الجمهورية التونسية

وزارة العدل

محكمة الـتعقيـب

عـ 67098ـدد القضية

تاريخ القرار: 9 أكتوبر 2018

تلخيص المستشارة: سامية العابد

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم بتاريخ 2018/07/31 مـن قبـل الأستـــاذة "ا. غ." المحامية لدى التعقيب.

نيابـــة عـن: "ن. د." قاطنة ب**** ببنزرت.

ضـد: 1 "ع. ح. ب. م. ع. خ."

2" د. ب. ف. ب. ي. ح.". القاطنين ب **** بنزرت. نائبها الأستاذ "م. ج." المحامي لدى التعقيب.

طعنا في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف ببنزرت تحت عـــــدد 24125 بتاريخ 2018/04/02 القاضي" نهائيا بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطئة المستأنفة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه وتغريمها لفائدة المستأنف ضدهم ب 400 دينار لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة عن هذا الطور.

وبعد الإطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضدهما بتاريخ 2018/08/17 .

وبعد الإطلاع على نسخة الحكم المطعون فيه ومحضر الاعلام به وعلى جميع الوثائق المقدمة في الأجل القانوني طبق مقتضيات الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وبعد الإطلاع على التقرير الذي تضمن الرد على تلك المستندات المقدم من قبل محامي المعقب ضدهما والرامي إلى رفض مطلب التعقيب أصلا.

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة الرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا.

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

مـن حيـث الشكـل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع الشروط والصيغ القانونية الواردة بالفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من جهة الشكل.

مـن حيـث الأصـل:

حيث تفيد وقائع القضية كما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعيان في الأصل المعقب ضدهما الآن لدى المحكمة الابتدائية ببنزرت عارضين أنهما يملكان جميع العقار الكائن ب**** موضوع الرسم العقاري عدد 64392 بنزرت مساحته 696 مم وقد قامت جارتهما المطلوبة بتحويل محل سكناها الى مركز تجميل وأدخلت تحويرات جوهرية على منزلها متمثلة في بناء مدارج وشرفتين تكشفان مباشرة على منزلهما. وبموجب اذن على عريضة تم تكليف الخبير "ع. ج." لمعاينة الأضرار وبيان أسبابها وكيفية رفعها وانتهى الخبير في خلاصة تقريره الى تأكيد مضرة الكشف واقترح السبل الكفيلة برفعها. على ذلك الأساس وعملا بأحكام الفصل 99 م ا ع طلب المدعيان إلزام المطلوبة برفع المضرة الحاصلة بمسكنهما وفق ما جاء بتقرير الاختبار كإلزامها بتحمل مصاريف التقاضي وأجرة المحاماة.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة الابتدائية ببنزرت الحكم عـــدد 26946 بتاريخ 2017/03/14 القاضي ابتدائيا بإلزام المدعى عليها برفع المضرة المشخصة بتقرير الخبير ع. ج. المنجز في 2015/07/19 وفق الطريقة المبينة وتحت اشرافه كإلزامه بالمصاريف.

فاستأنفته المدعى عليها في الأصل وأصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المبين نصه بالطالع فعقبته المستأنفة بواسطة نائبتها التي جاء بمستندات طعنها نعيها على الحكم المعقب ما يلي:

المطعن الأول: سوء تأويل الفصل 99 من م ا ع:

قولا أن فقه القضاء قد استقر على أن الضرر الواجب ازالته والمكدر للراحة هو الضرر الناجم عن الضوضاء والضجيج وما تحدثه الآلات والتجهيزات الكهربائية والميكانيكية والمصانع ومضخمات الصوت في المنطق السكنية أو الصحية كما أن مضار الجوار التي يتوجب ازالتها

هي الأضرار غير الاعتيادية على معنى الفصل 100 م ا ع. الا أنه لم يرد بالملف ما يفيد وجود ضرر على النحو المذكور. وأضافت نائبة الطاعنة أن الفصل 294 من مجلة الشغل حدد أصناف المؤسسات التي تستوجب ابعادها عن المناطق السكنية والحضرية ولا تعد مراكز التجميل من بينها وتخضع لقرار وزير التجارة والصناعات التقليدية المؤرخ في 2009/04/27 الذي اعتبر هذا النشاط نشاطا حرفيا لا يسبب أي ضرر للجوار.

وبخصوص الشرفتين والمدرج لاحظت نائبة الطاعنة أن استعمالها من قبل الأخيرة كان في اطار استعمال حق الملكية خاصة وأن البناء تم وفق التراتيب الجاري بها العمل ووفقا للمعايير الفنية المصادق عليها من الجهات المختصة بما لا يجعل من الكشف ضررا موجبا للإزالة. ولا شيء بالملف يفيد تضرر المعقب ضدهما من حق الطاعنة في استعمال حق ملكيتها المحمي دستوريا خاصة وأن تصرفها اقتصر على حدود ملكها الخضع لنظام التصرف المنفرد. وقد تغافلت المحكمة عن البحث في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر مما يجعل تعليلها فاقدا للسند القانوني. كما لم يبين المطعون ضدهما خطأ المعقبة والحال أن الفيلا مقامة منذ 1998 طبقا لرخصة البناء وسليم قانونا طبقا لمثال التهيئة وللفصل 175 من م ح ع. وعليه فان الضرر المزعوم لا يعدو أن يكون ضررا غير موجود وغير محقق بل هو ضرر وهمي وفيه تعدي على حق ملكية الطاعنة. واتجه لذلك النقض مع الإحالة.

المطعن الثاني: خرق أحكام الفصل 175 من م ح ع:

قولا أنه ثبت بملف القضية عدم وجود تجاوزات عمرانية وأن بناء الشرفات والمدرج كان مطابقا لمثال التهيئة وطبقا لرخصة البناء المرافقة. ولا مجال للحديث عن كشف على الفناء الداخلي للخصوم طالما كان البناء مشيدا منذ سنة 1998 ولا يوجد به أي تعد على ملك الجار. ويكون الحكم المنتقد لما أخذ بنتيجة الاختبار قد خالف القانون ويمس من حق ملكية الطاعنة لما قد يسببه احداث الجدار المقترح من الخبير الى مترين من حجب للنور وللشمس والهواء من ضرر للطاعنة.

المطعن الثالث: خرق أحكام الفصل 19 من م م م ت:

قولا أن الضرر المزعوم قد تم ازالته قبل القيام بقضية الحال وقد أكد الخبير المنتدب أن الشرفات والمدرج غير مخالفة للتراتيب العمرانية المعمول بها ووضعيتها القانونية سليمة كما أن الجزء السفلي من المدرج قامت الطاعنة بهدمه قبل القيام بهذه القضية وقد عاين الخبير

المنتدب ذلك الهدم.

وعليه فان القيام بدعوى رفع مضرة بتاريخ لاحق عن انتفاء أي ضرر دعوى فاقدة لأركانها الأساسية ولشرطي القيام وهي الصفة والمصلحة، الا أن المحكمة لم تتناول هذه المسألة الجوهرية بالدرس والتمحيص لما لها تأثير في قبول الدعوى شكلا بما يجعل الحكم خارقا للفصل 19 م م م ت وموجبا للنقض.

المطعن الرابع: تحريف الوقائع المؤدي الى ضعف التعليل:

قولا أن الخبير المنتدب ولئن أشار الى أنه يجب هدم وإزالة الجزء السفلي منه الكائن داخل منطقة التراجع الا أنه لاحظ بعد ذلك أن الطاعنة قامت بذلك في تاريخ القيام بالاختبار الأمر الذي لم يعد من الممكن معه الحديث عن مضرة. وتكون المحكمة قد عللت حكمها بما ليس له أصل ثابت في الملف بما يصير حكمها ضعيف التعليل وموجبا للنقض مع الإحالة.

المطعن الخامس: هضم حقوق الدفاع:

قولا أن الطاعنة تمسكت منذ الطور الأول بأن مركز التجميل يقع بالطابق الأرضي فقط أما الطابق العلوي فهو محل سكنى وهو ما أكدته المعاينة بواسطة عدل تنفيذ، الا أن المحكمة لم تجب على هذا الدفع مسلمة برأي الخبير القائل بأن مركز التجميل يقع بالطابق العلوي والحال أنه اقتصر على المعاينة من الخارج دون الداخل. وفي ذلك هضم لحقوق الدفاع يستوجب النقض.

لكل ذلك تطلب الطاعنة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض القرار المطعون فيه مع الإحالة.

وحيث جاء برد نائب المعقب ضدهما على مستندات الطعن ما يلي:

1عن المطعن المأخوذ من سوء تأويل الفصل 99 م ا ع والفصل 175 من م ح ع:

قولا انه لا مجال لتطبيق قانون الشغل على النزاع الحالي لعدم تعلقه بعلاقة شغلية. ولا يمكن الحديث عن وضعية مألوفة لاستعمال الشرفات والمدرج بعد أن أصبح العقار معدا كمركز للتجميل يمتد على طابقيه كما هو ثابت من المعاينة المحتج بها من الطاعنة. ولا شك أن الاستعمال المكثف للمدرج والشرفتين الكاشفتين على منزل المطعون ضدهما من شأنه أن يكدر راحتهما النفسية وأن ما اقترحه الخبير من حلول بسيطة وغير مكلفة تهدف أساسا الى حماية الحرمة الشخصية للمدعين من عيون المترددين على مركز التجميل. وقد كان الحكم المطعون

فيه مؤسسا على أسانيد قانونية وواقعية صحيحة وأحسن تطبيق أحكام الفصل 99 م ا ع كما أن أعمال الاختبار الذي انبنت عليها اتسمت بالموضوعية والحيادية والواقعية وقد انتهت الى الحلول الناجعة لرفع المضرة بما يتعين معه الالتفات عن هذا المطعن.

2عن المطعن المأخوذ من ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع:

قولا ان الأثاث الذي عاينه عدل التنفيذ وضع بعد ما يزيد عن السنتين والنصف من تاريخ اجراء الاختبار وبعد 6 أشهر من تاريخ صدور الحكم الابتدائي في 2017/03/14 وبالتالي لا يمكن اعتماد محضر المعاينة واتجه استبعاده.

وخلافا لما تدعيه الطاعنة فان الحلول المقترحة من قبل الخبير لن تحدث لعقارها أي ضرر. واتجه رفض هذا المطعن أيضا. لذلك يطلب المطعون ضدهما رفض مطلب التعقيب أصلا.

المحكمــة

أولا: عن المطعن الثالث المتعلق بخرق أحكام الفصل 19 من م م م ت:

حيث اعتبرت الطاعنة أن هدم الجزء السفلي من المدرج بصفة تلقائية من قبلها تنتفي معه الصفة والمصلحة في القيام في جانب المطعون ضدهما خاصة وقد أكد الخبير المنتدب أن الهدم قد تم فعلا.

وحيث علاوة على أن البت في مسألة توفر الصفة والمصلحة يتم بالنظر الى تاريخ القيام وثبت من الأوراق أن إزالة المضرة المتأتية من الجزء السفلي من المدرج تمت بعد رفع الدعوى، فان قيام المعقب ضدهما لم يقتصر على طلب إزالة المضرة المتأتية من ذلك الجزء من المدرج فقط وانما تعلق بجميع المدرج وكذلك بالمضرة المتأتية من الشرفتين المطلتين على مسكنهما وأضحت الصفة والمصلحة في قيام المدعين متوفرة. واتجه تبعا لذلك رد هذا المطعن لعدم وجاهته.

ثانيا: عن بقية المطاعن لتداخلها ووحدة القول فيها:

حيث تأسست منازعة الطاعنة على انتفاء مضرة الكشف المدعى بشأنها باعتبار ثبوت احترام مسافة الارتداد القانونية في بناء الشرفتين وإزالة الجزء السفلي من المدرج المبني داخل تلك المسافة.

وحيث اقتضى الفصل 99 من م ا ع أنه للأجوار حق القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو المكدرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة والرخصة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق الأجوار في القيام.

وحيث يؤخذ من صريح الفصل المذكور أنه يمكن القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو المكدرة للراحة بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة.

وحيث ولئن لم يحدد المشرع المضرة بالفصل 99 من م ا ع الا انه ترك مجال تقديرها الى المحكمة والتي تستشفها من مظروفات الملف. وقد اقتضى الفصل 21 من مجلة الحقوق العينية ان المالك يراعي في استعماله لحقوقه المترتبة عن حق الملكية ما تقتضيه النصوص التشريعية والمصلحة العامة والخاصة.

وحيث استقر فقه القضاء على اعتبار ان المضرة المقصودة بالفصل 99 المذكور هي كل ما من شانه النيل من الصحة او الراحة ومنها الكشف وحجب الهواء والضجيج وغيرها من اشكال المضرة التي عادة ما تستعين المحكمة باهل الخبرة والاختصاص للوقوف عليها وتشخيصها واقتراح الحلول المناسبة لرفعها. ولا خلاف حول أن المضرة وكيفما كان شكلها يجب أن تكون مضرة حقيقية وفعلية وملموسة ومباشرة حتى يتولد عنها الحق في القيام وفي إلزام مصدر تلك المضرة برفعها.

وحيث استند المطعون ضدهما لتأييد الدعوى على أعمال الاختبار المنجز بواسطة الخبير عمار الجامعي بموجب اذن على عريضة عدد 24935 الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية ببنزرت بتاريخ 2016/06/24.

وحيث وبالرجوع الى تقرير الاختبار المعتمد يتبين من خلاصته أن الجزء السفلي من المدرج الواقع بمسافة الارتداد قد تم هدمه تلقائيا من قبل الطاعنة واعتبر أن ضرر الكشف على عقار المعقب ضدهما يبقى ممكنا من الجزء المتبقي من المدرج ومن الشرفتين بالطابق العلوي خاصة بعد تحويل العقار الى مركز للتجميل الأمر الذي سينجر عنه استعمال مكثف للمدرج والشرفتين.

وحيث تمسكت الطاعنة أمام محاكم الأصل بأنها احترمت مسافة الارتداد القانونية عند بناء

الشرفتين والجزء المتبقي من المدرج وهوما أكده الخبير المنتدب وبالتالي فان الكشف المشتكى منه وعلى فرض وجوده يكون من قبيل الأضرار الاعتيادية بين الأجوار على معنى الفصل 100 م ا ع خاصة وأن موقع العقار ونوعية الهندسة المعمارية المقررة من السلطات المختصة تسمح بإقامة ذلك النوع من البناء.

وحيث أجاب المطعون ضدهم عن هذا الدفع بأن الكشف المسلط على عقارهما كان يمكن أن يكون من الأضرار الاعتيادية لو لم تقم الطاعنة بتغيير صبغته السكنية لتجعله مركزا للتجميل وهو ما يعني أن ضرر الكشف سيتفاقم نتيجة الاستعمال المكثف للمدرج والشرفات من قبل الحرفاء.

وحيث تمسكت الطاعنة بأن مركز التجميل يقتصر على الطابق السفلي من العقار أما الطابق العلوي فهو معد للسكنى تستغله للغرض مع باقي أفراد عائلتها، وعليه فانه وخلافا لما يدعيه المطعون ضدهما فان استعمال المدرج والشرفات سيظل في اطاره العادي ولا حاجة لاستعماله من قبل الحرفاء. كما تمسكت الطاعنة بأن الخبير المنتدب لم يتولى معاينة العقار من الداخل للتحقق من هذا الأمر رغم أهميته واكتفى بالمعاينة من الخارج معتبرا أن وجود علامة اشهار المثبتة بواجهة الطابق العلوي دليل على استغلاله كمحل تجميل. وتفنيدا لذلك القول قدمت الطاعنة محضر معاينة بواسطة عدل تنفيذ بتاريخ 2017/11/30 تؤكد أن الطابق العلوي تستغله الطاعنة كمحل للسكنى.

وحيث لا خلاف ان تمحيص الوقائع وتقييمها واستخراج النتائج منها يندرج ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع الا أن ذلك يظل مشروطا بتعليل مستساغ مستمد مما له أصل ثابت في اوراق القضية بما من شانه ان يخول لهذه المحكمة ممارسة الرقابة القانونية على ما انتهى اليه قضاة الأصل من نتائج.

وحيث اقتضى الفصل 88من م م م ت انه يجري القاضي المقرر بنفسه أو بواسطة قاض آخر الأبحاث المأذون بها من طرف المحكمة أو التي يقررها بمقتضى الفصل 87 وإذا كانت الأعمال مما يستدعي خبرة فنية أو كانت من النوع الذي يتعذر عليه القيام به فإنه ينتدب لها من كان مؤهلا لإتمامها.

وحيث ان محكمة الحكم المطعون فيه تولت إقرار الحكم المنتقد دون ان تتوخى أي طريقة تحقيق لتهيئة القضية للفصل واعتبرت المضرة ثابتة رغم وجود قرائن على انتفائها أو على

الأقل إمكانية اعتبارها من قبيل المضرة الاعتيادية خاصة وأن الطاعنة قد تمسكت بأن الخبير لم يعاين العقار من الداخل للتحقق من كونه محل سكنى أو محلا تجاريا. الا أن المحكمة لم تجب عن هذا الدفع ولم تتحقق من مدى جديته رغم ما له من تأثير على وجه الفصل في النزاع. وكان عليها ان تستنفذ ما لها من سلطة في اتخاذ الوسائل الاستقرائية اللازمة للوصول الى راي مستساغ ولو تلقائيا وتسعى للبحث عن الحقيقة كيفما خوله لها القانون، وذلك بالمبادرة بإجراء اعمال تحضيرية بواسطة قاضي مقرر يتولى إتمام بحث على العين للتحقق من جدية دفوعات الطاعنة أو تكليف خبير لإعادة تشخيص المضرة واقتراح الوسائل الملائمة لرفعها دون اجحاف بحقها في استعمال ملكها او الحاق ضرر بعقارها حتى يكون قضاؤها سليم المبنى وقويم السند من الناحيتين القانونية والواقعية طبق احكام الفصل 123من م م م ت خاصة أن الاختبار المعتمد قد أجري بموجب اذن على عريضة. وحيث لم تفعل وكانت النتيجة التي انتهت اليها جزافا وغير مستندة لأعمال استقرائية كافية لتأكيد سلامة المنحى الذي اتخذته وأضحى حكمها ضعيف المبنى مشوبا بهضم حقوق الدفاع والقصور في التعليل واتجه بناء عليه النقض واحالة القضية لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى.

ولهـــذه الأسبـــاب:

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الاصل بنقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف ببنزرت لإعادة النظر في القضية بهيئة اخرى واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها.

صدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 9 أكتوبر 2018 عن الدائرة المدنية عدد 16 برئاسة السيدة وسيلة التليلي وعضوية المستشارين السيدة الهام البناني والسيدة سامية العابد بحضور المدعي العام السيد حافظ العبيدي وبمساعدة كاتب الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

وحرّر في تاريخه