م*هـ

الجمهورية التونسية

وزارة ***

محكمة التعقيب

***عدد 2016-43064 القضية**

تاريخه: 02 أكتوبر 2017

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن عدد 43064 بتاريخ 13/10/2016 من طرف الأستاذ ***** المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن:***

***** مقرهما بنهج *****

ضد:ورثة ***** وهم أرملته ***** شهرت ***** أرملة ***** وأبناؤه الرشد ***** و ***** و ***** و ***** و مقرهم نهج *****.

ينوبهم الأستاذ *****

طعنا في القرار المدني الاستئنافي عدد 69602 الصادر بتاريخ 08/01/2016 عن المحكمة الاستئناف ب*****.

والقاضي بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطئة المستأنفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهما كتغريمهما لفائدة المستأنف ضدهم ب 400 د لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.

و بعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمستأنف ضدهم بواسطة عدل التنفيذ السيد ***** بتاريخ 17/10/2016 تحت عدد 6748 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه و على بقية الوثائق التي أوجب الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة منه الأستاذ ***** بتاريخ 16/11/2016 والرامية التي طلب الرفض أصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية المقدمة بتاريخ 10/07/2017 والرامية إلى طلب النقض مع الإحالة.

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الشكل

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه و صيغة القانونية مما يتعين معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل :

حيث يفيد وقائع القضية كيفما أثبتها الحكم المنتقد و الأوراق التي انبنى عليها قيام المدعين في الأصل بدعوى أمام المحكمة الابتدائية ب***** عارضين بأنهم يملكون جميع العقار الكائن بنهج ***** و يحتوي على طابق أرضي و علوي محل الرسم عقاري عدد 68998 ***** و قد عمد المطلوبان إلى فتح نافذه تكشف مباشرة على العقار و إلى إقامة جدار على المدارج التابعة لهم بارتفاع يفوق 3 أمتار الأمر الذي حجب عنهم الشمس و النور و تركيز سلك كهربائي غليظ على الجدار التابع للمدعين و

تولت محكمة البداية الاذن بتكليف الخبير ***** لتشخيص المضرة و أن وجدت فتبيان أسبابها و سبل رفعها فانجز الخبير ما طلب منه و ضمن اعماله بتقرير المضاف بالملف.

و حيث و بعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية الحكم عدد 28275 المؤرخ في 10/04/2014 و القاضي ابتدائيا بالزام المدعى عليهما برفع المضرة اللاحقة بعقار المدعين طبق ما جاء بتقرير الخبير المنتدب السيد ***** و تحت اشرافه و ذلك خلال أجل شهر من صيرورة الحكم قابلا للتنفيذ و الا فالأذن للمدعين برفع المضرة على نفقتهم و لهم حق الرجوع بالمصاريف على المدعى عليهما كإلزامهما بأن يؤديا للمدعين المبالغ المالية التالية:

1/ 450 دينار لقاء أجرة الخبير المنتدب السيد *****.

2/ 300 دينار عن أتعاب التقاضي و أجرة المحاماة و حمل المصاريف القانونية عليهما بما في ذلك أجرة رقيم الاستدعاء للجلسة و قدر ذلك 48.920 د و رفض الدعوى فيما زاد على ذلك.

و حيث استأنفه المطلوبان ببناء على أن المحكمة اساءت تقدير الوقائع و الادلة و خالفت القانون و اخطأت في تطبيقه فكان حكمها ضعيف التعليل و ينطوي على هضم لحقوق الدفاع فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها المضمن بالطالع بناء على أن أعمال الخبير جاءت في طريقها من الناحية الفنية.

فتعقبه المحكوم عليهما بواسطة نائبهما الأستاذ ***** ناسبا له سوء تطبيق القانون وهضم حقوق الدفاع و ضعف التعليل مما يتجه معه نقضه:

1/ في القانون:

مخالفة الفصلين 242 و 515 و 1467 م ا ع

قولا بأن الجدار موضوع النزاع تم بموجب ترخيص في اقامة بناء صادر عن مورث المعقب ضدهم وهو ما يقوم مقام الصلح بين الأطراف إلا أن محكمة الاستئناف انحرفت بالفصل 1467لان الصلح ليس بعقد شكلي انما هو عقد رضائي يكفي أن تتجلى فيه ارادة الاطراف لاعتماده وهو ما ثبت في قضية الحال لتزامن الترخيص في إقامة الجدار صدور الحكم عدد 256 الذي تأكد لدى الاستئناف و القاضي بإلزام مورث المعقب ضدهم برفع المضرة الحاصلة لعقار والد المعقبين و من قواعد التفسير أن يتم استنطاق الادارة استنادا لظروف العقد وهو مالم تأخذ به محكمة الاستئناف و بذلك خالفت الفصل 515 م ا عو بذلك جانبت الصواب لما رفضت اعتبار الترخيص بمثابة الصلح يتجه معه نقضه من هذه الناحية.

هضم حق الدفاع و ضعف التعليل:

قولا بأن المعقبتين قد طعنا في الاختبار الذي استندت إليه محكمة البداية و قد بينت العيوب التي اعتبرته منها

أن الخبير أخطأ في اعتبار أن الجدار موضوع التداعي تسبيب في منع الشمس و النور على عقار المعقب ضدهم دون تسبب فضلا على تعمده التكتم على أحداث المعقب ضدهم لبناء بالطابق الثاني غير مرخص فيه وهو السبب الوحيد في حصول الضرر أن وجد .

أن الخبير خالف أوراق لها قيمه أساسية في التوصل الى الحل من ذلك اعتباره أن الجدار لم يقع الترخيص فيه و في ذلك اهمال كلي للأمثلة المضافة لرخصة البناء و هي الأمثلة التي تفيد الترخيص في اقامة طابقين علويين و بناء الجدار الفاصل بين الأجور بارتفاع 10 أمتار.

اعتبار الخبير أن الترخيص لا يحدد الارتفاع المرخص في بلوغه دون بيان علو جدار المعقب ضدهم ينم عن اهمال لمسألة اساسية ذلك أن الخبير أخطأ من اعتبار أن الترخيص لبناء جدار المعقبين يمكن من بلوغ علو جدار المعقب ضدهم.

لم يتعرض الخبير إلى حدود جدار إقامة المعقب ضدهم حديثا على مستوى الحائط المشترك وكذلك مدرج ملتصق مباشرة بالحائط المشترك وقد تمت معاينة ذلك وأن هذه البناءات تمثل سبب مضرة أن وجدت.

أن النتيجة التي توصل اليها الخبير لإزالة المضرة بإقامة واقي من الحديد تعد مخالفة لأبسط القواعد الفنية اذ لم يتبين مدى استجابة البناءات لتحمل ثقل الواقي الحديدي الذي يتطلب وجود بناء مسلح لا مجرد بناء من الاجر فضلا عن الأضرار اللاحقة

بالأسلاك الكهربائية و برغم أهمية هذه الدفوعات وتأثيرها على النزاع فان المحكمة لم تأخذ بها و بذلك كان حكمها هاضما لحق الدفاع بعدم الرد عنها كما قد صدر ضعيف المبنى و تعليله مبهم من ذلك تعليله القائم على مجرد التخمين فيما يتعلق بعلو الجدار فضلا عن حلول المحكمة محل أهل الخبرة فيما يتعلق برفع المضرة (ص 7 من الحكم) لذا فإن الحكم مجانب للصواب واقعا و قانونا طالبا النقض مع الاحالة .

وحيث اجاب نائب المعقب ضدهم بمقولة أن منوبيه توصلوا بنظير من مطلب في ايقاف تنفيذ القرار عدد 77751 وهو قرار لا علاقة لمنوبيه به طالبا رفض مطلب التعقيب لعدم تعلقه بنزاع الحال و بخصوص المطعن الأول لاحظ بأن قرار محكمة الاستئناف جاء سليم المبنى و معللا كما يجب قانونا في خصوص مسألة الترخيص و قد ناقشه بكل ترو و دقة و توصلت الى القول بأنه لا وجود لأية اشارة إلى وجود صلح بين الطرفين كما أنه خال من وقوع رفع النزاع أو قطع الخصومة و لا يتضمن تنازلا من أطرافه على حقوق أو تسليم أموال كما أوجبه الفصل 1458علاوة على أن تاريخ الترخيص الموافق (22/10/1996) لا يمكن أن يشمل كامل علو الجدار المشترك ب 9 أمتار ذلك أن حصول المدعى عليهما في الأصل المعقبان الأن على ترخيص في اقامة بناء الطابق العلوي كان في 19/05/2009 أي لاحقا في الزمن وهو ما يجعل العلو المقصود في الترخيص هو على المباني الأصلية الموجودة في تاريخ التراخيص و لا يمكن أن يصل إلى الارتفاع الذي عاينه الخبير و بذلك فالمحكمة عللت قضاءها و طلب رد المطعن.

و بخصوص المطعن الثاني رد لاحظ بأنه و خلافا لما جاء بالمستندات فان المحكمة أجابت على جميع الدفوعات المقدمة بالصفحة عدد 16 و ما بعدها من القرار المنتقد و تقدير الوقائع من اختصاص محكمة الموضوع طالبا رفض التعقيب أصلا.

المحكمة

1/ عن المطعن المأخوذ من مخالفة الفصول242و515 و1467 من م ا ع:

حيث أن فهم المؤيدات و تمحيصها و استخلاص النتائج القانونية منها هي مسألة موضوعية موكوله لاجتهاد قضاة الأصل و لا رقابة عليهم في ذلك من طرف محكمة التعقيب شريطه تعليل قضائهم من الناحيتين الواقعية و القانونية.

و حيث و طالما استبان بالرجوع لمستندات الحكم المنتقد أن المحكمة المصدرة له انتهت في نطاق ما لها من سلطة في فهم المؤيدات أن الكتب المحتج به لا يمثل كتب صلح و ذلك وفق تعليل سائغ و مؤد بالضرورة إلى النتيجة التي وقع التوصل اليها فان قضاءها يكون صائبا و بمنأى عن كل مخالفة لأحكام الفصول242 م ا ع و515 و1467 من م ا ع بما يتعين معه رد هذا المطعن.

2/ عن المطعن المأخوذ من هضم حق الدفاع و ضعف التعليل.

حيث تمسك الطاعنان بالطور الاستئنافي بمجموعة من الدفوعات و المتمثلة في أن عقارهما يحد عقار المعقب ضدهم من الجهة الغربية و بالتالي لا يمكن أن يحجب نور الشمس عن عقارهم كما أكدا بأن الطريقة التي اقترحها الخبير المنتدب لرفع المضرة و المتمثلة في تعويض الجدار بواقي لرفع المضرة من شأنه أن يهدد سلامة بناية الطاعنين و تتسبب في الكشف على عقارات جديدة و طلبا اعادة الاختبار لتجاوز النقائص لا أن محكمة الحكم المطعون فيه أهملت الرد على هذه الدفوعات رغم جديتها كما أنها لم تتحر و لم تجر الابحاث و التحريات المستوجبة عند الاقتضاء مما أورت قرارها ضعفا في التعليل و هضما لحقوق الدفع جعله مستوجبا للنقض من هذه الناحية .

لهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و أصلا و نقض القرار المطعون فيه و احالة القضية على محكمة الاستئناف ب***** لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنين من الخطية و ارجاع معلومها المؤمن إليهما.

و صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 02 أكتوبر 2017 عن الدائرة المدنية الخامسة المتركبة من رئيسها السيد ***** و عضوية المستشارتين السيدتين ***** و ***** و بحضور ممثل الادعاء العام السيد ***** و بمساعدة كاتبة الجلسة السيدة *****.

و حرر في تاريخه -