

ذ / ذ

الجمهورية التونسية

وزارة العدل

محكمة التعقيب

\*39074.2016 عدد القضية

تاريخ القرار. 2017/5/2

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 03 جوان 2016 تحت عدد 7267 من الاستاذ \*\*\* المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن شركة \*\*\* نزل \*\*\* في شخص ممثلها القانوني مقرها الاجتماعي \*\*\*.

ضد شركة \*\*\*\* للبعث العقاري في شخص ممثلها القانوني القاطن بمقرها باقامة \*\*\*\*.

ينوبها الاستاذ \*\*\* و \*\*\*\* المحامون لدى التعقيب.

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 54471 الصادر بتاريخ 17 ماي 2016 عن محكمة الاستئناف بسوسة القاضي قضت المحكمة نهائيا بقبول الاستئناف الاصيلي والعرضي شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي مع تعديله و ذلك بالزام المستانفة برفع المضررة اللاحقة بالمستأنف ضدها طبقا لطريقة رفع المضررة حسب القراءة الثانية لكتب الصلح المقترحة من قبل الخبراء السادة \*\*\*\* و \*\*\*\* و \*\*\*\* و \*\*\*\* صلب تقريرهم المؤرخ في 15 مارس 2016 وذلك تحت نظرهم و اشرافهم في ظرف شهر من تاريخ صيرورة الحكم قابلا للتنفيذ و في صورة

تقاعسها او امتناعها فتمكين المستانف ضدها من القيام بذلك على نفقتها الخاصة ولها حق الرجوع على المستانفة في حدود المصاريف التي ضبطها الخبراء بما قدره ستة الاف وثلاثمائة دينار و حمل المصاريف القانونية على هذه الاخيرة و تخطيطتها بالمال المؤمن وتغريمها للمستانف ضدها بخمسمائة دينار لقاء اتعاب تقاضي واجرة المحاماة.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ بسوسة الاستاذ \*\*\* حسب محضره عدد 39974 بتاريخ 16 جوان 2016.

وعلى نسخة القرار المطعون فيه وعلى محضر الاعلام به المحرر بواسطة عدل التنفيذ السيد \*\*\*\* بتاريخ 20 ماي 2016 حسب المحضر عدد 3696.

وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 20 جوان 2016 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 15 جوان 2016 من الاستاذ \*\*\* و \*\*\*\* و \*\*\*

نيابة عن المعقب ضدها والرامية الى رفض مطلب التعقيب اصلا. وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة المقدمة بتاريخ 28 ديسمبر 2016 والرامية الى قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا والنقض والاحالة.

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

من حيث الشكل:



بتاريخ 13 جويلية 2009 وتم ايقاف اشغال البناء بالمركب السكني بتاريخ 8 فيفري 2010 بموجب القرار القضائي الاستعجالي عدد 796 الصادر عن المحكمة الابتدائية سوسة 2 بتاريخ 28 جانفي 2010 وقامت المدعية بابرام كتب صلح مع المطلوبة بتاريخ 23 فيفري 2010 على انه وقع التنصيب بالفصل الخامي من هذا الكتب دون اعتراض طالما ان اشغال البناء تطابق مع ما ورد برخصة البناء المسلمة من بلدية المكان زيادة على ان الفصل السادس اكد انه " وفي صورة تقاعس احدهما او امتناعه عن تنفيذ ما جاء به فان الحالة تعود الى ما كانت عليه ويبطل العمل به بصورة كلية ويعتبر هذا الاتفاق لاغيا ."

وتبين لها مؤخرا ان المطلوبة شركة \*\*\*\* للبعث العقاري تجاهلت بصورة كلية كامل معطيات اتفاق الصلح المذكور اعلاه و تعمدت عدم احترام مسافة التراجع في بقية الطوابق زيادة على تعمدتها اضافة طابق سابع خلافا لكراس الشروط بالمنطقة ورخصة البناء المسلمة لها من قبل بلدية \*\*\* وتمت معاينة تلك التجاوزات بواسطة محضر الاستاذ \*\*\*\* عدل التنفيذ بسوسة حسب محضره عدد 33302 المؤرخ في 5 فيفري 2011. وقامت المدعية بالتنبيه على المطلوبة وعلى بلدية \*\*\*\* تبعا لذلك بضرورة تطبيق القانون واتخاذ الاجراءات اللازمة كاييقاف الاشغال الى حد البت في هذا النزاع قضائيا وذلك حسب محضري الاستاذ \*\*\*\* عدد 33335 و عدد 33336 بتاريخ 11 و 12 فيفري 2011.

وان المدعية و بصفتها وحدة سياحية من صنف 3 نجوم تعرضت منذ بداية النزاع الى خسائر مالية فادحة نتيجة عدم احترام المطلوبة لمسافة التراجع وهي عاجزة منذ بداية البناء الى حد الساعة عن تسويق واستغلال اكثر من 30 غرفة من الناحية القبلية لعقارها نتيجة الكشف الواضح عليها وحرمانها من التهوية و الاضاءة الطبيعية.

و تسببت هذه الوضعية في الغاء جزء كبير من الحجوزات السياحية و عقود المدعية مع وكالات الاسفار بدليل تسلمها من وكالة \*\*\* احد اكبر حرفائها مراسلة بتاريخ 2 ديسمبر 2009 تعلمها فيها بالغاء جميع التعاملات معها نظرا للحالة التي توجد عليها غرف النزل علاوة على عديد الوكالات الاخرى و التتبعات القضائية من قبل الحرفاء لاسترجاع مصاريف الاقامة والتتبعات المالية التي تكبدتها نظرا لاضطرارها لدفع ثمن اقامة حرفائها المتدمرين بوحدات سياحية اخرى بالمنطقة.

وتم تعيين السيد \*\*\*\* المهندس المعماري الخبير في البناء بموجب الاذن عدد 9262 المؤرخ في 17 فيفري 2011 والمعدل بالحكم الاستعجالي عدد 1557 المؤرخ في غرة مارس 2011 ليتولى تحديد الاضرار اللاحقة بالمدعية و كيفية رفعها وقد انجز الخبير المذكور المهمة الموكولة اليه و قدم تقريرا اتى صلبه على جميع التجاوزات الصادرة عن المطلوبة بخصوص اعمكال البناء المحدث من قبلها كما تحصلت المدعية بموجب اذن قضائي على نسخة من المعاينة التي اجرتها المصالح المختصة ببلدية \*\*\* التي اكدت وجود عدة اخلالات من بينها

تجاوز الارتفاع الاجمالي وعدم احترام امتار التراجع والزيادة في عدد الطوابق المنصوص عليها بالامثلة الهندسية.

و بناء على ما تقدم وعملا بمقتضيات الفصل 99 من م ا ع طلبت المدعية الحكم بالزام المطلوبة برفع المضرة طبق الطريقة المبينة بتقرير الخبير المنتدب \*\*\*\* و الاذن لها في صورة امتناع المطلوبة عن ذلك باتمامها على نفقتها .

وحيث بعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 22616 بتاريخ 10 جويلية 2013 قاضيا نصه ابتدائيا بالزام المدعي عليها في شخص ممثلها القانوني برفع المضرة اللاحقة بالمدعية طبق الطريقة المبينة بالاقترح الاول من تقرير الخبيرة \*\*\*\* المؤرخ في 20 فيفري 2012 وذلك تحت نظرها واشرافها في ظرف شهر من تاريخ صيرورة الحكم قابلا للتنفيذ وفي صورة تقاعسها او امتناعها فتمكين المدعية من القيام بذلك على نفقتها الخاصة ولها حق الرجوع على المطلوبة في حدود المصاريف التي ضبطتها الخبيرة قدره 549.640.000 وبالزام المدعي عليها بان تؤدي للمدعية مبلغ 1500.000 د لقاء اجرة الاختبار المنجز بواسطة الخبير \*\*\*\* و الف دينار لقاء الاختبار المنجز بواسطة الخبيرة \*\*\*\* و 36.430 د لقاء محضر الاستدعاء للجلسة كتغريمها لفائدتها ب 500 د لقاء اجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها.

بناء على ثبوت المضرة المدعى بها و المتمثلة في حجب الشمس و التهوية و الكشف لعدم احترام مسافة التراجع من قبل

المدعية في البناء الذي قامت به و الذش يشكمل مصدر المضرة والذي يتم احتسابها بداية من حدود القطعة P3 وليس من الحد الفاصل بين العقارين مع تجاوز كتب الصلح المحتج به من المدعي عليها لعدم التزام الاخيرة ببنوده وهو ما يكون معه الاتفاق المذكور منفسخا عملا بالفصل 1471 من م ا ع.

وحيث استانفت المدعي عليها الحكم المذكور متمسكة بخرق احكام المنظمة العام وهي الفصول 1458 و 1467 و 1471 من م ا ع ذلك ان محكمة البداية استبعدت هذا الكتب ولم تعمل به رغم انه انهى الخصومة بين الطرفين كما ان المدعية المستانف ضدها لم تطلب فسخ كتب الصلح المذكور ولا شيء يفيد ذلك او بطلانه كما ان رخصة البناء التي اعتبرتها الخبيرة المنتدبة في القضية غير قانونية هي وثيقة عمل في عقد الصلح يجب اعتمادها خاصة و ان الطعن فيها لا يكون الا من السلطة الادارية المختصة.

### الخطا في تقدير الوقائع

انجر عنه خطا في تطبيق القانون لان المعطيات التي تاسس عليها الحكم الابتدائي هي غير صحيحة للاخلالات التي شابت الاختبار وهي تتمسك بجميع ملحوظاتها بهذا الخصوص بالطور الاول وخاصة عدم تطبيق الخبيرة المنتدبة للمؤيدات المقدمة من المدعي عليها المستانفة الان وكذلك كتب الصلح والرخصة الادارية و كذلك اعتماد ما سمي بالتقسيم

العمرائى للمدعية المؤرخ فى 28 جوان 1993 الذى نتج عنه احتساب مسافة التراجع بداية من حد القطعة المذكورة.

## خرق احكام الفصل 99 من م ا ع

باعتبار ان المضرة المدعى بها غير ثابتة مثلما هو ثابت بمحاضر المعاينة.

وحيث اصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها المضمن نصه انفا و ذلك يعد التحرير على الخبرة المنتدبة السيدة \*\*\* وبعد تكليف الخبير فى الاسمنت المسلح السيد \*\*\* ببيان كيفية رفع المضرة المقترحة من الخبرة المذكورة وبعد الاذن تحضيريا باجراء اختبار من قبل الخبراء السادة \*\*\* و \*\*\* و \*\*\* اعتبارا من المحكمة ان الاختبار الذى اسست عليه محكمة البداية قضاءها و المعد من الخبرة \*\*\* قد شابته عدة اخلالات منها عدم اعتماد كتب الصلح المبرم بين الطرفين واعتماد التقسيم العمرانى الصادر عن بلدية المكان و تطبيقه دون موجب وانكار حق المستانفة فى البناء على القطعة P3 رغم ان ذلك يتعارض مع حق الملكية اذ تعود ملكية القطعة المذكورة للمستانفة وهو ما ادى بطريقة غير مباشرة على الطعن فى رخصة البناء و التصريح ببطالانها حال ان محكمة البداية غير مختصة بالبت فى هذه المسالة بما يبرر اعادة الاختبار بواسطة الخبراء المشار اليهم انفا الذين اسسوا اختبارهم على اسانيد واقعية وقانونية سليمة وهو بذلك حري بالاعتماد خاصة و قد اعتمد الاختبار على قراءة ثانية لكتب الصلح المبرم بين الطرفين بتاريخ 20

فيفري 2010 وان التجاوزات البسيطة بمسافات التراجع القانونية تدخل ضمن هامش التسامح ولا تشكل مضرّة تبرر دعوى الحال وذلك على خلاف اشغال البناء التي انجزتها المطلوبة في الاصل بعقارها المجاور للمدعية و التي الحقت بها ضرر على معنى الفصل 99 من م ا ع تمثل في الكشف على عقارها.

وحيث عقب الطاعنة القرار المذكور توصلنا الى نقضه ناعية عليه.

**المطعن الاول ماخوذ من خرق احكام الفقرة الاولى من**

**الفصل 14 من م م م ت**

بمقولة ان محكمة القرار المنتقد قد اعتمدت كتب الصلح غير مسجل وفي ذلك مخالفة لاحكام مجلة التسجيل والطابع الجبائي الفصل 87 منها وهو اجراء يهمل النظام العام بما يعرض قضاءها للنقض.

**المطعن الثاني الماخوذ من خرق احكام الفصل 251**

**من م م م ت**

بمقولة ان الوثيقة التي احتجت بها المعقب ضدها و المتمثلة في محضر نهاية اشغال هي موضوع تشكي جزائي من اجل مسك واستعمال مدلس و كان على محكمة القرار المطعون فيه انهاء الملف للنيابة العمومية لابداء الراي الا انها لم تفعل وهو ما يشكل خرقا للقانون موجب للنقض.

## المطعن الثالث ماخوذ من الخطأ في تطبيق الفصل 99

من م ا ع

بمقولة ان القرار الاستثنائي المعقب قد اخطا في تطبيق احكام الفصل 99 من م ا ع فيما اسست قضاءها على الحجية المطلقة لرخصة البناء وخالف ما استقر عليه فقه قضاء محكمة التعقيب من ان رخصة البناء لا يمكن ان تمس بحقوق الغير و بمن تضرر جراء البناء المقام بناء على تلك الرخصة و يبقى على حقه في القيام بدعوى ازالة المضرة .

كما انه قد اخطا عندما استبعد الاختبار كوسيلة فنية لاثبات المضرة و عوضه بمعاينات لا حجية لها بسبب ان القائمين بها لا تتوفر فيهم الصفة الفنية للقيام بها و التي خص بها الخبير دون سواه.

## المطعن الرابع ماخوذ من احكام الفصل 523 من م ا ع والخطأ في تطبيق احكام الفصلين 1471 و 246 من ذات المجلة

بمقولة انه لو جاز اعتماد عقد الصلح المقدم من المعقب ضدها جدلا وهو غير جائز لعدم اخصائه الشكلية التسجيل قام احتجاج المعقبة بعدم احترام المعقب ضدها لبنوده بعدم حقها في طلب حمايته ذلك و ترتيب الاثر القانوني عنه بدون ضرورة الزامها بالقيام بدعوى الفسخ التي ينص عليها الفصل 1471 م ا ع و ذلك عملا بالفصل 523 من ذات المجلة و ان المعقبة لها معارضة خصيمتها بعدم احترامها التزاماتها التي تعهدت بها بعقد

الصلح بما اقتضاه الفصل 246 من م ا ع بها بعدم حق المعقب ضدها في التمسك بالصلح و يلغي كل اثر له.

### المطعن الخامس ماخوذ من خرق احكام الفصل 539

من م ا ع

بمقولة ان محكمة القرار المطعون فيه اعتبرت ان مخالفة التقسيم العمراني من قبل المعقب ضدها غير موجب المؤاخذة وهو ليس بعنصر مؤثر في اثبات الضرر المؤسسة عليه الدعوى وهو تعليل يمثل خرقا للفصل 539 من م ا ع و بيان ذلك ما ورد بالفصل 86 من مجلة التهيئة الترابية و التعمير.

ولقد اثبتت كل الاختبارات المجراة في القضية التجاوزات التي قامت بها المعقب ضدها ومنها عدم احترام مسافة التراجع بما يجعل انها قامت باتيان عمل نهى عنه القانون و لا يمكن لذلك ان ينتج أي اثر لفائدتها طبق ما اقتضاه الفصل 539 المحتج به.

وان عدم اعتبار محكمة الاستئناف لذلك وتأسيسها لقضاءها على واقع مادي مخالف لمسافة التراجع التي فرضها التقسيم العمراني و التي لم تحترمها المعقب ضدها بصرف النظر عن ملكيتها او عدم ملكيتها لقطعة الارض P3 الفاصلة بين الطرفين يجعل بان حكمها خارق للفصل 539 من م ا ع وهو ما يوجب النقض.

المطعن السادس ماخوذ من مخالفة القانون وضعف

التعليل

بمقولة انه لا يوجد قانونا مفهوم التجاوزات البسيطة بمسافات التراجع ولا مرجع قانونا لمفهوم هامش تسامح مقبول وتأسيسا على ذلك فان اعتماد هذين المفهومين غير موصلين في القانون للبت في النزاع يجعل بان تعليل محكمة الاستئناف لحكمها جاء ضعيفا و مخالفًا للفصل 123 من م م م ت . وعلى هذا الاساس فقط طلبت القضاء بقبول مطلب التعقيب شكلا واصلا والنقض مع الاحالة و الاعفاء . وحيث ردت المعقب ضدها على مستندات التعقيب بواسطة نائبها الاستاذ \*\*\* ملاحظة ان كتب الصلح قد تم تسجيله بالقباضة المالية بتاريخ 14 افريل 2016 تسجيل عدد 12702081 وقد تم الادلاء بنسخة مسجلة في اطار القضية الحالية لدى الطور الابتدائي عدد 22616 .

### **بخصوص خرق الفصل 251 من م م م ت**

فانه لا يجد ميدان انطباق في قضية الحال طالما ان الشكاية الجزائية لا تتعلق بوثيقة تم اعتمادها من قبل المحكمة او من قبل الخبراء ولم تعتمدها المحكمة حال فصلها الدعوى .

### **اما بخصوص الفصل 96 من م ا ع**

فقد اعتبرت ان هذا المطعن مقسط اقساطا على قضية الحال لان محكمة الاستئناف لم تعلق قضاءها بخصوص وجود المضرة من عدمها استنادا الى صفة رخصة البناء وصحتها الا انها ناقشت ما ذهبت اليه محكمة البداية بخصوص صحة رخصة البناء ورات عن صواب ان البت في مسالة صحة رخصة البناء يرجع لاختصاص القضاء الاداري ذلك ان محكمة القرار المنتقد

ركزت اهتمامها على وجود المضرة من عدمها استنادا الى ما تضمنه ملف القضية من محاضر معاينة و المعاينة الميدانية من قبل محكمة البداية يوم التوجه وتقرير الاختبار نهائي منجز من قبل اربع خبراء.

وبذلك فان القرار المطعون فيه لم يتوقف على صحة رخصة البناء من عدمها لان قانونية الرخصة لا يحول دون النظر في دعوى رفع المضرة اما عن المطعن المستمد من خرق احكام الفصول 523 و 1471 و 246 من م ا ع فقد لاحظت ان المعقبة قد حرقت تعليل المحكمة لانها اعتبرت انه لا يمكن مسايرة سعي الطالبة بخصوص الانفساخ التلقائي لكتب الصلح لان التصريح بالفسخ لا يحصل الا بمقتضى حكم قضائي كما ان احكام الفصل 1471 م ا ع توجب السعي الى طلب اتمام العقد ما امكن والا فله طلب الفسخ بما يوجب القيام قضائيا في الغرض و ان ما يدعم عدم جدية المطعن الحالي هو ان محكمة القرار المنتقد قد تفحصت مدى احترام المعقبة لبنود الصلح وطلبت في اطار المامورية الصادرة عنها للخبراء المنتدبين التثبت من الحد الذي وصلت اليه اشغال البناء تاريخ ابرام كتب الصلح و مدى احترام الاشغال المنجزة بعده لرخصة البناء وفي صورة وجود مخالفات تحديده وبيان تاثيرها على وجود مضرة للمعقب ضدها و قد ثبت للخبراء ان اشغال المنجزة بتاريخ ابرام الصلح وصلت الى حد الطابق السادس ولم يبق سوى الطابق السابع وان المخالفات بالطابق المذكور هي بسيطة و يتسامح فيها عادة و ان الضرر الناجم عنها يمكن ازالته بالقراءة الثانية للفصل 6 من كتب الصلح بالطريقة التي تم اقتراحها ولقد تثبتت المحكمة

من مدى احترام الالتزامات المضمنة بكتب الصلح ولم يكن قضاءها مخالفا للقانون او خارقا له.

**وعن المطعن الاخير** فقد لاحظ ان تحديد وجود المضرة من عدمها هي مسألة فنية ترجع للخبراء المختصين الذين اكدوا عدم وجود المضرة المدعى بها و اكدت المعاينة المجراة يوم التوجه من قبل القاضي المقرر دخول اشعة الشمس الى غرف النزول وهي تطلب بذلك رفض مطلب التعقيب اصلا.

### المحكمة

**عن المطعن الاول القائل بخرق احكام الفصل 14 من م**

**م م ت**

حيث خلافا لما تمسكت به المعقبة فان كتب الصلح المحتج به في قضية الحال قد تم تسجيله بالقباضة المالية ب\*\*\*\* بتاريخ 2012/04/14 عدد 12702081 وذلك قبل صدور الحكم الابتدائي بما يجعل هذا الدفع غير جدي و تعين رد المطعن لعدم صحته.

**عن المطعن الثاني القائل بخرق احكام الفصل 251 م**

**م م ت**

حيث خلافا لاما اثارته المعقبة من وجوب تطبيق احكام الفصل 251 من م م م ت و عرض الملف على النيابة العمومية فان "محضر نهاية اشغال " المرمي بالتدليس والذي اثير تتبع جزائي بشانه لم تؤسس محكمة القرار المطعون فيه قضاءها عليه

و لم تشر له اصلا كما ان الخبراء المنتدبون لم يعتمدوا على هذه الوثيقة في اعمالهم بما يكون معه هذا المطعن غير وجيه اذ لا لزوم لعرض الملف على النيابة العمومية لعدم توفر أي صورة من صور الفصل 251 من م م م ت وتعين رده.

### عن بقية المطاعن لتداخلها وتربطها واتحاد القول فيها

حيث تبين بمراجعة اسانيد القرار المطعون فيه ان المحكمة قد اسست قضاءها بتعليل الحكم الابتدائي بالاعتماد على كتب الصلح المبرم بين الطرفين المتنازعين الان وما ضمن به من اتفاقات بعد تحديد موضوعه و حصر وجهة الدعوى في المضرة الناتجة عن الاشغال اللاحقة لامضاء الصلح المشار اليه دون سواها والمتعلقة احداث الطابق السابع من البناية الراجعة للمعقب ضدها ذلك ان الصلح قد ابرم بين طرفي التداعي عندما وصلت البناية حد الطابق السادس بما يجعل الاشغال السابقة لابرام عقد الصلح و المتظلم منها الان غير ذات موضوع لانها مشمولة بعقد الصلح الذي انهى الخصومة بخصوصها ولا يجوز قانونا المنازعة بشأنها من جديد.

وحيث ان محكمة القرار المنتقد قد اعتبرت عن صواب ان عقد الصلح المبرم بين طرفي التداعي يعتد به ومنتج لجميع اثاره القانونية طالما لم يقع فسخه قضائيا وهو تعليل صحيح ومطابق للقانون ولاحكام الفصل 1471 من م م ا ع ضرورة ان الصلح ينهي الخصومة بين الطرفين في ما انعقد عليه عملا بالفصل 1458 من ذات المجلة وهو نهائي لا رجوع فيه ولو باتفاق الطرفين وفق ما نصت عليه احكام الفصل 1467 من م

ا ع بما يجعل اثاره الطاعنة لاحكام الفصل 246 من م ا ع  
للغاء مفعول الصلح و اعتباره كان لم يكن تمسكا منها بعدم  
احترام المعقب ضدها لبنوده هو دفع في غير طريقه لتعارضه و  
القواعد المنظمة للصلح و التي جعل منها المشرع ذات اولوية في  
التطبيق من خلال حصره صور الفسخ صلب الفصل 1472 م ا  
ع في حالات معينة ومخصوصة وردت على وجه الحصر منها  
الاكراه والتغدير و الغلط في ذات احد المتعاقدين او  
صفته كما قرن المشرع تلك الحالات وجوب توفر حسن النية في  
جانب طالب الفسخ وبالتالي ومن منطلق ارادة المشرع في جعل  
الصلح اداة حقيقية لرفع النزاع وقطع الخصومة ارتضى من خلال  
ما نص عليه بالفصل 1471 من المجلة المدنية ان يكون اللجوء  
الى الفسخ في حال اخلال احد المتصالحين بالتزاماته ليس هو  
الملجأ الاول للطرف المقابل و انما يكون العمل بدءا بالزام  
الطرف المخل بتنفيذ التزاماته و اجباره على اتمام العقد ما امكن  
ذلك وهي الغاية المنشودة من الصلح وبالتالي فالمسالة تقتضي  
تدخل القاضي و بسط رقابته على وجود الاخلال من عدمه و  
الوقوف على جدية الطلب الفسخ و شرعيته وهو ما ادركته  
محكمة القرار المنتقد واكدته بحكمها و كانت صائبة في ذلك.  
وحيث ان ما تمسكت به الطاعنة من ان محكمة القرار  
المنتقد قد اخطات في تطبيق احكام الفصل 99 من م ا ع  
لانها اسست قضاءها على الحجية المطلقة لرخصة البناء بينما  
احكام الفصل 99 م ا ع المذكور تنص على ان الحصول على  
رخصة بناء لا يمنع من النظر في وجود المضرة و القيام على  
اساسها لازالتها ولا يمس من حقوق الاجوار هذا القول مردود

عليها بان السياق الذي جاء فيه الحديث عن رخصة البناء لم يكن بمناسبة تقدير المصرة المدعى بها بل كان في موضع الحديث عن دفع المعقبة المتعلق بعدم احقية المعقب ضدها في استغلال القطعة P3 الفاصلة بين العقارين الراجعين لطرفي التداعي واقامة بناية فوقها من جهة و ضرورة احتساب مسافة التراجع من الحد الفاصل بين العقارين لا من نهاية القطعة المذكورة من جهة اخرى وقد اعتبرت المحكمة عن صواب ان هذا الدفع يتعارض مع مبدا احترام حق الملكية اذ ثبت من الملف رجوع ملكية القطعة P3 للمعقب ضدها و يجوز لها ان تقيم عليها ما شاءت من بناءات ما دامت قد تحصلت فعلا على رخصة بناء في الغرض .

كما انه وخلافا لما ذهبت اليه الطاعنة فانه لم يصدر عن المحكمة قول بان مخالفة التقسيم العمراني من قبل المعقب ضدها غير موجب للمؤاخذة وانه ليس مؤثر في اثبات الضرر بل ان المعقبة هي من اثار مسالة عدم تجزئة القطعة P3 الراجعة بالملك للمعقب ضدها طالبة احتساب مسافة التراجع بداية من حدود عقاري طرفي التداعي دون الاخذ بعين الاعتبار مساحة القطعة P3 وانه لا يحق البناء على هذه المساحة حتى تبقى مساحة تراجع وهو امر غير مقبول من الناحيتين الفنية و القانونية اعتبارا وان مساحة القطعة المذكورة هي ملك من املاك المعقب ضدها و يجوز لها استغلالها وان احتساب مسافة الارتداد قد تنطلق واقعا وقانونا من حدود القطعة P3 وليس من الحد الفاصل بين العقارية.

وحيث انه خلافا لما تمسكت به المعقبة فان محكمة القرار المنتقد قد مارست سلطتها التقديرية في تحديد وجود المضرة و مداها التي هي مسألة فنية بالاعتماد على نتيجة الاختبار المعد من الخبراء السادة \*\*\*\* و \*\* و \*\*\* و \*\*\*\* معتبرة ان التجاوزات التي ارتكبتها المعقب ضدها بمسافات التراجع تعد بسيطة بناء على ما توصل اليه الخبراء المنتدبون بموجب اعمالهم المبنية على اسس فنية وعلمية تمت مراقبتها من المحكمة و الذين حققوا ان التجاوزات المرتكبة من المعقب ضدها في اقامة بنايتها جزء منها يعد من قبيل التجاوزات الطفيفة المسموح به فنيا و المتمثل في النقص الجزئي في مسافات التراجع و يتراوح بين 5 صم و 43 صم و جزء اخر يتمثل في الزيادة في الارتفاع الجملي للمباني بجميع طوابقها بما قدره 1.41 م وقد حددوا طريقة رفع المضرة الناتجة عن الاشغال التي باشرتها المعقب ضدها بالطابق السابع التي شابتها الاخلالات المنشآت اليها انفا بشكل يضح حدا للكشف و نقض التهوية المشتكى منهما .

وحيث ان مفهوم التجاوزات البسيطة وخلافا لما تمسكت به الطاعنة يعد مفهوما قانونيا اقره الفصل 100 من م ا ع من خلال ما نص عليه من انه " ليس للاجوار القيام بازالة الضرر الناشء عادة من المجاورة كدخان المداخن و ما اشبهه من المضار التي لا محيص عنها اذا لم تتجاوز الحد الاعتيادي.

وحيث ان تقدير مدى توفر الضرر الاعتيادي او البسيط يعتبر من المسائل الموضوعية الخاضعة للسلطة التقديرية لمحكمة الاصل شرط التعليل المستمد من حقيقة مظروفات

الملف وهو الشرط المتوفر في قضية الحال لاستناد محكمة القرار المنتقد في تعليلها لقضائها على جملة من الاعمال الاستقرائية و الفنية التي ظلت بمنأى عن كل طعون من جانب المعقبة باعتبارها لم تنسب لتقرير الاختبار الرباعي المنجز في القضية يؤسس لاستبعاده.

وحيث بناء عليه يكون القرار المطعون فيه قد انبنى على معطيات واقعية و اسست قانونية سليمة وقد عللت المحكمة قضاءها تعليلا مستساغا من حيث الواقع والقانون ومستمدا من اوراق الدعوى فاحسنت فهم الوقائع و تقدير الادلة وطبقت القانون دون خطأ واحرز بذلك القرار المطعون فيه على جميع مقوماته بما يجعل جميع المطاعن قاصرة عن خدشه و تعين ردها والقضاء برفض مطلب التعقيب اصلا.

### لهاته الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و رفضه اصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الثلاثاء 2 ماي 2017 عن الدائرة المدنية 28 برئاسة السيدة خديجة فرحاتي وعضوية المستشارين السيدتين ماجدة الرياحي و فاتن خير الله بمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي و بمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.

وحرر في تاريخه،