبة في سبتمبر 2025 هي وسيلة لا تتناسب مع غايته المتمثلة في حماية حقوق معاقدتها لكونها تمس من جوهر الحق والحرّية في العمل بمنع المطلوبة من تعاطي النشاط المهني الذي اختارته وهو ما يعدم حق وحرّيتها في العمل، وهي إلى جانب وسيلة غير ضرورية لأن مخالفة المطلوبة لبنود العقد تمنح معاقدتها حق طلب التعويض عما لحقها من الخسارة تطبيقا للفصل 276 م.ا.ع القاضي بأنه "إذا كان موضوع الالتزام النهي عن عمل شيء فالملتزم مطالب بالخسارة بمجرد مخالفته لذلك".
حيث ترتيبا عليه اتجه الحكم برفض المطلب لكون الوسيلة الاستعجالية التي ترمي إليها الطالبة تؤدي إلى تقييد لحق وحرّية المطلوبة في العمل تقييدا لا يتناسب مع غايته.
ولهذه الأسباب
حكمنا ابتدائيا استعجاليا برفض المطلب.

9. الحكم عدد 23559

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل

محكمــة التعقيــب

عـ*2020.23559ـدد القضيــة

تاريخــه : 2020/08/24

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطـلاع على مطـلب التـعقيب المقـدم بتـاريخ 2020/03/16 مضـمن تحـت عـ42621 ـدد من الاستاذ "ف. الج." المحامي لدى التعقيب الكائن مكتبه ...

نيـابــة عـن : الديوان الوطني للمناجم في شخص ممثلها القانوني الكائن مقره ...

ضـــد : "ع. س." الجاعل محل مخابرته بمكتب الاستاذ "م. الخ." الكائن ... نائبه الاستاذ "الب. ع." المحامي لدى التعقيب الكائن مكتبه ...

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 14928 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2018/10/24 القاضي نصه قضت المحكمة نهائيا بقبول الاستئنافين الاصلي و العرضي شكلا و في الاصل باقرار الحكم الابتدائي المطعون فيه و تخطية المستأنف في شخص ممثله القانوني بالمال المؤمن و حمل المصاريف القانونية عليه و تغريمه لفائدة

المستأنف ضده بأربعمائة 400 دينار لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة عن هذا الطور .

وبعد الاطلاع على محضر تبليغ مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ بتونس الاستاذة "ف. الح." بتاريخ 2020/03/18 تحت عدد6070.

وعلى نسخة القرار المطعون فيه وعلى بقية الوثائق المظروفة بالملف والمقدمة في 06/15/ 2020 طبق احكام الفصل 185 من م م م ت .

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة من الاستاذ "الب. ع." نيابة عن المعقب ضده في 2020/06/23 الرامية الى طلب الرفض اصلا .

وعلى ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة المقدمة في 2020/08/06 والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا مع النقض والاحالة و الاعفاء من الخطية .

من حيث الشكـــل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع شروطه وصيغه القانونية لذلك فهو حري بالقبول شكلا .

مـــن حيـــث الأصـــل :

حيث تفيد وقائع القضية مثلما اوردها الحكم المنتقد و الاوراق التي انبنى عليها ان المدعي في الاصل(المعقب ضده الان) عارضا امام المحكمة الابتدائية بتونس انه تم رصد ميزانية بعنوان سنة 2009 لانتداب ثلاثة مهندسين قارين و بعد استشارة وزارة الصناعة و الطاقة و المؤسسات الصغرى و المتوسطة من طرف المدعى عليه في الاصل المعقب راهنا تم الترخيص لهذا الاخير في اجراء مناظرة خارجية و قد افضت اعمال لجنة الناظرة المحدثة الى ترتيب المترشحين بصفة تفاضلية و قد جاء ترتيبه الثاني وهو ما يثبته محضر الجلسة بتاري2010/07/13و قد اقتضى الفصل 38 من القانون الاساسي للمعقب انه يجب انتداب العون بمركز عمل مطابق للمناظرة التي انتدب بمقتضاها حال ان المدعي لم يقع انتدابه الا بتاريخ 2011/02/01و قد لحقت به خسارة جراء عدم انتدابه فورا بعد اعلان نتائج المناظرة و انتهى الى طلب تسمية خبير للوقوف على مبلغ ما فاته من ربح و ما لحق به من خسارة عملا بالفصلين 277 و 278 من م ا ع .

وحيث و بعد استيفاء الاجراءات القانونية قضت محكمة البداية بموجب الحكم الابتدائي عدد 43306 الصادر في 2017/07/03 والقاضي ابتدائيا بالزام المدعى عليه بان

يؤدي للمدعي ما يلي :

1/ 14345.593 دينار بعنوان ما لحقه من خسارة جراء عدم انتدابه عن الفترة الممتدة من غرة جانفي 2010 الى 2011/01/31 .

2/ 400دينارعن اجرة الاختبار

3/ 40.080 دينار لقاء مصروف محضر الاستدعاء للجلسة .

4/ 300دينارعن اتعاب المحاماة وحمل المصاريف القانونية عليه .

فاستأنفه المدعى عليه و اصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها المضمن عدده و تاريخه بالطالع اعلاه .

و حيث عقب المستأنف المطلوب في الاصل القرار الاستئنافي المذكور ناعيا عليه :

المطعن الاول المأخوذ من خرق الاختصاص الحكمي

قولا ان المعقب تمسك بعدم الاختصاص الحكمي وان النزاع من انظار الدائرة الشغلية باعتبار ان النزاع يرمي الى تعويض المعقب ضده عن اجور غير خالصة وان تعليل المحكمة لم يكن مقنعا ذلك ان طبيعة الطلب هي شغلية بامتياز .

المطعن الثاني المأخوذ من خرق حقوق الدفاع :

قولا ان محكمة الموضوع لم تلتفت الى الوثيقة التي كان تقدم بها و التي تضمنت التزام المعقب ضده بطرح القضية و لم تبرر المحكمة موقفها من استبعاد تلك الوثيقة وهو ما يشكل هضما لحقوق الدفاع .

المطعن الثالث المأخوذ من خرق القانون

قولا ان المحكمة قضت بغرامات في قالب اجور و الحال ان المعقب ضده لم يعمل و لو ليوم واحد وهو ما يمثل اثراءا غير مشروع وانتهى نائب المعقب الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا و في الاصل القضاء بنقض الحكم المطعون فيه مع الاحالة و الاعفاء من الخطية .

و حيث في رده على مستندات التعقيب قدم الاستاذ البشير علية رشاد مبروك اعلام نيابته عن المعقب ضده صحبة تقرير في الآجال و حسب الصيغ القانونية فهو مقبول شكلا اما من حيث الاصل فقد تمسك في رده عن المطعنين الاول و الثالث بان النزاع هو نزاع مدني يهدف الى تعويض خسارة و ما نقص من ربح بسبب مطالة المعقب في تنفيذ التزامه بالانتداب الفوري كما لا يشكل الطلب وجها من اوجه الاثراء دون سبب و في رده عن المطعن الثاني فلقد لاحظ بانه تمت معارضة ما تضمنه كتب الالتزام بطرح القضية و تمت المطالبة بمواصلة النظر في

القضية و ان مثل ذلك الالتزام لا تأثير له على اصل النزاع و انتهى الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا بعد قول القانون بشأنه شكلا .

المحكمة

عن المطعنين الاول و الثالث المأخوذين تباعا من خرق قواعد الاختصاص الحكمي و خرق القانون لتداخلهما و لاتحاد القول فيهما :

حيث تمسك المعقب بعدم اختصاص الدائرة المدنية للبت في النزاع باعتباره يمثل موضوع نظر الدوائر الشغلية ذلك انه مزاع من طبيعة شغلية تعلق بأداء اجور غير خالصة .

وحيث انه بالرجوع الى الطلبات المحررة من المعقب ضده تهدف الى طلب التعويض له عن الخسارة اللاحقة له جراء مماطلة المعقب عن انتدابه مباشرة بعد الاعلان عن نتائج المناظرة الخارجية و التي افرزت قبوله بصفة نهائية بموجب الترتيب التفاضلي الذي خوله احتلال المرتبة الثانية و بعد ان وضع نفسه على ذمة المعقب عملا باحكام الفصلين 277 و 278 من م ا ع .

وحيث اقتضى الفصل 277 من المجلة المدنية ان عدم الوفاء بالعقد او المماطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة و لو لم يتعمد المدين ذلك .

و حيث ان قواعد الاختصاص الحكمي او النوعي تتحرر على مقتضى الاحكام الواردة بالفصول 21 و ما بعده من م م م ت و كذلك على مقتضى ما قرره المشرع لبعض اصناف الدعاوى كالدعوى الشغلية او الدعوى التجارية او الدعوى الاجتماعية بان اسند الاختصاص لدوائر معينة بالرجوع الى طبيعة الدعوى من خلال معايير الوصف الموضوعي في علاقة بطبيعة الحق .

وحيث ان المعقب ضده ارتأى القيام على معنى احكام الفصل 277 المشار اليه بناء على حق المطالبة بالخسارة الناشئة له جراء المماطلة في عملية الانتداب.

وحيث و على خلاف ما دفع به المعقب فان الدعوى لم تكن على اساس عقد الشغل اذ لا وجود له اصلا و لم تكن على اساس المطالبة بمستحقات من جهة ذلك العقد انما كانت على اساس الاحكام المدنية العامة التي يعود فيها تحديد مرجع النظر الحكمي على مقتضى القواعد العامة الواردة بالفصل 21 و ما بعده من م م م ت وهو ما يجعل من دفعه المتعلق بعدم الاختصاص الحكمي غير وجيه قانونا لانتفاء الصبغة الشغلية عن النزاع.

وحيث عرف الفصل 278 من م ا ع الخسارة بانها عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة و عما فاته من الربح جراء عدم الوفاء بالعقد.

وحيث انه لبيان انعقاد شروط الفصلين 277 و 278 من م ا ع في قضية الحال ان المماطلة تمثلت في تقاعس المعقب عن انتداب المعقب ضده مباشرة بعد الاعلان على قبوله بعد اجراء المناظرة الخارجية بناء على انه يفهم من احكام الفصل 38 من قانونه الاساسي وضع المنتدب مباشرة بعد التصريح بنتائج المناظرة تحت ذمة المشغل دون تأخير خاصة و انه تأخرت عملية انتدابه لمدة ناهزت العام دون التوصل الى ما يبرر حصول المماطلة وكذلك عدم ثبوت حصول المعقب ضده لمنافع او اجور خلال تلك الفترة.

وحيث وعلى خلاف ما تمسك به المعقب فان احتساب الخسارة كان على ضوء المحاكاة بالأجر الذي كان من المتعين قبضه لو حصل الانتداب فعليا مباشرة بعد التصريح بالقبول بنتائج المناظرة دون ان يؤثر ذلك على طبيعة الدعوى ضرورة ان اعتماد عنصر الاجر في تقدير الخسارة كان هو المعيار الذي من شانه ان يوصل الى تقدير الخسارة و ما فات المعقب ضده من ارباح التقدير العادل لا غير من خلال تعويضه بما يتناسب و قيمة ما حرم منه من اجور لو كان يعمل فعليا .

عن المطعن الثاني المأخوذ من خرق حقوق الدفاع :

حيث احتج المعقب بسبق التزام المعقب ضده بطرح القضية على معنى الوثيقة المعرف عليها بإمضائه بتاريخ 2015/11/20 و ان المحكمة التفت عن الرد عنها و الخوض فيها

وحيث انه و لئن تتولى المحكمة الرد على مثل تلك الوثيقة و الاصداع بموقفها منها الا ان ذلك لم يؤثر على وجاهة حكمها بالالتفات عنها ضرورة ان تلك الوثيقة لا تنال من الحقوق الدستورية و المتمثلة في حق اللجوء الى القضاء لعرض امر نازلة ما و لا يمكن النيل منه باي شكل من الاشكال اذ لا حجية للوثائق التي تنال من حق التقاضي او التضييق فيه عدا ما كان ناتجا عن صلح قضائي او اتفاقي .

و حيث ان الالتزام بطرح القضية لا يلغي الحق في القيام من جديد و لا يشكل ذلك عاملا يحرم المتقاضي من اعادة عرض النازلة وان عدم رد المحكمة عن هذا الدفع كان لأمر بديهي الا وهو افتقار تلك الحجة لأدنى قيمة قانونية واعتبارها في حكم المعدوم لمخالفتها لحق دستوري الا وهو حق التقاضي و حق اللجوء الى المحاكم عملا بما اقتضاه الفصل 49 من الدستور و كذلك البند الرابع عشر من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية المعتمد في 1966/12/16 و الذي دخل حيز النفاذ في 1976/03/23 الذي اكد على حق كل فرد في اللجوء الى المحكمة دون قيد او شرط .

و حيث باتت جميع المطاعن غير وجيهة و غير جديرة بالاستجابة بما يتعين معه رفض التعقيب اصلا .

لذا و لهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و رفضه اصلا و حجز معلوم الخطية المؤمن .

وصدر القرار بحجرة الشورى يوم الاثنين24اوت 2020 برئاسة السيدة بسمة العبساوي وعضوية المستشارين السيدين يوسف رمضان و مكرم الخذري وبمحضر المدعي العام السيد شاكر التواتي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد احمد عبيد ***وحـــرر في تاريخه***

10. الحكم عدد 35108

الجمهورية التونسية
المحكمة الابتدائية بتونس
قضية عدد 35108 **حكم ابتدائي استعجالي**
تاريخ الحكم 30 نوفمبر 2021

أصدرت الدائرة السادسة عشر بالمحكمة الابتدائية بتونس المنتصبة للقضاء في المادة الاستعجالية بجلستها المنعقدة يوم 30 نوفمبر 2021 برئاسة السيد مالك الغزواني الوكيل الأول لرئيسة المحكمة الممضي عقبه ومساعدة كاتب الجلسة السيد يوسف القلالي الحكم الآتي بيانه بين

موضوع الدعوى

بمقتضى العريضة المؤرخة في 26 جويلية 2021 والتي جاء بها أن شركة ETC استصدرت عن هذه المحكمة الإذن على عريضة عدد 78237 المؤرخ في 12 جويلية 2021 بتعيين السيد خليفة عيسى محكّما عن شركة المهدي لمواد البناء تفعيلا لاتفاقية التحكيم المبرمة بينها لفض النزاع المتعلق بتنفيذ العقد الرابط بينهما. غير أن المعروض ضدها تلتمس الرجوع في هذا الإذن لمخالفته قواعد الاختصاص الحكمي فيما يتعلق بالجهة المختصة والتي يجب أن تكون، عملا بالفصل 18 من مجلة التحكيم، رئيس المحكمة الابتدائية في إطار قضية استعجالية.

الإجراءات

بالجلسة المعينة لها القضية ليوم 6 سبتمبر 2021 حضر نائب الطالبة وفوض النظر وحضر الأستاذ العيادي وأعلن نيابته عن المطلوبة وطلب التأخير للجواب.

ثم تتالى نشر القضية بعدة جلسات اقتضاها سيرها آخرها جلسة يوم 23 نوفمبر 2021 التي بها

حضر نائب المطلوبة وقدّم تقريرا وحضر نائب الطالبة وطلب التأخير للرد عليه.
وإثرها أخرت القضية للتأمل، وبجلسة يوم التاريخ صرّح علنا بما يلي:
المستندات
حيث كانت الدعوى تهدف إلى الحكم وفق ما سبق بيانه.
حيث أجاب نائب المطلوبة بأن الفصل 20 من العقد الرابط بين الطرفين نص على إسناد النزاعات التي قد تنشأ بينهما إلى التحكيم، وفي حالة تقاعس طرف عن تعيين محكّم عنه يقع تعيينه بموجب إذن على العريضة، وأمام رفض الطالبة راهنا تعيين محكّم عنها تولت منوبته رفع قضية استعجالية لتعيين محكّم لكن انتهت بالرفض لأن هذا التعيين يجب أن يكون بإذن على العريضة وهو ما يبرّر استصدار منوّبته للإذن الراهن، لذا طلب رفض المطلب.
المحكمة
حيث صدر عن هذه المحكمة الإذن على عريضة عدد 78237 المؤرخ في 12 جويلية 2021 بتعيين السيد خليفة عيسى محكّما عن شركة المهدي لمواد البناء تفعيلا لاتفاقية التحكيم المبرمة بينها وبين شركة ETC لفض النزاع المتعلق بتنفيذ العقد الرابط بينهما.
حيث تلتمس المعروض ضدها (شركة المهدي لمواد البناء) الرجوع في هذا الإذن بدعوى مخالفته قواعد الاختصاص الحكمي باعتبار ان تعيين المحكمين يجب أن يتم، حسب الفصل 18 م.ت، بإجراءات التقاضي الاستعجالي.
القرار بتعيين محكّم في النزاع الراهن لا يقبل الطعن
حيث تضمن الفصل 20-1من العقد المبرم بين الطرفين اتفاقهما على فض النزاعات التي تنشأ بينهما بواسطة التحكيم، وقد شب نزاع بينهما تسعى شركة ETC لعرضه على التحكيم مثلما وقع الاتفاق عليه، وأمام تقاعس معاقدتها (شركة المهدي لمواد البناء) عن تعيين محكّم عنها، رفعت بتاريخ 17 سبتمبر 2020 قضية استعجالية على معنى الفصل 18 م.ت طالبة تعيين محكّم عن معاقدتها، لكن طلبها حُكم فيه ابتدائيا بالرفض وتأيد الحكم استئنافيا بموجب قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 60268 الصادر في 5 أفريل 2021 الذي اعتبر أن العقد تضمن، في الفصل 20-2 الاتفاق على تعيين المحكّمين بموجب إذن على العريضة، فرفعت الأمر إلى قاضي الأذون على العرائض وصدر الإذن الذي تسعى الآن شركة المهدي لمواد البناء للرجوع فيه.
حيث ضمن الفصل 108 من الدستور الحق في التقاضي والحق في محاكمة في أجل معقول وأوجب تيسير اللجوء إلى القضاء.
حيث نص الفصل 18 من مجلة التحكيم أن "تعيين المحكم بقرار استعجالي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن".
حيث إن القرار بتعيين محكّم، لئن لم يصدر في النزاع الراهن بقرار استعجالي وفقا لإجراءات الفصل 203 وما بعده م.م.م.ت، وإنما صدر بإذن على العريضة طبق الفصل 215 م.م.م.ت، إلا أنه لا يقبل أي طعن ضمانا لحق الطرفين في التقاضي والنفاذ إلى العدالة التي اختاراها وذلك في أجل معقول وبشكل ميسّر.
حيث ان عدم قابلية الطعن في القرار بتعيين محكّم الصادر عن قاضي الأذون هو حل يفرضه، في النزاع الراهن، واجب إرساء هيئة التحكيم لتنظر في النزاع القائم بين الطرفين إرساء نهائيا لا يمكن أن تعتريه أي منازعة أو عدم استقرار أو غموض وذلك ضمانا لحق طالبة التحكيم في اللجوء

إلى القضاء وحقها في التقاضي في آجال معقولة. فطالبة التحكيم عيّنت محكّما عنها ودعت معاقدتها بواسطة عدل تنفيذ، منذ 5 ماي 2020، لتعيين محكّم، لكنها رفضت، فقامت في 17 سبتمبر 2020 بالقضية الاستعجالية المشار إليها دون نتيجة، وبالتالي فإن إجراءات تعيين محكّم عن الطرف المتقاعس قد مرّ عليها أكثر من سنة ونصف وطالت بشكل غير معقول يمسّ بشكل خطير من حق التقاضي ولا يمكن قبول أن تطول أكثر بفتح باب الطعن في الإذن على العريضة بتعيين محكّم.

عدم قابلية القرار بتعيين محكّم للطعن لا يحمل تقييدا غير مبرر للحق في الطعن

حيث ان عدم جواز الطعن في الإذن موضوع النزاع هو تقييد للحق المعترف به، بالفصل 219 م.م.م.ت، للطرف الذي صدر الإذن في غيابه لأن يناقشه ويطلب الرجوع فيه.

حيث ان الحق في طلب الرجوع في الإذن على العريضة هو من مستلزمات حق الدفاع والحق في الطعن كما وقع تكريسهما بالفصل 108 من الدستور.

حيث اقتضى الفصل 49 من الدستور أنه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

حيث ان تقييد حق الدفاع والحق في الطعن بالنسبة للإذن الراهن هو تقييد يتنزّل في الإطار المسموح به بالفصل 49 من الدستور.

فأولا، كرّس القانون، بالفصل 18 م.ت، مبدأ عدم قابلية القرار بتعيين محكّم للطعن، ولئن ورد هذا القانون خاصا بالقرارات الاستعجالية إلا أنه ينسحب على غيرها من القرارات ذات نفس الموضوع تطبيقا للفصل 536 م.ا.ع القاضي بأن "ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به كلّما وجد السبب المذكور"، وطالما أن الغاية من تحصين قرارات تعيين المحكمين من الطعن ترمي إلى تحقيق السرعة والنجاعة في إرساء هيئة التحكيم ضمانا للنفاذ العاجل للعدالة فإن هذه الغاية تبرر أيضا تحصين القرار الصادر راهنا من الطعن.

وثانيا، إن تقييد حق شركة "مهدي لمواد البناء" في الطعن في الإذن بتعيين محكّم عنها لا يحمل إلغاء لجوهر حقها في الدفاع بشكل يستتبع نتائج لا يمكن تداركها، فالأمر لا يتعدى تعيين محكّم عنها حتى يقع إرساء هيئة التحكيم، وحين تتكوّن يمكنها كطرف في النزاع أن تقدّم ما عنّ لها من منازعات بما فيها المنازعة في اختصاص هيئة التحكيم ذاتها وفي شرعية تكوينها وكل ما تراه صالحا للدفاع عن حقوقها.

وثالثا، يجد التقييد المذكور مبرّره في حماية حق الغير وهو راهنا حق معاقدتها في النفاذ إلى القضاء التحكيمي في أجل معقول، وهو تقييد ضروري ومعقول باعتبار ان تحصين الإذن بتعيين محكّم تفرضه ضرورة تهيئة الظروف الملائمة لتشرع العدالة التحكيمية في مهمتها بالتصدي للنزاع وبسط ولايتها عليه في اسرع الأوقات خاصة وقد ثبت أن طالبة التحكيم تسعى منذ أكثر من سنة ونصف لتعيين محكّم ولم تنجح دونما ظاهر تقصير منها باعتبار أنها حاولت أولا الحصول على قرار بتعيين محكّم طبق إجراءات الفصل 18 م.ت لكنها لم تفلح، فلم يبق لها إذن من وسيلة إلا استصدار إذن على العريضة الذي يمثل الوسيلة الوحيدة التي يمكنها بها تحقيق النفاذ إلى التحكيم في اجل معقول.

حيث طالما ان الإذن موضوع النزاع لا يقبل الطعن فإنه يتجه الحكم برفض طلب الرجوع فيه شكلا.

ولهذه الأسباب
حكمنا استعجاليا برفض المطلب شكلا.

11. الحكم عدد 72041

الجمهورية التونسية
المحكمة الابتدائية بتونس
قضية عدد 72041 **حكم ابتدائي استعجالي**
تاريخ الحكم 22 نوفمبر 2016

أصدرت الدائرة السادسة عشر بالمحكمة الابتدائية بتونس المنتصبة للقضاء في المادة الاستعجالية بجلستها المنعقدة يوم 22 نوفمبر 2016 برئاسة السيد مالك الغزواني وكيل رئيس المحكمة الممضي عقبه ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة بثينة العكرمي الحكم الآتي بيانه بين:
الطالب: المنصف
من جهة
والمطلوب: فريد
من جهة أخرى
موضوع الدعوى
بمقتضى العريضة المؤرخة في 4 نوفمبر 2016 والتي جاء بها أن المطلوب راهنا فريد قد استصدر عن هذه المحكمة الإذن على عريضة عدد 80938 المؤرخ في 31 أكتوبر 2016 بالإذن للشركة التونسية للبنك بتمكينه من كشف في الحساب البنكي للمعروض ضده المنصف عن كامل الفترة من أول سبتمبر 2014 إلى أول أفريل 2016، غير أن هذا الأخير يلتمس الرجوع في هذا الإذن لمساسه بمعطياته الشخصية التي يتوجب حماية سريتها.
الإجراءات
بالجلسة المعينة لها القضية ليوم 8 نوفمبر 2016 حضر نائب الطالب وفوض النظر وحضرت الأستاذة الخشين وأعلنت نيابتها عن المطلوب وطلبت التأخير للجواب.
ثم أخرت القضية لجلسة يوم 15 نوفمبر 2016 التي بها حضر الأستاذ المشاط ورافع عن منوب زميله الأستاذ بن حسن وتمسك وحضرت نائبة المطلوب ورافعت أيضا عن منوبها وتمسكت.
وإثرها أخرت القضية للتأمل، وبجلسة يوم التاريخ صرّح علنا بما يلي:
المستندات
حيث كانت الدعوى تهدف إلى الحكم وفق ما سبق بيانه.
حيث أجابت نائبة المطلوب بأن منوبها سلّم للطالب عشرة كمبيالات قيمتها الجملية 200.10د,000 ضمانا لخلاص معينات كراء أصل تجاري، وقد تولى خلاص الكراء بموجب صكوك، لكن الطالب

رفض إرجاع الكمبيالات واستصدر بها أمرا بالدفع متوليا بالتالي استخلاص الدين مرتين، فتولى منوبها استئناف الأمر بالدفع وهو في حاجة للحصول على كشف في حسابات خصمه لإثبات سبق خلاص الدين الذي يدعيه بموجب صكوك، لذا طلبت رفض المطلب.

المحكمة

من حيث الشكل

حيث استوفى المطلب صيغه على معنى الفصل 219 م.م.م.ت واتجه التصريح بقبوله شكلا.

من حيث الأصل

حيث اقتضى الفصل 24 من الدستور أنه "تحمي الدولة الحياة الخاصة".

حيث أن الحياة الخاصة للشخص تشمل ذمته المالية التي تحوي ما له وما عليه من حقوق يجب المحافظة على حرمتها بعدم اطلاع وكشف الغير عليها إلا في الحالات التي ينصّ عليها القانون حسب الضوابط المحدّدة بالفصل 49 من الدستور، والقضاء هو الحامي لهذا الحق من كل انتهاك.

حيث طالما أن حرمة الذمة المالية هي من حرمة الحياة الخاصة فهي تتمتع بالحماية الدستورية والقضاء هو ضامنها.

حيث ترتيبا عليه فإن حرمة الذمة المالية تحول دون الإذن للمطلوب بالاطلاع على الحساب البنكي للطالب لما في ذلك من إهدار لحقه في المحافظة على سرّية مكتسباته ومعاملاته المالية.

حيث أن الادعاء بكون الطالب يسعى إلى استخلاص كمبيالات تسلمها بعنوان ضمان خلاص معينات كراء أصل تجاري بالرغم من سبق الوفاء بها بواسطة شيكات لا يبرّر تمكين المطلوب، بدعوى حاجته لإثبات الخلاص السابق بالشيكات قصد إعداد وسائل دفاعه في القضية الجارية المتعلقة بخلاص الكمبيالات، من الكشف كشفا كاملا على الحساب البنكي لخصمه لكل الفترة من أول سبتمبر 2014 إلى أول أفريل 2016 وإلا آل الأمر إلى النيل نيلا مطلقا من حرمة ذمته المالية.

حيث أن الحاجة التي يدعيها المطلوب للدفاع عن نفسه في قضية خلاص الكمبيالات لا تتناسب مع طلبه الرامي للاطلاع على جميع العمليات المالية بحساب خصمه عن كامل الفترة المذكورة.

حيث ترتيبا على جملة ما سبق يكون مخالفا للفصلين 24 و49 من الدستور لما فيه من خرق لحرمة الذمة المالية الإذن الصادر بتمكين المطلوب من كشف في الحساب البنكي لخصمه الطالب عن كامل الفترة من أول سبتمبر 2014 إلى أول أفريل 2016، وتعيّن بالتالي الرجوع فيه.

ولهذه الأسباب

حكمنا ابتدائيا استعجاليا بقبول المطلب شكلا وفي الأصل الرجوع في الإذن على عريضة عدد 80938 الصادر عن هذه المحكمة في 31 أكتوبر 2016.

12. الحكم عدد 3772

الجمهورية التونسية
المحكمة الابتدائية بتونس
الدائرة الاستعجالية 17
القضية عدد 3772
تاريخ الحكم 27 / 03 /2019

الحمد لله
حكـــم استعجـــالي
باسم الشعب التونسي:
أصـدرت المحكمـة الابتدائيـة بتونـس المنتصبـة للقضـاء فـي المـادة الاسـتعجالية بجلسـتها العموميـة المنعقـدة يـوم الاربعـاء السـابع والعشـرون مـن شـهر مـارس تسـعة عشـر وألفيـن برئاسـة السـيد محمـد المهـدي المزيـو وكيـل الرئيـس الممضـي أسـفله وبمسـاعدة كاتبـة الجلسـة السـيدة عواطـف خضـر.
الحكم الآتي بيانه بين:
الطالبة: النقابة الوطنية .....، في شخص ممثلها القانوني.
الكائن مقرها ب تونس
من جهة
والمطلوبة: تعاونية موظفي .... في شخص ممثلها القانوني.
الكائن مقرها تونس
من جهة ثانية
الإجـــراءات
بعد الاطـلاع علـى العريضـة المؤرخـة فـي 2019/1/22 المبلغـة للمطلوبـة فـي نفـس التاريـخ بواسـطة العـدل المنفـذ الاسـتاذ نـور الديـن زغـاب حسـب محضـره عـدد 9290 المتضمنـة التنبيـه عليـه بالحضـور لدينـا بالجلسـة الاسـتعجالية المقـرر عقدهـا يـوم 6/ 2/ 2019 علـى السـاعة التاسـعة صباحـا والمقدمـة مـن الطالـب لكتابـة هـذه المحكمـة للنظـر فـي الدعـوى الاتيـة بيانهـا:
موضوع الدعوى
تعـرض الطالبـة انـه وبمقتضـى القانـون عـدد 68 لسـنة 1982 المـؤرخ فـي 1982/8/6 تكونـت المطلوبـة التـي ينخـرط فيهـا وجوبـا جميـع موظفـي .....بواسـطة الاشـتراك الـذي يقـع حجـزه مباشـرة مـن مرتباتهـم و أجورهـم و تتولـى الإدارة دفـع مبالـغ تلـك الاشـتراكات الـى التعاونيـة التـي الهـدف منهـا القيـام بعمـل احتياطـي مبنـى علـى التضامـن و التعـاون لفائـدة منخرطيهـا ,وقـد تضمـن القانـون المذكـور ان تنظيـم التعاونيـة يخضـع لمقتضيـات الامـر عـدد847 لسـنة 1985 مـن خـلال مجلـس إدارة يترأسـه المديـر العـام ..... و يتضمـن ممثـلا عـن المصالـح ..... الـذي وضـح بدقـة تركيبـة مجلـس التعاونيـة وتفصيـل كيفيـة تعييـن رئيسـها و انتخـاب أعضائهـا غيـر أن واقـع عمـل التعاونيـة ظـل بعيـدا كل البعـد عمـا قررتـه احـكام القانـون عـدد 68 لسـنة 1982 و الامـر عـدد 78 لسـنة 1985 إذ لـم يقـع انتخـاب اللجنـة العامـة للتعاونيـة التـي تتكـون مـن ممثليـن منتخبيـن

من قبل المنخرطين التي تتكون من ممثلين منتخبين من قبل المنخرطين كما لم يقع انتخاب أعضاء مجلس إدارة لفترة ثلاثة أعوام من قبل اللجنة العامة للتعاونية و لم بقع انتخاب لجنة مراقبة ولم يعقد مجلس إدارة التعاونية اجتماعاته التي ينبغي ان تعقد كل ثلاثة أشهر و الاجتماعات التي ينبغي ان تعقد كل سنة و انه وبالنظر لما شاب تركيبة تعاونية موظفي ..... من خروقات وما عرفته أعمال تسييرها من تجاوزات على الصعيدين المالي والإداري بما يشكل خطورة فائقة على المصالح المشروعة لمنخرطيها لا سيما القصور الفادح في الخدمات وانعدام الشفافية في أعمال التصرف في أموال ومكاسب التعاونية وعدم تشريك منخرطيها في اتخاذ القرارات بما من شانه المساس بالمصالح المادية لمنخرطيها -وبناء على سبق تقديمها لقضية مدنية أصلية -فهي تطلب القضاء استعجاليا بإيقاف أعمال مجلس إدارة تعاونية ..... لاعتلال تركيبته التي لم يقع فيها تفعيل ألية الانتخاب المنصوص عليها بالقوانين والأوامر المحدثة لها وذلك إلى حين البت في القضية المدنية الأصلية المنشورة لدى هذه المحكمة في طلب حل التعاونية، مع الاذن بالتنفيذ على المسودة.

وبموجب ذلك رسمت القضية بالدفتر المعد لنوعها بكتابة هذه المحكمة تحت عدد 3772و بالجلسة المعينة لها ومنها توالى نشرها بعدة جلسات اقتضاها سيرها أخرها جلسة يوم التاريخ المبين بالطالع وبها وبعد التأمل من أوراق القضية صرح عموما وعلانية بما يلي:

المستندات

حيث أدلى الطالب تأييدا لدعواه ب:

1/ أصل العريضة المؤرخة في 2019/1/22 المبلغة بواسطة العدل المنفذ الاستاذ نور الدين زغاب حسب محضره عدد 9290

2/ نسخة من القانون الداخلي للنقابة

3/ نسخة من القانون عدد 68 لسنة 1982 مؤرخ في 1982/8/6

4/ القانون الأساسي للنقابة

5/ شهادة نشر عدد1325 مؤرخة في 2019/1/25

6/ الملف القانوني للنقابة

وحيث اجابت المطلوبة بواسطة محاميها متمسكة بدفوعات شكلية مفادها عدم الاختصاص الحكمي للمحاكم العدلية في النظر في الطلب الحالي وان القضاء الاداري هو المختص استنادا لكون الاعضاء المتواجدين بمجلس ادارة بالتعاونية لم يقع انتخابهم بل تم تعيينهم بمقتضى قرار إداري صادر عن وزير ..... وان الخلل في التعيين يجعل قرار وزير .... مشوبا بتجاوز السلطة و مرجع نظر المحكمة الادارية , مضيفة ان عنصر الصفة غير متوفر قولا بان السلطة الادارية ممثلة في وزيري الشؤون الاجتماعية و المالية لها وحدها اختصاص النظر في اتخاذ اجراءات متعلقة بالإيقاف اما من حيث الموضوع فقد لاحظت انتفاء السند القانوني للقيام اعتبارا لغموض النص القانوني المتعلق بالانتخاب لعدم وقوع التطرق لعدد المنتخبين او طريقة انتخابهم ملاحظة من جهة ثانية انه طالما ان مجلس الادارة قد احدث بقانون فانه لا يجوز حله إلا بقانون اعتمادا على مبدأ توازي الشكليات طالبة على ذلك الاساس القضاء برفض المطلب .

المحـــكـــمة

حيث كان المطلب يهدف إلى القضاء استعجاليا بإيقاف أعمال مجلس إدارة تعاونية موظفي ..... إلى حين البت في القضية المدنية الأصلية المنشورة لدى هذه المحكمة في طلب حل التعاونية، مع

الاذن بالتنفيذ على المسودة.
وحيث أسست العارضة طلبها الرامي الى إيقاف اعمال التعاونية على اعتلال تركيبتها قولا بركونها الى عدم تفعيل ألية الانتخاب المنصوص عليها بالقوانين والأوامر المحدثة لها، فيما عارضت المطلوبة في الطلب دافعة بانعدام الصفة وعدم اختصاص المحكمة بالطلب في القيام بالطلب، فضلا على انعدام السند القانوني له
وحيث ان النظر في الطلب يقتضي التطرق بداية للدفع الشكلي -لما للأمر من مساس بالنظام العام -ليتسنى النظر في الدفوعات الموضوعية.
1/ في الدفوعات الشكلية:
حيث دفعت المطلوبة بواسطة محاميها بعدم اختصاص المحكمة(أ) بانعدام صفة العارضة (ب)
أ/ في الاختصاص الحكمي:
حيث دفعت المطلوبة بواسطة نائبها مشيرة ان المحاكم العدلية غير مختصة بالنظر في الطلب الحالي وان القضاء الاداري هو المختص استنادا لكون الاعضاء المتواجدين بمجلس ادارة بالتعاونية لم يقع انتخابهم بل تم تعيينهم بمقتضى قرار إداري صادر عن وزير الداخلية وان الخلل في التعيين يجعل قرار وزير الداخلية مشوبا بتجاوز السلطة ومرجع نظر المحكمة الإدارية.
وحيث وخلافا لما ذهب اليه نائب المطلوبة فان الطلب الاستعجالي الراهن لا يرمي إلى مناقشة مدى شرعية القرار الاداري الصادر عن وزير .... ولا تعلق بالطعن في مقرر اداري بل الى طلب ايقاف اعمال التعاونية للاختلال في تركيبتها وهي مسالة راجعة بالنظر للقضاء العدلي ولأحكام القانون الخاص أخذا بعين الاعتبار للقوانين المنظمة لكل هيكل وهو ما يجعل هذا الدفع مخالفا للقانون وتعين رده.
ب/ في الدفع المتعلق بانعدام الصفة
وحيث دفعت المطلوبة بانعدام الصفة قولا بان السلطة الادارية ممثلة في وزيري الشؤون الاجتماعية والمالية لها وحدها اختصاص النظر في اتخاذ اجراءات متعلقة بالإيقاف

اقتضى الفصل 19م.م.م.ت "حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له الصفة واهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق ويجب ان تكون للقائم مصلحة في القيام".
وحيث لا جدال ان الصفة في القيام، تفترض أن يكون رافع الدعوى هو نفسه صاحب الحق المراد حمايته بالإجراء الوقتي المستعجل , أو وكيله القانوني, كما يتعين رفعها على ذي صفة.
وحيث ولو ان توفر الصفة في القيام، يكتفي بالتثبت من وجودها حسب ظاهر الأوراق متى تعلق الأمر طلب استعجالي، إلا ان توفرها واجب في كل الأحوال، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة باعتبارها شرطا من شروط قيامها.
وحيث وخلافا لما تمسكت به المطلوبة فقد نص الفصل الأول من القانون عدد 68 لسنة 1982 المؤرخ في 1982/8/6 المتعلق بتكوين تعاونية موظفي .... تكونت شركة تعاون اطلق عليها اسم تعاونية موظفي ..... ينخرط فيها وجوبا جميع الاعوان التابعين لهاتين الهيئتين و ذلك بواسطة اشتراك يقع حجز مقدراه مباشرة من مرتباتهم و أجورهم و تتولى الإدارة دفع مبالغ هذه الاشتراكات الى التعاونية"
وحيث أقر هذا الفصل مبدأ وجوبية الانخراط في التعاونية لجميع الاعوان التابعين .... والذين هم بدورهم من منخرطي النقابة الوطنية ...
وحيث بالرجوع للقانون الاساسي للنقابة الوطنية ... و تحديدا بفصله السابع فقد تضمن ان النقابة

تعمل على تمثيل المنخرطين لدى سلطة الاشراف كل حسب هيكلته الادارية و ذلك بتشريك النقابة في المجالس التي تعنى بالترقيات...و المشاركة ضمن مجلس ادارة التعاونيات وفي المفاوضات الاجتماعية ..."كما تضمن الفصل8 ان النقابة تعمل على تبليغ مطالب و استحقاقات جميع منخرطيها المادية و المهنية و الاجتماعية كما يحق لها القيام في حقهم بقضايا "وهو ما يجعل القول بانعدام صفة الطالبة في غير طريقه استنادا لصريح النصوص المنظمة سواء لعمل التعاونية او لعمل النقابة و تعين معه الالتفات عن هذا الدفع

2/ في الدفوعات الموضوعية:

وحيث عارضت المطلوبة في الطلب قولا بانعدام السند القانوني للطلب

وحيث لا خلاف أن السند القانوني للطلب الحالي متمثل فيما تضمنته احكام الامر عدد 847 لسنة 1985 المؤرخ في 1985/6/25 المتعلق بتنظيم وتسيير التعاونية والذي أقر بصورة واضحة وصريحة مبدأ الانتخاب لمجلس ادارة التعاونية وهو ما يشكل السند القانوني للطلب وذلك بقطع النظر عن وقوع تفعيله من عدمه.

وحيث ولئن أسند المشرع ضمن احكام الفصل 201 م.م.م.ت للقضاء الاستعجالي ولاية عامة للنظر في جميع القضايا عدى ما خرج عنه بنص صريح إلا انه قيده بتوفر ركني التأكد وعدم المساس بالأصل بصورة متلازمة وهي مسالة تهم اختصاص هذه المحكمة، تثيرها من تلقاء نفسها.

وحيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن العبرة في استخلاص ركن التأكد هو ثبوت الضرر ويستمد هذا العنصر كيانه من طبيعة الحق المطلوب حمايته وتختلف حالته باختلاف الدعاوى، بيد انه يبقى في إطار الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه.

وحيث ان ركن التأكد في القضاء المستعجل مسألة موضوعية تخضع لاجتهاد المحكمة شرط التعليل المستساغ وفق ما استقر عليه فقه قضاء محكمة التعقيب (قرار تعقيبي مدني عدد 18821 مؤرخ في 2002/11/5 -قرار تعقيبي مدني عد 12162 مؤرخ في 2002/1/11 -قرار تعقيبي مدني عدد 60879 مؤرخ في 1998/1/14).

وحيث أن القضاء الاستعجالي ولئن كان يقوم على فكرة الحماية العاجلة التي لا تهدر حقا ولا تكسبه إلا انه من صميم عمل هذه المحكمة استخلاص عنصر التأكد وبيانه في النزاع المعروض عليها وبيان الخطر الجدير بالحماية.

وحيث و إذ تعاين هذه المحكمة اعتلال تركيبة تعاونية موظفي الشرطة و الامن الوطنيين و السجون و الاصلاح لمخالفتها للأحكام المنظمة لها و التي تشترط تفعيل آلية الانتخاب , بما من شانه أن يشكل ضررا أدبيا للمنخرطين من خلال تعمد تجاوز ذلك , و هو ما يعد خرقا لمبدأ التمثيلية المنصوص عليه بالفصلين 1 و2 من الامر عدد 847 المؤرخ في 1985/6/25 , غير ان الطلب وفق ما تضمنته عريضته - طلب إيقاف أعمال التعاونية إلى حين البت في القضية الاصلية - من شانه ان ينشأ حالة فراغ (سواء في تسديد مصاريف استرجاع المصايف الطبية - او مصاريف الولادات العادية - او في خصوص جميع المصاريف الأخرى التي لها صبغة التضامن) و هو ما يمس بالحقوق المادية للمنخرطين و يعطل مصالحهم في استفادة من المنافع الاجتماعية المخولة لهم قانونا

وحيث ترى هذه المحكمة في اطار اجتهادها ان إيقاف عمل التعاونية - بالرغم من معاينة اختلال تركيبتها - من شأنه ان يمثل خطرا على الذمة المالية لكافة منخرطيها إذ ان ذلك سينجر عنه بصورة حتمية إيقاف صرف التعويضات التي تكتسي صبغة اجتماعية تضامنية - مهما

كان مقدارها - وفي المقابل استمرار اقتطاع مقدار الاشتراك من مرتباتهم و جراياتهم باعتبار الصبغة الوجوبية التي أقرها القانون عدد 68 لسنة 1982 ضمن فصله الأول , وهي المسألة الأجدر بالحماية ضرورة أن الأصل في الأمور ارتكاب أخف الضررين وفقا للقاعدة الأصولية الواردة بالفصل 556 م.إ.ع.
وحيث وطالما لم يثبت عنصر التأكد مناط القضاء الاستعجالي، في جانب العارضة، فقد أضحى الطلب مفتقرا لركن من أركانه وهو ما يتعين معه رفضه.
لذا ولهذه الأسباب
قضت المحكمة ابتدائيا استعجاليا برفض المطلب.
وحرر بتاريخ

13. الحكم عدد 90328

الجمهورية التونسية
وزارة العدل
محكمة الاستئناف بصفاقس
القضية عدد : 90328
تاريخ الجلسة : 4 أكتوبر 2021
تلخيص المستشارة إيناس المشرية
أصدرت دائرة الرئيس الأول بمحكمة
الاستئناف بصفاقس بجلستها العمومية

المنعقدة يوم الاثنين 4 أكتوبر 2021
برئاسة السيد .....
وعضوية المستشارين السيدين سالم الفتوي وإيناس المشرية
وبمساعدة الكاتبة السيدة .....
الحكم الاتي بيانه بين
المستأنفة:
شركة اتصالات .....
من جهة
والمستأنف ضدهم:
.....

من جهة ثانية
مطلب الاستئناف
قدم في 6 مارس 2020. طعنا في الحكم الابتدائي عدد 86406 الصادر عن المحكمة الابتدائية

بصفاقس بتاريخ 10 فيفري 2020 والقاضي نصه:
" قضت المحكمة ابتدائيا استعجاليا بإلزام المطلوبة شركة اتصالات.... في شخص ممثلها القانوني بإيقاف تشغيل المحطة القاعدية للهاتف الجوال المشخصة بتقرير الخبير خالد المذيوب المؤرخ في فيفري 2019 والمجرى بموجب الإذن على عريضة عدد7930 / 18 وعلى الطالبين القيام بقضية أصلية في رفع مضرة في ظرف شهر من تاريخ صدور هذا الحكم"
في موضوع الدعوى الابتدائية
حيث كان نائب المدعيين في الاصل و المستأنف ضدهما الأول و الثاني الآن قد عرض على محكمة البداية أن المستأنف ضده الثالث الآن المطلوب الثاني في الأصل تعاقد مع المستأنفة الآن المطلوبة الأولى في الأصل التي تولت تركيز عمود لتغطية شبكة الاتصالات و أن تركيز مثل هذا اللاقط للذبذبات له تأثير سلبي على صحة المدعين و على المتساكنين عامة ومن بينهم المستأنف ضدهما الأول و الثاني اللذين استصدرا إذنا على عريضة عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بصفاقس 1 بتاريخ 25 سبتمبر 2018 تحت عدد 17223 / 19 / 7930 لبيان مدى وجود مضرة من عدمها ، و قد أكد الخبير المنتدب أن حجم الاشعاعات الكهرومغناطيسية الصادرة من الهوائيات تتطلب مسافة وقائية حول المحطة تعادل 120 متر هذا إضافة إلى أن قوة الإشعاعات قابلة للارتفاع لعدة عوامل منها المباني و الحواجز المعدنية التي من شأنها عكس الذبذبات و مضاعفة تأثيرها عرضة للفص الرئيسي و الفصوص الجانبية لحجم الترددات مستخلصا أنه على المطلوبة القيام بالدراسات اللازمة و الحصول على الموافقة كتابيا من طرف الهياكل المعنية و أن في صورة عدم تقديم هذه الدراسة في ظرف 3 اشهر يستلزم إزالة المحطة.
وقد وجه المدعيان للمطلوبة محضر تنبيه بواسطة عدل التنفيذ ناصر اللواتي برقيمه عدد 50851 بتاريخ 29 / 3 / 2019 لمطالبتها بالدراسات المطلوبة من الخبير
والممضاة من الوكالات المعنية بقي بدون نتيجة.
طالبا الحكم استعجاليا بإلزام المطلوبة الاولى بإيقاف تشغيل المحطة المركزة على عقار المطلوب الثاني وذلك بمجرد اعلامها بهذا الحكم والاذن بالنفاذ على المسودة
والإذن للمدعيين بالقيام بقضية أصلية في ظرف شهر من تاريخ صدور الحكم
وحفظ الحق فيما زاد على ذلك
مستندات الاستئناف
حيث وبعد استيفاء الاجراءات القانونية قضت محكمة البداية بحكمها السالف تدوين نصه فاستأنفته المحكوم ضدها بواسطة نائبها الذي لاحظ ان حكم البداية لم يكن في طريقه استنادا إلى ما يلي:
- أنه قد جاء بعريضة الدعوى أن المستأنفة ركزت بطريق تونس كلم -6 نهج حسن حسني عبد الوهاب ساقية الزيت صفاقس عمودا لاقطا لتغطية الاجهزة الالكترونية المنزلية في حين أن المحطة القاعدية للهاتف الجوال متواجدة فوق محل سكنى المستأنف ضده الثالث هشام بن سعيد ملاك الكائن بنهج النور طريق المهدية ساقية الدائر صفاقس وليس بنهج حسن حسني عبد الوهاب ساقية الزيت صفاقس.
- ان المستأنفة قامت بإجراء معاينة محررة بواسطة العدل المنفذ ميمون معلى الذي أكد أن اللاقط متواجد بساقية الدائر وليس بساقية الزيت وأن تقرير الاختبار يتحدث بصورة عشوائية عن ساقية الزيت
وليس عن ساقية الدائر منتهيا إلى أنه من الغرابة بمكان أن تقرير الاختبار المستند إليه لم يكن

فنيا بل جاء مبهما ويتصف بالتعميم وليس بالتخصيص.

- أنه خلافا لما علّل به القاضي الابتدائي حكمه فإن منوبته المستأنفة قد تحصلت على الموافقة الفنية من طرف الوكالة الوطنية للترددات

وذلك منذ 2014/12/1 وأن تقرير الاختبار لم يبين أي مضرة حصلت للمستأنف ضدهما وكان ذلك التقرير مجرد دراسة اكاديمية لا تصلح بأن تكون خاصة بملف قضية الحال وأنه لو كان اللاقط الالكتروني غير قانوني لما تولت الوكالة الوطنية للترددات منح منوبته الترخيص لتركيز اللاقط وبالتالي فإن حصولها على شهادات وتراخيص من وزارة الاتصال هو خير دليل على عدم صحة ما جاء بتقرير الاختبار.

- أن القضاء الاستعجالي يهدف إلى حماية الحق ومنع الضرر ولكن اعتمادا على وثائق ومعطيات صحيحة وكان بذلك من المفروض على الأقل وجود شهادات طبية أو غيرها تدعم وتثبت وجود اضرار سواء على المستأنف ضدهما أو على أفراد عائلتيهما

- أن أحكام الفصل 75 جديد من قانون 2003 المتعلق بتنقيح مجلة التهيئة الترابية والتعمير لا تنطبق على وضعية قضية الحال.

- أن محكمة البداية لم تتول الرد على دفوعات منوبته المدعى عليها في الأصل المستأنفة الآن بالرغم من أهميتها على وجه الفصل في قضية الحال.

وبناء على كل ذلك طلب نائب المستأنفة نقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد برفض المطلب.

الرد على مستندات الاستئناف

وحيث لاحظ نائب المستأنف ضدهما الأول والثاني جوابا على ذلك أن حكم البداية كان في طريقه واقعا وقانونا وذلك وفق ما يلي:

- أن تقرير الاختبار اعتمد على أهل الخبرة و كان من الوجهة الفنية سليما ذلك أن الخبير المنتدب و في باب تشخيص محل النزاع أكد و أنه على ملك العارضين عقار كائن بطريق تونس كلم 6 ساقية الزيت يفتح أمام مبنى المستأنف ضده الثالث وقد استغلت المستأنفة سطحه لتركيز محطة قاعدية للهاتف الجوال كما أكد في باب تصريحات الطرفين و ان المستأنف ضده الثالث أشار إلى انه في صورة ثبوت الضرر من خلال بيانات ميدانية فإنه يجب رفع الضرر الحاصل من طرف المستأنفة وأضاف ان المحطات القاعدية تصدر اشعاعات كهرومغناطيسية و هاته الاشعاعات لها تأثير على الصحة على المدى المتوسط و البعيد و ذلك لوجود نوعين من التأثيرات و هما :

• التأثير الحراري المباشر وهو توتر على حرارة الجسم مثل العين وعدسة العين

• التأثير غير الحراري وهو يؤثر على بيولوجية الخلية

كما أكد وأن الدراسات تثبت وأن هذه التغييرات داخل الجهاز العصبي تقود إلى أمراض إعياء وكآبة وقلق وانزعاج في النوم، فضلا عن أن محطة المستأنفة تشتغل وفق ثلاثية القطاعية أي أن الهوائيات متجهة صوب ثلاثة اتجاهات مختلفة. وبالتالي يتضح أن حجم طاقة كل هوائي يتطلب مسافة وقائية حول المحطة في حدود 120 مترا.

مما جعل الخبير في باب الاستنتاج يؤكد ان المحطة المطلوبة توجد على مسافة تعادل 50 مترا قبلة عقاري العارضين فيكون بذلك أفراد عائلتيهما عرضة للفص الرئيسي والجانبي لحزام الترددات.

- أن القضاء الاستعجالي يهدف إلى حماية الحق ودرء الضرر من الحصول ويقع الالتجاء إليه في حالات التأكد لوضع حد لذلك الضرر.

- أنه سبق لمحكمة الاستئناف بصفاقس أن قضت بأنه وطالما أثبت الاختبار وجود ضرر يتمثل في تعرض المواطنين للإشعاعات والترددات الكهرومغناطيسية وتأثيرها على صحة المواطن وسلامته فإنه يتعين بالتالي رفع تلك المضرة عملا بأحكام الفصل 99 م.ا.ع وأنه لا يمكن انتظار حصول أضرار بدنية من الاشعاعات الصادرة عن الهوائيات اذ الغاية في مثل هذه الأمور الخطيرة الوقاية حتى لا تقع اضرار بدنية.

- أنه وبالرجوع إلى أحكام الفصل 75 جديد من القانون عدد 78 لسنة 2003 المؤرخ في 29 / 12 / 2003 والمتعلق بتنقيح مجلة التهيئة الترابية والتعمير فانه لا يجوز للمالك أو للمكتري الذي تحصل على الموافقة الكتابية من المالك تغيير صبغة محل معد للسكنى أو جزء منه أو أحد توابعه إلى محل حرفة أو إدارة او تجارة أو أي نشاط آخر مغاير لصبغته الأصلية إلا برخصة مسبقة من نفس السلطة الإدارية المؤهلة لتسليم رخصة البناء ووفق نفس الاجراءات وأن ملف قضية الحال خلو من كل ترخيص للمستأنف ضده الثالث من الجهات الادارية المختصة لتغيير صبغة المحل.

- أن محكمة التعقيب التونسية أكدت صلب قرارها عدد 49512 الصادر بتاريخ 22 فيفري 2018 أن شركة الاتصالات مطالبة بإعداد دراسة اولية لتحديد المؤثرات المزمع اعدادها على المحيط المجاور لها وهي مطالبة أيضا بالإحراز على موافقة الوكالة الوطنية للترددات متى بين الخبير أن تنصيب المحطة على سطح عقار داخل منطقة سكنية ينتج عنه غمر المساكن المجاورة بالحقول الكهرومغناطيسية التي يمكن ان تتسبب في أعراض صحية للمتساكنين وهو ما يعد مخالفا للتراتيب و الاجراءات الوقائية المنصوص عليها بالمنشور المشترك عدد 33 الصادر بتاريخ 23 / 10 / 2008 عن وزارتي الداخلية وتكنولوجيات الاتصال والمتضمن اقرار مسافة وقائية قدرها 100 متر من منطقة تركيز المحطة، وتضيف محكمة التعقيب أنه ولئن لم يكن الضرر حالا فإن الخشية المستقبلية من إمكانية التعرض لأضرار صحية تمثل في حد ذاتها ضررا حالا ومباشرا لما يولده لديهم من شعور بالخوف وعدم الطمأنينة من تكدير صفو حياتهم.

وانتهى نائب المستأنف ضدهما الأول والثاني إلى تأكيد أن القرار الابتدائي كان في طريقه طالبا في صورة قبول الاستئناف شكلا فرفضه اصلا واقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وحفظ الحق فيما زاد على ذلك

المحكمة

من جهة الشكل

حيث كان الاستئناف مرفوعا في الأجل القانوني وممن له الصفة وكان مستوفيا للإجراءات على معنى احكام الفصل 130 وما بعده م م م ت وبذلك فانه حريّ بالقبول شكلا

من جهة الاصل

حيث كانت مستندات الاستئناف تهدف الى الحكم وفق ما ضمن آنفا.

وحيث لم يحضر المستأنف ضده الثالث ولم يكلف محاميا لتقديم جوابه رغم ان الاستدعاء قد بلغه طبق القانون وتعين لذلك النظر في القضية طبق ما توفر في ملفها من اوراق في حقه دون التوقف عن حضوره عملا بأحكام الفصل 137 من م م م ت.

في الرد عن المطعن المتعلق بالتعميم الذي وصم به الاختبار بخصوص مكان المحطة القاعدية:

حيث عاب نائب المستأنفة على محكمة البداية عدم تولّيها الرد على كافة الطعون المثارة بما في ذلك عدم تطابق مكان المحطة القاعدية المتداعي في شأنها بين عنوان المحل الذي ذكر في عريضة الدعوى وتقرير الاختبار على أساس انه يقع بنهج حسن حسني عبد الوهاب بمنطقة ساقية الزيت وبين عنوان المحطة الحقيقي الكائن بنهج النور ساقية الداير حسبما تثبته المعاينة المدلى بها من منوبته المستأنفة منذ طور البداية.

و حيث من المسلّم به فقها وقضاء أن الرد لا يكون إلا على ما ينفع، أمّا زبد المطاعن و جفاؤها فإنه يمكن للمحكمة أن تضرب عنه صفحا حتى لا تشتغل إلا بما هو جدي ، فالمحكمة مطالبة بالردّ عن الدفوعات الجوهرية المؤثّرة على وجه الفصل في الدعوى و يكون ذلك صراحة أو دلالة ذلك أن من مقومات الردّ الضمني تبيّن رأي مخالف تماما لمضمون الدفع و الإفاضة في شرحه والتأسيس له وهو ما اتسم به الحكم المنتقد ضرورة أن العبرة هو بمكان تواجد المحطة القاعدية للهاتف الجوال المتداعى في شأنه فالثابت أنها كائنة بساقية الزيت وفق ما حققه الخبير و وفق ما أكدته المستأنفة ذاتها التي استدعت خصومها بعقاراتهم الكائنة بطريق تونس كلم 6 و قد بلغ لجميعهم بمن فيهم معاقدها صاحب العقار الذي تعتليه المحطة القاعدية للهاتف الجوال بل و حضر جميعهم أعمال الاختبار بمكان تواجد المحطة بما يصرف عن المستأنفة كل ضرر محتمل تدعيه نتيجة عدم التطابق في عنوان تركيز المحطة الذي نسبته للاختبار سيما و أن الخبير ذكر نهج حسن حسني عبد الوهاب ساقية الزيت صفاقس في معرض الحديث عن عقار العارضين في الأصل لا عن العقار الذي تعتليه المحطة القاعدية ، هذا فضلا عن أن الخبير أرفق أعماله بصورة ضوئية عن الحي السكني الكائنة به المحطة القاعدية فوثّق مكانها و موقعها بالنسبة لمنزلي المستأنف ضدهما فضلا عن أن الصور المأخوذة بالقمر الاصطناعي و المرفقة بالاختبار و التي وشّحها الخبير بالألوان والأشكال و اللافتات توضّح أن الحي السكني مترامي الأطراف يتفرع في آخره عن طريقين يؤدي أحدهما إلى ساقية الزيت و الآخر إلى ساقية الداير.

وحيث والأمر ما ذكر أضحى هذا المطعن مردودا وتعين لذلك الالتفات عنه.

في خصوص أصل الطعن ووجهة البت في الدعوى معا:

حيث ولئن حقّ للقاضي المنتصب في المادة الاستعجالية أن ينظر في المؤيدات المعروضة عليه ليأخذ منها ما يفيده في حكمه إلا أن ضوابط الفصل 201 م م م ت تصدّه عن الانتجاع بعيدا والتصدي لأصل النزاع بما لا يدع معه مجالا لنظر قاضي الموضوع

و حيث أن شرط عدم المساس بالأصل مناط الفصل 201 م م م ت لا يمنع على القاضي الاستعجالي الاطلاع على مستندات الأطراف المتعلقة بأصل الحق لكي يتوصل إلى معرفة أي الطرفين أجدر بالحماية القضائية و اتخاذ الإجراء الوقتي المناسب ، و يستنتج من ذلك بأنه ليس معنى عدم المساس بالأصل أن يمنع على قاضي الأمور المستعجلة تمحّص وتقدير الحجج والمؤيدات التي يستند إليها طرفا الدعوى بالقدر الذي يسمح له باتخاذ القرار المناسب في التداعي الاستعجالي المعروض عليه و إلاّ انحصر اختصاصه في حيز ضيّق تنعدم فيه الحكمة منه و يضيق به نطاق ممارسة الحق في التقاضي البيئي بما يخشى معه النيل من جوهر الحقوق المحمية وتقول محكمة التعقيب في هذا الصدد أن "بحث القاضي الاستعجالي لمستندات الخصوم يجب أن يكون بحثا عرضيا عاجلا يتحسّس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض عليه".

وحيث اتجه والأمر ما تقدم تجاوز الدفع المتعلّق بعدم اختصاص القاضي الاستعجالي للبتّ في مثل دعوى الحال.

وحيث أن الحق في الصحة هو حق دستوري كرسته أحكام الفصل 38 من الدستور التونسي
وحيث أن للحق في الصحة بما هو حق اجتماعي واقتصادي ارتباطا مباشرا بالحق في الحياة وبالحق في بيئة سليمة متوازنة كحق مكرّس صلب أحكام الفصل 45 من الدستور كما له ارتباط مباشر بحقوق الأجيال القادمة وبدور القاضي باهو ضامن للحقوق والحريات في إقرار مبدأ مسؤولية الأجيال الحاضرة تجاه الأجيال القادمة
وحيث أن الحق في الصحة هو حق أساسي من حقوق الإنسان لا غنى عنه من أجل التمتع بحقوق الإنسان الأخرى وقد أقرته مختلف الصكوك الدولية
والإقليمية كالفقرة الأولى من المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادتان 11 و12 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979 والمادة 24 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1981
وحيث يحتوي العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أشمل مادة تتعلق بالحق في الصحة فوفقا للمادة 12 من العهد المذكور "تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى ممكن من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه".
وحيث تفيد المادة المذكورة أن الحق في الصحة يشمل الظروف التي تسمح للإنسان بأن يعيش حياة صحية كما يشمل المقومات الأساسية للصحة مثل العيش في بيئة صحية آمنة
وحيث أن التطورات الأخيرة في القانون الدولي بما في ذلك قرار الجمعية العامة 94/45 بشأن ضرورة ضمان وجود بيئة صحية من أجل رفاه الأفراد
والمبدأ الأول من إعلان ريو دي جانيرو لسنة 1992 ومن قبله عدة اتفاقيات كمعاهدة موسكو المبرمة في 5 أوت 1963 والمتعلقة بحضر التجارب النووية في الفضاء الكوني والجو وتحت سطح الماء واتفاقية ستوكهولم لسنة 1972 لحماية الثروات النباتية والحيوانية والاتفاقية المنعقدة بباريس في 21 نوفمبر 1972 حول حماية الملك الثقافي والطبيعي والعالمي كمعاهدة برشلونة لسنة 1978 واتفاقية جنيف لعام 1979 واتفاقية فيينا لسنة 1985 المتعلقة بحماية طبقة الأوزون
و صكوك حقوق الإنسان مثل المادة 10 من بروتوكول سان سلفادور الملحق بالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان و غيرها من الاتفاقيات كاتفاقية الدول الأطراف لعام 2001 المتعلقة بالتنوع البيولوجي و مكافحة التصحّر هي كلها مواثيق و شرعات دولية تح تّم على الدول اتخاذ التدابير لوقاية السكان و الحد من تعرّضهم للمواد الضارة مثل الأشعة و المواد الكيميائية الضارة أو غير ذلك من الظروف البيئية المؤذية التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة على صحة الإنسان و هو ما كرسه المبدأ الأول من إعلان ستوكهولم لعام 1972 الذي ينص على ما يلي: "يتمتع الفرد بالحق الأساسي في الحرية و المساواة و ظروف معيشية مناسبة وفي بيئة ذات نوعية تسمح بالعيش في كرامة و رفاه
وحيث أن حفظ الصحة الجسدية والنفسية للإنسان يقتضي إعمال مبدأ الحيطة بمنسوب مرتفع طالما يتعلق الأمر بصحة الإنسان.
وحيث تولت محكمة عدل المجموعة الأوروبية كهيئة قضائية دولية التطبيق المباشر لمبدأ الحيطة باعتباره مبدأ قانونيا قائم الذات لا كمجرد مقاربة قانونية.
و حيث أن اعتماد مبدأ الحيطة يستوجب التخلي عن النظرية التقليدية لقواعد الإثبات القائلة بضرورة انتظار الحصول على الحقائق العلمية المؤكّدة و البراهين التي تجزم بقيام العلاقة السببية بين الضرر و النشاط المسبب له و الاستعاضة عنها بقاعدة أن الشك يفسر لصالح الإنسان موضوع

الحماية و لصالح الحق المحمي بما هو حق أساسي كوني يجب أن يكون مقترنا بالحق في التقاضي البيئي ، فغياب العلم اليقيني لا يمكن أن يحتج به لمواجهة خطر قد يؤدي إلى أضرار جسيمة لا يمكن في وقت لاحق معالجتها أو تدارك نتائجها سيما أن الدعوى الراهنة تندرج في إطار التداعي الاستعجالي المقيد بشرط عدم المساس بالأصل المشار إليه أعلاه.

وحيث وخلافا لما دفعت به المستأنفة بواسطة نائبها فإن احتمال وقوع الضرر في المستقبل كاف لوحده لإقرار ضرورة تدخل القضاء الاستعجالي ووضع حدّ لمصدر الضرر وهو ما كرسته محكمة التعقيب بقرارها عدد 49512 الصادر بتاريخ 22 / 2 / 2018 والذي اعتبرت فيه أن الضرر المتولد عن محطات الهواتف الجوالة

وإن لم يكن خطرا حيينا فإنه ضرر محقّق الحصول في المستقبل ويتمثل في إمكانية التعرض لأضرار صحية تمثل في حد ذاتها خطرا وهو ما يولد شعورا بالخوف وعدم الطمأنينة وتكدير للحياة وهو ما أكدته أغلب الدراسات العلمية الحديثة المنجزة في هذا المجال.

وحيث يستشف من تقرير الاختبار المحتج به والمنجز بموجب اذن على العريضة من قبل الخبير في البيئة و التلوّث خالد المذيوب انه وفي اطار المواصفات الحديثة ومع اعتبار خاصيات المحطات القاعدية للهاتف الجوال بما في ذلك طاقة الارسال والاستقبال وصنف الهوائيات فان حجم الاشاعات الكهرومغناطيسية الصادرة عن الهوائيات يتطلب مسافة وقائية حول المحطة تعادل 120 مترا باعتبار مستوى الحقول التراكمية المحدثة نتيجة استخدام نظامي الجيل الثالث والرابع مؤكدا ان قوة الاشاعات في نقطة معينة قابلة كذلك للارتفاع وذلك لعدة عوامل اخرى منها المباني والحواجز المعدنية بالنوافذ وغيرها والتي من شأنها عكس الذبذبات ومضاعفة تأثيرها موضحا ان محطة المستأنفة هي على مسافة تعادل 50 مترا فقط قبالة عقاري المستأنف ضدهما الأول والثاني.

و حيث و أيا كانت المقاربات فإن ما تلحقه المحطات القاعدية للهواتف الجوالة من ضرر نفسي هي نتيجة يدركها القاضي الاستعجالي و لا يتطلب ذلك الانتجاع بعيدا بما يخرج به عن ضوابط الفصل 201 م م م ت ذلك أن الضرر النفسي اللاحق بالمستأنف ضدهما يظل مخيما بظلاله عليهما وهو ما يستنتج من توسّلهما القضاء الاستعجالي ضرورة أنهما يعيشان لا محالة وسط حقل من الإشعاع الكهرومغناطيسي و يعتقدان في قرارة نفسيهما و استنادا إلى عدة أبحاث في الغرض أنه مهلكهما و هو ما من شأنه أن يولد لديهما إحساسا بالخوف من قادم الأيام وشعورا بالكآبة والحيرة و شتات الأمر و يصيّرهما متوجّسين خيفة على الدوام من خطر داهم لا يقبل التأخير في درئه وهي حالة تتعارض مباشرة مع ما يفرضه الحق في الصحة من توفير بيئة ذات نوعية تسمح بالعيش في كرامة و رفاه مثلما يوجبه الدستور و تنص عليه صراحة المواثيق الدولية الأمر الذي يمثل بامتياز مجال تدخل القاضي الاستعجالي فليس أكثر تأكدا من صحة الإنسان و ليس أشد وطأة تهديده فيها ، ويظل التحقيق في مدى وقوع أضرار جسدية فعلية للمستأنف ضدهما الأول والثاني مثلما تمسكت بذلك المستأنفة عند إثارتها لمسألة انعدام الشهائد الطبية المثبتة لتلك الأضرار في الوقت الراهن أو إمكانية و قوع الأضرار في مستقبل الأيام و مدى تهديد المحطة لصحتهما الجسدية بصورة مباشرة و فعلية كبيان قيام العلاقة السببية المحققة و المباشرة بين الضرر الجسدي و المحطة من أنظار قضاء الأصل ليقول فيه قوله الختم و كلمته الحتم.

وحيث و من جهة أخرى و خلافا لما تمسكت به المستأنفة بواسطة نائبها بخصوص تحصيلها على الرخص المستوجبة لإقامة المحطة المتداعى في شأنها فإن مظروفات ملف القضية ظلت خلوا منها ولم يقع الادلاء بها في أي طور من اطوار التقاضي ومع ذلك فان حصول المستأنفة على الترخيص

(الاداري الذي تستند اليه) على فرض وجوده بحوزتها لا يغنيها عن ضرورة الاستظهار ايضا بدراسة فنية معتمدة من قبل الهياكل الرسمية المعنية تبرز حسن حسبان دواعي السلامة الجسدية و تحقيق الأمان للمحيط المجاور للمحطة وذلك بعدم تجاوز كثافة الحقول المغناطيسية للحدود الدولية المعتمدة وفق المبادئ التوجيهية التي وضعتها الهيئات الدولية و المكرّسة صلب المنشور عدد 33 الصادر في 23 أكتوبر 2008 و المشترك بين وزارة الصحة العمومية و وزار ة تكنولوجيا الاتصالات ضرورة أن المشرع التونسي ولئن ضمن صلب الفصل 32 من الدستور الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال إلا أنه جعل ذلك الأمر مشروطا بأن يتم في إطار احترام الضوابط و القوانين حفاظا على صحة الإنسان التي تظل الرهان الأكبر و الأهم على الإطلاق كما أنّ الأصل ارتكاب أخفّ الضررين عملا بأحكام الفصل 556 م ا ع.

و حيث يبقى القاضي هو الضامن للحقوق و الحريات و هو الذي يكرّس مبدأ التناسب بين الضوابط من جهة و جوهر الحق المحمي من جهة أخرى مناط الفصل 49 من الدستور وهو الذي يوازن أيضا بين تلك الحقوق متى تزاحمت فيضبط الإيقاع بينها في احترام للقوانين القائمة من جهة و مع إيمان بقدسية الحقوق الأساسية من جهة ثانية فلا تفرط إحداها على الأخرى و لا تطغى ، و عليه وبقطع النظر عن حصول المستأنفة من عدم ذلك على الترخيص الإداري من الوكالة الوطنية للترددات فإن عدم إدلائها بالدراسة الفنية المستوجبة لإثبات سلامة المحطة المتداعى في شانها من كل تأثيرات سلبية على المحيط الذي تم تركيزها فيه في مخالفة صريحة للقوانين وعلى نحو ما انتهى اليه الاختبار الفني سند الدعوى

والمأذون به قضائيا لا يسمح لها بمواصلة نشاطها على أهميته وبالرغم من علاقته المباشرة بحق الإنسان في النفاذ إلى شبكات الاتصال ضرورة أن الحق في الصحة يظل أولى بالحماية ويدخل بامتياز ضمن مجال التدخل الوقائي للقاضي الاستعجالي.

وحيث والأمر ما تقدم تكون محكمة البداية لما قضت بإيقاف تشغيل المحطة القاعدية للهاتف الجوال المتداعي في شأنها الى حين ان يبتّ قاضي الأصل في وجود المضرة المدعى بها لم تتنكّب الصواب ولم تتجرّأ على اختصاص قاضي الأصل فجاء قضاؤها على هدى من قانون مبرئ من المعايب التي وصمته بها المطاعن.

وحيث أخفقت المستأنفة في طعنها واتجه لذلك تخطئتها بالمال المؤمن عملا بأحكام الفصل 151 م م م ت

لهذه الأسباب

وعملا بما تقدم

وبأحكام الفصول 22 و32 و38 و45 من الدستور التونسي

والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948

وإعلان ريو دي جينيرو لسنة 1992

وإعلان ستوكهولم لسنة 1972

والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية

والفصل 201 م م م ت

قضت المحكمة بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي المطعون فيه واجراء العمل به وتخطئة المستأنفة بالمال المؤمن.

وحرر في تاريخه

14. الحكم عدد 37823

الجمهورية التونسية
المحكمة الابتدائية بتونس
قضية عدد 37823
تاريخ الحكم 7 ديسمبر 2021
حكم ابتدائي استعجالي

أصدرت الدائرة السادسة عشر بالمحكمة الابتدائية بتونس المنتصبة للقضاء في المادة الاستعجالية بجلستها المنعقدة يوم 7 ديسمبر 2021 برئاسة السيد مالك الغزواني الوكيل الأول لرئيسة المحكمة الممضي عقبه ومساعدة كاتب الجلسة السيد يوسف القلالي الحكم الآتي بيانه بين

الطالبين: كريم وعائدة

من جهة

والمطلوبين: مهدي وفاتن وآخرين

من جهة أخرى

موضوع الدعوى

بمقتضى العريضة المؤرخة في 13 و 14 أكتوبر 2021 والتي جاء بها أن الطالبين يقطنان بعدد 182 نهج فرحات حشاد زنقة الشاطئ بالكرم الغربي ويقابل منزلهما مساحة تابعة للملك العمومي البحري يقع استعمالها من المتساكنين كممر ومربض للسيارات، وقد اتفقا مع المطلوبين على تركيز حاجز حديدي بنهج عزيزة عثمانة المؤدي إلى نهج الشاطئ المتفرع عنه لمنع بعض الأنفار من الولوج للشاطئ، وبعد تركيز الحاجز عمد المطلوبون إلى تغيير مفاتيحه مما حرم الطالبان من إمكانية الوصول إلى منزلهما بواصلة سيارتهما وصارا مضطرين إلى إبقائها بأحد الأنهج المجاورة، لذا فهما يلتمسان الحكم بتمكينهما من مفتاح الحاجز الحديدي المذكور مع الإذن بالتنفيذ على المسودة.

الإجراءات

بالجلسة المعينة لها القضية ليوم 19 أكتوبر 2021 حضر نائب الطالبين وفوض النظر وحضرت المطلوبة فاتن وطلب التأخير لتكليف محام.

ثم تتالى نشر القضية بعدة جلسات اقتضاها سيرها آخرها جلسة يوم 30 نوفمبر 2021 التي بها حضر نائب الطالبين وقدّم تقريرا وحضر نائب المطلوبة فاتن وطلب التأخير للرد عليه.

وإثرها أخرت القضية للتأمل، وبجلسة يوم التاريخ صرّح علنا بما يلي:

المستندات

حيث كانت الدعوى تهدف إلى الحكم وفق ما سبق بيانه.

حيث أجاب نائب المطلوبة فاتن بأن منوبته تحصلت مع باقي المتساكنين على ترخيص من بلدية حلق الوادي لتركيز حاجز حديدي يمكّنهم دون سواهم من الولوج إلى مساحة مخصصة كمأوى، ولما تفطنت البلدية إلى أن الطالبين يقطنان بمرجع نظر بلدية الكرم هدّدتهم بسحب

الترخيص نظرا لعدم أحقيتهما في التمتع بالخدمة المذكورة مما برّر سحب المفتاح منهما، وعلى عكس ما يدعيانه يمكنهما الوصول إلى محلهما عبر أحد الأنهج ولهما مستوده خاص بسيارتهما، لذا طلب رفض المطلب.
حيث لم يحضر باقي المطلوبين وقد استوفى استدعاءهم للحضور موجباته القانونية عملا بالفصل 203 م.م.م.ت مما يتجه معه النظر في القضية حسب أوراقها تطبيقا للفقرة الثانية من الفصل 205 من نفس المجلة.
المحكمة
حيث ثبت من محضر المعاينة المحرر من عدل التنفيذ سنية كمون في 17 جوان 2021 تحت عدد 7389 أنه وقع تركيز حاجز متمثل في باب حديدي تم بموجبه غلق الطريق العمومي على مستوى نهج عزيزة عثمانة بحلق الوادي.
حيث ان التصرف المذكور هو غلق لطريق عمومي واستئثار بملك عمومي خارج كل إطار من القانون.
حيث بقي ادعاء المطلوبة فاتن الحصول على ترخيص بلدي لوضع ذلك الحاجز ادعاء مجردا.
حيث من حق الطالبين استعمال الطريق المذكور تجسيما لحريتهما في التنقل المضمونة بالفصل 24 من الدستور، إلا أن الوسيلة التي طلباها لممارسة حقهما والمتمثلة في تمكينهما من نسخة من مفاتيح الباب الحديدي هي وسيلة غير قانونية لأنها تؤدي إلى احتكار الملك العمومي من طرف أطراف التداعي وحرمان الغير من التنقل عبر الطريق المذكور وهو ما لا يمكن للقضاء أن يحكم به في غياب مسوّغ قانوني تطبيقا للفصل 49 من الدستور الذي أوجب أن يستند كل تقييد للحقوق والحرّيات إلى القانون.
حيث ترى المحكمة اتخاذ الوسيلة المناسبة لضمان حق الطالبين في استعمال الطريق العمومي دون أن يؤدي ذلك إلى احتكاره من أي كان.
حيث ترتيبا عليه اتجه الحكم بتمكين الطالبين من المرور عبر نهج عزيزة عثمانة المؤدي إلى نهج الشاطئ المتفرع عنه واستعماله بكل حرّية ودون أي حاجز.
ولهذه الأسباب
حكمنا ابتدائيا استعجاليا بتمكين الطالبين من المرور عبر نهج عزيزة عثمانة المؤدي إلى نهج الشاطئ المتفرع عنه واستعماله بكل حرّية ودون أي حاجز.

15. الحكم عدد 37540

الجمهوريّة التونسيّة
وزارة الدفاع الوطني
المحكمة الابتدائية العسكريّة الدائمة بصفاقس
عدد القضية: 37540
تاريخ الحكم: 09 جوان 2021
حكم جناحي

الحمد لله،
بتاريخ 09 جوان 2021 صدر الحكم الآتي بيانه من المحكمة الابتدائية العسكرية الدائمة بصفاقس المتركبة من:
برئاسة السيد: عبد الحميد بن روحه.
وعضوية السادة: النقيب قاضي سنيا بن نجيمة.
النقيب قاضي رحمة التومي.
وبمحضر السيد: المقدم قاضي مهدي العيوني ممثل النيابة العسكرية.
وبمساعدة السيد: العريف أول هيثم القاسمي كاتب الجلسة.
الحكم الجناحي الآتي بين الحق العام من جهة
والمتهم: الجندي أول "كان" الحسين بن محمد الدحماني، وابن عائشة الأحولية، والمولود في 1992/11/29 بقابس، والقاطن بالزرات مارث قابس.
نائبته الأستاذة: مودة مسعود.
بحالة سراح - من جهة أخرى -
الواقع استدعاؤه لدى المحكمة العسكرية يوم التاريخ بطلب من النيابة العسكرية بصفاقس بمقتضى بطاقة استدعاء من كاتب المحكمة مؤرخة في تاريخها لاتهامه بارتكاب جريمة الفرار إلى الخراج طبق أحكام الفصول 5 مكرر و15 و38 39 من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية وذلك منذ أمد غير مسقط لحق التتبع.
- الأعمال بالجلسة -
1/ من الناحية الشكلية:
حيث كان مطلب الاستئناف مرفوعا في الأجل القانوني ومستوفيا لشروطه الشكلية والاجرائية موجه ضد حكم قابل للطعن واتجه قبوله تطبيقا للفصل 123 م.إ.ج.
- المحكمة -
2/ من الناحية الموضوعية:
من حيث الإحالة:
حيث أحيل المتهم المبينة هويته بالطالع بموجب قرار النيابة العسكرية المؤرخ في 2020/10/01 على أنظار هذه المحكمة لمقاضاته طبق نص الإحالة وذلك منذ أمد غير مسقط لحق التتبع.
وعند النداء على القضية بجلسة 01 أكتوبر 2020 حضر المتهم واعترف بما نسب إليه وذكر أنه لم تكن له نية اجتياز خلسة.
وحضر الى جانبه الأستاذ محمد علي اللوز نيابة عن الاستاذة مودة مسعود وطلب تأخير القضية لتتولى محاميته الترافع عنه شخصيا.
فوضت النيابة النظر في التأخير وطلبت إصدار بطاقة إيداع بالسجن المدني ضد المتهم.
قررت المحكمة تأخير القضية لجلسة يوم 2020/10/06 استجابة للطلب وإصدار بطاقة إيداع بالسجن المدني بصفاقس ضد المتهم.
وبجلسة يوم 06 أكتوبر أحضر المتهم الموقوف وتمسك بتصريحاته المسجلة عليه بجلسة سابقة.
وحضرت إلى جانبه محاميته الأستاذة مودة مسعود
طلبت النيابة المحاكمة.
ورافعت الأستاذة مودة مسعود عن منوبها بما رأته مفيدا طالبة أصالة الحكم بعدم سماع الدعوى

لعدم توفر أركان الجريمة واحتياطيا اسعافه بأقصى ظروف التخفيف.
وتتالت نشر القضية بعدة جلسات، وبجلسة يوم الطالع حضر المتهم وباستنطاقه أجاب متمسكا بما سجل لدى باحث البداية مؤكدا أنه تناول بعض المسكرات وقد صادف أنه امتطى مع مجموعة من الصيادين قاربهم لغاية التنزه بعرض البحر واصطياد السمك باستعمال صنارة إلا أنه فوجئ بأن المجموعة التي رافقها على متن القارب قد اتجهت الى عرض البحر وأعلمه أفرادها بأنهم بصدد اجتياز الحدود البحرية في اتجاه القطر الايطالي نافيا انصراف نيته من البداية إلى الفرار الى الخارج مضيفا أنه وقع اجباره من طرف المجموعة على مرافقتهم غي عملية اجتياز الحدود البحرية.
وطلبت النيابة المحاكمة طبق قرار الاحالة.
إثر الجلسة وبعد المفاوضة القانونية وحصول الأغلبية المنصوص عليها بالفصل 162 من مجلة الإجراءات الجزائية صرح علنا وعموما بالحكم الآتي بيانه سندا ونصا:
من حيث الوقائع:
وحيث اتضح بالاطلاع على الأبحاث المجراة في القضية تغيب المتهم عن وحدته العسكرية الفوج 17 مشاة ميكانيكية بتطاوين واجتاز الحدود التونسية بدون إذن مدة تتجاوز الثلاثة أيام وذلك من يوم 2020/08/20 الى غاية يوم 2020/09/10، والحال أنه انخرط بصفوف الجيش بداية من تاريخ يوم 2012/12/18.
وحيث بسماع المتهم الجندي أول "كان" الحسين بن محمد الدحماني بكونه بتاريخ 20 أوت 2020 بمقر الفوج 17 مش مكا بتطاوين معتمديتها تطاوين وبسؤاله أجاب بالإنكار لما نسب اليه مؤكدا أنه تحصل على رخصة سنوية لمدة 15 يوما بداية من 2020/08/05 الى 2020/08/19 مضيفا أنه بتاريخ 2020/08/10 توجه الى مدينة جربة بقصد الاصطياف والتنزه وأثناء تواجده على ضفاف البحر شاهد عدد 04 أشخاص بصدد الصيد فتحول الى الجلوس حذوهم بناء على طلبهم وفي الأثناء حل قارب صغير على متنه عدد 04 أشخاص فامتطى مجالسوه القارب المذكور وقد خيل للمجيب أنهم ذاهبون للصيد فطلب مرافقتهم وتم الاستجابة وبتوغل القارب في أعماق البحر اكتشف أن المجموعة المذكورة تنوي مغادرة التراب التونسي خلسة، فطلب منهم ارجاعه غير أنهم رفضوا وهددوه بإلقائه في البحر إن أصر على طلبه مضيفا أنههم وصل والى القطر الايطالي يوم 2020/08/11 أين تم اخضاعه للحجر الصحي لمدة 18 يوما، وإثر نهاية فترة الحجر الصحي بقي في انتظار ترحيله الذي تم بتاريخ 10 سبتمبر 2020 مؤكدا أنه طلب بمجرد دخوله القطر الايطالي ارجاعه للبلاد التونسية غير أنه تم إعلامه بوجوب قضائه لفترة الحجر الصحي محققا أنه لم يقصد التغيب عن وحدته ولم يعمد الى الفرار الى الخارج وبزيادة التحرير عليه أكد أنه لا معرفة له بالمجموعة التي اجتاز معها الحدود البحرية التونسية في اتجاه القطر الايطالي خلسة ولم يبذل أي مقابل لقاء ذلك باعتبار أنه لا نية ولا رغبة له في مغادرة البلاد التونسية كما أنه لم يكن يعلم بنية المجموعة المذكورة في اجتياز الحدود التونسية خلسة مؤكدا أن المجموعة المذكورة بقيت في القطر الايطالي ولم يقع ترحيلها.
من حيث القانون:
حيث أقرّ المشرّع الدّستوري الحقّ في التّنقّل بالفصل 24 من دستور 2014 "لكلّ مواطن الحريّة في اختيار مقرّ إقامته وفي التّنقّل داخل الوطن وله الحقّ في مغادرته ".
وحيث أقرّ الفصل 24 فقرة 2 من الدّستور الحقّ في التّنقّل داخل الوطن ومغادرته أيضا، فالحقّ

في مغادرة الوطن يدخل في باب حريّة التّنقّل – غير أنّ هذا الحقّ ليس مطلقا بل مرتبطا بضوابط تمليها المصلحة العامّة، وقد أقرّ المشرّع الدّستوري إمكانيّة تدخّل القانون لوضع ضوابط تحدّ من إطلاقيه الحقّ بالفصل 49 الوارد كآخر فصل بالباب الثاني المخصّص للحقوق والحرّيات وجاء به ما يلي "يحدّد القانون الضّوابط المتعلّقة بالحقوق والحرّيات المضمونة بهذا الدّستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها، ولا توضع هذه الضّوابط إلاّ لضرورة تقتضيها دولة مدنيّة ديمقراطيّة وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدّفاع الوطني، أو الصحّة العامّة، أو الآداب العامّة، وذلك مع احترام التّناسب من هذه الضّوابط وموجباتها ... .

وحيث يرتبط مبدأ التّناسب باعتباره من المبادئ الدّستوريّة الجديدة التي أثمرها دستور 2014 بالملاءمة والضّرورة ليتم في مرحلة ثالثة إعمال التّناسب، وقد أوكل المشرّع الدّستوري للهيئات القضائيّة بمختلف أصنافها حماية الحقوق والحرّيات من أيّ انتهاك.

وحيث يبرز التّناسب كمبدأ دستوري عام يوجّه المشرّع والقاضي.

وحيث ولئن أقرّ المشرّع الحقّ في التّنقّل ومغادرة الوطن إلاّ أنّه وضع ضوابط وقيود تتناسب مع طبيعة الوظيف.

وحيث أنّ دواعي الدّفاع الوطني "الواردة بالفصل 49 تستدعي حصول العسكريّين على ترخيص لمغادرة الوطن والرّجوع والالتحاق بالعمل حال انتهاء فترة الرّخصة.

وحيث أنّ مغادرة أرض الوطن دون تّرخيص تشكّل إخلالا للضّوابط التي تمليها دواعي الأمن الوطني عن حقّ العسكريّين في مغادرة البلاد علاوة أن ذلك قد تم خلسة دون اتباع السبل المعتاد للسفر.

حيث أن ما أتاه المتهم يشكل في حقه جريمة الفصل 68 فقرة أولى من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية.

وحيث اعتبرت أحكام الفصل 68 المذكور أنه "يعد فارا خارج البلاد زمن السلم كل عسكري أو مشتبه به يجتاز الحدود التونسية بدون إذن.... وملتحقا ببلاد أجنبية بعد انقضاء ثلاثة أيام على غيابه غير الشرعي.... ويعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة وخمسة أعوام."

وحيث يتضح أن المتهم تغيب عن وحدته العسكرية من 2020/08/20 الى 2020/09/10 واجتاز الحدود التونسية وهو ما يوفر في جانبه أركان الفصل 68 م.م.ع.ع.

وحيث أن الرواية التي وردت في تصريحات المتهم لا أساس لها من الصحة ولا شيء بملف القضية الذي ثبت من خلال أوراقه تعمده اجتياز الحدود وثبوت غيابه مدة تجاوزت المدة المسموح بها قانونا.

وحيث يتجه والحالة ما ذكر إدانة المتهم من أجل ما نسب عليه وتوقيع العقاب الرادع عليه مع تفعيل الفصل 53 م.ج وجعل العقوبة متناسبة مع خطورة الفعل وظروف المتهم

وحيث تحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه عملا بالفصل 191 من مجلة الإجراءات الجزائية.

لذا ولهذه الأسباب:

قضت المحكمة نهائيا حضوريا بقبول مطلب الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي من حيث مبدأ الإدانة مع تعديل نصه وذلك بالحط من العقاب البدني المحكوم به إلى شهر واحد وحمل المصاريف القانونية عليه. /.

وقد صدر الحكم المذكور وتلي بالجلسة العامّة علنا

وبأسفل الأصل إمضـــــاءات الســـادة القضاة

حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات منظمة حكومية دولية مهمتها تعزيز الديمقراطية في جميع أنحاء العالم، باعتبارها طموحا إنسانيا عالميا وتمكينا للتنمية المستدامة. نقوم بذلك عن طريق دعم بناء وتعزيز وحماية المؤسسات والعمليات السياسية الديمقراطية على جميع المستويات.

تتمثل رؤيتنا في عالم تكون فيه العمليات والجهات الفاعلة والمؤسسات الديمقراطية تشاركية وخاضعة للمساءلة وتوفر التنمية المستدامة للجميع.

عملنا

نركز في عملنا على ثلاثة مجالات تأثير رئيسية: العمليات الانتخابية، عمليات بناء الدستور، والمشاركة والتمثيل السياسيين. ونتبنى مبادئ النوع الاجتماعي والتشاركية وحساسية النزاع والتنمية المستدامة في جميع مجالات عملنا.

توفر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات تحليلات للاتجاهات الديمقراطية العالمية والإقليمية، وتنتج معرفة مقارنة بشأن الممارسات الديمقراطية، وتقدم المساعدة الفنية وبناء القدرات في مجال الإصلاح للجهات المشاركة في العمليات الديمقراطية، وتجري حوارا بشأن قضايا مهمة للنقاش العام بشأن الديمقراطية وبناء الأنظمة الديمقراطية.

مناطق عملنا

يقع مقرنا الرئيسي في ستوكهولم، ولدينا مكاتب إقليمية وقطرية في أفريقيا وآسيا والمحيط الهادئ وأوروبا وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي.

والمؤسسة عضو مراقب دائم في الأمم المتحدة وهي معتمدة لدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي.

< http://www.idea.int >

International IDEA
Strömsborg
Stockholm 34 103-SE
Sweden
الهاتف : 00 37 698-8-46+
البريد الالكتروني: info@idea.int
موقع الإنترنت: www.idea.int

Federal Foreign Office
1 Werderscher Markt
Berlin 11013
موقع الإنترنت: www.auswaertiges-amt.de

نشأت فكرة المرصد في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات المتعلق بالمادة الجامعة من الدستور التونسي والذي تعمل عليه المؤسسة منذ سنة 2019. ويستند الاهتمام بهذه المادة إلى عدة اعتبارات من أبرزها أنها تكاد تكون المادة الجامعة الوحيدة في الدساتير العربية التي تضع الشروط والمعايير المتعلقة بالقيود على الحقوق والحريات والضوابط المرتبطة بها في دولة ديمقراطية، وذلك بالاعتماد على مبدأ التناسب بين القيود التي تسلطها السلطة العمومية بشكل عام على هذه الحقوق وبين موجباتها.

ويهدف عمل المرصد إلى مواصلة العمل وتثمين ما تمّ إنجازه في اتجاه مزيد تعميق الوعي بأهمية المادة الجامعة ونشر ثقافة التناسب وتمكين مختلف السلط من آليات عمل دقيقة لتفعيل مقتضيات هذه المادة، خاصة وأن الفصل 55 من دستور 2022 قد حافظ على نفس فلسفة الفصل 49 من دستور 2014 مع بعض التعديلات التي لا تمس بوحدة المضمون.

وتقوم فكرة المرصد على رصد مدى احترام أعمال وقرارات الفاعلين في مجال الحقوق والحريات في تونس لضوابط المادة الجامعة من الدستور ولمبدأ التناسب.

وقد تمّ التّوجّه في إطار مجموعة العمل المشرفة على المشروع نحو رصد قرارات المحاكم العدلية والإدارية والمجالس البلدية.

ويتمثل جوهر عملية الرصد في تحليل الأحكام القضائية، العدلية والإدارية، لبيان مدى تقيّد القضاة بالضوابط التي وضعها الدستور، ومدى التّطوّر الحاصل في فقه القضاء بخصوص تطبيق مقتضيات المادّة الجامعة وخاصة فيما يتعلق بمبدأ التناسب.

الرقم المعياري الدولي للكتاب : 978-91-7671-587-1