الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل
محكمــة التعقيــب
عـ65877دد القضيــة
تاريخ القرار: 2019/10/22

أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2018/07/12تحت عـ128دد.

مــن الاستــاذ : م ك.

نيابــة عــن: ورثــة خ ب. وهــم ابنــاؤه ا. و ك. و م. و م. و ارملته م خ. قاطنون ب...

ضــد: ص م. قاطن ب...نائبه الاستاذ ي غ.

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عـ300دد الصادر بتاريخ 2018/05/07 عن محكمة الاستئناف بجندوبة

والقاضي نصه: " نهائيا بقبول الاستئناف شكلا و في الاصل بنقض الحكم الابتدائي و القضاء مجددا بإلزام المستأنف ضدهم برفع المضرة الناتجة عن الكشف من نوافذ الطابق الثالث لعقارهم طبق مقترح الخبير موضوع تقريره المؤرخ في 2018/02/23 وذلك في اجل شهر من تاريخ الاعلام بهذا الحكم و في حالة امتناعهم فالإذن للمستأنف بالقيام بذلك على نفقته و عليه الرجوع بالمصاريف على من يجب قانونا و في الحالتين ترفع المضرة تحت اشراف الخبير المكلف الذي عليه اعداد تقرير عند التنفيذ يرجع اليه عند الحاجة و اعفاء المستأنف من الخطية و ارجاع معلومها المؤمن اليه و تغريم المستأنف لقاء اتعاب تقاضي و اجرة محاماة بحساب 350 دينار للطور الاول و 400 دينار للطور الثاني و حمل المصاريف القانونية عليهم بما في ذلك اجرة الاختبار المسعرة ب 500 دينار و معلوم محضري الاستدعاء عدد 11781 و عدد 13014 و اجرة محضر المعاينة عدد 11737 "

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ م ر. حسب محضره عـ10752دد بتاريخ 2018/08/06

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 2018/08/08 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 2018/08/16 من الاستاذ ي غ. نيابة عن المعقب ضده.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا.

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

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

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل المعقب ضده امام محكمة البداية عارضا ان المدعى عليهم المعقبون الان و المجاورين له بالسكنى تولوا فتح نوافذ تكشف حرمة مسكنه و طلب رفع تلك المضرة .

وبعد استيفاء جميع الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية بتاريخ 2016/10/11 حكمها عدد 15520 و القاضي " ابتدائيا برفض الدعوى و ابقاء مصاريفها محولة على القائم بها ."

فاستأنفه المدعي في الاصل امام محكمة الاستئناف بجندوبة التي بعد الترافع في القضية اصدرت قرارها المضمن نصه اعلاه .

و حيث تعقب الطاعنون ذلك القرار بواسطة نائبهم ناعين عليه :

المطعن الاول : خرق القانون و ضعف التعليل :

قولا بان محكمة البداية ارتأت عدم توفر الصفة في القيام بالدعوى استنادا لأحكام الفصل 174 من م ح ع الذي ذكر بصريح اللفظ صفة "المالك المجاور " لطلب رفع المضرة الكشف الا ان محكمة الاستئناف ارتأت خلاف ذلك و اقرت توفر الصفة في مثير الدعوى استنادا لأحكام الفصل 99 من م ا ع الذي يخول للمجاورين طلب رفع المضرة اللاحقة بالصحة او المكدرة لراحتهم دون ان تستند لغيره من الاسانيد القانونية .

وحيث ان الفصل 99 المذكور جاء في باب الالتزامات الناشئة من الجنح و شبه الجنح في حين يتنزل الفصل 174 من م ح ع في قسم الكشف على ملك الجار ضمن باب حقوق الارتفاق الناشئة عن القانون .

وحيث ان الفصل 99 من م ا ع هو نص عام يخص مضار الجوار بصفة عامة سواء تعلقت بالصحة او المكدرة للراحة و سواء كان المتضرر مالكا للعقار او مكتر وهو نص عام لم يحدد تلك المضار و لم يذكرها على سبيل الحصر في حين نظم الفصل 174 من م ح ع نوعا محددا على سبيل الحصر من مضار الجوار وهو مضرة الكشف على الملك المجاور .

وحيث ان المضار موضوع الفصل 99 من م ا ع تفترض الجوار فقط لعموميتها في حين ان مضرة الكشف موضوع الفصل 174 من م ح ع تفترض ان يكون المتضرر مالكا للعقار المجاور و في ذلك حكمة تشريعية اذ لا يجوز للمكتري مثلا ان يقوم بطلب رفع مضرة الكشف لتعلق الامر بحقوق عينية عقارية تمس من وضعية العقارين المتجاورين و تفترض توفر الصفة و المصلحة وهو ما اختصره المشرع في صفة "المالك المجاور " في حين ان المكتري مثلا له حقوق شخصية فقط و لا يمكن له القيام على اساس الفصل 174 المذكور الا بواسطة المالك .

وحيث ان محكمة البداية قد احسنت تطبيق القانون و وقفت عند المفهوم العام و الخاص و عند ارادة المشرع التي عبر عنها الفصل 532 من م ا ع الذي نص على ان نص القانون لا يحتمل الا المعنى الذي تقتضيه عبارته و المشرع لم يورد صفة " المالك " في نص الفصل 174 من م ح ع اعتباطا و لم يسقطها كذلك من الفصل 99 من م ا ع اعتباطا لذلك فحصت محكمة البداية وثائق المدعي و لم تقف على صفة القيام لديه أي صفة المالك و بالرجوع الى شهادة الملكية يتضح انه لا يملك في العقار موضوع التداعي الا 50 متر مربع ارضا بيضاء من اصل 350 مبنية في حين تعلقت دعواه ببناء تفوق مساحته المساحة المملوكة دون ان يقع افرازه قانونيا طبقا للفصل 99 من ح ع .

وحيث دفع المعقبون بأن العقار محل التداعي مملوك على الشياع بين المعقب ضده و شقيقه م. الذي قام ضدهم في نفس العقار مدعيا نفس المضرة و قضي في النزاع بصفة باتة و تكون محكمة القرار المطعون فيه قد خرقت احكام الفصل 174 من م ح ع و كان قضاؤها مبنيا على التعميم و مشوبا بضعف التعليل الموجب للنقض .

المطعن الثاني : خطأ في القانون المنطبق :

قولا ان محكمة القرار المنتقد قد اسست حكمها على الفصل 99 من م ا ع و اكدت كما جاء في تقرير الاختبار ان المعقبون لم يحترموا مسافة التراجع المقدرة بأربعة امتار دون تحديد القانون الذي يوجب ضرورة احترام تلك المسافة الارتدادية سيما و ان المدعي اسس دعواه على الفصل 174 من م ح ع و ذلك الفصل يمكن المدعين من مسافة ارتداد لا تقل عن المترين وهي مسافة وقع احترامها طبق تقرير الخبير المنتدب مما يجعل قرارها ايضا غير مؤسس و موجبا للنقض .

المطعن الثالث : هضم حقوق الدفاع :

قولا ان المعقبون تمسكوا بأن الفصل المنطبق هو 174 من م ح ع و الذي يسمح بمسافة ارتداد لا تقل عن مترين كما طالبوا بالتحرير على الخبير لإمكانية تطبيق احكام الفصل 173 من م ح ع و الذي ينص على حلول اخرى الا انها لم تستجب الى تلك الدفوعات كما انها لم تبرر ذلك الاستبعاد مما يورث قضاءها ضعف التعليل و هضم لحقوق الدفاع يورثه النقض .

وحيث جوابا على ذلك لاحظ نائب المعقب ضده ان هذا الاخير مالك بالعقار محل التداعي و له الصفة في القيام اما بخصوص تطبيق الفصل 174 فإن المشرع لم يشترط مسافة بعينها بل يكتفي التحقق من وجود الكشف وهو ما فعلته محكمة القرار المنتقد و طلب على اساس ذلك رفض مطلب التعقيب اصلا متى وقع قبوله شكلا .

المحكمة

عن المطعن الاول :

حيث تمسك الطاعنون ان المعقب ضده ليست له صفة القيام لأنه اسس دعواه على اساس الفصل 174 من م ح ع الذي يفترض في القائم بدعوى الكشف ان يكون مالكا في العقار المكشوف عنه .

وحيث بالرجوع الى مظروفات الملف و الوثائق التي انبنى عليها و خاصة شهادة ملكية العقار المكشوف عنه يتضح ان المعقب ضده مالكا فيه و صاحب حق عيني بعناصره الثلاثة حق الرقبة و الاستغلال و الاستعمال .

و حيث ان الدفع بأنه مالك لجزء صغير من ذلك العقار و على الشياع لا يحرمه ذلك الحق و لا ينفي عنه صفة القيام ضد كل من كشف عن عقاره مما يتجه معه رد هذا الدفع .

عن المطعن الثاني و الثالث لاتحاد القول فيهما :

حيث نص الفصل 174 من م ح ع " لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل مستقيم أو نوافذ أو شرفات أو سوى ذلك من النتوءات

على أرض مسيجة أو غير مسيجة للمالك المجاور إلا على مسافة مترين بين الحائط الذي يحدث فيه ما ذكر وبين الأرض المجاورة.

ولا يجوز له أيضا أن يحدث مطلا جانبيا أو منحرفا على أرض مسيجة أو غير مسيجة للمالك المجاور إلا على مسافة نصف متر بين الحائط المحدث فيه المطل وبين الأرض المجاورة.

ولا ينسحب ذلك التحجير على السطوح والمطلات المفتوحة على الطريق العام."

حيث يستشف من الفصل المذكور ان الكشف على سطوح و عقارات الأجوار لا تدخل ضمن مضار الجوار العادية بل هي من باب الارتفاق الذي لا يثبت بالاتفاق او القانون لان الغاية منه ليس حماية مستغل العقار بل العقار نفسه بمعنى ان المضرة في حالة الكشف مفترضة و ليس بالضرورة اثبات تضرر مستغل العقار من ذلك الكشف .

وحيث اقتضى الفصل 174 المذكور انه لا يجوز لصاحب العقار ان يكون له مطل مستقيم او نوافذ او شرفات او سوى ذلك من النتوءات على ارض مسيجة او غير مسيجة للمالك المجاور الا على مسافة مترين من بين الحائط الذي يحدث فيه ما ذكر و الارض المجاورة .

وحيث بالرجوع الى القرار المنتقد و الوثائق التي انبنى عليها يتضح ان المحكمة التي اصدرته قد اقرت بثبوت واقعة الكشف دون ان تحدد القانون الذي اعتمدته في اقرارها ذاك فإن كان على اساس الفصل 99 من م ا ع اي على اساس مضار الجوار فإنها لم تحدد الضرر الحاصل للمعقب ضده وتبين عناصره و مظاهر تضرره كشرط اساسي لتطبيق الفصل 99 المذكور و ان كانت اعتبرت ان الضرر مفترض على معنى الفصل 174 من م ح ع فإنها قد خالفت الحد الادنى المسموح به في مسافة التراجع طبق الفصل المذكور الذي هو مترين وهي مسافة تراجع قد احترمها المعقب ضده حسب تقرير الاختبار المضاف بالملف و ان كانت اعتمدت على قوانين اخرى فإنها لم تبينها بما يجعل قرارها مشوبا بضعف التعليل و خرقا للقانون يورثه النقض .

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و اصلا و نقض القرار المطعون فيه و ارجاع القضية الى محكمة الاستئناف بجندوبة لإعادة النظر فيها بهيئة اخرى و اعفاء الطاعنون من الخطية و ارجاع المال المؤمن اليهم .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الثلاثاء 2019/10/22 عن الدائرة الأربعون برئاسة السيدة صوفية بن عاقلة وعضوية المستشارين السيد انور المليح و السيدة رجاء البجاوي وبمحضر المدعي العام السيد شاكر التواتي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.

وحرر في تاريخه