ب/م

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة ***

محكمــة التعقيــب

***ع36107.2016دد القضيــة**

تاريخــه :2 فيفري 2017

أصــدرت محكمة التعقيب القرار الاتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 23/3/2016 تحت عدد 27733 مــن الأستاذ: ***** المحامي لدى التعقيب

نيابة عن:م.م عنوانه بـ ***** وبنهج ***** والمعين محل مخابرته بمكتب محاميه *****.

ضــد:1/خ.ب قاطن بنهج ***** ومحل مخابرته بمكتب محاميه الاستاذ ***** *****.

2/ب.م قاطن بعدد ***** ومحل مخابرته لدى الاستاذ ***** المحامي.

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 70109 الصادر بتاريخ 5/1/2016 عن محكمة الاستئناف ***** والقاضي نهائيا بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بإقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطية المستأنف بالمال المؤمن وتغريمه لفائدة المستأنف ضدهما بثلاثمائة دينار (300د) لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه.

وبعد الاطلاع على محضر الاعلام المبلغ الى المعقب الآن بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ ***** بتاريخ 3/3/2016 تحت عدد 2561.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ ***** حسب محضره عدد 25061 بتاريخ 21/4/2016 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 21/4/2016 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على المستندات المقدمة في 20/5/2016 من الاستاذ ***** المحامي لدى التعقيب نيابة عن المعقب ضدهما والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا ان تم قبوله شكلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والحجز.

وبعد الاطلاع على اوراق القضية المفاوضة بحجرة الشورى صرح علنا بما يلي:

مــن حيــث الشكــل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونية طبق احكام الفصول 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

وحيث طلب نائبي الطرفين الترافع في القضية حسب مقتضيات الفصل 188 م م م ت الا ان احدا منهم لم يحضر يوم الجلسة في حين تمسكت النيابة بالطلبات.

مــن حيــث الأصــل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعين في الاصل (المعقب ضدهما الآن)قما لدى محكمة البداية عارضين بواسطة نائبهما انه في تسوغهما من المطلوب (المعقب الآن)بموجب العقد المؤرخ في 9/12/2006 والمسجل في 25/3/2010 جميع المحل الكائن ***** والمتكون من محلين منفردين ملاصقين لبعضهما والبالغ

مساحته 180 م م بمعين كراء شهري قدره ستمائة وخمسون دينار (650د)ولمدة سنتين بدايتها في 1/12/2006 وقد تجدد الكراء واكتسب المدعيان الحق التجاري بالمحل المذكور والمشتمل على محلين يفتحان على بعضهما ببابين نافذين ولكل منهما باب حديدي (ستار)مساحة الاكبر 150 م م والصغير 30 م م وفي مطلع جويلية 2009 اتفق الاطراف على ان يسترجع المسوغ المحل الصغير مع التخفيض في الكراء الشهري الى 485 دينار للكبير فقط وتسلم المسوغ بموجب ذلك مفتاح المحل الصغير وسدم البابين النافذتين والتزم بإبرام ملحق عقد التسويغ لما تم الاتفاق عليه الا انه ماطل ما حدى بالمدعين اللجوء الى عدم خلاص الكراء من جويلية 2009 الى آخر فيفري 2010 أي ما قدره مقدرة 4.550.000 د فكانت القضية الاستعجالية 85614 في 26/4/2010 التي قضت بالمتخلد فقاما بتنفيذه حسب المحضر في الغرض فقاما بالاستئناف وحينها قضت المحكمة مجددا برفض المطلب تحت عدد 8819 بدعوى ان المنازعة في القيمة الكرائية تكتسي صبغة جدية ثم قام المسوغ بالتنبيه عليها في 18/10/2010 على معنى الفصل 23 من قانون الاكرية وطالبهم بخلاص معين الاشهر من مارس 2010 الى موفى اكتوبر أي ما قدره 6.556.544 د ترفيعا في المعينات بنسبة 8 بالمائة من 1/12/2009 حسب الفصل 5 من العقد مغرض المدعيان خلاص المال فرد عليهما المالك طالبا اداء المعينات من مارس 2010 الى آخر اكتوبر بمعين 9.834.816 د كأداء المعينات عن المدة المتراوحة بين جويلية 2009 وآخر مارس 2010 بمعين سنوي قدره 7.800.000د وهو امر في غير طريقه قانونا لكون المساحة التسويغية قد انخفضت وهو ما تم اعلاه المسوغ به بواسطة عدل التنفيذ ***** في 2/3/2010 رقيم عدد 1262 وطالبا بتحرير ملحق عقد التسويغ طبق المتفق عليه يؤكد ان المبلغ الواقع خلاصه للحكم الاستعجالي 85614 يشمل مدة تفوق المطالب بها طبق المعين القديم المحدد بـ485 دينار شهريا كما تمت معاينة استرداد المحل الصغير من المسوغ ما يجعل التنقيص من مبلغ الكراء امرا مستوجبا وعليه طلب الحكم بالزام المدعى عليه (المسوغ) بتنقيص معين الكراء السنوي بما يتماشى والنقص في المساحة الانتفاعية والاذن تحضيريا بتسمية خبير لتحديد معين الكراء الواجب اعتماده بعد نقص المساحة والقضاء تبعا لذلك بالزام المطلوب بان يصادق على ملحق عقد التسويغ المتضمن التنصيص على المساحة المتبقية في تسوغيها والمعين الواجب اعتماده وفي صورة امتناعه اثر انتهاء اجل الاستئناف فاعتبار الحكم يقوم مقام الملحق كالقضاء بإلزامه على ضوء نتيجة الاختبار بان يؤدي لهما ما قبضه زيادة عن معين الكراء عن المدتين بين جويلية 2009 وفيفري 2010 وبين مارس 2010 وآخر اكتوبر 2010 والزامه بان يؤدي لهما معلوم الاختبار وتغريمه لهما بألف دينار اجرة محاماة واتعاب تقاضي و 63.970 لقاء رقيم الاستدعاء وحمل المصاريف القانونية عليه .

وحيث وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت المحكمة الابتدائية ***** حكمها عدد 12847 بتاريخ 30/4/2014 قاضي ابتدائيا باعتبار معين الكراء الشهري المتعلق بالمحل الكائن ***** والبالغة مساحته مائة وخمسين مترا مربعا (150 م م) مقدار بخمسمائة وواحد واربعين دينارا ومليمات 666 (541.666 د)والزام المدعى عليه بإمضاء ملحق عقد الكراء المعتمد قدره 541.666دبداية من غرة جويلية 2009 وذلك في ظرف شهر من تاريخ اعلامه بهذا الحكم وفي صورة امتناعه فاعتبار الحكم يقوم مقام الاتفاق المذكور كإلزامه بان يؤدي لفائدة المدعيين ستة آلاف واربعمائة وثمانية دنانير ومليمات (6.408.993د)لقاء ما قبضه زيادة عن معينات الكراء المستوجبة وتغريمه لفائدتهما بمائتي دينار (200د)لقاء التسبقة المدفوعة بعنوان اجرة الاختبار وخمسمائة دينار (500د)لقاء اتعاب التقاضي واشراف المحاماة وقبول الدعوى المعارضة شكلا ورفضها اصلا وحمل المصاريف القانونية بما في ذلك اجرة رقيم الاستدعاء وقدرها 63.970دعلى المحكوم عليه.

وحيث وقع اعلام المطلوب بالحكم المذكور فاستأنفه بواسطة محاميه فأصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها المضمن نصه وعدده بالطالع .

وحيث تم اعلام المحكوم عليه بذلك القرار فتعقبه بواسطة محاميه الذي نعى عليه:

1/خرق قواعد الاختصاص الحكمي من خلال احكام الفصول14و40و251 م م م توالفصول 28و31و32من القانون عدد37 لسنة 1977 لان محكمة الاصل لما استبعدت احكام الفصل 28 من القانون 37 تكون خرقت القانون وان هذا الاخير اصدت قاضي خاص هو قاضي الملك التجاري يعهد له حصرا بعض النوازل ينظر فيها وفق قانون الاكرية التجارية وهي تحديدا تلك الواردة الاشارة اليها بالفصول 27و28و29و30 وهي تحديدا ثلاثة انواع:

نزاع في مدة العقد الجديد او خلاف في معلوم كراء العقد المجدد او خلاف حول شروط العقد الثانوية، و لا نزاع بان موضوع دعوى الحال يرمي الى تعديل معين كراء عقد محدد وساري المفعول على ضوء حصول واقعة مادية تتمثل في استرجاع جزء من المكرى وعليه وعملا بأحكام الفصل 31 من القانون 37 فان قاض الملك التجاري هو المختص حصريا ولا يمكن يحال من الاحوال الانحراف عن ذلك لاتصال تلك الاحكام بالنظام العام كما ان محكمة القرار لم تعرض الملف على النيابة واكتفت بالإشارة الى سبق عرضه بالطور الاول وهو موقف مخالف لما درج عليه فقه القضاء وبات بذلك الحكم خارقا لقواعد الاختصاص الحكمي واتجه نقضه .

2/خرق مبدأ الحياد والانحراف بالدعوى وسوء تقدير الوقائع وخرق احكام الفصلين 70 م م م تو771 م ا ع:

بمقولة انه وبالرجوع الى العريضة فقد اسس المدعيان طلبهما على احكام الفصل 766 م ا ع وعملا بأحكام الفصل 12 م م م ت والرامية ما تضمنته العريضة عملا بالفصل 70 م م م ت فانه لا يمكن للمحكمة الانعطاف بالدعوى وجعلها تنتهي الى ما قضت به كما انها اساءت تقدير الوقائع وبتصريحات المدعيين دون تصريحات المسوغ كاملة لان قول هذا الاخير في التحريرات باسترجاع المحل هو جزء فقط من الحقيقة او جزء من مشروع الصلح الذي اجهض بفعل المدعيان ولم يقر بانه تحوز بالمحل

المسترجع والذي بقي مغلقا لمدة ثلاث سنوات ولم يضع يده عليه الا سنة 2014 حسب المحضر المضاف في الغرض كما ان تأسيس المحكمة قضاءها على الفصل 764 م ا ع في غير طريقه لعدم انطباق الفصل على نزاع الحال لأنه لا اثر لما يفيد هلاك المكرى وهو ما جعل محكمة الاستئناف تستبعد ذلك الفصل لعدم انطباقه وتخضع الواقعة لأحكام الفصل 771 م ا ع واصبحت بذلك مخطئة في امرين وتكون قد خرقت الفصل المذكور الذي يلزم التخفيض بضرورة الانتفاع بالجزء المسترجع.

3/خرق احكام الفصل 22 من قانون 1977 وهضم حقوق الدفاعلما لم ***** المحكمة بين القيمة المالية للمحل *****بكونه اقل قيمة من المحل الكبير فالأول مشغل كمكتب والثاني كقاعدة النشاط التجاري وان مساواتها بينهما فيه خرق للعناصر الواردة بالفصل 22 كما ان محكمة القرار ثالث من القوة الملزمة للعقد ولم تحسن فهم الاشكال القانوني المطروح في الملف والمتعلق اساس بالفقدان الجزئي للسبب وهي حالة لا يحكي عنها الا الفصلين 60و61 م ا ع والتي لا تنطبق على نزاع الحالي وان حله يمكن في طرحه امام قاضي الملك التجاري لتطبيق آلية التعديل .

4/خرق احكام الفصول242 و243 م ا ع و26 منقانون 1977 وضعف التعليل:

بمقولة ان محكمة البداية تقر بان تعديل الكراء التجاري خاضع لمقتضيات آمرة وفصول محددة ومن انظار جهة بعينها ورغم ذلك تسلم بسلطتها التقديرية في تعديل الكراء وفق احكام القانون العام والحال ان ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون ولا ينقضي الا برضاء طرفيه وهو ما درج عليه فقه القضاء (قرار تعقيبي 17957 في 5/2/1991)وما تضمنه الفصل 5 من العقد حول الزيادة الاتفاقية يعكس ارادة الطرفين وان المشرع وان اقر حرية التعاقد الا انه خول للمحاكم حق المراقبة اذا ما تبين ان هناك حيف قد ينال احد الطرفين عند العمل بالشرط التعاقدي (قرار تعقيبي 26242بتاريخ 26/5/2009).

5/خرق احكام الفصول226 و227 م م م تو29 من القانون لسنة 1977 وضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع:

بمقولة انه وامام عدم خلاص معينات الكراء من المتسوغين فقد تمسك المعقب بالدعوى المعارضة للمطالبة بإجراء مقاصة الا ان محكمتي الاصل رفضنا دون اساس سليم وفي ذلك خرق القانون ومجانبة لما استقر عليه فقه القضاء ومن ذلك ما ذهبت اليه القرار الاستئنافي الصادر بعد تعقيب القرار الاستعجالي وذلك في القضية 30384 بتاريخ 12/7/2012 والذي تضمن فهما جيدا لحدود الاختصاص تعليل سليم لنطاق واسانيد التعهد من القضاء وتكون محكمة الحكم المنتقد جانبت الصواب وخرقت القانون واساءت تطبيقه وطلب قبول التعقيب شكلا وفي الاصل بالنقض مع الاحالة .

المحكمة

***عن المطعن الاول:**

حيث تبين بالاطلاع على لائحتي حكم البداية والقرار المنتقد ان الدعوى تعلقت بطلب القضاء بتنسيب معين الكراء الواجب التطبيق ازاء استرجاع المالك (المسوغ) للمحل الذي يمسح 30م م استنادا الى ان واقعة الاسترداد المذكورة ثابتة بمحضر المعاينة المنجز في ذلك السياق والمضافة نسخة منه للملف واخذا بتصريحات المعقب نفسه اثناء التحريرات الحاصلة بالطور الاول والتي لا يمكن التشكيك في صدورها عنه ما يعتبر منه اقرارا حكميا على معنى الفصل 428 م ا ع.

وحيث وبناء على ذلك فلا علاقة بين الطلب الموما اليه ومقتضيات الفصول من 27الى 30 من القانون عدد 37 لسنة 1977 وان ما تضمنه المطعن من تحليل ومناقشة لأحكام الفصل 28 من قانون 1977 يجعل من المعتدل اخضاع دعوى الحال لأحكامه لانها غير متصلة باي وجه من الوجوه بتنبيه تجاري وفق المقتضيات الصريحة والآمرة للقانون المشار اليه ولا بحالة قبول المسوغ التجديد وتسلط النزاع على الثمن او المدة او الشروط الثانوية او تحميله تلك العناصر ولا هي متصلة بطلب تعديل الكراء تخفيضا او ترفيعا على معنى قانون الملك التجاري جراء حصول تغييرات جوهرية في المؤشرات الاقتصادية وانما يتعلق بنزاع مدني صرف تسلط على محتوى العلاقة التعاقدية الاصلية جراء ما صدر عن المسوغ من تصرفات واقعية وخاصة جراء انجازه عملية الاسترجاع الفعلي والقانوني للمحل الصغير من المتسوغين وذلك بصرف النظر عن تحوزه او انتفاعه لذلك من عدمه .

وحيث احسنت المحكمة تطبيق القانون على الوقائع المعروضة عليها والمطعن مردود وكذلك الدفع المتصل بخرق القرار المنتقد لأحكام الفصل 251 م م م ت لثبوت قيام المحكمة بعرض الملف على النيابة بتاريخ 15/6/2011 وفضلا عن ذلك فقد تدعم اقرار المسوغ بان المكرى لا يتعدى مساحة 150 مترا من خلال توليه توجيه تنبيه في تعديل الكراء على معنى الفصول 24و25و26 من قانون 1977 بتاريخ 3و4سبتمبر2014 وهي وضعية فيها تناقض مع ما ورد بالمطعن.

عن المطعن الثاني:

حيث ان الدفع بمخالفة محكمة القرار المنتقد لأحكام الفصل 70م م م ت لم يكن بالدقة بمكان واتجه تجاوزه خاصة ان العريضة تضمنت الفصول القانونية المستمدة اليها الدعوى واذ ذكر الطاعن للفصل 766م ا ع ونسبة تضمينه للعريضة هو قول مغوط باعتبار ان النصوص الواردة بعريضة الدعوى هي727و728و764 م ا ع وان المحكمة لما استبعدت احكام الفصل 764 وكيفت الوقائع على انها تحت طائلة الفصل 771 م ا ع تكون قد مارست سلطتها المطلقة واجتهادها المسموح به للتكييف القانوني

وعللت ما انتهت اليه بما له اصل ثابت وبصفة مستساغة ولا مأخذ عليها في ذلك كما لا خرق صدر عنها لأحكامالفصل 12 م م م ت المتصل بالحياد واضحى الدفع في غير طريقه.

وحيث بخصوص الدفع المتصل باعتماد ما ورد على لسان المعقب ضدهما دون المعقب فانه قول في غير موضعه لأنه كان موجها الى محكمة البداية وكان حريا بالمعقب المتمسك به امام محكمة الدرجة الثانية ثم و على حرص صحة الدفع ومن باب الجدل وبالرجوع الى لائحة الحكم المذكور وما تضمنه الملف الابتدائي فان محكمة الدرجة الاولى لم تأخذ بتصريح منقوص ولا اخطأت في فهم ما صدر عن المسوغ ووقفت على اجتماع اراد في الطرفين على التقليص في المساحة الجملية للمكرى بمقتضى استرجاع المسوغ لجزء منه وهو ما يستوجب تعديلا للكراء وفق قاعدة ودون دخول في التفاصيل بشأن الجزء المسترجع ان كان مستغلا في النشاط التجاري او كونه ركن للإدارة باعتبار ان المحل قبل واقعة الاسترجاع وحدة متكاملة واضحى النزاع منحصرا ضبط الكراء يعد الاسترجاع وان ما ذهبت اليه المحكمة من تحديد لتلك المعين لا يتنافر وانتها بانجاز اختبار وذلك باعتبار لسلطتها التقديرية في الاستفاقة عن تراه من اهل الخبرة حسب الفصل 86 م م م ت واتجه رد المطعن بكامل فروعه .

عن المطعن الثالث:

حيث ان تركيز هذا المطعن على احكام الفصل 22 من قانون 1977 لم ترادفه مثيل له امام محكمة الاستئناف وعليه فانه يثار ولأول مرة امام هذه المحكمة وحريا بالالتفات عنه.

وحيث ومن باب الجدل ورجوعا الى نص المطعن فان المعقب على لسان نائبه اقر بان المحكمة توخت قاعدة النسبية في قضاءها وانها اساءت استعمالها وهو بذلك يقر بسلامة التوجه الذي نحته محكمة الاصل على الاقل من حيث المبدأ وانه على فرض تفسير المطعن بكون خرق الفصل 22 هو سوء اعمال قاعدة النسبية فان ذلك يخرج عن مراقبة هذه المحكمة باعتبار المطعن يرمي الى ما انتهت اليه محكمة الاصل في اجتهادها وفي تبينها للاعمال الفنية المنجزة بواسطة خبير مختص في الاكرية بعد ان وقفت على موضوعية تلك الاعمال وسلامتها ومطابقتها للمقاييس المعتمدة والمعمول بها في تناغم مع ماديات النزاع المعروض امامها .

عن المطعن الرابع:

حيث ان الدفع المسلط على ما انتهيته محكمة البداية ومن بعدها محكمة القرار المنتقد في عدم تفعيلها الزيادة الاتفاقية وحتى استبعادها كان ** القرار المطعون فيه معلل كما يجب قانونا وان ذلك التعليل مستمد من روح احكام القانون عدد 37 لسنة 1977 والتي ***** بالطالع الحمائي خاصة من جهة الشروط التي يمكن ان تنال من حق التجديد وكان التعليل المستند اليه مستساغ قانونا .

وحيث وبخصوص التمسك بالتوجه القضائي بانه ما اتفق عليه الطرفان يكون شريعتهما ولا ينقضي الا برضائهما فانه يتجه القول بان اتجاها آخر يتبنى ان نقض الاتفاق التعاقدي يمكن ان يجعل حكم القانون خاصة اذا نص هذا الاخير على بطلان ما تضمنه العقد وافضل مثال هو ما تضمنه العقد من اتفاق على زيادة دورية بنية معينة من شأنها ان تؤدي الى مخالفة الفصل 26 من قانون 1977 وتكون بذلك عرضة الى حكم الفصل 32 من ذات القانون من ذلك القرار التعقيبي 19221 الصادر بتاريخ 24/12/2002 والقرار التعقيبي 52610 الصادر بتاريخ 30/10/1996 .

وحيث وطالما كان القرار المنتقد بخصوص هذا الفرع من الطعن قد جاء مؤسسا قانونا ومعلل بما يرتاح له وجدان المحكمة فان المناقشة الموضوعية تصبح غير ذات اهمية واتجه رد المطعن.

عن المطعن الخامس:

حيث ان هذا المطعن تجاوز ما تضمنه القرار الاستئنافي المطعون فيه ليسلط الطعن على ما تضمنه الحكم الابتدائي من مستندات.

وحيث ان التمسك بضرورة اعمال المقاصة من محكمة الاصل دون بيان موجبات واجراءات ذلك التفعيل في المطعن المقدم بهذا الطور يجعل من هذا الاخير ضعيف السند حريا بالرد.

وحيث بخصوص الفرع من المطعن المتصل بفحوى القرار الاستعجالي الصادر عن محكمة الاستئناف كمحكمة احالة بمناسبة القضية 30384 الصادر فيها الحكم بتاريخ 12/7/2012 والسعي من المعقب بان له علاقة مباشرة على موضوع قضية الحال فانه في غير طريقه ضرورة ان ذلك القرار وعلى فرض صدوره بمثل ما تضمنه المطعن من تحليل فانه لا يغيب عن الفكر انه صادر في مادة القضاء ***** ولم يتضمن الملف ولا الطعن ما يفيد ان ذلك القرار قد اضحى باتا خاصة وقد دفع المعقب ضدهما بانه قد لم تقضي ذلك من محكمة التعقيب يجعل من الخوص بشأنه في غير طريقه بمناسبة قضية الحال .

وحيث وفضلا عن كل ما تقدم فان طلب المقاصة المتمسك به في الطعن والمعيب على محكمة الاصل عدم اثباته اضحى بلا فائدة خاصة بعد ان تبين من خلال الرد على المستندات ان المبلغ المراد اجراء المقاصة فيه من المعقب قد تم خلاصه حسب المحضر عدد 24295 المحرر في 5/1/2016 تحت عنوان عرض مال بواسطة صك مضمن به مبلغ 27.083.300 دينارا بما يجعل الطعن في فرعه هذا مردود.

وحيث خاب المعقب في طعنه واتجهت تخطيته بالمال المؤمن.

ولهــذه الأسبــاب:

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

وصدر هذا القرار يوم الخميس 2 فيفري 2017 عن الدائرة المدنية الواحد والعشرون المتألفة من رئيسها السيد ***** والمستشارين السيدة ***** والسيد ***** بحضور المدعي العام السيد ***** وبمساعدة كاتب الجلسة السيد *****.

وحــرر في تاريخـــه