

ر/ر
الجمهورية التونسية
وزارة العدل
محكمة التعقيب
* ع68455.2018 دد القضية
تاريخه: 2018/12/04

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في
2018/10/11 تحت عدد 7165 من الأستاذ "ع.خ"
المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن: "ع.خ" محل مخابراته لدى محاميه
المذكور أعلاه.
الكائن مكتبه ***

ضد :

(1) "ص.م".

(2) "س.ع" محل مخابراتهما لدى الأستاذ "أ.ب"
المحامي الكائن مكتبه بنهج ****
ينوبهما في قضية الحال الأستاذ "ه.ق".

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 27095 الصادر
بتاريخ 2018/02/14 عن محكمة الاستئناف
والقاضي

نهائيا بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا
وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به
وتخطية المستأنف بالمال المؤمن وحمل المصاريف
القانونية عليه وتغريمه لفائدة المستأنف ضدهما بأربعمائة
دينارا (400د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدّهما بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ "ح.ج" حسب محضره عدد 7226 بتاريخ 2018/10/22 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة في 2018/10/23 حسب مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على المستندات المقدمة في 2018/11/21 من الأستاذ "ه.ق" المحامي لدى التعقيب نيابة عن المعقب ضدّهما والرامية إلى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا إن حظي بالقبول شكلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ونقض الحكم المطعون فيه وإرجاع الملف لمحكمة الاستئناف بنابل للنظر في القضية بهيئة جديدة.

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

من حيث الشكل:

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

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردتها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعين في الأصل (المعقب ضدّهما الآن) يعرضان أنه استقر على ملك المطلوب عقار مجاور لمحل سكنهما من الجهة الشرقية

المشيد على المقسمين 98 و 99 من تقسيم بن "ا"
"س.ج" ولاية موضوع الرسمين
العقاريين 585165 نابل و 585164 نابل وقد شرع
المطلوب في تشييد بناية على عقاره دون احترام التراتيب
القانونية والعمرانية ولم يحترم مسافة التراجع القانونية
في أي طابق من الطوابق الأربعة التي شيدها إذ أن
المسافة بين بنايته وعقارهما تقل عن 4م والحال أنه
يفترض أن تكون 4م على الأقل بالنسبة للطابق الأرضي
و8م في الطابق الثاني ولم يحترم العلو الأقصى المسموح
به للبناء وقدره 12م وتولى فتح نوافذ وشرفات تكشف
مباشرة على محل سكنهما وأدت هاته التجاوزات
للقوانين والترايب العمرانية إلى الكشف على عقارهما
وحجب أشعة الشمس عنه باعتبار أنه يحد محل سكنهما
من الجهة الشرقية وقد تولى المدعي معاينة الخروقات
وما نجم عنها من حجب لأشعة الشمس وكشف على
عقارهما أضر براحتهما في التصرف داخله بواسطة
عدل التنفيذ "ر.ن" حسب محضره عدد 23867 في
2015/04/20 ويشكل ذلك مضرة فادحة تدخل تحت
نطاق الفصل 99 م ا ع لذا تقدا بقضية الحال يطلبان
الإذن تحضيريا بتكليف خبير مختص في البناء لمعاينة
المضرة الصادرة عن المطلوب وبيان كيفية رفعها
وتحديد المال والوقت اللازمين لذلك ثم الحكم بإلزامه
برفعها على ضوء الاختبار وفي صورة امتناعه من ذلك
فالإذن لهما بالقيام بذلك على نفقة المطلوب وتغريمه لهما
بأجرة رقيم الاستدعاء وأجرة الاختبار (1000د) أتعاب
تقاضي وأجرة محاماة.

وحيث تم إجراء توجّه من طرف المحكمة صحبة
الخبير "م.ح" الذي أعد تقريراً في أعماله أنها إليها.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة
حكمها عدد 5438 بتاريخ 20/02/2017 قاضياً ابتدائياً
بالزام المدعى عليه برفع المضرّة اللاحقة بعقار المدعيين
طبقاً لتقرير الاختبار المجرى بواسطة الخبير "م.ح"
المؤرخ في 12/04/2016 وذلك في ظرف شهر من
تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلاً للتنفيذ وفي صورة
الامتناع فالإذن للمدعيين بالقيام بالأشغال اللازمة لذلك
على نفقتهما الخاصة وتحت إشراف الخبير المنتدب ولهما
حق الرجوع على المدعى عليه بالمصاريف اللازمة
وتغريمه لفائدة المدعيين بالمبالغ المالية التالية:

(1) ثمانمائة ديناراً (800د) عن أجرّة الاختبار
المعدّلة والمنجز بواسطة الخبير "م.ح" بتاريخ
2016/04/12.

(2) أربعمائة ديناراً (400د) لقاء أتعاب التقاضي
وأجرّة المحاماة.

وحمل المصاريف القانونية عليه ورفض الدعوى
فيما زاد على ذلك وقبول الدعوى المعارضة شكلاً
ورفضها أصلاً.

فاستأنفه المحكوم عليه وأصدرت محكمة الاستئناف
قرارها المضمن عدده وتاريخه ونصه أعلاه.

فتعقبه الطاعن ناعياً عليه ما يلي:

المطعن الأول: هضم حقوق الدفاع:

قولاً بأن المعقب تمسك بجملته من المطاعن ذات تأثير حاسم في النزاع لكن المحكمة لم تتول الرد عنها ومن بين النقاط المثارة تمسك بأن ما أنجزه فوق سطح منزله هو بيت للمصعد الكهربائي ولا يحتسب في علو البناءات ضرورة أنه لا يمكن تجهيز مسكن بمصعد كهربائي دون أن تتوفر بيت فني لإصلاحه وصيانته وتمسك بأن قاعدة عدم تجاوز 12م تنطبق على البناء وتعني عدم جواز إضافة بنايات أخرى للاستعمال السكني من شأنها أن تحجب نور الشمس أو الهواء أو تتسبب في الكشف وقد طلب تكليف خبير في المصاعد الكهربائية واكتفت المحكمة بالقول طالما أن إنجاز بيت المصعد تجاوز العلو المسموح به المحدد بـ12م فإن المضرة ثابتة ولم تناقش مدى أحقيته في إنجاز بيت المصعد وقد أكد في هذا الخصوص أن احتساب بيت المصعد ضمن العلو سيؤدي إلى حرمانه من المصعد المرخص فيه من البلدية بمقتضى رخصة البناء وأنه لا يستساغ منطقاً وقانوناً أن يرخص له في بناء طابق أرضي وطابقين علويين ومصعد كهربائي تم تقع مطالبته بالتضحية بطابق كامل لينجز فوقه بيت صيانة المصعد التي هي مفروضة عليه طبق قواعد سلامة البناءات وأن هاته المسائل لم ترد عليها المحكمة ولم تستجب بشأنها إلى تكليف خبير في المصاعد ليدقق النظر بها واكتفت برأي خبير في البناء كما تمسك أيضاً بأنه لا وجود لكشف أو حجب لنور الشمس أو للهواء وبأن تقرير الاختبار التكميلي خلص إلى هاته النتيجة بعد أن أتم بناءه وقام بما يلزم لمنع أي كشف إلا أن المحكمة اكتفت بالقول أن المضرة ثابتة دون أي رد على النقاط المثارة منه

بخصوص هاته النقطة خاصة وأن رأي الخبير لا يقيد المحكمة ولم ترد المحكمة على ما تمسك به بخصوص ما انتهى إليه الاختبار التكميلي إلى أن هاته التجاوزات لا تشكل أي مضرة وعلو على ذلك ورغم تنبيهه المحكمة إلى وجود اختلاف بين تقرير الاختبار الأصلي وتقرير الاختبار التكميلي نظرا إلى أن الاختبار الأصلي حرر وأشغال البناء لازالت جارية وأن سطح المنزل تم طمسه بالكامل وأصبح غير صالح للاستعمال بما تنتفي معه أي إمكانية للكشف لكنها لم تعرج على هاته النقطة مطلقا ورغم تنبيهه إلى أن تقرير الاختبار التكميلي بحضور القاضية المقررة انتهى إلى إزالة العلو على مستوى سطح المنزل أي على مستوى بيت المصعد الكهربائي إلا أنها أهملت ذلك واعتمدت تقرير الاختبار الأصلي الذي أوصى بإزالة كامل المدرج أي تقريبا كامل البناية ولم تول أي اهتمام لهذا الاختلاف الجوهرى بين الاختبارين.

المطعن الثاني: ضعف التعليل:

قولا بأن تعليل المحكمة ضعيف بالنظر إلى ما تمسك به المعقب من مسائل فنية جوهرية تتعلق بالاختلاف بين تقرير الاختبار وما تمسك به أيضا من انتهاء القاضي المقرر خلال المعاينة القضائية إلى انتفاء المضرة وأن التجاوزات الطفيفة يمكن تجاوزها وأنه تم تجاوزها فعليا حسبما ورد بتقرير المعاينة القضائية وأن رد المحكمة على دفوعاته رغم جديتها بحيثية مقتضية تكتفي بالتصديق على تقرير الخبير رغم أنه لا يقيد المحكمة ينطوي على ضعف في التعليل يقوم مقام انعدامه

ولم تعلق المحكمة رفض تكليف خبير في المصاعد للثبوت من أحقيته في إنجاز مصعد استنادا إلى رخصة البناء التي تحصل عليها.

المطعن الثالث: تحريف الوقائع:

قولا بأن الحكم المطلوب إيقاف تنفيذ هذه قضى بهدم جزء أساسي من عقار المعقب يتمثل في المدارج الحاملة لكامل المنزل بالخرسانة المسلحة والمبنية داخل عقاره وفي مسافة التراجع وأن سند الحكم مخالفته لقاعدة العلو بمقولة أنه خالف كتب اتفاق ممضى وبين المعقب ضده وإنه إذا كان مدار الخلف تجاوز العلو المسموح به صلب كتب الاتفاق فما دخل كامل صندوق المدرج الذي ينطلق من الأرض ومن قلب منزله حتى يقع الحكم بإزالته بالكامل من الأسفل إلى الأعلى خصوصا وأنه منجز بالخرسانة المسلحة وحامل لكامل المنزل وقد اعترى الاختبار الأصلي نقائص وشكوك مما جعل المحكمة تآذن باختبار تكميلي بحضور القاضي المقرر وبمناسبة ذلك عاين الاختبار التكميلي أن الضرر مئات من تجاوز العلو المتمثل في إحداث صندوق لبيت صيانة المصعد الكهربائي وأوجب بضرورة إزالة العلو على مستوى السطحة متراجعا بذلك عن طلب إزالة كامل المدرج الحاصل لمنزله ولم تأخذ المحكمة بذلك واعتبرت أن تقرير الاختبار التكميلي لا يختلف عن تقرير الاختبار الأصلي وقضت بإزالة كامل صندوق المدرج دون مراعاة ما انتهى إليه الخبير من إزالة العلو على مستوى السطحة فقط وأن ما انتهت إليه المحكمة هو في الحقيقة حكم بإزالة كامل منزله رغم احترامه لمسافة التراجع

ورغم عدم وجود أي فتحات بمدارجه تتسبب في الكشف وعدم ثبوت حجب لنور الشمس أو الهواء ويكون الحكم قد تسبب له في مضرة فادحة بهدم منزله لدرء ضرر لا وجود له وأن تهديم كامل مدارج منزله من القاعدة إلى الأعلى سيؤدي إلى انهيار كامل المنزل الذي بذل في بنائه قرابة المليون ديناراً وهي حصيلة 30 سنة من الغربة بالمهجر ومن قروض بنكية.

المطعن الرابع: خرق القانون:

قولاً بأن المحكمة اعتمدت على كتب اتفاق بين المعقب والمعقب ضده ينص على التزامات متبادلة بين الطرفين وأن هذا الكتب لم يقع تسجيله بالقبضة المالية في مخالفة للفصل 87 من مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي وهي قاعدة من متعلقات النظام العام وانتهى نائب المعقب إلى طلب النقض مع الإحالة.

وحيث وجواباً على مستندات التعقيب لاحظ الأستاذ "ق" أن المصعد المزعوم لا وجود له أصلاً ولم يعاينه لا الخبير المنتدب ولا السيدة القاضية المقررة يوم التوجه ولم يقدم الطاعن ما يفيد وجوده أصلاً وتبلغ مساحة غرفة المصعد المزعوم حسب المثال الهندسي المرفق بتقرير الاختبار 30,25 م م أي ما يعادل مساحة شقة صغيرة أو استوديو ولا يمكن بالتالي أن تكون غرفة مصعد باعتبار أن غرف المصاعد لا تتجاوز أقيستها 2x2 وأن كراس شروط التقسيم لم يتضمن أي استثناء لا بالنسبة للمصاعد ولا لغيرها في خصوص الارتفاع وقد ذكر المعقب أنه أتم الأشغال في تاريخ التوجه والاختبار التكميلي في حين أنه لم يكن هناك وجود للمصعد المزعوم والذي أسس

عليه مطعنه وبرر به حجه لنور الشمس والهواء على
عقار منوبه ولم يدل بأي نص قانوني ولا ترتيبى يخول
له تجاوز الارتفاع الأقصى المسموح به لا بالمصعد ولا
بغيره وذلك لا يبرر في كل الأحوال خرق القانون
والأضرار بمنوبه وتجدر الإشارة إلى أنه تجاوز الارتفاع
المسموح به بالستارة أيضا لا بالغرفة التي يزعم
تخصيصها للمصعد وأضاف بأن الكشف وحجب نور
الشمس والهواء فذلك ثابت بالاختبار الأصلي والاختبار
التكميلي وبمعايينة السيدة القاضية المقررة يوم التوجه ولا
يمكن له أن يدحض ذلك بتصريحاته المجردة لا سيما
وأنه أقر بأنه تجاوز الارتفاع الأقصى المسموح به لبنائته
بغرفة المصعد ويكفي الرجوع إلى ما عاينته السيدة
القاضية المقررة من كشف مئات من أمرين مختلفين:
شرفات من الناحية الجوفية الغربية تتسبب في كشف
طفيف ونوافذ بالطابق الأول والثاني تطل مباشرة على
عقارهما ولم يقع فيها احترام مسافة الارتداد القانونية وقد
ذكر الخبير أن الشرفتين الموجودتين من الناحية الغربية
بالطابق الأول والثاني تكشفان مباشرة على حديقة منوبة
وأنها تخل براحته وتمنعه من التصرف داخل منزله
بحرية واطمئنان وأن الكشف يسبب مضرة سواء كان
طفيفا متأتيا من الشرفات أو كبيرا متأتيا من النوافذ
ضرورة أنه في كل الحالات يسمح للطاعن بالاطلاع
على منزله وانتهاك حرمة ساكنيه وتكدير راحتهم من
الفتحات الصغيرة أو الكبيرة ومن جهة ثالثة فإن صندوق
المدراج المقام داخل مسافة الارتداد يحتوي على فتحات
تكشف على عقاره أثبتها الخبير نفسه صلب الاختبار
بالصور الشمسية والتي تثبت وجود عدة نوافذ به تكشف

على عقاره وأن حجب نور الشمس والهواء ثابت أيضا بصورة لا تقبل الشك من معاينة السيد القاضي المقرر ومن تقرير الاختبار الأصلي والتكميلي إذ أن المعقب تجاوز الارتفاع الأقصى المسموح به ببنائته بـ1.45م بالنسبة للشاردة و3م بالنسبة لصندوق المدرج وتسبب هذا الارتفاع في حجب الشمس والهواء على عقارها وقد أقر المعقب بهاته المخالفة وحاول تبريرها بالقول بأن ذلك الارتفاع ضروري لإقامة غرفة صغيرة للمصعد لأن تجاوز الارتفاع الأقصى كان بغرفة المدارج وبالشاردة وأن القول بأن الكشف زال بعد إنجاز الاختبارين وبعد التوجه قول مجرد ولا حجة عليه والمحكمة ليست مطالبة بالرد على الدفوعات المجردة وأن المعقب يحرف بطريقة صارخة الحكم المنتقد بزعمه أنه اعتمد الاختبار الأصلي والحال أنه قضى فقط بإزالة صندوق المدرج المقام برمته داخل مسافة الارتداد ومن الواضح بالعين المجردة أن هذا الصندوق مستقل عن البناية ومقام خارج حدودها وداخل مسافة الارتداد ولا يمكن أن يكون هو الحاصل للعمارة التي شيدها عوضا عن المسكن الفردي المرخص له فيه وأضاف أن المعقب وإلى حد هذا الطور لم يقدم مطعنا جديا قانونيا أو فنيا في سلامة أعمال الاختبار لا من حيث المعاينات والأقيسة ولا من حيث الحلول المقترحة وأن المحكمة لم تكتف بأعمال الخبير بل أجرت توجهها على العين بواسطة السيد القاضي المقرر في الملف كما أنه لا موجب لتكليف خبير في المصاعد طالما لم يثبت وجود مصعد أصلا وأنه في كل الأحوال فإن وجود مصعد لا يبرر وتجاوز الارتفاع الأقصى المسموح به والإضرار بالأجوار وفي خصوص كتب

الاتفاق لاحظ أن المحكمة لم تعتمد بل تم استبعاده منذ
الطور الابتدائي نظرا لخرقه من المعقب وأن سند الحكم
المنتقد هو المضرة الثابتة بالاختبارين وبمعايينة السيد
القاضي المقرر ومن الناحية القانونية استند الحكم إلى
خرق المعقب لالتزام قانوني محمول عليه بعدم إلحاق
المضرة بأجواره وعدم تكدير راحتهم بموجب الفصل 99
م ا ع لا إلى التزام تعاقدية وأن الارتفاع الأقصى للبنائات
ومسافة الارتداد ليست محددة بالاتفاق بل بكراس شروط
التقسيم المرفق بالاختبار وتحديدًا بالعنوان 5 النقطتين 7
و10 وكذلك برخصة البناء المضافة للاختبار وأن
المعقب يقرب الحقيقة فهو من طالب باعتماد كتب الاتفاق
عند التحرير عليه من السيدة القاضية المقررة يوم التوجه
لكن المحكمة لم تعتمد لعدم التزامه به أصلا.

المحكمة

عن جميع المطاعن لتداخلها وترابطها:

حيث أن محكمة الموضوع ولئن كان من مهامها
ومن صميم اختصاصها فهم الوقائع وتقدير الأدلة
المعروضة عليها والاجتهاد في فحصها وسير ما اشتملت
عليه من العناصر لغاية تكوين رأيها وبناء الأساس الذي
تقيم عليه قضاءها بدون أن تكون رهينة المراقبة من
طرف محكمة التعقيب إلا أن ذلك لا يكون إلا بشرط أن
يكون هذا التأسيس لقاعدة الحكم مبناه الوقائع الصحيحة
الثابتة بالأوراق وتطبيق القانون تطبيقا سليما.

وحيث مما لا شك فيه أن القيام بقضية الحال كان على أساس أحكام الفصل 99 م 1 ع مناط مضررة الجوار.

وحيث تمثلت المضررة المشتكى منها من طرف المدعين في الأصل المعقب ضدتهما الآن صلب عريضة دعواهما في تمسكهما بأن المطلوب المعقب الآن تولى إقامة بناية على عقاره دون احترام مسافة التراجع ودون احترام العلو الأقصى المسموح به للبناية وقدره 12 مترا كما تولى فتح نوافذ وشرفات بتلك البناية تكشف مباشرة على محل سكناهما المجاور له وتحجب أشعة الشمس عنه.

وحيث من المتفق عليه قانونا وفقها وفقه قضاء أن دعوى الشاكي حصول ضرر بمبناه تقتضي وجود الضرر المشتكى منه والرابطة السببية بين ذلك الضرر وفعل الجار المشتكى به، وهي مسائل لا بد أن تقف عليها المحكمة المتعهددة بالنزاع وتستعين في ذلك عند الاقتضاء بأهل الخبرة كطريقة فنية تلتجئ إليها لبيان وضبط أمور فنية تساعد على البت في ذلك النزاع ولا باعتبارها وسيلة إثبات تبقى المحكمة لوحدتها المختصة في تقديرها وتمحيصها.

وحيث وإن تبين من أوراق الملف أن المحكمة كانت أذنت بإجراء اختبار للوقوف على حقيقة المضررة المتمسك بها وبيانها وتحديد كيفية رفعها وأنجز الخبير المنتدب بموجب ذلك تقريرا أصليا وتقريراً تكميلياً كما كانت أذنت بإجراء توجه على العين بواسطة القاضي المقرر في القضية إلا أنها تخلت عن الواجب المحمول عليها والمتمثل في مراقبة ما تضمنه الاختباران ومدى

تأثيره على وجه الفصل في دعوى الضرر من حيث شروطها المذكورة أعلاه كما تخلت عن دورها في دراسته ما كان تقدم به المعقب أمامها من دفعات تعلقت بإخلالات اعترت نتيجة الاختبار دون الرد عليها، وكان قرارها مجرد سرد كما توصل إليه الاختبار دون أي تحليل أو تمحيص أو حتى إشارة إلى أي من الاختبارين الذين اعتمده في قرارها.

وحيث وبدراسة عناصر المصرة المتمسك بها والمتمثلة في النقص في مسافة التراجع، فإن الخبير سواء صلب تقريره الأصلي أو صلب تقريره التكميلي وبعد أخذ الأقيسة اللازمة أكد أن ذلك النقص لا يشكل مصرة للقائمين بالدعوى وهي المسألة التي لم تنتبه إليها المحكمة ولم ترتب عنها أية نتيجة.

وحيث وبدراسة عنصر الكشف المتأتي من الشرفتين بالطابق الأول والطابق الثاني فقد لاحظ الخبير صلب تقريره الأصلي أن هاتين الشرفتين تكشفان مباشرة على حديقة المدعين وتخلان براحتهما وتصرفهما بكل حرية واطمئنان وسلامة يم يستطرد القول بأن هذا الجزء من البناية هام للتزود بنور الشمس والتهوية دون بيان العلاقة السببية بين الكشف المتأتي من تلك الشرفتين وعلاقتها بمسألة النقص في نور الشمس والتهوية وكان أحرى به أن يتناول هاته النقطة الأخيرة في علاقتها بمسافة الارتداد والتراجع والتي سبق له بيان أنها لا تشكل أية مصرة للمدعين مثلما تمت الإشارة إليه أعلاه، علاوة عن أن المحكمة اعتبرت عملية الكشف من الشرفتين ثابتة وأغفلت ما كان أكده الخبير صلب تقريره

التكميلي من أن المعقب في تاريخ إنجاز ذلك التقرير كان قد أقام بلورا عازلا على كامل عرض الشرفتين وهو بالتالي ما ينتفي معه الضرر المتأتي من الكشف.

وحيث وبدراسة العنصر المشتكى منه والمتمثل في الارتفاع بالمبنى بعلو فاق 12 مترا فقد كانت أعمال الخبير في هذا الشأن مقتضية وتنقصها الدقة والفنية إذ أكد في اختباره قيام المعقب بإحداث صندوق المدرج الذي بلغ ارتفاعه 15م عن سطح الأرض في حين تمسك المعقب بأن العلو مرده الغرفة التي أحدثها لصيانة المصعد الكهربائي ولا وجود بتقرير الاختبار لما يفيد دراسة الخبير لهاته النقطة والوقوف عندها أو حتى الإشارة إلى وجود هاته الغرفة من عدمها وكان الواجب يفرض على المحكمة مراجعة الخبير فيها وإجراء الاستقرارات في شأنها وبيان موقفها بخصوص ما ينسب للمعقب من تجاوز للعلو المتفق عليه صلب كتب الاتفاق المبرم بينه وبين خصيمه وذلك إما باعتبارها تمثل تجاوزا منه للعلو المتفق عليه صلب ذلك الكتب أو اعتبارها من ضروريات المصعد الكهربائي وصيانتها ولا يحتسب بالتالي علوها عند تقدير ما وقع الاتفاق عليه صلب الكتب المذكور علاوة عن أن المحكمة ومن قبلها الخبير لم تحدد المضرة المتأتية من تجاوز المعقب للعلو الذي كان محل اتفاق الطرفين بالنسبة التي حددها الخبير والمقدرة بـ1.45 م من ناحية الطابق الأرضي والطابقين العلويين وبـ3م من ناحية صندوق المدرج إضافة إلى عدم دقة الخبير بخصوص السطحة التي تعتلي النياية والتي لاحظ أنها أصبحت مستعملة حال أن السيدة القاضية

المقررة عند توجيهها للعقار أشارت إلى أنه لا يمكن الولوج إليها بعد أن تم سدم المنفذ المؤدي إليها من قبل المعقب.

وحيث وبناء على كل ما تقدم وحين أسست قضاءها على تقرير اختبار شابته عدة هنات ونقائص تكون محكمة القرار المنتقد قد أخلت بواجب التمحيص والتدقيق في مدى توفر عناصر الضرر مناط الفصل 99 سند القيام أمامها وجاء قرارها مقتضيا وضعيفا كما جاء مجردا من الرد عن الدفع الجوهرية التي كان تمسك بها من نسب له ذلك الضرر.

وحيث وعلوّة عما تقدم وبخصوص الطريقة التي اقترحها الخبير لرفع المضرة، فقد تبين من تقرير الاختبار الأصلي أنه وجب على المعقب إزالة كامل صندوق المدرج في حين تضمن الاختبار التكميلي إزالة كامل صندوق المدرج في مستوى السطحة فحسب غير أن محكمة القرار المنتقد لم تتطرق إلى ذلك في حيثيات قرارها وتبنت الحكم الابتدائي الذي قضى على ضوء الاختبار الأصلي وقضت بإقراره دون بيان موقفها فيما انتهى إليه الاختبار التكميلي في هاته المسألة بما أضحى معه قرارها متسما بالوهن وكان بالتالي وعلى أساس كل ما تقدم عرضة للنقض.

وحيث أفلح الطاعن في طعنه واتجه إعفاؤه من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا
ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة
الاستئناف للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء
الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 04
ديسمبر 2018 عن الدائرة المدنية السادسة عشر المتألفة
من رئيستها السيدة
السيدتين
العام السيد
و
وعضوية المستشارتين
وبحضور المدعي
ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة

وحرر في تاريخه