ل/الح
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل
محكمــة التعقيــب
***عـ69230.2018ـدد القضية**
تاريخــه :2019/1/22

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعــد الاطــلاع علــى مطلــب التعقيــب المقــدم فــي 2018/11/9 تحت عـ8383ـدد من الأستاذة س ع. المحامية لدى التعقيب.

نيــابة عن : ن ع. القاطن بطريق بـ... المعين محل مخابرته بمكتب نائبته الكائن بـ....

ضــد : م ه. القاطن بـ... ينوبه الأستاذ م م.

طعنــا فــي القــرار الاســتئنافي المــدني عــ47809ــدد الصادر بتاريخ 2018/4/5 عن محكمة الاستئناف بالمنستير.

والقاضــي نهائيــا بقبــول الاســتئناف شــكلا فــي الأصــل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بالزام المستأنف ضده برفع المضرة عن عقار المستأنف طبقا لتقرير الخبير السيد م ف. المؤرخ في 18 ماي 2017 وذلك في أجل شهر من تاريخ الاعلام بهذا القرار وإن تقاعس عن التنفيذ فتخويل المستأنف حق رفعها على نفقته وله حق الرجوع بتكاليف ذلك على المستأنف ضده في حدود تقديرات الخبير المذكور واعفاء المستأنف من الخطية وارجاع المال المؤمن اليه وتغريم المستأنف ضده لفائدته بستمائة دينار (600د) عن اتعاب التقاضي واجرة المحاماة عن الطورين وحمل المصاريف القانونية عليه بما في ذلك اجرة الاختبارين.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ احمد عبيد حسب محضره عـ14874ـدد بتاريخ 2018/12/5.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة في 2018/12/7 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 2018/12/26 من الأستاذ م م. نيابة عن المعقب ضده م ه. والرامية إلى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا إن استقام شكلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل نقض الحكم المطعون فيه مع الاحالة.

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

من حيث الشكل :

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

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها القرار المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل (المعقب ضده الآن) لدى المحكمة الابتدائية بالمنستير عارضا انه على ملكه جميع المحل المعد للسكنى المتكون من بناية ذات طابق سفلي والكائن بـ... وان المدعي عليه (المعقب الآن) قد تعمد تشييد بناية مجاورة لعقاره وذلك دون احترام مسافة التراجع ثم تولى الارتفاع بالبناء دون مراعاة حسن الجوار وواصل البناء متعنتا رغم الاتصالات الودية والقانونية به طبق محضر المعاينة المضاف بالملف والمجرى بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ م ه. حسب رقيمه عدد 79874 بتاريخ 2014/4/15 مما حدى بالمدعي إلى استصدار حكم استعجالي من ساعة إلى اخرى قصد ايقاف الاشغال في القضية عـ22911ـدد الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالمنستير بتاريخ 2014/5/5 والذي يقضي بايقاف الاشغال مثلما هو ثابت من الحكم

المضاف بالملف وهو سند اساسي لهذه الدعوى وقد تضرر المدعي اشد الضرر من هذه الاحداثات خاصة وانها لم تكن مطابقة للتراتيب والمعايير الفنية المعمول بها في هذا المجال من عدم احترام مسافات التراجع القانونية كما انه تم احداثها بدون رخصة بناء اضافة إلى انها احداثات مطلة مباشرة على عقاره ومتى تعد من مضار الجوار المنصوص عليها بالفصل 99 م ا ع طالبا الاذن بتكليف خبير مختص لغاية تشخيص الحالة المشتكى منها والوقوف على المخالفات التي اتاها المدعي عليه عند اقامته لبنائه وتحديد الضرر المتظلم منه وطريقة دفعه وتحرير تقرير في ذلك مع حفظ حقه في التعليق على نتيجته.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عـ34043ـدد بتاريخ 2015/5/27 يقضي ابتدائيا بعدم سماع الدعوى وابقاء مصاريفها محمولة على القائم بها على اساس ان الخبير المنتدب السيد ك ب. حقق صلب تقريره المؤرخ في 2014/12/5 عدم وجود المضرة المتظلم منها سواء تلك المتعلقة بعدم ترك مسافة التراجع باعتبار ان نمط البناء لا يستوجب وجود مسافة تراجع او تلك المتعلقة بوجود كشف بحيث انتهى الخبير لعدم وجود كشف مسلط على عقار المدعي من جهة المدعى عليه.

وحيث استأنف المدعي في الأصل الحكم المذكور طالبا تكليف خبير ثان ونقض الحكم الابتدائي والقضاء طبق عريضة الدعوى.

وحيث اصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع استنادا إلى القول بان الخبير المنتدب بهذا الطور السيد م ف. ضمن تقريره المؤرخ في 18 ماي 2017 حقق ان المطلوب اقام نافذتين لبيت المدرج المعلم عليه باللون الازرق بالمثال البياني المرافق لتقريره مما تسبب في كشف مقلق وغير طبيعي على فضاءات وغرفة نوم ومطبخ المستأنف وخلص إلى كون رفع المضرة يتم ببنائهما بالآجر البلوري على

ارتفاع 1،70م بقيمة 150د وطالما وأصل المستأنف ضده القيام باعمال البناء رغم وجود اجراءات التقاضي بينه وبين المستأنف وتحقق ان ما اقامه من بناء مخالف فانه لا يجوز التمسك بعدم وجود المضرة واتجه الزامه برفع المضرة طبق الاختبار.

فتعقبه المستأنف ضده وورد بمستندات طعنه بعد استعراض وقائع القضية واجراءاتها نعيه على القرار المطعون فيه ما يلي:

المطعن الأول : المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه:

قولا ان محكمة الدرجة الثانية خالفت القانون لما قضت من جديد بالزام المستأنف ضده برفع المضرة طبقا لتقرير الخبير م ف. بعد ان استبعدت اعمال الخبير المنتدب لدى الطور الاول ك ب. الذي حقق وجود عقاري طرفي النزاع في منطقة ذات صبغة فلاحية وقد تم اقامتهما بدون تقسيم فني مصادق عليه ودون الحصول على رخص بناء في الغرض كما تبين انهما من الصنف التقليدي "ديار عربي" الامر الذي لا يستوجب ترك مسافة تراجع بين عقارات الاجوار وبخصوص المطلة على عقار المدعي المشتكى منها فقد تبين بالمعاينة الميدانية انها تتمثل في جزء محمول على الفراغ Porte à faux وممتدة على الممر الذي يؤدي إلى عقاري الطرفين وغير ملاصقة لعقار المدعي مما ينفي صدور اي كشف على عقار المدعي وقد اعتمدت محكمة الاستئناف في قضائها على النتيجة التي توصل اليها الخبير السيد م ف. دون التحري في الموضوع رغم وجود تناقض صارخ بين الاختبارين فالفتحتين المتظلم منها تقعان ببيت المجرد ولا يمكن ان ينجر عنهما اي كشف خاصة وان المدراج تستعمل للصعود إلى الطابق العلوي ولا وجود لشرفة تطل على المعقب ضده فالنافذتين اقيمت للتهوئة وهي بطبيعتها تكون

مجهزة بستائر سميكة من الخشب ومهما يكن من امر فان النافذتين لا علاقة لهما بموضوع الدعوى.

المطعن الثاني : المستمد من ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع:

قولا ان محكمة الدرجة الثانية لم تعلل حكمها تعليلا قانونيا سليما اذ اكتفت باعتماد اعمال الخبير السيد م ف. بدون التحري في الموضوع والتحرير على الخبير للتثبت من حقيقة وجود الكشف والمضرة من عدمها واللبس الذي وقع فيه الخبيرين المنتدبين وما استنتجه الخبير لدى الطور الثاني يعد من قبيل وجود مضرة جديدة لم تشملها الدعوى والمطالبة برفعها في الطور الاستئنافي يعد من الطلبات الجديدة المخلة بمبدا المفعول الانتقالي للاستئناف وعليه طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وفق الأصل بنقض الحكم المطعون فيه وارجاع ملف القضية للمحكمة التي اصدرته للنظر فيه بهيئة اخرى.

وحيث جوابا على مستندات التعقيب لاحظ نائب المعقب ضده انه وعلى خلاف ما تمسك به الطاعن فان دفوعاته اتسمت بالصبغة الواقعية ولا يستشف منها الاسانيد القانونية المفترض التمسك بها امام محكمة القانون اذ اقتصرت الدفوعات على مناقشة محكمة الأصل في تقديرها للوقائع والحال ان لقاضي الموضوع السلطة التقديرية المطلقة بشرط التعليل وقد ثبتت المضرة المشتكى منها عبر اللجوء إلى اهل الخبرة ولم يقدم المعقب اثناء التقاضي أي معطيات تدحض ما توصل اليه اهل القانون ومهما يكن من امر فانه بالرجوع للمعاينات المجراة بواسطة عدول التنفيذ والمظروفة بالملف وتلك المسجلة من قبل اهل الخبرة يمكن الجزم بتعمد المعقب الاضرار بعقار المعقب ضده من خلال فتح نافذتين تطلان مباشرة على عقاره وتشكل الضرر بعد صدور الحكم الابتدائي من خلال تشييد

النافـذتين بالبنـاء والتـزيين بعـدما كانـت مجـرد فتحـات وبالتـالي بـروز الضـرر بصـفة جليـة لا يعيـب الـدعوى فـي شـيء ضـرورة ان الضـرر ثابـت فـي الحـالتين وانتهـى إلـى طلب رفض التعقيب أصلا ان كان مقبولا شكلا.

المحكمـــــة

عـن المطعنـين لتـداخلهما ووحـدة قـول المحكمـة فيهما:

حيـث ان محكمـة الأصـل وان كانـت حـرة فـي تقـدير الوقـائع فـان قواعـد التعليـل الصـحيح الـذي موحـد لتلـك الحريـة تقتضـي منهـا التعـرض لجميـع اوجـه الـدفوع الجوهرية والرد عليها بكيفية مستساغة واقعا وقانونا.

وحيـث تبـين مـن خـلال حيثيـات القـرار المطعـون فيـه ان المحكمـة قـد اسسـت قضـاءها علـى تقريـر الاختبـار المنجـز مـن طـرف الخبيـر م ف. خـلال الطـور الاسـتئنافي معتمـدة فـي تعليـل حكمهـا علـى الخلاصـة المضـمنة صـلب تقريره.

حيـث ولـئن كـان الاختبـار مـن الوسـائل الاسـتقرائية الهامـة فـي مرحلـة تحقيـق الـدعوى إلا انـه يبقـى وسـيلة موضـوعية خاضـعة لاجتهـاد محكمـة الموضـوع طالمـا تمحصت فيها وبينت سبب اعتمادها.

حيـث ان محكمـة القـرار المطعـون فيـه ولـئن اصـابت فـي اسـتبعاد الاختبـار المنجـز بـالطور الابتـدائي لموأصـلة المسـتأنف ضـده (المعقـب الآن) القيـام باكمـال البنـاء رغـم وجـود اجـراءات التقاضـي بينـه وبـين المسـتأنف (المعقـب ضـده الآن) الامـر الـذي ادى إلـى تشـكل الضـرر المـدعى بـه بعـد صـدور الحكـم الابتـدائي الا انهـا لـم تسـتفرغ جهـدها فـي ابـراز المضـرة المشـتكى بهـا اذ كـان بامكانهـا اجـراء بحـث عينـي للوقـوف علـى حقيقـة المضـرة وبيـان إن كانـت الطريقـة المقترحـة لازالتهـا مـن طـرف

الخبير المنتدب كفيلة برفعها ام من شانها ان تمثل في حد ذاتها مضرة اخرى للمشتكى به كمزيد التحقق من ان الكشف الذي تسببه النافذتان المفتوحتان ببيت المدرج تمثلان مضرة على معنى الفصل 99 من م ا ع ومطابقتها مع الوصف الذي اورده الخبير لهذه المضرة بكونها "كشف مقلق و غير طبيعي" خاصة مع اصرار المعقب ان النافذتين لا ينجر عنهما أي كشف.

وحيث بذلك تكون محكمة الموضوع قد قصرت في تقدير الدعوى المعروضة عليها والاجتهاد في فحصها وسبر ما اشتملت عليه من العناصر واكتفت بتبني خلاصة تقرير الخبير كما اثبت بقول مجمل وعام لما اعتبرت انه لا يجوز التمسك بعدم وجود المضرة واتجه رفعها طبق الاختبار دون تحديد مبنى وعناصر استنتاجاتها ما يكون معه قضائها ضعيف التعليل هاضما لحقوق الدفاع وخارقا للقانون وبات متعين النقض على هذا الاساس.

ولهاته الأسباب

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

صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 22 جانفي 2019 عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين المتركبة من رئيستها السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين فاتن خير الله ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيدة اسمهان الحبيب وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

وحرر في تاريخه -