الجمهـــوريـــة التونسيـــة
وزارة العدل **الحمـد لله**

محكمـــة التعقيـب

عدد القضية : 55032 **باسم الشعب التونسي**

تاريخه : 2018/05/10

أصـدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المضـمن تحـت عـدد 35238 والمقـدم فـي 06/ 09/ 2017 مـن طـرف المحـامي الأستاذ "م.ك"

في حق : "ن.د.ب.ط.ه"

ضد : "ع.ك.ك" محاميه الاستاذ "ح.ر"

طعنـا فـي القـرار الاسـتئنافي عـدد8681 الصـادر بتـاريخ 17/ 08 / 2017 عـن محكمـة الاسـتئناف بتـونس والقاضـي نهائيـا بقبـول الاسـتئناف شـكلا وفـي الاصـل بـنقض الحكـم الابتـدائي المطعـون فيـه والقضـاء مجـددا بـرفض المطلـب واعفـاء المسـتأنف مـن الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه.

وبعـد الاطـلاع علـى مسـتندات التعقيـب المبلغـة للمعقـب ضـده بواسـطة عـدل التنفيـذ الاسـتاذ "ف.ح" حسـب محضـره عـدد 2652 بتـاريخ 29/ 09 / 2017 وعلـى نسـخة الحكـم المطعـون فيـه وعلـى جميـع الاجـراءات والوثـائق المقدمـة حسـب مقتضـيات الفصل 185 م م م ت.

وبعـد الاطـلاع علـى ملحوظـات النيابـة العموميـة لـدى هـذه المحكمـة والراميـة الـى طلـب قبـول مطلـب التعقيـب شـكلا ورفضـه أصلا والحجز.

و بعـد الاطـلاع علـى أوراق القضـية والمفاوضـة بحجـرة الشـورى صرح علنا بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه و صيغه القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد و الأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل (المعقب الان) لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضا أنه بمقتضى عقد التسويغ معرف عليه بالإمضاء في 2007/01/08 و المسجل في بالقباضة المالية بحلق الوادي في 2007/02/21 تسوغ المدعى عليه (المعقب ضده الان) من والده المحل الكائن بشارع ***** تونس المعد لحرفة حلاقة الرجال وذلك لمدة قدرها سنة كاملة قابلة للتجديد تبتدئ في 2007/01/01 وتنهي في 2007/12/31 وقد تجدد التسويغ ضمنيا ولنفس المدة وانتقلت ملكية المكرى له و أعلم المطلوب بذلك بمقتضى محضر مجرى بواسطة عدل تنفيذ في 2011/04/12 وقد تولى التنبيه عليه بالخروج بتاريخ 07/12/ 2016 وعبر عن عدم رغبته في التجديد وبضرورة مغادرة المكرى في موفى ديسمبر 2016 إلا انه لم يحرك ساكنا وطلب بناء عليه القضاء استعجاليا بإلزامه بالخروج من المحل لانتهاء المدة .

و بعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 2017/76701 بتاريخ 18/ 04/ 2017 القاضي ابتدائيا استعجاليا بالزام المدعى عليه بالخروج من المكرى المعد للحلاقة بشارع خالد بن الوليد عدد 2 حي الطيب المهري العوينة تونس لانتهاء المدة.

وحيث استأنف المدعي في الأصل الحكم المذكور طالبا نقضه والقضاء من جديد برفض المطلب استنادا الى اكتسابه الملكية التجارية بموجب بيعه لمواد متعلقة بنشاطه بما يجعل العلاقة خاضعة للقانون عدد 35 لسنة 1977 .

وحيث أصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع استنادا الى القول بأن النظر في مدى تكوين المستأنف لأصل تجاري بمحل النزاع ومدى تمعته تبعا لذلك بحق البقاء من عدمه هو أمر يقتضي بالضرورة القيام بجملة من الأعمال الاستقرائية وهي جميعها أمور خارجة عن نظر القاضي الاستعجالي لخوضها في أصل الحق فضلا عن وجود قضية أصلية في إبطال محضر التنبيه سند المطلب لا تزال على بساط النشر .

فتعقبه الطاعن وورد بمستندات طعنه بعد استعراض وقائع القضية وإجراءاتها نعيه على القرار المطعون فيه ما يلي:

المطعن الوحيد : خرق القانون

بمقولة انه وإثر صدور الحكم الابتدائي الاستعجالي قام المعقب ضده بنشر قضية اصلية في إبطال التنبيه سند القيام فاعتبرت المحكمة ان ذلك يترتب عليه مساس بالأصل دون ان تسعى إلى تحري جدية ذلك المسعى ووجاهته ودون ان تعمل اجتهادها في استجلاء ما إذا كان الأمر يتعلق بمنازعة جدية او مجرد محاولة لإخراج النزاع عن صبغته الاستعجالية سيما وانه ثبت لدى المحكمة ان المعقب ضده قد تسوغ المحل موضوع النزاع لممارسة حرفة الحلاقة لا غير وهي حرفة فضلا عن ان الفاتورات ومحضر المعاينة المدلى بهما من قبل المعقب ضده لا يمكن اعتمادها لإثبات بيعه لمواد تجميل وحلاقة ضرورة ان تلك المؤيدات هي حجج كونها المعقب ضده بنفسه لنفسه ولا يمكن الاحتجاج بها على الغير وعليه طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل نقض القرار المطعون فيه وارجاع القضية للمحكمة التي أصدرته للنظر فيه بهيئة اخرى.

و حيث جوابا على مستندات التعقيب لاحظ نائب المعقب ضده أن خوض الطاعن في طبيعة نشاط منوبه ومدى استحقاقه للأصل التجاري من عدمه فضلا عن مناقشته عدم موافقته تعاطي المعقب ضده لبيع مستحضرات الحلاقة والحال انه شاغل للمحل منذ سنة 2007 فيه خوض في الوقائع يخرجه عن اختصاص أنظار هذه المحكمة وان اعتبار المعقب الحجج

المدلى بها من طرفه حججا كونها لنفسه امر غير مستساغ باعتبار ان محاضر عدول التنفيذ تكتسي صبغة رسمية وهي معتمدة بين الأطراف وفي مواجهة الغير طبقا للقانون عدد 29 المؤرخ 03/13/ 1995 وان خوض المعقب في كل هذه التفاصيل يخرج النزاع عن انظار قضاء الاستعجال كما ان النزاع لا يزال على بساط النشر وانتهى الى أن مستندات المعقب لم تأت بما من شانه أن يوهن مستندات القرار المطعون فيه وعليه طلب رفض التعقيب أصلا إن كان مقبولا شكلا.

المحكمة

عن المطعن الوحيد :

حيث إن القضاء المستعجل مشروط بالتأكد و عدم المساس بالأصل بمعنى عدم البت في أصل الحقوق وجودا أو عدما و بالتالي فإن إثارة منازعة تمس بأصل الحق توجب على قاضي العجلة مسألتين أولهما ما إذا كان لتلك المنازعة ظل من الصواب على ضوء أوراق ومؤيدات الطرفين وثانيهما ما إذا كانت تستوجب تدخل قاضي الأصل لحسمها قبل النظر في الإجراء المطلوب استعجاليا.

وحيث إزاء مطلب المعقب الرامي إلى إخراج المعقب ضده الآن من المكرى محل النزاع لانتهاء مدة التسويغ ، دفع هذا الأخير باكتساب حق الملكية التجارية على أساس ممارسته لنشاط تجاري بالمكرى المعد للحلاقة مستندا في ذلك إلى محضر معاينة وشهادة نشر تشير إلى قيام المعقب ضده بقضية في إبطال تنبيه وفاتورات .

وحيث لم يختلف الطرفان في ان المكرى معد للحلاقة .

وحيث اقتضى الفصل الأول من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 أن أحكامه تنطبق على عقود تسويغ العقارات والمحلات التي يستغل بها أصل تجاري طيلة عامين متتاليين على الأقل سواء كان على ملك تاجر أو صاحب صناعة أو صاحب حرفة.

وحيث يستشف من أحكام الفصل الأول المذكور أن المشرع مكن صاحب الحرفة من التمتع بقانون الملكية التجارية متى أثبت استغلاله بالمكرى أصلا تجاريا المدة القانونية من خلال إثبات عناصره المادية والمعنوية المشار إليها بالفصل 189 من المجلة التجارية وهو ما اتفق عليه فقها وقضاء .

وحيث اتضح بالرجوع إلى أوراق الملف أنه فضلا عن تنصيص عقد الكراء على ان المكرى أُعد لممارسة نشاط الحلاقة ، فإن تعاطي المعقب ضده لهذا النشاط يبقى اساسا عملا حرفيا يدويا يعتمد على الممارسة الشخصية و جودة الخدمة المسداة للحريف و لا يتكون منها أصلا تجاريا على معنى الفصل الأول من قانون 1977 المذكور إلا إذا أثبت الحرفي تعاطيه نشاطا تجاريا على معنى الفصل الثاني من نفس القانون باعتبار ان النشاط التجاري يعتبر عنصرا من عناصر الاصل التجاري إلى جانب بقية عناصره الاخرى الواردة بالفصل 189 م ت .

و حيث إن إثبات المكتري ملكيته و استغلاله لأصل تجاري بالمكرى يكون بجميع الوسائل القانونية المتاحة و المبينة بالفصل 427 م ا ع .

و حيث إن محضر المعاينة المجرى بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ "ح.ب.ج.ب" بتاريخ 2017/03/12 تحت عدد 18255 والفاتورات وشهادة النشر المدلى بها من المعقب ضده لا يمكن ان يستشف منها ما يقوم دليلا على قيام عنصر المضاربة في نشاطه الحرفي و تعاطيه لأعمال الإنتاج والتداول هذا فضلا على أن المعاينة أجريت لاحقا لمحضر التنبيه بالخروج سند المطلب و بعد توجيه الاستدعاء للحضور بالجلسة امام محكمة البداية و كذلك التداعي في إبطال التنبيه بالخروج فقد تم ذلك عقب صدور الحكم الابتدائي .

وحيث ومن جهة أخرى فإنه يتبين بالاطلاع على ظاهر الفاتورات المحتج بها من الطاعن وما بدا من عددها ومن محتواها المتضمن لنوعها و للكميات المقتناة انها اقتنيت للاستعمال الشخصي وفي إطار نشاط المعقب ضده الحرفي

لتظل جميع المؤيدات المحتج بها قاصرة عن إثبات وجود أصل تجاري بالمكرى في ظل غياب التصريح على الوجود " الباتيندا " و كذلك السجل التجاري وكل ما يفيد ممارسة المعقب ضده لنشاط تجاري مدة سنتين متتاليتين ليؤخذ مما سلف بسطه افتقار دفع المعقب ضده إلى الجدية مما يخول لقاضي العجلة البت في مطلب إخراجه من المكرى لانتهاء المدة .

و حيث تأسيسا على ما ذكر تكون المحكمة لما قضت برفض المطلب بمقولة جدية الدفع بخضوع العلاقة التجارية لقانون الاكرية قد أساءت تطبيق القانون و خاصة أحكام الفصل 201 م م م ت و قصرت في التسبيب فعرضت بذلك قضاءها للنقض .

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليه .

و صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ **05/10/ 2018** عن الدائرة المدنية الواحدة و العشرين المتركبة من رئيستها **السيدة سلوى الزين** وعضوية المستشارتين **السيدتين نادرة بن سالم وشفيقة الحجلاوي** وبحضور المدعي العام **السيد لطفي البدوي** وبمساعدة كاتب الجلسة **السيد أحمد عبيد** **./.**

وحرر في تاريخه