الجمهـــوريـــة التونسيـــة
وزارة العدل **الحمـد لله**

محكمـــة التعقيـب

عدد القضية :52257 **باسم الشعب التونسي**

تاريخه :15 /2018/02

أصـدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المضـمن تحـت عـدد 34619 والمقـدم فـي 13/ 2017/06 مـن طـرف المحـامي الأستاذ "ع ب اس"

في حق : "م ب"

ضد : "ك ك" محاميه الاستاذ "ف ن"

طعنـا فـي القـرار الاسـتئنافي عـدد 31/ 7364 الصـادر بتـاريخ 05/ 06/ 2017 عـن محكمـة الاسـتئناف بـ والقاضـي نهائيـا بقبـول الاسـتئناف شـكلا وفـي الاصـل بـنقض الحكـم الابتـدائي والقضـاء مجـددا بـرفض المطلـب واعفـاء المسـتأنف مـن الخطيـة وارجـاع المـال المـؤمن بعنوانها اليه.

وبعـد الاطـلاع علـى مسـتندات التعقيـب المبلغـة للمعقـب ضـده بواسـطة عـدل التنفيـذ الاسـتاذ "ر ك" حسـب محضـره عـدد 23172 بتـاريخ 11/ 07/ 2017 وعلـى نسـخة الحكـم المطعـون فيـه وعلـى جميـع الاجـراءات والوثـائق المقدمة حسب مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

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

و بعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى 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 ضده الان) لدى المحكمة الابتدائية بـ
عارضا أنه في تسوغ المطلوب (المعقب الان) منه المحل المعد للطولة و الدهينة منذ سنة 2010 بمعين كراء شهري قدره 600 دينارا و قد حددت مدة الكراء بعام ونصف قابلة للتجديد بداية من 08/01/ 2010 إلى موفى جانفي 2012 وتجدد العقد إلى 07/31/ 2016 و بتاريخ 28/ 10/ 2015 تولى التنبيه على المطلوب بعدم رغبته في تجديد الكراء و بضرورة إخلاء المحل بنهاية 07/31/ 2016 إلا أنه لم يحرك ساكنا بانتهاء الأجل المذكور مما ألحق به مضرة طالبا على ذلك الأساس إلزامه بالخروج من المحل لانتهاء المدة .

و بعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد49340 بتاريخ 07/ 04/ 2017 القاضي ابتدائيا استعجاليا بالزام المطلوب بالخروج من

المكـــرى الكـــائن بـــ
لانتهاء المدة .

وحيـــث اســـتأنف المـــدعى عليـــه فـــي الأصـــل الحكـــم المـــذكور طالبـــا نقضـــه والقضـــاء مـــن جديـــد بـــرفض المطلـــب اســـتنادا الـــى انـــه اكتســـب اصـــلا تجاريـــا بـــالمكرى و لا يمكـــن إخراجـــه إلا طبـــق إجـــراءات القـــانون عـــدد 37 لســـنة 1977 و هـــو مـــا يســـتوجب توجيـــه تنبيـــه علـــى معنـــى الفصـــل الرابـــع منه فضلا عن عدم توفر شرطي الفصل 201 م م م ت .

وحيـــث أصـــدرت محكمـــة الدرجـــة الثانيـــة حكمهـــا المضـــمن نصـــه بالطـــالع اســـتنادا الـــى القـــول بـــأن العلاقـــة الكرائيـــة تخضـــع للقـــانون عـــدد37 لســـنة 1977 و ان التنبيـــه بـــالخروج يجـــب ان يكـــون تبعـــا لـــذلك طبـــق أحكـــام الفصـــل 4 منه .

فتعقبـــه الطـــاعن وورد بمســـتندات طعنـــه بعـــد اســـتعراض وقـــائع القضـــية وإجراءاتهـــا نعيـــه علـــى القـــرار المطعـــون فيـــه ما يلي:

المطعن الأول : خرق أحكام الفصل 201 م م م ت

بمقولـــة ان محكمـــة القـــرار المنتقـــد قـــد انتصـــبت مكـــان قاضـــي الأصـــل وبتـــت فـــي النـــزاع لصـــالح المعقـــب ضـــده و قيـــدت بـــذلك محكمـــة الموضـــوع صـــاحبة الاختصـــاص بـــالنظر فـــي صـــحة التنبيـــه لمـــا قضـــت بمخالفتـــه لأحكـــام الفصـــل 4 مـــن قـــانون 1977 رغـــم تنصيصـــها علـــى وجـــود قضـــية منشـــورة فـــي الأصـــل بـــين الطـــرفين فـــي إبطـــال التنبيـــه ورغـــم ان المســـتأنف اســـس طعنـــه علـــى طلـــب جديـــد يتمثـــل فـــي اســـتحقاقه للأصـــل التجـــاري وهـــو مـــا لـــم يتمســـك بـــه مـــن ســـابق وبالتـــالي فقـــد جـــاء القـــرار المنتقـــد مخالفـــا لأحكـــام الفصـــل 201 م م م ت لانبنائه على أسانيد موضوعية .

المطعـــن الثـــاني :خـــرق أحكـــام القـــانون عـــدد 37 لســـنة 1977

بمقولـــة انـــه يستشـــف مـــن الفصـــل الأول مـــن القـــانون المـــذكور ان صـــــاحب الصـــــناعة او الحرفـــــة او التـــــاجر ليتمســـــك بالأحكـــام الاســـتثنائية لهـــذا القـــانون لابـــد ان يســـتغل بالمحـــل نشـــاطا تجاريـــا وان صـــفة الحرفـــي لا تكســـب المعقـــب ضـــده الملكيـــة التجاريـــة بصـــفة آليـــة طالمـــا ان النشـــاط الممـــارس بـــالمكرى لـــيس نشـــاطا تجاريـــا اســـنادا إلـــى التعريـــف الـــوارد بالفصـــل 2 مـــن المجلـــة التجاريـــة مؤكـــدا ان نشـــاط "طولـــة ودهينـــة " يعـــد حرفـــة وفـــق التعريـــف الـــوارد بالقـــانون عـــدد 106 لســـنة 1983 و صـــنفها الامـــر عـــدد492 لســـنة 1994 ضـــمن قائمـــة الخـــدمات المرتبطـــة بالصـــيانة وهـــو الأمـــر الـــذي ســـبق لمحكمـــة التعقيـــب بـــدوائرها المجتمعـــة ان بتـــت فيـــه صـــلب قرارهـــا عـــدد 51406 المـــؤرخ فـــي 2003 /10/02 وعليـــه طلـــب قبـــول مطلـــب التعقيـــب شـــكلا وفـــي الأصـــل نقـــض القـــرار المطعـــون فيـــه وارجـــاع القضـــية للمحكمـــة التـــي أصدرته للنظر فيه بهيئة اخرى.

و حيـــث جوابـــا علـــى مســـتندات التعقيـــب لاحـــظ نائـــب المعقـــب ضـــده أنـــه وعلـــى خـــلاف مـــا تمســـك بـــه الطـــاعن فقـــد ثبـــت مـــن ملـــف القضـــية أن ســـند قيـــام المعقـــب بقضـــية الحـــال هـــو محضـــر التنبيـــه التجـــاري الـــذي لا يـــزال محـــل طعـــن امـــام المحكمـــة الابتدائيـــة بـ فـــي إطـــار القضـــية عـــدد 30594 والمعينـــــة لجلســـــة 02/ 10 / 2017 و لا يمكـــــن الاعتمـــــاد عليـــه لإنهـــاء المـــدة طالمـــا لـــم يقـــع البـــت فـــي صـــحته بقـــرار بـــات مـــن محـــاكم الأصـــل وقـــد حجـــر فقـــه قضـــاء محكمـــة التعقيـــب صـــراحة علـــى القاضـــي الاســـتعجالي الخـــوض فـــي مســـائل تهـــم الأصـــل خاصـــة إذا تعلقـــت بصـــحة تنبيـــه مـــن عـــدمها مضـــيفا ان لا تأكـــد فـــي قضـــية الحـــال طالمـــا لاوجـــود لحـــق مهـــدد للمســـوغ و طالمـــا كـــان المتســـوغ يـــدفع معينـــات الكـــراء

و لم تحسم مسألة صحة التنبيه من عدم ذلك بصورة باتة و الذي تبين بالاطلاع عليه أنه بلغ على أساس الفصلين 791 و 779 م ا ع في حين ان الكراء خاضع لقانون الأكرية التجارية الذي له صبغة آمرة ، تهم النظام العام فلا يمكن إخراج المتسوغ الذي مكث بالمحل لمدة ست سنوات و اكتسب الملكية التجارية إلا طبق إجراءات خاصة جاءت بها أحكام القانون عدد 37 لسنة 1977 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 المطعنين لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما:

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 سند من الجد على ضوء أوراق و مؤيدات 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 الكراء ، دفع هذا الأخير باكتساب حق الملكية التجارية على أساس ممارسته لنشاط تجاري بالمكرى المعد "للطولة و الدهن" متمسكا في ذلك بضرورة تطبيق أحكام الفصل 4 من القانون عدد 37 لسنة 1977 عند التنبيه عليه

بالخروج ومستندا إلى قيامه بقضية في إبطال تنبيه لا تزال محل نشر.

وحيث لم يختلف الطرفان في ان المكرى معد للطولة و الدهن مُؤكّد ذلك ما اتفقا عليه بعقد الكراء شريعتهما وما نُصّ عليه أيضا بنسخة مضمون السجل التجاري المحتج به من المعقب ضده إذ ورد بهما أن النشاط المستغل بالمحل هو " صيانة السيارات و إصلاحها " كما لم يختلف الطرفان حول طبيعة هذا النشاط الذي يمثل حرفة .

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 اتُّفق عليه فقها وقضاء .

وحيث اتضح بالرجوع إلى أوراق الملف أنه فضلا عن خلوها مما يقطع بممارسة المعقب ضده الآن لنشاط تجاري بالمكرى ، فإن تعاطيه لنشاط "الطولة و الدهن" يبقى أساسا 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 المجلة التجارية

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 ظاهر أوراق الملف لا يمكن ان يستشف منه ما يقوم دليلا على قيام عنصر المضاربة في نشاطه الحرفي و تعاطيه لأعمال الإنتاج والتداول هذا فضلا على أن التداعي في إبطال التنبيه بالخروج - على فرض صحته - لا تأثير له على وجه الفصل في القضية طالما لا شيء بأوراقها يفيد ممارسة المعقب ضده لنشاط تجاري ، ليؤخذ مما سلف بسطه افتقار دفع المعقب ضده إلى الجدية بما يخول لقاضي العجلة البت في مطلب إخراجه من المكرى لانتهاء المدة .

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

ولهذه الأسباب

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

و صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ**15 /2 /0 2018** عن الدائرة المدنية الواحدة و العشرين المتركبة

مـــن رئيســـتها **الســـيدة** وعضـــوية المستشـــارتين **الســـيدتين** **و** وبحضـــور المـــدعي العـــام **الســـيد** وبمســـاعدة كاتـــب الجلسة **السيد** **./.**

وحرر في تاريخه