س*الير

الجمهورية التونسية

وزارة العدل **الحمد لله**

محكمة التعقيب

***42179.2016حد القضية**

تاريخه :10-10-2017

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 5-9-2016 تحت عدد 28961 من الاستاذ **** المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن:

ف.م و س.ب محل مخابرتهما بمكتب الاستاذ **** الكائن ب 27 شارع ***** .

ضد:

م.ب .

خ.ط محل مخابرتهما بمكتب الاستاذ ****** الكائن ب 51 شارع **** ينوب خ الاستاذ ****** المحامي لدى التعقيب.

طعنا في القرار الاستئنافي المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 73325 بتاريخ 3-7-2015 والقاضي:" نهائيا بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بإقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطية المستأنفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهما وتغريمهما لفائدة المستأنف ضدها ب 400د لقاء أتعاب التقاضي واجرة المحاماة.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ **** حسب محضره عدد 108692 بتاريخ 27-9-2016 بالنسبة للمعقب ضده م وعدد 108706 بتاريخ 30-9-2016 بالنسبة للمعقب ضدها خ .

وعلى نسخة القرار المطعون فيه وعلى محضر الاعلام به المحرر بواسطة عدل التنفيذ الاستاذة **** بتاريخ 17-8-2016 حسب محضره .

وعلى جميع الاجراءات والوثائق المودعة بكتابة المحكمة في 3-10-2016 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت .

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 5-10-2016 من الاستاذ **** نيابة عن المعقب ضده والرامية الى رفض القرار المطعون فيه مع الاحالة.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة المؤرخة في 28-3-2017 والرامية الى الرفض اصلا.

وبعد الاطلاع على اوراق القضية وبعد المفاوضة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونية طبق احكام الفصل 175 من م م م ت وما بعده مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها القرار المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل المعقب ضدهما الان لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضين بواسطة نائبهما انه استقر على ملكهما العقار الكائن ****وأن المطلوبان عمدا الى القيام بأعمال هدم وبناء بعقارهما المجاور وذلك دون احترام مسافات التراجع يشكل الحق ضررا بعقارهما تمثل في حجب أشعة الشمس ويفص التهوئة وطلبا عملا بالفصل 99 من م اع الاذن بتكليف خبير مختص يتولى تشخصي المضرة اللاحة بعقارهما وتحديد طرق رفعا وتكاليف ذلك ثم الحكم برفض المضرة عن عقارهما طبقا لتقرير الاختبار وترتيب الاثار القانونية لامتناعهما عن ذلك .

وحيث و بعد استيفاء الاجراءات اصدرت محكمة البداية الحكم الاتي بيان نصه:" قضت المحكمة ابتدائيا بالزام المدعى عليهما برفع المضرة اللاحقة بعقار المدعيين طبق ما هو مشخص بتقرير الخبير **** المؤرخ في 13-11-2013 وذلك في ظرف شهر من تاريخ اعلامهما بالحكم وفي صورة

امتناعهما فالإذن للمدعين برفع المضرة تحت اشراف الخبير المذكور وفي حدود مبلغ اثنا عشر الف دينار (120.00د) ولهما حق الرجوع بالمصاريف على المدى عليهما كالزام الاخيرين بان يؤديا لهما المبالغ التالية:

1) 2600د اجرة الاختبار المعدلة من المحكمة.

2) 55.000د اجرة رقيم الاستدعاء للجلسة.

3) 300د لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة

وحمل المصاريف القانونية على المدعى عليهما وقبول الدعوى المعارضة شكلا ورفضها أصلا.

فاستأنفه المدعى عليهما متمسكين بان البناء مطابق للرخصة البلدية المسلمة اليهما وهو ما يثبت احترامهما للنصوص القانونية المنطبقة للبناء بالمنطقة وخصوصا الامر عدد 83 لسنة 1991 المؤرخ في 11-1-1991 الذي يعد استثناء لمسافات الارتداد الواردة بالنظام القانوني العام الوارد بمجلة الحقوق العينية فضلا على ان تقرير الاختبار الذي قضى برفع المضرة وفقهة يتعارض مع تقرير الاختبار المحرر بواسطة الخبير ****** التي حقق انتفاء المضرة.

وحيث وبعد استيفاء الاجراءات أصدرت محكمة الاستئناف حكمها السالف تضمين نصه استنادا الى ان الدعوى مؤسسة على احكام الفصل 99 م اع الذي ينص صراحة على

ان التراخيص لا يمنع حق الاجوار في القيام متى قامت المضرة وان الامر عدد 83 لسنة 1991 لا يجيز للأجوار عدم احترام مسافات الارتداد ولا بعد استثناء لأحكام القانون العام وأن تأسيس الطعن على تقرير الاختبار المحرر بواسطة الخبير ****** في غير طريقه لأنه لم يكن ورقة من اوراق الملف الابتدائي.

فتعقبه المستأنفان ناعيين عليه ما يلي:

المطعن الاول: المتعلق بخرق القانون:

خرق الامر عدد 83 لسنة 1991 المؤرخ في 11-1-1991:

بمقولة أن الامر المذكور بعد استثناء من حيث تحديد النسب المئوية للمساحات المعطاة بتونس المدينة ولمسافات الراجع المنصوص عليها بالنظام القانوني العام الوارد بمجلة الحقوق العينية ومجلة الالتزامات والعقود ومجلة التهيئة الترابية والتعمير وهو يمكن المتساكنين من عدم احترام مسافات التراجع الواردة بالقوانين المذكورة ومحكمة القرار المطعون فيه حرفت القانون عندما انتحت منحي مخالفا اذ كان عليها بيان القواعد العامة للارتداد من جهة وبيان القواعد الخاصة للارتداد موضوع الامر عدد 83 1991 حتى يتبين سلامة تطبيقا القانون من جانبها .

سوء تطبيق الفصل 99 من م اع :

بمقولة أن المعقبين لم يتمسكا بقرار اداري المتمثل في رخصة البناء لاقصاء حق محمي بالفصل 99 من م اع وانما تمسكا بنص قانوني مماثل ببين مفهوم وميدان مضار الجوار في منطقة معينة والاختبارين المظروفين بالملف أكدا مطابقة البناية للرخصة ولمقتضيات الامر عدد 83 لسنة 1991وتبعا لذلك فان احترام المعقبين للقانون بقطع النظر عن وجود الرخصة من عدمها لا تمثل ضررا على معنى الفصل 99 من م اع واقصاء المحكمة للرخصة هو اقصاء لنص قانوني.

المطعن الثاني: ضعف التعليل:

بمقولة أن محكمة الاستئناف أقصت تقرير الخبير ****** وهو أمر غريب شكلا وأصلا.

في النواحي الشكلية لسوء تعليل المحكمة لقرارها بإقصاء نتيجة الاختبار المحرر بواسطة الخبير ******:

المدعيان دفعا بتقاعس الخبير ****** ومخالفته للفصل 103 من م م م ت بتعلة انه لم يقدم اعماله للتعديل وهو دفع مغلوط لأنه من الثابت ان الاختبار عدل بما قدره 400د وأن محكمة البداية ومن بعدها محكمة الاستئناف بدل مطالبه المدعيين بوصل خلاص باقي اجرة الاختبار استجابت لمطلبهم

فـي تكليـف خبيـر آخـر دون التأكـد مـن حصـول التعـديل مـن عدمه.

فـي النـواحي الاصـلية لسـوء تعليـل محكمـة الاسـتئناف قرارها بإقصاء نتيجة الاختبار المحرر بواسطة الخبير ******:

قـولا بـأن المحكمـة أقصـته دون التأكـد مـن عـدم سـلامته فنيـا وقانونيـا ودون الاطـلاع عليـه اصـل كمـا أن تقريـر الخبيـر ***تضـمن احتـرام مسـافات الارتـداد طبـق الامـر عـدد 83 لسـنة 1991 الا انـه أنهـى الـى وجـود مضـرة حجـب الشـمس ونقـص التهويـة وهـو امـر ينسـجم مـع الامـر المـذكور باعتبـار خصوصـية منطقـة مدينـة تـونس والخبيـر لمـا اقتـرح رفـع تلـك المضـرة كأنمـا اقتـرح الغـاء الامـر عـدد 83 لسـنة 1991 مضـيفا أن تعطيـل المحكمـة شـابة تذبـذب وانحـرف عمـا لـه أصـل ثابـت بـالملف وتحليلا خاطئا من الناحية العلمية ضمن ص 6 من حكمها .

وطلب النقض مع الاحالة.

وحيـث جـاء فـي رد الاسـتاذ ****** عـن مسـتندات التعقيب في حق المعقب ضدها خوله ما يلي:

- في خصوص المطعن الاول:

لاحـظ ان الامـر عـدد 83 لسـنة 1991 تتعلـق بالمصـادقة علـى تحـوير مثـال التهيئـة العمرانيـة لمدنيـة تـونس وهـو أمـر لا علاقـة لـه بـدعاوي رفـع المضـرة لأنـه يهـم شـروط الاسـناد رخـص البنـاء

والمعقبان يخلطان بين دعوى رفع المضرة والقضية الادارية الرفض فيها بإلغاء رخصة البناء كما أنهما يخلطان بين نسبة اشغال الارض من جهة ومسافات الارتداد من جهة اخرى واضاف أن المعقبان يتمسكهما بمخالفة الفصل 99 من م اع يريدان تحوير موضوع الدعوى الاصلية بإقحام الامر عدد 83 لسنة 1991الذي لا يهم قضية الحال ولا يخول حتى في صورة تطبيقه الحق وعدم احترام مسافات الارتداد.

في المطعن الثاني :

لاحظ أن هذا المطعن مجرد تماما وقائع على مالا وجود له لان المحكمة لم تقض أي احتما وانما تم اعفاء الخبير ****** لأنه ليس خبيرا عدليا مدرجا بقائمة الخبراء فضلا عن انه راسل المحكمة لإعلام عن انه اجري عملية جراحية يبرر عدم احترامه لأجال الفصل 103 من م م م ت وتحدي المحكمة بتبليغ التعقيبي نسخة من تقرير الاختبار تم الرجوع في الاذن القاضي بإجراءاته وهو محل تتبع جزائي من اجل ذلك.

وطلب رفض التعقيب أصلا.

المحكمة

عن المطعنين المثارين لوحدة القول فيهما:

حيث أن محور المطعنين هو تحديد ما إذا كان الامر عدد 83 لسنة 1991 المؤرخ في 11-1-1991المتعلق بتنقيح مثال تهيئة بلدية تونس يجيز لمالكي الاراضي الكائنة في دائرة انطباقه اجامية بمناباتهم بصفة متلاصقة ودون ترك مسافات ارتداد وتراجع عن عقارات الاجوار من عدم ذلك .

وحيث صدر الامر السالف الاشارة اليه مرفقا بأمثلة وقواعد عامة لاستعمال الاراضي مثلما هو منصوص عليه بالفصل الاول منه وهي الامثلة والقواعد التي تضبط وتحدد نمط البناء ومسافات التراجع والارتداد عن الاجوار الواجب احترامها .

وحيث أن محكمة القرار المطعون فيه لم تبحث في مدى مطابقة البناء المتظلم منه لمثال التهيئة لمدينة تونس وفقما تم تنقيحه بموجب الامر عدد 83 لسنة 1991 وأسست حكمها على اعمال خبرة لم تتضمن ما يفيد تطبق الامثلة المرافقة بالامر عدد 83 لسنة 1991 ولاضبطا دقيقا لمسافات الارتداد الواجب احترامها ان كانت في المنطقة التي يوجد بها عقاري الطرفين .

وحيث من المسلم به أن تعليل الاحكام هو شرط أساسي لصحتها ويجب ان يكون التعليل مستوعبا لجميع عناصر الملف الواقعية والقانونية ومبنى على تطبيق سليم للقانون يقنع بسلامة المنحى الذي انتجته المحكمة الامر الذي لم يصدر على منواله القرار المطعون فيه يحكم ان المحكمة

خلصت الى ثبوت المضرة وقضت برفعها طبق تقرير الاختبار الذي اذنت باجرائه رغم عدم تقصيها كما يجب في خصوصية مثال التهيئة بالجهة ونمط البناء الذي يسمح به خصوصا في ظل عدم وضوح الرأي المغني للخبير المذكور بخصوص تطبيق كراس الشروط من حيث ضبط ما اذا كان ترك مسافة التراجع الزاميا ام اختياريا من جهة ومن حيث بيان كيفية احتسابه للمسافة الى اقترح ان تصير مسافة ارتداد عن عقار المعقب ضدهما وهوما يورث الحكم المطعون فيه ضعفا في التعليل وخرقا للقانون يجعلان المطعن حريا بالقبول وموجبا للنقض .

حيث كسب المعقبان من طعنهما واتجه اعفائهما من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليهما عملا بالفصل 184 من م م م ت .

ولهذه الاسباب:

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس لإعادة النظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنين من الخطية وارجاع المال المؤمن اليهما .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الثلاثاء 10 أكتوبر 2017 عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة رجاء الشواشي وعضوية المستشارين السيدة ماجدة الرياحي والسيدة سامية

القطـاري وبمحضـر المـدعي العـام السـيد لطفـي الواقـع وبمسـاعدة كاتبة الجلسة السيدة آمال بن نصر .

وحرر في تاريخه –