

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

11 بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع في
جويلية 2016 تحت عدد 3669 من طرف الاستاذ ****
المحامي لدى التعقيب
نيابة عن :

ش.ز

القاطنة بنهج ****.

ضد :

ج.م

القاطنة بنهج ****

نائبها الاستاذ ****

طعنا في القرار الاستئنافي المدني الصادر عن محكمة
الاستئناف ببنزرت بتاريخ 2 نوفمبر 2015 تحت عدد 18862
والقاضي نهائيا بقبول الاستئناف الاصيل والعرضي
شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به
وتخفية المستانفة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية
عليها وتغريمها لفائدة المستانف ضدها بمبلغ اربعمائة دينار
(400,000د) لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة عن هذا الطور .
وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المقدمة في 9 اوت
2016 والمبلغة الى المعقب ضدها بتاريخ 28 جويلية 2016
بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ **** حسب رقيمه عدد **** وبقية
الوثائق المقدمة طبق الفصل 185 من م م م ت.
وبعد الاطلاع على مذكرة الرد المقدمة في 25 اوت
2016 من طرف الاستاذ **** في حق المعقب ضدها.
وبعد الاطلاع على ملحوظات الادعاء العام المحررة في
4/11/2016 والرامية الى طلب القضاء بقبول مطلب التعقيب
شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الاحالة.
وبعد المفاوضة طبق القانون:

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغته القانونية طبق احكام الفصول 175 و185 وما بعده من م م م م م م مما يتعين قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما جاءت بالقرار المنتقد والاوراق المضروفة بالملف قيام المدعية في الاصل (المعقب ضدها الان) امام المحكمة الابتدائية ببزرت عارضة انها كانت تملك صحبة المطلوبة (المعقبة الان) وبقية المشتركين في الملك جميع الرسم العقاري عدد 24309 بنزرت المسمى " *** " المتركب من عمارة وتوابعها وقد تولت صحبة شقيقها م.م القيام بقضية في القسمة وتم لها ذلك بموجب الحكم المدني عدد 5010 الصادر بتاريخ 12/5/2009 والقاضي بقسمة المشترك طبق مشروع القسمة المعد من الخبير ع.م وتم تنفيذ الحكم المذكور بموجب محضر محرر من عدل التنفيذ *** بتاريخ 23/6/2010 تحت عدد 584 وتميزت العارضة من ضمن ما تم تخصيصها به بالمقسم عدد 8 وهو عبارة عن الشقة الكائنة بالطابق الاول من العمارة ويوجد بتلك الشقة منذ بنائها في بداية القرن العشرين في الاعلى على مستوى السقف ودون امكانية الكشف عن المقسم المخصص للمدعى عليها نافذتان صغيرتان معدتان لجعل ضوء النهار والشمس يدخل عبرها توجد احدهما ببيت الاستحمام وثانيهما بالبهو التابع للشقة وعلى اثر تنفيذ حكم القسمة تولت المدعى عليها سدم هاتين النافذتين بعد بنائهما من جهة المقسم المخصص لها الامر الذي اصبحت بموجبه غرفة الاستحمام وكذلك البهو خاليتان من الضوء والتهوية وان هاتين النافذتين متواجدتين بالمكان منذ بناء العمارة من مالكاها الاصلي وتضمن المثال الهندسي الاصلي وجودهما واستصدرت من المحكمة الابتدائية ببزرت ادنا على عريضة بتاريخ 26/10/2010 تحت عدد 9660 في طلب تكليف خبير قصد

تحديد الاضرار اللاحقة بها من جراء افعال المدعى عليها واكد الخبير المنتدب **** صلب تقريره بان النافذتين محل النزاع تمثلان حق ارتفاق قديم موظف على الشقة التي على ملك المدعى عليها لفائدة المدعية ويتمثل هذا الحق في منفعة تزويد بهو ومرحاض شقة الطالبة بالضوء والهواء ولا للإشراف على الخارج بحكم ان النافذتين مرتفعتين و اشار الخبير ان المدعى عليها ملزمة بإعادة فتح النافذتين وازالة الجدران المحدثه من طرفها مؤكدا على مسافة ارتفاع النافذتين المذكورتين على مستوى ارضية الشقة والذي يبلغ متران وخمسة وعشرين سنتمرا وهو مسافة لا تسمح بالكشف على عقار المطلوبة سيما وان ما تميزت به المطلوبة من الناحية الملاصقة للمدعية كان بمثابة وسط تم تسقيف جزء منه من قبل المدعى عليها بواسطة اطباق من الزنك وبشكل برطال من جهة الشقة المخصصة لها وهو مخالف للقانون ولا يخول لها غلق النافذتين المطلتين عليها مع احترام العلو والارتفاع لذا عملا بأحكام الفصلين 185 و186 م ح ع والفصل 99 م ا ع طلبت الحكم بالزام المدعى عليها برفع المضرة المشخصة بتقرير الخبير **** المنتدب بموجب الاذن على العريضة عدد 9660 الصادر عن وكيل رئيس المحكمة الابتدائية بينزرت في 26/7/2010.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 22105 بتاريخ 22 ماي 2012 القاضي ابتدائيا بالزام المدعى عليها برفع المضرة اللاحقة بعقار المدعية وفق تقرير الخبير **** المؤرخ في 2 سبتمبر 2010 وتحت اشرافه في ظرف شهر من تاريخ اعلامه بهذا الحكم وعلى نفقته وفي صورة امتناعها فالاذن للمدعية بالقيام بتلك الاشغال في ضوء ما جاء بتقرير الخبير المذكور وتحت اشرافه والرجوع على المدعى عليها بالمصاريف اللازمة لتلك وقدرها ثمانون دينارا (80,000د) كالزامها بان تؤدي للمدعية مائة وخمسة دينار و606 مليما (105,606د) مصاريف محضري الاعلام بالاذن على عريضة والاستدعاء لعملية الاختبار ومحضر تنفيذ

مبلغان بواسطة عدل التنفيذ *** تحت عدد 617 و 1/617 ومائة وخمسون دينار (150,000د) لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة عن الاذن على عريضة عدد 9660 وثلاثمائة وعشرون دينار (320,000د) لقاء اجرة الخبير المنتدب وثلاثمائة دينار (300,000د) لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليها ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك استنادا الى ثبوت وجود المضرة اللاحقة بشقة المدعية من جراء سدم الناфذتين محل النزاع وذلك في حرمانها من الحق في منفعة تزويد بهو وبيت استحمام شقتها بالضوء والهواء طبق ما توصل اليه الخبير المنتدب بموجب الاذن على عريضة عدد 9660 ووفق احكام الفصول 185 و 186 م ح ع و 99 م ا ع .

وحيث استأنفت المحكوم ضدها الحكم المذكور متمسكة بان حقوق الارتفاق لا تثبت الا بكتب ولا تكتسب بالتقادم تطبيقا لأحكام الفصل 180 من مجلة الحقوق العينية فيكون حكم البداية في غير طريقه باعتبار انه فاقد لكل سند قانوني طالبة الحكم بنقضه.

فقضت محكمة الاستئناف بينزرت بموجب قرارها عدد 18862 بإقرار الحكم الابتدائي استنادا الى ان الناфذتين محل الخلاف الموجودتين بالشقة الراجعة للمستأنف ضدها ثم احداثها منذ بداية القرن العشرين من المالك الاصلي لكامل العمارة وهو ما تصادق عليه طرفي النزاع وبالتالي فان وضعيتها القانونية وحق الارتفاق المدعى به من خلالهما لفائدة الشقة الراجعة للمستأنف ضدها والموظف على الشقة الراجعة للمستأنفة يخضع للقانون الجاري به العمل في تاريخ احداثها وهو القانون المؤرخ في 1 جويلية 1885 المتعلق بالملكية العقارية الذي يعتبر ان حق الارتفاق المدعى به من المستأنف ضدها من الحقوق الجوارية الاستمرارية الحسية تثبت بحجة او بحوزها مدة عشرين سنة وفق مقتضيات الفصل 197 من القانون المذكور .

وطالما ثبت ان الناфذتين المذكورتين يعود احداثهما الى تاريخ قديم فان حق الارتفاق محل الخلاف تمت حيازته من المالك الاصلي للشقة الراجعة للمستأنفة ضدها المنتفعة به ثم

بعده من انجر له حق منه لمدة تفوق العشرين سنة وبالتالي فان ذلك الحق ثابت بالحيازة المكسبة له بمرور الزمن عملا بأحكام الفصل 197 من القانون المؤرخ في 1 جويلية 1885 ولا بموجب كتب لاثباته علاوة على ذلك فان ما اتته المستانفة يلحق بالمستانف ضدها وبالشفقة الراجعة لها ضرر يخول للمستانف ضدها طلب ازالته عملا باحكام الفصل 99 م ا ع. فتعقبته الطاعنة بواسطة نائبها ناسبة له :

المطعن الاول : الافراط في السلطة والخروج عن واجب الحياد بين الاطراف وخرق الفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية :

بمقولة انه من المسلم ان القاضي المدني محايد بين اطراف النزاع وقد تم تكريس هذه القاعدة صلب الفصل 12 من م م م ت فليس للمحكمة ان تسعى لاعداد او احضار وسائل اثبات لفائدة احد الطرفين او ان تبحث عن مستندات قانونية لاحدهما وبالرجوع لأسانيد الحكم المطعون فيه يتضح ان المحكمة اعتبرت دعوى المعقب ضدها في طريقها استنادا الى وجه الخصوص على القانون العقاري الصادر بتاريخ 1 جويلية 1885 والحال ان المعقب ضدها لم تستند مطلقا على هذا القانون ولم تعتمده اطلاقا بل اعتبرته غير موجود اصلا وطالبت الطاعنة بتقديمه وان تولى محكمة القرار المنتقد البحث عن مستندات قانونية لدعوى المعقب ضدها يمثل خروجاً عن دور الحياد وافرطا في السلطة وخرقا لأحكام الفصل 12 من م م م ت.

المطعن الثاني : خرق الفصل 2 من القانون عدد 5 لسنة

: 1965

بمقولة انه بمراجعة اسانيد القرار المنتقد يتضح ان المحكمة عللت قضاءها بدرجة اساسية بالاستناد على احكام القانون المؤرخ في 1 جويلية 1885 المتعلق بالملكية العقارية والحال انه تم نسخ القانون المذكور والغاء العمل به بموجب الفصل الثاني من القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في

12/2/1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية وان اعتماد محكمة القرار المطعون فيه على نص قانوني ملغى يجعل الحكم في غير طريقه.

المطعن الثالث : ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع المؤدي الى خرق الفصل 123 من م م م م ت :

بمقولة انه بالرجوع لمستندات الاستئناف وباقي الملحوظات الكتابية التي كانت الطاعنة قد تقدمت بها لمحكمة القرار المنتقد يتضح انها تضمنت عدة دفعات تتعلق بقسمة العقار موضوع الرسم العقاري الاصيل وبمخالفة الفصل 172 م ح ع والفصل 197 من القانون المؤرخ في 1 جويلية 1885 ومن الثابت ان هذه الدفعات جدية وهامة ولها تأثير على وجه الفصل وكان على محكمة القرار المنتقد ان تناقشها وتجيب عنها والحال انها لم تلتفت اليها ولم ترد عليها بما يجعل الحكم المطعون فيه متسما بهضم حقوق الدفاع وضعف التعليل وهو ما يمثل خرقا للفصل 123 م م م م ت.

خرق المطعن الرابع : الخطأ في تطبيق الفصل 197 من قانون 1/7/1885 المتعلق بالملكية العقارية وذلك باعتماد النص القديم الملغى :

بمقولة ان محكمة القرار المنتقد لاحظت بان البناية التي من مشمولاتها محل طرفي النزاع مقامة منذ مدة طويلة وقبل ادراج مجلة الحقوق العينية وتبعاً لذلك فان تجديد الوضعية القانونية ومعرفة هل ان المدعية في الاصل تتمتع بحق ارتفاقي ام لا يخضع للقانون الجاري به العمل في ذلك التاريخ وهو القانون المؤرخ في 1/7/1885 المتعلق بالملكية العقارية وازافت المحكمة بان الفصل 197 من القانون المذكور ينص على ان الحقوق الجوارية تثبت بحجة او بحوزها مدة عشرين سنة وان ما ذهبت اليه محكمة القرار المنتقد يمثل خطأ في تطبيق الفصل 197 المشار اليه ذلك ان المحكمة اعتمدت النص الاصيل لهذا الفصل والحال انه تم تنقيحه بموجب القانون المؤرخ في 15/3/1892 وذلك بحذف امكانية اكتساب حق

الارتفاق بالتقادم واصبح منذ ذلك التاريخ الفصل 197 ينص بان حقوق الارتفاق لا تكتسب الا بكتب وبذلك تكون المحكمة قد طبقت نص قانوني ملغي ورتبت عليه نتائج قانونية والحال انه لو تولت تطبيق النص الجديد للفصل 197 كما وقع تنقيحه لكانت النتيجة التي انتهت اليها عكسية كما ان الطاعنة تمسكت بأحكام الفصل 197 من القانون العقاري وحسب صبغته الصحيحة كما وردت بالقانون المؤرخ في 15/3/1892 الا ان المحكمة لم تلتفت لدفعات الطاعنة وتولت تطبيق نص قانوني ملغي.

المطعن الخامس الخطأ في تطبيق الفصل 185 من مجلة الحقوق العينية:

بمقولة ان محكمة القرار المنتقد بعد ان افترضت ان المعقب ضدها اكتسبت حقا ارتفاقيا بالتقادم وذلك بتطبيق النص القديم الملغى من الفصل 197 اعتمدت احكام الفصل 185 م ح ع وان هذا الفصل لا ينطبق على وقائع القضية لأنه يتعلق بالحالة التي يكون هناك عقارين موظف على احدهما حق الارتفاق بصفة قانونية لفائدة العقار الاخر ويتم تجزئة العقار الموظف لفائدته الارتفاق ومن الواضح انها ليست حالة القضية الحالية لعدم وجود أي حق ارتفاق اصلا ولعدم وجود عقارين تمت تجزئة احدهما وبذلك تكون محكمة القرار المنتقد قد اخطأت في تطبيق القانون وبالتحديد الفصل 185 م ح ع .

المطعن السادس : خرق 186 من مجلة الحقوق العينية

:
بمقولة ان محكمة القرار المنتقد ولتعليل قضاءها اعتمدت احكام الفصل 186 م ح ع التي جاء بها انه لا يجوز لمالك العقار الموظف عليه حق الارتفاق ان يفعل ما من شأنه ان يضيق استعمال حق الارتفاق او ان يصيره شاقا ومن الواضح ان هذا النص غير منطبق على وقائع القضية لان عقار الطاعنة غير موظف عليه أي ارتفاق ضرورة ان مثل هذا الحق لا يثبت الا بكتب انطلاقا من سنة 1892 وخلافا لما ذهبت اليه محكمة

القرار المنتقد فان الطاعنة لم تخالف الفصل 186 م ح ع ولا وجه لمعارضتها بهذا الفصل.

المطعن السابع : خرق الفصل 99 من مجلة الالتزامات والعقود :

بمقولة انه اوردت محكمة القرار المنتقد بأسانيدھا ان ما اتته الطاعنة يلحق بالمستأنف ضدها وبشقتها ضررا يحول لها طلب ازالته عملا بأحكام الفصل 99 من م م م ت وان ما عللت به محكمة القرار قضائها يمثل خرقا لأحكام الفصل 99 المشار اليه وخطا في تطبيقه باعتباره.

(1) ان تطبيق الفصل المذكور يستوجب ان يكون العمل المطلوب ازالته مخالفا للقوانين وللتراتب العمراية والحال ان الطاعنة اقتصرت الى ممارسة حقوقها لا غير .

(2) ان اعتماد الفصل 99 م ح ع لا يمكن بحال ان يؤدي الى توظيف ارتفاع على عقار الطاعنة رغما عن ارادتها.

(3) لم تلتحق الطاعنة أي ضرر بالمعقب ضدها او بغيرها باعتبار انها اقتصرت على ممارسة حقها في صيانة محل سكونها وحفظ وضعها العادية.

المطعن الثامن : خرق الفصل 172 من مجلة الحقوق العينية :

بمقولة ان ما قضت به محكمة القرار المنتقد من تمكين المعقب ضدها من فتح نافذتين في الجدار المشترك الذي يفصل مسكنها عن مسكن الطاعنة يمثل خرقا واضحا لأحكام الفصل 172 م ح ع التي جاء بها لا يجوز للجار ان يحدث نافذة او فتحه في الحائط المشترك على أن صورة كانت الا بإذن كتابي من جاره حتى ولو وضع زجاجا ثابتا لا يفتح وان تمكين المعقب ضدها من فتح نافذتين في الجدار المشترك تطل مباشرة على منزل الطاعنة يمثل اعتداء واضحا على حرمتها العائلية نتيجة الكشف المباشر على منزل الطاعنة ويمثل اعتداء واضحا على حرمتها العائلية نتيجة الكشف المباشر الذي سيترتب عنه.

طالباً على ذلك الأساس القضاء بقبول مطلب التعقيب شكلاً ورفضه أصلاً مع الحجز.

وحيث جاء في رد نائب المعقب ضدها على مستندات التعقيب بان من حق محكمة الموضوع قانوناً التمسك بأي نص قانوني تراه وجبها للفصل في القضية حتى وإن لم يقع أثره من طرفي النزاع باعتبار أنها تسهر على تطبيق القانون وإن تعليل الحكم وتأسيسه على مستندات قانونية من مشمولات المحكمة ذات النظر لمزيد تأييد موقفها ولا يمكن اعتبار ذلك من قبيل الإفراط في السلطة أو الخروج عن مبدأ الحياد بين الأطراف وهذا الموقف كرسه فقه قضاء محكمة التعقيب في عديد القرارات كما تمسكت الطاعنة ضمن مستندات تعقيبها بالفصل الثاني من القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12/2/1965 في حين تمسك نائبها لدى الطور الاستئنافي بأحكام القانون المؤرخ في 1 جويلية 1885 وهو ما يعتبر تناقض في الموقف لأن المبدأ يقتضي التمسك بموقف واحد لا ادعاء تارة الغاء العمل بنص قانوني تم التمسك به من جديد واعتباره ساري المفعول وبصرف النظر عن مضمون قانون الملكية العقارية فإن محكمة القرار المنتقد طبقت أحكام الفصلين 185 و 186 من م ح ع الواضحات فيما جاء بهما من ضمانات للعقار الموظف عليه حق الارتفاق وإن أحكام الفصل 185 م ح ع منطبقة على وقائع قضية الحال باعتبار أن الأمر متعلقاً بعقار واحد متركب من عدة شقق على ملك شخص واحد توفي وحل محله ورثته اللذين رغبوا في إجراء قسمة رضائية بينهم وحصل ذلك بموجب حكم قسمة وإن الأمر متعلق بحق ارتفاقي انشئ منذ بناء العقار من طرف المالك الأصلي وبالتالي فإن مالك العقار الأصلي هو الذي رتب منفعة لأحد محلي السكنى على الآخر ومن هذا المنطلق فإن الحالة الواقعية تقوم مقام الكتب سيما وإن من رتب حق الارتفاق هو مالك العقار الأصلي وبالتالي فإن تجزئة العقار وفرز منابات كل واحد من المستحقين على حدة لا يؤثر في مدى اكتساب الحق من الارتفاق القديم الذي يبقى قائماً

كما كان ولا يتغير حتى ولو تجزا العقار طبق ما نص عليه احكام الفصل 185 م ح ع.

اضافة الى ذلك فقد خالفت الطاعنة مقتضيات الفقرة الاولى من الفصل 186 م ح ع عندما تعمدت سدم وحجب الهواء ونور الشمس المتأتي من النافذتين لتهوئة الشقة وبين الاستحمام بقيامها ببناء حائط رغم لا وجود لما من شأنه ان يوهق العقار الموظف عليه حق الارتفاق الموجود منذ بناء كامل العقار من طرف المالك الاصلي في بداية القرن العشرين وان ما اتته الطاعنة من اعمال مخالفة للقانون وتدخل تحت طائلة الفصل 99 من م ا ع بناء على ثبوت الاضرار بالمعقب ضدها كما اكد ذلك الخبير المنتدب مما ينجر عنه وجوب رفع وازالة ذلك الضرر خاصة وان النافذتين موضوع النزاع تعلوان سطح الشقة ومقامتان على علو لا يسم للمعقب ضدها بالكشف على الجار ولا وجود بالتالي لمخالفة احكام الفصل 172 م ح ع ولا داعي للوقوف عند هذا التعديل يجب اكماله بالرجوع الى احكام الفصل 173 والذي يبيح ذلك صراحة ولا وجود بالتالي لاعتداء واضح على حرمة المعقبة كما ادعت هذه الاخيرة ذلك من باب المبالغة والتنكيل بحقوق المعقب ضدها طالبا على ذلك الاساس القضاء برفض مطلب التعقيب اصلا متى صح من الناحية الشكلية .

المحكمة

حيث تبين بمراجعة القرار المنتقد ان محكمة الدرجة الثانية استندت في قضائها الى احكام الفصل 197 من القانون المؤرخ في 1 جويلية 1885 المتعلق بالملكية العقارية الذي ينص بان الحقوق الجوارية تثبت بحجة او بحوزها مدة عشرين عاما.

وحيث تمسكت الطاعنة ان الفصل 197 المشار اليه تم تنقيحه بموجب القانون المؤرخ في 15/3/1892 .
وحيث نص الفصل 197 في صياغته المنقحة انه "لا تثبت الحقوق الجوارية الا بحجة" وتكون بذلك محكمة القرار المنتقد قد طبقت نصا قانونيا سبق الغاؤه.

وحيث وبقطع النظر عن وجهة بقية المطاعن من عدمها فان هذا الدفع المتعلق بالخطأ في تطبيق القانون يعتبر حالة من حالات الطعن بالتعقيب طبق مقتضيات احكام الفصل 175 م م م ت في فقرته الاولى.

وحيث طالما اخطأت محكمة القرار المنتقد في تطبيق القانون فانها تكون قد عرضت قضائها للنقض وتعين بذلك وبدون البت في بقية المطاعن المثارة التصريح بنقض الحكم المطعون فيه.

ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف ببنزرت للنظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الاربعاء بتاريخ 17 ماي 2017 عن الدائرة المدنية الرابعة والعشرون برئاسة السيدة جلييلة نصر الله وعضوية المستشارين السيدة ثريا بن غنية والسيد عبد العزيز الهمامي وبحضور المدعي العام السيد خالد عباس وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي .

وحرر في تاريخه