**ز / ز**
**الجمهوريــة التونسيــة**
**وزارة العدل** **الحمــد لله**
**محكمــة التعقيــب**

***ع27690.2015دد القضيــة**
**تاريخــه :08/03/2016**

أصــدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 15/06/2015 تحت عدد 5767 من الأستاذ ***** المحامي لدى التعقيب .

**نيابة عن** شركة ***** للاستثمار العقاري في شخص ممثلها القانوني سجلها التجاري عدد 27412004B مقرها بعمارة ***** شارع ***** ***** ***** ***** محل مخابرتها بمكتب الاستاذ ***** الكائن بشارع ***** ***** *****.

**ضد** ***** مقره بالشقة عدد 11 الكائنة بالطابق 2 من الاقامة أ نهج ***** بحي ***** *****

طعنا في الحكم الاستئنافي المدني عدد 55197 الصادر بتاريخ 07/10/2014 عن محكمة الاستئناف ***** والقاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي و تخطئة الطاعنة بالمال المؤمن و حمل المصاريف القانونية عليها.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ ***** حسب محضره المؤرخ في 16/06/2015.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق المظروفة بالملف و التي استوجبها الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة و المقدمة في 21/01/2016 الرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والحجز.

وبعد الاطلاع على مظروفات الملف و المطاعن المثارة

**من حيث الشكل**

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع الشروط والاجراءات القانونية المنصوص عليها باحكام الفصول 175 وما بعده م م م ت لذلك فهو مقبول شكلا.

**من حيث الاصل**

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اثبتها القرار المنتقد و الاوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الاصل المعقبة حاليا عارضة امام المحكمة الابتدائية ***** انها ابرمت مع المدعي عليه المعقب ضده الان وعد بيع التزمت بموجبه بالتفويت لهذا الاخير في الشقة عدد 11 من الطابق الثاني العمارة أ بنهج ***** بحي ***** ***** بثمن جملي قدره 97640.000 حسبما هو ثابت من وعد البيع المعرف بالامضاء عليه في 14/07/2001 والمسجل في 07/09/2009 ***** و قد تحوز المدعي عليه بالشقة موضوع وعد البيع ودفع مبلغ خمسة الاف دينار حين ابرام الكتب والتزم بموجب الفصل6 من عقد وعد البيع يدفع باقي الثمن و قدره 92.600.000 د على اقساط تدفع كل ثلاثة اشهر ابتداء من 01/09/2001 بحساب 2316.000 د كل قسط و تم تضمين تلك الاقساط صلب عدد 40 كمبيالة وان المدعي عليه دفع جزءا من الاقساط المتفق عليها واعرض عن خلاص باقي الاقساط فاستصدرت ضده الامر بالدفع عدد 6325 المؤرخ في 24/07/2004 عن المحكمة الابتدائية ***** القاضي بالزامنه باداء باقي الثمن وقدره 67164.000 دينار و تم اقرار الامر بالدفع المذكور بموجب القرار الاستئنافي عدد 36240 بتاريخ 25/11/2005 وقد تعذر تنفيذ الامر بالدفع المذكور حسبما هو ثابت من المحاضر المرافقة.

وقد ثبتت مماطلة المدعي عليه عن دفع باقي الثمن و حاولت غصب المدين على الوفاء الا انه استحال ذلك وعملا باحكام الفصلين 268 و 273 من م ا ع طلبت الحكم بفسخ كتب الوعد بالبيع المبرم بين الطرفين في 14/07/2001 والمسجل بالقباضة المالية ***** في 07/09/2009 وحمل المصاريف القضية و اتعاب المحاماة على المدعي عليه.

وحيث وبعد استيفاء الاجراءات اصدرت المحكمة الابتدائية ***** حكمها عدد 45913 بتاريخ 4/06/2012 القاضي ابتدائيا برفض الدعوى وابقاء مصاريفها محمولة على القائمة بها.

وحيث تاسس الحكم الابتدائي على انتفاء المماطلة في جانب المدعي عليه بناءا على ان عقد وعد البيع لم يتضمن شرط فسخي لقاء التاخير في دفع الثمن ولم ينص على تاريخ ابرام العقد النهائي كما ثبت سعي المدعي عليه في التحصيل على قرض بنكي بالمبلغ المتبقي وسعيه الى اتمام البيع النهائي مع المدعية وهو ما يفيد حرصه على تنفيذ التزامه التعاقدي وعن حسن نيته وفق ما اقتضته احكام الفصل 243 م ا ع.

وحيث استانفت المدعية في الاصل الحكم الابتدائي فاصدرت محكمة الاستئناف ***** حكمها عدد 55197 بتاريخ 07/10/2014 موضوع الطعن حاليا بالاقرار للحكم الابتدائي بناءا على ان المستانفة اختارت الغصب على الوفاء باستصدار الامر بالدفع في الزام المطلوب باداء باقي الثمن و ان اختيار طريقة الغصب على الوفاء يمنعها بعد ذلك من اللجوء الى المطالبة بالفسخ ذلك ان الفصل 273 م ا ع خير الدائن بين الغصب على الوفاء او الفسخ ولا يمكن الجمع بينهما.
وحيث عقبت المستانفة الحكم الاستئنافي المذكور ناعية عليه جملة من المطاعن

**المطعن الاول ضعف التعليل**

قولا بان محكمة الحكم المنتقد سايرت محكمة البداية تمشيها حينما قضت باقرار الحكم الابتدائي.

وان المحكمة الابتدائية عللت حكمها برفض الدعوى بناءا على عدم تنصيص عقد الوعد بالبيع لا على شرط فسخي ولا على تاريخ ابرام البيع النهائي وعلى حصول الموعود له بالبيع في 02/03/2011 على موافقة مبدئية من البنك لاسناده قرض لخلاص بقية الثمن.
وانه على خلاف ما ذهبت اليه المحكمة فان عقد وعد البيع تضمن تاريخا نهائيا لخلاص كامل الثمن و ابرام البيع النهائي وهو الموافق لغرة سبتمبر 2009 كحد اقصى وفق الاقساط المنصوص عليها وذلك دون اعتبار احكام الفصل 7 من وعد البيع الذي خول للمعقبة المطالبة بكامل الثمن عند رجوع اية كمبيالة بدون خلاص.

وان المعقب ضده لم يحرك ساكنا لخلاص المعقبة في بقية الثمن منذ رجوع الكمبيالة وبعد استصدار الامر بالدفع ابتدائيا و استئنافيا و الى حد هذا التاريخ مما ينزع عنه جانب الحرص وحسن النية خاصة و ان الشقة في حوز المعقب ضده و يتصرف فيها بالكراء لفائدة الغير وان تعليل محكمة الحكم المنتقد حكمها بعدم امكانية الجمع بين الغصب على الوفاء و الفسخ في غير طريقه اعتبارا لكون استصدار منوبته لامر الدفع استنادا للكمبيالات غير الخالصة بعد حلول اجلها ليس الا دليلا على تلدد المعقب ضده خاصة و انه تعذر تنفيذ الامر بالدفع حسب مؤيدات الدعوى.

**المطعن الثاني خرق القانون و سوء تطبيقه**

قولا بان محكمة الحكم المنتقد اساءت تطبيق احكام الفصول 242 و 243 و 268 و 273 من مجلة الالتزامات و العقود والفصول 513 و 514 و 515 و 517 من نفس المجلة ضرورة ان ارادة الطرفين واضحة و صريحة بخصوص تعليق اتمام البيع على شرط واجل مقترنيني معا اما الشرط فهو خلاص كامل الثمن واما الاجل فهو 01/09/2009 كحد اقصى اعتمادا على تاريخ اخر كمبيالة يحل اجل خلاصها وهو ما ينسجم واحكام الفصلين 515 و 517 من م ا ع اللذين تقتضيان ان العبرة بالمقاصد لا بظاهر الالفاظ والتراكيب و تكون المحكمة على ذلك الاساس قد خرقت احكام الفصل 513 و 514 و 518 م ا ع كما اولت العقد طبق ما جاء بحكمها.

وان محكمة الحكم المنتقد لما اعتبرت ان اجل اتمام البيع غير محدد ومفتوح و معلق على رغبة المطلوب تكون قد اساءت تاويل بنود وعد البيع و انتهت بذلك الى نتيجة غير منطقية تؤدي الى الاضرار بالمعقبة.

وانه من جهة اخرى و انه لا يمكن للمعقب ضده ان يدفع بحسن نيته ولا يسعيه سنة 2011 للحصول على قرض بنكي ضرورة ان الفصل 675 م ا ع نص على ان التزام المشتري منحصر في امرين وهما دفع الثمن و قبض المبيع كما اقتضت احكام الفصل 676 من م ا ع على المشتري ان يؤدي الثمن في التاريخ و بالصورة المتفق عليها في العقد و بالتالي فلا يمكن لمحكمة اعتبار اجل تنفيذ البيع مفتوحا بصفة مطلقة كمخالفته للواقع و للقانون و للعرف وهو ما يبرر طلب الفسخ

تبريرا قانونيا وواقعيا.
ولقد نص الفصل 680 من م ا ع انه اذا اشترط فسخ العقد بمجرد عدم اداء الثمن او كان العرف كذلك فالعقد مفسوخ بمجرد عدم دفع الثمن في الاجل المعين.

وان التاخر عن الوفاء الوارد به الفصل 273 من م ا ع يقصد به التاخر عن الوفاء دون سبب صحيح بما يجعل المدين مماطلا على معنى الفصل 268 من م ا ع.

وان ارادة المشرع واضحة في حماية الدائن الذي يتعرض لمماطلة مدينه خاصة فيما يتعلق بالالتزام الاصلي كما هو الحال في القضية فقد مكنه المشرع من وسائل متعددة لتلك الحماية منها حق الامتناع عن الوفاء من جهة حسب الفصلين 246 و 247 من م ا ع ومنها جعل الفسخ بيده كما خول له حق اللجوء للمحكمة لطلب غرم الضرر الى جانب حق غصب المدين على الوفاء ان كان ممكنا ماديا و قانونيا وحق طلب الفسخ ان كانت مصلحته تقتضيه وبالتالي فان حرمان منوبته من طلب فسخ العقد رغم مماطلة معاقدها ورغم سابقية لجوءه للقضاء بغرض جبره على الوفاء و باستصدارها الامر بالدفع ضده يؤدي الى تفضيل المعاقد الخحل بالتزاماته على المعاقد الذي يوفي بهاوالى اضعاف الضمانات التي تحفظ للعقود حرمتها و فيه مخالفة للقانون لما فيه من ترك الافضلية المطلقة و الحرية التامة للمعقب ضده في الايفاء بالتزاماته التعاقدية تجاه المعقبة من عدمه بما يكون معه الحكم المنتقد مجانب للصواب .

وطلب على أساس ما تقدم نقض القرار المطعون فيه مع الاحالة.

**المحكمة**

**عن المطعن الاول و الدفوعات المستمدة من خرق الفصول 242 و 243 و 268 من مجلة الالتزامات و العقود موضوع المطعن الثاني**

حيث تمحورت الدفوعات المثارة ضمن المطعن الاول وجزء من المطعن الثاني في النعي على الحكم الابتدائي في تعليله لقضائه بعدم تنصيص وعد البيع على شرط فسخي ولا على تاريخ ابرام البيع النهائي وحصول الموعود له على موافقة مبدئية من البنك باسناده قرضا في بقية الثمن وما تم اثارته ضمن هذه الدفوعات من مسالة مماطلة المعقب ضده والحرص و حسن النية في تنفيذ الالتزامات كلها مسائل لم تعتمدها محكمة الحكم المنتقد في تعليلها لقضائها ضرورة انها اشارت ضمن حيثياتها باقرار الحكم الابتدائي مع تغيير مستنداته واعتماد مستنداتها فقط التي تركزت اساسا على تاويل الفصل 273 من م ا ع متجاوزة بذلك مسالة المماطلة والتاخير في الخلاص و كل ما عللت به محكمة البداية حكمها وهو ما يستروح منه الاعتراف الضمني للمحكمة بحلول الدين وثبوت المماطلة معتبرة في ردها على دعوى الفسخ و ان الفصل 273 من م ا ع خير الدائن بين الغصب ودعوى الفسخ بما لا يمكن معه للدائن الجمع بينهما.

وحيث ان الطعن بالتعقيب يتسلط على الاحكام الاستئنافية ولا يتعداه الى ما قضت به المحاكم الابتدائية خاصة متى تبين تغيير السبب الذي تاسس عليه الحكم الابتدائي وباتت بناء على ما تقدم الدفوعات المشارة صلب المطعن الاول وكذلك في جزء من الطعن الثاني غير متجهة قانونا و تعين ردها.

**عن الدفع المستمد من خرق احكام الفصل 273 من م ا ع مناط المطعن الثاني.**

حيث عللت محكمة القرار المنتقد قضاءها بان الطاعنة اختارت طريقة غصب معاقدها على الوفاء بالثمن باستصدارها حكما قضائيا في الغرض بما يمنعها بعد ذلك من اللجوء قضائيا للمطالبة بالفسخ بمقولة ان الفصل 273 من م ا ع خير الدائن بين الغصب على الوفاء او الفسخ دون امكانية الجمع بينهما.

وحيث وعلى خلاف ما ذهبت اليه محكمة الحكم المنتقد فانه لا شيء باحكام الفصل 273 م ا ع يفيد ان اختيار الغصب على الوفاء يمنع الدائن من الالتجاء الى طلب الفسخ ضرورة ان عبارات الفصل 273 واضحة في اشتراط تعذر الوفاء لطلب الفسخ ولو مع سبق استعمال الدائن حقه في الغصب.

وانه بالرجوع الى ملف قضية الحال يتضح تحقق شرط تعذر الوفاء في جانب المعقب ضده سواء من خلال تعذر تنفيذ الامر بالدفع الذي استصدرته المعقبة ضده في بقية ثمن المبيع حسبما هو ثابت من محضر محاولة التنفيذ المؤرخ في 27/09/2008 وكذلك محضر تعذر التنفيذ المؤرخ في 27/05/2008 ومن خلال اقرار المعقب ضده نفسه بجلسة التحريرات المكتبية المنعقدة بتاريخ 04/05/2010 وبتاريخ 21/09/2010 بكونه لم يتول خلاص أي مليم منذ صدور القرار الاستئنافي القاضي باقرار الامر بالدفع في 25/11/2005 معبرا على استعداده لدفع 20 الف دينار فقط واقتراحه سداد الباقي على اقساط مقرا بتحوزه بالمسكن من ابرام وعد البيع و انه يتصرف فيه بالكراء للغير.

وحيث ان تعذر الوفاء ثابت لا جدال فيه و يكفي معاينته من المحكمة للتصريح بقيامه ضرورة ان اثبات وجوده موكول لسلطة المحكمة التي من واجبها معاينته والبحث فيه و ترتيب الاثار القانونية عليه فهو من مشمولاتها ومن مطلق اختصاصها و دورها كمحكمة موضوع يؤهلها لذلك غير ان محكمة القرار المنتقد تخلت عن ذلك الواجب و اتخذت موقفا سلبيا ينم عن سوء فهم وتاويل خاطئ للفصل 273 م ا ع الذي جاء في الحقيقة ليكرس مبدا قانونيا يرتكز على حق الدائن في الحماية من مماطلة مدينه و ليس العكس.
وعليه اضحى الدفع المستمد من خرق احكام الفصل 273 من م ا ع في طريقه و تعين قبوله والقضاء على اساسه بقبول الطعن اصلا والتصريح بالنقض والاحالة.

**ولهذه الاسباب**

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا و نقض القرار المطعون فيه و احالة القضية على محكمة الاستئناف ***** لاعادة النظر فيها من جديد بهيئة أخرى و اعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع المال المؤمن اليها.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 8 مارس 2016 عن الدائرة المدنية الثامنة و العشرون المتركبة من رئيسها السيد ***** وعضوية المستشارين السيدين ***** و ***** بحضور المدعي العمومي السيد ***** وبمساعدة كاتب)ة( الجلسة السيد)ة( *****.

**وحـــرر في تاريخـــــه**