**الجمهوريــة التونسيــة**
**وزارة العدل** **الحمد لله وحده ،**
**محكمـة التعقيـب**
**عـ*61756.2011دد القضيــة**
**تاريـخ الحكـم : 2012/5/10**

## أصدرت محكمة التعقيب القرار الأتي :

بعد الإطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المقدم من الأستاذ ح ر. بتـاريخ 31 مارس 2011.

**في حق** : ح ع ، القاطن ب... ، نائبه الأستاذ ح ر.

**ضــد**: ف ع.، القاطن ... نائبه الأستاذ ر ن.

طعنـا فـي الحكم المدني الصـادر عن محكمـة الاستئناف بالمنستير تحت عـــدد 33366 بتـاريخ 25 نـوفمبر 2010 والقاضـي نصـه : " نهائيـا بقبـول الإستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمـل بـه وتخطئـة الطـاعن بالمـال المـؤمن وحمـل المصـاريف القانونيـة عليـه وتغريمـه لفائـدة المسـتأنف عليهـا بثلاثمائـة دينـارا (300,000د) لقـاء الأتعـاب وأجرة المحاماة."

وبعد الإطـلاع علـى مـذكرة مستندات الطعن المبلغـة نسـخة منهـا للمعقب ضده بتاريخ 26 أفريل 2011 بواسطة عدل التنفيذ السيد ن ع. حسب محضر التبليغ عـدد 5238.

وبعد الإطلاع علـى جميـع الوثـائق التـي يوجـب الفصـل 185 مـن م م م ت تقـديمها وعلـى ملحوظـات النيابـة العموميـة الراميـة الـى طلـب الحكـم بـالنقض والإحالة وبعد الاستماع إلى شرح ممثلها بالجلسة .

وبعد الإطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة أوراق الملف والمداولة طبق القانون صرّح بما يلي :

**مـن حيـث الشكـل:**

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضـاعه و صـيغه القانونيـة فهو مقبول شكلا.

**مـن حيـث الأصـل:**

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد و لأوراق التـي أنبنـى عليها قيام المدعي في الأصل( المعقب ضده الآن) لدى محكمة البداية عارضا أنه استقر علـى ملكـه وتصـرفه جميـع الطـابق الأول المعد للسكنى والكـائن بشـارع الحبيب بورقيبة بالمصدور ويملك المدعى عليه الطـابق السفلي للبنايـة المذكورة ويستغله حاليا كمقهى وينبعث من المقهى المذكورة بالنهـار والليل ضـجيج هائل مما جعل المدعى وأفراد عائلته لا ينعمون بالراحة مطلقا ولا يقدرون علـى النـوم حتى إلى ساعات متأخرة من الليل وقد حاول المدعى حل المسألة وديا معه إلا أنه رفض هذا الخيار لذلك ونتيجة لكل ذلك وبتاريخ 2009/4/21 استصـدر المـدعى اذنـا علـى عريضـة عن المحكمـة الابتدائيـة بالمنستير تحت عدد 75249 يقضـى

بتكليف خبير مختص في الضجيج بالتوجه للمقهى محل النزاع وقياس درجة الضجيج المنبعث منها وبيان الفارق بين الضجيج المشتكى منه وضجيج المحيط ومدى تطابقه مع الفارق المسموح به وقد أنجز الخبير المنتدب المأمورية المناطة بعهدته وحرر تقريره المؤرخ في 2009/5/02 والذي جاء به أن نسبة الضجيج مرتفعة ومزعجة وأن الطريقة المثلى لرفع الضرر المشتكى منه لا تتمثل في " أن يلتزم المدعى عليه بالعمل حسب التوقيت المعد للمؤسسات المتواجدة بالأحياء السكنية المحدثة للضجيج على النحو التالي من الساعة السابعة صباحا إلى العاشرة ليلا وبإزالة حامل التلفاز من مكانه خارج المقهى على الرصيف وبعدم وضعه الكراسي التي يقوم بنشرها لرواد المقهى بالمكان وأن يدخلها في الداخل وينزع مضخمات الصوت المركزة بالحائط لما تحدثه من ضجيج مقلق وإبعاد الروائح الكريهة عن الشاكي بإقامة فوهة لإخراج الدخان من داخل المقهى وتركيز مروحة بآخرها.... وانتهي نائب المدعى إلى طلب الحكم بإلزام المدعى عليه برفع المضرة المشتكى منها والمشخصة بتقرير الخبير السيد ح ع. في 2009/5/02 والمجرى بموجب الاذن على العريضة عدد 75249 الصادر بتاريخ 2009/4/21 وإلزامه تبعا لذلك بالعمل حسب التوقيت المعد للمؤسسات المتواجدة بالأحياء السكنية المحدثة للضجيج أي من الساعة السابعة صباحا إلى العاشرة ليلا وبإزالة حامل التلفاز من مكانه خارج المقهى على الرصيف وبعدم وضعه الكراسي التي يقوم بنشرها لرواد المقهى مقلق وأن يدخلها إلى الداخل كالتزامه بنزع مضخمات الصوت المركزة بالحائط لما تحدثه من ضجيج مقلق وإبعاد الروائح الكريهة عن المدعى بإقامة فوهة لإخراج الدخان من داخل المقهى وتركيز مروحة بآخرها لامتصاص الهواء وحمل المصاريف القانونية على المدعى عليه ومنها 220,000 دينار أجرة محاماة والإذن بالنفاذ وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة الابتدائية بالمنستير حكمها عدد 27346 بتاريخ 24 فيفري 2010 القاضي : " بإلزام المدعى عليه برفع المضرة المشخصة بتقريري الخبير السيد ح ع. المؤرخين في 2009/05/02 و 2009/10/29 على نظره ووفق الطريقة الفنية المبينة من قبله وذلك في ظرف شهر من صيرورة هذا الحكم قابلا للتنفيذ وفي صورة امتناعه أو تقاعسه فتخويل المدعى القيام بذلك على نفقته الخاصة وله حق الرجوع على المطلوب بالمصاريف المبذولة في حدود تقديرات الخبير البالغة خمسمائة دينار ( 500,000 د) وتغريم المدعى عليه لفائدة المدعى بثلاثمائة دينار ( 300,000 د) عن أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليه بما في ذلك أجرة الاختبار وقدرها مائتين وعشرون دينارا (220,000 د) ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك."

وحيث استأنف المدعي عليه في الأصل الحكم المذكور طالبا نقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بعدم سماع الدعوى.

وحيث أصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع استنادا الى ثبوت المضرة الحاصلة من المقهى والمدعى منها.

وحيث تعقبه المستأنف وورد بمستندات طعنه بعد استعراض وقائع القضية وإجراءاتها نعيه على القرار المطعون فيه بما يلي:

1. **المطعن الأول: مخالفة أحكام الفصل 112 من م م م ت وهضم حقوق الدفاع:**

قولا أن المعقب تولى الطعن في أعمال الخبير واعتبر أن المعايير المعتمدة من قبله لا تنطبق عليه بل على مؤسسات خطرة ومخلة بالصحة ومنزعجة كالمعامل والمصانع و حضائر البناء والمخازن المتواجدة بالأحياء السكنية الأمر المفقود في قضية الحال ، وقد نص الفصل 112 من م م م ت أن رأي الخبير لا يقيد المحكمة وتقارير الخبراء لا تلزم المحكمة وإنما يقصد بها تمكينها من الوصول إلى الحقيقة وتأسيسها على ذلك فإن من حقها أن تتبنى ما جاء فيها وأن تلغي بعضها وتتبنى البعض الآخر دون أن يخضع حكمها في ذلك فإن من حقها أن تتبنى ما جاء فيها وأن تلغي بعضها وتتبنى البعض الآخر دون أن يخضع حكمها في ذلك لرقابة محكمة التعقيب شرط التعليل " قرار تعقيبي عدد 12353 مؤرخ في 1985/10/17 " وبالرجوع إلى تقرير الاختبار يتضح أن الخبير قد غفل عن وصف محل النزاع وتشخيصه وتحديد مكان وجوده إلا أنه اقترح لرفع المضرة المتظلم منها الزام المعقب بالعمل حسب التوقيت المعد للمؤسسات المتواجدة بالأحياء السكنية وكان بالخبير يشير إلى وجود المقهى بحي سكني والحال أن المقهى موجود بمحطة لوقوف سيارات الأجرة والتاكسيات وحافلات شركة النقل بالساحل مثلما يدل على ذلك الاسم التجاري للمقهى " مقهى المحطة " وهو ما ينفى وجوده بحي سكني ثم أن العربات حسبما تثبته الصور الفوتوغرافية المظروفة ، والنتيجة التي توصل إليها الخبير المنتدب جاءت مخالفة لأحكام الفصل 110 من م م م ت فقرة ثانية والتي تنص في صيغة الوجوب أنه يجب على الخبير أن يحرر تقريرا مفصلا في جميع أعماله ويبين رأيه الفني بغاية الايضاح والأسباب التي بني عليها ، ومن أوكد واجبات محكمة الموضوع مراقبة تقرير الاختبار حتى إذا بان ضعف الاختبار أرجعته إلى من أجراه لإتمام ما نقص فيه وما اعتراه لغاية الوقوف على حقيقة النزاع وتجنب هضم حقوق الدفاع (تعقيب مدني عدد 3068 مؤرخ في 2005/12/09) وقد أقر الخبير المنتدب عند التحرير عليه مكتبيا أنه لم يطلع على كراس الشروط المتعلقة بالمقهى موضوع النزاع وتعهد بإجراء معاينة للمقهى في أوقات مختلفة لتحديد المضرة المتظلم منها وبإضافة نسخة من كراس الشروط وتبين أن محكمة القرار المنتقد اعتمدت نتيجة اختبار أنجز خارج حدود المأمورية المناطة بعهدته فقد تعهد الخبير بإجراء معاينة للمقهى في أوقات مختلفة للوقوف على حقيقة المضرة المتظلم منه إلا أنه لم يتوجه إلى محل النزاع إلا مرة واحدة وهو ما يفقد نتيجة الاختبار الدقة الفنية المرجوة كما أنه لم يشر إلى مسألة احترام المعقب لمواقيت فتح وغلق المقهى من عدم ذلك وبالرجوع إلى القانون عدد75 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/8/02 المتعلق بحذف رخص ومراجعة موجبات إدارية تخص بعض الأنشطة التجارية والسياحية والترفيهية والذي نص فصله الثاني أنه " يخضع استغلال كل من المقاهي من الصنف الأول والقاعات التي تنظم بها ألعاب للعموم إلى كراس شروط تتم المصادقة عليه بقرار من وزير الداخلية وقد

نص الفصل السابع من كراس الشروط أنه " على مستغلي المقاهي من الصنف الأول احترام مقتضيات التراتيب الجاري بها العمل المتعلقة بمواقيت فتح المحلات وأحكام التشاريع المتعلقة بإشهار الأسعار، وجاء بالفصل الأول من قرار السيد وزير الداخلية المؤرخ في 2006/8/15 والمتعلق بتحديد مواقيت فتح المحلات المعدة لممارسة بعض الأنشطة التجارية والسياحية والترفيهية أنه" حددت كما يلي مواقيت فتح المحلات المعدة لممارسة الأنشطة التجارية والسياحية والترفيهية أنه " حددت كما يلي مواقيت فتح المحلات المعدة لممارسة الأنشطة التجارية والسياحية والترفيهية التالية: أولا : المقاهي من الصنف الأول (المقاهي وقاعات الشاي والمشارب) من الساعة الخامسة صباحا إلى الساعة الرابعة صباحا ، ويتضح أن الخبير المنتدب لم يعتمد في أعماله على الرأي الفني المستند إلى القانون والتراتيب الجاري بها العمل وإنما على استنتاجات ظاهرية وذاتية غير علمية مثل أن " الضجيج المحدث كان مكدرا لراحة الشاكي من جراء ما يحدثه رواد المقهى من مجادلة وصياح وركيز عند اللعب بالورق والدمينو " واقتراحه حذف اللعب بالورق من نشاط المقهى أو بإزالة حامل التلفاز من مكانه الأمر الذي يجعل محكمة القرار المطعون فيه لما سلمت بنتيجة الاختبار تكون قد خرقت القانون وهضمت حقوق الدفاع.

2. **المطعن الثاني: تحريف الوقائع وضعف التعليل:**

قولا أن الضرر المتظلم منه غير موجود في قضية الحال اعتبارا لصلة القرابة بين الطرفين( المعقب والمعقب ضده شقيقان) ولكون المعقب ضده كان يدير المقهى موضوع النزاع قبل أن يتنازل عن استغلاله الرخصة لفائدة المعقب حسبما تثبته النسخة من تنازل عن رخصة مقهى والمضافة ثم إن النشاط التجاري الذي يمارسه المعقب يتعلق بمقهى من الصنف الأول حسبما ينص عليه كراس الشروط ويخضع للقوانين و التراتيب المعمول بها في هذا الميدان ومن جهة أخرى وخلافا لما ذهبت إليه محكمة الحكم المنتقد فان الخبير المنتدب لم يتعرض إطلاقا إلى أوقات فتح المقاهي من الصنف الأول حسبما تنص عليه كراس الشروط والقوانين و التراتيب المعمول بها وإنما اقترح لرفع المضرة عن العارض أن يلتزم المطلوب بالعمل حسب التوقيت المعد للمؤسسات المتواجدة بالأحياء السكنية المحدثة للضجيج على النحو التالي من الساعة السابعة صباحا إلى العاشرة ليلا ، ولا خلاف أن أعمال الخبير لا تقيد المحكمة عملا بأحكام الفصل 112 من م م م ت غير أن ذلك مشروط بالتعليل المستساغ الذي له أصل ثابت بأوراق الملف وفي صورة الحال اعتمدت محكمة الحكم المطعون فيه تقرير اختبار أنجز خارج حدود المأمورية المناطة بعهدته ودون الالتزام بالقوانين والتراتيب التي تضبط أنشطة المقاهي والأنشطة المماثلة بصفة غير علمية وقد كان عليها في مثل هذه الحالة على الأقل التحرير على الخبير فيما غمض عليه من أعماله أو الاذن بإعادة الاختبار في ما لها من سلطة تقديرية في هذا المجال خاصة وأن الخبير المنتدب غير مختص في الأنشطة السياحية والترفيهية والفندقة ولما لم تفعل يكون قضاؤها مشوبا بضعف التعليل الواضح وبالتالي مستهدفا للنقض.

وانتهى الطاعن إلى طلب قبول الطعن شكلا وأصلا و نقض القرار المطعون فيه وإرجاع القضية إلى محكمة الإستئناف بالمنستير للنظر فيه مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية.

وحيث جوابا عن مستندات الطعن قدم الأستاذ ر ن. محامي المعقب ضده تقريرا لاحظ فيه أنه عن المطاعن مجتمعة لاتحادها في الموضوع فانه خلافا لما ورد بمستندات التعقيب فان قضاء محكمتي الأصل كان في طريقه واقعا وقانونا ومبنيا على ما توفر لهما من وثائق في ملف القضية وبيان ذلك ما يلي:

1/ قولا أن المطعن المتعلق بأن الخبير لم يعتمد في أعماله على الرأي الفني المستند إلى القانون والتراتيب الجاري بها العمل وإنما على استنتاجات ظاهرية وذاتية وغير علمية فان المعقب ضده يلاحظ أن هذا الدفع في غير طريقه باعتبار أن ملف القضية احتوى على تقرير اختبار تكميلي جاء محرزين على جميع مقوماتهما الشكلية والفنية وقد بين فيهما الخبير المنتدب بطريقة عملية وبحتة باستعمال أجهزة قياس الضجيج أن الضجيج المنبعث من المقهى بلغ 45.9 ديسيبال( أي بفارق 5.3 دسيبال عن المستوى المقبول وطنيا ودوليا) وهي نسبة مرتفعة ومزعجة ، وكانت محكمة الدرجة واضحة في ردها على هذا الدفع .

2/ وفي خصوص ما ادعاه المعقب من أن الخبير المنتدب لم يطلع على كراس الشروط المنظم للمقاهي من الصنف والأمر على العكس من ذلك باعتبار أن الفصل التاسع من كراس الشروط المتعلق بالمقاهي من الصنف الأول( وهي نفس صنف مقهى المعقب) التي اقتضت أن هذا النوع من المحلات يجب أن يتواجد في مركبات أو مقاسم مخصصة للتجارة وفقا لمثال التهيئة العمرانية بالنسبة إلى المناطق المشمولة بمثال تهيئة عمرانية أو في أحياء تجارية بالنسبة إلى المناطق الأخرى وتكون المحلات في هذه الحالة إما في بناء مستقل أو في الطوابق الأرضية للعمارات غير السكنية مع إفرادها بمدخل خاص بها والمقهى التابعة للمعقب لا تتوفر فيها الشروط المذكورة وهو ما أثبته تقرير الاختبار التكميلي المحرر بتاريخ 2009/10/29 ويتجه استبعاد هذه المطاعن مجتمعة لعدم وجاهتها قانونا وانتهي نائب المعقب ضده إلى طلب الحكم برفض مطلب التعقيب شكلا واحتياطيا برفضه أصلا.

## المحكمـــة

**عن المطعنين لتداخلهما ولوحدة القول فيهما:**

حيث أن تعليل الأحكام من الوجهتين الواقعية والقانونية شرط جوهري لصحتها ولا يقتصر على ايراد طلبات الخصوم وأوجه دفاعهم وإنما لزام على المحكمة مناقشتها والرد عليها بما يسمح لمحكمة التعقيب من مراقبتها.

وحيث أنه بالرجوع إلى ملف القضية والقرار المطعون فيه يتضح أنه اعتمد الاختبار المجرى في القضية بموجب اذن على العريضة والذي من الواجب أن يكون معللا تعليلا مستفيضا ومبنيا على معطيات فنية دقيقة إلا أنه بالرجوع إلى تقرير الاختبار يتضح أنه جاء خاليا من تشخيص المقهى المتظلم منه موقعا اذ اكتفى الخبير بالتلميح إلى أن المنطقة سكنية وأن هناك ضجيج متأت من حركة المرور والذي عند اشتغال المقهى تزداد نسبة الضجيج ب5 ديسبال

وعليه فإن نسبة الضجيج الغير معتادة والمكدرة للراحة العامة لم تكن لتنسب للمقهى لوحدها وكان لا بد على المحكمة أن تعيد المأمورية للخبير لتشخيص المقهى موقعا وتحديد الحركية بالمكان كبيان المضرة ان وجدت ومأتاها هذا فضلا على أن الخبير بالرغم عن تعهده بإجراء عدة معاينات فإنه اكتفى بواحدة فقط كما أنه لم يطلع على كراس شروط المقهى والتراتيب الجاري بها العمل وعليه يكون القرار المنتقد لما اعتمد في حكمه على تقرير الاختبار دون مناقشته يتسم بضعف التعليل ومخالفا للفصل 112 من م م م ت مما يجعله حري بالنقض.

**ولهذه الأسبـــاب:**

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و أصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الإستئناف بالمنستير لإعادة النظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 10 ماي 2012 عن الدائرة المدنية الرابعة والعشرون برئاسة السيد طه الأمين البرقاوي وعضوية المستشارين السيدة روضة الورسيغني والسيدة وسيلة التليلي بمحضر المدعي العام السيدة خديجة الماجري ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

حـــرر في تاريخـــه