الجمهوريــة التـونسيــة

وزارة العــدل

محكمـــــة الـتعقيــب

القـــرار عـ66809ــدد

تــاريخـه :2019/11/25

نص القرار :

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من الأستاذ م ش. بتاريخ 2018/08/06 نيابة عن : ب م. القاطن بـ...محاميه الأستاذ م ش. الكائن مكتبه بـ...، صاحب المعرف الجبائي...

ضـــد : ح ب. محل مخابرتها بمكتب محاميتها الأستاذة إ ع. الكائن بـ...

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 6793 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2017/03/19 والقاضي نهائيا بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بعدم سماع الدعوى لاتصال القضاء وإعفاء المستأنفة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضده وإلزام هذا الأخير بأن يؤدي للمستأنفة المبالغ المالية التالية :

- 600د. عن أتعاب تقاضي وأجرة محاماة عن الطورين.
- 672د. عن أجرة الاختبار المنجز بموجب الإذن على العريضة عدد 82364.
- 784د. عن أجرة الاختبار المنجز بموجب الإذن على العريضة عدد 73743.
- 200د. عن أجرة محاماة عن الإذن على العريضة عدد 73743 وعدد 82364.

- 56,892د. عن أجرة محضر الإعلام بإذن على عريضة واستدعاء لحضور عملية الاختبار المضمن تحت عدد 4875.

- 51,280د. عن أجرة محضر الإعلام بإذن على عريضة واستدعاء لحضور عملية الاختبار المضمن تحت عدد 5209.

- 105,480د. عن أجرة محضر المعاينة المضمن تحت عدد 7099 ورفض الاستئناف العرضي أصلا.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المقدمة في 2018/08/24 المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ الأستاذة ز م. حسب محضرها عدد 102874 بتاريخ 2018/08/16.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات الطعن المقدمة من الأستاذ ع ن. بتاريخ 2018/09/13 في حق المعقب ضدها.

وبعد الاطلاع على نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة طبق مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على ملحوظات الادعاء العام المحررة بتاريخ 2019/10/31 والرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الإحالة والإعفاء.

وبعد المفاوضة طبق القانون، صرح بما يلي:

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية طبق أحكام الفصول 175 و185 وما بعده من م م م ت وتعين قبوله شكلا.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها القرار المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل (المعقب الآن) أمام المحكمة الابتدائية بتونس عارضا بواسطة محاميه أنه استقر على ملكه جميع المحل الكائن أين عنوانه حسب أصل شهادة الملكية المضافة بالملف وأن المدعى عليها عمدت إلى إحداث بناء بمحل سكناها يكشف السطح التابع له مباشرة على غرف محله حسب محضر المعاينة عدد 76170 المؤرخ في 2011/10/12 فنبه عليها بضرورة

رفع المضرة لكنها رفضت وأنه عملا بأحكام الفصل 173 من م ح ع لا يجوز لمالك حائط غير مشترك ملاصق لملك الغير مباشرة أن يفتح به نوافذ أو كوات إلا إذا وضع عليها زجاجا ثابتا لا يفتح وكانت على ارتفاع مترين ونصف متر من أرض البيت المراد إضاءته إذا كان الطابق سفليا وعلى ارتفاع مترين من أرض البيت إذا كان الطابق علويا، فاستصدر إذنا على عريضة كلف بمقتضاه الخبير م ر. بالتوجه على العين لمعاينة وتحديد الكشف وكيفية رفعه وتكاليفه فأكد الخبير أن المطلوبة قامت ببناء طابق علوي يكشف تماما وبصفة كلية على محل سكناه أجبره على عدم استعمال نوافذ غرف نومه وقلص من إمكانية التنقل داخل محله وحرمه من التمتع بالفيراندا الأمامية المتواجدة على مقربة من مدخل العقار الرئيسي وأنه لرفع المضرة يجب سدم النوافذ والترفيع في علو الجدار الفاصل بين المحلين مع تقدير المصاريف بمبلغ 1200د. طالبا بعد تحرير دعواه على ضوء نتيجة الاختبار إلزام المدعى عليها برفع المضرة الحاصلة له بالطريقة المشخصة بتقرير الاختبار وذلك في ظرف شهر من تاريخ إعلامها بالحكم تحت إشراف الخبير المنتدب ر ب. وفي صورة امتناعها فالإذن له بالقيام بالأشغال اللازمة برفع المضرة تحت نظر نفس الخبير مع حقه في الرجوع عليها بالمصاريف المقدرة بألف دينار كإلزامها بأن تؤدي له المبالغ المالية التالية :

1/ 2000د. تعويضا عن الضرر المعنوي.

2/ 560د. مصاريف الاختبار الأول.

3/ 784د. مصاريف الاختبار الثاني.

4/ 52,666د. مصروف محضر المعاينة عدد 76170.

5/ 52,666د. مصاريف إعلام بمعاينة وتنبيه عدد 76212.

6/ 1000د. أتعاب تقاضي وأجرة محاماة مع مصروف الاستدعاء المقدر بـ33,866د. وحمل جميع المصاريف القانونية عليها.

وحيث وبعد استيفاء الإجراءات القانونية قضت محكمة البداية تحت عدد 35906 بتاريخ 2016/03/22 ابتدائيا بإلزام المدعى عليها برفع المضرة اللاحقة بعقار المدعي طبق ما اقترحه الخبير السيد ر ب. صلب تقريره في ظرف شهر من تاريخ صيرورة هذا الحكم باتا

وفي حالة امتناعه فالإذن للمدعي بالقيام بذلك على نفقته وله حق الرجوع بالمصاريف على المحكوم عليها كالحكم بإلزام المدعى عليها بأن تؤدي للمدعي المبالغ المالية التالية :

1/ 500د. لقاء أجرة الاختبار الأول المجرى بواسطة الخبير م ر.

2/ 700د. لقاء أجرة الاختبار المجرى بواسطة الخبير ر ب.

3/ 52,66د. لقاء معلوم محضر المعاينة عدد 7617.

4/ 52,66د. لقاء معلوم محضر المعاينة عدد 76212.

5/ 300د. لقاء أتعاب المحاماة عن قضية الحال معدلة.

6/ 33,866د. معلوم رقيم الاستدعاء للجلسة.

وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك.

فاستأنفته المحكوم ضدها بواسطة محاميها ناعية عليه ضعف التعليل وسوء تقدير الأمور الواقعية والقانونية وخرق القانون (الفصول 480 و481 و482 و483 و484 و547 من م ا ع والفصول 285 وما بعده من م م م ت) وقيام الخبير بأعماله في مغيبها.

وحيث أصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها المبين نصه بالطالع، بناء على اتصال القضاء بالموضوع.

فتعقبه الطاعن (المدعي في الأصل) بواسطة محاميه ناعيا عليه ما يلي:

المطعن الأول : اتصال القضاء :

بمقولة أنه خلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد فإنه لا وجود لاتصال قضاء في الموضوع ضرورة أن الأضرار موضوع الدعوى هي أضرار جديدة تتمثل في إعادة فتح المعقبة للنافذتين اللتين تكشفان على قراره والواقع تشخيصها بواسطة الخبيرين المنتدبين م ر. ور ب. ووقع اقتراح سدهما لوضع حد للكشف عليه وإن التمسك بالحكم المدني عدد 5787 المؤرخ في 2011/2/9 للحكم باتصال القضاء وتطبيق الفصل 481 من م ا ع فيه خرق للقانون ضرورة أن المعقب ضدها خرقت مقتضيات ذلك الحكم وأعادت فتح النافذتين من جديد مما جعله يقوم عليها من جديد بقضية الحال.

المطعن الثاني : الاختبار موضوع الإذن على العريضة عدد 82364 وأعمال الخبير م ع. :

بمقولة أن تأسيس الحكم على أعمال الخبير محمد عرفة في غير طريقه ولا يمكن قبوله شكلا وجوهرا ضرورة أن الإذن على العريضة عدد 82364 القاضي "نأذن للخبير م ع. بالتوجه على عين العقار المبين بالعريضة بعد التنبيه على الطرفين طبق القانون لإجراء اختبار تكميلي موضوع الإذن على العريضة عدد 73743 بتاريخ 2016/6/6" وقع الطعن فيه استعجاليا وقضت المحكمة الابتدائية بتونس بالرجوع فيه حسب الحكم عدد 73971 الصادر في 2016/12/30 المضاف للملف الاستئنافي وتم إقراره استئنافيا حسب القرار عدد 19298 المؤرخ في 2018/7/13، إلا أن محكمة القرار المنتقد إضافة إلى اعتماد الاختبار موضوع الإذن على العريضة عدد 82364 الواقع الرجوع فيه لتعليل حكمها وقضت بإلزامه بأن يؤدي للمعقب ضدها مبلغ 672د. لقاء أجرة الاختبار المنجز بموجبه كما قضت بإلزامه بأن يؤدي لها مبلغ 784د. عن أجرة الاختبار المنجز بموجب الإذن على العريضة عدد 73743 المنجز كذلك خارج إطار قضية الحال والذي لم يحضره كإلزامه بأن يؤدي لها أجور محاماة عن الإذنين ومصاريف عدول تنفيذ وهو ما يخالف القانون والذوق السليم علاوة على هضم حقوقه الشرعية، وإن اعتماد محكمة القرار المنتقد مستندات المعقب ضدها برمتها دون التثبت في صحة المؤيدات المدلى بها وترك نتائج اختبارين مأذون بهما من محكمة الدرجة الأولى سند الحكم الابتدائي فيه خرق للقانون وضعف في التعليل، وقد استقر فقه قضاء هذه المحكمة على اعتبار أن تعليل الأحكام لا يقتصر فيه على إيراد طلبات الخصوم وأوجه دفاعهم بل يتجاوز ذلك إلى تمحيص مستنداتهم ومناقشة أدلتهم واستخلاص النتائج منها وتطبيق القواعد القانونية عليها وبدون ذلك لا تتمكن محكمة التعقيب من إجراء رقابتها على سلامة تطبيق القانون (قرار عدد 1753 مؤرخ في 1979/4/19) وعلى أنه ركن جوهري ولا يكون كافيا إلا إذا تعرض للدفوعات التي تمسك بها الخصوم وتولى مناقشتها والرد عليها بما يجعله مستساغا مستمدا مما له أصل ثابت بأوراق الملف (قرار مدني عدد 17583 مؤرخ في 1989/6/20).

وهو يطلب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة.

وحيث ردت المعقب ضدها على مستندات الطعن ملاحظة بواسطة محاميها :

عن المطعن المتعلق باتصال القضاء :

أن ما تعلل به المعقب يمثل تصريحا جديدا لأول مرة منذ نشر القضية عدد 35906 حيث كانت الدعوى مؤسسة على إحداث طابق علوي في حين تعلق المطعن بإعادة فتحها لذات النافذتين المحكوم بسدمها فلو كانت نيته مخاصمتها على إعادة فتح النافذتين المسدومتين جزئيا تنفيذا للحكم الابتدائي لاستندت عريضة الدعوى على ذلك وبالتالي فإن التمسك بإعادة فتح النافذتين لا يستقيم باعتباره دفعا جديدا أمام هذه المحكمة غايته تضليل العدالة لأن محكمة القرار المنتقد وقفت على حقيقة النزاع وحققت شروط اتصال القضاء وكان تعليلها سليما من هذه الناحية فلو كانت حقيقة الدعوى تتعلق بإعادة فتح النافذتين لكان قام عليها جزائيا في الرجوع إلى الشغب بعد التنفيذ لكنه لم يفعل لأنه لا إثبات لديه ولأنه تزوير للحقيقة ومغالطة تستروح من تقريري الاختبار المستند إليهما من قبل المعقب إذ ما تضمناه من نتيجة تجافي الحقيقة وتزورها بطريقة صادمة إذ ما تم تأكيده بصورة قاطعة وواضحة بأن النافذتين سدمتا من تاريخ تنفيذ الحكم ولم تفتح من جديد وهي نفس النافذتين موضوع القضية عدد 35906 وهو ما يدعمه ما جاء بالمعاينة الميدانية المجراة من عدل التنفيذ ر ط. من كون العقار على حالته منذ الإذعان للحكم الابتدائي عدد 5787 وبناء على تتبعها لمؤاخذتهما جزائيا لدى وكيل الجمهورية بشكايتين في الغرض وهو ما اتجه معه إقصاء التقريرين المنجزين بواسطة الخبيرين م ر. ور ب. من ملف النزاع لتوفر شبهة زور بهما إلى حين انتهاء الأبحاث الجزائية بما تكون معه محكمة القرار المنتقد قد أحسنت تطبيق الفصل 481 من م ا ع وأصابت المرمى.

عن المطعن المتعلق بتقريري الاختبار المنجزين بواسطة الخبير م ع. :

أن محكمة القرار المنتقد وبعد التحري في توفر شروط اتصال القضاء فقد عللت قرارها بما توفر لديها من مؤيدات ومنها شهادة الشهود الذين أكدوا أنها وبعد سدمها للنافذتين لم تفتحها مجددا وبقي الحال على ما هو عليه منذ تاريخ التنفيذ كما استندت إلى الالتزامين المتبادلين ولمست تعسف المدعي في القيام عليها في الدعويين بعد نكوله ورجوعه من جانب واحد فيما التزم به كما استندت إلى محضر المعاينة المجرى بواسطة عدل التنفيذ الأستاذة ر ط. والذي أكدت صلبه معاينتها لنافذتين شبه مسدومتين كليا بالطابق العلوي لعقارها واستوفت الأدلة بتقريري الاختبار المنجزين بواسطة الخبير محمد عرفة والإذن التكميلي الصادر بغاية إدراج

الترخيص المسند لخصمها في فتح نوافذ بالطابق العلوي قبالة عقارها للإذن الأصلي المتعلق بالاختبار الأول، علما وأنه وبعد صدور القرار المطعون فيه صدر قرار استئنافي استعجالي عدد 19298 بإقرار الحكم الابتدائي عدد 73971 القاضي بالرجوع في الإذن على العريضة التكميلي عدد 82364، إلا أنه خلافا لما نسبه المعقب من خطأ المحكمة في الاستناد لذلك الإذن التكميلي فإن تواريخ الأحكام والقرارات تؤكد أنها لم تخطئ في اعتماده والقضاء بأجوره وعلى كل فقد طعنت في ذلك القرار الاستعجالي الاستئنافي، هذا إجرائيا وفي جميع الأحوال من الناحية الموضوعية فإن الإذن المذكور يتعلق بعمل تكميلي لإدراج وثيقة الترخيص الصادر منها لخصمها ولا يؤثر غياب الوثيقة على نتيجة الاختبار الأصلي عدد 73743 الذي لم يطعن فيه هذا الأخير وأصبح غير قابل للطعن فيه منذ انقضاء أجل الرجوع فيه بما تكون معه المحكمة محقة في اعتماده والقضاء بأجوره، وبناء عليه فإنه لا تأثير لمطاعن المعقب على القرار المنتقد الصادر عن محكمة أصل لها وحدها الخوض فيما يخفيه الملف من حقائق إستجلتها وتبينتها من خلال المطاعن المثارة والمؤيدات المظروفة ولا سلطان عليها في ذلك طالما عللت قضاءها تعليلا سليما مما له أصل ثابت بملف الدعوى.

وهي تطلب رفض مطلب التعقيب أصلا.

المحكمة

عن المطعن الأول المتعلق بخرق أحكام الفصل 481 من م ا ع :

حيث عملا بأحكام الفصل 99 من م ا ع يحق للأجوار القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو المكدرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة، وبالتالي فإن دعوى رفع المضرة تقوم على إثبات المضرة المدعى بها وهي مسألة واقعية يعتمد فيه على معاينة وجودها من عدمها والوقوف من المحكمة على أسبابها استنادا إلى ما توفر لها من مؤيدات وباتخاذ جميع وسائل البحث والاستقصاء التي تخول لها كشف الحقيقة وإثبات الحالة الواقعية للمضرة بكل دقة وتفي بما يحتاجه فض الخصومة من معطيات وحلول فنية وقانونية حتى تتمكن من فصله دون إجحاف بحقوق أي من طرفيه.

وحيث تبعا لما تقدم فإن البت في دعوى رفع الضرر يقتضي من المحكمة الوقوف على توفر شروط الفصل 99 المذكور المتعلقة بالأشخاص المتنازعين وصفاتهم من جهة أولى والتحقق من وجود المضرة المدعى بها في تاريخ رفع الدعوى وتشخيصها مكانا ومحتوى وبيان عناصرها وما إذا كانت من الأضرار المعتادة أم مما تجاوز الحد الاعتيادي من جهة ثانية وضبط الوسائل اللازمة لرفعها وإزالة أسبابها من جهة ثالثة.

وحيث اقتضى الفصل 481 من م ا ع أن ما أناطه القانون من النفوذ بأحكام المحاكم التي لا رجوع فيها لا يتعلق إلا بما قضت به المحكمة ولا يتمسك به إلا في خصوص موضوعه أو ما كان نتيجة ضرورية منه شرط اتحاد موضوع الطلب وسبب الدعوى وأطرافها، وبناء عليه فإن اتصال القضاء يهم الحق الواقع إقراره ونتيجته.

وحيث ولئن كان الدفع باتصال القضاء بالموضوع يمنع مبدئيا من إعادة التقاضي في نفس الموضوع كلما صدر حكم سابق بين نفس الأطراف وفي نفس الموضوع وانبنى على نفس السبب وكان ذلك الحكم قابلا للتنفيذ من شأنه قطع الخصومة بين أطرافه سواء تعلق الأمر بانقضاء دين أو برفع ضرر أو غير ذلك من الأحكام، وكذلك الشأن كلما ثبت تنفيذ ذلك الحكم مع استنفاذ طرق الطعن فيه وبالتالي ترتيبه لآثاره وانقضاء الخصومة موضوعه ببراءة ذمة المحكوم ضده فإما بموجب الخلاص بالنسبة للأحكام القاضية بأداء مال أو بتنفيذ العمل المطلوب بالنسبة للأحكام القاضية بالقيام بعمل، فقد دفع المعقب بصفته مستأنفا عليه أمام محكمة القرار المنتقد بكون الضرر محل النزاع تعلق بوقائع وأفعال لاحقة بتنفيذ الحكم السابق القاضي برفع المضرة تمثلت في إعادة فتح النافذتين بعد سدمهما طبق ما اقترحه الخبير في تلك القضية.

وحيث ولئن عاينت محكمة القرار المنتقد سبق نشر نزاع بين نفس الطرفين حول نفس موضوع النافذتين المراد سدمهما بما لا خلاف معه حول اتصال القضاء في شأن الحق المتنازع حوله والمتمثل في ثبوت ترتيب فتح النافذتين لضرر مؤكد للمعقب من جهة وفي الطريقة المثلى لإزالته من جهة أخرى، فهي لم تبين موقفها في خصوص الدفع المتعلق بإعادة فتح النافذتين بعد تنفيذ الحكم المذكور ولم تعلل قرارها في هذا الشأن ملتفتة عن المؤيدات المقدمة للغرض والمتمثلة في التصريح الصادر عن المعقب بوقوع التنفيذ المعرف عليه

بإمضائه في 2011/10/16 ومحضر الإعلام بمعاينة وتنبيه المؤرخ في 2011/10/31 والذي نبه بمقتضاه على خصيمته بضرورة رفع المضرة الناتجة عن أشغال البناء، كما لم تحدد موقفها من الاختبارين الأصلي والتكميلي المقدمين من المعقب ضدها بغاية إثبات عدم إعادة فتحها للنافذتين فبقي قضاؤها قاصرا من هذه الناحية وغير مستوف للأبحاث الاستقرائية المحمولة عليها بغاية التوصل إلى الحقيقية.

وحيث وطالما تمسك المستأنف ضده أمام محكمة القرار المنتقد ردا على الدفع باتصال القضاء بأن الأضرار موضوع قضية الحال جديدة وهو لا يعد دفعا جديدا أمام هذه المحكمة خلافا لما دفعت به المعقب ضدها، فإنه لا مجال للبت في هذه المسألة إلا بالوقوف على مدى وقوع تنفيذ الحكم الصادر في القضية السابقة ومدى رجوع المعقب ضدها لفتح النافذتين موضوعه بما يحول في صورة الإيجاب دون إعادة تنفيذ الحكم السابق والحصول على نسخة تنفيذية ثانية منه وهو ما لا يمكن معه اعتبار اتصال القضاء بذلك الحكم مانعا أمام المعقب من إعادة التقاضي في نفس الموضوع سواء أمام القضاء الاستعجالي أو لدى قضاء الأصل بغاية إزالة المضرة الموجودة في تاريخ القيام والتي تجددت بعد تنفيذ ذلك الحكم ولو اتحد وصف المضرة مع المضرة موضوع الحكم السابق.

وحيث وفضلا عن عدم بت محكمة القرار المنتقد فيما إذا كانت الدعوى مؤسسة على وقائع جديدة حصلت بعد تنفيذ الحكم السابق، فقد ترتب عن موقفها في هذا الخصوص التفاتها عن المؤيدات المقدمة من الطرفين وعدم موازنتها بينها كعدم تحديدها لموقفها من الترخيص الممضى من المعقب لفائدة خصيمته في فتح نوافذ في صورة بناء طوابق علوية على مسافة ارتداد بمترين والذي لم يسبق الإدلاء به في القضية السابقة وهو ما تكون معه المحكمة قد أساءت تطبيق الفصل 481 من م ا ع من هذه الناحية واتجه نقض قرارها في هذا الشأن.

عن المطعن الثاني المتعلق باعتماد الاختبارين المنجزين بإذن على عريضة بطلب من المعقب ضدها :

حيث وفضلا عما ثبت من وقوع الرجوع في الإذن على العريضة عدد 82364 الصادر بتكليف الخبير م ع. منذ 2016/12/30 بموجب الحكم الاستعجالي عدد 73972 الواقع إقراره استئنافيا بموجب القرار عدد 19298 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 2018/07/13، فإن محكمة القرار المنتقد قضت بأجرة الاختبارين المنجزين بموجب الإذن على العريضة المذكور والإذن على العريضة عدد 73743 المتعلق بإجراء اختبار تكميلي وبأجرة المحاماة المتعلقة باستصدار الإذنين والحال أنها لم تعتمد محتواهما ولم تشر إليهما بمستنداتها بما لم يكن معه قضاؤها بالمصاريف المذكورة سليم المبنى ولا معللا واتجه نقض قرارها من هذه الناحية أيضا.

لـــــهـــــذه الأســـبـــــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس لإعادة النظر فيها بهيئة مغايرة وإعفاء الطاعنين من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليهم.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 25 نوفمبر 2019 عن الدائرة المدنية التاسعة والثلاثين برئاسة السيد وجدي الهذيلي وعضوية المستشارين السيدين رجاء بوسمة ومحمد الورهاني وبحضور المدعي العام السيدة رجاء الخضراوي، وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.

وحرر في تاريخه