الجمهورية التونسية

وزارة العدل

محكمة التعقيب

***59281.2018*عدد القضية**

تاريخه :11-04-2018

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في **26 جانفي2018** عدد 10510 **من** طرف الاستاذ ****** المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن: ن.ق صاحبة بطاقة تعريف وطنية عدد ***** مؤرخة في 2004/04/06 مقرها بنهج ***** محل مخابرتها مكتب محاميها الاستاذ ***** ******

ضد :

ا.ط مقرها المختار بمكتب نائبها الاستاذ ****** الكائن ب21 شارع ****.

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 71187عن محكمة الاستئناف بصفاقس بتاريخ **26 اكتوبر2017** والقاضي "**نهائيا بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي بخصوص ماقضى به حول المخزن الموصوف بتقرير الخبير في البناء ****** المؤرخ في 15 اوت 2014 والمرقم تحت عدد 3 بالمثال المرافق والقضاء من جديد بإلزام المستأنفة بهدمه في ظرف شهر من تاريخ الاعلام بهذا الحكم وفي صورة التقاعس فالإذن للمستأنف ضدها بإتمام ذلك على نفقتها الخاصة وتحت اشراف الخبير المذكور او من ينوبه ولها حق الرجوع بالمصاريف المبذولة على المستأنفة وإقراره فيما زاد على ذلك، وتخطئة المستأنفة بالمال المؤمن وتغريمها لفائدة المستأنف ضدها بأربعمائة دينار 400 د بعنوان اتعاب تقاضي**

وأجرة محاماة عن هذا الطور وبحمل المصاريف القانونية عليها ورفض موضوع الاستئناف العرضي فيما زاد على ذلك."

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ ****** حسب محضره عدد **3439** بتاريخ **12 جانفي 2018**.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة بتاريخ **09 فيفري 2018** حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والحجز.

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية طبق احكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الاصل والمعقب ضدها الان لدى المحكمة الابتدائية بصفاقس 2 عارضة بواسطة نائبها انها تملك بالحجة العادلة المؤرخة في 25 فيفري 2010 العدلين ****** وجليسه قطعة ارض بها محل سكنى كائنة بقرية ***** يحدها منطقة خضراء من الجهة القبلية إلا ان المدعى عليها زعمت ملكيتها وأقامت بناية وسطية اخرى من الجهة القبلية واخرى مسامته للحد دون تراجع كما تولت تعلية الجدار الفاصل بقدر كبير مثلما يتضح من المعاينة عدد 56304

ورفضت الاقلاع عن تصرفاتها رغم التنبيه عليها منذ 22 -06-2014 بموجب المحضر العدلي عدد 56305 وصدور قرار هدم ضد المدعى عليها عن السيد والي صفاقس بتاريخ 2013/07/09 وبعدد 0406 /2013 .

وقد تألمت المدعية من عمل المدعى عليها لحرمانها من المنطقة الخضراء القبلية والبناء على الجدار الفاصل بارتفاع مشط ودون تراجع قانوني مما افسد الجمالية وحجب الشمس القبلية والضوء وهواء البحر وثبت ضررها مما حتم هدم ما بنته المدعى عليها طبق احكام الفصل 99 من م ا ع.

طالبة الحكم بتكليف الخبراء في البناء لمعاينة عقاري الطرفين حدا وموقعا ومحتوى وتطبيق قرار الهدم عدد 0406 على العين وبيان عناصر الضرر والطريقة المثلى لرفع الضرر والخسائر الازمة لذلك ثم الحكم باعتبار ما اتته المدعى عليها يمثل ضرر جوار وإلزام هاته الاخيرة بهدمها وإرجاع الحالة لما كانت عليه على نفقتها وان لم تفعل فالإذن للمدعية بإتمام ذلك على نفقة المدعى عليها كل ذلك تحت نظر الخبير المنتدب وتغريم المدعى عليها للمدعية بألف دينار لقاء الاتعاب وأجرة المحاماة وحمل المصاريف القانونية عليها بما في ذلك مصاريف الخبير و المعاينة عدد 56304 والتنبيه عدد 65305 وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

و حيث وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية الحكم عدد 2116 الصادر بتاريخ 06 ماي 2015 والقاضي "**ابتدائيا بإلزام المدعى عليها برفع المضرة اللاحقة بعقار المدعية وذلك بالتخفيض في ارتفاع سقف كل من المستودع والمخزن المحدثين بعقارها بحيث لا يفوق ارتفاعها 2.5 وذلك في ظرف شهر من تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلا للتنفيذ وفي صورة امتناعها فالإذن للمدعية بالقيام بذلك على نفقتها الخاصة تحت اشراف الخبير المنتدب وله حق الرجوع بالمصاريف المبذولة على المدعى عليها مع تغريم الاخيرة في الذكر بخمسمائة و عشرون دينارا (520.000 د)لقاء اجرة الاختبار معدلة وبمائة وستة عشر دينار ومليمات 620 (116.620 د)لقاء**

مصروف المعاينة عدد 56304 و بستين دينار ومليمات853 (60.853 د) لقاء مصروف محضر تنبيه عدد 56305 وبثلاثمائة دينار (300.000 د)لقاء اتعاب التقاضي وأجرة المحاماة عن قضية الحال وحمل المصاريف القانونية عليها بما في ذلك اجرة رقيم الاستدعاء للجلسة عدد 57908 المقدرة باثنين وستون دينار ومليمات 680 (62.280 د)وبعدم سماع الدعوى فيما زاد على ذلك.

وحيث استأنفت المدعى عليها الحكم المذكور بواسطة نائبها الذي تمسك بان الحكم الابتدائي جانب الصواب باعتبار.

- مخالفته الفصل 99 من م ا ع الذي يستروح منه ان المضرة الموجبة للرفع تستوجب ان تكون الاحداثات مضرة بالصحة او مكدرة للراحة وفيما زاد على ذلك فان الاجوار مطالبين بتحمل الاضرار العادية المنصوص عليها بالفصل 100 من نفس المجلة وطالما انه لم يوجد خطر على الصحة ولا تكدير للراحة فان نسبة الضرر الجمالي غير مؤثر بحكم النسب الضئيلة للتجاور فضلا على ما قامت به المستأنف ضدها من ترفيع مشط لشرفة منزلها مثلما هو ثابت من خلال الصور الشمسية المضافة وتقرير الاختبار.
- الخطأ في ضبط ارتفاع المستودع اذ اعتبر الخبير احتسب ارتفاع المستودع من ارضية المستودع وهو تقدير خاطئ اذ العبرة لا بمستوى الارضية وانما بمستوى الصفر الذي توجد به قنوات تصريف المياه المستعملة كما ان الخبير لم يأخذ بعين الاعتبار المضار الناتجة عن الهدم ومقارنتها بالمضرة المتمثلة في الضرر الجمالي لارتكاب اخف الضررين طبق احكام الفصل 556 من م اع .
- كما رفعت المستأنف ضدها استئناف عرضي مطالبة بإقرار الحكم الابتدائي من حيث المبدأ وقبول الاستئناف العرضي شكلا واصلا وتعديل الحكم الابتدائي وذلك بإلزام الطاعنة بهدم المخزن الداخلي الموجود داخل

مسافة التراجع كإلزامها بإزالة المترين الداخليين من المستودع ليصبح في طول 6 امتار فقط.

فأصدرت محكمة الاستئناف القرار المشار اليه بالطالع عددا وتاريخا ونصا استنادا الى ان محكمة البداية لما قضت بالتخفيض في ارتفاع المخزن قد اساءت تطبيق القانون خاصة ازاء ثبوت مخالفة البناء المذكور للتراتيب العمرانية الجاري بها العمل وتسببه في الضرر المتمثل في النشاز والتشويه المظهر الجمالي للبناءات وحجب الشمس الهواء.

وبخصوص ارتفاع المستودع فقد اثبت الاختبار انه جاء مخالفا من حيث الارتفاع للتراتيب العمرانية بسبب تجاوزه للارتفاع الاقصى المسموح به بنسبة 45 صنتمتر وان طلب المستأنفة اعتماد مستوى الصفر الذي توجد به قنوات تصريف المياه يفتقر للمرجعية القانونية الصحيحة والسليمة خاصة ان الخبير اعتمد في ضبطه للارتفاع ما هو موجود على العين والذي تم تهيئته من طرف الطاعنة نفسها.

وحيث طعنت المستأنفة في القرار المذكور بواسطة نائبها ناعية عليه المطاعن التالية:

مستندات التعقيب

المطعن الاول: خرق القانون خرق احكام الفصل 99 و 100 من م اع

قولا انه لا خلاف ان الدعوى تأسست على الفصل 99 من م اع الذي يستروح من احكامه انه يسمح للمالكين القيام على أجوارهم لمطالبتهم بإزالة مضرة محددة قانونا يتمثل في تكدير الراحة والصحة بحيث لا مجال لاعتبار **الضرر الجمالي** داخلا في نطاق ما هو مكدر للراحة او الصحة.

وان القرار قضى بالهدم على اساس الفصل 99 الذي لا يتضمن الضرر الجمالي بل يتعلق بالإحداثيات المكدرة للراحة او الصحة وفي ذلك سوء تطبيق لأحكام الفصل المذكور بإضافة مضرة لا تدخل في مجال انطباقه.

المطعن الثاني: خرق قاعدتي الضرر والتناسب ضمن احكام الفصل 49 من الدستور.

قولا ان الحكم الابتدائي طبق القاعدة الواردة بالفصل 49 من الدستور الذي ينص انه لا توضع هذه الضوابط الا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير او لمقتضيات الامن العام او الدفاع الوطني او الصحة العامة او الاداب العامة وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط و موجباتها وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من اي انتهاك." وذلك بإلزام المعقبة بالحط من الارتفاع للاحداثات دون الهدم لان الهدم وخاصة بالنسبة للمخزن لا طائل له باعتبار وانه بالحط من مستوى المخزن الى مستوى الحد الفاصل بين الطرفين كفيل لوحده لرفع المضرة في حين ان محكمة القرار المنتقد اصرت على هدم المخزن ونقضت الحكم الابتدائي في هذا الفرع وقضت بالإزالة هكذا دون ضرورة او تناسب بين المضرة المزعومة والسبل الازمة والكافية لرفعها وهذا الموقف يتناقض مع احكام الفصل 49 من الدستور وما استقر عليه فقه القضاء في خصوص كيفية رفع المضرة ذلك ان الاصل "ار**تكاب اخف الضررين** "وهو مبدأ تم تكريسه بالفصل 556 من م ا ع.

المطعن الثالث :هضم حقوق الدفاع وضعف التعليل

قولا ان الخبير اعتمد لضبط الارتفاع القانوني للبناءات انطلاقا من ارضية المستودع وهي طريقة مخالفة للقانون ذلك ان القواعد الفنية تقتضي وضع منطلق قيس موحد وبالتالي وضعت قاعدة انطلاق القيس من النقطة صفر حسبما هو متصادق عليه من قبل جميع المختصين .

وقد قدمت المعقبة رأيا فنيا من الخبير ****** حسب الوثيقة المقدمة والمؤرخة في 2013/08/16 وقد اجابت المحكمة القرار المنتقد على هذا الدفع بأنه "خلافا لما تمسك به نائب المستأنفة فان اعتماد المستوى الصفر الذي توجد به قنوات تصريف المياه المستعملة في ضبط ارتفاع المستودع يفتقر للمرجعية القانونية

الصحيحة والسليمة خاصة وان الخبير المنتدب اعتمد في ضبطه لارتفاع البناء ما هو موجود على العين والذي تم تهيئته من طرف الطاعنة نفسها."

والى جانب ذلك فان المحكمة اهملت ما دفعت به المعقبة مما تسببت فيه المعقب ضدها نفسها من مضرة بإحداثها لمقاعد ملاصقة للحد الفاصل بين الطرفين تجعل الجالسين مطلين على ارض المعقبة مع ان المعقبة قدمت تقرير اختبار قضائي في الغرض غير ان المحكمة لم تعلق على ذلك بتاتا و في ذلك التعليل هضم لحقوق الدفاع و اتضح بذلك ان القرار المنتقد جانب الصواب واتجه نقضه.

المحكمة

عن المطعن المتعلق بخرق احكام الفصل 99 و 100 من م اع

حيث ان المشرع اقتضى لقيام المسؤولية عن مضار الجوار طبق احكام الفصلين 99 و 100 من

م اع ان يكون الضرر من النوع المكدر للراحة وان يتجاوز الحد المسموح به بين الأجوار غير انه لم يعطي تعريفا محددا لهذا الضرر ولم يحصره في صور معينة من الاضرار الامر الذي يجعله مرنا وطيعا لاستيعاب صور متعددة ومتطورة من اضرار الجوار تختلف حسب جغرافية المكان وتطور الزمن .

و حيث وعليه فان المشرع قد ترك مجالا رحبا لقاضي الموضوع لتقدير صور الضرر الذي تقوم به مسؤولية مضار الجوار ذلك انه لم يقيد ميدان تطبيق الفصلين 99 و 100 من م اع ويجوز بالتالي الدفع بكل انواع الاضرار بشرط ان تكون مكدرة للراحة او للصحة وتتجاوز الحد المسموح به بين الاجوار.

وحيث يتضح من اوراق الملف ومن مستندات القرار المطعون فيه ان اعتبار محكمة الموضوع بان الضرر الجمالي على معنى احكام الفصل 99 من م اع كان مؤسسا على صبغة المكان الترفيهية باعتبار انه ثبت من اوراق الملف وخاصة من اعمال الاختبار ان عقاري طرفي النزاع يقعان في منطقة سكنية سياحية وعلى

اعتبار ان السلطة الادارية نظمت هذا المكان بكيفية من شانها ان تمكن المتساكنين من الانتفاع من موقعه الطبيعي دون تشويش على الهدف الذي اراده المتساكنين منه والمتمثل في الاستجمام دون اي تعكير مادي او معنوي .

وحيث يكون بذلك ما انتهت اليه المحكمة من اعتبار الضرر الجمالي مكدرا للراحة على معنى الفصل 99 من م اع فضلا على توفر صبغته الغير اعتيادية طبق الفصل 100 من م ا ع كان قائم على فهم سليم لخصوصية المكان وأهمية العنصر الجمالي لأصحابه والتأثير الهام لتخريب هذا العنصر عليهم من الناحية المادية والمعنوية وهو ما يجعل تطبيقها لأحكام امسؤولية مضار الجوار لا تثريب عليه قانونا سيما انها بينت توفر شروطها بتعليل كافي ومستساغ مؤسسا على ما له اصل ثابت بالملف و اتجه لذلك رد هذا المطعن.

عن المطعن المتعلق بهضم حقوق الدفاع و ضعف التعليل

حيث ان هذا المطعن يهدف في فرعه الاول الى مناقشة اعمال الخبير فيما يتعلق بتحديد ارتفاع سقف المستودع وهي مناقشة لأمر موضوعي يرجع الى صميم عمل محكمة الموضوع لا رقابة عليها من قبل محكمة التعقيب بشرط التعليل .

وحيث يتضح من مستندات القرار المطعون فيه ان المحكمة المصدرته لم تهمل هذا الدفع الذي سبق وان تمسكت به الطاعنة وأجابت عنه وكانت اجابتها مستندة لما انتجته اعمال الاختبار المجراة على العين وهي بذلك تكون قد التفتت صراحة عن الرأي الفني المضمن بالوثيقة المضافة بالملف والمحررة من قبل خبير اخر في البناء باعتباره لا يوازي في قيمته الاعمال الفنية التي اجريت على العين ويكون بذلك القول بهضم حق الدفاع و ضعف التعليل في غير طريقه واتجه رده.

وحيث ومن جهة اخرى فقد تمسكت الطاعنة صلب هذا المطعن بان محكمة القرار المطعون فيه قد اهملت ما دفعت به بتسبب المعقب ضدها لنفسها في مضرة بإحداثها لمقاعد ملاصقة للحد الفاصل بين الطرفين .

و حيث يتضح من اوراق الملف ان هذا الدفع جديد لم يسبق للطاعنة ان تمسكت به لدى محكمة الحكم المطعون فيه مما يتجه معه رفضه ضرورة ان محكمة التعقيب هي محكمة قانون و ليست بدرجة ثالثة للتقاضي ترفع امامها وسائل دفاع جديدة لا علاقة لها بالنظام العام.

عن المطعن المتعلق بخرق قاعدتي الضرورة والتناسب المنصوص عليها صلب احكام الفصل 49 من الدستور.

حيث نعى الطاعن على محكمة القرار المنتقد اعتمادها طريقة لرفع المضرة غير متناسبة مع المضرة الواقعية كيفما عاينها الخبير المنتدب.

و حيث اقتضي الفصل 99 من م اع ان رفع المضرة يكون اما بإزالة الإحداثات مصدر المضرة او باتخاذ الوسائل الازمة لرفع سبب المضرة والرخصة المعطاة لأصحاب تلك الاماكن ممن له النظر لا تسقط حق الاجوار في القيام.

و حيث يؤخذ من الفصل المذكور ان المنظور له في قيام المسؤولية مضار الجوار هو تحقيق وجود المضرة بقطع النظر عن مخالفة الاحداثات المشتكى بها للتراتيب العمرانية من عدم ذلك وبالأثر الحتمي لهذه القاعدة فان طريقة رفع المضرة يجب ان تكون بإزالة سببها ومصدرها.

وحيث اتضح رجوعا لمظروفات الملف ان المعقب ضدها كانت تمسكت في اطار استئنافها العرضي امام محكمة القرار المنتقد ان مجرد مخالفة التراتيب العمرانية يمثل قرينة ضرر الجوار الامر الذي يحتم ازالة المخزن لكونه احدث داخل مسافة التراجع القانونية مما يجعله مكدرا للراحة ومفسدا لجمالية المكان و مقللا لقيمة العقار ،لا الاكتفاء بالتخفيض فقط كما ذهبت الى ذلك محكمة البداية.

وحيث اتضح من مستندات القرار المنتقد ان المحكمة مصدرته اقتصرت عند تقديرها لطريقة رفع المضرة التي تسبب فيها المخزن على اعتبار ثبوت ان بنائه كان مخالفا للتراتيب العمرانية للمنطقة مما يجعله متسببا في الضرر معتمدة كليا على ما اقترحه الخبير في خصوص كيفية رفع المضرة دون ان تأخذ بعين الاعتبار ما جاء في تقرير الاختبار ذاته من حقائق بخصوص طبيعة ونوع المضرة الناشئة عن المخزن وسببها التي ثبت من الاختبار ان المضرة المتمثلة في الجانب الجمالي السلبي وحجب الهواء ناشئة عن ارتفاع المخزن المتجاوز لارتفاع السياج المشترك فتكون المحكمة والحالة تلك وبإتباعها هذا التمشي قد خالفت مخالفة جلية قواعد مسؤولية مضار الجوار التي تقوم من ناحية على وجود المضرة مناط الفصل 99 من م اع و ليس على مخالفة التراتيب العمرانية باعتبار ان مخالفة التراتيب العمرانية وإقامة المخزن المتداعى في شانه داخل مسافة التراجع لا ينشئ حقا في طلب ازالته إلا في حدود ما تسبب فيه من مضرة ومن ناحية اخرى على ضرورة ان تكون طريقة رفع تلك المضرة هادفة الى ازالتها بعينها وذلك برفع السبب الذي ادى اليها بحيث تكون متناسبة معها مما اورث قضائها من اجل ذلك ولما سبق بيانه مخالفة لما له اصل ثابت بالملف بخصوص طبيعة الضرر ومصدره ولدرجته ولمبدأ وجوب توفر التناسب بين المضرة الثابتة وطريقة رفعها الذي يستشف من احكام مسؤولية مضار الجوار كيفما جاء بها الفصل 99 من م اع فضلا على ان قاعدة الضرورة والتناسب هي قاعدة دستورية تضمنتها احكام الفصل 49 من الدستور وهي تقتضي ان تراعي الهيئات القضائية فيما تتخذه من وسائل لحماية الحقوق والحريات قاعدة التناسب بين الضوابط الواجب اتخاذها وموجباتها مما يجعله عرضة للنقض لهذا السبب.

لذا ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و في الاصل بنقض القرار المطعون فيه و ارجاع القضية الى محكمة الاستئناف بصفاقس لتنظر فيها بهيئة اخرى و بإعفاء الطاعنة من الخطية و ارجاع معلومها المؤمن اليها.

صدر هذا القرار عن الدائرة السابعة المجتمعة بحجرة الشورى بوم الاربعاء 11افريل2018 برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وايمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيد شكري الدردوري وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة امال بن نصر.

وحـرر فـي تاريخـه