الجمهورية التونسية **الحمـد لله،**
وزارة العدل
محكمة التعقيب
عدد القرار: 48508
تاريخه:2018/02/08

أصـدرت محكمة التعقيب القرار الآتي:

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المقـدم فـي 2017/03/09 تحـت عـدد 30658 مـن طـرف المحـامي الأسـتاذ "م.ص.ب"

في حـق: : "ر.ج"

ضـد: "خ.ج"

طعنـا فـي القـرار الاسـتئنافي عـدد 96812 الصـادر بتـاريخ 2016/12/06 عـن محكمـة الاسـتئناف بتـونس والقاضـي نهائيـا بقبـول الاسـتئناف شـكلا وفـي الأصـل بـنقض الحكـم الابتـدائي والقضـاء مجـددا بـبطلان الـدعوى وتخطيـة المسـتأنفة بالمـال المؤمن وحمل المصاريف القانونية على المحكوم ضدها.

وبعـد الاطـلاع علـى مسـتندات التعقيـب المبلغـة للمعقـب ضـده بواسـطة عـدل التنفيـذ "ك.ب.د" حسـب محضـره عـدد 7416 بتـاريخ 2017/04/03 وعلـى نسـخة الحكـم المطعـون فيـه وعلـى جميـع الإجـراءات والوثـائق المقدمـة فـي 2017/04/10 وفقا لمقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعـد الاطـلاع علـى ملحوظـات النيابـة العموميـة لـدى هـذه المحكمـة والراميـة إلـى قبـول مطلـب التعقيـب شـكلا وأصـلا والنقض دون إحالة.

وبعـد الاطـلاع علـى أوراق القضـية والمفاوضـة بحجـرة الشورى صرح علنا بما يلي:

<u>من حيث الشكل</u>

حيـث كـان مطلـب التعقيـب مسـتوفيا لجميـع أوضـاعه وصـيغه القانونيـة طبـق أحكـام الفصـل 175 ومـا بعـده م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل

حيث تفيد وقائع القضية مثلما أثبتها الحكم المطعون فيه والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الأصل (المعقبة الآن) لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضة بواسطة محاميها أن المطلوب (المعقب ضده الآن) متسوغ منها المحل التجاري الكائن بشارع 9 أفريل *****باب سعدون بمعين كراء شهري قدره 150 دينارا شهريا حسب عقد التسويغ المبرم بين الطرفين والمسجل بباب سويقة في ديسمبر 1999 وقد تخلف هذا الأخير عن خلاص الكراء عن المدة من 1-1-2008 إلى 31-12-2012 وقدره تسعة آلاف دينار رغم التنبيه عليه بواسطة عدل التنفيذ "ح.ج" بتاريخ 11-12-2012 تحت عدد 58906 مخالفا بذلك شروط العقد وأحكام الفصل 23 من قانون 25 ماي 1977 لذلك فإنها تطلب الحكم بإلزام المطلوب بالخروج من المكرى المشار إليه لانفساخ العقد .

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 46091 بتاريخ 8-1-2015 يقضي ابتدائيا برفض المطلب لعدم إدخال البنك المرتهن حتى يتسنى للمحكمة معرفة إن كان مارس الحق الذي منحه إياه الفصل 245 م ت بخصوص بيع الأصل التجاري.

وحيث استأنفت المدعية (المعقبة الآن) الحكم المذكور وأصدرت محكمة القرار المطعون فيه قرارها عدد 76560 بتاريخ 2015/07/06 بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وتخطية المستأنفة بالمال المؤمن.

فتعقبته المستأنفة وتبعا لذلك أصدرت محكمة التعقيب قرارها عدد 2015/ 29630 بتاريخ 28-01-2016 بالنقض مع الإحالة بناء على أن دور القاضي الاستعجالي يقتصر على معاينة انفساخ العقد بقوة القانون بعد تحقق الشروط الواردة بالفصل 23 المشار إليه دون أن يعتبر ذلك منه ولوجا في أصل النزاع لاقتصار دوره في هذه الحالة على معاينة الانفساخ بقوة القانون والتصريح به ومن ناحية أخرى أنه ما من سبب قانوني

يجعل القضاء المستعجل في حل من تنزيل حكم القانون على محضر التنبيه طالما أنه لا يطرح أي علاقة أصلية بين طرفي الدعوى ولا ينجر منه أو ينزع بسببه حق للمسوغ أو المتسوغ بل إن نص الفصل 242 م ت مجعول لإعلام الدائن الذي له قيود مرسمة على الأصل التجاري الذي يستغل بالمكرى المطلوب فسخ عقده كرائه أو معاينة انفساخه حتى يتخذ ما يلزم من إجراءات لحماية حقوقه.

وحيث أعيد نشر القضية بسعي من المستأنفة وتبعا لذلك صدر القرار المضمن نصه بطالع هذا بناء على أن إدلاء المستأنفة بمحضر إعلام موجه للدائنة المرتهنة لتثبت التزامها بموجبات الفصل 242 م ت لم يثبت منه تعلقه بالاعلام بقيامها فعليا بدعوى الفسخ وإنما اقتصر على الإعلام برغبتها في القيام بتلك الدعوى وفي ذلك مخالفة للفصل 242 م ت الذي يفترض أن يتم الإعلام بالقيام فعلا بدعوى الفسخ وثبوت نشرها لترتب بذلك الجزاء الذي قرره الفصل 242 م ت وهو بطلان الدعوى.

وحيث تعقبته المستأنفة ناعية عليه:

المطعن الوحيد - في مخالفة القانون و الإساءة في تطبيقه :

بمقولة أن تأسيس محكمة الحكم المطعون فيه قضاءها على اعتبار أن إعلام الدائن المرتهن بالدعوى في الخروج من المكرى لانفساخ عقد الكراء اللاحق لتاريخ القيام بالدعوى الذي تم في 2014/12/10 هو لا يعدّ سوى إعلام برغبة في القيام بهذه الدعوى فيه مخالفة لمقتضيات الفصل 242 من م ت لعدم تعلّقه بالقيام فعليا بدعوى الفسخ يطرح إشكالية قانونية تتمثل في معرفة التوقيت الذي يقع فيه إعلام الدائن المرسم بالدعوى المقامة في فسخ عقد الكراء المستغل به الأصل التجاري أو في معاينة إنفساخه الذي نصت عليه أحكام الفصل 242 من المجلة التجارية هل يجب إعلام الدائن المرسم بعد القيام الفعلي بالدعوى مثلما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه أم يجوز القيام به قبل القيام بالدعوى وما هي مقاصد

المشرّع من فرض القيام بإجراء الإعلام و عدم إجازته للمحكمة إصدار الحكم قبل مضي شهر من تاريخ الإعلام وإن التأويل الذي ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه يتسم بمخالفة القانون وبالإساءة في تطبيقه و يتجافى مع مقاصد المشرع فقد نصت أحكام الفقرة الأولى من الفصل 242 من المجلة التجارية على أنه " إذا قام المالك بدعوى فسخ عقد كراء المحل الذي يستغل فيه أصل تجاري وجب عليه تقديم شهادة في عدم وجود تقاييد أو قائمة في التقاييد الموجودة وفقا للصيغ المقررة بالفصل 216 من هذه المجلة" ويؤخذ من هذه الأحكام أن دعوى فسخ عقد كراء المحل الذي يستغل فيه أصل تجاري أو معاينة انفساخه تستجوب أن يقدّم المالك للمحكمة المتعهدة بالنظر في الدعوى شهادة في عدم وجود تقاييد أو قائمة في التقاييد الموجودة (و في قضية الحال فإن المعقبة تولت تقديم شهادة في وجود تقاييد مسلمة من كتابة المحكمة وفقا للصيغ المقررة بالفصل 216 من المجلة التجارية تطبيقا لمقتضيات الأحكام المذكورة) وقد اقتضت أحكام الفقرتين الثانية و الثالثة من الفصل 242 من المجلة التجارية " وإذا كان الأصل التجاري مثقلا بقيود مرسمة وجب على مالك المحل إعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة بتقييدهم بواسطة عدل منفذ و إلا كانت الدعوى باطلة.

و لا يجوز أن يصدر الحكم قبل شهر من تاريخ هذا الإعلام" ويؤخذ من هذه الأحكام أن المشرع أوجب على المالك إعلام الدائنين المرسمين بواسطة عدل منفذ في صورة وجود تقاييد ورتّب عن عدم القيام بالإعلام بطلان الدعوى وفي قضية الحال فإن المعقبة تولت إعلام الشركة "ت.ب" بوصفها دائنا مرتهنا بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ "ك.ب.د" حسب رقيمه عدد 5460 المؤرخ في 2014/11/12 المظروف بالملف الذي تضمن نصه حرفيا ما يلي " و حيث بناء على امتناع السيد "خ.ج" عن خلاص معينات كراء المدة المتراوحة بين 2008/01/01 و2012/12/31 وقدرها 9.000,000 دينار قامت العارضة بالتنبيه عليه بضرورة خلاص معينات الكراء

المذكورة بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ "ح.ج" حسب محضره عدد 58906 بتاريخ 2012/12/11 في أجل أقصاه 3 أشهر من تاريخ تبليغه الرقيم طبق أحكام الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/05/25 المتعلق بالأكرية التجارية ومذكرة إياه بوجوب الخلاص في الأجل المذكور وقد انقضى أجل 3 أشهر دون أن يتولى "خ.ج" خلاص معينات الكراء المتخلدة بذمته وتأسيسا على ذلك فإن العارضة تعلم المتوجه إليها بقيامها بدعوى في إلزام المتسوغ "خ.ج" بالخروج من المكرى لانفساخ العقد بقوة القانون وذلك عملا بأحكام الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/05/25 المتعلق بالأكرية التجارية ".

وقد تم القيام بالدعوى موضوع الحكم المطعون فيه بتاريخ 2014/12/10 أثناء مدة الشهر التي ابتدأت من تاريخ إعلام الشركة "ت.ب" - الدائن المرتهن في 2014/11/12 وأصدرت محكمة البداية حكمها عدد 46091 في 2015/01/08 أي بعد انقضاء أجل الشهر دون أن تمارس الشركة "ت.ب" - الدائن المرتهن- الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 245 من المجلة التجارية ودون أن يصدر عنها أي موقف تجاه الإعلام المبلغ إليها بطريقة قانونية ولم تحرك ساكنا وهو أمر لا جدال حوله ولا شيء يقف حائلا دون أن تمارس الشركة "ت.ب" ما كفله لها المشرع من حقوق على الأصل التجاري المستغل بالمحل إثر الإعلام المبلغ إليها من طرف المعقبة والذي بلغها مباشرة وإن مسألة معاينة انقضاء أجل الشهر قبل صدور الحكم لم تكن محل منازعة سواء من طرف المعقب ضده أو من طرف محكمة الحكم المطعون فيه فضلا عن أن أحكام الفصل 242 المذكورة لم تتضمن أن الإعلام يجب أن يكون بعد القيام الفعلي بالدعوى و إلا كان جزاء الدعوى البطلان ولم تفرض توقيتا معينا للقيام بالإعلام (قبل القيام الفعلي أو بعده) مما يجعل قضاء محكمة الحكم المطعون فيه فاقدا لسنده القانوني الصحيح وجاء مبنيا على

تأويل يفقد أحكام القانون من مقاصد المشرع التي تهدف من وراء الإعلام إلى حماية حقوق الدائنين المرسّمين بغض النظر عن توقيت الإعلام إن كان قبل أو بعد القيام وأن البطلان الذي اقتضته أحكام القانون لم يتعلق إلا بصورة عدم القيام بالإعلام وليس بتوقيته حيث اقتضت أحكام الفقرة الخامسة من الفصل 242 من المجلة التجارية أنه في هذه المدة يجوز لكل دائن مقيد أن يطلب بيع الأصل التجاري طبق أحكام الفصل 245 من هذه المجلة" وأضاف أنه ضمانا لحقوق الدائنين المرسمين وحماية لها أقر المشرع ضمن هاته الأحكام وجوبية إعلام الدائنين المرسمين بواسطة عدل منفذ في صورة وجود تقاييد ويؤخذ من هذه الأحكام أن المشرع أحاط الدائنين المرسمين بحماية لحقوقهم عن طريق فرض إجراء الإعلام لغاية اتخاذ ما يلزم من إجراءات لحماية حقوقهم من الخطر الذي يتهددها من جراء رفع المالك لدعوى انفساخ عقد الكراء أو معاينة انفساخه وبذلك فإن سعي المشرّع لإحاطة الدائنين المرسمين وحماية حقوقهم هي المقصد الأساسي لوجوبية الإعلام الذي اقتضته تلك الأحكام القانونية والتي يؤخذ منها أن بطلان الدعوى الذي نصّت عليه لا يترتب إلاّ في صورة عدم قيام مالك المحل بواجب إعلام الدائنين المرتهنين بالدعوى بواسطة عدل منفذ ولا نزاع حول قيام المعقبة بإعلام الّدائن المرتهن الشركة "ت.ب" بواسطة عدل منفذ وهو ما يجعل قضاء محكمة الحكم المطعون فيه ببطلان الدعوى على أساس أن الإعلام قد تمّ بتاريخ سابق لتاريخ القيام بالدعوى هو قضاء في غير طريقه و يتّسم بالإساءة في تطبيق القانون ضرورة أن المشرع لم يرتّب البطلان إلاّ في صورة عدم قيام المالك بإعلام الدائن المرتهن بالدعوى بواسطة عدل منفذ وفي قضية الحال فإن المنوبة قامت بالإعلام بواسطة عدل منفذ طبق مقتضيات النص القانوني المذكور وقد سبق لمحكمة التعقيب أن أبدت رأيها في هذه المسألة حسب القرار التعقيبي عدد 29630.2015 الصادر بين الطرفين بتاريخ 2016/01/26 المشار إليه أعلاه وأكدت أن الإعلام الموجه للدائن المرسم الشركة "ت.ب" بواسطة

عدل التنفيذ "ك.ب.د" بتاريخ 12 نوفمبر 2014 تحت عدد 5460 قبل رفعها للدعوى ليست فيه مخالفة لأحكام الفصل 242 من المجلة التجارية أو مساس بالأصل وهو ما لم تلتفت إليه محكمة الحكم المطعون فيه وارتأت أن الإعلام الذي أوجبته أحكام الفصل 242 م ت له ارتباط بالنظام العام الاقتصادي واعتبرت أن توجيهه قبل رفع الدعوى فيه مخالفة لأحكام الفصل 242 م ت ويكون جزاء الدعوى البطلان وتكون بذلك محكمة الحكم المطعون فيه قد توخّت تمشيا معاكسا تماما فضلا عن أن ما تمسكت به واعتبرته يهم النظام العام الاقتصادي لم تقع إثارته من قبل ولدى جميع الأطوار السابقة بل أكثر من ذلك فإن محكمة التعقيب في القرار عدد 29630.2015 المذكور اعتبرت الإعلام عملا صحيحا ولم تر فيه مخالفة لأحكام القانون وجاء قضاء محكمة الحكم المطعون فيه يقضي ببطلان الدعوى على أساس التأويل الذي ذهبت إليه وكأن محكمة التعقيب التي أصدرت القرار عدد 29630.2015 كانت في غيبوبة ولم تتفطن لهذه المسألة وغفلت عنها وتدعيما للتمشي الذي توخته استدلّت محكمة الحكم المطعون فيه بالقرار التعقيبي عدد 8807 المؤرخ في 2005/01/10 وبالقرار التعقيبي عدد 54135 المؤرخ في 2010/10/02 وهما قراران تعرّضا إلى مسألة الإعلام الموجه للدائن المرسّم من زوايا مختلفة عن قضية الحال وقد أكدت محكمة التعقيب بالقرار التعقيبي عدد 8807 المؤرخ في 2005/01/10 أن أحكام الفصل 242 م ت اقتصرت بالنسبة للإعلام على شكليتين هما أن يكون بواسطة عدل المنفذ وأن يسبق هذا الإعلام صدور الحكم بشهر وجاء بمستندات هذا القرار أن" النص لم يقتصر بالنسبة للإعلام إلا شكليتين وهما أن يتم بواسطة عدل منفذ وأن يسبق صدور الحكم بشهر" وقد أكدت محكمة التعقيب بالقرار التعقيبي الثاني الذي استأنست به محكمة الحكم المطعون فيه عدد 54135 المؤرخ في 2010/10/02 أن أحكام الفصل 242 م ت لم ترتب جزاء البطلان إلا في حال عدم إعلام الدائنين المرسمين بنشر دعوى

الفسخ والذي جاء بمستنداته أنه " ملف القضية لم يتضمن ما يفيد إثقال الأصل التجاري التابع للمعقب بقيود مرسمة بما لا يمكنه معه التمسك ببطلان الفسخ طالما أن أحكام الفصل 242 م ت لم ترتب جزاء البطلان إلا في حال عدم إعلام الدائنين المرسمين بنشر دعوى الفسخ أما مجرد عدم الإدلاء بشهادة في عدم وجود تقاييد أو بقائمة في التقاييد فلم ترتب عليها أحكام الفصل المشار إليه أي بطلان بما تعين معه رد هذا المطعن لافتقاره إلى السند القانوني الصحيح" وإن القرارين التعقيبيين الذين استأنست بهما محكمة الحكم المطعون فيه لم يتناولا النظر بصفة أصلية ومباشرة في المسألة المطروحة في قضية الحال المتعلّقة بتوقيت توجيه الإعلام للدائنين المرسمين وهو ما يجعل قضاء محكمة الحكم المطعون فيه بتسليطه جزاء البطلان على الدعوى على أساس أن الإعلام تم تبليغه قبل القيام الفعلي يستند على تأويل ضيق لأحكام الفصل 242 م ت خاصة وقد اقتضت أحكام الفصل 541 م إ ع "إذ احوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدّته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا" وعليه لا يمكن تأويل أحكام الفصل 242 م ت من أنها تقتضي أن يتم الإعلام بعد النشر الفعلي للدعوى والجزم بذلك بل وجب عملا بالقاعدة القانونية الواردة بالفصل 541 م إ ع أن لا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق في توقيت القيام بإعلام الدائنين المرسمين ووجب التذكير بأن الإعلام المبلغ للشركة "ت.ب" الدائن المرتهن تضمّن بيان الأسباب التي اضطرت من أجلها المعقبة إلى القيام على المعقب ضده في طلب إلزامه بالخروج لانفساخ العقد بقوة القانون طبق أحكام الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/05/25 ودون أن يصدر عنها أي موقف تجاه الإعلام المبلغ إليها بصفة مباشرة ولم تحرك ساكنا وهو أمر لا جدال حوله.

وأكد أن الشرط الفسخي المنصوص عليه بالفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/05/25 قد

تحقق سيما وأن أن الخلاص يجب أن يكون في بحر أجل الثلاثة أشهر وهو أجل غير قابل للتمديد وبمضيه يكون الفسخ حتميا وقد اقتضت أحكام الفصل 532 م إ ع أن " نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون" ومن هذا المنطلق فإن انقضاء أجل 3 أشهر الممنوح بموجب التنبيه (المحضر عدد 5664 المؤرخ في 2015/03/13) الموجه للمعقب ضده على أساس الفصل 23 المشار إليه أعلاه وذلك بتاريخ 2015/06/11 دون أن يتولى أداء ما بذمته طبق القانون يوجب الفسخ وطالما أن المعقب ضده لم يقدم ما يثبت الخلاص أو ما يفيد تأمين مال الكراء في غضون أجل 3 أشهر فإنه بعد معاينة توفر الشروط التي نص عليها الفصل 23 المذكور على المحكمة ترتيب الآثار القانونية المنجرة عن عدم الخلاص خلال الأجل الممنوح بموجب التنبيه الموجه إليه على أساس الفصل 23 المشار إليه أعلاه وفي قضية الحال فإن المعقبة قامت بإعلام الشركة "ت.ب" -الدائن المرتهن- بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ "ك.ب.د" حسب رقيمه عدد 5460 المؤرخ في 2014/11/12 تطبيقا لمقتضيات الفصل 242 من المجلة التجارية دون أن تمارس الشركة "ت.ب" -الدائن المرتهن- الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 245 من المجلة التجارية في غياب أي مانع بل أكثر من ذلك فإنها لم تحرك ساكنا ومتى تمت معاينة تحقق الشروط الواردة بالفصل عدد 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/05/25 وما يفيد تنفيذ مقتضيات الفصل 242 م ت فإن الدعوى المرفوعة من طرف المعقبة في طلب الحكم بإلزام المعقب ضده بالخروج من ا المكرى لانفساخ العقد في طريقها وإن حقوق المعقبة ومصالحها حرية بالحماية القانونية على وجه التأكّد على معنى أحكام الفصل 201 م م م ت ووضع حدّ للضرر الكبير اللاحق بها والذي يتفاقم يوما بعد يوم بسبب امتناع المعقب ضده وإصراره على عدم خلاص معينات الكراء (150 دينار مشاهرة وتدفع مسبقا) طيلة الفترة الممتدة من2008/01/01

إلى غاية شهر مارس من سنة 2017 وقدرها 16.650 دينار (9.000 دينار عن الفترة من 2008/01/01 إلى 2012/12/31 موضوع التنبيه سند الدعوى في قضية الحال - 7.650 دينار عن الفترة اللاحقة إلى غاية 2017/03/31) وأن الامتناع عن خلاص معينات الكراء مستمر في جانب المعقب ضده ومن أوكد واجبات المتسوغ أداء معينات الكراء في آجالها طبق ما تقتضيه أحكام الفصل 768 م إ ع وانتهى إلى طلب الحكم بقبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإرجاع ملف القضية لمحكمة الاستئناف بتونس لإعادة النظر فيه من جديد بهيئة أخرى.

المحكمة

عن المطعن الوحيد:

حيث انحصر النزاع بين الطرفين حول مدى اعتبار الإعلام الموجه للدائن المرتهن على معنى الفصل 242 م ت والسابق للقيام بدعوى الفسخ قانونيا محترما لموجبات الفصل 242 م ت أم أنه من الواجب توجيهه بعد رفع دعوى الفسخ.

وحيث اقتضى الفصل 242 م ت أنه " إذا قام المالك بدعوى فسخ عقد كراء المحل الذي يستغل فيه أصل تجاري وجب عليه تقديم شهادة في عدم وجود تقاييد أو قائمة في التقاييد الموجودة وفقا للصيغ المقررة بالفصل 216 من هذه المجلة.

وإذا كان الأصل التجاري مثقلا بقيود مرسمة وجب على مالك المحل إعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة بتقييدهم بواسطة عدل منفذ وإلا كانت الدعوى باطلة.

ولا يجوز أن يصدر الحكم قبل شهر من تاريخ هذا الإعلام

ولا يصبح الفسخ بالتراضي نهائيا إلا بعد شهر من تاريخ إعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة ويتم ذلك بواسطة عدل منفذ.

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

وحيث يؤخذ من الفصل المتقدم أن تقديم شهادة في عدم وجود تقاييد أو قائمة في التقاييد الموجودة على الأصل التجاري مرتبط بقيام المالك بدعوى الفسخ وإن إعلام الدائنين المرسمين بدعوى الفسخ للمكرى المستغل به الأصل التجاري يجب أن يكون عند القيام بتلك الدعوى ويمكن أن يكون مقترنا به أو لاحقا له.

وحيث ثبت رجوعا للحكم المنتقد أن المحكمة اعتبرت أن إدلاء المستأنفة بمحضر إعلام موجه للدائنة المرتهنة (لتثبت التزامها بموجبات الفصل 242 م ت) ثبت أنه لم يتضمن إعلاما بالقيام الفعلي بدعوى الفسخ وإنما اقتصر على الإعلام برغبتها في القيام بتلك الدعوى فيه مخالفة للفصل 242 م ت الذي يفترض أن يتم الإعلام بالقيام فعلا بدعوى الفسخ وثبوت نشرها.

وحيث إن ارتباط الإعلام المقرر بالفصل 242 م ت بقضية الفسخ تفرضه طبيعة الأمور ذلك أن الفسخ الذي رتبه الفصل 23 من قانون 1977 فسخ حتمي وغاية المشرع بفرض إجراء إعلام الدائنين بقضية الفسخ هي تمكينهم من مباشرة دعوى بيع الأصل التجاري موضوع طلب الفسخ باعتباره يمثل موضوع ضمانهم في الآن ذاته وذلك قبل تلاشيه بموجب دعوى الخروج لانفساخ العقد ومؤدى ذلك أن إعلام الدائنين بدعوى الفسخ يجب أن يتم بعد القيام بالدعوى أو على أقصى حد عند القيام بها حتى يتمكن الدائن من مباشرة إجراءات البيع والتي تفترض خلاص المالك في معينات الكراء غير المدفوعة ثم طلب بيع الأصل التجاري المستغل بالمحل اتقاءً للفسخ.

وحيث إن تمسك المعقبة بأن توجيه الإعلام بالفسخ قبل القيام بالدعوى ممكن لا يجد سندا له في عبارات الفصل 242 م ت ويعتبر من باب تحميل النص القانوني ما لا تقتضيه عباراته خلافا للفصل 532 م إ ع الذي اقتضى أن نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة

وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون وإن القول بضرورة الإعلام السابق للدعوى يقتضي إعلام الدائن المرتهن بجدية طلب الفسخ بالقيام فعليا بالدعوى ولا مجرد الرغبة في ذلك التي قد لا تؤول إلى نشر قضية ذلك أن ممارسة الدائن لقضية في بيع الأصل التجاري موضوع رهنه مرتبط بوجود قضية في الفسخ ولا يمكن إجباره على القيام بها في ظرف شهر من الإعلام دون القيام فعليا بقضية الفسخ.

وحيث إن تمسك المعقبة بعدم قيام البنك المرتهن بدعوى البيع على معنى أحكام الفصل 245 م ت لا يبرر لاعتبار الإعلام السابق عن دعوى الفسخ صحيحا ما لم يتضمن صراحة إعلاما بالقيام الفعلي بدعوى الفسخ وعن مخالفة محكمة القرار المنتقد لقرار محكمة التعقيب سند تعهدها فإنه لا يعيب حكمها طالما أن لمحكمة الإحالة وفي حدود المسألة القانونية التي تسلط عليها النقض أن تبني حكمها على فهم وتقدير لوقائع الدعوى بما يخالف ما ذهبت إليه المحكمة من قبل وعلى غير النحو الذي أسست عليه محكمة التعقيب قرارها بالنقض وذلك على ضوء ما هو ثابت بالأوراق وما عرض عليها بعد الإحالة من أوجه دفاع وكأنها منشورة أمامها للمرة الأولى وتعين رد هذا الدفع.

وحيث يتحصحص من كل ما سبق أن الطعن الحالي إنما يرمي في الحقيقة إلى مناقشة محكمة الموضوع في صحة ما اعتمدته من العناصر لتبرير قضائها وهو جدل موضوعي داخل في اجتهادها المطلق وليس لهذه المحكمة أن تنقض اجتهادها طالما كان حكمها معللا تعليلا سليما مستمدا مما له أصل ثابت بالأوراق دون تحريف أوخرق للقانون وهو ما كان متوفرا في قضية الحال مثلما وقع بيانه واتجه بذلك رد المطعن لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

وصـــدر هـــذا القـــرار بحجـــرة الشـــورى بتـــاريخ **08 فيفـــري 2018** عـــن الـــدائرة المدنيـــة الواحـــدة والعشـــرين المتركبـــة مـــن رئيســـتها الســـيدة **ســـلوى الـــزين** وعضـــوية المستشـــارتين الســـيدتين **ماجـــدة الفهـــري ونـــادرة بـــن ســـالم** وبحضـــور المـــدعي العـــام الســـيد **لطفي البدوي** وبمساعدة كاتب الجلسة السيد **أحمد عبيد.**

وحرر في تاريخه