وزارة العدل

محكمة التعقيب **الحمدلله وحده،**

القضية عدد 57482

تاريخ القرار **30 جانفي 2019**

اصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في **24 نوفمبر 2017** عدد **5081** من الاستاذ ع. بن ي. المحامي لدى التعقيب

نيابــة عن :

ورثة المرحومين ي. ب. وزوجته ح. الح. وهم ابناؤها الرشد ل. وم. وج. وش. المعينين محل مخابرتهم بنهج * عدد ****.

ضـد:

ورثة المرحوم ق. و. وهم ارملته ب. الذ. وابناؤه منها الرشداء وهم ح. ون. وع. وعبدالر. ون. وع. وك. و. مقرهم بنهج *** .نائبهم الأستاذ ا. عبد الن. المحامي لدى التعقيب.

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 83893 الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي التابعين لها بتاريخ 2017/09/29 والقاضي "**نهائيا بقبول مطلب الاستئناف شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد برفض الدعوى وتغريم المستأنف ضدهم لفائدة المستأنفين بثلاثمائة دينار 300.000 د بعنوان أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليهم وإعفاء المستأنفين بثلاثمائة دينار 300.000 د بعنوان اتعاب تقاضي و أجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليهم وإعفاء المستأنفين من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليهم ورفض الاستئناف العرضي موضوعا.**"

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدهم بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ أ. بن س. حسب محضره عدد **1052** بتاريخ **05 ديسمبر 2017**.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة بتاريخ **16 جوان 2017** حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الإطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب الرامية إلى رفض مطلب التعقيب أصلا متى قبل شكلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا مع الإحالة.

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 المدعيين في الاصل المعقب ضدهم الان امام المحكمة ناحية تونس ضد المدعى عليهم المعقبين الان عارضين بواسطة محاميهم انه استقر على ملكهم جميع العقار التجاري الكائن بعدد * نهج * تونس المنجر لهم من مورثهم وقد تسوغ مورث المدعى عليهم المحل المذكور من مورثهم وقد تضمن الفصل 10 من عقد الكراء ان المحل معد لتجارة الأحذية وقد عمد المدعى عليهم مخالفة الفصل المذكور وذلك بإستغلال المحل المذكور في تجارة الملابس النسائية الجاهزة وملابس نسائية داخلية وجبايب وقد تضمن الفصل 12 من العقد أن مخالفة المتسوغين لأي بند من بنوده يترتب عليه فسخه طالبين على أساس ذلك الحكم بفسخ عقد الكراء المبرم بين مورثهم ومورث المطلوبين

المؤرخ في 1975/01/01 وإلزام المدعى عليهم بالخروج من المكرى كإلزامهم بأن يؤدوا لهم بالتضامن 96.000 د لقاء مصروف محضر المعاينة.

وحيث وبعد إستيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية الحكم عدد 18332 بتاريخ 2014/10/27 والقاضي ابتدائيا بفسخ عقد التسويغ المبرم بين مورث المدعين ي. بالس. ومورث المدعى عليهم ق. و. بتاريخ 01 جافني 1971 والمسجل بالقباضة المالية بتاريخ 2008/11/03 وإلزام المدعى عليهم بالخروج من محل التداعي الكائن ب* نهج * تونس وتغريمهم بالتضامن لفائدة المدعيين بسبعين دينارا ومليمات 960 70.960 د لقاء معلوم الاستدعاء للجلسة ومائة و أربعون دينارا 140.000 د لقاء محضر الاستجواب المحرر بواسطة عدل الإشهاد ت. الح. بتاريخ 2014/06/28 وستة وتسعين دينارا 96.000 د معلوم محضر المعاينة عدد 1614 المحرر بواسطة عدل التنفيذ عبد الو. الس. بتاريخ 2014/06/27 و مائتي دينار 200.000 د اتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليهم ."

وحيث استأنف المحكوم ضدهم الحكم المذكور فأصدرت محكمة الابتدائية بتونس بوصفها محكمة استئناف لأحكام النواحي التابع لدائرة قضائها القرار الاستئنافي عدد 79788 بتاريخ 2016/06/01 والقاضي بقبول الإستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به وتخطية المستأنفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهم وتغرينهم بالتضامن فيما بينهم لفائدة المستأنف ضدهم معا بثلاثمائة دينار 300.000 د لقاء أتعاب التقاضي و أجرة المحاماة.

وحيث عقب المستأنفين المحكوم ضدهم القرار المذكور فأصدرت محكمة التعقيب قرارها غدد 42830.2016 بتاريخ 2016/11/22 والقاضي بقبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة الابتدائية بتونس بوصفها محكمة استئناف

لحكام النواحي التابعة لها لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنين من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليهم."

وحيث طلب المستأنف ضدهم إعادة نشر القضية لدى محكمة الابتدائية بتونس بوصفها محكمة إحالة فأصدرت القرار الاستئنافي المشار اليه بالطالع عددا وتاريخا ونصا فطعن فيه المستأنف ضدهم بواسطة نائبهم بالتعقيب استنادا للمطاعن التالية:

مستندات التعقيب

حيث تمسك نائب الطاعنين بمخالفة محكمة القرار المطعون فيه للقانون في مستويين:

1- فقه القضاء السابق للمحكمة الابتدائية بتونس

قولا انه سبق للمحكمة الابتدائية بتونس بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي أن تناولت هذه المسألة واعتبرت انه يجوز تدارك عدم تقديم شهادة السجل التجاري و اعلام الدائن على معنى الفصل 242 من م ت في الطور الإستئنافي باعتبار ان الاستئناف ينقل الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم وذلك بمناسبة القضية الاستئنافية عدد 57883 الصادرة في 21 افريل 2006 والحكم الثاني عدد 62146 بتاريخ 27 فيفري 2008 .

2- مخالفة الفصل 242 من المجلة التجارية

قولا ان هذه القضية تم القيام بها ابتدائيا امام محكمة الناحية وعليه فلا تأثير لتقديم المؤيدات على صحة العريضة لان القانون لا يوجب تقديم المؤيدات في تفس الوقت مع عريضة الدعوى امام محكمة الناحية .

وانه لا يمكن تبعا لذلك القول بان القضية ولدت ميتة مثلما ذهب اليه الحكم المطعون فيه وانه تبعا لذلك يمكن تقديم الشهادة واعلام البنك الراهن اثناء نشر القضية في الطور الابتدائي.

وانه طالما ان الاستئناف ينقل الطرفين والدعوى الى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم الابتدائي فانه يمكن تلافي المؤيدات الناقصة في الطور الاستئنافي اضافة الى ان الفصل 242 لا ينص على بطلان الدعوى بسبب عدم تقديم الشهادة بل ينص على بطلان الدعوى إذا لم يقع الدائن الراهن شهر قبل صدور الحكم.

وانه طالما تم تقديم الشهادة في الطور الاستئنافي وإعلام البنك بالدعوى ومر شهر على الاعلام قبل صدور الحكم فإن الاجراءات سليمة.

وان استعمال الفصل 242 من المجلة التجارية لعبارة البطلان الدعوى ربطه بأمرين اثنين وهما عدم اعلام الدائن الراهن وصدور الحكم قبل شهر من تاريخ الاعلام. وهذا يعني انه لا يمكن الحديث عن بطلان الدعوى إلا بعد صدور الحكم وهذا يجر للبحث عن المعنى الذي قصده المشرع لمفهوم بطلان الدعوى وانه من المعلوم ان المحاكم تقضي بالطرح او بالرفض او بعدم سماع الدعوى او ببطلان عريضة الدعوى وكل هذه المعاني لا علاقة لها بمعنى ومفهوم بطلان الدعوى.

ومن الواضح ان المشرع في الفصل 242 من م ت يتحدث عن حالة اخرى وهي صدور حكم في الدعوى وهذا الحكم قد يصبح باتا ولكن رغم ذلك فان الدعوى تبقى باطلة وبالتالي فلا يمكن الاحتجاج بالحكم على الدائن الراهن ولا يمكن مواجهته به وهو نفس المفهوم الذي اعطته بعض المحاكم لتطبيق الفصل 484 من م اع في خصوص نقض الحكم الذي لا رجوع فيه والذي اعتبرت ان الامر لا يعني النقض بالمفهوم المعروف وانما يعني استبعاد ذلك الحكم وعدم اعتماده.

وان الفصل 242 من م ت لم يبين هل ان البطلان مطلقا ان نسبيا.

وان صاحب المصلحة في الموضوع هو الدائن الراهن لا غير وبالتالي فان المرجح ان البطلان هو بطلان نسبي الذي لا يثيره إلا الدائن الراهن المتضرر لا غير باعتبار انه لا بطلان بدون ضرر.

وطالما انه لا يمكن الحديث عن بطلان الدعوى الا بعد صدور الحكم فان اثارة البطلان يكون بعد صدور الحكم ومن طرف صاحب المصلحة اي الدائن الراهن لا غير.

3- انعدام الضرر

قولا انه من المتفق عليه انه لا بطلان بدون نص ولا بطلان بدون ضرر وان البنك الدائن لم يقم باي اجراء ولم يحرك ساكنا لان القرض الموثق بالسحل قديم وتم خلاصه.

وطالما لا يوجد اي ضرر للبنك الدائن فلا بطلان بدون ضرر.

وان مسالة توفر الضرر من عدمه تؤكد امكانية تقديم الشهادة واعلام البنك في الطور الاستئنافي لان ذلك سيجعل الدائن المرسم على علم بالدعوى قبل شهر من صدور الحكم الاستئنافي وبإمكانه القيام بما يراه صالحا وبالتالي لا يوجد اي ضرر طالما لم يصدر اي حكم نهائي في الدعوى وطالما تم اعلامه قبل صدور الحكم وفي الاجل.

وان تقديم الشهادة والإعلام في الطور الاستئنافي وفي الاجل يرفع كل ضرر على الدائن المرسم بالسجل التجاري وعليه لا بطلان بدون ضرر.

وبالتالي يكون الحكم الاستئنافي المطعون فيه قد اخطأ في تطبيق القانون وكان عليه تجاوز هذه المسالة والتطرق الى النقاط الاخرى التي نقضت من اجلها محكمة التعقيب الحكم طالبا النقض والاحالة.

المحكمة

عن المطعن الوحيد المتعلق بمخالفة القانون بجميع فروعه.

حيث انحصر النزاع حول ما اذا كان الادلاء بشهادة تسجيل التقييدات و اعلام الدائنين المرسمين طبق الفصل 242 من المجلة التجارية يجب ان يتم وجوبا قبل صدور الحكم في الدعوى ابتدائيا وإلا اضحت الدعوى باطلة ولا يجوز تدارك هذا الاجراء في الطور الاستئنافي.

وحيث اقتضت احكام الفصل 242 من المجلة التجارية انه إذا قام المالك بدعوى فسخ عقد كراء المحل الذي يستغل فيه اصل تجاري وجب عليه تقديم شهادة في عدم وجود تقاييد او قائمة في التقاييد الموجودة وفق الصيغ المقررة بالفصل 216 من هذه المجلة.

وإذا كان الأصل التجاري مثقلا بقيود مرسمة وجب على المالك المحل اعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة بتقييدهم بواسطة عدل منفذ والا كانت الدعوى باطلة.

ولا يجوز ان يصدر الحكم قبل شهلا من تاريخ هذا الاعلام .

ولا يصبح الفسخ بالتراضي نهائيا الا بعد شهر من تاريخ اعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة و يتم ذلك بواسطة عدل منفذ.

وفي هذه المدة يجوز لكل دائن مقيد أن يطلب بيع الأصل التجاري طبق أحكام الفصل 245 من هذه المجلة"

وحيث يتضح من عبارات الفصل المذكور ان ان المشرع لم يشترط لصحة القيام بدعوى الفسخ الكراء التجاري ان يكون الادلاء بالشهادة في التقاييد المتعلقة بالأصل التجاري و ما يفيد اعلام الدائنين المرسمين متزامنا مع رفع الدعوى وعليه اضحى التمشي الذي توخته محكمة القرار المطعون فيه والذي انتهت فيه الى ان الامر يتعلق ببطلان اجرائي مطلق لا يمكن تداركه و تصحيحه في الطور الإستئنافي يتعارض مع عبارات النص الذي لم يرتب البطلان عن عدم تقديم الشهادة وما يفيد الاعلام عند رفع دعوى الفسخ و عليه فان القيام بالدعوى يكون صحيحا حتى في غياب الادلاء بالشهادة و اعلام الدائنين بالدعوى ويمكن بالتالي القيام بهذا الاجراء ما دامت

الدعوى منشورة بما ان القيام كان من اصله صحيحا وطالما ان المشرع اشترط ان يكون الاعلام سابقا للحكم وليس للقيام و عليه فان القيام بإجراء اعلام الدائنين بدعوى الفسخ بالطور الاستئنافي جائز قانونا وطالما ان اعلام الدائن المرسم سيتحقق طبق ما ارتأته ارادة المشرع طبق احكام الفصل 242 من م ت قبل صدور الحكم القاضي بالفسخ كراء الاصل التجاري و في الاجل القانوني ضرورة ان الاستئناف ينقل الطرفين و الدعوى التي كانا عليها قبل صدور الحكم الابتدائي المطعون فيه عملا باحكام الفصل 144 من م م م ت.

وحيث وفضلا على ذلك فان غاية المشرع من فرض واجب الاعلام المذكور هو تنبيه الدائن المرسم للتهديد الضمان المنوح له على الاصل التجاري حتى يتسنى له ممارسة حقه في طلب بيع الاصل التجاري طبق ما اقتضته احكام الفصل 242 من م ت و ليس التداخل في دعوى الفسخ مما يجعل ما إنتهت اليه محكمة القرار المطعون فيه بان عدم القيام بإجراء الاعلام خلال الطور الابتدائي يحرم الدائن من التداخل في القضية و من حق التقاضي على درجتين قولا مخالف لمقتضيات الفصل المذكور ولقاعدة التأويل مناط الفصل 532 من م اع التي تقتضي بان نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عباراته بحسب وضع اللغة وعرف الإستعمال ومراد واضع القانون.

وحيث اضحى ما انتهت اليه المحكمة بعدم جواز اعلام الدائن المرسم بدعوى فسخ الكراء التجاري في الطور الاستئنافي وبأنه لتحق صحة هذا الاجراء يجب ان يتم القيام به قبل صدور الحكم الابتدائي هو استخلاص غير متجه قانونا و اتجه لذلك قبول ما وجه اليه من طعن .

لذاولهذه الاسبــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الاصل بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة الابتدائية بتونس بوصفها محكمة استئناف لأحكام النواحي التابعين لدائرة قضاءها لتنظر فيها مجددا بهيئة اخرى وإعفاء الطاعنين من الخطية و ارجاع المال المؤمن اليهم.

صدر هذا القرار عن الدائرة السابعة المجتمعة بحجرة الشورى يوم **الاربعاء 30 جانفي 2019** برئاسة السيدة **سارة العياري** وعضوية المستشارتين السيدتين **هالة البجار** و **ايمان الشرفي** وبحضور المدعي العام السيدة **فيروز العباسي** وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة **امال بن نصر**.

حرر في تاريخه