ز/ع

الجمهورية التونسية

وزارة العدل الحمد لله

محكمة التعقيب

*** ع44911.2016د القضية**

تاريخه :2017/05/09

المستشار : (ع-ع) .

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2016/12/20 والمرسم لدى هذه المحكمة تحت عدد 44911 من الاستاذ (م-م-ت) المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن:

(م-ذ) محل مخابرته بمكتب محاميه الاستاذ (م-م-ت) الكائن بشارع (ح-ب) ب**********

من جهة .

ضد:

(م-ز-ع) قاطن ب**********محاميه الاستاذ (ج-ع).

طعنا في القرار الاستئنافي الاستعجالي عدد 25598 الصادر بتاريخ 2016/10/05 عن محكمة الاستئناف بنابل.

والقاضي : " نهائيا استعجاليا بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد برفض المطلب واعفاء المستأنف من الخطية وارجاع المال المؤمن اليه .

وبعد الإطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ (ع-ل-ج) حسب محضره عدد 19222 بتاريخ 04 جانفي 2017 .

وعلى نسخة الحكم المطعون فيع وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدّمة في 11 جانفي 2017 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت .

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 1 فيفري 2017 من الاستاذ (ج-ع) نيابة عن المعقب ضده.

والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب 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 الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل (المعقب) لدى محكمة البداية عارضا بواسطة محاميه انه سوغ للمطلوب المحل الكائن

بشارع والمستغل كهاتف عمومي بمعين كراء شهري ارتفع آليا بموجب الزيادة بخمسة بالمائة الى ان اصبح في بداية نوفمبر 2014 140د,281 ووجه له تنبيها تجاريا عدد 47765 بتاريخ 2014/9/14 طبق الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 تضمن مطالبته بأداء مبلغ 1405د,700 بعنوان معينات كراء متعلقة بالمدّة من ماي الى سبتمبر 2015 وقد انقضى اجل الثلاثة اشهر دون اداء كامل المعاليم بناء على اساس ذلك الزامه بالخروج لعدم الصفة بموجب انفساخ العقد بمضي اجل الثلاثة اشهر من تاريخ التنبيه دون خلاص .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 50683 بتاريخ 20 ماي 2016 يقضي ابتدائيا استعجاليا بالزام المطلوب بالخروج من المكرى الكائن بشارع (ج-ق) لعدم الصفة بموجب انفساخ العقد .

وحيث استأنف المحكوم ضده الحكم الابتدائي فأصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع فتعقبه المدعى في الاصل بواسطة محاميه استنادا للمطاعن التالية :

اولا:في خرق الحكم المطعون فيه لاحكام الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 .

قولا ان موكله وجه محضر التنبيه عدد 4775 الى المعقب ضده بتاريخ 2015/9/14 وانه تسلم الشيك من عدل التنفيذ

الاستاذ (خ-خ) بتاريخ 2015/12/16 طبقا لما يفيده محضر اثبات الوقائع المحرر من لدن عدل التنفيذ والمضاف بالملف من المعقب ضده وبعملية حسابية بسيطة يتضح ان منوبه تسلم الشيك المعروض بعد انقضاء اجل الثلاثة الاشهر المحددة بمحضر التنبيه والتي يقع احتسابها بداية من تاريخه اما التنصيص الوارد بمحضر تثبيت الوقائع من ان عدل التنفيذ قد تولى مهاتفة منوبه واعلامه له باتصاله بالشيك لا يعدّ اجراءا قانونيا مبرئا لذمة المطلوب في معلوم الكراء المستحق علما ان عدل التنفيذ يباشر اعماله بموجب محاضر قانونية وليس عبر اجراء اتصالات هاتفية او مخاطبات شفاهية غير معتمدة قانونا .

ويتضح عندئذ ان الوفاء بمعلوم الكراء المستحق كان بعد اجل الثلاثة اشهر مما يترتب عنه راسا انفساخ العقد الرابط بين الطرفين بمفعول احكام الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/05/25 وتبعا لذلك جانبت محكمة الدرجة الثانية الصواب واخطأت المرمى لما اعتبرت ان المعقب ضده قد اوفى بمعلوم الكراء المستحق في الاجل المحدد بالرغم من ان منوبه قد تسلمه بعد انقضاء الاجل المحدد وذلك دون ان تقدم أي تعليل مستساغ مما يتجه معه نقض قضائها لهذا الدفع.

ثانيا: في خرق محكمة الحكم المطعون فيه لأحكام الفصل 293 من م ا ع :

تضمن محضر التنبيه عدد 4775 المؤرخ في 2015/09/14 سند القيام ان منوبه قد اختار محل مخابرته في خصوصه بمكتب محاميه الكائن بشارع (ح-ب) بنك قرمبالية لكن المعقب ضده ارسل شيك الخلاص بواسطة البريد الى عدل التنفيذ مبلغ التنبيه بالرغم من ان محضر التنبيه قد ورد واضحا وصريحا في ان محل مخابرة منوبه المختار هو مكتب محاميه وكان على المعقب ضده عرض الشيك الذي اعده للخلاص على منوبه بموجب محضر عرض مال وبواسطة عدل تنفيذ بمقره او اقل تقدير كان عليه ان يوجه اليه حوالة بريدية بمقره المختار حتى يبرئ ذمته تجاهه وما قام به المتسوغ لا يبرئ ذمته تجاه منوبه ولا يعد عرضا حقيقيا ماضيا في حق الدائن ضرورة ان الفصل 293 من مجلة الالتزامات والعقود ينص على ان " العرض لا يكون حقيقيا ماضيا الا بالشروط الآتية اولا : ان يكون العرض للدائن الذي له اهلية القبض او لمن له ولاية القبض عنه ....."

ان عدل التنفيذ ليست له ولاية القبض نيابة عن منوبه خاصة وان محضر التنبيه لم يتضمن على التنصيص على تفويضه القبض والابراء حتى يتولى المطلوب ارسال الشيك سند الخلاص اليه فتبرأ ذمته بموجب ذلك فانه ولئن اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه ان لعدل التنفيذ صلاحية استخلاص الديون وهذا صحيح ولكن غاب عنها ان هذه الصلاحية ليست عامة وشاملة وانما تقتصر على من يكلفه او يفوضه بذلك وبذلك فان المحكمة اساءت فهم حكم الفصل 283 من م ا ع وخرقته مما يعرض حكمها للنقض.

ثانيا : في خرق محكمة الحكم المطعون فيه لاحكام الفصل 294 من م ا ع :

قولا انه وعلى فرض التسليم جدلا بان ارسال المعقب ضده الشيك الى عدل التنفيذ بالبريد يعتبر عرضا حقيقيا ماضيا في حق منوبه فان الفصل 294 من مجلة الالتزامات والعقود ورد صريحا في ان: " عرض الوفاء على الدائن دون تأمين عين الدين لا يبرىء ذمة المدين "

وطالما ان المطلوب لم يدل بما يفيد تأمينه معاليم الكراء المستحقة على ذمة الدائن بها في اجل الثلاثة اشهر المحددة قانونا فانه ذمته تبقى عامرة تجاهه بهذه المعاليم وهو ما يترتب عنه راسا انفساخ العقد بصفة آلية بين طرفيه طبقا لأحكام الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 الامر الذي استقر عليه فقه القضاء وطلب دفاع الطاعن في خاتمة المستندات النقض مع الإحالة .

وحيث ردّ الاستاذ (ع) في حق في موكله المعقب ضده على ما ورد بالمستندات.

اولا : عن الدفع بخرق الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 .

قولا انه لا جدال في كون التسويغ يتعلق بعين وفي المجال اقتضى الفصل 770 من مجلة الالتزامات والعقود انه " اذا كان

الماجور اصلا وجب دفع كرائه بمكانه (...) ما لم يكن في العقد ما يخالفه «.

وطالما لم يتضمن العقد ما يخالف المبدأ الوارد بالفصل المذكور فقد كان على المدعي ان يسعى لدى موكليه وبالمحل موضوع التسويغ ليستلم منه معينات التسويغ خلال الاجل المحدد بالتنبيه، ولما لم يفعل يكون مماطلا على معنى الفصل 284 من ذات المجلة ينص على انه " يعد الدائن مماطلا اذا امتنع بلا جوه من قبول الاداء من المدين او من نائبه اذا عرضا اتمام ذلك على الوجه المقرر بالعقد او الذي تقتضيه طبيعة الالتزام.

وسكوت الدائن او مغيبه وقت لزوم مباشرته للوفاء بالعقد يعد امتناعا "

وتجدر الاشارة الى ان الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 لا يبطل العمل بما اقتضاه الفصل 770 السالف الذكر الذي يوجب على المالك الحضور بالعين الماجورة لتسلم معينات التسويغ .

وبالرغم مما سلف عرضه فقد تولى منوبه خلاص المدعي في معينات التسويغ بين يدي عدل التنفيذ وذلك بواسطة الصك عدد 239 الذي ارسله اليه بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الاشعار بالبلوغ بتاريخ 13 نوفمبر 2015 أي في الاجل القانوني المحدد للخلاص وطالما ان الصك وسيلة خلاص وطالما ان المبلغ المضمن به اصبح ايداعه بادارة البريد على ذمة المدعى دون سواه ، وطالما ان لعدل

التنفيذ صفة القبض والابراء فان الخلاص يكون واقعا في الاجل القانوني مضيفا انه ليس من الضروري ان يتزامن الخلاص مع القبض كما الشأن في الحالتين الاتتين .

1/ ان يتم الخلاص بموجب صك وفي الاجل القانوني أي في غضون الثلاثة اشهر ولا يتمكن المسوغ من صرف الصك الا بعد انقضاء الاجل المذكور بسبب عطلة البنك.

2/ ان يتم تأمين المبلغ على ذمة المسوغ في الاجل القانوني المحدد للخلاص ولا يسحبه الا بعد انقضاء ذلك الاجل.

ب) وزيادة على ذلك ومهما كان من امر فقد تأكّد ما يلي:

1/ ثبت من المحضرين عدد 47958 وعدد 48144 المحررين من عدل التنفيذ الاستاذ (خ–خ) .

+ ان عدل التنفيذ اعلم المدعي في 17 نوفمبر 2015 بتوصله بالصك عن طريق البريد وفي نفس التاريخ المذكور: ولم يبد أي اعتراض على ذلك بل اشار على عدل التنفيذ بالاحتفاظ بالصك لديه الى حين قدومه لتسلمه.

+ ان المدعي تسلم الصك من عدل التنفيذ في 16 ديسمبر 2015 دون أي اعتراض او احتراز.

+ انه ارجع الصك الى عدل التنفيذ في 28 ديسمبر 2015.

+ انه عاد فتسلمه منه ثانية في 03 ماي 2016.

2) كما ثبت من كشف حساب منوبه المستخرج في 30 جوان 2016 ان المدعى تولى سحب المبلغ المضمن بالصك المذكور في 04 ماي 2016 ويترتب على ذلك فقدان قضية الحال.

وحيث ان قبض الضد معينات التسويغ موضوع التنبيه سند قضية الحال يترتب عنه فقدان قضية الحال سندها الواقعي والقانوني اذ لا يقبل منه سعيه الى نقض ما تم من جهته وذلك اقتضاء للفصل 547 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على ان " من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه".

3/ علاوة على ما سلف عرضه فقد ثبت ان المدعي وبعد ان وجه منوبه التنبيه عدد 47765 المؤرخ في 14 سبتمبر 2015 والمتعلق بمعينات التسويغ عن الاشهر من ماي الى سبتمبر 2015 والذي رفع على اساسه قضية الحال بتاريخ 20 مارس 2016 ، وجه له تنبيها ثانيا على معنى الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 ، بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ (ح-ب) بموجب رقيمه عدد المؤرخ في 04 ماي 2016 نبه عليه بموجبه بان يدفع معينات التسويغ عن الاشهر من اكتوبر الى ديسمبر 2015 ومن جانفي الى ماي 2016 وبذلك ثبت اقراره بصفة قطعية بوقوع خلاصه في معينات التسويغ المتعلق

بها التنبيه الاول سند قضية الحال، وبعدم انفساخ عقد التسويغ وذلك اقتضاء للفصل 430 من مجلة الالتزامات والعقود بدليل انه جدد التنبيه على منوبه بخصوص معينات تسويغ تتعلق بفترة لاحقة عن الفترة المعنية بالتنبيه الاول.

وان تمسك المدعى المدعى مجددا بالتنبيه الاول سند قضية الحال هو من قبيل السعي ثانية الى نقض ما تم من جهته ويبقى سعيه والحالة تلك مردودا عليه اقتضاء للفصل 547 من مجلة الالتزامات السالف الذكر باعتبار ان التنبيه سند قضية الحال اصبح في حكم العدم.

ثانيا : عن الدفع بخرق الفصلين 293 و 294 من مجلة الالتزامات والعقود لاتحاد القول بشأنهما :

قولا انه يجدر التذكير بان منوبه لم يقم بعرض معينات التسويغ بين يدي عدل التنفيذ بل قام بخلاصها بين يديه رغم انه كان على المدعي القدوم الى المحل موضوع التسويغ ليتسلمها منه اقتضاء للفصل 770 من مجلة الالتزامات كما سلف بيانه صلب الرد على المطعن السابق كما تجدر الاشارة الى ما يلي:

1/ ان خلاص معينات التسويغ قد تم بين يدي عدل التنفيذ الذي له ولاية قانونية عامة للقبض والابراء بموجب مهمة التنفيذ التي يضطلع بها قانونا فهو ليس بحاجة لان يكون مفوضا تفويضا خاصا.

2/ ان محل المخابرة يختلف عن محل التنفيذ، وعليه فان محل المخابرة لا يمكن ان يقوم مقام محل التنفيذ بل يجب اثبات ان الطرفين اتفقا على محل معين يتم فيه خلاص معينات التسويغ والا وجب العمل بالقاعدة العامة المضمنة بالفصل 770 من مجلة الالتزامات والعقود .

4/ ان التنبيه سند القضية يثبت اختبار المدعي محل مخابرة ولا يثبت اتفاق الطرفين على اختيار محل تنفيذ يجب ان يتم به خلاص معينات التسويغ .

ب) قولا ان موكله غير ملزم بتأمين معينات التسويغ على ذمة المدعي لاعتبارين اثنين :

1- ان الخلاص تمّ بين يدي عدل التنفيذ الذي له صفة القبض والإبراء .

2- ان المدعي لم يسع لدى موكله بمحل التسويغ وبطلب معينات الكراء خلال الاجل المحدد بالتنبيه .

وطلب دفاع المعقب ضده في خاتمة الرد رفض مطلب التعقيب اصلا ان استقام شكلا .

المحكمة

عن مجمل المطاعن لترابط القول فيها :

حيث نصّ الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 على ما يلي : يفسخ عقد الكراء عند عدم الخلاص لمعين الكراء في الآجال المتفق عليها وذلك بعد مضي ثلاثة اشهر على صدور تنبيه بالدفع بواسطة عدل منفذ لم يأت بنتيجة .

ويجب ان ينص التنبيه على الاجل المشار اليه والا يكون ملغى ولا يمكن التمديد في الاجل المذكور ويكون الفسخ حتميا .

وحيث وضع هذا النص نظاما خاصا للمطالبة بمعلوم تسويغ محل تجاري من قبل المالك ورتب جزءا لمماطلة المتسوغ في الوفاء بالتزامه المتعلق بوجوب دفع معين ما تخلّد بذمته من معينات كراء وذلك في اجل ثلاثة أشهر من تاريخ التنبيه عليه بواسطة عدل منفذ والا فسخ العقد حتما.

وحيث اتضح بالرجوع الى اوراق الملف ان المدعي في الاصل (الطاعن حاليا) كان نبه على المطلوب (المعقب ضده) طبقا لأحكام الفصل المشار اليه وذلك بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ (خ-خ) حسب محضره عدد 47765 المؤرخ في 14 سبتمبر 2015.

وحيث ان تجنب الاثر الحتمي لعدم الوفاء بمعينات الكراء المطلوبة طبقا للفصل 23 المذكور والمتمثل في فسخ العقد يفرض على المتسوغ ان يؤدي ما عليه بعنوان معينات كراء في اجل اقصاه ثلاثة اشهر بداية من اليوم الموالي لتاريخ التنبيه المذكور.

وحيث عللت محكمة الحكم المنتقد حكمها بان من اهم واجبات عدل التنفيذ السعي في استخلاص الديون وتنفيذ الاحكام ومعاينة تبرئة الذمم المالية استنادا الى ما تمسك به المستأنف لديها من انه تولى خلاص معينات الكراء لفائدة المستأنف ضده بصك بنكي مسحوب على بنك ت.ع.د في 2015/11/13.

وحيث ثبت بالرجوع الى اوراق الملف ان عدل التنفيذ (خ-خ) حرر بتاريخ 17 نوفمبر 2015 ما سماه " محضر تثبيت وقائع"

ذكر فيه انه في التاريخ المشار اليه توصل من السيد (م-ز-ع) بواسطة البريد بمكتوب مؤرخ في 2015/11/13 مرفق بشيك مسحوب على حسابه من احد البنوك به مبلغ 1275,000د".

وحيث يتجه التذكّر ان اجل الثلاثة أشهر بالنسبة لمحضر التنبيه موضوع التداعي ينتهي يوم 2015/12/13.

وحيث ان الغرض المذكور قد تم وفقا لما هو ثابت بأوراق الملف بعد مضي اجل الثلاثة اشهر المنصوص عليها بالفصل 23 من قانون 25 ماي 1977 بأربعة ايام اخذ بعين الاعتبار المحضر الذي حرره العدل المنفذ والذي عنونه بعنوان " محضر تثبيت وقائع" كما انه تم لدى غير ذي صفة باعتبار ان عدل التنفيذ اقتصر دوره على التنفيذ بالخلاص والا فسخ العقد.

وحيث وعلى فرض تجاوز ذلك وعلى عكس ما ذهبت اليه محكمة الحكم المنتقد فان عرض الدين على الدائن دون تأمينه لا يبرئ ذمة المدين عملا بالقاعدة الواردة بالفصل 294 من م ا ع المتضمن ما يلي : " عرض الوفاء على الدائن دون تأمين عين الدين لا يبرئ ذمة المدين " وتأمين عين الدين لا يبرىء ذمته من عواقب مماطلته الا من يوم التأمين وتبقى عليه عواقب ما تقدم " واضاف الفصل 296 من نفس المجلة ويجب على الدائن ان يعلم المدين حالا بانه وضع الدين على ذمته في محل الامائن "

وحيث يؤخذ من ذلك ان ابراء ذمة المدين يقتضي ان يعرض على الدائن ما بذمته المالية في الاجل القانوني والا فعلية تأمين عين الدين واعلامه بذلك .

وحيث وبالنسبة لقضية الحال فان الدين المذكور بمحضر تثبيت الوقائع اقل من المبلغ المذكور بمحضر التنبيه ولم يقم المدين بعرضه على الدائن كما يجب قانونا وفي الاجل القانوني كما لم يقم بتأمينه واعلامه بذلك وفقا للنصوص المشار اليها اعلاه.

وحيث يؤخذ من ذلك ان محكمة الحكم المنتقد اساءت فهم الفصل 23 قانونا 25 ماي 1977 والفصول 293 و 294 و 296 من م ا ع لذلك تعين نقض حكمها مع الاحالة.

ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بنابل لاعادة النظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعن من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 9 ماي 2017 عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة (ر–ش) وعضوية المستشارين السيدين (ز–ج) و(ع–ع) و بحضور المدعي الع ام السيد ة (ل–ع) وبمساعدة كاتب(ة) الجلسة السيد(ة)(ا–ن).

وحـرر في تاريخـه