الجمهورية التونسية

وزارة العدل

محكمة التعقيب **الحمد لله وحده،**

القضية عدد **61161**

تاريخ القرار **27 مارس 2019**

تقرير إحالة

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في **05 مارس 2019** عدد **834 من** طرف الاستاذ ر. بن م. الم. المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن:

ط. بن ع. بن الش. د. مهنته شريك بشركة قاطن عدد * نهج * جندوبة .

ضــدّ :

س. بن ص. ح. مهنته عامل بمقهى وقاطن بحي اله. بن ح. جندوبة.نائبه الاستاذ ن. الد. الت. المحامي لدى التعقيب.

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 18869 عن المحكمة الابتدائية بجندوبة بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي التابعة لها بتاريخ 08 جانفي 2018 والقاضي "نهائيا بقبول الاستئناف اشكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بإبطال عقد البيع المبرم بين المستأنف ضدهما والمعرف عليه بالإمضاء ببلدية جندوبة بتاريخ 23 اكتوبر 2013 المسجل بالقباضة المالية شارع *** بتاريخ 23 اكتوبر 2013 عدد الوصل 40792 عدد التسجيل 13202657 وإعفاء المستأنف من المال المؤمن وتغريم المستأنف ضدهما بالتضامن فيما بينهما لفائدة المستأنف بثلاثمائة دينار 300.000د لقاء مصاريف تقاضي و أجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليهما."

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ عبد الم. الح. حسب محضره عدد **10474** بتاريخ **16 مارس2018** .

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة بتاريخ **23 مارس2018** حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمتين بتاريخ 11 أفريل 2018 في حق المعقب ضده والرامية الى رفض مطلب التعقيب اصلا متى قبل شكلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب احالة الملف على الدوائر المجتمعة تطبيقا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 191 من م م م ت.

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

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلبي التعقيب جميع اوضاعهما وصيغهما القانونية طبق احكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبولهما من هذه الناحية .

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل المعقب ضده الان قيام المدعيان في الاصل بواسطة نائبهما لدى محكمة ناحية بوسالم عارضين انهما دائنان للمطلوب الاول بجملة من المبالغ المالية موضوع تنفيذ الاحكام الشغلية الصادرة ضده بحكم انهما كانا يعملان لديه وقد احجم عن خلاصهما في مستحقاتهما القانونية.

وحتى لا يتمكنا من تنفيذ الاحكام الشغلية الصادرة لفائدتهما عمد المطلوب الأول الى التفويت في الاصل التجاري التابع له لفائدة شقيقته المطلوبة الثانية بمقتضى العقد المعرف عليه بالإمضاء بتاريخ 23 /2013/10 والمسجل بالقباضة المالية بجندوبة بتاريخ 2013/10/23 مما يجعل

من العقد عقدا صوريا بحتا الهدف منه الاضرار بحقوق دائنيه والعقد الذي سلط على الاصل التجاري التابع للمطلوب الأول كان يهدف الى لحرمانهما من التوصل بمستحقاتهما وطلبا لذلك الحكم بإبطال العقد المذكور وتغريم المطلوبان متضامنان لفائدة المدعيان بخمسمائة دينار لقاء أجور دفاع ومصاريف تقاضي وحمل المصاريف القانونية عليهما .

وحيث اصدرت محكمة البداية الحكم عدد 18803 بتاريخ 2014/06/23 والقاضي ابتدائيا برفض الدعوى وإبقاء مصاريفها محمولة على القائمين بها .على اساس ان الدائن خول له الفصل 193 من م ت الاعتراض على متحصل بيع الاصل التجاري في الاجل القانوني من تاريخ اشهار البيع و ان البائع تولى القيام بإجراءات الاشهار طبق القانون وان المدعيان تهاونا في المطالبة بدينهما طبقا لأحكام الفصول 190 و 191 و 193 من م ت

وان عقد بيع الاصل التجاري استوفى الشروط القانونية الواردة بالقانون التجاري والمنظمة لبيع الاصول التجارية .

فضل على ان الفصل 306 من م اع اشترط اثبات عسر المدين وعدم وجود اموال يمكن التنفيذ عليها وان العقد المراد ابطاله سببا من اسباب العسر الامر الذي لم يثبت في ملف قضية بالحال.

وحيث استأنف المدعي في الاصل المحكوم ضده الحكم المذكور فصدر الحكم الاستئنافي عدد 17630 بتاريخ 19نوفمبر 2015 والقاضي "بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بإبطال عقد البيع المبرم بين كل من ط. بن ع. د. ون. بنت ع. د. المعرف عليه بإمضائهما بتاريخ 23 أكتوبر 2013 وإعفاء المستأنفين من الخطية وإرجاع المال المؤمن اليهم وتغريم المستأنف ضدهما بالتضامن لفائدة المستأنفين بمائتين وخمسون دينارا 250.000 دينار لقاء أجور معدلة عن هذا الطور وحمل المصاريف القانونية على المحكوم ضدهما."

وحيث طعن المستأنف ضدهما بواسطة نائبهما في القرار المذكور بالتعقيب فكان القرار التعقيبي عدد 32620.2015 الصادر بتاريخ 2016/11/08 والذي قضى "بقبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة الابتدائية بجندوبة بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي التابعة لها للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنين من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليهما"

وحيث طلب المستأنف ضدهما بواسطة نائبتهما اعادة نشر القضية لدى المحكمة الابتدائية بجندوبة التي انتصبت للنظر في القضية من جديد بهيئة أخرى بوصفها محكمة إحالة وأصدرت القرار المشار اليه عددا و تاريخا ونصا.

وحيث طعن المستأنف ضدهما المحكوم ضدهما بواسطة نائبهما في الحكم المذكور بالتعقيب استنادا للمطاعن التالية:

مستندات التعقيب

اولا مخالفة القانون

أ/ خرق أحكام الفصل 134 من م م م ت

قولا ان الاستئناف كان مختلا شكلا اذ تولى المعقب ضده بواسطة نائبته طلب اعادة النشر ولم يستدعيا المستأنف الثاني م. هـ. المشمول أيضا بقرار النقض الصادر عن محكمة التعقيب عدد 32620 بتاريخ 08 /2016/11.

وانه يستشف من احكام الفصل 134 من م م م ت ان الخصوم الذين اوجب المشرع استدعائهم في الطور الاستئنافي هم الذين شملهم الاستئناف ق ت م عدد 9887 بتاريخ 23 أفريل 1984 م ق ت عدد 8 لسنة 1985 ص 72 كما اكدت محكمة

التعقيب المبدأ المذكور صلب قرارها التعقيبي المدني عدد 677 المؤرخ في 1978/01/12 اوجب الفصل 134 من م م م ت استدعاء الخصوم الذين شملهم الاستئناف

وكان المدعو ح.هـ طرفا مستأنفا وكان لزاما على طالبة اعادة النشر استدعائه و لما لم تفعل فقد خالف الاستئناف احكام الفصل 134 من م م م ت مما يستوجب القضاء برفض الاستئناف شكلا.

ب/ خرق احكام الفصل 534 م ا ع

قولا ان محكمة القرار المنتقد خرقت قاعدة الفصل 534 من م اع التي تقتضي بان الخاص يقدم على العام وذلك لما طبقت احكام الفصل 306 من م اع على عقد بيع الاصل التجاري توصلا منها لإبطاله والحال ان المشرع حدد في هده الصورة سبيلا واحدا لن يستخلص الدائن دينه عند بيع الاصل التجاري بيعا اختياريا وهو الاعتراض على المتحصل من ثمن بيعه اذ لا يجوز معه اختيار وسيلة اخرى لتحقيق ذلك بعد التهاون في القيام بالإجراءات التي تحفظ ذلك الحق للدائن.

وقد اوجبت قاعدة الفصل 534 من م اع انه كلما وجد حل خاص بصورة معينة إلا واستوجب ذلك تقديمه في التطبيق لعلة التخصيص وان هذا المبدأ الاصولي كرسته محكمة التعقيب بدوائرها العادية و كذلك بدوائرها المجتمعة بموجب القرار عدد 103970

وقد كان النقض والإحالة الصادر في نفس هذه القضية بموجب القرار عدد 3260 بتاريخ 2016/11/08 متضمنا التأكيد على ان بيع الاصل التجاري يخضع لقانون

وأحكام خاصة صلب المجلة التجارية وجعل بيعه يخضع الى اجراءات خاصة تتعلق بإجراءات التفويت وأجال الاعتراض وخولت للدائنين استخلاص ديونهم بممارسة حق الاعتراض على المتحصل من ثمن البيع. وان تطبيق المحكمة لنص عام وهو الفصل 306 من م اع والقضاء بإبطال البيع استنادا لأحكام الدعوى البليانية فيه خرق لأحكام الفصل 534 من م اع

لوجود نص خاص نظم اجراءات التفويت في بيع الاصل التجاري.

ج/ مخالفة احكام الفصول 190 و 191و 193 من المجلة التجارية

قولا ان القرار التعقيبي عدد 32620 الصادر بتاريخ 2016/11/08 سند النقض والإحالة تناول بيان طبيعة أحكام المجلة التجارية المتعلقة بشكليات بيع الاصل التجاري وكيف يمكن للدائنين بجميع مراتبهم وبقطع النظر عن صبغة ديونهم عادية أو ممتازة استخلاص ديونهم من مالك الأصل التجاري على خلاف رأي محكمة القرار المطعون فيه وان القراءة القانونية التي انتهت اليها محكمة التعقيب تتطابق وأحكام فصول المجلة التجارية المنظمة للتفويت الرضائي في الاصول التجارية التي تكشف ارادة المشرع الرامية الى اعطاء الحجية القانونية المطلقة لبيع الاصل التجاري الذي استوفى اجراءات البيع القانونية المشروطة وهذه الحجية تكون في مواجهة البائع و المشتري وفي مواجهة الدائنين ايضا كلما كان البيع محررا من قبل الجهة المختصة طبق الفصل 190 واستوفى شكلياته وتم اشهاره طبق القانون ونشر الاعلان بجريدة يومية وبالرائد الرسمي للجمهورية التونسية كما اقتضى الفصل 191 فتصبح حقوق جميع الدائنين حالة سواء أكان او لم

يكن دينه مستحق الأداء ان يعارض في دفع الثمن باستيفاء اجراءات الاعتراض كما حددها الفصل 193 من م ت

وان المشترية اتمت اجراءات الاشهار في الاجال وطبق الصيغ القانونية وكان العلم بحصول البيع مفترضا لدى المعقب ضدهما بمجرد الاعلان عنه بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبالجريدة.

وأنه بالإطلاع على الفصل 193 من م ت يتبين انه مدرج تحت عنوان في حقوق دائني البائع وهي عبارة مطلقة على معنى الفصل 533 من م اع مما يعني أن أحكامه تنطبق على جميع دائني مالك الأصل التجاري سواء كانوا دائنين عاديين أو مرسمين أو ذوي رهون أو قيود.

وان المعقب ضده من اصحاب الديون العادية وبالتالي يكون محكوما بمقتضيات الفصل المذكور وملزما بممارسة حقه في الاعتراض على تسليم الثمن في الأجل المضروب له وهو 20 يوما من تاريخ نشر الاعلان بالرائد الرسمي والمقصد من ذلك وضع ضمانات للدائنين من ناحية ولمشتري الأصل التجاري من ناحية أخرى لكي لا يهدد بأي دعوى لاحقة تدخل اضطرابا على نشاطه التجاري ولا يمكن ان يكون البيع ان يكون نافذا بدونهما

ويترتب عن اتمام الموجبات المذكورة قرينة على علم الدائن بعملية البيع يفقد بعده الحق في تتبع الأصل التجاري اذا تخلف عن اتمام اجراءات المشاركة في توزيع الثمن طبق احكام الفصل 199 من م ت كما يستشف ذلك من القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 2008/01/12 تحت عدد 2007/13107 ان غاية المشرع من

الاعلان عن الاشهار هو حماية الغير اي الدائنين وإعلامهم بإحالة الأصل التجاري حتى يتمكنوا من القيام بما لهم من معارضات في شأن ذلك

وتستشف بطريقة الاستنباط من عدة قرارات صادرة من ذلك القرار التعقيبي المدني عدد 7848 بتاريخ 1982/125/06 الذي جاء فيه أن التصرف في الأصل التجاري بالإحالة يجري اشهاره ليكون نافذا تجاه المدين و غيره ،وهو ما يتخلص ايضا بطريقة التأويل العكسي من خلال مبدأ القرار التعقيبي عدد 14458 المؤرخ في 23 جوان 1987 في خصوص اثار عدم الاحترام اجراءات الاشهار على مقتضيات الفصل 191 من م ت الذي ورد به ان "عدم اتمام اجراءات الاشهار الخاصة بالأصول التجارية وفق الفصل 191 من م ت فانه لا يمكن للمشتري الاستناد الى الاخلال بإتمام الموجبات لحرمان دائني الاصل التجاري من حقوقهم المكتسبة."

وانه خلافا لما عللت به محكمة القرار المنتقد قضاءها بان توفر سوء نية البائع يخول الدائن ولو بعد انقضاء الاجل المضروب للاعتراض على تسليم الثمن القيام بإبطال البيع طبق قواعد القانون العام فان المشرع قاوم رمزية الثمن عبر ممارسة التسديس

فخول لدائني الاصل التجاري اذا اعتبروا ان ثمن البيع رمزي ان يقوموا بالتسديس لبيع الاصل التجاري في غضون 10 ايام من انقضاء اجل الاعتراض طبق الفصل 194 من م ت وبالتالي فقد حدد المشرع وسيلة التصدي للثمن البخس وفيه معاقبة للبائع وللمشتري المتواطئ امر يدفع به قول المعقب ضده بوجود تواطؤ الامر الذي يستشف منه ان بيع الاصول التجارية محكوم بأحكام خاصة ولا مجال لتطبيق الفصل 306 من م اع فلو كان الامر كذلك لطرح السؤال التالي لماذا يقيد المشرع اعتراض الدائنين بأجل محدد

تجاه دائني الاصل التجاري اذا كان بإمكانهم القيام بتتبع الاصل التجاري بعد بيعه وفوات أجل المعارضات وإبطال البيع طبق احكام القانون العام

د/ مخالفة الفصل 306 م اع على سبيل الجدل القانوني

قولا ان قرار النقض والإحالة تضمن اجراء مناقشة قانونية لشروط الدعوى البليانية على سبيل التعريف فقط وبين ان من اهم شروط الدعوى البليانية ان لا يكون الدين ثابت فقط بل يجب ان يكون حالا ومستحق الاداء قبل ابرام البيع وهو ما لم يثبت من خلال مؤيدات الدعوى المقدمة في الطور الابتدائي.

فبالرجوع لمستندات الحكم الابتدائي عدد 18803 بتاريخ 2014/06/23 الواقع نقضه بموجب القرار المطعون فيه وفي باب المستندات يتضح ان المعقب ضدهما ايدا دعواهما بمؤيدات تمثلت في عقد بيع أصل تجاري ومحضر رفع عقلة وعدد 2 عقلة تنفيذية على أصل تجاري ونسخة من الحكم عدد 105 ونسخة من الحكم عدد 14409 ونسخة من الحكم عدد 13923 ونسخة من الحكم عدد 12464

وان الحكم عدد 105 صدر لفائدة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والذي لم يكن طرفا في القرار المطعون فيه وليس بنص الحكم المذكور ما يشير لاستحقاق المعقب ضدهما لمبالغ مالية استوجب أدائها مباشرة لهما بل يجب أدائها للدخيل الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي .

وقد تولى المعقب ضده اجراء عقلة تنفيذية بموجب الحكم المذكور على الاصل التجاري كان غير وجيه لذلك صدر حكم يقضي بإبطال محضر العقلة ومحضر الاعلام به المدلى بهما رفقة عريضة الدعوى

اذ سبق للمعقب ان استصدر الحكم الابتدائي عدد 12471 بتاريخ 2012/01/23 القاضي برفض الدعوى قام باستئنافه ليصدر القرار الاستئنافي عدد 29932 قاضيا بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد ببطلان عريضة الاعلام بالكم والعقلة التنفيذية على الاصل التجاري.

وان الحكم عدد 3214 سند الدعوى لم يقع الاعلام به مطلقا ولا أثر لذلك مطلقا ولا وجود لما يفيد عدم تعقيبه او ما يفيد تعذر تنفيذه وعدم استخلاصه او حتى وجود محاولة تنفيذه مما لا يجوز معه اعتماده سندا للدعوى.

وأن الحكم الشغلي عدد 14409 هو حكم ابتدائي الدرجة ليس حجة على شرط حلول الدين واستحقاقه وان الحكم عدد 12464 بتاريخ 2010/05/21 كان أيضا حكم ابتدائي الدرجة.

وقد أضاف المعقب ضدهما محضر في محاولة تنفيذ منتهية بتعذر التنفيذ تتعلق بحكم شغلي عدد 4298 صادر بتاريخ 2014/01/27 أي بعد عملية بيع الأصل التجاري بمدة هامة ولا يفيد ان البيع انجز لغاية الاضرار بالدائن بل أن الحكم الابتدائي المتولد عنه ايضا صدر بعد تاريخ البيع و لم يقدم المعقب ضدهما محضر الاعلام به ولا ماله بل انه لم يكن من بين مؤيدات الدعوى في الطور الابتدائي و لم تقع اضافته بالطور الاستئنافي

وانه يستخلص من جملة تلك الاحكام سند الدعوى انها لا تثبت شرط استحقاق الدين بتاريخ البيع.

كما انه يضاف لشرط حلول الدين ان يكون العقد سببا في إعسار المدين وان المعقب ضدهما لم يثبتا بناءا على الاحكام الواقع الادلاء بها حالة عسر المعقب وانه لا يملك من الاموال سوى الاصل التجاري موضوع البيع فبالإضافة الى ان محضر العجز عن التنفيذ المدلى به لا صلة له بمؤيدات الدعوى فان المعقب انكر محتوى المحضر وما ضمنه السيد عدل التنفيذ من اقوال ليس مؤهلا بتلقيها بحكم اختصاصه فعدل التنفيذ لا يجب ان يبني قناعته على تصريحات الاطراف لتأكيد وتقرير حالة العجز عن الخلاص بل يجب ان يتحرى فعليا في وجود أموال للتنفيذ عليها وان يضمن بمحضره أنه استرشد عن املاك المطالب بالأداء ولم يجدها وذلك من خلال الادلاء بمحاضر في محاولات تنفيذ سابقة ومتتالية تؤكد وجود بحث فعلي على أملاك المدين وهو ما لا أثر له بالملف أو بجملة المحاضر.

وانه لا يمكن الاعتداد بمحتوى المحضر المذكور لتقرير وجود الاعسار كقرينة قاطعة اذ يعلم المعقب ضدهما وكذلك السيد عدل التنفيذ وأن المعقب صاحب مطعم ايضا ومالك لعقارات فلاحية وسيارة وغيرها من الاملاك المنقولة والتي لم يقدم عدل التنفيذ او المعقب ضدهما ما يدلل على سعيهما في التنفيذ عليها او أنها كانت غير كافية لخلاص الدين

وان البيع الحاصل بين الشقيقين ليس بغاية التواطؤ وسوء النية للتفصي من الخلاص بل سبق في الطورين الابتدائي والاستئنافي ان بينا وجود قسمة اعيان بين جملة الاشقاء وقد أرسي المقهى على المشترية المعقبة ن وكان البيع تسوية لتلك الوضعية لا غير وقد استوجب تضمين ثمن البيع لعدم ارهاق كاهلها خاصة ان الامر على سبيل المعاوضة

وليس بيعا ولو كان الامر كذلك لرفعا في ثمن البيع لطبعه بالجدية مما يبرز عدم وجود ركن التواطؤ وسوء النية كشرط ثالث

ثانيا سوء تأويل الفصل 193 من المجلة التجارية

قولا انه بالرجوع لتعليل محكمة القرار المطعون فيه لمبررات تطبيق احكم الفصل 306 إ ع فقد جاء بالقرار القول بأنه ولئن فوت المستأنف عليه الاعتراض على ثمن بيع الاصل التجاري إلا ان هذا الدفع في غير اتجاهه طالما ثبت سوء نية البائع وان الغاية من البيع هي التفويت في مكاسب المدين والإضرار بالحقوق

وتكون بذلك المحكمة قد اساءت فهم وتأويل احكام الفصل 193 من م ت الذي لم يضع ضمن شروطه أن يكون البائع حسن النية لانطباقه على صحة البيع ونفاذه او ان لا يكون لأجل الاعتراض حجية على الدائن إذا ثبتت سوء نية البائع او التواطؤ مع المشتري بل حدد اجل شكلية الاعتراض وأجله

ومتى احترمت تلك الاجراءات كان الاعتراض سليما وبانقضاء الأجل تنتقل ملكية الاصل التجاري للمشتري ويخرج نهائيا من الذمة المالية للبائع ولا يمكن تتبعه بأي وجه من الوجوه بعد ذلك ويصبح البيع ناجزا تجاه جميع الدائنين ولا يشترط بعد ذلك اثبات سوء نية البائع لجواز القيام بإبطال البيع طبق احكام القانون العام

وقد حملت المحكمة الفصل 193 م ت معنى لا تقصده معانيه خاصة وان نص القانون لا يتحمل الا المعنى الذي تقتضيه عباراته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون الفصل 532 م اع

ثالثا ضعف التعليل

قولا أن تعليل المحكمة لقضائها باستبعاد احكام الفصول 190و 192 و 193 من م ت وبإمكانية تطبيق احكام الفصل 306 من المجلة المدنية يتسم بضعف مستمد من عدم الاستئناس بقواعد تأويل القاعدة القانونية طبق احكام الفصل 532 من م اع فقد عللت المحكمة جواز تطبيق احكام الفصل 306 من م اع واستبعاد شروط الفصل 193 من م ت كلما توفرت سوء نية البائع وهو امر لا اثر له بأحكام الفصل 193 المذكور.

كما اعتمدت احكاما ابتدائية الدرجة لا تمثل اثباتا لحلول الدين واستحقاقه وهو من اهم شروط الدعوى البليانية اضافة الى غياب محاضر الاعلام بها او محاولة تنفيذها او ما يفيد مالها او عدم وجود طعن لا حق فيه فلا شيء يثبت عدم تعقيب تلك القرارات او عدم نقضها كما ان القاعدة العامة التي تقرر استثناء النص العام من التطبيق في حال وجود النص الخاص تجعل تعليل المحكمة لقرارها وتبرير تطبيق احكام الفصل 306 م اع على ملف الحال غير مستساغ اذ ان احكام بيع الاصول التجارية كانت امرة ومتصلة بالنظام العام.

الرد على مستندات التعقيب

حيث لاحظ نائب المعقب ضده ردا على مستندات التعقيب ردا على مستندات التعقيب ما يلي:

في خصوص المطعن المتعلق بخرق احكام الفصل 134 من م م م ت

لاحظ أن الفصل 134 من م م ت ينص على انه يتمم استدعاء خصومه للجلسة و لم ينص على انه يتم استدعاء كافة الاطراف الحم للجلسة اي ان المعقب ضده استدعى خصيميه ولا حاجة له لاستدعاء الطرف الثاني السيد ح. الش. الذي يمكنه ان يتولى القيام بجميع الاجراءات القانونية والإجرائية لتتبع دعواه.

ويكون بالتالي عدم استدعاء الطرف الثاني في القضية الحالية لا تأثير له من الناحية الشكلية على مسار الدعوى خاصة انه في نفس موقع المعقب ضده اي انهما يمثلان طرفا واحدا تجاه المعقبان اي ان الخصومة الحالية هي بين المعقب ضده والمعقبان حول مدى صحة العقد المبرم بينهما.

وقد جاء في القرار التعقيبي المدني عدد 2005 المؤرخ في 29 جوان 1978 ان الخصوم الواجب استدعائهم بمقتضى الفصل 134 من م م م ت هم المرفوع ضدهم الاستئناف

كما جاء في القرار التعقيبي عدد 1778 المؤرخ في 14 جوان 1979 انه على المستأنف استدعاء المستأنف ضدهم لا كافة الخصوم الذين شملهم الحكم الابتدائي كما جاء في القرار التعقيبي عدد 17203 المؤرخ في 1987/03/02 "انه يجب على المستأنف استدعاء كافة خصومه وليس كافة أطراف القضية."

الرد على المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصل 534 من م اع والفصول 190و 191 و193 من المجلة التجارية

قولا أن عناصر الدعوى الحالية جاءت مستجيبة لشروط الفصل 306 من م اع من ذلك ثبوت الدين وعسر المدين والتغرير والتدليس المتمثل في نية المدين الإضرار بحقوق الدائن من خلال التفريط في مكاسبه .

وان بيع الاصل التجاري وان كان يخضع في خصوص بيعه الى شروط الفصل 191 من المجلة التجارية وأساسا الاعتراض على ثمن البيع الاصل التجاري وهي خطوة لم يقم بها منوبه لكونه من الناحية القانونية الصرفة فان البيع يتم بثمن بخس والنية الحقيقية لطرفيه لم تكن متعلقة بإبرام عقد بيع ينقل الملكية بل ابرم العقد المذكور للتفصي من خلاص الدائنين وبالتالي فهو عقد باطل وغير قانوني يتم اللجوء للمحكمة لطلب ابطاله والتنفيذ على الاصل التجاري وان الثمن المذكور في العقد هو ثلاثة آلاف دينار في حين ان المبلغ المضمن بالحكم الشغلي المراد تنفيذه من قبل من المعقب ضده تجاوز الثلاثة عشر الف دينار فكيف يعترض على ثمن البيع وفي ذلك اعتراف منه بصحة العقد وعدم امكانية القيام بالدعوى الحالية في حين ان مبلغ البيع لا يمكنه من استخلاص إلا جزء بسيط جدا من الدين .

وانه طالما اختار المعقب ضده القيام برفع الدعوى الحالية وعدم الاعتراف بالعقد واعتباره باطل لا يجعل عدم اعتراضه على ثمن البيع في غير طريقه .

وان قضية الحال اعتمدت على احكام الفصل 306 من م اع المتعلق بإبطال العقود ولا مجال بالتالي للتمسك بأحكام الفصول 190 وما بعده من المجلة التجارية الخاصة بالخلاص من ثمن البيع.

وطلب لكل هذه الأسباب رفض مطلب التعقيب أصلا متى قبل شكلا.

المسالة الخلافية

حيث يتضح من مختلف الاطوار التي مرت بها القضية ان الاشكال المطروح يتمثل من ناحية في معرفة مدى قابلية الطعن في عقد بيع الأصل التجاري بالإبطال استنادا لمقتضيات الفصل 306 من م اع إزاء الإجراءات التي شرعها واضع القانون لفائدة دائني بائع الاصل التجاري لاستخلاص ما لهم عليهم من متحصل ثمن البيع والواردة بالفصول 190 ،191، 193 من المجلة التجارية ، ومن ناحية أخرى في معرفة مدى انطباق قاعدة الفصل 534 من م اع التي مفادها ان الخاص ينطبق على العام في هذه الوضعية أم ان الامر يتعلق بنصوص قانونية لكل مجالها ومناط تطبيقها .

وحيث ان المحكمة الابتدائية بجندوبة بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي التابعين لها في قرارها عدد 17630 الصادر بتاريخ 19نوفمبر 2015 اعتبرت ان احكام الفصل 306 من م اع منطبقة على النزاع وانه يجوز لدائن البائع ابطال عقد بيع الاصل التجاري على اساس الدعوى البوليانية وقضت بالإبطال بناءا على توفر شروطها طبق مضروفات الملف.

وحيث عقب البائع القرار المذكور استنادا الى مخالفة القرار المذكور لأحكام الفصول 190و 191 و 193 من م ت قولا ان احكام هذه الفصول فرضت على البائع القيام بإشهار بيع الاصل التجاري لإعلام الدائنين به وحدد للدائنين اجلا لممارسة حقهم في الاعتراض على متحصل البيع حتى يتسنى لهم المشاركة في توزيع ثمن البيع بينهم طبق ما نص عليه الفصل 199 من م ت وان رمزية البيع قاومها المشرع عن طريق تخويل الدائن ممارسة حق التسديس وان كل هذه الاحكام تمثل النص الخاص المنطبقة على بيع الاصول التجارية وانه لا يجوز للدائنين ان يقوموا بأي اجراء حيال بيع الاصل التجاري خارج اطار ذلك النص الخاص خاصة ان احكام بيع الاصول التجارية لها صبغة امرة وتهم

النظام العام وان الفصل 306 من م ا هو نص عام ولا يمكن تقديمه على النص الخاص ولا يجوز اعتماده لإبطال عقد بيع الاصل التجاري.

كما تمسك من ناحية اخرى بعدم توفر شروط الدعوى البوليانية من حيث انه لم يثبت من وقائع الدعوى سابقية الدين على البيع كعدم ثبوت التواطؤ.

وحيث ان محكمة التعقيب في قرارها عدد 32620 الصادر بتاريخ 2016/11/08 اعتبرت ان المشرع نظم التصرف في الاصل التجاري بموجب أحكام خاصة صلب المجلة التجارية وجعل بيعه يخضع الى اجراءات خاصة تتعلق بإجراءات التفويت واجال الاعتراض وخولت للدائنين باستخلاص ديونهم بممارسة حق الاعتراض على المتحصل من ثمن البيع

وان محكمة الاستئناف باعتمادها احكام الفصل 306 من م اع بحثت عن حماية حقوق الدائنين المتصلة بالأصل التجاري خار اطار القانون الخاص وهو ما يجعلها قد خالفت القاعدة الاصولية القائلة بأن الخاص يقدم على العام و خالفت النظام العام التجاري.

وانه كان على الدائنين الاعتراض على المتحصل من البيع خلال الاجل القانوني وان البائع احترم موجبات الشكلية وقام بالاشهارات الازمة مما يجعل ما انتهت اليه محكمة الاستئناف ارقا للقانون من هذه الناحية

كما اعتبرت محكمة التعقيب من ناحية اخرى ان محكمة الاستئناف حتى في تطبيقها لأحكام الفصل 306 من م اع لم تكن صائبة لكونها لم تتأكد من توفر الشروط الواردة بالفصل المذكور.

وقضت محكمة التعقيب على ذلك الاساس بالنقض و الاحالة

وحيث تصدت محكمة الاحالة ولم تتبنى التمشي الذي انتهجته محكمة التعقيب ولم تسايرها في الرأي وأصرت على وجهتها بخصوص المسالة القانونية الواقع النقض من اجلها معتبرة ان التمسك بأحكام الفصل 190 وما بعد من م ت هو دفع في غير اتجاهه متى ثبتت سوء نية البائع وان الغاية من بيع الاصل التجاري هي الاضرار بحقوق دائنيه وان احكام الفصل 306 من اع منطبقة على النزاع على اساس ان عباراته جاءت مطلقة مما يجيز للدائن القيام بدعوى بوليانية لإبطال بيع الاصل التجاري متى توفرت شروطها.

وقد انتهت الى ابطال عقد بيع الاصل التجاري لما تبين لها بناءا على ما توفر في الملف من وقائع و عناصر مادية توفر شروط الدعوى البوليانية .

وحيث يتضح بناء على ما سبق بيانه ان الطعن بالتعقيب في قضية الحال للمرة الثانية و لنفس السبب الذي وقع النقض من اجله بموجب القرار 32620 اذ ان المعقب اعتمد للطعن في قرار محكمة الاحالة على نفس المطاعن التي استند اليها في طعنه السابق بالتعقيب والمتعلقة بمخالفة احكام الفصول 190و 191 و193 من م ت وبذاك اضحى الخلاف واقعا في مجال اختصاص الدوائر المجتمعة طبقا لأحكام الفصل 191 و ما يليه من م م م ت.

لذا ولهذه الاسباب

قررت المحكمة احالة القضية على السيد الرئيس الاول للنظر في امكانية عرضه على الدوائر المجتمعة.