الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل **الحمــد لله**

محكمــة التعقيــب

***عـ42513.2016ـدد القضيــة**

تاريخــه :2017/03/14

أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2016/09/26 المرسمة بموجبه القضية تحت عدد 42513 من طرف الأستاذ "ف.ن" . نيابة عن "ر.ج"

ضد "ب.ش".

طعنا في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف تحت عدد 1886 يوم 8 جويلية 2016 والقاضي نهائيا استعجاليا بقبول الاستئناف شكلا و اصلا ونقض الحكم الابتدائي و القضاء من جديد برفض المطلب و اعفاء المستانف من الخطية و الإذن بإرجاع المال المؤمن اليه.

وبعد الاطلاع على محضر تبليغ مستندات التعقيب المؤرخ في 27 سبتمبر 2016 والمبلغ للمعقب ضده في تاريخه بواسطة عدل التنفيذ حسب محضره عدد 9884.

وبعد الاطلاع على المؤيدات المقدمة في الآجال القانونية طبق مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على طلبات الادعاء في طلب عرض الملف على الدوائر المجتمعة.

وبعد الاطلاع على كافة اوراق الملف

من حيث الشكل

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع صيغه واوضاعه الشكلية الواجبة قانونا و تعين قبوله شكلا

من حيث الاصل

حيث تفيد وقائع القضية قيام المدعي "ر.ج"بدعوى استعجالية عارضا انه استصدر في 4 جويلية 2011 ضد المطلوب حكما ابتدائيا تحت عدد 3191 قضى بالزام المطلوب بازالة الكشف المدعى به طبق المقترح الوارد بتقرير الخبير "ع.ع" المؤرخ في 29 ديسمبر 2009 وتأيد ذلك الحكم استئنافيا بموجب القرار عدد 10101 الصادر عن محكمة الاستئناف بقابس في 2013/4/16 ولكن تعذر عليه تنفيذه بسبب رفض المحكوم عليه الإذعان لما قضت به المحكمة و طلب الحكم استعجاليا بتعلية الجدار الفاصل بين مسكنه ومسكن جاره المدعى عليه بمقدار 6 امتار عن سطح الارض تحت نظر وتقدير اما الخبير "ع.ع" او الخبير "ز.ش" كتمكنيه بالرجوع بالدرك على المدعي عليه لدى المحاكم الاصل بناء على تقرير يحرره الخبير المنتدب.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 12515 بتاريخ 13 مارس 2014 ابتدائيا استعجاليا بالإذن بإزالة الكشف على النحو الذي حرره الخبير "ع.ع" وتصادقا عليه طرفا النزاع و اقرته محكمة الاستئناف في قرارها عدد 10101 المؤرخ في 16 افريل 2013 بتعلية الجدار الفاصل بينهما الى مقدار ستة امتار كالإذن للمدعي بالقيام بذلك اذا امتنع المطلوب من الامتثال و للأول حق الرجوع بالدرك على الأخير لدى محكمة الأصل اذا تحمل مصاريف ذلك.

فاستأنف المطلوب المحكوم ضده الحكم الابتدائي وصدر القرار الاستئنافي عدد 1609 بتاريخ 1 سبتمبر 2014 نهائيا بقبول الاستئناف شكلا و في الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد برفض المطلب وإعفاء المستأنف من الخطية و إرجاع معلومها المؤمن إليه.

فتعقب المستأنف ضده المدعي في الأصل الحكم الابتدائي و صدر القرار التعقيب عدد 19127 بتاريخ 4 فيفري 2015 حكمها بقبول مطلب التعقيب شكلا و أصلا و نقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف لإعادة النظر فيها من جديد بهيأة أخرى و اعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن اليه استنادا الى ان القرار الاستئنافي سند الدعوى كان نهائيا و قابلا للتنفيذ بقطع النظر عن التعقيب و قد امتنع المطلوب في تنفيذه وهو ما اكده عدل التنفيذ و كان على المحكمة إجباره على الإذعان باعتبار ان تعلية الجدار صادر به حكم نهائي و لا يعد ذلك مساسا بالأصل وهو مخول قانونا طبق الفصل 300 م م م ت.

وحيث اعيد نشر القضية وصدر القرار الاستئنافي الموما اليه بالنقض و الإحالة على قرار محكمة الاستئناف الاولي

فتعقبه الطاعن ناعيا عليه

تحريف معطيات القضية او عدم فهما لها

بمقولة ان محكمة البداية الاستعجالية خاضت في مسائل أصلية و بتت فيها سامحة لنفسها بإدخال تعديل على نص الحكم الابتدائي الأصلي وهذا ليس صحيحا لان غاية ما هناك هو ان المحكمة الاستعجالية قامت بما يلي :

سجلت ثبوت الكشف بمقتضى حكم أصلي اتصل به القضاء وعادت للحديث عن الكشف وضرورة تعلية الجدار مقدار 6 أمتار

لا للخوض فيه من جديد او فتح باب النقاش فيه و إنما لتجعله أساس لحكمها.

ان غاية ما قضت به و انقذت به اجراءات تنفيذ الحكم المدني الذي اتصل به القضاء هو السماح للمعقب محل المحكوم عليه في تعلية الجدار مع تمكينه بالرجوع عليه بالدرك لدى محكمة الأصل ان الحلول محل الملزم بعمل ما مع التمكين بالرجوع بالدرك هو مسار استعجالي تقليدي معمول به لدى المحاكم و يحضر سلطة المحكمة الاستعجالية في الإذن للدائن او المحكوم له بالحلول محل خصمه في تعلية الجدار مع تمكينه من الرجوع عليه بالدرك لدى محكمة الأصل.

وان القول ان ذلك ماس بالأصل ليس الا مساس بالفصل 201 م م م ت و خرقا لها لان الامر يتعلق بحفظ حقوق ومصالح متأكدة ومبينة على حكم صادر في الاصل طبق ما رتبه الفصل 201 م م م ت وكيف استروح القرار ان الفصل 300 م م م ت يعني بقوله المحكمة ذات النظر محكمة الأصل دون تبرير قانوني و كان بإمكان القرار المنتقد بالتصريح في تمكين المعقب من الحلول محل المحكوم ضده في تعلية الجدار مع تمكينه من الرجوع عليه بالدرك تنحى نفس المنحى وان الفصول 201 و300 وان ذلك يستدعي دعوة الدوائر المجتمعة طبق الفصل 191 م م م ت وطلب عرض الملف على الدوائر المجتمعة.

في القانون

في الجواب عن المطعن الوحيد الماخوذ من تحريف الوقائع وخرق الفصول 201 و 300 م م م ت.

حيث ان الفصل 201 م م م ت يمنح للقاضي الاستعجالي النظر في الأمور المتأكدة و دون مساس بالأصل وجودا او عدما

و يستوجب ذلك تحديد ما إذا كان هناك ضرر متأكد يستوجب تدخل القاضي ألاستعجالي و إذا كان الأمر لا يقتضي تدخل قاضي الموضوع اولا قبل الحكم في المسالة الاستعجالية.

وحيث ان مسالة رفع المضرة قد وقع حسمها و حسم النزاع نهائيا بموجب القرار الاستئنافي سند القيام وهو قابل للتنفيذ بقطع النظر عن تعقيبه و قد بت هذا الحكم في مسالة رفع المضرة بتعلية الجدار في حدود 6 امتار و الذي امتنع المحكوم ضده المعقب من تنفيذه حسبما دونه عدل التنفيذ صلب محضره عدد 2126.

وحيث ان ما اعتبرته محكمة القرار المنتقد من مساس بالموضوع بالأصل و ان ما قضت به محكمة البداية هو تعديل لنص الحكم المراد تنفيذه و زيادة على ما اقتضاه نصه يمثل تحريفا للوقائع على اعتبار ان ما صدر به الحكم الابتدائي الاستعجالي في قضية الحال لم يرد به أي تعديل او مس بالأصل بل تعلق بإزالة الكشف طبق ما ورد بالحكم النهائي وتعلية الجدار والإذن بالقيام بذلك مع حق الرجوع على المعقب ضده ذلك ان الحكم النهائي قد اقتصر على الإلزام برفع المضرة دون تمكين المدعي من ذلك في صورة رفض المدعي عليه في اجل شهر.

وحيث ان الإذن بإزالة المضرة المحكوم بها بموجب حكم نهائي ممكن قانونا استنادا الى الفصل 300 م م م ت الذي يخول القيام في صورة امتناع المحكوم عليه من تنفيذ التزام لدى المحكمة ذات النظر وان القاضي الاستعجالي يختص بالنظر في هذه الدعوى لعدم مساسها بالاصل و لتوفر ركن التاكد.

وحيث ان محكمة القرار المنتقد حسبما نقضت الحكم الابتدائي وقضت برفض المطلب تكون قد حرفت الوقائع و اساءت

تطبيق الفصول 201 و 300 م م م ت وتعين نقض قرارها بدون احالة .

وحيث افلح الطاعن في طعنه و اتجه اعفاء من الخطية.

ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و اصلا ونقض القرار المطعون فيه دون احالة و اعفاء الطاعن من الخطية و ارجاع معلومها المؤمن اليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 14 مارس 2017 عن الدائرة المدنية الثانية المتركبة من رئيسها السيدة رجاء وعضوية المستشارين السيدين و الجويني بحضور المدعي العمومي السيد ة وبمساعدة كاتب(ة) الجلسة السيد(ة)

وحـــرر في تاريخـــــه