الجمهورية التونسية

محكمة التعقيب

العدل أساس العمران

التقرير السنوي

لمحكمة التعقيب

2019

2020

مجمع الأطرش
لنشر وتوزيع الكتاب المختص
LATRACH EDITION

الكـــتاب	**التقرير السنوي لمحكمة التعقيب 2019**
ر.د.م.ك:	978-9938-20-00000-6

© حقوق الطبع والنشر والتوزيع

العنوان	95 شارع لندرة 1000 تونس
الهاتف	**00216.71.241.123**
البريد الالكتروني	latrachsalem@gmail.com contact@latrach edition.com
المـــــوقـــع	www.latrach edition.com

الحمد لله

عملا بأحكام الفصل 115 من الدستور أعدّت محكمة التعقيب تقريرها السنوي الثاني ترفعه إلى السيد رئيس الجمهورية، والسادة رئيس مجلس نواب الشعب، ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الأعلى للقضاء، وتنشره.

والله ولي التوفيق

الرئيس الأول	وكيل الدولة العام
المنصف الكشو	**فتحي عروم**

في التعريف بمحكمة التعقيب

الرئيس الأول **السيد المنصف الكشو**

وكيل الدولة العام **السيد فتحي عروم**

العنوان	شارع 9 أفريل 1019 تونس
الهاتف	71561970
الفاكس	71571178
موقع واب محكمة التعقيب:	www.cassation.tn
محكمة التعقيب:	courdecassation@justice.tn
الرئيس الأول	courdecassation.1president@justice.tn
وكيل الدولة العام	courdecassation.procureurgeneral@justice.tn
كتابة المحكمة:	courdecassation.greffe@justice.tn

لجنة إعداد التقرير السنوي 2019

* **السيد المنصف الكشو**، الرئيس الأول لمحكمة التعقيب
* **السيد فتحي عروم**، وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب

الأعضاء

مكتب الرئيس الأول،

* **السيد حاتم بن جماعة** ، مستشار بمحكمة التعقيب
* **السيد بديع بن عباس**، مستشار بمحكمة التعقيب

الفهرس

الكتاب الأول
الكلمات الافتتاحيّة

كلمة الرّئيس الأوّل..... 29

كلمة وكيل الدّولة العام 35

الكتاب الثاني
قرار في ذاكرة فقه قضاء 2019

قرار في ذاكرة فقه قضاء 2019..... 39

الكتاب الثالث
فقه القضاء

I ـ فقه القضاء..... 79

أ–قرارات الدّوائر المجتمعة 79

– قرارات الدّوائر المجتمعة في المادّة المدنيّة..... 79

❐ مرافعات مدنية وتجارية 79

-مراقبة صحة التبليغ 79
-الإقرار بأولوية المقر المختار على المقر الأصلي مسألة اجتهادية بحتة 82
-مشاركة القاضي في الحكم الابتدائي ثم في القرار التعقيبي كمدّع عام 83
-عدم التفطن إلى المؤيّدات الدّالّة على توفّر الصّفة في الطّاعنة 86
-عدم تقديم بطاقة الإعلام بالبلوغ المتعلقة بتبليغ مستندات الطعن 88
-عدم التنصيص على رقم بطاقة تعريف متلقي التبليغ 89
-عدم تقديم بطاقة الإعلام بالبلوغ المتعلقة بتبليغ مستندات الطعن 91
-التّعريف بالهويّة لا يعني التنصيص بالمحضر على عدد بطاقة التعريف الوطنيّة 94
-الآراء القانونية ولو كانت تمثل آراء انفرادية لا تُعدّ من قبيل الخطأ البين... 95
-عدم تبليغ مستندات الطعن إلى خلفاء المعقب ضده المتوفّى بعد تقديم مطلب التعقيب..... 97
-ورود هويةً غير هوية الطاعن الصحيحة في طالع مستندات الطعن يُعدّ خطأ ماديا 100
-نيابة المحامي تنتهي بالطور الذي ناب فيه 102
-تبليغ مستندات التعقيب بمكتب المحامي 104
-تأويل القانون يخرج عن دائرة الغلط الواضح 105
-تبليغ مستندات الطعن إلى محل مخابرة ثبت انقطاع العمل به..... 106
-شروط تعهّد الدّوائر المجتمعة 108
-مفهوم العذر الشرعي 115
-قرار إصلاح حجة الوفاة لا يقبل إلا دعوى الإبطال أمام المحكمة الابتدائيّة 118

❐ مدني عام 122
-وكيل الشركة لا يعد قد عقد لنفسه إذا كانت الذات المعنوية ممثلة تمثيلا صحيحا بغيره 122
-وعد البيع المرتبط بخلاص باقي الثمن فيه على الحصول على قرض بنكي..... 127
-السبب الصحيح الذي ينفي عن الموعود له صفة المماطلة..... 130
❐ عيـــنـــي 135
-صحة البيع الذي صدر فيه حكم لفائدة المتسوغ بحق الأولوية في الشراء135
-مفهوم حسن النية في الرسوم العقارية 141
❐ تــجــاري 145
-مفهوم الأعمال التجارية التبعية - طبيعة اختصاص الدّائرة التّجاريّة 145
❐ تـأمـيـن 153
-طريقة احتساب التعويض عن الضرر المهني 153
-تمتّع مالك العربة بالتعويض عندما يكون مرافقا لسائقها 157
-التعويض عن مصاريف العلاج يكون حسب ما تمّ بذله فعلا أم باعتماد التعريفات الإطارية؟ 160
❐ اجـتـمـاعــي..... 165
-لا يجوز الاتفاق على قواعد مرجع النظر الترابي الواردة بمجلّة الشغل .. 165
-قرارات الدوائر المجتمعة في المادة الجزائية 168
❐ إجراءات جزائية 168
-قبول الخطأ البيّن في المادة الجزائية - لا يتم تبليغ المستندات إلا لمن شمله الطعن..... 168

-الغفلة عن المقر الأصلي 170
-قبول الخطأ البين في المادة الجزائية - التبليغ على معنى الفقرة 2 من
الفصل 8 من م. م. م. ت. لا يوجب الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ 174
-قبول الخطأ البين في المادة الجزائية - تحديد مناط الطعن من حيث
الأطراف يُعدّ إجراء أساسيا 178
-علاقة الطعن المرفوع من المحامي بالطعن المرفوع من المتهم شخصيا 181
-خلوّ الملف من مستندات التعقيب لعدم إضافتها من كتابة المحكمة 183
-قبول الخطأ البين في المادة الجزائية - يوم العدّ لا يُعدّ 184
-سبق النّظر في الموضوع 187
-سبق النظر في الموضوع 190
-التنصيص المنسوب لممثل النيابة العمومية على ظهر الملف إشارة إلى
تعقيب الحكم لا يُمثّل طعنا قانونيا صادرا عنه في ظلّ عدم تلقيه من
كاتب المحكمة 198
-قبول الطعن بالخطأ البين في القرارات الجزائية ـ رفض التعقيب شكلا
استنادا على وصل تسليم تضمّن خطأ ماديا 200
-بداية احتساب أجل تقديم مستندات الطعن والأثر المترتب عن عدم
احترامه 203
-يجب أن يبلغ الاستدعاء بتسلم نسخة الحكم بصورة فعلية 205
-النيابة العمومية غير مُلزمة بتبليغ مذكرة الطعن إلى المعقب ضده 207
-قبول الخطأ البين في المادة الجزائية - لا يتم تبليغ مستندات الطعن
بالتعقيب إلا لمن شملته عريضة الطعن..... 209
مطلب القيام بالحق الشخصي المقدم في الطور الاستقرائي لا يتواصل إلى

-الطور الحكمي - جواز تقديم كل من المطلب والطلبات في تقرير
موحد للمحكمة 211
-المانع المادي المعلّق لمدة التقادم 214
-إثبات مخالفات الاتصالات - مدى وجوب إحالة جميع المحاضر
المتعلقة بجرائم الاتصالات دون استثناء على الوزير المكلف بالاتصالات 217
ب-قرارات الدّوائر 221
1 -شخصي 221
1 -1 -مصاريف الولادة هي من المصاريف الضرورية التي تدخل في
مفهوم النفقة 221
1 -2 - ارتباط فرع النفقة حكميا وترابيا بقضية الطلاق ينتهي بصدور حكم
بات في شأنها 223
1 -3 - واجب المساكنة - إفراد الزوجة بمحل مستقل 225
1 -4- حالة مدنية 226
1 -4 -1- إصلاح رسم ولادة بموجب إذن على عريضة 226
1 -4 -2 - إجراءات الاعتراض على حجة الوفاة وإبطالها 227
2 - اجتماعي 229
2 -1 - تمادي العامل على تقديم خدماته بعد انقضاء أجل العقد ينقلب به
العقد إلى مدة غير محددة..... 229
2 -2 -النزاعات المتعلّقة بعقد التدريب تخضع لاختصاص دائرة الشغل 230
2 -3 - مدى تمتع العامل المنتدب على حساب الحضائر بالتغطية
الاجتماعية - تكليف محكمة الموضوع الصندوق الوطني للتقاعد

والحيطة الاجتماعية باحتساب قيمة المساهمات الواجب دفعها. 231
2 –4 – عدم وجوبية المرور بمرحلة التسوية الصلحيّة في حوادث الشغل 233
2 –5 – سقوط الدعوى في الضمان الاجتماعي 234
2 –5 –1 –سقوط الدعوى في حوادث الشغل بعامين من تاريخ البرء
النهائي 234
2 –5 –2 –سقوط حق المطالبة بالمساهمات الاجتماعية 235
3 –مدني عام 236
3 –1 – في العقود 236
3 –1 –1 –تكييف العقود..... 236
3 –1 –2 – تدخل القاضي لوضع حدّ لعقد قبل حلول أجله 237
3 –2 –البيع 239
3 –2 –1– بيع ملك الغير –حجية الجزائي على المدني 239
3 –2 –2– البائع المدلّس - حجية الجزائي على المدني 240
3 –2 –3– عدم توفر الصفات التي التزم بها البائع عند البيع..... 241
3 –2 –4– استحالة التزام الواعد بإبرام عقد البيع النهائي بسبب استحقاق
العقار منه 242
3 –2 –5– الرضا في عقد البيع –غياب إمضاء المشتري لا يبطل العقد .. 244
3 –3 –الفسخ 245
3 –3 –1– تغيير العدد الرتبي لصانع العربة من العيوب الخفية الموجبة
للفسخ 245
3 –4 –البطلان المطلق 247
3 –4 –1 سقوط دعوى البطلان المطلق..... 247

3 –4 –2 – قطع أمد تقادم دعوى الإبطال المطلق 248
3 –5 –المسؤولية التّعاقديّة 250
3 –5 –1 – أجل سقوط المسؤولية التّعاقديّة 250
3 –5 –2 –مسؤوليّة المحامي المحال على عدم المباشرة..... 252
3 –6 – سماع البينة غير ضروري لإثبات مرض الموت..... 256
3 –7 – واجب التسليم في عقد الكراء يتعلق بتنفيذ الالتزام وليس بصحته
بما يُرتّب فسخه وليس بطلانه..... 257
3 –8 – تبنّي القانون التونسي للمعيار النفسي في تقدير أثر الإكراه 258
3 –9 – طبيعة عقد الكراء الرابط بين القباضة المالية وشخص من
أشخاص القانون الخاص 260
3 –10– شروط الإثبات الإلكتروني –القوة الثبوتية للرسائل الإلكترونية . 261
3 –11–الغلط الحسي 262
3 –12 – القوة القاهرة وتأثيرها في تنفيذ الالتزام 264
3 –12 –1– أحداث الثورة ليست قوة قاهرة 264
3 –12 –2– فعل الأمير عاملا في إنهاء عقود مناولة بسبب قرار وزاري .. 266
3 –12 –3 –انقطاع التيار الكهربائي قوة قاهرة 268
3 –13 – الدعوى البليانية..... 268
3–13–1– ـ شروط الدعوى البليانية – الأحكام الكاشفة والأحكام
المنشئة 268
3–13 – 2 – الدعوة البوليانية ـ الدين مستحق الأداء وسابق في الوجود
على التصرف المطعون فيه 272

3-13-3- شروط الدعوى الوليانية 274
4 - قانون عقاري وتهيئة عمرانية 275
4 -1 - التجاوز عن حسن نية إلى جزء يسير بأرض ملاصقة 275
4 -2 - التعويض لمن تضررت حقوقه من حكم في التسجيل أو الترسيم 276
4 -2 -1 -شروط التعويض عن الضرر 276
4 -2 -2 -مفهوم الخطأ في دعوى التعويض عن تسجيل العقار 278
4 -3 - دعوى كف الشغب على عقار مُسجل تهدف لحماية الانتفاع
وليس الحيازة 279
4 -4 -الدعاوى المتعلقة بالرّسوم العقارية 280
4 -4 -1- اختصاص النظر في دعاوى التشطيب والإبطال وإصلاح أخطاء
الرسوم العقارية والبحث في شرعيتها 280
4 -4 -2 - مفهوم حسن النية في مجلة الحقوق العينية 288
4 -5 - رفع مضرّة 291
4 -5 -1 - إزالة هوائيات الإرسال والالتقاط بعقار - اختصاص حكمي
للقضاء العدلي 291
4 -5 -2 - اختصاص القضاء الإداري للبت في مسؤولية الشركة
التونسية للكهرباء والغاز عن إنشاء أشغال بأرض الغير 294
4 -5 -3- رفع مضرة -ضرر مستقبلي على أرض بيضاء 296
4 -5 -4- التناسب في إزالة المضرة 298
4 -6 -تعريف الوكيل العقاري -استحقاق الأجرة والاتفاق حولها 298
5 -تجاري 301
5 -1 - ديون تجارية 301

5 –1 –1 –مفهوم العمل التجاري –الأعمال التجارية بالتبعية –انعقاد اختصاص الدائرة التجارية..... 301
5 –1 –2 – دعوى الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة 303
5 –1 –3– حرية الإثبات في المادة التجارية 304
5 –1 –4– إثبات وجود النشاط التجاري..... 305
5 –2 – كراء تجاري..... 307
5 –2 –1 –مرجع نظر دعوى إبطال التنبيه بالخروج – توجيه التنبيه في بحر السنة التسويغية الثانية 307
5 –2 –2 – الأشغال التحسينية بالمكرى التجاري 309
5 –2 –3 – حق الانتفاع بحق تجديد الكراء ينتفع به التاجر وصاحب الصناعة وكذلك صاحب الحرفة على حدّ سواء – اكتساب الحلاق للأصل التجاري بقطع النظر عن بيعه للعطورات ومواد التجميل..... 310
5 –2 –4 – ممارسة حق العدول في الأجل يُعفي من دفع غرامة الحرمان. 312
5 –2 –5– استرجاع المكرى لإنجاز أشغال 313
5 –2 –6 بطلان عقد كراء أصل تجاري 315
5 –2 –7 –انتفاع الحرفي بقانون 1977 شرط استغلاله لأصل تجاري... 316
5 –2 –8 –المطالبة بغرم إضافي مقابل الزّيادة قيمة المكرى في المدة الفاصلة بين تاريخ الحكم بغرامة الحرمان وتاريخ عرضها 317
5 –2 –9 – إجراءات وآجال تعديل معين الكراء التجاري 318
5 –2 –10 – الزيادة الاتفاقية في الأكرية التجارية 320
5 –2 –11 – شهادة التقاييد(الفصل 242 من م ت) تهم النظام العام وتتعلق بكل دعوى تتعلّق بإنهاء الكراء 321

5 – 3 – شركات تجارية..... 324
5 – 3 – 1 – تحول الشركة ذات المسؤولية المحدودة الباطلة إلى شركة
مفاوضة فعلية 324
5 – 3 – 2 –بطلان إحالة الشريك للحصص دون إعلام الشركاء في الشركة
ذات المسؤولية المحدودة ولو كان له صفة وكيل 326
5–3–3–شروط سحب الفلسة – أساس دعوى سحب الفلسة 327
5 – 3 – 4 – مسؤولية الشركة عن الديون التي يُمضيها وكيلها 329
5 – 3 – 5 –تطبيق القانون التجاري على المؤسسات التي تملك الدولة جزءا
من رأسمالها 330
5 – 3 – 6 – مسؤولية مُسيّر الشركة عند التملص من دفع دين عمومي 331
5 – 3 – 7 –لا يمكن القيام ضد الوكيل شخصيا في الدعاوى الموجهة
ضد الشركة 333
5 – 4 – تجارة بحرية..... 335
5 – 4 – 1 – التضامن بين ناقلي البضائع 335
5 – 4 – 2– تعريف وثيقة الشحن –عقد النقل البحري –مشارطة الإيجار –
الفوارق بينها والآثار. 337
5 – 5 – ملكية صناعية 340
5 – 5 – 1 – معايير تقدير تقليد علامة الصنع والتجارة والخدمات
–العلامة المشهورة..... 340
5 – 5 – 2 – حماية العلامة الصناعية الأجنبيّة 345
5 – 5 – 3 –حماية الرسوم والنماذج الصّناعيّة 348
5 – 6 –إجراءات جماعية 352

5 – 6 – 1 – الأحكام الوقتية في مادة الإنقاذ قابلة للاستئناف ولا يمكن تعقيبها 352
5 – 6 – 2 – الحط من الدين في غياب موافقة الدائن – مبدأ المساواة بين الدائنين 354
5 – 6 – 3 –الطبيعة القانونية الخاصة بإجراءات التسوية القضائية 356
5 – 6 – 4 – ترسيم وترتيب الديون في التسوية القضائية 358
5 – 6 – 5 إبطال برنامج إنقاذ 360
5 – 6 – 6 –التناسب بين الوضعية الاقتصادية للمؤسسة وحلول الإنقاذ المقترحة..... 361
5 – 7 – بنكي 362
5 – 7 – 1 – تكرّر عمليات السحب المشبوهة يُرتّب مسؤولية البنك عن عدم أخذه الاحتياطات لحماية الحريف. 362
6 – المسؤولية المدنية والتأمين..... 364
6 – 1 – المسؤولية المدنية 364
6 – 1 – 1 – أركان المسؤولية الشيئية 364
6 – 2 – التأمين 366
6 – 2 – 1 – ضرورة التنصيص بالعقد على جزاء سقوط الحق في الضمان في صورة عدم احترام أجل الإعلام بالحادث..... 366
6 – 2 – 2 –شرط سقوط الحق يجب أن يبرز بشكل ظاهر جدا 367
6 – 2 – 3 – الحكم مباشرة على المكلف العام بنزاعات الدولة - إجراء التسوية الصلحية وخيار المتضرر 368

6 – 2 – 4 – سائق العربة المجرورة بحيوان يُنزّل منزلة المترجّل 369
6 – 2 – 5 – مفهوم الخطأ الفادح 370
6 – 2 – 6 – استحقاق الفوائض بداية من تحقق الخطر المؤمن عليه 371
6 – 2 – 7 – انفصال نظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في
حوادث المرور عن التداعي الجزائي 372
6 – 2 – 8 – سحب رخصة السياقة لا يعني أن السائق غير متحصل على
الشهادات الصالحة لسياقة العربات 373
6 – 2 – 9 – تدخّل الصندوق في حالة عدم التأمين المطلق 374
6 – 2 – 10 – الخطر طبق الشروط العامة والخاصة لعقد التأمين 377
7 – إجراءات مدنية وتجارية 378
7 – 1 – الاعتراض على الأحكام في المادة المدنية..... 378
7 – 1 – 1 –شروط الاعتراض على الأحكام في المادة المدنية 378
7 – 1 – 2 –الاعتراض على حقوق الأطراف في النزاعات غير القابلة
للقسمة 381
7 – 2 سبق النظر في الموضوع 383
7 – 2 – 1 سبق النظر في الموضوع يهم النظام العام 383
7 – 2 – 2 – سبق النظر يمسّ بالإجراءات الأساسيّة..... 384
7 – 2 – 3–سبق النظر لا يتعلق إلّا بالأحكام ولا يمتدّ إلى الأذون على
المطالب..... 384
7 – 2 – 4 –سبق التعهد بقضية استعجالية لا يُعدّ سبق نظر في الموضوع.. 388
7 – 2 – 5 – مشاركة القاضي المراقب في المفاوضة وإبداء رأيه في برنامج
الإنقاذ لا يُعدّ سبق نظر في الموضوع 389

7 – 3 –أنواع المقر – تبليغ المؤيدات إلى المدّعى عليه. 392
7 – 4 – الإجراءات في دعوى كف الشغب 395
7 – 4 – 1 – التجريح في الخبير يختلف عن القدح في اختصاصه – دعوى كف الشغب المرفوعة من الشريك 395
7 – 4 –2– القيام بدعوى الاستحقاق يشترط الإذعان لحكم الحوز 398
7 – 5 – الإجراءات أمام محكمة الاستئناف..... 399
7 – 5 – 1 – إجراءات التبليغ –الخطأ في ذكر اليوم لا يبطل عريضة الاستدعاء 399
7 – 5 –2 – إجراءات وآجال الاستئناف 402
7 – 5 –2 –1 – الأجل المستوجب لاستدعاء المستأنف ضده 402
7 – 5 –2 –2 – استدعاء محامي المستأنف للحضور بالجلسة المعينة لها القضية بواسطة عدل تنفيذ 405
7 – 5 –3 – الإدخال في الطور الاستئنافي عند الطعن في حكم غير قابل للتجزئة 408
7 – 5 –4 – الدفع الشكلي على معنى الفصل 149 من م. م. م. ت. أمام محكمة الاستئناف 409
7 – 6 –الصفة والأهلية في القيام 410
7 – 6 –1 – بطلان القيام ضد ميّت – تعذّر تصحيح الإجراء بإدخال الورثة410
7 – 6 –2 – التمسك بالصّفة في القيام بالطّور التعقيبي إخلال بالنزاهة في التقاضي 414
7 – 7 – إصلاح الأخطاء المادّيّة..... 415
7 – 7 –1 –الخطأ المتسرب لهوية المستأنف بالحكم هو من الأخطاء

المادية القابلة للإصلاح 415
7 –7 –2 – شروط إصلاح الخطأ المادي 415
7 –7 –3 – الطعن في قرارات الشرح وتفسير الأحكام..... 417
7–8–إنذار المدين بالخلاص هو إجراء وجوبي سابق لاستصدار الأمر
بالدّفع 419
7 –9 – مفهوم نسخة الحكم المطعون فيه 420
7 –10–الاختصاص الحكمي والترابي..... 421
7 –10 –1 – مقدار الكراء السنوي كمعيار لتحديد مرجع النظر الحكمي
– الكراء لا نزاع فيه – على محكمة الموضوع واجب التحقق من
جدّيّة المنازعة 421
7 –10 –2– الاختصاص الحكمي في قضايا الكراء 422
7 –10 –3 – الاختصاص الحكمي للدوائر التجارية 424
7 –11 –إثارة الدفوعات..... 424
7 –11 –1 –لا تثار أمام محكمة التعقيب أوجه دفوع جديدة إلا ما كان منها
ماسا بالنظام العام 424
7 –11 –2 –إثارة قرينة اتصال القضاء 425
7 –12– الاختصاص الحكمي في نزاعات المنشآت العمومية 426
7 –13 –الأهلية –الترشّد ببلوغ سن الرشد –الطعن في حكم قابل للتجزئة
وفي حكم غير قابل للتجزئة. 427
7 –14 – قرار النقض والإحالة الصادر عن الدوائر المجتمعة ملزم
لمحكمة الإحالة – زور مدني. 429

7 – 15 – مدى جواز التمسك أمام محكمة الإحالة بدفع من متعلقات النظام العام والإجراءات الأساسية خارج عن أسباب النقض. 431
7–16 – عرض الملف على النيابة 433
7 – 16 – 1 –وجوبية إجراء العرض على النيابة العمومية بالطور الأصلي. 433
7 – 16 – 2 – تجاوز إجراء عرض الملف على النيابة طالما لم يترتب عنه ضرر..... 434
7 – 17– إثارة المحكمة لنص قانوني من تلقاء نفسها لا يخرق مبدأ الحياد435
7 – 18 – سلطة المحكمة في تقدير توجيه اليمين الحاسمة 436
7 – 19– التنفيذ..... 436
7 – 19 – 1 –حجية محاضر عدول التنفيذ 436
7 – 19 – 2 – أعمال التنفيذ تتصل بالنظام العام – التنفيذ لا يكون إلا بطلب من له حق التنفيذ 437
8 – الـــعقـــل..... 441
8 – 1 –العقل العقارية..... 441
8 – 1 – 1 –بيع العقار بواسطة عدل تنفيذ لا يمكن فيه للمدين أن يقوم بدعوى معارضة..... 441
8 – 1 – 2 – دعوى إبطال حكم التبتيت مخوَّلة لمن تضرر من حكم التبتيت لأسباب لاحقة له..... 443
8 – 1 – 3 –الاختصاص الترابي في دعوى إبطال البتة 445
8 – 1 – 4 –عدم قابلية حكم التبتيت للطعن بالتعقيب 447
8 – 2 –العقلة التوقيفية..... 448
8 – 2 – 1 – مفهوم العذر الشرعي 448

8 –2 –2 – عدم تقديم تصريح يوجب اعتبار المعقول تحت يده مدينا لا أكثر ولا أقل 449
8 –2 –3 –عقلة توقيفية مؤسسة على فاتورة –البت في ثبوت الدين..... 450
8 –2 –4 – عدم أحقية المعقول تحت يده طرح دينه عند التصريح 452
9 – استعجالي 454
9 –1 – التثبت من مدى قيام علاقة تسويغية فيه مساس بالأصل 454
9 –2 – الأحكام الاستعجالية وقتية ولا تحوز قوّة الأمر المقضي به..... 455
9 –3 – سلطة القاضي في تقدير شروط التقاضي الاستعجالي 456
10 – تحكيم..... 458
10 –1 – بداية احتساب أجل البت في الخصومة التحكيمية 458
10 –2 – امتداد الشرط التحكيمي..... 459
10 –2 –1– امتداد الشرط التحكيمي إلى الغير - التكييف –تدويل التحكيم459
10–2 –2 – امتداد الشرط التحكيمي في تجمّع الشركات –الاعتراف بالحكم التحكيمي – نطاق الإكساء بالصبغة التنفيذية –الإجراءات الأساسية في التحكيم. 465
10–2 –3 – تجمع الشركات وتحمّلها لدين موضوع قرار تحكيمي 475
10–3 ـ الأثر السلبي للشرط التحكيمي 479
10–3–1–الأثر السلبي للشرط التحكيمي المضمَّن بوثيقة الشحن سند عقد النقل البحري –حجية وثيقة الشحن 479
10 –3 –2 – الأثر السلبي للشرط التحكيمي –إخراج النزاع عن أنظار القضاء الرسمي –البت في الاختصاص مسألة أولية. 481
11 – قانون دولي خاص 483

11 –1 – محكمة الضرورة في صورة استحالة ممارسة الحق في التقاضي 483
11 –2 – دعاوى أداء الديون ليست من الدعاوى المُتعلّقة بالتركة في مفهوم القانون الدولي الخاص 486
11 –3 – طبيعة الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية –الاختصاص الممكن في القانون الدولي الخاص –الاختصاص الدولي في عقود التوزيع 489
12 – قانون جزائي وإجراءات جزائية 494
12–1 – قانون جزائي 494
21 –1 –1 –إثبات جريمة استهلاك مادة مخدرة..... 494
12–1–2–الجريمة المثارة – أعمال الوساطة في جرائم المخدّرات هي المشاركة طبق المجلة الجزائية 495
12–1–3–القصد الجنائي الخاص في جريمة القتل 498
12–1–4– يجب أن يكون الحكم مكتفيا بذاته ولا يضطر من يطّلع عليه إلى الاعتماد على أية وثيقة أخرى خارجة عنه لفهم النزاع ووجه الفصل فيه. 500
12–1–5– الأمر الطارئ الذي ينفي الركن القصدي للجريمة 501
12–1 –6 – التزوج قبل فكّ عصمة الزواج السابق 502
12–1 –7 – التحريض على التكفير أو الدعوة إليه 503
12 –2 – إجراءات جزائية 504
12 –2 –1 – محكمة الإحالة غير مُقيّدة بمناط النقض إذا تعلق بمسائل واقعية 504

12-2-2-تأخذ الأحكام وصفها الصحيح من الواقع والقانون وليس من وصف المحكمة..506

21 -2 -3 - طبيعة قرارات الحفظ الصادرة عن أعضاء النيابة العمومية.. 507

12-2-4- استبعاده الصّلح مع الإدارة دون السعي في الوقوف على حقيقته - رفض الاعتراض شكلا لسقوط العقاب بمرور الزمن..... 509

12-2-5- القيام على المسؤولية الخاصة ـ اتصال القضاء بالوصف القانوني للأفعال 511

12-2-6- عدم إمضاء النيابة العمومية أمام كاتب المحكمة على مطلب استئنافه يجعل طعنه مرفوضا شكلا ولا يصحّحه إمضاؤه على ظهر ملف القضية أو بطرة محضر الجلسة 512

12-2-7- عدم جواز قبول القيام بالحق الشخصي عند تعهد قلم التحقيق بموجب الفصل 31 من م. إ. ج..... 514

12-2-8- تعويض قاضي التحقيق المتعهد بغيره من القضاة في حالة الضرورة أو الغياب أو التعذر يجب أن يكون بقرار من رئيس المحكمة..... 516

12-2-9-ضم العقاب لا يشترط التعليل 518

II ـ مختارات من طلبات الادعاء العام 519

-طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 42979 - إجراءات مدنية الإختصاص الحكمي في قضايا إبطال العقود 519

-طلبات الإدعاء العام في القضية عدد42913 - مدني حجية الجزائي على المدني 525

-طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 55210 - مرور المرافق وتعدد الوسائل المشاركة في الحادث 529

-طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 425 - عقاري
تعقيب حكم عقاري..... 533
-طلبات الإدعاء العام في القضية عدد94564 - 94861 – 94887 - 94898-
قانون جزائي
تدليس عملة أجنبية 535
-طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 01201 – تعديل بين الحكام
تحديد الاختصاص الموضوعي للمحاكم العسكرية 537
-طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 424 – خطأ بيّن
التبليغ بمقر المحامي..... 540
-طلبات الإدعاء العام في القضية 92431 92569 92713 92785 -
قانون جزائي مفهوم العصابة 542

الكتاب الرابع

معطيات إحصائية

-النشـــاط العـــام لمحكمة التعقيب حسب السنوات من 2013 إلى
2019 546
-تطور النشـاط القضائي الوارد على محكمة التعقيب والمفصول حسب
المواد 579

الجمهورية التونسية
محكمة التعقيب
العدل أساس العمران

الكتاب الأول

الكلمات الافتتاحيّة

كلمة الرئيس الأول

منصف الكشو

الرئيس الأول لمحكمة التعقيب

تجد صرامة المجتمع تجاه القضاء مبرّراتها في الدور الجسيم الذي يقوم به القضاء في حياة الأمم، والمهام العظمى التي يضطلع بها القضاة في ضمان الاستقرار والأمن القانوني، وفي فرض قواعد النزاهة والشفافية.

وتظهر محكمة التعقيب، باعتبارها واجهة القضاء، كضامن لهذا الرهان. فهي محكمة القانون المؤتمنة على الإشراف على اجتهاد المحاكم وتوحيده. وتمثل رمزا من رموز السلطة القضائية وأحد أهم مكوناتها، ارتقى بها الدستور التونسي وأنزلها مكانة دستورية لتحتل بذلك مكانة كبرى في دولة القانون التي يسود فيها العدل وتعلي مكانة مؤسّساتها.

وتكون محكمة التّعقيب مدعوّة بهذا العنوان إلى ضبط معنى وقيمة ومدى القواعد القانونيّة؛ هي مُكلّفة حسب العميد «كاربونياي» بمهمّة « تحديد السّياسة القضائيّة للدّولة « بالنّظر لما تُمثّله في النّظام القضائي من كيان متميّز عن بقيّة المحاكم فهي تؤدّي خدمة للمشرّع بقول كلمته ودفاعها عن إرادته، ولبقيّة المحاكم بجمع كلمتها وتوحيد الآراء فيما بينها، وللمتقاضين لكونها مدعوّة إلى وضع حدّ لاسترسال منازعاتهم بحسمها وتوقيف رحلة التّقاضي عند حدّ مُعيّن.

ويقاس نجاح هذا المجهود الموكول لها وحدها بمدى تحقّق فكرة «التوقع»: أي مدى قدرة المتعاملين مع هذا المرفق العام على توقع الحلول القضائية ، فتوحيد فقه القضاء في نسبة هامة منه على الأقل، يجعل الحل القضائي متوقعا من قبل المتقاضين والمحامين بما تتراجع به الطعون.

غير أنّ المشرّع مهما أحسن صياغة القانون وأحكم وضعه وسعى إلى ايجاد التّناسق بين نصوصه، لا يمكنه الإحاطة بشتّى صور المعاملات والأقضية

لاختلافها وتطورّها عبر الزّمان والمكان، كما لا يستطيع أن يتلافى ما يمكنه أن يتسرّب إلى النّصوص القانونيّة من غموض أو سهو[1].

وعلى هذا النّحو، لا يتّخذ الدّور الخلّاق للقاضي ولقاضي التعقيب على وجه الخصوص، « معنى خافتا، تابعا وثانويّا » يقتصر على رفع الغموض وفكّ التّناقضات وملئ الفراغات. بل أنّ القاضي بوصفه يُمثل المظهر العملي للقانون، هو الذي يبعث فيه الحياة[2] فينعشه ويُنمّيه ويُطبّعه بطابع العصر الذي وُجد فيه، ويجعله مرنا ومتغيّرا. فالقاضي ابن عصره يعيش الواقع العملي المحسوس، لذلك يقع عليه عبء مهمة الإكتشاف والتوجيه والتّصويب خاصّة إذا كانت القاعدة الموجودة لا تُرضي مُتطلّبات العدالة وغير قادرة على حالتها على تلبية ما هو مرغوب منها.

يجب ألا يغيب عن الذهن أنّ القاضي **مُستأمن على العدالة** قبل أن يكون مُستأمنا على القانون. ف«الذّهاب إلى القاضي هو الذّهاب إلى العدالة» على حدّ تعبير ارسطو. القاضي هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها تحقيق القاعدة

(1) يراجع **بورتاليس** :
«Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi. D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ? Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille question inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les homme, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. **PORTALIS**, « Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) »

(2) C'est le droit vivant القانون الحقيقي ، الحي .

القانونية في الواقع، هو الوسيلة التي اختارها القانون لإنفاذ أحكامه في الواقع. فهو حلقة الوصل بين القانون والواقع. وهذه المهمة لا يمكن أن تكون وظيفة بل هي أمانة يحملها القاضي.

ولئن حرّف العصر الحديث هذا الدّور بسبب ما طرأ على الحياة من تعقيد وما أصاب المشرّع من «حُمّى وغَلَيَان»، فإنّه لا ضَير من التّأكيد بأنّ الوظيفة الأصليّة للقاضي هي إقامة العدل. وبذلك لا مناص له من الإجتهاد لاستنباط حلول يتجنّب بها إنكار العدالة.

يعمل المشرّع ومحكمة التعقيب، في هذا الصّدد، وفقاً لنظريّة الإمتداد والتّكامل. فتارة يحلّ القضاء محلّ المشرّع ليخلق أحكاما قانونيّة، وتارة أخرى يُكمّل عمل المشرّع. فمن الضّروري في بعض الأحيان تدقيق النّصوص وإتمامها بل وإنشاء **القاعدة الغائبة–اللّازمة** سواء على **هامش النص أو من خارجه**. فتمارس محكمة التعقيب سلطتها التأويلية **بسرعتين مُختلفتين؛ تتقيّد** في الأولى بإرادة المشرّع، ولكن **تتجاوزها** في الثّانية، وذلك لحل اشكال لم يتوقّعه المشرّع مطلقا أو أنّ ما توقّعه زمن وضعه للنّصّ لم يعد متلائما مع الواقع وأثبت تحت وطأة تغيّر ظُروف الحياة قصوره على تحقيق الغرض منه.

لا تقتصر إذن سلطة محكمة التّعقيب بالتّالي على تطبيق القانون وإنّما تُساهم في تطويره، بل وتُنشؤه. فلئن كانت الوضعيّة المثاليّة هي أن يكون النّصّ واضحا سهلا ومتوقّعا، إلّا أنّه قد تتدخّل العديد من العوامل التي تنال سلبا من جودة التّشريع وتُساهم في إضعاف القاعدة القانونيّة؛ عدم وضوح الصّياغة، مفاهيم غير مُعرّفة، إلخ ... وهي الوضعية التي تُجبر القاضي على تحديد مفهوم القاعدة وتجويدها.

يتّضح جليّا أن دائرة نشاط القاضي هي أوسع من دائرة نشاط المشرّع وأقرب منها الى واقع الحياة. فالمشرّع يضع القواعد القانونيّة ليحكم بها سلوك الأفراد، ولكن هذه القواعد تأتي عامة ومجردة تتّسم أحيانا بالنّقص والغموض، وهو أمر يكتشفه القاضي عندما يباشر وظيفته في تطبيق القانون. فحتّى في وجود النّصّ التّشريعي يكمن دور القضاء في الإسهام في تطوير وتجويد القاعدة القانونيّة عن طريق تدقيق عباراتها وتصويب معانيها وملئ فراغاتها وفكّ تناقضاتها

ورفع الغموض عنها وتدارك ما اعتراها من نقص بإعطائها المعنى الصحيح، أو كذلك عن طريق تعميم بعض المبادئ الموضوعية كالأمانة وحسن النية والنزاهة والمواجهة التي تبدو أحيانا متخفّية وراء النص فيكشف عنها القاضي ويستخرجها لتحيا حياة مستقلة تتعدى اطارها الضيق وتتجاوز متن النّصّ إلى روحه «القانون وروح القانون».

وعموما، يجب أن يكون اجتهاد القاضي في تصدّيه للمسائل الطّارئة في حركة مُواكبة لتسارع الزّمن، ليصل أحيانا إلى حدّ التّحرّر من نصّ القانون حينما يتجافى مع روح العدالة. فقد ينفصل توسيع نطاق النّصّ في وضعيّات مُعيّنة عن إرادة المشرّع، وذلك باستعمال للنّصّ لغايات تتجاوز ما كان يتوقّعه منه ساعة وضعه. فيعمد إلى إزاحة البعض من مقتضياته نتيجة تخلّفه عن الواقع. أي أنّ القاضي يُبيح لنفسه أحيانا «تحدّي النّصّ»، وذلك في حالات يتفوّق الواقع على القانون، يتجاهله، يسبقه بمكان.

لكل تلك الاعتبارات، تحرص محكمة التعقيب على نشر فقه قضائها بموقعها الالكتروني وبتقريرها السنوي تسهيلا للنفاذ للقرارات الصادرة عن دوائرها المجتمعة والدوائر المنفردة، وتوثيقا لنشاطها، ليكون مرجعا يعكس دورها في الوفاء بحسن تطبيق القانون وتأمين توحيد تأويله، ويستجيب للالتزام الدستوري المنصوص عليه بالفصل 115 من دستور 2014. كما يُؤكد عزمها على تأطير قضاء الأصل ومُساعدته لتجاوز كل ما قد يعترضه من صعوبات وعقبات. ذلك أن النشر يساهم في تحقيق توحيد فقه القضاء وتحقيق فكرة التوقع والتوقع هو من أخص خصوصيات القانون الوضعي : لذلك هو ينشر حتى يقوم الافتراض بأن الجميع علم به .

وقد حَرَصتُ منذ مباشرتي لمهامي كرئيس أول لمحكمة التعقيب في الثلث الأخير من شهر أكتوبر 2021 على إتمام اعداد التقرير السنوي لسنة 2019 احتراما لمرتبته الدستورية تمهيدا لنشره، على أن نشرع في اعداد التقرير السنوي لسنة 2020 وما يليه. كما عُقد العزم على ترسيخ المقاربة التشاركية مع كافة العاملين بالمحكمة؛ قضاةً وإداريّين بهدف استيعاب مختلف التطلعات واستكشاف كل الأفكار، فضلا على تحسين آليات التنسيق الداخلي وتأصيل مبادئ العمل ضمن

الإنسجام والشفافية. ومن شأن هذا التّوجه أن يكرس الدور الريادي النموذجي لمحكمة التعقيب بأن تعطي القدوة في احترام القانون وتطبيق مبادئ التشاركية والآليات الديمقراطية في التسيير، والذي ينبغي لباقي مؤسسات الدولة أن يقتدوا به باعتبار محورية القضاة داخل التنظيم المؤسساتي للدولة. ويبقى الهدف من كل ذلك هو توفير فضاء لانتاج عدالة عصرية، مؤهلة، قوية وناجعة تتجهُ بوصلتها نحو التحديث والرقمنة، واستخدام أدوات الحوكمة بمخطط مُحكم وسرعة مدروسة.

إنّ إصدار فقه قضاء واضح وسهل الوصول إليه يتطلب تحسين جودة صياغة القرارات بالإضافة إلى مواصلة البحث عن مقترحات لحلول من أجل التغلب على الكثرة العددية من الطعون بالنقض، مما يسمح للمحكمة بتوفير الوقت اللازم لدراسة الملفات دراسة متأنية واستفراغ الجهد في الهام منها التي تتطلب دراسة عميقة وتعليلا متينا تخدم مبادئ العدالة والإنصاف، وتصون حقوق الأطراف. وتحقيق الهدف الأسمى والأهم في تكوين رصيد من الثقة في القضاء لدى المتقاضين .

وضمن هذا التصور فإن تطوير نظام التقاضي بمحكمة التعقيب يجب أن لا يُكتَفى فيه بمراجعة التشريع المتعلق بإجراءات التعقيب وتدقيق كيفيات الحكم، وإنما لابد أن يشمل خاصة الناحية التنظيمية للمحكمة، وهو بِناء مرحلي ومسار طويل يمكّنها من مسايرة التطور العلمي وتبادل الخبرات وإقامة الملتقيات وغيرها من الأنشطة الداخلة في مهامها بوصفها أعلى هرم في القضاء العدلي.

إنّ أهمية الاجتهادات القضائية لا تنحصر فقط في ما انتهت إليه من حلول في فصل النزاعات المعروضة على القضاء وإنّما تتجاوز ذلك إلى رؤية مستقبلية فيما سيعرض على القضاء لتكون مرجعا وأداة للتأويل وتوحيد الآراء القانونية حول المسائل المستحدثة.

وإعتبارًا لتنوّع المواضيع التي تعرّضت إليها محكمة التعقيب وما تضمنته من تجديد جعلت منها مادة دسمة حريّة بالدرس وإثراءً للنقاش القانوني، فقد تمّ في

هذا التقرير نشر عديد من القرارات الصادرة خلال سنة 2019 لتكون مرجعا مفيدا لمختلف المهتمين بالأعمال والدراسات القانونية.

وبهذه المناسبة يسعد محكمة التعقيب أن تتقدم بعبارات الشكر والتقدير إلى كل من أثث وساهم في إعداد هذا التقرير من قضاة وإداريين والأمل أن يجد فيه كل غايته المنشودة.

﴿إِنْ أُرِيدُ إِلاَّ الإِصْلاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾

صدق الله العظيم.(سورة هود الآية 88)

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

كلمة وكيل الدولة العام

الحمد لله وحده

بسم الله الرحمان الرحيم

فتحي عروم

وكيل الدولة العام لدى محكمة العقيب

إن ضمان إقامة العدل وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات وتأمين حق كل شخص في محاكمة عادلة وفي أجل معقول مع المساواة أمام القضاء وضمان حق الدفاع ويسر اللجوء إليه تشكل المبدأ العام الذي سعت محكمة التعقيب لتكريسه من خلال نشاطها المسترسل والمتواصل سواءا على مستوى الاطار الإداري أو القضائي كل في نطاق صلاحياته وما توفر له من وسائل.

لقد حرصنا على بعث الرغبة في الاتقان والانجاز والتجديد وفي النجاح من خلال محاولة الهام منظورينا على تقديم أفضل ما لديهم لتحقيق النتائج المرجوة وذلك بإتخاذ القرارات التي تعزز نهج الإستباق وتكريس ثقافة الادارة المهنية التي تسعى لملاحقة الإبتكار وتحمل المسؤولية في إطار رؤية تعزز القيم الأساسية المشار إليها وضمن إطار يشمل حملة الأهداف المحددة بدقة مثل خفض مدة الفصل في القضايا واختصار الزمن القضائي للدعوى وتحفيز ومتابعة فرز الطعون وتحديد آجال تلخيص الأحكام ورقنها.

أن تحقيق النجاعة في الأداء لا يمكن أن يكون ثمرة مجهود في الإشراف والتسيير فقط بل هو حقيقة نتيجة تظافر مجهود كل مكونات الأسرة القضائية بالمحكمة وفق عمل جماعي دؤوب منبثق من إيمان راسخ برسالة المحكمة وبرامجها وأهدافها جعلهم يبذلون مجهودات إضافية دون الإكتفاء بالحد

الأدنى من واجبهم بالرغم من معوقات ظروف العمل الخاصة والعوائق الطبيعية والصحية التي ألمت بالبلاد.

أن تعزيز الإطار البشري بالمحكمة والسهر على إحترام المواعيد القانونية المتصلة بأدائها من حيث مواقيت الجلسات والتلخيص والرقن وتسليم النسخ والترتيبات المعتمدة لتسيير الخدمات قد شكلت احدى أبرز أهداف المحكمة تحقق من ورائه ارتفاع منسوب رضا المعنيين مباشرة بالخدمة (المتقاضين) وكذلك أصحاب المهن القضائية من محامين وعدول تنفيذ لا فقط من حيث فصل النزاعات أو توفير الخدمات بل أن يتم ذلك في كنف الرضا عن دور المحكمة والاطمئنان إليها وبها.

أن عملية تطوير اداء المحاكم عموما يقتضي جهدا مسترسلا ومتواصلا ووفق المقاييس الموضوعية المتفق عليها في علاقة بسرعة الفصل ونسبة معدله العام مع الأخذ بعين الأعتبار أقدمية القضايا المنشورة ومدتها والسعي إلى تصفية المتراكم منها لتحديد الأجال الملزمة لمدة الفصل والسعي بكل الوسائل للتقليص منها كل ذلك في إطار الشفافية والنزاهة من قبل جميع المتداخلين في تلك الأعمال من إطار قضائي وإداري، وقد نجحت محكمة التعقيب نسبيا في هذا المنحى مع تسجيل العزم على تكريس هذا الأداء ومضاعفة الجهد في سبيل تحقيقه بهدف تكريس ثقافة قضائية ترتقي إلى الحماية القانونية الفعلية لحقوق الأنسان وأحكام الرقابة على حسن تطبيق القانون وتصريف القضايا بالسرعة المطلوبة والفاعلية المنشودة لاشاعة العدل بين الناس.

الكتاب الثاني

قرار في ذاكرة فقه قضاء 2019

قرار في ذاكرة فقه قضاء 2019

-الجمهوريـــة التونسيـــة

وزارة العدل

محكمـــة التعقيـــب

القضايا عـــ 66820+ 66976+ 66979+ 67150+ 67155+ 67179+67197+ 67943 و67946 ـدد.

تاريخ القرار :6 نوفمبر 2019

الحمـــد لله

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب عدد 66820 المقدم من الأستاذ منير البكوش.

نيـــــــابـــــــة عـــن:

•

ضـــــــد:

وعلى المطلب عدد 66976 المقدم من الأستاذ نذير بن عمو.

نـيـــابـة عـــن :

1

ضـــــد :

وعلى المستندات المقدمة في نفس المطلب مع إعلام نيابة – عدد 66976– من الأستاذ حاتم بن رحومة في حق كل من :

ضد :

1

وبعد الاطلاع على المستندات المقدمة في نفس المطلب عدد 66976 من الأستاذ البشير الفرشيشي مع إعلام نيابة في حق كل من :

1

ضـــــد

وعلى **المطلب عدد** 66979 **المقدم من الأستاذ محمد الفاضل الحكيمي**

ضد :

وبعد الاطلاع على **المطلب عدد** 67150 المقدم من الأستاذ عبد الكريم السعيدي نيابة عن

ضـــــد :

وبعد الاطلاع على **المطلب عدد** 67155 **المقدم من الأستاذ المنصف ذويب.**

نيابة عن :

ضـــــــــــد :

1

وعلى **المطلب عدد** 67197 **المقدم من الأستاذ حاتم بن رحومة.**

نـيـــابـــة عـــــن :

ضـــــد :

1

وعلى **المطلب عدد** 67943 **المقدم من الأستاذ محمد فؤاد الحوات.**

نـيـــابـــة عـــــن :

ضـــــــد : 1

وعلى **المطلب عدد** 67946 **المقدم من الأستاذ محمد السلامي ضـــــــد :**

طعنا في القرار الصادر عن **محكمة الاستئناف بنابل في** 28/ 3/ 2017 في القضية عدد 14706 القاضي نهائيا بقبول مطلب الاستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي في حق المستأنف ق ... ق ... والقضاء من جديد في شأنه بعدم سماع الدعوى لسقوطها بمرور الزمن وإقراره في حق من عداه من حيث مبدإ التعويض مع تعديله وذلك بإلزامهم متضامنين معا في الطلب بأن يؤدوا للمستأنف فتحي ع ... مبلغا قدره أربعة عشر مليونا وتسعمائة وأربعة وعشرون وسبعمائة وأربعة وعشرون دينارا ومليمات 500 (500، 14.924.724 د) غرما للضرر المادي كإقراره فيما زاد على ذلك عدى الفرع المتعلق بالإبطال

وذلك بنقضه في خصوصه والقضاء من جديد بإبطال النموذج عدد 01 المودع تحت عدد 6DM9701 بتاريخ 19/ 2/ 1997 والمتمثل في فانوس حائطي في شكل نصف قفص سيدي بوسعيد والإذن للمعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية بالتشطيب عليه وإعفاء المستأنفين فتحي ع ...وق ... ق ... من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليهما كتخطئة باقي المستأنفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية بما في ذلك أجور الاختبارات على المحكوم عليهم وتغريمهم لفائدة المستأنف فتحي ع ... بألفي دينار لقاء أتعاب التقاضي وأجرة محاماة.

وبعد الاطلاع على كافة أوراق الملف وبعد المداولة طبق القانون صرح بالقرار التالي نصّه:

1/ مـن جهـة الشكـــل:

حيث استوفت جميع المطالب أوضاعها وصيغها القانونية فهي حرية بالقبول شكلا.

2/ مـن جهـة الأصـــل:

حيث تفيد وقائع القضية... قيام المدعي في الأصل – فتحي ع ...- (المعقب في القضية عدد 67150) أمام المحكمة الابتدائية بقرمبالية بواسطة محاميه عارضا أنّه وبصفته رساما ومبدعا في الصناعات التقليدية قام بابتكار نموذج صناعي لحاملة أقلام من مادة اللوح مستوحى من قفص سيدي أبي سعيد وتولى إيداعه لدى مصلحة الملكية الصناعية بوزارة الاقتصاد الوطني والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 7 جوان 1973 وقد تمتع بالحماية القانونية لغاية سنـ1988ـة وفي سياق نشاطه الابتكاري المسترسل قام بعدة ابتكارات أخرى منها قارورة مستوحاة من نفس الشكل المذكور وكذلك حصالة نقود وآخرها نماذج لفانوس وحاوية حلوى والقالب الخاص بقفص سيدي أبي سعيد وقام بتسجيلها لدى المعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية... وبحكم العلاقة الشخصية التي كانت تربطه بالمدعي عليه ق ... ق ... سلم المدعى لهذا الأخير القالب المذكور قصد تصنيع نموذج واحد لفائدته إلا أنه استولى على ذلك القالب وأضحى يصنع ويبيع منذ سنـ1985ـة نماذج من ابتكار هذا الأخير وناسبا لنفسه ملكيتها... ملاحظا أنّه أمام استرسال المدعى عليهم في اعتداءاتهم

على حقوق المدعي التي من ضمنها الحق في استغلال ابتكاراته والانتفاع بها بصفة استئثارية قام بإيداعها بصفة قانونية ثم التجأ للقضاء وتقدم بشكاية ضد المدعى عليه الأول وشكاية ضد المدعى عليهم الثاني والثالث ومورث بقية المدعى عليهم بخة... وقد أقرّ القضاء الجزائي بإدانة المدعي عليه الأول من أجل التقليد... كما أقرّت محكمة ناحية تونس بإدانة كل من المدعي عليهما الثاني والثالث ومورث بقية المدعي عليهم بالإدانة من أجل التقليد لنموذج المدعي المتمثل في فانوس مستوحى من قفص سيدي أبي سعيد... وأضاف نائب المدعي أنّه في نطاق القضيتين الجزائيّتين قام منوبه بالدعوى المدنية بناء على الأضرار المعنوية والمادية الحاصلة من جراء قيام المدعي عليهم بتقليد النموذج الصناعي الذي ابتكره والمتمثل في فانوس مودع بصفة قانونية منذ شهر جانفي 1988 وقد أقرّت تلك الأحكام بالأضرار الحاصلة له وحفظ حقه في القيام للمطالبة بها وهو يقوم الآن للحكم له بالتعويض عنها مشيرا من جهة أخرى أنّ المدعى عليهما الخامس والسادس قاما بإيداع النماذج المقلدة لدى المعهد القومي للمواصفات والملكية الصناعية... وذلك بوجه التقليد غير مبالين بحقوق المدعي في ابتكاره المحمي بصفة قانونية وما صدر في شأنه من أحكام تقر بإدانتهم جزائيا من أجل ارتكابهم جريمة التقليد مما يجعل إيداعهم لذلك النموذج خارقا لأمر 25 فيفري 1911 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية ومن قبيل التقليد المحظور وأضاف المدعي أنّ المرحوم بخة... قد توفي مما أوجب استدعاء ورثته... وملاحظا أنّ المدعى عليهم بالرغم من صدور أحكام ضدهم تقضي بإدانتهم جزائيا فإنهم لا يزالون مسترسلين في الاعتداء على حقوق المدعي بالتقليد وذلك بصنع وبيع المنتوجات المتمثلة في نصف قفص سيدي أبي سعيد كفانوس حائطي وبالتالي فإن المدعى محق في القيام بجبر ما لحقه من أضرار منذ تاريخ بداية المدعي عليهم بترويج المنتوج المقلد أي منذ سنـ1985ـة إلى حدّ التاريخ وإبطال النموذجين عـ1و2ـدد المودعين من طرف المدعى عليه الأول في حق شركة ق... «خزف فني» وأحد ورثة المرحوم بخة... المدعو سامي... في حق مؤسسه بخة... «خزف فني» وحجز المنتوجات المقلدة أينما وجدت في السوق وتسليمها للمدعي أو إعدامها على نفقة المدعي عليهم ولذلك طلب المدعي الحكم بإبطال النموذجين عـ1و2ـدد المودعين تحت عـDM97.016ـدد

وعـ1 و2 و3 و4 و5ـدد من الإيداع عـDM97.018ـدد بتاريخ 26/ 3/ 1997 باعتبارها تقليدا لنموذج المدعي والإذن للمعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية بالتشطيب عليها وإلزام المدعى عليهم بالتضامن بالإقلاع عن استغلال المنتوج المقلد وإن لم يمتثلوا فتضرب لهم غرامة يومية قدرها ألف دينار من تاريخ إعلامهم بصيرورة هذا الحكم باتا ولحدّ الامتثال كالإذن بحجز جميع المنتوجات المقلدة أينما وجدت في السوق وفي مكان صنعها وخزنها على نفقة المدعي عليهم بالتضامن وتسليمها للمدعي أو إعدامها كإلزامهم بالتضامن بأداء... لقاء الضرر المعنوي والإذن بنشر الحكم أو مضمونه بإحدى الجرائد اليومية على امتداد ثلاثة أيام متتالية على نفقة المدعي عليهم بالتضامن وإلزامهم بأداء مبلغ... لقاء أتعاب التقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليهم كالإذن بتكليف خبير في المحاسبة يتولى تقدير الأضرار الحاصلة للمدعي بسبب ما فاته من ربح طيلة المدة التي جنا فيها المدعي عليهم أرباحا طائلة بصفة غير شرعية وعلى حسابه بداية من سـ1985ـة لحد التاريخ والحكم بالتزامهم بالتضامن بأداء المبالغ التي سيحددها الخبير وذلك جبرا للأضرار المادية الحاصلة له.

وحيث أصدرت محكمة البداية حكمها عـ22525ـدد بتاريخ 30/ 05/ 2005 لصالح الدعوى. وتمّ نقضه استئنافيا بعدد 8448/ 8437/ 8429/ 8424 بتاريخ 13/ 03/ 2008 على أساس أنّ الدعوى قد سقطت بمرور الزمن عملا بأنّ الفصل 29 من القانون عـ21ـدد لسنـ2001ـة وبأنّ الأجل المنصوص عليه بالفصل المذكور هو أجل سقوط وليس أجل تقادم وهو غير قابل للقطع وبأنّ شكل قفص سيدي أبي سعيد إرث وطني وبأنّ نماذج المدعي في الأصل غير جديرة بالحماية لعدم توفر شرط التمييز والحداثة وبأنّ المدعى في الأصل لم يدل بما يفيد حصوله على ترخيص في استغلال قفص سيدي أبي سعيد عملا بأحكام القانون عـ36ـدد لسنـ1994ـة ومن قبله القانون عـ21ـدد لسنـ1966ـة كما لا يمكن توجيه دعوى التعويض إلّا ضد من شملتهم الأحكام الجزائية مع عدم إمكانية تحديد نسبة كل طرف في الخسارة.

وبموجب الطعن بالتعقيب قررت المحكمة ضمن قرارها عدد 31283 / 2008 الصادر بتاريخ 17/ 02/ 2009 قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بنابل لإعادة

النظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه، على أساس أنّ:

*اجل الثلاث سنوات المسقط لدعاوى التقليد وخلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد هو أجل تقادم قابل للقطع والتعليق ضرورة أنّ المشرع قد نص على نفس الأجل بالنسبة إلى جميع دعاوى التقليد سواء كانت مدنية أو جزائية، وأجل سقوط الدعوى العمومية حسب مجلة الإجراءات الجزائية هو أجل «تقادم» وقابل للقطع والتعليق وكان بالتالي على محكمة القرار المنتقد الأخذ بعين الاعتبار للأعمال القاطعة لأجل السقوط وترتيب النتائج القانونية اللازمة بالنسبة إلى من شملتهم الأحكام الجزائية سند الدعوى دون غيرهم من بقية الأطراف الذين لم يكونوا محل تتبع جزائي وطالما لم تفعل وتوقفت عند القول بأنّ الأجل هو أجل سقوط غير قابل للقطع فإنها تكون قد أساءت فهم وتأويل وتطبيق الفصلين 24 و29 المشار إليهما أعلاه ممّا يجعل حكمها مستوجبا للنقض.

* وأنه ليس للمحكمة المدنية أن تعيد النظر في الموضوع والوقائع التي نظر فيها القاضي الجزائي في مسألة ثبوت التقليد في جانب من صدرت ضدهم الأحكام الجزائية سند القيام واتصل القضاء بالموضوع. فإنّ مناقشة محكمة القرار المنتقد من جديد لموضوع ثبوت التقليد ومدى احترام المعقب لواجب النشر بالرائد الرسمي طبق الفصل 16 من أمر 25 فيفري 1911 يكون مخالفا للقانون.

* وأنه كان على المحكمة المطعون في حكمها إجراء الاستقراءات اللازمة للقيام بعملية الفرز وتحميل كل واحد منهم وزر فعلته وما دامت لم تفعل فإن هذا المطعن يكون حريا بالقبول .

وبموجب إعادة النشر قضت محكمة الإحالة بنقض الحكم الابتدائي في حق المستأنف ق ... ق ... والقضاء من جديد في شأنه بعدم سماع الدعوى لسقوطها بمرور الزمن وإقراره في حق من عداه من حيث مبدأ التعويض مع تعديله وذلك بإلزامهم متضامنين معا في الطلب بأن يؤدوا للمستأنف فتحي ع... مبلغا قدره أربعة عشر مليونا وتسعمائة وأربعة وعشرون وسبعمائة وأربعة وعشرون دينارا ومليمات 500 (500، 14.924.724 د) غرما للضرر المادي كإقراره فيما زاد على ذلك عدى الفرع المتعلق بالإبطال وذلك بنقضه في خصوصه والقضاء من جديد بإبطال النموذج عدد 01 المودع تحت عدد 6DM9701 بتاريخ

19/ 2/ 1997 والمتمثل في فانوس حائطي في شكل نصف قفص سيدي بوسعيد والإذن للمعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية بالتشطيب عليه وإعفاء المستأنفين فتحي ع ...وف ق ... من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليهما كتخطئة باقي المستأنفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية بما في ذلك أجور الاختبارات على المحكوم عليهم وتغريمهم لفائدة المستأنف فتحي ع... بألفي دينار لقاء أتعاب التقاضي وأجرة محاماة».

كل ذلك على أساس:

*أنّ الأجل المنصوص عليه بالفصل 29 من قانون 2001 هو أجل تقادم وسايرت في ذلك توجّه محكمة التعقيب زيادة على ما اقتضاه الفصل 115 من م ا ع في أنّ الأجل المعيّن به للسقوط هو أجل تقادم وقد كان القيام بدعوى التعويض خارج الأجل كما أنّ الأحكام الجزائية أثبتت التقليد في من قضي بإدانته جزائيا وهم أحمد ق ... شهر عبد الحميد وفتحي ق ... وأما بخصوص الحكم الجزائي الغيابي في إدانة ب. ق – الذي توفي في 12 / 8/ 1997 – كان صدر في 18 مارس 1998، ورغم صبغته الغيابية فإنه يكتسي صبغة الحجة الرسمية على معنى الفصل 443 من م ا ع .

* وأمّا بخصوص الأطراف غير المشمولة بالأحكام الجزائية وهي شركة ق ... التي تولت إيداع نموذج يتثمل في فانوس حائطي من الخزف في شكل نصف قفص فهو يتطابق مع النموذج المبتكر من المدعي في الأصل وأنّ ثبوت التقليد يجيز جبرها بالتعويض وإبطال النموذج المقلد

* وبخصوص تحميل كل نتيجة تصرفاته فقد بيّنت المحكمة أنه من غير الممكن التفصيل واستحالة تقدير نسبة مساهمة كل طرف في الضرر .

وحيث كان القرار المذكور محل طعن بالتعقيب ورسمت في شأنه المطالب عــ66820+66976+66979+67150+67155+67179+67197+6 7943+67943 و67946 دد وقد تضمنت تلك المطالب عدة مطاعن بشأن المسائل المطروحة تناولتها المحكمة بالبيان وبالدرس وإبداء موقفها فيها.

(لم نتعرّض للمطاعن ويمكن الرجوع إلى نسخة القرار للاطلاع عليها كاملة ونورد موقف المحكمة عن مختلفها ويضمّن موقف المحكمة في كل مسألة مطروحة تذكير بالمطاعن)

المحكـــمـــة

1/ عن المطاعن المتعلقة بالسقوط وبمخالفة حول أحكام الفصول 29 من قانون 06 فيفري 2001 و 115 و384 وما بعده من م ا ع والفصلين 13 و123 / 5 من م م م ت.

حيث تضمنت المطاعن المقدمة من الأساتذة البكوش وبن عمو والفرشيشي أنّ الفصل 29 من قانون 2001 نص على أنّ «دعاوى التقليد المنصوص عليها بهذا القانون تسقط بمرور ثلاث سنوات من تاريخ حدوث أعمال التقليد التي كانت سببا لها». وأنه تطبيقا للفصل 29 المذكور يجعل القيام خارج الآجال ذلك أنه حدد أجل السقوط بمرور ثلاث سنوات من تاريخ حدوث أعمال التقليد الذي حصل سنة 1985 و أنّ القيام كان سنة 2001 أي بعد ست عشرة سنة كاملة مما يجعله خارج الآجال المسموح بها وقد اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ «تاريخ صدور الحكم الجزائي يشكل نقطة معاودة احتساب الآجال» حال أنّ الفصل 29 جلي في تحديد سريان احتساب الآجال وقد أساءت المحكمة تطبيق الفصل 29 المذكور مما يتجه معه نقض القرار المطعون فيه .

وحيث يطرح المطعن المثار إشكالية تحديد ماهية الأجل الوارد بالفصل 29 من قانون 06/ 02/ 2001 المذكور أعلاه، إن كان أجل سقوط مثلما يدفع به المعقبين أم إنّه أجل تقادم مثلما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه

وحيث أنّ الفرق بين آجال التقادم وآجال السقوط يكمن في اختلاف طبيعة كل منهما والمصالح التي يحميانها والآثار المترتبة عن كل منهما، فمن حيث طبيعة كل من الأجلين فإن آجال التقادم ليست سوى آلية إثبات وتتعلق بإثبات انقضاء الالتزام ومقتضاها أنها تضع قرينة على أنه بسكوت الدائن خلال الأجل المضروب يعتبر الدين منقضيا أما آجال السقوط فهي آجال إجرائية تقوم على تصور تشريعي عام لإجراءات الدعاوى والطعون ولا علاقة لها بالالتزامات ولا بإثبات انقضائها وأمّا من حيث المصالح المحمية لكل واحد من الأجلين فإنّ آجال التقادم لا تحمي إلا مصالح خاصة وتبعا لذلك فهي تقبل التنازل عنها ولا يثيرها إلا من له مصلحة في التمسك بها أما الآجال الإجرائية أو آجال السقوط فهي لا تتعلق بالإثبات وبالتالي فهي غير موضوعة لحماية مصالح خاصة بل إلى

حماية المصلحة العامة وتسلط الجزاء على سلوك فاقد للحزم يؤدي الإخلال به إلى فقدان الحق في ممارسة الدعوى حماية للاستقرار القانوني.

وحيث ينتج عن الطبيعة الثبوتية لآجال التقادم أنها تقبل القطع والتعليق فينقطع فيها الأجل بأيّ عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقّه كما يقبل التعليق بأسباب تزيد في مدته، ولا تحتسب المدّة التي علّق خلالها التقادم بل تحتسب المدة السابقة للتعليق والمدة التالية له، وهي قواطع لا تجد مجالا للانطباق في آجال السقوط التي تكتسي طبيعة إجرائية بالنظر إلى المصلحة العامة التي تهدف إلى حمايتها.

وحيث يخلص بناء على التفريق أعلاه أنّ الأجل الوارد بالفصل 29 من قانون 06/ 02/ 2001 إنّما وضع لحماية مصالح الأطراف في إطار إثبات الحق ونفيه وردّ الدعوى فقد وضع لحماية مصلحة خاصة ومن ذلك المنطلق فلا علاقة له بالإجراءات الأساسية ولا بالنظام العام خلافا لما يدفع به المعقبين لأنه لا يهدف إلى حماية مصلحة عامة وعلى ذلك الأساس فهو أجل تقادم يقبل القطع والتعليق حسب حرص الأطراف على حفظ حقوقهم طبق ما انتهجته عن صواب محكمة الحكم المطعون فيه وسايرت في ذلك بوصفها محكمة إحالة توجّه محكمة التعقيب في قرارها عدد 2008/ 31283 بتاريخ 17/ 02/ 2009 سند تعهّدها بالنزاع.

وحيث أحسنت محكمة الحكم المطعون تفعيل قواعد القطع بما ثبت لديها من تصرّفات تندرج في إطار ما يخوّل قطع الأجل وتعليقه بموجب الأحكام الجزائية الصادرة ضد المعقبين أحمد شهر عبد الحميد ق... وفتحي ق... وفق القرار التعقيبي عدد 007467 المؤرخ في 25/ 04/ 2000 وهو الأجل الذي ينطلق منه احتساب آجال القيام ومنه يصح القول بأنّ القيام وقع خلال الأجل القانوني وفق ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد وكذلك بموجب القيام مدنيا في التقليد ضدّ المعقبين ورثة ب. ق. خلال أفريل 2000 الصادر في شأنهم حكم الرفض في 26/ 06/ 2000 لخلل إجرائي في القيام وهو إجراء قاطع للمدة على معنى أحكام الفصل 396 م ا ع وهو توجّه سليم المبنى مؤسس على حسن تطبيق القانون وأضحى المطعن غير وجيه وتعيّن ردّه.

وحيث أنّ سند القيام بدعوى التعويض كانت الأحكام الجزائية الصادرة في جريمة التقليد ضد بعض المعقبين المطلوبين في الأصل وأمّا في خصوص شركة

ق ... و مؤسسة .... فقد كان على أساس إبطال الإيداع الواقع تعدّيا على أنموذج القائم بالدعوى فتحي ع ... وطلب اعتبارهما لذلك متضامنين في التعويض من أجل التقليد مع بقية المطلوبين ويتجه لذلك تناول حال كل طرف للنظر في السقوط في حقه.

أ-في خصوص المطلوب ق .....

حيث كان القائم بدعوى التقليد فتحي... اشتكى ق... جزائيا بموجب شكاية مقدمة بتاريخ 05 جوان 1992 تم بموجبها فتح تحقيق في الموضوع ضده وضد غيره انتهى بإحالته من أجل جريمة التقليد وحفظ جريمة الخيانة لسقوطها بمضي المدة باعتبار أنّ الأفعال موضوع الشكاية تعود إلى سنة 1984. وقد تمت إدانته جزائيا ابتدائيا واستئنافيا وتعقيبيا بموجب القرار التعقيبي عدد 74936 الصادر في 01 جويلية 1996. وحيث وعملا بأحكام الفصل 7 م ا ج فإنّ القيام بالدعوى المدنية ضده حاليا في 4 أفريل 2001 بناء على الحكم الجزائي كآخر عمل يكون خارج أجل الثلاث سنوات المقرر لسقوط الدعوى في التعويض وفق الفصل 115 من م ا ع وذلك خلافا لما ورد بالمطاعن المقدمة من الأستاذ السعيدي - عن الطاعن فتحي / المدعي في الأصل - في مطلب التعقيب عدد 67150 بخصوص الفصل 29 من قانون 2/ 6/ 2001 في أنّ دعوى الحال هي في التعويض عن جريمة التقليد وليست دعوى تقليد وأنّ محكمة الحكم المنتقد تعهدت بدعوى التعويض بمقتضى أحكام قانون 06 فيفري 2001 واستنادا إلى الأحكام الجزائية الباتة ذلك أنّ طلب التعويض الناشئ عن الجنحة يسقط بمضي المدة المبينة بالفصل 115 من م ا ع المذكور

وحيث ولئن واصل المدعو ق... استئثاره بالنموذج التابع للمعقب ضده فتحي بعد صدور الحكم الجزائي فإن طلب التعويض لا يكون إلّا على أساس الجنحة التي تتعلق بالفترة السابقة عنه وأما الأعمال اللاحقة فهي لا تتأسس على الوقائع التي بت فيها الحكم الجزائي وإنما على وقائع جديدة يتعيّن التطرق إليها وإثباتها لأنّ الحق لا يعتبر ناشئا عن حكم نهائي إلا إذا تعاطته المحكمة بالنظر وقضت فيه موضوعيا وفق الفصل 394 من م ا ع.

وحيث أنّ ما قضت به المحكمة من سقوط دعوى التعويض في حق ق... يكون بناء على ما ذكر مؤسسا واقعا وقانونا.

ب – في خصوص المطلوبين فتحي وأحمد ق ... ثم ورثته من بعده.

حيث تتجه الإشارة إلى أنّ كلّا من فتحي وأحمد ق ... كانا محل تتبع ضمن القضية التحقيقيّة المشار إليها آنفا وقد صدر في شأنهما قرار بالحفظ لعدم كفاية الحجة ولم يشتمل الملف ما يفيد نقض ذلك القرار وقد تولى المدعي في الأصل فتحي ع ... التشكي بهما من جديد جزائيا وتم الحكم عليهما بالإدانة من أجل التقليد ابتدائيا في 03 جوان 1998 وأصبح باتا بموجب القرار التعقيبي عدد 7467 الصادر في 25 فيفري 2000 و طالما كان القيام بدعوى الحال في أفريل 2001 فيكون ما قضت به المحكمة من رد الدفع بالسقوط في حقهما مؤسسا واقعا وقانونا ولا وجه للطعن في ذلك وتظل الدعوى في التعويض تبعا لذلك، قائمة في حقهم.

ج–في خصوص المطلوبين ورثة ب .... في حق مورثهم

حيث أنّ القضية التحقيقية المشار إليها آنفا لم تشمل المورث وإنّما كان التتبع ضده جزائيا مثل المذكورين آنفا فتحي وأحمد بموجب شكاية صدر فيها الحكم الابتدائي عدد 63321 في 03 جوان 1998 علما وأنّ هذا الحكم هو حكم اعتراضي على حكم غيابي جزائي كان صدر بتاريخ 08 مارس 1998.

وحيث ثبت من مظروفات الملف أنّ المدعو ب. .... كان متوفيا بتاريخ 12 أوت 1997 وتكون بذلك وعملا بأحكام الفصل 4 من م ا ج الدعوى العمومية قد انقضت في حقه قبل صدور الحكم الغيابي المذكور ضده. ولذلك فإن ما انتهت إليه المحكمة في حقه غير مؤسس وفيه سوء تطبيق للقانون باعتبار أنّ انقضاء الدعوى العمومية قبل صدور الحكم الجزائي بالإدانة يجعل هذا الحكم لا يصلح أن يكون منطلقا لاحتساب آجال السقوط. ولا يمكن أن ينتج أثرا قانونيا كما لا يمكن أن يكون لذلك سندا لدعوى التعويض عن جريمة التقليد التي انقضت في حقه وأما على المستوى المدني، فلقد ثبت أنّ المدعي ف. ع، كان قد قام بدعوى مدنية ضد ورثة ب. ... في التقليد والتعويض في أفريل 2000، وأنه وإن صدر الحكم فيها بالرفض في 26 جوان 2000 لخلل إجرائي، إلا أنها تعد أيضا عملا قاطعا لمدة السقوط في حقهم طبقا لأحكام الفصل 396 من م ا ع. ويكون بذلك القيام الحالي ضدهم في أفريل 2001 في الآجال القانونية، وهو ما انتهت إليه عن صواب محكمة القرار المطعون فيه وكان القول بانعدام السقوط متجها.

2)عن المطاعن المتعلقة بالتعويض وإبطال التسجيل والإيداع:

أ/ حول سبب الإبطال والمدة المعيّنة للتعويض وتقديره

وحيث بخصوص إبطال الإيداع عن شركة ق ... ومؤسسة .... فقد تعلق طلب الإبطال بتقليد ابتكار المدعي في الأصل -ف . ع- المتعلق بأنموذج لقفص سيدي بوسعيد سواء في شكله الكامل أو شكله النصفي بقطع النظر عن استعمالاته، وقد تمسك القائم بالدعوى بتوليه إيداع أنموذج القفص المذكور منذ سنة 1973.

وحيث تتعلق الدعوى بشكل القفص في حد ذاته بقطع النظر عن استعمالاته، إذ لم يقع إيداع الفانوس إلا سنة 1988، وقد جاء بالدعوى أنّ توظيف المدعي لنموذج القفص كان أول مرة كحاملة أقلام أو ما شاكلها سنة 1973، ثم حوالي سنة 1982 كقارورة زيت وكحصالة نقود، ثم كحاوية لتصدير التمور ثم أراد استخراج النموذج من مادة الخزف للضغط على كلفة تصنيعه من مواد أخرى لتسهيل التعامل في شأنه، ولذلك كان اتصاله بالمدعو ق ... ق ... ويقر المدعي من جهته أنّ ابتكاره لا يتعلق بالقفص في حد ذاته وإنما بالمادة المصنع منها وباستعماله كفانوس وكقالب لعدة أغراض. وهو ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه حين اعتبرت التقليد مسلطا على استعمال شكل القفص في الإضاءة.

وحيث نصت أحكام الفصل 2 من قانون 06 فيفري 2001 أنّ أحكام القانون تنطبق على كل رسم جديد وكل نمط تشكيلي جديد صناعي يتميز عمّا شابهه إمّا من حيث شكله العام الذي يميزه ويعرف به ويضفي عليه طابع الجدة، وإمّا من حيث الأثر والآثار الخارجية التي تكسبه مظهرا خاصا وجديدا وهو نفس ما نصت عليه أحكام الفصل 1 من أمر 1911 الملغى عدا ما تعلق بالحماية ويخلص من ذلك أنّ المعيارين المعتمدين في النص هما الجدة والخصوصية المميزة في الشكل والمظهر الخارجي، فيكون لذلك المظهر الخارجي هو محور المعيارين. ولم ينص القانون لا على الحجم ولا على اللون ولا على وظيفة أو وجه استغلال واستعمال النموذج محل الابتكار، وهي أوصاف غير مؤثرة على تميز النموذج المؤسس على الشكل الخارجي وعلى وقع مظهره على الغير بصفة عامة وعلى ذوي الخبرة بصفة خاصة. فالأنموذج لا يكون ناتجا عن الوظيفة التي يؤديها أو عن طريقة تصنيعه-بقدر ما هو مظهر وشكل وأثر.

وحيث ثبت أنّ نموذج قفص «سيدي بو سعيد» من التراث الوطني، هو أمر مصادق عليه من الجميع ولم تخالفه محكمة الحكم المطعون فيه، إلا أنها أساءت التقدير فيه حين اعتبرت أنّ استغلاله كفانوس يستوجب الحماية، والحال أنّ وجه استعمال الشيء ليس عنصرا معتبرا في تقدير الجدة والتميز للنموذج، وهو في حد ذاته قد يتعارض مع مطلق الحماية التي تكون شاملة للنموذج مهما كان وجه استعماله أو مادة صنعه... ولذلك فإن استغلال شكل قفص «سيدي بو سعيد» كنموذج مصنوع من الخزف لا يشكّل أيّ تعدٍّ أو تقليد لإيداع محمي، باعتباره من مميزات التراث الوطني الذي لا يمكن أن يستأثر به تاجر أو فنان أو مصنع معين ولا يحتكره أحد. كما أنّ استغلاله كفانوس هو وجه لإحياء التراث وتثمينه وإثرائه، ولا تأثير له على خصوصيات القفص المميزة له، وليس فيه لذلك أيّ تعدّ أو تقليد طالما أنه لا أساس للاستئثار بملكيته على معنى أحكام الفصل 4 من قانون 6 فيفري 2001.

وحيث وعن المدة المعيّنة في التعويض وعملا بأحكام الفصل 7 من م ا ج، فإن دعوى التعويض ضد كل من فتحي وأحمد ق ... ثم ورثته محصورة في حدود ما يقتضيه الحكم الجزائي بالإدانة وهي مدة الثلاث سنوات المقررة لسقوط الدعوى العمومية، فلا تشمل سوى الأفعال الواقعة في بحر تلك المدة وأما نهايتها فهي محدودة أيضا بأقصى مدة الحماية المقررة بأحكام الفصل 10 من قانون 2001، أي إلى جانفي 2003 بالنسبة إلى فتحي ق ... طالما لم يثبت خلاف ذلك، وأما بالنسبة إلى أحمد ق ... فتكون نهاية المدة في أكتوبر 2001 تاريخ وفاته وهو حدّ إلزام ورثته ويكون لذلك ما قضت به المحكمة غير متجه وفيه سوء تقدير وضعف في التعليل ويتعين لذلك تعديله وذلك في خصوص المدة المعتبرة في التعويض.

وحيث في خصوص بقية الأطراف ورثة بخة ....، يكون التقليد منعدما في حقه وحقهم لانعدام الإدانة الجزائية، فضلا عما اعتبر في خصوص الحق العام والمطلق في استغلال التراث الوطني والاستنساخ والاستيحاء منه في حدود ما هو مميز لذلك النموذج المشاع، بما يجعل القضاء في شأنهم بالتقليد وبإلزامهم بالتعويض لا أساس له واقعا وقانونا، وهو ما يتعين أيضا نقضه.

ب/ في خصوص طلب إبطال الإيداع

وحيث في خصوص طلب بطلان الإيداع عدد 97016DM المجرى في 19 فيفري 1997 من طرف ق ... ق ... عن شركة ق ... للخزف وسامي .... عن مؤسسة بخة ....، فهو يتعلق بنموذج القفص في فصل وحيد، وقد انقضت المصلحة من طلب إبطاله في حق المدعي -ف .ع- بانقضاء أقصى مدة الحماية المخولة لإيداعه وقد تمت منذ 2003، كما أنّ الحماية التي تمتع بها هذا الإيداع لشركة ق ... و.... انقضت بدورها منذ سنة 2012 ولم يثبت حصول أيّ تجديد لها ويعتبر لذلك القضاء بالإبطال غير قائم على أساس سليم.

وحيث وعلاوة على ذلك فإنّ طلب البطلان كان أساسه التقليد ولا وجه له طبق ما سبق بيانه، وهو ما أساءت المحكمة التقدير فيه، ويتعين لذلك نقض هذا الفرع من الحكم.

حيث وإضافة لذلك يقتضي استنفاذ الولاية أن تبتّ المحكمة في المراكز القانونية لجميع أطراف النزاع فتقضي في حقهم بقبول الدعوى التي أوردها أو إخراجهم من النزاع وهو ما لم تقم به محكمة الأصل، فقد كانت شركة ب .... طرفا في الدعوى الأصلية وهي المستدعاة عدد 7 في العريضة الأصلية المبلغة بتاريخ 4 أفريل 2001 برقيم العدل المنفذ رفيق بوبكر عدد 55585 دون أن يبت في وضعيتها وفي ذلك مخالفة للإجراءات الأساسية في التقاضي في استنفاذ الولاية وهي نتيجة الصفة القطعية في الحكم كعمل قانوني كما أنّ المحكمة قضت بإبطال النموذج عدد 1 المودع تحت عدد 6DM9701 بتاريخ 19/ 02/ 1997 المدرج بالرائد الرسمي عدد 20 لسنة 1997 والذي تمّ إيداعه وإشهاره باسم كل من شركة ق ... «خزف فني» وشركة ....«خزف فني» في حين أنّ هذه الأخيرة لم يشملها التداعي وترتيبا عليه فإن الإبطال الصادر في حقها ودون احترام لمبدأ المواجهة يمثل خرقا للإجراءات الأساسية موجبا للنقض.

وحيث علاوة على ذلك فقد نص الفصل 14 من م م م ت على ما يلي «يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها». ومن مبادئ الإجراءات الأساسية أنّ الدعوى تكون ملك أطرافها وأنّ الأحكام لا تصدر إلا بين من شملتهم وأنه لا تصدر على من لم يكن لا طرفا ولا دخيلا

ولا متداخلا ، وقد تبين بالاطلاع على نص القرار المطعون فيه أنه أقر الحكم الابتدائي المطعون فيه «عدى الفرع المتعلق بالإبطال وذلك بنقضه في خصوصه والقضاء من جديد بإبطال النموذج عدد 1 المودع تحت عدد 6DM9701 بتاريخ 19/ 2/ 1997...

وحيث تبين بالاطلاع على مظروفات الملف وبخاصة على نسخة الرائد الرسمي (عدد 20 لسنة 1997 ص 424،) أن النموذج المحكوم بإبطاله تم إيداعه باسم كل من شركة ق ... «خزف فني» وشركة .... «خزف فني» . و بالتأمل من مختلف الإجراءات بداية من عريضة الدعوى وإلى آخر عمل إجرائي يتضح أنّ شركة .... خزف فني، لم تكن طرفا في الحكم وفي أيّ مرحلة منه رغم كونها كانت طرفا منذ تحرير عريضة الدعوى وتوجيه الطلبات ضدها وهو ما يتبين منه أنّ الحكم المطعون فيه كان مخالفا لأحكام الإجراءات الأساسية لعدم استنفاذ ولايته على النزاع وعدم البت في وضعية شركة ... مخالفا لأحكام الفصل 14 م م م مستوجبا من أجل ذلك للنقض.

3/ عن مختلف المطاعن المثارة في مطالب التعقيب عدد 66820 وعدد 66976 وعدد 66979 وعدد 67155 وعدد 67179 وعدد 67197 وعدد 67943 وعدد 67946:

أ/ خرق أحكام الفصلين 16 و21 من أمر 25 فيفري 1911 المتعلق بالتصوير ورسم الأمثلة

حيث دفع الأساتذة بن عمو والفرشيشي والسلامي بأن الفصل 16 من أمر 25 فيفري 1911 حدّد وسيلة النشر بكل وضوح في قوله « يدرج بالرائد الرسمي تنصيص في بيان موضوع ونوع ومدة التسجيل المطلوب...». وقد حدد المشرع بالفصل 21 من الأمر المشار إليه النتائج المترتبة عن عدم الإيداع وعن عدم النشر فقرر أنّ «التعديات التي وقعت قبل الإيداع لا تستوجب أدنى عقاب على مقتضى أمرنا هذا والتعديات التي تمّت بعد الإيداع المتقدمة عن نشره لا تستوجب الجزاء على مقتضى هذا الأمر ولو مدنيا»، وعليه فإن غياب الإيداع والإيداع غير المصحوب بالنشر لا تترتب عنه أيّ مسؤولية ولا يكون موضوع حماية على معنى أحكام أمر 25 فيفري 1911 وقد أغفلت محكمة الحكم المطعون هذا الدفع وهو ما يتكون منه مخالفة صريحة للقانون. كما نصت الفقرة 2 من الفصل 27 من

قانون 6 فيفري 2001 أنه «لا يمكن القيام بأي دعوى مدنية أو جزائية طبقا لأحكام الفصل 24 من هذا القانون ما لم يقع نشر الإيداع» وهو مانع إجرائي للقيام مدنيا وجزائيا على معنى الأمر العلي لسنة 1911 والقانون عدد 21 لسنة 2001 وهو أيضا إجراء شكلي وجوبي لم تلتفت له المحكمة وبذلك فإنّ النموذج المودع من المدعي بتاريخ 20/ 1/ 1988 لا يتمتع بالحماية القانونية التي ضمنها القانون المذكور». وأنّ غياب النشر وهو الشكلية الجوهرية التي تمنح الحماية القانونية تجعل من الدعوى غير ذي موضوع ومتعارضة مع النصوص الخاصة المنطبقة في مجال التقليد وهو ما يتجه نقض القرار المطعون فيه من هذا الجانب القانوني.

وحيث ينص الفصل 42 من القانون عدد 21 لسنة 2001 الذي ينص على أنه «تبقى الرسوم والنماذج الصناعية المحمية طبقا لأحكام الأمر المؤرخ في 25/ 02/ 1911 المتعلق بالتصوير ورسم الأمثلة والنصوص التي نقحته أو تممته سارية المفعول دون اعتبار إلغاء هذا الأمر ويعتبر أنه وقع إيداعها طبق أحكام هذا القانون وهو ما يعني أنّ المحكمة كان عليها البحث في ضرورة توفر الحماية طبقا للشروط الواردة بالأمر العليّ حتى تتواصل الحماية طبقا لأحكام القانون الجديد بمعنى أن يقع إدراجه بالرائد الرسمي وبيان موضوعه ونوعه ومدة التسجيل المطلوب نشره وقد حدّد المشرع بالفصل 21 من الأمر العلي مناط الحماية الزمنية بمعنى أنه قرر بأن التعديات الواقعة قبل الإيداع لا تستوجب أيّ عقاب على مقتضى الأمر والتعدّيات التي تمت بعد الإيداع المتقدمة عن نشره لا تستوجب الجزاء كذلك ولو مدنيا، وهو ما يستوجب ضرورة توفر الشرطين متلازمين: الإيداع المصحوب بالنشر بالرائد الرسمي لاستيفاء الحماية القانونية طبقا للأمر المذكور.

وحيث أنّ القائم بالدعوى قام بإشهار نموذج صناعي يتمثل في حاملة أقلام من مادة اللوح مستوحى من قفص سيدي بوسعيد ويقر من جهته أنّ ابتكاره لا يتعلق بالقفص في حد ذاته وإنما بالمادة المصنع منها وباستعماله كفانوس وكقالب لعدة أغراض وأنه قام بإشهار نموذج صناعي يتمثل في حاملة أقلام من مادة اللوح مستوحى من قفص سيدي بوسعيد بالرائد الرسمي المنشور بتاريخ 07/ 06/ 1973 لا غير أما النماذج التي تم إيداعها بتاريخ 20 جانفي 1988

حسب شهادة الإيداع عدد 88005 فإنه لم يثبت إشهارها أو نشرها حسب مقتضيات أحكام الفصلين 16 و21 من الأمر العلي لسنة 1911.

وحيث لم يثبت توفر هذين الأمرين في جانبه حتى يحق له سحب الانتفاع بأحكام القانون المؤرخ في 06 فيفري 2001 تحديدا أحكام الفصل 27 منه وهو إجراء شكلي وجوبي كان على محكمة الحكم المنتقد التحقق منه قبل البتّ في دعوى التعويض وخالفت بذلك أحكام الفصل 42 من قانون 06 فيفري 2001 وبالتحديد أحكام الفقرة 2 من الفصل 27 منه الذي رفعت في ظله دعوى الحال، مما يستوجب طلب نقض الحكم المنتقد تأسيسا على خرق القانون

ب/ حول الفصل 42 والفقرة 2 من الفصل 27 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 06 فيفري 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية ومخالفة مبدأ عدم رجعية القوانين:

حيث ورد بالمطاعن أن عبارات الفصل 42 من قانون 6 فيفري 2001 واضحة في اعتبار الرسوم و النماذج المحمية طبقا لشروط أمر 1911 والنصوص المتمّمة له تبقى سارية المفعول وقد اكتفى المعقب ضده بتقديم، كمؤيد عن وجود الحماية، شهادة إيداع دون نشر وقد اتّضح أنّ محكمة الحكم المطعون فيه لم تناقش هذا الدفع مكتفية بالقول والتأكيد على أنّ النزاعات المتعلقة بالرسوم والنماذج الصناعية تخضع بالضرورة إلى أحكام قانون 2001 وهو تأويل يقصي الفصل 42 من القانون عدد21 لسنة 2001 الذي قيّد مواصلة انتفاع صاحب الرسم بأحكام القانون الجديد بأن يكون رسمه أو نموذجه محميا طبق أحكام أمر 25 فيفري 1911 وذلك في قول المشرع «تبقى الرسوم والنماذج الصناعية المحمية **طبقا لأحكام الأمر** المؤرخ في 25 فيفري 1911....» وأنّ عبارة «المحمية» التي استعملها نص الفصل 42 من قانون 2001 هي الحماية التي سبق إحرازها طبقا لأحكام أمر 1911، وهي الحماية من التقليد.

وحيث تمسك الطاعنون أمام محكمة القرار المطعون فيه بأن الإيداع الذي أدلى به المعقب ضده فتحي ع ... كان على مقتضى أمر 20 / 1/ 1888 ولم يكن على مقتضى أمر 25 فيفري 1911

وحيث أنّ محكمة المطعون في حكمها لما أغفلت الدفع بعدم رجعية القوانين تكون قد خالفت الأحكام الانتقالية للقانون الجديد وطبقته على وضعية لا يشملها بصفة رجعية وهو ما يتكون منه مخالفة صريحة لأحكام أمر 25 فيفري 1911 خارقا الفصل 42 من قانون 6 فيفري 2001 وأحكام الفقرة 2 من الفصل 27 من الفصل نفسه ومخالفا لمبدأ عدم الرجعية مستوجبا من أجل كل ذلك للنقض.

4/ عن المطعن الخامس المتعلق بخرق أحكام الفصلين 481 و482 من مجلة الالتزامات والعقود وضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع:

وحيث تمسك الطاعنون بخرق محكمة الحكم المنتقد لأحكام الفصل 481 من مجلة الالتزامات والعقود وبضعف تعليلها لأسانيد حكمها لما اعتمدت الحجية المطلقة للأحكام الجزائية على القاضي المدني المتعهد بدعوى جبر الضرر.

وحيث نصت الفقرة الأولى من الفصل 481 من م ا ع أنّ ما أناطه القانون من النفوذ بأحكام المحاكم التي لا رجوع فيها لا يتعلق إلا بما قضت به المحكمة ولا يتمسك به إلا في خصوص موضوعه أو ما كان نتيجة ضرورية منه. وأنّ القرار التعقيبي عدد 2008/ 31283 الذي عهد محكمة الحكم المنتقد جاء في تعليله ما يؤكد نسبية حجية الجزائي على المدني وذلك بمقولة «وأصبح واجب النفاذ في حق من ثبتت إدانتهم جزائيا وذلك في حدود ما يجب أن يقضي فيه القاضي الجزائي وفي نطاق ما هو مطالب به في ميدانه»، بمعنى أنّ مناط نظر القاضي الجزائي مقيد بواقعة معينة وهي الركن المادي للجريمة التي ارتكبت في زمن معين ومحدود من شخص معين ومضمّن بمحاضر البحث التي كانت منطلقا للتداعي الجزائي. وترتيبا عليه فإن الحكم الجزائي لا يمكن أن يكون حجة على وقائع ارتكبت بعد صدوره.

وحيث أنّ مبدأ حجية الحكم الجزائي على المدني نسبي من حيث الأصل ويقتضي التقيد في مادة الإثبات بحدود موضوع التقاضي الجزائي دون سحبه على وقائع لم يشملها ذلك التداعي وقد تبين أن الأحكام الجزائية سند القيام الحالي بالدعوى المدنية بجبر الضرر لها حجية نسبية بخصوص مبدأ الإدانة على حصول تقليد النموذج الصناعي بذاته ووصفه وشكله والغاية من استعماله

دون غيره ولا يمتد أثره تبعا لذلك لأشكال أو نماذج أخرى مختلفة عنه من حيث الوصف والاستعمال طالما لم يثبت حصول تلك الأشكال على الحماية القانونية المشترطة بمقتضى الأمر العلي لسنة 1911 والقانون المؤرخ في 25 فيفري 1911 واحتراما لمبدأ الشرعية لأن المطالبة بالتعويض المادي تقتضي ضرورة تمتع الأنموذج بالحقوق المخولة قانونا للرسم بعد استيفاء الشكليات بثبوت الإيداع والنشر، وقد كان المشرع واضحا من خلال أحكام الفصل 27 من قانون سنة 2001 وهو تقريبا نفس الفصل 21 من الأمر العلي المؤرخ في 25/ 02/ 2011 وذلك من خلال استبعاد أيّ تتبع جزائي أو مدني قبل النشر. وترتيبا عليه ونظرا للحجية النسبية للحكم الجزائي القاضي بالعقاب من أجل التقليد، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من استرجاع سلطته التقديرية للبحث في أركان المسؤولية التقصيرية مناط التعويض طالما تبين من أسانيد الحكم الجزائي المحتج به أنّ القاضي الجزائي لم يتعاط في الدعوى المدنية ولم يبحث في مقوماتها.

وحيث أنّ استعادة القاضي المدني لسلطته التقديرية للبحث في استيفاء دعوى جبر الضرر الناشئ عن جنحة التقليد تخوّل له أولا البحث في مدى توفر الشروط الشكلية بحماية الأنموذج المبتكر ويقتضي ذلك منه التحقق من ثبوت تاريخ الإيداع وثبوت النشر أو الإشهار بالرائد الرسمي والتقيد بالمدة القانونية لحماية المبتكر سواء كانت تلك المدة محددة بخمس سنوات أو عشر سنوات أو خمس عشرة سنة. وإضافة الشروط الموضوعية للمسؤولية التي تقتضي البحث في ثبوت قيام المضرة اللاحقة بالذمة المالية للمبتكر، باعتبار أنّ الخطأ ثابت استنادا للحكم الجزائي سند القيام مع ضرورة إثبات العلاقة السببية بين تقليد الأنموذج المحمي طبقا للقانون والمستوفي لجميع موجباته الشكلية مع الأضرار اللاحقة بشخص المبتكر.

وحيث أنّ محكمة الحكم المنتقد لما قضت بتلك الصفة واعتمدت الحجية المطلقة للأحكام الجزائية دون تمحيص وتدقيق عناصر الدعوى المدنية، تكون قد أسقطت نتائج قانونية لا تتماشى مع ما هو ثابت بملف القضية وأدّت إلى مخالفة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 481 من م ا ع وتحميله آثارا قانونية وأحكاما لم ينظمها ممّا يستوجب نقضه ترتيبا على ما ذكر.

حيث تعلق الإشكال القانوني أيضا المعروض بمعرفة ما إذا كانت الأحكام الجزائية القاضية بإدانة البعض من المطلوبين في الأصل من أجل التقليد تلزم القاضي المدني ومن ثمة محكمة الأصل بمناسبة تعهدها بهذا النزاع من عدمه وإن كان الحكم الجزائي الغيابي يلزم المحكمة عند تعهدها بالتعويض من الناحية المدنية من عدمه.

وحيث وللإجابة عن الإشكال القانوني الأول يتجه الرجوع إلى أحكام الفصل 101 من م ا ع الذي جاء به أنّ الحكم الصادر عن المجلس الجناحي بترك سبيل متهم لا يؤثر في مسألة تعويض الخسارة الناشئة من الفعل الذي قامت به التهمة وهذا الحكم يجري في صورة سقوط الدعوى بسبب وفاة المتهم أو لصدور عفو عام.

وحيث يفهم من الفصل المذكور وبقراءة عكسية له، أنه إذا قضى المجلس الجناحي بإدانة المتهم تصبح المحكمة المتعهدة بالنظر في مسألة تعويض الخسارة عن الفعل الذي قامت به التهمة ملزمة بما صدر به الحكم الجناحي، ولا يمكنها أن تقضي بانعدام مسؤولية الصادر عنه الفعل الضار وهو ما استقر عليه فقه القضاء والفقه عند تفسيره لمقتضيات الفصل 101 من م ا ع بعد ربطه بما تضمنه الفصل 7 من م ا ج الذي ألزم المحكمة المدنية المختصة عند تعهدها بالبت في قضية تهدف إلى التعويض لمتضرر من فعل يعدّ من قبيل الجنحة أو شبه الجنحة أن توقف النظر في الدعوى إلى حين البتّ في الدعوى العمومية وهو أمر منطقي حتى لا تتضارب الأحكام ويؤدي المرفق العام القضائي الدور الموكول له بإيصال الحقوق لأصحابها.

وحيث وبالرجوع أيضا إلى ملف القضية والحكم المطعون فيه يتضح أنّ المحكمة أخذت بالأحكام الجزائية الباتة التي أدانت المطلوبين أحمد ق ... وفتحي ق ... من أجل جريمة تقليد أنموذج صناعي راجع بالملكية للمدعي في الأصل فتحي ع ... لتعتبرهم مسؤولين بالتعويض له عما لحقه من ضرر فعلهما الضار الواقع إدانته جزائيا وأسست قرارها على حجية الأمر المقضي جزائيا على الجانب المدني من النزاع مستبعدة جميع دفوع المطلوبين الرامية إلى المنازعة في مسألة التقليد فهي قد أحسنت تطبيق القانون في ذلك ولا تثريب إلى ما توصلت إليه.

وحيث يطرح الإشكال في مدى تقيد القاضي المدني بما قضى به الحكم الجزائي الغيابي. وحيث ولئن كان للحكم الجزائي الغيابي طبيعة الحكم القضائي، فإنه يتميّز بطبيعة خاصة نظرا لعدم حضور المتهم بأطوار التقاضي وعدم دفاعه عن نفسه في خصوص التهم الموجهة ضدّه لذا اعتبره الفقهاء حكما وقتيا طالما أنه يمكن لمن صدر ضده الحكم المذكور أن يعترض عليه ولا يبدأ آجال الاعتراض على خلاف الحكم الجناحي الحضوري أو المعتبر حضوريا إلا من تاريخ الإعلام به، ويطرح هذا الحكم إشكالا قانونيا لمعرفة إن كان بالإمكان للقاضي المدني المتعهد بدعوى التعويض الناجمة عن الفعل الضار أن يستند إلى الحكم الغيابي لإثبات قيام المسؤولية والقضاء بالتعويضات اللازمة.

وحيث ولئن كان من الجائز اعتماد القاضي المدني على الحكم الجناحي الغيابي القاضي بالإدانة للتعويض للمتضرر حماية لحقوق هذا الأخير من التلاشي خاصة إذا عمد مرتكب المضرة إلى عدم الاعتراض على الحكم الغيابي أملا في سقوط الدعوى العمومية فلا يمكن للحكم الغيابي أن يكون أساسا وسندا للتعويض في المادة المدنية بما أنه حكم وقتي قابل للطعن فيه بموجب الاعتراض، هذا فضلا على كونه لم تتوفر فيه جميع ظروف المحاكمة العادلة في ظل غياب المتهم وعدم حضوره وتقديم أوجه دفاعه فهو بمثابة الحكم الناقص في ظلّ عدم حضور المتهم واستنطاقه من قبل المجلس الجناحي المتعهد بالنظر.

وحيث يطرح تساؤل آخر إن كان الحكم الغيابي يعد من قبيل الأحكام المشار إليها بالفصل 443 من م ا ع أي التي لم تكتسب صفة التنفيذ ويمكن للمحكمة اعتماده كوسيلة إثبات وقرينة قانونية لبناء حكمها مثلما ذهبت إلى ذلك محكمة القرار المنتقد في خصوص الحكم الجناحي الغيابي الصادر ضد ب. .... والقاضي بإدانته من أجل التقليد وهو الحكم الصادر عن محكمة ناحية تونس تحت عدد 58471 بتاريخ 18/ 03/ 1998.

وحيث ومثلما تمت الإشارة إلى ذلك أعلاه فإنّ الحكم الغيابي حكم وقتي يفتقر إلى أحد أهم الأركان التي يقوم عليها القانون الجزائي في المحاكمة وفي إثبات التهمة على المظنون فيه أو نفيها وهو حضور المتهم وتقديم ما لديه من أوجه دفاع وبالتالي لا يمكن أن نصبغ عليه صفة الحكم المشار إليه بالفصل

443 من م ا ع أي الحكم الذي لم يكتسب بعد صفة التنفيذ والذي يحق للقاضي المدني اعتماده عند نظره في المسؤولية على الصعيد المدني وتقدير التعويضات المستحقة حتى وإن تعزّز الحكم الغيابي المذكور بالحكم الاعتراضي عدد 63321 الصادر في 03/ 06/ 1998 القاضي برفض اعتراض المتهم بخّة .... مورث جانب من المدعى عليهم في الأصل شكلا، بعد أن تبين أن ب المذكور توفّي حتى قبل صدور الحكم الغيابي، إذ ثبت بالرجوع إلى ملف القضية أن الوفاة حصلت بتاريخ 12/ 08/ 1997 وعليه لا يمكن الحديث عن حضوره وتسجيل اعتراضه على الحكم الغيابي ما دام قد توفّي بتاريخ سابق. وبناء على ذلك يكون استناد محكمة القرار المنتقد إلى مقتضيات الفصل 443 لتبرير اعتمادها على الحكم الجزائي الغيابي القاضي بإدانة ب. .... من أجل التقليد لإلزام ورثته بالتعويض لفائدة المدعي المتضرر غير مؤسس قانونا ويجعل حكمها عرضة للنقض من هذه الناحية خاصة أنها لم تأخذ بالدفع المثار من قبل ورثة بخة من كونهم قاموا بقضية في إبطال ترسيم أنموذج القفص الذي أسس عليه المدعي في الأصل قيامه بدعوى الحال.

حيث تضمنت المطاعن أيضا أنّ الحكم الغيابي لا يتمتع بحجية الأمر المقضي به عملا بأحكام الفصول 7 من م ا ج و481 و 482 من م ا ع وقد أكد ت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بمناسبـــــة قرارها عــ28167 ـــدد المؤرخ في 25/ 04/ 1996 أنّ الحكم الغيابي قابل للطعن بالأوجه التي يطعن بها في الأحكام، إلا أنه غير بات و لم يتصل به القضـــــاء و لم يصبح قابلا للتنفيذ ومنه لا يمكن الاحتجاج على الطاعنين بحجية الأمر المقضي به جزائيا ولا يمكن اعتباره حكما باتّا في الأصل وأنّ شركة ق ... «خزف فني» لم يشملها مطلقا التتبع الجزائي في حين أنّ محكمة الحكم المنتقد لم تتعرض إلى هذا الدفع ممّا يتجه النقض.

وحيث اعتبر القرار المطعون فيه أنه إذا كان أساس القيام لطلب التعويض لدى محكمة مدنية حكما جزائيا فإن القاعدة التي يتجه الرجوع إليها تكون قاعدة حجية الجزائي على المدني واستند إلى الفصل 481 م ا ع ليقرر أنّ الأحكام الجزائية الصادرة ضد أحمد عبد الحميد ق ... وق ... ق ... أصبحت باتة بما يجعل قيامهما بالتقليد أمرا باتا لحجية الحكم المذكور الذي أحرز على حجية

الأمر المقضي به عملا بأحكام الفصل 481 المذكور إلاّ أنه لا خلاف في أنّ موضوع الأحكام الجزائية والقضية المدنية مختلفان حيث أنّ الأولى تتضمن تسليط العقاب على المتهمين بينما موضوع الثانية التعويض المدني أما السبب في الأحكام الجزائية فهو مخالفة القانون الجزائي بينما هو في القضية المدنية تفعيل أحكام المسؤولية المدنية المترتبة عن التقليد أما الأطراف في الدعوى الجزائية فهم النيابة العمومية والقائم بالحق الشخصي من ناحية والمتهم من ناحية أخرى بينما هم في الدعوى المدنية المدعي والمدعى عليهم، فضلا على أن-شركة « ق ... للخزف الفني» لم يشملها أيّ نزاع جزائي و لم تكن موضوع أيّ إدانة. وهذا الاختلاف التام بين سبب وموضوع وأطراف الدعويين الجزائية والمدنية لا يمكن أن تقوم معه حجية الأحكام الجزائية على القاضي المدني فالحجية تكون فيما فصل فيه الحكم الجزائي من وقائع لا غير وأما تلك غير المشمولة به فلا تندرج في حجية الجزائي على المدني وأنّ إغفال ذلك من قبل القرار المنتقد تتكون منه مخالفة صريحة لأحكام الفصل 481 م ا ع . وأنّ الإعراض عن صريح نص القاعدة القانونية المقررة بالفصل 481 م ا ع فيه مخالفة للقانون بما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث ورد بالمطاعن أيضا أنّ تطبيق مبدأ حجية الجزائي على المدني يستوجب اتحاد عناصر ثلاثة وهي الخصوم والموضوع والسبب وهو ما لم يتوفر في الدعويين الجزائية والمدنية موضوع قضية الحال. فبالرجوع إلى الحكم الجزائي عدد 63321 الصادر عن محكمة الناحية بتونس بتاريخ 3 جوان 1998 يُلاحظ أنّ التقليد والعقاب تسلط على قالب من اللوح في شكل قفص سيدي بوسعيد مسجل بالمعهد القومي للمواصفات والملكية الصناعية بتاريخ 20 جانفي 1988 تحت عدد 88.005 في حين تهدف دعوى الحال إلى إثبات التقليد والتعويض بخصوص رسم صناعي يتمثل في نصف قفص حائطي في شكل نصف قفص سيدي بوسعيد موضوع إيداع الطاعنين بالمعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية تحت عدد DM97016 وأنّ إيداعهم ينطبق على فانوس حائطي في شكل «نصف قفص سيدي بوسعيد» وكذلك في فانوس حائطي في شكل «شباك سيدي بوسعيد» ولم يقم المدعي في الأصل – المعقب ضده فتحي – بأيّ إيداع

يشمل شباك سيدي بوسعيد أو نصف قفص سيدي بوسعيد بل إنّ إيداعه يشمل نماذج أخرى مختلفة.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه لما ركزت حكمها على اعتماد حجية الجزائي على المدني دون التأكد من شروط تطبيقه ولما استخلصت وجود التقليد بشكل مباشر وآلي تكون قد جانبت الصواب وخالفت القانون ممّا يجعل حكمها عرضة للنقض. كما أنّ نظر محكمة القرار المنتقد نظر مستقل عن نظر المحاكم الجزائية، لأنّ الأحكام الجزائية اكتفت بالقول بوجود جريمة تقليد أنموذج صناعي دون بيان لا الشكل ولا المادة المستعملة بل اكتفت بالإشارة إلى الإيداع عدد 88055 ولم تبرز ما هو النموذج الصناعي المقلد وأنه علاوة على اختلاف موضوع الطلب فإنّ شرط توفر نفس الأطراف منعدم في وقائع قضية الحال بما أنّ الطاعنة شركة « ق ... للخزف الفني» لم يشملها النزاع الجزائي. وهو نفس الشيء بالنسبة إلى المطلوب «بخة القسطلي» الذي صدر ضده مجرد حكم غيابي فقط وبالتالي فإنّ شروط الفصل 481 م اع منتفية تماما ولا تنطبق على وقائع قضية الحال بسبب اختلاف الموضوع والسبب والأطراف وأنّ تمسك محكمة الاستئناف باتصال القضاء دون الالتفات إلى توفر شروط وأركان تطبيق الفصل 481 م ا ع يجعل من قضائها غير مؤسس قانونا ومن المتجه نقض القرار المعقب من هذه الزاوية القانونية.

6/ عن المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصلين 108 و109 من م ا ع :

وحيث أنّ الحكم المطعون فيه شمل جميع المطلوبين باستثناء المدعو ق ... ق ... الذي قضي في حقه بعدم سماع الدعوى لسقوط المطالبة بمرور الزمن وأن تحميله التعويض مع بقية المحكوم ضدهم على وجه التضامن بالخيار دون مراعاة ما سبق من السقوط ودون تفريق بين مدين أصلي أو وريث يمثل خرقا واضحا لأحكام الفصول 108 و109 و241 من م ا ع.

وحيث لا خلاف بأن أحكام الفصلين 108 و109 من م ا ع هي من الأحكام الاستثنائية لأن المبدأ هو استقلال الذمم المالية للأفراد بما يقتضي تحمّل كلّ شخص تبعة أفعاله بانفراده وأنّ التضامن بين المدينين لا يؤخذ بغلبة الظن ولا يكون إلا بالاتفاق أو بالقانون وأنّه إذا قرّره القانون لا يكون تطبيقه إلا في حدود نصه تبعا إلى أنّ الاستثناءات تطبّق وتُؤوّل تأويلا ضيقا ويترتب عن ذلك ضرورة

الوقوف على المعنى الحقيقي لعبارات الفصل 108 م ا ع والتحقق من توفر شروط الفصل 109 م ا ع وهو ما لم يحققه القرار المطعون فيه وفي ذلك مخالفة للقانون بعدم تحقيق شرط وحدة الضرر .

وحيث أنّ قول المشرع «من أشخاص متعددين معا « يعني أنه يشترط شرطين: 1-من ناحية وحدة الضرر وتعدّد الأشخاص المنسوب إحداث الضرر إليهم و2-من ناحية أخرى وبالتلازم أن يكون تدخلهم مشتركا بدليل استعمال عبارة «معا» والتي تبرزها العبارة في النص بصيغته الأصلية باللغة الفرنسية « agissant de concert » التي تفيد التوافق والتقارر.

وحيث أنّ هذا التدقيق يحدّد مجال تطبيق النص، فالحكم بالتضامن لا يتجاوز الإطار المحدد له في ضرورة أن لا يتم التوقف على تعدّد الأشخاص بل بشرط أن يكون الأشخاص المتعددون والمتسببون في الضرر قد تدخلوا في إطار فعل واحد لإحداث ضرر وحيد بالتقارر بينهم وبقطع النظر عن الفاعل الأصلي والمتواطئ والمحرّض. بما يفترض التزامن والترابط في تدخّل الفاعلين في إحداث الضرر الوحيد ولم يثبت من الأحكام الجزائية المستند إليها أنّ شروط الفصل 108 م ا ع قد تحققت ذلك وأنّ التتبعات الجزائية لم تشملهم مجتمعين بل منفردين وأحيانا مع غيرهم وأنّ الأحكام الجزائية المستند إليها لم تصدر باعتبار أحد المطلوبين فاعلا أصليا وباقيهم متواطئون أو محرضون، فضلا على أنّ الطاعنة شركة ق ... لم تكن مشمولة بأيّ حكم جزائي.

وحيث أنّ ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من تعذّر تعيين ما ينسب لكل واحد من المطلوبين بسبب عجز الخبراء عن تنفيذ المأمورية يخالف دور المحكمة في تطبيق القانون ذلك أنّ تحديد نسبة مشاركة كل واحد من المطلوبين في إحداث الضرر ليس من المسائل الفنية التي يمكن فيه الاعتماد على أقوال الخبراء بل هو من المسائل القانونية أيضا التي ضبط شروطها الفصلان 108 و109 م ا ع ومنه فإنّ إلزام الجميع بالتعويض ودون تخصيص يعدّ مخالفا للفصلين 108 و109 المذكورين وللمبدأ العام في استقلال الذمم المالية للأفراد بما معناه أنّ كلّ فرد يتحمّل تبعة أعماله بانفراده والاستثناء هو التضامن بين المدينين إما بالاتفاق أو بالقانون ولذلك تعدّ أحكام الفصلين 108 و109 من م ا ع من الأحكام الاستثنائية للمبدأ العام.

وحيث أنّ القضاء بالإلزام بالتضامن بين المطلوبين يفترض تبعا لذلك أن تكون الواقعة واحدة والضرر واحدا مع عدم تحديد الفاعل وتعذر معرفة نسبة الضرر الحاصل من كل واحد منهم وهي غير صورة دعوى الحال ضرورة أنّ الأفعال المنسوبة إلى كلّ طرف في قضية الحال مستقلة عن بعضها البعض وهنالك أطراف نسبت إليها أفعال بناء على أحكام جزائية صدرت ضدّها وأطراف أخرى نسبت إليها أفعال أخرى في غياب أيّ تتبع جزائي مثل الطاعنة «شركة ق ... خزف فني» كما أنّ القضايا الجزائية المذكورة مختلفة ومستقلة عن بعضها البعض وتمّ التتبع فيها ضدّ أطراف مختلفة، وبتواريخ متباعدة وهو ما من شأنه أن يؤكد استقلالية الأفعال موضوع هذا التتبع عن بعضها البعض واختلافها وتعدّد الأضرار إن ثبتت وهو الاتجاه الذي توخته محكمة التعقيب صلب قرارها عدد 31283 القاضي بالنقض معتبرة أنّ أحكام المسؤولية التضامنية بالخيار لا تنطبق على وقائع قضية الحال.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه وبوصفها محكمة إحالة لم تتقيّد بما تسلط عليه النقض ولم تساير محكمة التعقيب في وجوب التحقق من توفر شروط الفصلين 108 و109 من م ا ع وفي وجوب فرز نسبة كلّ واحد من المطلوبين في الأصل في إحداث ضرر للمدّعي في الأصل فتحي ع ... واعتبرت أنّ قاعدة الضمان بالخيار المنصوص عليها بالفصلين المذكورين تنطبق على صورة الحال مستندة إلى القول وفق نتيجة الاختبار بأنه توجد استحالة في فرز نسبة أو مساهمة كل واحد في إحداث الضرر والحال أن القرار التعقيبي عدد 31283 بيّن لها المعايير المستوجبة في ذلك رجوعا إلى القضيتين الجزائيتين وتواريخها وما صدر عن كلّ واحد من المطلوبين في الأصل ووفق أيضا ما يتبين من العريضة الأصلية في أنّ المدعي في الأصل نسب لكلّ واحد من المطلوبين في الأصل فعلا معيّنا وبالتالي لا يمكن القول باستحالة أو تعذّر فرز وتحديد حصّة كلّ منتفع من تقليد المنتوج حسب نسبة مساهمته في الضرر الحاصل من جرّاء التقليد وعليه فإن محكمة الحكم المطعون فيه وحينما تغافلت عن تطبيق شروط التضامن بالخيار وتولّت تفعيله خارج صوره، تكون قد خرقت القانون وعرّضت قضاءها للنقض من هذه الناحية.

7/ عن المطعن المتعلق بسوء تأويل وتطبيق أحكام الفصل 101 من م ا ع وخرق أحكام الفصل 241 م ا ع

حيث تضمن هذا المطعن أنّ الحكم المطعون فيه شمل من المطلوبين ورثة دون أن يأخذ بعين الاعتبار بأن المسؤولية و الإلزام إن وجد و إن ثبت يكون على قدر الإرث وهو ما خرقه الحكم ومنطوقه الذي خوّل للمحكوم له التنفيذ على جميع ممتلكات الورثة و هو أمر يتعارض بصورة صريحة و منطوق الفصل 241 م ا ع وأنّ عدم تخصيص و تدقيق و تحديد الذمة المالية المشمولة بالحكم يجعل من الطعن حريّا بالقبول لمخالفة أحكام هذا الفصل فهو قد شمل جميع الذمة المالية للمحكوم ضدهم ولم يميّز بين ما جاء من الإرث وما كسبه الشخص. وأنه ورغما عن التمسك بالفصل 241 من م ا ع فإنّ محكمة الحكم المنتقد لم تراع هذا النص بل خرقته لما قضت بالتضامن بين المحكوم ضدهم على جميع أملاكهم و دون تفرقة في الذمة المالية الموروثة ودون إبقاء الالتزام في حدود المنابات وفي نسبة الاستحقاق وقد جاء بمطاعن سنية بخة ... أنها تولت رفقة باقي ورثة والدها بخة .... إجراء قسمة رضائية في كامل إرثه وقد امتازت تبعا لذلك بعدّة منابات ولم يكن معمل الفخار المنسوبة إليه عملية التقليد من نصيبها بل آل المعمل بنسبة 33 ٪ إلى أخيها سفيان و بنسبة 33 ٪ إلى أخيها سامي وبنسبة 33٪ إلى أخيها زياد. وقد كان تمسّك الطاعنون لدى الطور الأصلي بمقتضيات الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود بشأن وجوب أن لا يتعدّى المبلغ المقضي به ضدّها عند الاقتضاء قيمة نصيبها من الإرث إلاّ أنّ القرار المطعون فيه غفل عن ذلك وقضى بإلزامها بالتضامن مع بقية المطلوبين بأداء التعويضات المحكوم بها وأمسى القرار المطعون فيه صادرا ضعيف التعليل محرّفا للوقائع مفرطا في السّلطة هاضما لحقوق الدفاع وخارقا للقانون ممّا يجعله عرضة للنقض.

وحيث تأسس المطعن أيضا على وجوب ألا يتعدّى المبلغ المقضي به ضد ورثة بخة .... قيمة نصيب كلّ وارث من الإرث، الأمر الذي غفلت عنه محكمة القرار المنتقد بما يخالف الفصل 241 من م ا ع الذي يؤخذ منه أنه تنتقل للوارث جميع التزامات المورث بحقوقها وديونها ولا يستثنى من ذلك إلا ما خرج بطبيعته أو بموجب الاتفاق، إلا أنّ الوارث لا يعدّ غيرا وينظر بالطرف ويعتبر خلفا عاما متمّما لشخص من يخلفه ويحلّ محلّه فيما له وما عليه فيصبح الخلف دائنا ومدينا

في التزامات السلف وتنصرف الالتزامات المالية للوارث ومنه يجوز التنفيذ تبعا لذلك على الذمة المالية للوارث ولكن دوما في قدر منابه في التركة، لأنّ القاعدة في الميراث هي أنّ الورثة لا يلزمون إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم، فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم ولا يسع أرباب الدين إلا تتبّع مخلّف المدين وفق ما اقتضته أحكام الفصل 241 م ا ع فالفصل المذكور يخوّل للوارث رفض التركة وجعل الالتزام عندها في حدود الإرث.

وحيث يخلص من ذلك أنّ الحقوق التي على المورث تحل بالوفاة وتنتقل مضامينها إلى الذمة المالية للوارث، ويتمّ أداؤها قبل قسمة التركة ذلك أنّ «الدائن وفقا للفصل 355 من م ا ع يُقدّم على الوارث ولا إرث إلّا بعد أداء الدين». بما يعني أنه يخلصُ للدائن حقّ عيني أو «رهن قانوني» يجيز له أن يقوم بأعمال التنفيذ على أيّ مال من الأموال التابعة للذمة المالية للورثة باعتبارهم مسؤولين عن التزامات مورثهم ولهم صفة «المحكوم عليه» أو «المنفذ ضده» تطبيقا للفصل 982 من م.م.م.ت. حسب صيغة تنقيحه في سنة 2002 بالقانون عدد 82 لسنة 2002 كل ذلك على أساس حلولهم محل مورثهم، كلّ في قدر منابه وعلى نسبة استحقاقه.

وحيث أنّ محكمة الحكم المطعون فيه حين ألزمت جملة المطلوبين بمن فيهم ورثة بخة .... بأداء جملة المبالغ المالية المحكوم بها بالتضامن ودون اعتبار لمقدار الإرث ونسبة مناب كل وارث تكون قد خالفت القاعدة القانونية الواردة بالفصل 241 م ا ع حال أنه كان من المتعين تحديد حكم الأداء بالنسبة إلى الورثة في حدود الإرث وفي حدود مناب كل وارث وكان قضاؤها على ذلك النحو مخالفا للقانون موجبا للنقض.

8/ عن المطعن المتعلق بمخالفة الفصلين 176 و191 من م م م ت ومخالفة مبدأ حجية الجزائي على المدني وخرق القواعد العامة للإثبات وهضم حقوق الدفاع:

وحيث تبين أنّ محكمة القرار المنتقد خالفت أحكام الفصلين 176 و191 من م م م ت لما شمل حكمها جميع الأطراف باستثناء المدعو ق ... ق ... في حين أنّ القرار التعقيبي الذي عهدها بإعادة النظر في النزاع حدّد مناط ذلك وحصر

نطاقه بضرورة «الأخذ بعين الاعتبار للأعمال القاطعة لأجل السقوط وترتيب النتائج القانونية اللازمة بالنسبة إلى من شملتهم الأحكام الجزائية سند الدعوى دون غيرهم من الأطراف الذين لم يكونوا محل تتبع جزائي». وترتيبا عليه فإن القرار بالنقض تسلط على الحكم المنقوض في خصوص الأطراف الذين شملتهم أحكام جزائية وهو ما كان يوجب على محكمة الإحالة الالتزام بحدود ذلك النقض وأن لا يتجاوزه إلى الأطراف غير المشمولين بأحكام جزائية وكان لزاما عليها إخراج شركة ق ... من نطاق المطالبة لعدم شمولها بأيّ حكم جزائي في قضية الحال ولسقوط الدعوى في حقها بمرور الزمن عملا بأحكام الفصل 29 من القانون المؤرخ في 06/ 02/ 2001، وترتيب ذلك الأثر بمقتضى القرار الاستئنافي السابق والذي اتصل به القضاء إضافة إلى أنّ التصريح بثبوت التقليد في جانب الشركة المذكورة دون الوقوف على ركن الإسناد وما يستتبع ذلك من ضرورة إثبات ما هو منسوب إليها يعدّ خرقا للقانون على معنى أحكام الفصلين 420 و421 ولذلك يكون من المتجه بنقض القرار المطعون فيه.

حيث جاء بالفصل 176 من م م م ت أنه تقتصر محكمة التعقيب على النظر في خصوص موضوع الطعن وتقرّر قبوله أو رفضه وفي صورة القبول تقرّر إبطال الحكم أو نقضه كليا أو جزئيا وتصرّح بإرجاع القضية إلى محكمة الأصل لإعادة النظر فيما تسلط عليه النقض وأضاف الفصل 191 من نفس المجلة أنّ القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلّط عليه النقض.

وحيث يستخلص من مقتضيات الفصلين المذكورين أنّ محكمة إعادة النشر يقتصر نظرها على ما تسلط عليه النقض من محكمة التعقيب، ولا يمكن لها النظر في مسائل أخرى لم تكن موضوعا للنقض.

وحيث وبالرجوع إلى القرار التعقيبي عدد 31238 يتضح أنّ محكمة التعقيب قرّرت نقض القرار الاستئنافي الأول الذي بتّ في قضية الحال على أساس أنّ آجال الثلاث السنوات المنصوص عليها بالفصل 29 من القانون عدد 21 لسنة 2001 هي آجال تقادم قابلة للقطع والتعليق وكان على محكمة القرار المنتقد الأخذ بعين الاعتبار للأعمال القاطعة لأجل السقوط وترتيب النتائج القانونية اللازمة بالنسبة إلى من شملتهم الأحكام الجزائية سند الدعوى دون غيرهم من

بقية الأطراف الذين لم يكونوا محل تتبع جزائي، وأنّ المحكمة المدنية ليس لها أن تعيد النظر في الموضوع والوقائع التي نظر فيها القاضي الجزائي في مسألة ثبوت التقليد في جانب من صدرت ضدّهم الأحكام الجزائية سند القيام واتصل القضاء في الموضوع.

وحيث وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه الآن يتضح أنّ المحكمة لم تتقيد بقرار الإحالة المشار إليه آنفا والحال أنها مقيدة قانونا وبأحكام الفصلين المشار إليهما آنفا بما تسلّط عليه النقض فأعادت تقدير قيمة التعويضات المستحقة من قبل المدعي في الأصل رغم أنه اتصل القضاء في الموضوع ولم يشمله قرار الإحالة القاضي بالنقض الذي أحال ملف القضية من جديد لمحكمة الحكم المطعون فيه حتى يقع تحديد الأشخاص الملزمة بالتعويض والذين لم يسقط حق التداعي ضدّهم لمرور الزمن لوجود أعمال قاطعة متمثلة في الأحكام الجزائية القاضية بالإدانة من أجل جريمة التقليد، ولم يشمل النقض مطالبة محكمة الاستئناف بإعادة تقدير التعويضات المستحقة، وإنّ تناولها لهذه المسألة وتولّيها إعادة التقدير يشكّل خرقا للفصلين 176 و191 من م م م ت بما يبرّر أيضا نقض القرار المطعون فيه.

9/ عن المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصل 1 من الأمر العلي المؤرخ في 25 فيفري 1911 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية وخرق أحكام الفصل الأول من مجلة التراث والفصل 7 من قانون الملكية الأدبية وضعف التعليل:

وحيث وعلى خلاف ما ارتأته محكمة الحكم المطعون فيه من أنّ شركة ق ... «خزف فني» قد ثبت في جانبها التقليد وأنّ النموذج الذي تمّ إيداعه من قبلها لدى المعهد القومي للمواصفات والملكية في 19/02/1997 تحت عدد DM97016 والمتمثل في فانوس حائطي من الخزف الشواط والمطلي في شكل قفص سيدي بوسعيد يتطابق ويتماثل مع النموذج الصناعي المودع من قبل المعقب ضده فتحي ع ... باعتبار أنّ استغلال قفص «سيدي بوسعيد» كشكل، لا يمثل اعتداء على الحقوق، باعتباره ملكا مشاعا للجميع من التراث الوطني وأنّ الحماية القانونية الواردة بأحكام الفصل 1 من أمر 25 فيفري 1911 مقيدة بمعيارين جوهريّين يتمثلان في الجدّة والابتكار والاختلاف عن الأشكال السابقة والمتداولة وهي مسائل لم يتحقق منها القرار المنتقد، ذلك أنّ النموذج الصناعي

المسجل لا يتمتع بالحماية، إلا إذا كان يحتوي على ميزتي الابتكار والتجديد بمعنى أن يكون مختلفا بهيئته الخارجية عن بقية الرسوم والابتكارات المعروفة والشائع استعمالها بين جميع أفراد المجتمع وخاصة الحرفيين منهم.

وحيث أنّ المحكمة لم تتصدّ لهذا المطعن وجاء قضاؤها قاصر التعليل والتسبيب وخارقا لأحكام الفصلين 2 و4 من قانون 06/02/2001 وغير مؤسس على أسانيد سليمة بما يتعين نقضه.

10/ عن المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصول 82 و89 و107 و420 و421 من م اع والفصلين 7 و11 من المجلة التجارية ومخالفة قانون 30 ديسمبر 1996 المتعلق بمحاسبة المؤسسات وضعف التعليل وتحريف الوقائع

وحيث خالفت محكمة الحكم المطعون فيه أحكام المسؤولية التقصيرية لعدم بيان أركانها بدقة وللوقوف على ثبوت العلاقة السببية القائمة في المضرة الحاصلة للمبتكر إن وجدت وفعل التقليد الصادر عن كل طرف مشمول بتداعي جزائي وبيان عناصر الخسارة ومقدارها طبقا لأحكام الفصل 107 من م اع والذي حدّد مناطها في ما تلف حقيقة من مال الطالب وما صرفه لتدارك الفعل الضار والأرباح المعتادة التي حرم منها بسبب الفعل الضار وأنّ اعتماد المشرع معيار التلف الحقيقي في مآل زاعم المضرة من ناحية والحرمان من الأرباح المعتادة من ناحية أخرى، يوجب تقدير الخسارة بالرجوع إلى الذمة المالية لمدعي المضرة وحدها دون سواها أي دون بحث في الذمة المالية للمطلوبة، إلّا أنّ المحكمة قامت باعتماد معايير مسقطة ودخيلة على أحكام الفصل 107 من م ا ع كمنتوج المطلوبين ومعاملاتهم وعدد السياح الذين ارتادوا البلاد التونسية خلال فترة المطالبة وهو ما أدى إلى استحالة تحقق ركن الضرر المباشر وتحديد الخسارة المادية اللاحقة بالذمة المالية للمتضرر الذي لم يمارس التجارة ولم يثبت استغلاله للأنموذج المدعي بشأنه. وترتيبا عليه، فإنّ المحكمة أسست تقديرها للخسارة على معطيات لا علاقة لها بطرفي النزاع ودون احترام للشروط القانونية المذكورة آنفا وقد جاء قضاؤها بهذا الصدد مبنيّا على ضرر احتمالي مبني على التخمين وغير مؤسس على وثائق محاسبة ممسوكة من قبل طرفي النزاع طبقا للقانون ويثبت قيمة الافتقار الحقيقي للذمة المالية للطالب وكان حكمها ضعيف

التعليل ومخالفا لأحكام الفصل 107 من م ا ع وللمعايير القانونية للتعويض ويستوجب نقضه .

11/ عن المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصلين 4 و8 من أمر 25 فيفري 1911 والفصل 10 من القانون عدد 21 المؤرخ في 06 فيفري 2001 وهضم حقوق الدفاع:

وحيث شمل التعويض الفترة الممتدة من سنة 1985 إلى سنة 2011 وقد تمسك الطاعنون بعدم جواز سحب المطالبة بالتعويض عن الفترة السابقة لتاريخ الإيداع وعن الفترة اللاحقة لنهاية الحماية المحددة سلفا عند إيداع النموذج وإشهاره، إلّا أنّ المحكمة تجاوزت كلّ ذلك وهو ما أدى إلى خرق أحكام الفصل 4 من الأمر العلي لسنة 1911 والمنظم لشرطي الإيداع والإشهار والفصل 8 من نفس الأمر الذي حدّد مناط الحماية القانونية للأنموذج المبتكر بمدة زمنية تقدر بخمس سنوات أو عشر أو خمس عشرة سنة وهي نفس المدة التي قررها الفصل 10 من قانون 06 فيفري 2001 المنسحب على نزاع الحال.

وحيث أنّ القاضي المدني المتعهد بنزاع الحال وفي إطار سلطته التقديرية والاستقرائية كان عليه التوقف عند نهاية مدة الحماية القانونية واحترام أمدها بداية ونهاية طالما ثبت أنّ الإيداع تمّ بتاريخ 20 جانفي 1988 تحت عدد DM8805 وقد طلب المودع تحديد مدته بخمسة عشر عاما وهو ما يعني أنّ نهاية الحماية تكون خلال سنة 2003 لذلك فإن التعويض عن الفترة الممتدة من سنة 1985 إلى سنة 2011 يفتقد إلى سنده القانوني السليم وغير مؤسس على وقائع ثابتة وغير متطابقة مع المدة التي يمنحها القانون لحماية النموذج علاوة إلى أنّ شكل قفص سيدي بوسعيد ينتمي إلى التراث الثقافي غير المادي وأنه ليس لأحد أن يدعي ملكية نموذجه وهو موجب للنقض.

وحيث وإضافة إلى ذلك فإنه يترتب عن انتهاء مدة الحماية سقوط النموذج في الملك العام، وعدم جواز بما أنه لا يمكن احتكاره بحقوق الملكية الفكرية، وتتقاسمه العديد من الجهات والفئات كما هو في قفص سيدي بوسعيد حسب الشهادات المدلى بها من وزارة السياحة والمعهد الوطني للتراث والديوان الوطني للصناعات التقليدية وتقرير الخبير ن. س. م. وأنه رغم الدفع أمام محكمة الحكم المطعون فيه بأن المعقب ضده فتحي ع ...لم يتحصل على أيّ ترخيص على

معنى الفصل 7 من القانون عدد 36 لسنة 1994 المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية وأنّ شكل قفص سيدي بوسعيد ينتمي إلى التراث الثقافي غير المادي وأنه ليس لأحد أن يدعي ملكية نموذجه بما يعني أنه يفتقر إلى عنصري الجدة والابتكار سواء على معنى أمر 1911 أو قانون 2001 فإن المحكمة قد قصرت في تناول تلك العناصر بالدرس والتحليل بها بما يوجب نقض قرارها.

12/ عن المطعن المتعلق بخرق النظام القانوني للضرر المعنوي

وحيث وعلى خلاف ما ورد بهذا المطعن فإن المحكمة لما قضت باستحقاق القائم بالدعوى للتعويض عن ضرره المعنوي استنادا إلى الحكم الجزائي القاضي بالإدانة والمثبت للتقليد في جانب المحكوم ضدهم يكون في طريقه مبدئيا وترتيبا عليه فإن الحق في التعويض عن الضرر المعنوي يظل قائما ويستمد ذلك الحق من ثبوت الخطأ الجزائي وتسليط العقوبة على مرتكب الفعلة لثبوت ذلك التعدي على النموذج المبتكر متى ثبت ذلك وهو ما يخلف في نفسه الحسرة والألم على نسبة ذلك الإبداع إلى غيره ويجعل طلبه مؤسسا على الحماية القانونية الخاصة والمخولة لمبتكره بمقتضى قانون الرسوم والنماذج الصناعية، إلّا أنّ أوجه الخلاف أو الإفراط في السلطة هو القضاء بالتعويض عن الضرر المعنوي وتحميل كل ذلك على جميع المطلوبين على حدّ سواء دون تخصيص أنّ ذلك التعويض **محمول فقط على من ثبتت إدانته جزائيا لا غير** وأنّ إلزام بقية الورثة دون قيام شروط أحكام الفصلين 82 و83 من م ا ع في جانبهم يعدّ خرقا للقانون وضعفا في التعليل والتسبيب بخصوص الحكم بالضرر المعنوي بالضمان بالخيار وموجبا للنقض على هذا الأساس.

13/ عن الطعن المتعلق بخرق الفصل 123 م م م ت بسبب ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع:

وحيث تمسك الطاعنون بعدة مطاعن جوهرية لها تأثير على تحديد مآل النزاع، إلّا أنّ محكمة الحكم المنتقد لم تتناولها بالتمحيص والتحليل القانوني المستمد من وقائع ثابتة وهو ما آل إلى هضم حقوق الدفاع وضعف التعليل ومن بين تلك الدفوع المآخذ والنقائص التي طالت أعمال الاختبار وبيان القانون المنطبق على نزاع الحال والبحث في شروط الحماية القانونية للنماذج المودعة ومدى توفرها لاستحقاق التعويض.

وحيث ولئن كان الخوض في وسائل الإثبات المعتمدة من قبل المحكمة من المسائل الموضوعية الخاضعة لمحض اجتهاد قضاة الأصل ويخرج مبدئيا عن مناط نظر محكمة التعقيب، إلا أن ذلك مقيد بضرورة حسن التعليل وأن تكون أسانيد الحكم مؤسسة على ما له أصل ثابت بملف القضية، وقد تبين أنّ أعمال الاختبار سند التعويض المالي اتسمت بعدم التقنية والحرفية وتأسست على فرضيات وتخمينات غير علمية، وكان الاحتساب للضرر المحتمل حصوله لم يعتمد مقاييس علمية دقيقة، وأنّ محكمة الحكم المطعون فيه جاء تعليلها ضعيفا وفاقدا للتسبيب السليم في حين أنّ التداعي الحالي يقتضي مختصّا في الحسابيات وهي مسائل جوهرية تستوجب النقض.

14/ عن الطعن المتعلق من تحريف الوقائع

حيث أنّ محكمة الموضوع ولئن كان من مهامها ومن صميم اختصاصها فهم الوقائع وتقدير الأدلة المعروضة عليها والاجتهاد في فحصها وسبر ما اشتملت عليه من العناصر لغاية تكوين رأيها وبناء الأساس الذي تقيم عليه قضاءها بدون أن تكون رهينة المراقبة من طرف محكمة التعقيب لكن ذلك بشرط أن يكون هذا التأسيس لقاعدة الحكم مبناه الوقائع الصحيحة الثابتة بالأوراق وتطبيق القانون تطبيقا سليما.

وحيث اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه أنّ المدعي في الأصل فتحي ع ... قام فعلا بنشر إيداعه بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وأنّه سلّم نسخة منه للخبير ن. ع. مظروفة بملحق الاختبار المذكور وأن الحكم الابتدائي الذي قضى برفض فرع الإبطال لعدم تقديم ما يفيد إيداع النموذج المطلوب إبطاله كان في غير طريقه وقضت على ذلك الأساس بنقضه في خصوصه.

وحيث وخلافا لذلك فقد ثبت بالرجوع إلى أوراق الملف أنّ المدعي في الأصل فتحي ع ... ولئن مدّ الخبير نزار العلويني بنسخة من نشر الإيداع بالرائد الرسمي، إلّا أنّ تلك النسخة لا تتعلق به إطلاقا وإنما تتعلق بإيداع شركتي ق ... خزف فني وب. .... وهو إيداع مؤرخ في 19/ 02/ 1997 تحت عدد 97016 ومنشور بالرائد الرسمي عدد 20 لسنة 1997 المؤرخ في 25/ 02/ 1997 الصفحة 424 وتكون بذلك محكمة القرار المطعون فيه، حينما اعتبرت أنّ

شرط النشر متوفر والحال أنه منعدم، قد حرّفت الأدلة المعروضة عليها وخرقت القانون.

وحيث اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه من جهة أخرى أنّ التقليد ثابت في خصوص الأطراف غير المشمولين بالأحكام الجزائية واستخلصت ذلك من خلال وجود تطابق تام بين أنموذج شركة ق ... ومن معها المسجل تحت عدد DM 97016 (النموذج الأول) وأنموذج المدعي في الأصل فتحي ع ... المتمثل في فانوس حائطي من الخزف الشواط والمطلي في شكل نصف قفص «سيدي بوسعيد» موضوع الإيداع عدد 88005.

وحيث وخلافا لذلك فقد ثبت بالرجوع إلى أوراق الملف أنّ المدعي في الأصل فتحي ع ... لم يقم بأيّ إيداع من هذا القبيل بل إنّ إيداعه شمل نماذج أخرى مختلفة تماما، ذلك أنّ الإيداع الذي قام به بالمعهد الوطني للمواصفات والملكية الأدبية تحت عدد 88005 ينطبق على النماذج التالية:

1- قالب من اللوح ؟؟؟ قفص سيدي بوسعيد.

2- سهارة في شكل قفص سيدي بوسعيد تفتح من الأعلى.

3- حاوية حلوى في شكل قفص سيدي بوسعيد.

4- حاوية حلوى في شكل قفص سيدي بوسعيد تفتح من الأعلى.

5- قالب قفص سيدي بوسعيد من البلكسي قلاس.

وحيث يتبين مما سبق شرحه أنّ القرار المطعون فيه كان مبنيا على تحريف للوثائق بما يجعله عرضة للنقض.

15/ عن المطعن المتعلق بالإفراط في السلطة وضعف التعليل

حيث وبالرجوع إلى القرار التعقيبي عدد 31238 يتضح أنّ محكمة التعقيب نقضت القرار الاستئنافي لتقاعس محكمة الاستئناف في اتخاذ الإجراءات اللازمة للقيام بعملية فرز وتحميل كلّ مطلوب وزر فعلته وبدلا من أن تقتصر محكمة إعادة النشر على ما تسلط عليه نقض محكمة التعقيب قامت بإعادة الاختبار وقدرت من جديد قيمة التعويضات المستحقة من قبل المدعي والملزم بأدائها المطلوبون ورفعتها إلى (14.924.724د500) رغم أنّ القرار التعقيبي

قرار الإحالة لم يتضمن إشارة إلى مسألة تقدير التعويضات من جديد وبالتالي اتصل القضاء في خصوصها ولا يحق إعادة تقديرها من جديد.

وحيث وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتضح أن المحكمة اعتبرت المطلوبة شركة ق ... للخزف مقلّدة وأبطلت النموذج المودع من قبلها تحت عدد D97016 بالمعهد القومي للمواصفات والملكية بتاريخ 19/ 02/ 1997 دون أن تعلل حكمها كما يجب قانونا، مستخلصة وجود تطابق تام بين النموذج المبتكر من المدعي والنموذج المقدم من المطلوبة لتخلص أنّ قفص سيدي بوسعيد يصنف ضمن التراث الوطني للبلاد التونسية ثم تتدارك وتعتبر أنّ فكرة الفانوس في شكل قفص سيدي بوسعيد يمثل ابتكارا لتميزه بطابع الجدّة دون بيان للمعايير التي جعلتها تستخلص تلك النتيجة مما جعل حكمها ضعيف التعليل لا محالة وعرضة للنقض.

عن المطاعن المثارة من الأستاذ عبد الكريم السعيدي

في مطلب التعقيب عدد 67150:

1/ عن المطعن المتعلق بضعف التعليل:

وحيث تمسك الطاعن فتحي ع ... بعدم تعليل الحكم كما يجب بخصوص طبيعة الدعوى القائم بها في غرم الضرر باعتبار أنّ دعوى الحال لا يمكن أن تعتبر بأيّ شكل من الأشكال دعوى تقليد على معنى القانون عدد 21 لسنة 2001 وإنما هي دعوى تعويض مؤسسة على دعوى تقليد تمّ البت فيها جزائيا، لتتمسك تبعا لذلك بعدم انطباق الأجل المقرر بالفصل 29 من نفس القانون.

وحيث وخلافا لما ورد بهذا المطعن فإن دعوى التعويض المؤسسة على التقليد تمارس إمّا في إطار الدعوى العمومية أو في إطار دعوى مدنية بانفرادها كما هو الشأن في التداعي الراهن وإنّ محكمة الحكم المنتقد تعهدت بدعوى التعويض بمقتضى أحكام قانون 06 فيفري 2001 واستنادا إلى الأحكام الجزائية الباتة القاضية بثبوت التقليد وتفعيلا لأحكام الفصل 29 من القانون المذكور عاينت المحكمة تاريخ القيام بالدعوى واحتسبت أجل الثلاث سنوات المشترطة احتسابها بداية من تاريخ التقليد وتاريخ آخر حكم قضائي صادر ضد المدعو ق

... ق ... لتصرح بسقوط الدعوى في جانبه وفي ذلك تطبيق سليم للقانون بما يتجه معه ردّ هذا المطعن.

2/ عن المطعن المتعلق بخرق القانون

أ/ في سوء تأويل الفصل 115 من م ا ع:

وحيث وعلى خلاف ما جاء في هذا المطعن فإنّ الإطار القانوني للقيام بدعوى التعويض الحالية هو القانون عدد 21 لسنة 2001 الخاص بحماية الرسوم والنماذج الصناعية، وتبعا لذلك لا يجوز تطبيق الأحكام العامة للمسؤولية الواردة بأحكام الفصل 115 من م اع لأن النص الخاص يطبق ويقدّم على العام وإنّ الحكم بسقوط الدعوى بمرور الزمن في حق أحد المطلوبين يجعل ذمته المالية خارج المطالبة، وتعين لذلك ردّ هذا المطعن لعدم وجاهته.

ب/ في مخالفة الفصلين 24 و29 من قانون فيفري 2001:

وحيث وعلى خلاف ما أثير بهذا المطعن من تواصل التقليد من قبل المدعو ق ... ق ... واستمراره الثابت من خلال تسجيل نصف قفص سيدي بوسعيد واستغلاله باعتبار أنّ ترسيم أو تسجيل ذلك النموذج الصناعي تمّ من قبل شركة ق ... «خزف فني» وتمّ الإيداع والإشهار باسم الشركة وهي كشخص معنوي تختلف كليا عن المطلوب المذكور باعتباره شخصا طبيعيا مستقلا عنها، وترتيبا على ذلك لا يمكن سحب ذلك الترسيم عليه لاستقلال الذمم المالية.

وحيث أحسنت محكمة الحكم المطعون فيه تطبيق أحكام الفصلين 24 و29 من قانون فيفري 2001 باعتبار أنّ الحكم الجزائي سند القيام المنشئ للتقليد في جانبه قاصر على إثبات أفعال لاحقة لتاريخ صدوره وتنصرف آثاره فقط على الوقائع المادية التي أثبتها ذلك الحكم الجزائي ضمن أسانيده ولا يمكن امتدادها في الزمن للجزم باستمرار التقليد طالما لم يقع إثبات ذلك في إطار تداعٍ جديد مستقل بعد استيفاء كافة الشروط القانونية الواردة بأحكام القانون عدد 21 لسنة 2001. وتعيّن تبعا لذلك تجاوز هذا المطعن لعدم وجاهته. ./.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطالب التعقيب عدد 66820 وعدد 66976 وعدد 66979 وعدد67150 وعدد 67155 وعدد 67197 وعدد 67943 وعدد 67946 شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بنابل للنظر من جديد بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنين من الخطايا وإرجاع معلومها المؤمن إليهم والتشطيب على الملف التعقيبي عدد 67179.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 6/ نوفمبر2019 عن الدائرة المدنية والتجارية عدد 4 برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتب(ة) الجلسة السيد(ة) عائدة اسكندر.

وحـــرر في تاريخـــــه

الكتاب الثالث

فقه القضاء

أ-قرارات الدوائر المجتمعة

-قرارات الدوائر المجتمعة في المادة المدنية

مرافعات مدنية وتجارية

❍ **خطأ بيّن:**

مراقبة صحة التبليغ

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 390 بتاريخ 10 جانفي 2019

«حيث تأسس الطعن في القرار التعقيبي عدد 34950 على الخطإ البيّن على معنى أحكام الفصل 192 من م. م. م. ت.

وحيث اقتضى الفصل 192 المذكور أنه يعتبر الخطأ بيّنا إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح أو اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّره غير منطبق أو متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث صدر القرار التعقيبي المطعون فيه برفض مطلب التعقيب شكلا بما يندرج معه الطعن في قضية الحال في إطار الصورة الأولى للخطإ البين والتي ينسب فيها إلى القرار الصادر برفض مطلب التعقيب شكلا انبناؤه على غلط واضح.

وحيث ولئن لم يحدد المشرع مفهوم الغلط الواضح فقد دأب فقه قضاء محكمة التعقيب على اعتبار أنه الغلط الذي لا يمكن الاختلاف في ثبوته لشدة وضوحه على أن يكون مبنيا على مجرد السهو أو الغفلة.

وحيث ورد بمستندات القرار المنتقد أن الطعن لم يستكمل الشكل القانوني لعدم الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ المتعلقة بمحضر تبليغ مستندات التعقيب الواقع على معنى أحكام الفصل 8 من م. م. م. ت.

وحيث بنت المعقبة أسباب طعنها على احترامها لإجراءات الفصل 185 من م. م. م. ت. من جهة ووقوع التبليغ كما يجب بالمقر المختار للمعقب ضده الأمر الذي يغني عن الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ المتعلقة بتبليغ المستندات إلى مقره الأصلي على معنى أحكام الفصل 8 من م. م. م. ت. من جهة أخرى.

وحيث يقتضي الوقوف على مدى وقوع المحكمة في غلط واضح مراقبة مدى تطابق ما جاء بمستندات قرارها مع واقع الوثائق المظروفة بالملف ومدى اطلاعها عليها وأخذها بها دون الخوض في مسائل تدخل في صميم اجتهادها في تطبيق النص الإجرائي.

وحيث ثبت لهذه المحكمة أنه تمّ تبليغ مستندات التعقيب إلى المعقب ضده بعنوانين أولهما باعتباره مقره الأصلي حيث امتنع من وجده عدل التنفيذ من تسلم النظير فتولى هذا الأخير التبليغ على معنى أحكام الفصل 8 من م. م. م. ت.، وثانيهما بمكتب محاميته التي قبلت النظير وأمضته باعتباره مقره المختار.

وحيث تبعا لمعاينة وقوع التبليغ كيفما ذكر فإنه يتعين على هذه المحكمة النظر في مسألتين تتعلق الأولى بالوقوف على مدى سهو محكمة القرار المنتقد عن وقوع التبليغ بمقر آخر غير المقر الأصلي باعتباره مقرا مختارا للمعقب ضده، ومدى إغفالها لمراقبة صحة الإجراء من عدمه وتأثير هذا السهو إن وجد على قرارها من جهة، فيما تتعلق المسألة الثانية بمدى جواز مراقبة ما انتهت إليه الدائرة التعقيبية في خصوص عدم تقديم بطاقة الإعلام بالبلوغ كخلل إجرائي يرتب سقوط الإجراء في إطار التعهد بموجب الطعن بالخطإ البين من جهة أخرى.

وحيث وفي خصوص المسألة الأولى المتعلقة بمدى سهو محكمة القرار المنتقد عن وجود مقر مختار تمّ التبليغ فيه ومدى تأثير ذلك على قرارها، ولئن لم تتضمن مستندات القرار المنتقد أيّ إشارة إلى التبليغ الواقع بمقر محامية المعقب ضده على أنه مقره المختار ولا إلى وجود تعيين لمقر مختار أو لمحل مخابرة بمحضر الإعلام بالحكم الاستئنافي من عدمه، فقد تبين بالرجوع إلى

القرار الاستئنافي ومحضر الإعلام به أنه لا أثر فيهما لتعيين المعقب ضده لأيّ محل مخابرة يقع التبليغ إليه فيه، كما خلا الملف مما يفيد إعلام المعقب ضده للمعقبة بتعيينه لمحلّ مخابرة يقع تبليغ الطعون إليه فيه، مما لا مجال معه لاعتبار المحكمة قد سهت عن وجود مقر مختار يصح التبليغ فيه.

وحيث وطالما لم يثبت تعيين المعقب ضده لمقر مختار يمكن الاعتداد به في التمسك بصحة إجراءات التبليغ، فإنه لا يمكن أن يعاب على المحكمة المصدرة لقرار الرفض شكلا التفاتها عن وقوع ذلك التبليغ وعن مراقبة صحته من عدمها واكتفاءها بمراقبة التبليغ المجرى على معنى الفصل 8 من م. م. م. ت. إلى المقر الأصلي للمبلغ إليه وهو المقر المعتمد في جميع الإجراءات السابقة والمعين بكل من الحكم الاستئنافي وبمحضر الإعلام به.

وحيث وفضلا عن عدم وقوع المحكمة المصدرة للقرار المنتقد في سهو أو غفلة أدى بها إلى إصدار قرار الرفض شكلا، فإن مراقبة صحة التبليغ والنقاش حول مدى اعتماد المقر المختار على فرض وجوده أو مدى أولويته على المقر الأصلي أو مدى تمتع المبلغ بالخيار في صورة وجود مقرين للمبلّغ إليه يخرج عن إطار حالات الطعن بالخطإ البين المحددة حصرا بالقانون باعتباره من المسائل الخاضعة إلى اجتهاد الدائرة في مراقبتها للإجراءات المتبعة أمامها.

وحيث وفي خصوص المسألة الثانية المتعلقة بمدى تأثير الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ المتعلقة بتبليغ مستندات التعقيب على صحة الإجراءات ومدى انضواء ذلك ضمن الصور المقبولة للطعن بالخطإ البين، ولئن اختلف موقف دوائر محكمة التعقيب في شأن جزاء عدم الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ فاعتبر بعضها أنّ ذلك يعدّ من المسقطات تطبيقا لأحكام الفصل 185 من م. م. م. ت. فيما ذهب البعض الآخر إلى اعتبار ما أثبته محضر التبليغ بوصفه محضرا رسميا يغني عن الإدلاء بها طالما راقبت المحكمة صحة العنوان المتوجه إليه، فإن ذلك يبقى من المسائل الاجتهادية التي لا يمكن مناقشتها في إطار حالات الطعن بالخطإ البين المحددة حصرا بالقانون.

وحيث لا يمكن الاعتداد بتقديم علامة البلوغ لدى هذا الطور ولو أنها تثبت حصول التبليغ كما يجب في المقر الأصلي الواجب التبليغ فيه في صورة الحال، ضرورة أنّ الطعن بالخطإ البين لا ينقل حق مراقبة الإجراء في المطلق إلى هذه

المحكمة وإنما يقتصر النظر على التثبت في مدى وقوع المحكمة التي قضت برفض مطلب التعقيب شكلا في غلط واضح عند مراقبتها للإجراء في تاريخ نظرها.

وحيث بناء على ما سلف بسطه بات الطعن بالخطإ البين مسلطا على مسائل اجتهادية يرجع التقدير فيها إلى الدائرة التعقيبية المصدرة للقرار المنتقد ويخرج بالتالي عن مناط تعهّد هذه المحكمة بما اتجه معه رفضه أصلا ».

الإقرار بأولوية المقر المختار على المقر الأصلي مسألة اجتهادية بحتة

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 389 بتاريخ 14 فيفري 2019

«حيث اقتضى الفصل 192 المذكور أنه يعتبر الخطأ بينا إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح أو اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق أو متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث صدر القرار التعقيبي المطعون فيه برفض مطلب التعقيب شكلا بما يندرج معه الطعن في قضية الحال في إطار الصورة الأولى للخطإ البين والتي ينسب فيها إلى القرار الصادر برفض مطلب التعقيب شكلا انبناؤه على غلط واضح.

وحيث ولئن لم يحدد المشرع مفهوم الغلط الواضح فقد دأب فقه قضاء محكمة التعقيب على اعتبار أنه الغلط الذي لا يمكن الاختلاف في ثبوته لشدة وضوحه على أن يكون مبنيا على مجرد السهو أو الغفلة لا عن اجتهادها في تطبيق القانون الإجرائي.

وحيث أسست محكمة القرار المنتقد قرارها برفض التعقيب شكلا على مخالفة أحكام الفصلين 7 و8 من م. م. م. ت. تبعا لاستدعاء المعقب ضدهن بغير مقرهن المختار المضمن بمحضر الإعلام بالحكم والمعين بمكتب محاميهن الأستاذ ح. ت.، معتبرة أن التبليغ في غير المقر المختار يعد مختلا وأنه لا يعتد بالمقر الأصلي في تبليغ مستندات التعقيب في وجود تعيين سابق لمحل مخابرة مختار بمحضر الإعلام بالحكم.

وحيث كان اتخاذ محكمة القرار المنتقد لموقفها المذكور في اتجاه الإقرار بأولوية المقر المختار على المقر الأصلي في التبليغ مندرجا في إطار استعمالها للصلاحيات المخولة لها في مراقبة صحة إجراءات الطعن والوقوف على مدى مطابقتها للأوضاع القانونية من عدمها ومتعلقا بمسألة اجتهادية بحتة يرجع النظر فيها إليها باعتبارها الهيئة التي تمّ الإجراء أمامها ولم ينتج تبعا لذلك عن وقوعها في غلط واضح ناجم عن السهو والغفلة وهو ما يخرج عن حالات الطعن الخطإ البين المحددة حصرا بالفصل 192 من م. م. م. ت. واتجه لذلك رفض المطلب أصلا ».

مشاركة القاضي في الحكم الابتدائي ثم في القرار التعقيبي كمدّع عام

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 406 بتاريخ 14 فيفري 2019

«حيث أنّ الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن استثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في حدود نطاق ضيّق مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب متى توفرت حالة من الحالات الثلاث المنصوص عليها حصرا بالفصل 192 من م. م. م. ت. وهي :

أولا: إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

ثانيا: إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّره غير منطبق.

ثالثا: إذا شارك في القرار ممّن سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الثالثة، أي مشاركة أحد أعضاء الهيئة في الحكم الابتدائي ثم في القرار التعقيبي كمدّع عام.

وحيث انحصر الإشكال القانوني تبعا لذلك في معرفة إن كان المدعي العمومي الذي صدر القرار التعقيبي المطعون فيه بحضوره وضُمّن اسمه فيه، حال أنه سبق له المشاركة في إصدار الحكم الابتدائي، يعدّ سبقا منه في النظر في الموضوع ينضوي ضمن صورة الخطأ البيّن المنصوص عليها بالحالة عدد 3 من الفصل المشار إليه أعلاه؟

وحيث استقر فقه قضاء الدوائر المجتمعة على التأكيد أنه ولئن لم يعرف المشرع الخطأ البيّن كسبب يبرّر الطعن بالتعقيب كما لم يحدّد مفهوما لعبارة «سبق منه النظر في الموضوع»، فإنه مما لا جدال فيه أنّ إرساء هذه القاعدة يأتي في إطار تكريس مبدأ أساسي من المبادئ العامة المنظمة لمرفق العدالة المنصوص عليه بالفصل 103 من الدستور، والمتمثل في مبدأ حياد القاضي.» فأساس رغبة المشرع من خلال عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه إنما هو استبقاء مظهر الحياد لدى القاضي عند البت في النزاع». (قرار تعقيبي مدني عدد 257 صادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 22 فيفري 2007).

وحيث يُفضي هذا المبدأ إلى عدم صلاحية القاضي للنظر في قضية معينة لوجود صلة سابقة بينه والدعوى المعروضة عليه تبعا لسبق إبداء رأيه فيها، أي وجود فكرة مسبقة لديه عن الدعوى يحتمل أن يميل للأخذ بها، وهو ما يُخلّ بموضوعيته وحياده، ويتعارض مع ما يُشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها، ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا، ولا يجد نفسه مدفوعا إلى التشبث برأيه الذي أبداه مخالفا بذلك مجرى العدالة.

وحيث إن سبق النظر في الموضوع هي قاعدة إجرائية، وبهذا المعنى فهي لا تفيد الإطلاق وإنما تُؤوّل تأويلا ضيقا، ويبقى تقديرها من جهة أولى رهين توفر شروط محددة، ومن جهة ثانية يُنظر فيها حالة بحالة وفقا لمعطيات وظروف كل قضية، ولا يكفي بالتالي مجرد الظاهر منع الجمع المتتالي للوظائف القضائية.

وحيث استقر فقه قضاء الدوائر المجتمعة على ضرورة توفر ثلاثة شروط لقيام حالة سبق النظر في الموضوع: (قرار عدد 345 بتاريخ 26/ 04/ 2018 وعدد 2015/ 350 بتاريخ 02/ 03/ 2017).

1-أن يكون القاضي قد سبق أن أبدى رأيا في الدعوى المعروضة عليه.

2-أن يكون نظره في نفس المسار القضائي للقضية.

3-أن يتعلق الأمر بنفس موضوع القضية سواء بالنسبة إلى الوقائع أو السند القانوني أو الطلبات».

وبتنزيل هذه الشروط على ملف قضية الحال يتبين أن المدعي العمومي قد سبق له معرفة **نفس موضوع القضية** ضمن **ذات المسار القضائي** لَمّا كان عضوا

بالهيئة الحكمية التي أصدرت الحكم الابتدائي، ثم شارك في القرار التعقيبي وضُمّن اسمه بلائحته رغم سبق النظر منه في نفس موضوع القضية.

وحيث أنّ المشاركة ممن سبق له النظر في الموضوع التي تعد خطأ بينا على معنى الفصل 192 من م م م ت، إنما هي مشاركة نفس القاضي وإبداء رأيه في مسألة قانونية أو واقعة قانونية لها تأثير على وجه الفصل في النزاع المعروض ثانية، وذلك إمّا بالمساهمة مباشرة في الحكم فيه مرة أخرى، أو المساهمة أيضا في صياغة الرأي القانوني وتكوين الحل الذي انتهت إليه المحكمة. ذلك أن أساس رغبة المشرع من خلال عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه هو صون مبدأ الحياد الموضوعي للقاضي واستبقاء مظهره لديه عند البت في النزاع خشية أن يؤثر رأيه السابق على رأيه اللاحق.

وحيث أنّ حضور المدعي العمومي في قضية الحال وتمسكه بالطلبات الكتابية المقدمة تطبيقا لأحكام الفصل 187 من م م م ت، يُعتبر مشاركة في القرار ممن سبق منه النظر في الموضوع لما له من تأثير على وجه الفصل في القضية.

وحيث بتضمين المدعي العمومي لرأيه بالطلبات الكتابية والتمسك بها جلسة، يكون قد ساهم في تكوين الحل المَقضي به في الملف، بما من شأنه أن يولّد لدى المتقاضي إحساسا مبررا بعدم الأمان من ضمان الحياد الموضوعي للمحكمة ويمثل تبعا لذلك خطأ بينا لتحقق مقصد المشرع من القاعدة على معنى الفصل 192 من م م م ت في فقرته الثالثة.

وحيث يتعين لذلك إبطال القرار التعقيبي المطعون فيه عدد 47343 الصادر بتاريخ 20/ 06/ 2017، وإرجاع القضية إلى السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للإذن بإعادة نشرها أمام إحدى الدوائر التعقيبية، وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

عدم التفطن إلى المؤيّدات الدّالّة على توفّر الصّفة في الطاعنة
قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 388 بتاريخ 14 مارس 2019

«حيث تعلق الطعن في القرار التعقيبي عدد 32728 بطلب تصحيح الخطإ البين على معنى أحكام الفصل 192 من م. م. م. ت.

وحيث اقتضى الفصل 192 المذكور أنه يعتبر الخطأ بينا إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح أو اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق أو متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث صدر القرار التعقيبي المطعون فيه برفض مطلب التعقيب شكلا بما يندرج معه الطعن في قضية الحال في إطار الصورة الأولى للخطإ البين والتي ينسب فيها إلى القرار الصادر برفض مطلب التعقيب شكلا انبناؤه على غلط واضح.

وحيث أسست محكمة القرار المطعون فيه قرارها برفض التعقيب شكلا على مخالفة أحكام الفصل 179 من م. م. م. ت. استنادا إلى عدم إدلاء المعقبة بما يقيم الدليل على صفتها خاصة أمام تمسك المعقب ضده باختلاف الذاتين المعنويتين على اعتبار أن شركة ت. هـ. خ. مرسمة تحت عدد B116752001 والشركة الطاعنة مرسمة تحت عدد B0338902009 فضلا عن اختلاف عنوانيهما.

وحيث ولئن اقتضى الفصل 179 من م. م. م. ت. أنه لا يقبل الطعن لدى محكمة التعقيب إلّا ممّن كان طرفا في الحكم المطعون فيه أو من خلفائه فإن تغيير اسم الشركة وعنوانها وعدد سجلها التجاري تبعا لنقل مقرها من دائرة محكمة ابتدائية إلى أخرى لا يعني بالضرورة اختلاف الذاتين المعنويتين من طور قضائي إلى آخر وإنما يرجع إلى الدائرة المتعهدة بالنظر تفحص أوراق الملف والتثبت من تلقاء نفسها في مدى توفر صفة الطعن في المعقبة.

وحيث يهم التحقق من توفر الصفة في الطاعنة من عدمها الإجراءات الأساسية التي تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها وتسلط رقابتها عليها من الناحية القانونية بقطع النظر عن علاقة طرفي النزاع ومدى علم المعقب ضده سواء بالإعلام أو بالإشهار وما يمكن أن يرتبه هذا التغيير من أثر قانوني في علاقة بأصل الخصومة وخارج إطار تعهد هذه المحكمة.

وحيث ثبت بالرجوع إلى مستندات القرار المنتقد أن المحكمة اكتفت بمعاينة اختلاف الاسم والعنوان وعدد السجل التجاري بين الشركة الطاعنة من جهة والشركة المدعية في الأصل والمستأنفة من جهة أخرى ولم يرد بمستنداتها ما يفيد تفحصها للأوراق المظروفة بالملف من طرف المعقبة إثباتا لصفتها والمتمثلة في نسخة من مضمون سجلها التجاري ومن محضر الجلسة الخارقة للعادة المؤرخ في 25/ 09/ 2009 والمسجل في 25/ 10/ 2009 والذي تمّ بمقتضى فصله الثامن تغيير تسمية الشركة من شركة ت. هـ. خ. صاحبة السجل التجاري عدد B116752001 وهو نفس عدد السجل التجاري للقائمة بالدعوى والمستأنفة إلى شركة خ. م. وهي الطاعنة صاحبة السجل التجاري عدد B0338902009 حسبما يؤكده مضمون السجل التجاري المضاف بالملف المتضمن لنفس عدد رخصة التجارة والمدرج به التنصيص على هذا المحضر الواقع التغيير بمقتضاه.

وحيث يشترط لقبول النظر في الطعن بالخطإ البين المبني على غلط واضح الوقوف على مدى ترتب الأسباب التي بني عليها قرار رفض مطلب التعقيب شكلا عن وقوع المحكمة في غلط واضح طبق ما استقر على تعريفه فقه قضاء الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب على أنه الغلط المادي الذي لا يمكن الاختلاف في ثبوته لشدة وضوحه على أن يكون مبنيا على مجرد السهو أو الغفلة لا عن اجتهادها في تطبيق القانون الإجرائي.

وحيث ثبت لهذه المحكمة أنّ محكمة القرار المنتقد لم تتفطن إلى نسخة مضمون السجل التجاري ونسخة محضر الجلسة الخارقة للعادة المضافتين بالملف ولم تتفحص مضمونهما الدال على توفر الصفة في الطاعنة فلم ينتج ما انتهت إليه من انعدام تلك الصفة تبعا لذلك عن اجتهادها في تسليط رقابتها على الإجراءات وتطبيق القانون عليها وإنما عن السهو المندرج تحت طائلة الخطإ البين والذي تعين تداركه وذلك بإبطال قرارها وإحالة القضية على الرئيس الأول للمحكمة للإذن بإعادة نشرها ».

عدم تقديم بطاقة الإعلام بالبلوغ المتعلقة بتبليغ مستندات الطعن

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 403 بتاريخ 14 مارس 2019

«حيث تعلق الطعن في القرار التعقيبي عدد 46652 بطلب تصحيح الخطإ البين على معنى أحكام الفصل 192 من م. م. م. ت.

وحيث اقتضى الفصل 192 المذكور أنه يعتبر الخطأ بينا إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح أو اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق أو متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

حيث صدر القرار التعقيبي المطعون فيه برفض مطلب التعقيب شكلا بما يندرج معه الطعن في قضية الحال في إطار الصورة الأولى للخطإ البين والتي ينسب فيها إلى القرار الصادر برفض مطلب التعقيب شكلا انبناؤه على غلط واضح.

وحيث ولئن لم يحدد المشرع مفهوم الغلط الواضح فقد دأب فقه قضاء محكمة التعقيب على اعتبار أنه الغلط الذي لا يمكن الاختلاف في ثبوته لشدة وضوحه على أن يكون مبنيا على مجرد السهو أو الغفلة، وأنّ الوقوف على مدى وقوع المحكمة فيه يقتضي مراقبة مدى تطابق ما جاء بمستندات قرارها مع واقع الوثائق المظروفة بالملف ومدى اطلاعها عليها وأخذها بها دون الخوض في مسائل تدخل في صميم اجتهادها في تطبيق النص الإجرائي.

وحيث يتضح بالرجوع إلى مستندات القرار التعقيبي المنتقد أن المحكمة بنت قرارها الصادر برفض مطلب التعقيب شكلا على مخالفة أحكام الفصلين 8 و185 من م. م. م. ت. لعدم تقديم بطاقة الإعلام بالبلوغ المتعلقة بتبليغ مستندات الطعن وذلك باعتبار أنّ المعقب لا يعفى من تقديمها إلا إذا اتسمت القضية بالصبغة الاستعجالية أو إذا أثبت تعذّر الإدلاء بها.

وحيث يرجع تسليط جزاء سقوط الطعن على معنى أحكام الفصل 185 من م. م. م. ت. في صورة وقوع التبليغ برسالة مضمونة الوصول وعدم تقديم بطاقة الإعلام بالبلوغ المتعلقة به إلى تعذر مراقبة التبليغ الواقع على معنى أحكام الفصل 8 من م. م. م. ت. احتراما لمبدإ المواجهة والذي لا يعدّ صحيحا إلا إذا

تعزّز بتقديم بطاقة الإعلام بالبلوغ الحاملة لختم البريد والمثبتة لتبليغ المكتوب البريدي تتمّة لتوجيهه على اعتبار أنّ غاية المشرع من ضرورة وقوع التبليغ كما يجب قانونا هي حماية الأطراف والتحقق من صحة التبليغ حتى لا يضار أحدهم بإجراءات تقام في مغيبه.

وحيث ثبت بالاطلاع على أوراق الملف وعلى قرار الإصلاح الصادر في شأن نفس القرار التعقيبي عدد 46652 وفي نفس تاريخه أن المحكمة سهت عن ذكر نائب المعقب ضدها الأستاذ حلمي بن سليمان وعن تضمين رده على مستندات الطعن بموجب تقريره المؤرخ في 10/ 03/ 2017 مما يؤكد عدم تفطنها إلى وجود الإعلام بالنيابة ومستندات الرد بملف القضية.

وحيث وطالما ثبت حضور نائب المعقب ضده وردّه على مستندات التعقيب وبالتالي حصول الغاية من التبليغ الواقع على معنى أحكام الفصل 8 من م. م. م. ت.، فإن محكمة القرار المنتقد تكون بسهوها عن معاينة وجود الإعلام بالنيابة وتقديم محامي المعقب ضدها لجوابه على مستندات الطعن قد استنتجت عن خطإ وجود خلل إجرائي متعلق بالتبليغ والحال أنه صحّح بجواب نائب المعقب ضدها المظروف بالملف والثابت بقرار الإصلاح فوقعت بذلك في إحدى صور الغلط الواضح واجب التصحيح عملا بأحكام الفصل 192 من م. م. م. ت. بما اتجه معه إبطال قرارها وإحالة القضية على الرئيس الأول للمحكمة للإذن بإعادة نشرها.

عدم التنصيص على رقم بطاقة تعريف متلقي التبليغ

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 393 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث انحصر الإشكال القانوني حول مدى توفر شروط الخطأ البين وبالتالي موجبات إبطال القرار التعقيبي المطعون فيه للقضاء بالرفض شكلا؟ وهل أنّ تأسيس رفض مطلب التعقيب شكلا على عدم تدوين هوية متلقّي التبليغ بعدم التنصيص على رقم بطاقة تعريفه يشكل خطأ بيّنا يندرج ضمن أحكام الفصل 192 من م. م. م. ت. وضمن الحالات المنصوص عليها ضمنه للفقرة 1 و2 و3؟

وحيث اقتضى الفصل 8 من م م م ت أنه »... إذا لم يجد العدل المنفذ المطلوب إعلامه في مقره وجب عليه أن يسلم نظير محضر الإعلام إلى وكيله أو لمن يكون في خدمته أو ساكنا معه بشرط أن يكون مميزا ومعرفا بهويته»

وحيث يتبين من أوراق الملف وخاصة محضر تبليغ مستندات التعقيب المحرر بتاريخ 28/ 01/ 2016 تحت عدد 10902 أنّ محرره الأستاذ... قد توجه إلى الشركة المعنية بالتبليغ وذلك بمقرها الكائن ببوعرقوب وقد دوّن صلب محضره أنّه خاطب المسؤول عن العملة المميز السيد أ. ص. الذي تسلم نظير محضر التبليغ مرفوقا بنسخة من مستندات التعقيب وأمضى وختم الأصل.

وحيث تبين من القرار المطعون فيه أنّ محكمة التعقيب أسست قضاءها بالرفض بناء على أنه لا شيء بالملف يفيد وقوع التبليغ إلى السيد أ. ص باعتبار أنّ التبليغ تم إلى شخص أفاد بذكره أنه المسؤول عن العملة دون أن يعرّف بهويته مثلما استوجبه الفصل 8 من م م م ت.

وحيث ومن باب التطبيق السليم لأحكام الخطأ البين الذي استقر الفقه وفقه القضاء على اعتباره وسيلة طعن استثنائية تخّول للدوائر المجتمعة في نطاق معيّن مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب، وهو ما كرّسه المشرع بالفصل 192من م. م. م. ت. الذي نص بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأنّ سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرّف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 م. م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث أنّ ما نعته الطاعنة على القرار التعقيبي المطعون فيه لا يمكن بحال أن ينضوي تحت حالات الخطأ البين الذي استقر الفقه وفقه القضاء على اعتبار انحصار مفهومه في حصول خطأ واضح غير مختلف فيه ولا يمكن أن ينضوي حينئذ ضمنه من الأخطاء الواقعة التي تدخل تحت باب الاجتهاد أو الفهم أو التأويل وإلّا أضحى مراجعة تنسف كل النظرية التي يقوم عليها التشريع الإجرائي كما أنّ الصبغة الاستثنائية لطلب تصحيح الخطأ البين تحجر كل توسع في الحالات الواردة على سبيل الحصر.

وحيث تأكيدا على الصبغة الاستثنائية للطعن فقد نص المشرع ضمن المطة الأولى من الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أنّ قرار الرفض شكلا يجب أن يكون مبنيا على خطأ واضح وهو حينئذ يفترض وقوع الأخطاء مبدئيا لكنه لا يقر منها سندا مشروعا لطلب التصحيح إلّا ما كان منها مندرجا ضمن صنف الخطأ الواضح بما يعني بداهة أنّه يستثني من ضمنها الأخطاء الناتجة عن الاجتهاد أو الفهم أو التأويل وإن كان رأيا منفردا أو مخالفا لما استقر عليه التطبيق.

وحيث كان الرفض شكلا ينطوي على اجتهاد من الدائرة التعقيبية، مما يتعين معه رفض الطعن بالخطإ البيّن أصلا ».

عدم تقديم بطاقة الإعلام بالبلوغ المتعلقة بتبليغ مستندات الطعن

قرار الدوائر المجتمعة عدد 400 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث انحصر الإشكال القانوني حول مدى جواز الربط بين إجراءات الفصلين 185 و187 من م. م. م. ت. للقول بوقوع الدائرة التعقيبية في خطأ بيّن لما قضت بالرفض شكلا لعدم الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ؟

وحيث عرف الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية مفهوم الخطأ البين وذلك بتحديد الحالات التي إذا توفرت إحداها بأحد قرارات محكمة التعقيب فإنّه يحصل فيه خطأ بيّن والذي نص بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 من م. م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث يندرج المطلب ضمن الصورة الأولى الواردة بالفصل 192 المذكور وهي انبناء قرار الرفض شكلا على غلط واضح. وهو السهو عن تبيّن سلامة إجراءات الطعن.

وحيث نصّت أحكام الفصل 182 وما بعده من م. م. م. ت. على إجراءات الطعن.

وحيث استوفى المشرع الإجراءات المحمولة على المعقب صلب أحكام الفصل 185 من م. م. م. ت.، وتعلقت أحكام الفصل 186 بالمعقب ضده، أمّا ما يليها من فصول فهي تتعلّق بنشر القضية أمام المحكمة مع إمكانية حضور محامي الخصوم للترافع إن طلبوا ذلك كتابة.

وحيث نصت أحكام الفصل 185 من م. م. م. ت. على تبليغ مستندات الطعن إلى المعقب ضده وهي تحيل إلى أحكام الفصل 8 من م. م. م. ت. بموجب أحكام الفصل 197، وكل ذلك من الإجراءات الأساسية.

وحيث أن أحكام الفصل 187 لاحقة لأحكام الفصل 185 وتتعلّق لذلك بطور آخر للقضية وهي متمّمة بأحكام الفصل 188 المبيّنة للمقصد من الإعلام المنصوص عليه بآخر الفصل 187 وهو الحضور للترافع أمام المحكمة متى قُدّم لذلك طلب كتابيّ.

وحيث أنّه تبعا لذلك فإنه لا يمكن تحميل النص الإجرائي أكثر مما هو ضرورة له، للقول إنّ الإعلام بموعد الجلسة يخوّل لمحامي الطاعن إضافة بطاقة الإعلام بالبلوغ على الأقل، والحال أن كلّ مسألة مستقلة على الأخرى، ضرورة أنّ إضافة

بطاقة الإعلام لا تتوقّف على حصول الإعلام بموعد الجلسة إذ أنه محمول على محامي الطاعن إضافتها حال الحصول عليها دون توقف على تعيين الجلسة أو الإعلام بذلك. وأمّا الإعلام بالجسة فهو إعلام بالجلسة ذاتها للطرفين للحضور بغرض الترافع فيما قدم كتابة من طلبات وليس لإضافة ما يمكن إضافته.

وحيث أنّ الإعلام بالجلسة هو من قبيل الإجراءات العادية التي لا تهم سوى مصلحة الخصوم ولا يعدّ من الإجراءات الأساسية على غرار الترافع بجلسة التعقيب، والإخلال به لذلك لا يخوّل إعادة النظر في القضية فضلا على أنّه لا يضرّ بمصالح الخصوم طالما أنّ المرافعة محدودة بما قدّم من مستندات كتابيّة وهي لذلك لمزيد البيان ولا تضيف لما هو مقدّم من مستندات وطلبات كتابيّة ، ولا تمس لذلك حتى من حق الدفاع وهو محدود مدنيا بالتقارير الكتابية.

وحيث يكون بذلك ربط أحكام الفصل 187 من م. م. م. ت. بأحكام الفصل 185 من م. م. م. ت. غير مؤسس قانونا لاختلاف منظور الفصلين ونظامهما إذ تعلق واحد بالإجراءات الأساسية في حين تعلق الآخر بالإجراءات العادية. كما لا يمكن تعلق الإجراءات بمجرّد الاحتمالات والافتراضات، ضرورة أنّ الإعلام بالجلسة قد يخوّل للمحامي الطاعن فرصة إضافية لتدارك الطعن وإضافة بطاقة الإعلام بالبلوغ.

وحيث تبعا لذلك فإن الطعن بالخطأ البيّن المؤسس على غلط واضح للمحكمة في خصوص تبيّن الإعلام بالجلسة لتمكين محامي الطاعن من إضافة بطاقة الإعلام بالبلوغ هو طعن غير مؤسس قانونا. ولا يندرج ضمن مصطلح الغلط الواضح المستقرّ عليه فقها وقضاء والذي لا يجوّز الخلط بين مختلف الإجراءات المستقلّة نصا ومفهوما ونظاما عن بعضها.

وحيث جاء قرار الرفض شكلا مؤسسا قانونا على ما له أصل ثابت بالملف وهو محضر تبليغ مستندات الطعن للمعقب ضدها الأولى الذي تضمن توجيه مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ دون الإدلاء ببطاقة الإعلام المذكورة وهو ما يعدّ عيبا في التبليغ يوجب الرفض شكلا. فلم تسه الدائرة التعقيبية ولم تغفل عن بطاقة الإعلام بالبلوغ بل تفطنت لعدم وجودها ولضرورة إضافتها وكان قرارها معللا تعليلا قانونيا مستفيضا يغني عن النظر في مطلب الخطأ البين ويوجب الالتفات عنه ».

التعريف بالهوية لا يعني التنصيص بالمحضر على عدد بطاقة التعريف الوطنيّة

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 395 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث يتعلق الطعن بالخطأ البين بصحة إجراءات التبليغ على معنى الفصل 8 من م. م. م. ت. والتعريف بالهوية؟

وحيث يندرج المطلب ضمن الحالة الأولى من حالات الخطأ البين المنصوص عليها بالفصل 192 من م. م. م. ت.

وحيث اقتضى الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأنّ سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 من م. م. م. ت.، إلّا أنّ نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات **السهو أو الغفلة** التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث أن قضاء الدائرة التعقيبية المطعون في قرارها بالخطأ البين على ذلك النحو يكون غلطا واضحا بيّنا باعتبار **أنه تبيّن بالرجوع إلى أوراق القضية وخاصة محضر تبليغ مستندات التعقيب أنّ التبليغ تمّ في مقر المعقب ضده المختار بمكتب محاميه الأستاذ... وقد تسلمت كاتبته النظير وأمضى بالنيابة عنه زميله بالمقر الأستاذ... وبذلك يعتبر التبليغ صحيحا ومطابقا لأحكام الفصل 8 من م. م. م. ت. وأنّ المحكمة لما قضت برفض مطلب التعقيب شكلا دون أن تتفطن إلى ما تضمّنه أسفل المحضر من بيانات تكون قد وقعت في غلط واضح يتعين تداركه بالإصلاح عملا بأحكام الفصل 192 من م. م. م. ت.**

وحيث أنّ هذا الموقف قد سبق لمحكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة أن تبنّته صلب قرارها عدد 295/ 2011 الصادر بتاريخ 31/ 01/ 2013 إذ جاء بقرارها «وحيث ثبت بالرجوع إلى محضر تبليغ مستندات التعقيب عدد 48784 المحرر بواسطة عدل التنفيذ بصفاقس الأستاذ... بتاريخ 12/ 02/ 2008 والمستند إليه من المحكمة لرفض محكمة التعقيب شكلا أنّ تبليغ مذكرة أسانيد الطعن تمّ للمكلف بقسم النزاعات بعد ذكر اسمه بالمحضر وإمضائه أصل المحضر ووضعه ختم الشركة عليه وهو ما يعد معه التبليغ تبليغا صحيحا ومطابقا لمقتضيات الفصل 8 من م. م. م. ت. ولا يوهن المحضر في شيء طالما وقع التنصيص على هوية متلقي النظير وهو المدعوّ ك. س. الذي أمضى أصل المحضر وختمه بختم الشركة علما وأنّ الفصل 8 من م. م. م. ت. ولئن أوجب التعريف بالهوية إلا أنّه لم يوجب التنصيص بالمحضر على عدد بطاقة التعريف فضلا على كون عدل التنفيذ المكلف بالتبليغ أكّد بآخر المحضر على تحققه من هوية المتلقي طبق القانون وهو تنصيص يعتد به لتضمينه بحجة رسمية لا يطعن فيها إلّا بالزور أو التدليس. وقد استقرّ فقه قضاء محكمة التعقيب على اعتبار أنّ تبليغ النظائر للمؤسسات بمختلف أصنافها في شخص موظفيها المباشرين بعد إمضائهم على تلك الدفاتر ووضع ختم الشركة عليها تعتبر تبليغا قانونيا (قرار تعقيبي عدد 63213 بتاريخ 29/ 4/ 1998 وقرار تعقيبي عدد 16944 بتاريخ 21/ 9/ 1987)»

وحيث وتفريعا على ما تقدّم تكون محكمة القرار المنتقد لما قضت برفض مطلب التعقيب شكلا رغم صحّة إجراءات التبليغ ومطابقتها للقانون وخاصة أحكام الفصل 8 من م. م. م. ت. تكون قد وقعت في الغلط الواضح على معنى الفصل 192 من الفقرة الأولى من م. م. م. ت.».

الآراء القانونية ولو كانت تمثل آراء انفرادية لا تُعدّ من قبيل الخطأ البين

قرار الدوائر المجتمعة عدد 402 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث لا جدال أن الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن استثنائية تخّول للدوائر المجتمعة في نطاق معيّن مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب، وهو ما كرّسه المشرع بالفصل 192 من م. م. م. ت.

الذي نص بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

2/ إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق.

3/ متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث نعى الطاعن الآن على القرار التعقيبي المطعون فيه وقوعه في الغلط البين لما رتب على القرار التعقيبي عـ32289ـدد الصبغة الباتة، وقضى بناءً على ذلك برفض مطلب تعقيبه شكلا حال أنّ القرار المذكور لم ينظر إلا فيما أثاره المعقب ضده الآن.

وحيث بالرجوع إلى القرار التعقيبي المطعون فيه عدد 42262 الصادر بتاريخ 27/ 03/ 2017 يتبين أنه بعد أن شرح بإسهاب مقتضيات التمييز بين الحكم النهائي والحكم البات مستندا في ذلك إلى ما انتهى إليه الفقه وفقه القضاء، ثبت له «بالاطّلاع على مستندات التعقيب أنّ الحكم الاستئنافي عدد 60587 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 02/ 01/ 2015 كان موضوع طعن بالتعقيب ضُمّن تحت عدد 26965 بتاريخ 07/ 12/ 2015 وصدر بشأنه القرار التعقيبي عدد 2015/ 32289 بتاريخ 16/ 05/ 2016 وقضى بقبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا».

وحيث بناءً على ذلك لاحظت محكمة القرار المنتقد أنّ الطعن تسلط على نفس الحكم الاستئنافي عدد 60587 الذي فَقَد بموجب صدور القرار التعقيبي عدد 2015/ 32289 وَصْفه كحكم نهائي وأصبح حكما باتا قابلا للتنفيذ بما يتعذر معه الطعن بالتعقيب من جديد في نفس الحكم.

وحيث لئن لم يُعرف المشرع المقصود بالخطأ البين، إلا أن فقه قضاء الدوائر المجتمعة استقرّ على حصر إمكانية التصحيح باعتباره إجراء استثنائيا في الغلط المترتب عن السهو والغفلة الذي لا يختلف اثنان في وجوده أو ثبوته ويقتنع

بوجوده كلّ من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط. وبالتالي فإن الخطأ المقصود بالفصل المذكور آنفا هو الغلط الذي يخرج عن مناط اجتهاد المحكمة في فهم الوقائع أو في تطبيق القانون.

وحيث لا جدال في أنّ الأسباب التي استندت عليها محكمة القرار المطعون فيه تتعلق باجتهاد في تفسير القانون وفهمه وتطبيقه، وبالتالي لا يدخل ضمن الخطأ البين ولا يمكن لذلك اعتماده سببا للطعن بهذه الوسيلة المحددة مجالاتها حصرا بمقتضى الفصل 192 من م. م. م. ت. ذلك أن الآراء القانونية التي تبديها أو تتبناها إحدى الدوائر ولو كانت تمثل رأيا انفراديا، لا يُعد من قبيل الخطأ البين لأن هذا الأخير ينحصر مجاله في الأغلاط المادية الناتجة عن السهو والغفلة وما شاكل ذلك من الصور والحالات بما يتعين معه رفض مطلب التصحيح أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن ».

عدم تبليغ مستندات الطعن إلى خلفاء المعقب ضده المتوفّى بعد تقديم مطلب التعقيب

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 407 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث يتمثل الإشكال القانوني في مدى اعتباره خطأ بينا القرار التعقيبي الذي قضى برفض مطلب التعقيب شكلا بناء على عدم بيان خلفاء المعقب ضده المتوفّى بعدم تقديم مطلب التعقيب وعدم تبليغ مستندات الطعن لهم وأسبابه والاكتفاء بذكر «ورثة المرحوم الحبيب بن علي زايد « دون أيّ تفصيل أو بيان آخر

فهل تكون الدائرة التعقيبية قد طبقت ما اقتضاه الفصل 357 من مجلة الحقوق العينية التطبيق السليم ورتبت الجزاء المناسب أم وقعت في خطإ بيّن؟

حيث فرضت أحكام الفصل 357 ثالثا جديد من م.ح.ع. إجراءات على كل من يريد الطعن بالتعقيب إذ أوجبت أحكام الفصل في عرض واجبات الطاعن أنّه عليه أن يقدّم لكتابة محكمة التعقيب «ما يفيد تبليغ المعقب عريضة الطعن وأسبابه إلى المعقب ضدّه المحكوم له بالتسجيل أو خلفائه بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة عدل منفذ».

وحيث أنّ هذا الواجب يعدّ من الإجراءات الشكلية لمطلب التعقيب التي يترتب عن عدم احترامها سقوط الطعن ذلك أنّ المشرع وحرصا منه على إعلام المعقب ضدّه بالطعن حمّل الطاعن واجب تبليغ مستندات التعقيب ورتّب عن مخالفتها جزاء سقوط الطعن الذي تثيره المحكمة من تلقاء نفسها على معنى الفصل 14 من م.م.م.ت. وهو إجراء ليس خاصا بالتعقيب في الحكم العقاري القاضي بالتسجيل وإنّما هو إجراء مكرس أيضا في مجلة المرافعات المدنية والتجارية بأحكام الفصل 184 من م.م.م.ت.

وحيث أنّ الضمانات الإجرائية توفر حماية الحق وتضمن ممارسة سليمة لحق التقاضي فحق الاطلاع والعلم بما يمارس من طعون ضدّ المطعون عليه وما قدّم ضدّه للمحاكم بمختلف أطوارها من أسانيد ومؤيدات تفتح له حق الرد عليها والدفاع عن مصالحه ولذلك أقرّ المشرع كقاعدة عامة في الإجراءات المدنية بأحكـام الفصل 4 من م.م.م.ت. حق كل طرف في الاطلاع على أوراق القضية «لكلّ خصم حقّ الاطلاع على أوراق النازلة وعلى جميع الوثائق التي أدلى بها خصمه». وكقاعدة خاصة في إجراءات الطعن بالتعقيب في الحكم العقاري بوجوب اطلاع المحكوم له بالطعن وأسانيده وتبليغه برسالة مضمونة الوصول أو بواسطة عدل منفذ.

وحيث يستنتج مما تقدّم أنّ الفصل 357 ثالثا (المنقح بالقانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 03/ 11/ 2008) أوجب على المعقب تقديم ما يفيد تبليغ عريضة الطعن وأسبابه إلى المعقب ضده المحكوم له بالتسجيل أو خلفائه بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة عدل منفذ ورتبت الفقرة الأولى من الفصل 357 من مجلة الحقوق العينية على عدم احترام تلك الشكليات سقوط الطعن.

وحيث أنّ وفاة المحكوم له كانت في 11/ 11/ 2015 وفق ما هو ثابت من مضمون وفاته عدد 90 لسنة 2015 الصادر عن بلدية بني خيار في 23/ 02/ 2016، ولئن تمّ تقديم عريضة الطعن في 02/ 06/ 2015 قبل وفاة المحكوم له فإنّ الطاعنين كانوا على علم بوفاته بدليل أنّ مستندات التعقيب تمّ

توجيهها ضد « ورثة المرحوم الحبيب بن علي زايد « دون أيّ تفصيل أو بيان آخر، الأمر الذي عاب التبليغ على معنى الفصل 357 المشار إليه.

وحيث أنّ الدائرة التعقيبية حين قضت برفض مطلب التعقيب شكلا بناء على عدم بيان خلفاء المعقب ضدّه المتوفّى بعدم تقديم مطلب التعقيب وعدم تبليغ مستندات الطعن لهم وأسبابه تكون قد طبقت ما اقتضاه الفصل 357 من مجلة الحقوق العينية التطبيق السليم ورتبت الجزاء المناسب.

وحيث وعلاوة على ذلك ومن باب التطبيق السليم لأحكام الخطأ البين الذي استقر الفقه وفقه القضاء على اعتباره وسيلة طعن استثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في نطاق معيّن مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب، وهو ما كرّسه المشرع بالفصل 192من م. م. م. ت. الذي نص بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأنّ سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 من م. م. م. ت.، إلّا أنّ نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمّل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث أنّ ما نعاه الطاعنون على القرار التعقيبي المطعون فيه لا يمكن بحال أن ينضوي تحت حالات الخطأ البين الذي استقر الفقه وفقه القضاء على اعتبار انحصار مفهومه في حصول خطأ واضح غير مختلف فيه ولا يمكن أن ينضوي حينئذ ضمنه من الأخطاء الواقعة التي تدخل تحت باب الاجتهاد أو الفهم أو التأويل وإلّا أضحى مراجعة تنسف كلّ النظرية التي يقوم عليها التشريع الإجرائي كما أنّ الصبغة الاستثنائية لطلب تصحيح الخطأ البين تحجر كل توسع في الحالات الواردة على سبيل الحصر.

وحيث تأكيدا على الصبغة الاستثنائية للطعن فقد نصّ المشرع ضمن المطة الأولى من الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أنّ قرار الرفض شكلا يجب أن يكون مبنيا على خطأ واضح وهو حينئذ يفترض وقوع الأخطاء مبدئيا لكنه لا يقر منها سندا مشروعا لطلب التصحيح إلّا ما كان منها مندرجا ضمن صنف الخطأ الواضح بما يعني بداهة أنّه يستثني من ضمنها الأخطاء الناتجة عن الاجتهاد أو الفهم أو التأويل وإن كان رأيا منفردا أو مخالفا لما استقر عليه التطبيق

وحيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه بالخطأ البين اتضح أنّ المحكمة أسست حكم الرفض شكلا على تأويلها الصحيح للفصل 357 من مجلة الحقوق العينية واجتهادها في تطبيقه على واقع النزاع وتحديدا على إجراءات التبليغ.

وحيث أنّ القرار التعقيبي المطعون فيه قد اتخذته الدائرة التعقيبية في نطاق بسط رقابتها على صحة الإجراءات واعتبرت-عن صواب- أنّ التبليغ مختلّ شكلا، فلم ترتكب أيّ خطإ في تأويلها لأحكام الفصل 357 من م. ح. ع. مما يتعين معه رفض الطعن بالخطإ البيّن أصلا ».

ورود هويةً غير هوية الطاعن الصحيحة في طالع مستندات الطعن يُعدّ خطأ ماديا

قرار الدوائر المجتمعة عدد 408 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث أنّ الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن استثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في حدود نطاق ضيّق مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب متى توفرت حالة من الحالات الثلاث المنصوص عليها حصرا بالفصل 192 من م. م. م. ت. وهي:

أولا: إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

ثانيا: إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّره غير منطبق.

ثالثا: إذا شارك في القرار ممّن سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى، أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأنّ سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث قضت محكمة القرار المطعون بالرفض شكلا بناءً على» أنّ مستندات الطعن قد قدمت في حق المدعو الح. ش وليس في حق الطاعن ح.ر.».

وحيث بالاطّلاع على مستندات التعقيب في القضية عدد 40752 المؤرخة في 10/ 03/ 2016 يتبين أنه قد تضمنت بديباجتها أي في طالعها، أنّ الأستاذ... قد قدّمها في حقّ المدعو الح ش. وهي هوية مخالفة لهوية الطاعن ح.ر.

وحيث أنّ محكمة الحكم المطعون فيه قد قصرت النظر على ما ورد بطالع مستندات التعقيب من خطأ في هوية الطاعن دون تأمل باقي الأوراق وهي:

- مطلب التعقيب المقدم من الأستاذ... كان في حق منوبه ح. ر. حسبما تثبته الوثيقة المظروفة بالملف والمسلمة لكتابة محكمة التعقيب تحت عدد 40752 بتاريخ 29/ 12/ 2015.
- وثيقة الإعلام بوقوع الطعن في حكم جزائي المرسلة من رئيس كتابة محكمة الاستئناف بسوسة إلى رئيس كتابة محكمة التعقيب كانت تتضمن اسم المعقب الصحيح وهو ح. ر.
- بطاقة خلاص المعاليم القانونية بتاريخ 18/ 12/ 2017 تحت عدد 37138 تضمنت اسم المعقب الصحيح ح. ر.
- مستندات الطعن بالتعقيب تضمنت عدد الحكم الاستئنافي المطعون فيه الصحيح وتاريخه والمحكمة التي أصدرته ووقائع القضية ومستنداتها، وبالرجوع أيضا إلى باب الوقائع صلب هذه المستندات يتبين أنها قد تضمنت بالسطر السابع اسم الطاعن الصحيح.
- الخطأ الذي وقع فيه محامي الطاعن بأن ذكر اسما غير الاسم الصحيح لمنوبه لم يترتب عنه أيّ ضرر باعتبار أن الدعوى لم تشمل قائمين بالحق الشخصي كما أنّ الادعاء العام حضر وقدّم ملحوظاته الكتابية دون أن يثير هذه المسألة.

وحيث يستخلص مما تقدّم أنّ مجرد ورود هوية غير هوية الطاعن الصحيحة في طالع مستندات الطعن حال أنّ جميع الأوراق الأخرى التي تضمنها الملف تشير دون لبس، لا يعدو أن يكون خطأ ماديا وإخلالا بسيطا لا يتنزل منزلة الإجراء الوجوبي الذي يترتب عن عدم احترامه السقوط.

وحيث أنّ محكمة الحكم المطعون فيه قد أصدرت قرارها برفض التعقيب شكلا دون أن تتفطن إلى جملة هذه المعطيات، وغفلت عن التثبت خارج ما حوته ديباجة المستندات وسهت بالتالي عن قراءة جميع ما تضمنه الملف من مؤيدات.

وحيث أنّ ما قضت به محكمة التعقيب في قرارها عدد 40739/ 40752 المؤرخ في 12/ 06/ 2017 قد انبنى والحالة ما ذكر على خطأ بيّن على معنى الفصل 192 من م. م. م. ت.، ومن المتجه لذلك تداركه بالإصلاح وذلك بإبطاله وإرجاع القضية إلى السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للإذن بإعادة نشرها أمام إحدى الدوائر التعقيبية مع الإعفاء».

نيابة المحامي تنتهي بالطور الذي ناب فيه

قرار الدوائر المجتمعة عدد 418 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث انحصر الإشكال القانوني حول مدى وجاهة الرفض شكلا لوجود تنصيص على المقر الأصلي لمورث المعقب ضدهم بعريضة افتتاح الدعوى الموجهة للسيد رئيس الدائرة الشغلية والكائن بنهج عمار بوطارة الحامة قابس رغم اختيار ورثته لمقر نائبهم الأستاذ ك. ق. بالطورين الابتدائي والاستئنافي كمقر مختار دون ذكر مقرّ أصلي وتبليغ إعلام بالحكم الاستئنافي والاكتفاء بالتنصيص به على نيابة المحامي دون ذكر مقر أصلي ولا مقرّ مختار؟

وحيث اعتبرت محكمة التعقيب أنّ تبليغ مذكرة الطعن بالتعقيب للمعقب ضدّهما كان مخالفا لمقتضيات القانون ولوقوعه بغير مقرّهم الأصلي المنصوص عليه بالعريضة الموجهة لمورثهم للسيد رئيس الدائرة الشغلية. وأضافت أنّ نيابة المحامي تنتهي بالطور الاستئنافي وأنّ تبليغ مستندات التعقيب إلى المقر المختار يعتبر تبليغا غير قانوني، كأن لم يكن أصلا، وقضت على أساس ذلك بالرفض شكلا.

وحيث لا ترى الدوائر المجتمعة في الرفض شكلا خطأ بيّنا لسببين:

السبب الأول: من خلال طبيعة الخطأ البيّن

حيث اقتضى الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنيـة والتجارية بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن

إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأنّ سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرّف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 م. م. م. ت.، إلّا أنّ نيّته اتّجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات **السهو أو الغفلة** التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كلّ من تأمّل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث لم تتوفر شروط الغلط البين إذ لم تسهُ ولم تغفل الدائرة التعقيبية **بل كانت متفطنة للمقر الأصلي** لمورث المعقب ضدهم وكان قرارها معللا تعليلا كافيا في نطاق اجتهادها: «حيث أنّ تبليغ مذكرة الطعن بالتعقيب للمعقب ضدهما كان مخالفا لمقتضيات القانون ولوقوعه بغير مقرهم الأصلي المنصوص عليه بالعريضة الموجهة لمورثهم للسيد رئيس الدائرة الشغلية. وأن نيابة المحامي تنتهي بالطور الاستئنافي وأنّ تبليغ مستندات التعقيب إلى المقر المختار يعتبر تبليغا غير قانوني وكأن لم يكن أصلا». وقضت على أساس ذلك بالرفض شكلا.

السبب الثاني: من خلال طبيعة المقر

وحيث توفرت بملف القضية معطيات متمثلة أساسا في:

1/ وجود مقرّ أصلي مبيّن بعريضة افتتاح الدعوى الموجهة لقاضي الشغل وهو «نهج عمارة بوطارة الحامة قابس».

2/ عدم التنصيص صراحة بمحضر الإعلام بالحكم الاستئنافي على أنّ مقرّ المحامي مقرّ مختار للمعقب ضدهم والاكتفاء بذكره بوصفه نائبا لهم فقط.

وحيث يؤخذ من أحكام الفصل 7 من م. م. م. ت. أنّ مفهوم المقر الأصلي يقوم على فكرة الإقامة الفعلية المعتادة والحقيقية أمّا المقر المختار فهو محل يقع اختياره إمّا باتفاق الأطراف أو بحكم القانون من أجل تنفيذ تصرّف قانوني أو من أجل القيام بعمل قضائي ويترتب على هذا المفهوم إجرائيا أنّ الأصل في التبليغ

أن يتمّ في المقر الحقيقي المعتاد الذي يقيم فيه الشخص عادة أو يمارس فيه مهنته إلا إذا عيّن مقرا مختارا بإرادته أو اقتضى القانون ذلك.

وحيث كان الرفض شكلا ينطوي على اجتهاد من الدائرة التعقيبية، ممّا يتعين معه رفض الطعن بالخطإ البيّن أصلا».

تبليغ مستندات التعقيب بمكتب المحامي

قرار الدوائر المجتمعة عدد 424 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث انحصر الإشكال القانوني حول مدى توفر خطإ بين في القرار التعقيبي المطعون فيه القاضي بالرفض شكلا لحصول تبليغ مستندات التعقيب بمكتب المحامي الذي كان نائبا عن المعقب ضده بالطور الاستئنافي دون التنصيص على مقر أصلي؟

حيث تبين بالرجوع إلى القرار الاستئنافي الصادر بين الطرفين بتاريخ 13 جوان 2017 تحت عدد 3892عن استئناف القصرين، أنه لم يقع التنصيص به على عنوان المستأنف ضده بل ذكر مباشرة أنّ نائبه الأستاذ... المحامي بالقصرين، وذُكر بالحكم الابتدائي عدد 21276 الصادر بتاريخ 28/ 4/ 2016 «**القاطن بسبيبة القصرين المعين محل مخابرته بمكتب نائبه الأستاذ...**»، وهو عنوان عام وغير محدد ولا يعبّر عن رغبة في ضبط مقر أصلي مدقق. كما تبين أنّ الأستاذ... تولى توجيه محضر الإعلام بالحكم المذكور إلى المعقبة وذلك في حق منوبه المستأنف ضده م. س. (المعقب ضده) **ودون ذكر عنوانه بل ذكر عنوان مكتبه**، والذي بناء عليه تولت المعقبة الطعن في الحكم المذكور، وتولت لذلك توجيه مستندات التعقيب إلى الأستاذ... كمحل مخابرة للمعقب ضده وقد تسلم المحامي محضر التبليغ مع ما صاحبه، وهو ما اعتبرته المحكمة خللا إجرائيا وتبليغا لمن لا صفة له في القبول.

وحيث اقتضى الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأنّ سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 من م. م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات **السهو أو الغفلة** التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث أن قضاء الدائرة التعقيبية المطعون في قرارها بالخطأ البين على ذلك النحو يكون غلطا واضحا بيّنا باعتبار أنّ الحكم المطعون فيه لم يتضمن عنوان المستأنف ضده وأنّ التبليغ إلى محاميه الذي تسلم النظير كان بناء على تولي المستأنف ضده الإعلام بالحكم دون تضمين عنوانه من جديد بل ضمّن بمحضر الإعلام عنوان محاميه فقط بما يجعل قرينة الفصل 68 من م. م. م. ت. قائمة في حق المعقب ضده ومكتب محاميه بناء عليه محلّ مخابرة له ضمنيا، وهي وإن كانت قرينة بسيطة إلا أنّ الملف لم يتضمّن ما يدحضها.

وتبعا لذلك يكون قرار الرفض شكلا قد انبنى على غلط واضح وخطأ بيّن من المحكمة ممّا يستوجب تلافيه وتصحيحه».

تأويل القانون يخرج عن دائرة الغلط الواضح

قرار الدوائر المجتمعة عدد 396 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث اقتضى الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويعتبر الخطأ بيّنا :1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأنّ سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 من م. م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات **السهو أو الغفلة** التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث انبنى قرار النقض شكلا على مخالفة إجراءات التبليغ لأحكام الفصلين 8 فقرة أولى و7 فقرة ثانية من م. م. م. ت. ذلك أنّ المعقبة تولت تبليغ مستندات التعقيب إلى المعقب ضده بالعنوان الكائن ببوجردقة مرناق ولاية بنعروس على معنى الفصل 8 فقرة ثالثة حال أنه تبيّن من محضر الإعلام بالحكم الاستئنافي أنّ المعقب ضده عيّن مقرّه المختار بمكتب المحامي الأستاذ... الكائن... رادس بن عروس.

وحيث يتضح من تعليل القرار أنّ المحكمة اتجهت إلى تطبيق وتأويل أحكام الفقرة 2 من الفصل 7 التي نصت على أنّ المقر المختار هو الذي يعيّنه الاتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو للقيام بعمل قضائي...

وحيث بناء على ذلك يكون موقف المحكمة في القرار المطعون فيه مؤسسا على تفسير وتأويل لأحكام القانون، أي الفصل 7 من م. م. م. ت.، وهو اجتهاد خارج عن دائرة الغلط الواضح موضوع أحكام الفصل 192 من م. م. م. ت.

وحيث تبعا لذلك فإن المطلب لا يندرج ضمن الحالات المنصوص عليها صلب أحكام الفصل 192 من م. م. م. ت.».

تبليغ مستندات الطعن إلى محل مخابرة ثبت انقطاع العمل به
قرار الدوائر المجتمعة عدد 430 بتاريخ 21 نوفمبر 2019

«حيث تعلق الطعن في القرار التعقيبي عدد 50277 الصادر في 14/ 03/ 2018 بطلب تصحيح الخطإ البين على معنى أحكام الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وحيث اقتضى الفصل 192 المذكور أنه يعتبر الخطأ بيّنا إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح أو اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّره غير منطبق أو متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث صدر القرار التعقيبي المطعون فيه برفض مطلب التعقيب شكلا بما يندرج معه الطعن في قضية الحال في إطار الصورة الأولى للخطإ البين والتي ينسب فيها إلى القرار الصادر برفض مطلب التعقيب شكلا انبناؤه على غلط واضح.

وحيث أسست محكمة القرار المطعون فيه قرارها برفض التعقيب شكلا على مخالفة أحكام الفصلين 7 و8 من م. م. م. ت. لوقوع تبليغ مستندات الطعن إلى محل مخابرة ثبت انقطاع العمل بمقتضاه.

وحيث عملا بأحكام الفصل 8 من م. م. م. ت. يقع تبليغ المحاضر إلى الشخص نفسه أينما وجد أو في مقره الأصلي أو في مقره المختار حسب الأحوال واقتضى الفصل 7 من نفس المجلة أن المقر الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة والمقر المختار هو المكان الذي يعيّنه الاتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو للقيام بعمل قضائي.

وحيث ولئن اتّضح بالاطلاع على محضر تبليغ مستندات التعقيب أنه وجه من المعقبة إلى المعقب ضده بمحل مخابرته بمكتب محاميه السابق الأستاذ أحمد فرج الله وأن من وجد بالمقر قبل النظير والمؤيدات المصاحبة وأمضى بالأصل من جهة وأن محضر الإعلام بالقرار المطعون فيه لم يتضمن تعيينا لمحل مخابرة، فقد أسست محكمة القرار المنتقد قضاءها على عدم تنصيص محضر الإعلام بالحكم الاستئنافي على محل المخابرة المعتمد في الطور الاستئنافي واقتصاره على ذكر اسم محاميته بطالعه من جهة وعلى ثبوت التخلي عنه وانقطاع كل علاقة معه استنادا إلى تصريح المحامي السابق للمعقب ضده لعدل التنفيذ القائم بتبليغ مستندات الاستئناف إليه بكون المبلغ إليه غيّر محل مخابرته لدى محاميته الحالية وتوليه تبعا لذلك استيفاء إجراءات التبليغ في الطور الاستئنافي بمكتب هذه الأخيرة من جهة أخرى.

وحيث يشترط لقبول النظر في الطعن بالخطإ البين المبني على غلط واضح الوقوف على مدى ترتب الأسباب التي بني عليها قرار رفض مطلب التعقيب شكلا عن وقوع المحكمة في غلط واضح طبق ما استقرّ على تعريفه فقه قضاء الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب على أنه الخطأ الذي لا يمكن الاختلاف في

ثبوته لشدة وضوحه على أن يكون مبنيا على مجرد السهو أو الغفلة لا عن خطإ في اجتهادها في تطبيق القانون الإجرائي.

وحيث وبالرجوع إلى مستندات القرار المطعون فيه تبين أن الدائرة المصدرة له تولت الترجيح بين رفض المحامي السابق اعتماد مكتبه كمحل مختار في الطور الاستئنافي مع التوجيه إلى مقر نائبة المعقب ضده واستيفاء الطاعنة لإجراءات التبليغ بذلك المقر من جهة وبين قبول من وجد بمكتبه عند تبليغ مستندات التعقيب لنظير المحضر من جهة أخرى منتهية إلى استنتاج التخلي عن محل المخابرة السابق وانقطاع كل علاقة معه وبالتالي عدم جواز التبليغ فيه وهو ما يندرج في إطار صميم اجتهاد المحكمة في مراقبتها لإجراءات الطعن المتبعة أمامها وتطبيقها للنص القانوني عليها ويخرج عن إطار حالات الطعن بالخطإ البين المحددة بالقانون بما اتجه معه رفض المطلب أصلا.

وحيث بناء على ذلك يكون موقف المحكمة في القرار المطعون فيه مؤسسا على تفسير وتأويل لأحكام القانون، أي الفصل 7 من م. م. م. ت.، وهو اجتهاد خارج عن دائرة الغلط الواضح موضوع أحكام الفصل 192 من م. م. م. ت.

وحيث تبعا لذلك فإن المطلب لا يندرج ضمن الحالات المنصوص عليها صلب أحكام الفصل 192 من م. م. م. ت».

شروط تعهد الدوائر المجتمعة

قرار الدوائر المجتمعة عدد 42050 بتاريخ 14 فيفري 2019

«في صحة تعهد الدوائر المجتمعة:

حيث اقتضى الفصل 191 من م مم ت أن «القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم لنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبتّ في الموضوع إن كان مهيّأ للفصل.»

وحيث يؤخذ من النص المتقدم أن الطعن يُعرض على محكمة التعقيب بدءا من أحد الخصوم وتنظر فيه الدائرة المحال عليها الملف، فإذا أصدرت قرارها بالنقض والإحالة إلى المحكمة التي أصدرت القرار الذي تم نقضه أو لمحكمة أخرى متساوية الدرجة، تعيد محكمة الإحالة النظر في النزاع فيما تسلط عليه الطعن وتصدر من جديد حكمها. فإذا ما حدث تعقيب ثان يجب حينئذ التفريق بين صورتين:

– الصورة الأولى: الطعن الثاني مؤسس على سبب جديد غير السبب الأول الواقع من أجله النقض، يحال حينها الطعن على دائرة من دوائر محكمة التعقيب.

– الصورة الثانية: الطعن الثاني مؤسس على **نفس السبب القانوني** الواقع من أجله النقض وقد **خالفت محكمة الإحالة موقف محكمة التعقيب**، يحال إذاك الطعن على الدوائر المجتمعة لتتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الخلافية بين محكمة الإحالة ومحكمة التعقيب التي قضت بالنقض.

وحيث أنّ محكمة التعقيب لا تنظر، تبعا لذلك، بدوائرها المجتمعة إلا إذا كان سبب مطلب التعقيب هو **نفس السبب القانوني** الذي كان قُرّر النقض من أجله ونقضت محكمة التعقيب إلا أنّ محكمة الإحالة تتمسك بنفس موقف محكمة الاستئناف **وتخالف الدائرة التعقيبية في الرأي القانوني** الذي من أجله تم النقض. **أما إذا وافقت محكمة الإحالة موقف محكمة التعقيب فإن الطعن من هذا القبيل ولو تكرّر لا يكون موجبا حسب الفصل 191 من م. م. م. ت. لعرض القضية على الدوائر المجتمعة.**

وحيث تبين من الأوراق أنّ محكمة الاستئناف ببنزرت اعتبرت في قرارها عدد839 المؤرخ في 27/ 6/ 2013 أنه لا وجود بملف القضية ما يقيم الدليل على سوء نية وتواطُؤ الدخيل لمعارضته بإبطال الترسيم ممّا يجعل طلب إبطال عقد البيع المبرم بين الدخيل والمتهم والمسجل بتاريخ 6/ 4/ 2004 في غير طريقه.

في حين نقضت محكمة التعقيب القرار الاستئنافي واعتبرت في قرارها عدد7508الصادر بتاريخ 15/ 12/ 2014 أنّ **الدخيل سيّئ النية** ضرورة أنّ تقدير مدى توفر عنصر سوء النية من عدمه على معنى أحكام الفصل 305 من مجلة

الحقوق العينية يعد مسألة موضوعية موكولة لمحض اجتهاد محكمة الأساس بشرط التعليل المستساغ المستمد مما له أصل ثابت بأوراق الملف وهو ما لم تتوخّه محكمة القرار المنتقد وتجاهلت المعطيات الموضوعية الموجودة بملف القضية لما استخلصته من عدم توفر عنصر سوء النية في جانب الدخيل المعقب ضده والحال أن ما توفر بملف القضية من أدلة وقرائن تؤكد تعمده الشراء مرة ثانية لنفس المنابات التي سبق لنفس البائع بيعها للمعقب. وقد كشف البحث أن الدخيل هو جار المعقب في نفس العقار منذ سنة 1991 لكونه اشترى منذ ذلك التاريخ جزءا من نفس العقار قرب عقار المتضرّر الذي بادر باستغلاله والتحوز به منذ شرائه، كما أشار وأكد البائع بشهادته أن الطاعن كان يعلم من قبلُ بشراء المعقب ضده لنفس القطعة وتحوزه بها وتصرفه فيها وبعدم إدراجه لشرائه. وقد أقدم المعقب ضده رغم علمه على الشراء ثانية واستغل عدم إدراج المعقب لشرائه وسارع في إتمام عملية شرائه الثاني وهو ما يؤكد عنصر سوء النية في جانبه تطبيقا للفقرة الثانية من الفصل 305 من م. ح.ع. التي تعتبر استثناء للفصل 551 من م. ا.ع. الذي يقتضي بأن لا يكون لأحد أن يحيل لغيره أكثر مما له من الحقوق. وأضافت الدائرة التعقيبية أنه لا يمكن أن يعارض الغير بإبطال الترسيم إذا اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل العقاري على معنى أحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية، وقد اعتمد المشرع آليات تقنية بالفقرة 2 من الفصل 305 المشار إليه لتعريف حسن النية دون أن يستبعد الاعتبارات الشخصية. فالاعتماد على بيانات السجل العقاري هو معيار تقني لمفهوم السجل لكن المشرع لم يحتكم إلى هذا المعيار فقط بل اشترط أن يكون الغير حسن النية واعتمد على بيانات السجل، وبذلك تبقى الاعتبارات الشخصية لحسن النية قائمة وهو كلّ ما يحمل إلى الجهل والغلط وعدم الإحاطة بالحقيقة، معنى ذلك أنّ كل من علم بالحقيقة مثل سبق البيع أو كان متواطئا مع البائع الأول لا يكون حسن النية. **وانتهت إلى نقض القرار الاستئنافي واعتباره متجافيا مع ما أنتجته الأبحاث وأوراق القضية لثبوت سوء نية المعقب ضده وبطلان شرائه.**

وحيث بتعهد محكمة الاستئناف ببنزرت للمرة الثالثة أصدرت قرارها عدد 260 بتاريخ 31/ 12/ 2015 واعتبرت تطبيقا للفصل 305 من م. ح. ع. أنّ

الدخيل بوصفه مشتريا لذات العقار المبيع سابقا لا يعدّ غيرا بالنسبة إلى العقد الأول المبرم لفائدة القائم بالحق الشخصي بوصفه معاقدا للبائع وبالتالي خلفا خاصا تطبيقا للفصل 241 من م.ا.ع. وعملا بأحكام الفصل 551 من م اع ضرورة أنه لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من حقوق ولو فعل فإن ما عقده يكون باطلا من أصله لخلوه من أحد أركانه وهو المحل الذي سبق بيعه من مالكه، علاوة على توفر عدة قرائن تثبت علم الدخيل (المشتري) بهذا العيب بإقرار البائع المتهم وبتحوّز الشاكي المشتري بالعقار منذ 1991 تاريخ شرائه. **وانتهت إلى نقض الحكم الابتدائي بخصوص مصير عقد البيع محل النزاع والقضاء من جديد بإبطال ذلك العقد** المبرم بين المتهم والدخيل والمسجل بالقباضة المالية في 6/ 4/ 2004 تحت عدد9848 والإذن لحافظ الملكية العقارية بالتشطيب عليه من الرسم العقاري عدد12466.

وحيث وافقت محكمة الإحالة رأي محكمة التعقيب وانتهت إلى ما انتهت إليه الدائرة التعقيبية من توفر سوء النية وبطلان عقد البيع وهو ما لا يمثل حالة من حالات تعهد الدوائر المجتمعة لعدم توفر شروط الفصل 191 من م. م. م. ت.

وحيث كان على الدائرة التعقيبية المتعهدة بموجب طعن ولو كان للمرة الثالثة، كما في صورة الحال، أن تتولى بنفسها البت في القضية دون ضرورة أو مبرر لإحالتها على الدوائر المجتمعة طالما أنه لا وجود لخلاف حول مسألة قانونية تَعارَض فيها موقف محكمة التعقيب مع محكمة الإحالة.

وحيث أضحى انعقاد الدوائر المجتمعة غير مبرر وتعيّن لذلك رفض التعهد وإرجاع القضية إلى السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للإذن بإعادة نشرها».

قرار الدوائر المجتمعة عدد 52838 بتاريخ 20 جوان 2019

«أولا : في صحة تعهد الدوائر المجتمعة :

حيث اقتضى الفصل 191 من م. م. م. ت. أن «القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم لنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى

النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيأ للفصل»

وحيث يؤخذ من النص المتقدم أن الطعن يُعرض على محكمة التعقيب بدءًا من أحد الخصوم وتنظر فيه الدائرة المحال عليها الملف، فإذا أصدرت قرارها بالنقض والإحالة إلى المحكمة التي أصدرت القرار الذي تم نقضه أو لمحكمة أخرى متساوية الدرجة، تعيد محكمة الإحالة النظر في النزاع فيما تسلط عليه الطعن وتصدر من جديد حكمها. فإذا ما حدث تعقيب ثان يجب حينئذ التفريق بين صورتين:

– الصورة الأولى: الطعن الثاني مؤسس على سبب جديد غير السبب الأول الواقع من أجله النقض، يحال حينها الطعن على دائرة من دوائر محكمة التعقيب.

– الصورة الثانية: الطعن الثاني مؤسس على **نفس السبب القانوني** الواقع من أجله النقض، يحال إذاك الطعن على الدوائر المجتمعة لتتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع الاتفاق فيها بين محكمتي الإحالة بصفة تتعارض مع موقف دائرة محكمة التعقيب التي قضت بالنقض.

وحيث يتحصل مما تقدّم أنّ نظر الدوائر المجتمعة مشروط بتحقق شرطين متلازمين، أولهما وقوع الطعن في الحكم لنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا، وثانيهما مخالفة محكمة الإحالة لقرار النقض في خصوص المسألة القانونية التي استند إليها النقض.

وحيث إن محكمة التعقيب لا تنظر، تبعا لذلك، بدوائرها المجتمعة إلا إذا كان سبب مطلب التعقيب هو **نفس السبب القانوني** الذي كان قُرّر النقض من أجله، أما إذا كان السبب لا يتعلق بتطبيق القانون الموضوعي وإنما بخلل في الحكم كضعف في تعليله فإن الطعن من هذا القبيل ولو تكرّر لا يكون موجبا حسب الفصل 191 من م. م. م. ت. لعرض القضية على الدوائر المجتمعة.

الشرط الأول: وقوع التعقيب الثاني لنفس السبب

حيث طعن المعقبون الآن في القرار الاستئنافي عدد 47183 الصادر بتاريخ 12/ 07/ 2012 استنادا على أنّ المحكمة أخطأت عندما اعتبرت أنّ تغيير ماهية المقاسمة بإسناد القسم الأول من التركة إلى غير مستحقيه بل إلى مستحقي القسم

الثاني، وإسناد القسم الثاني إلى مستحقي القسم الأول من قبيل التفسير والحال أنّ ذلك لا يمكن أن يدخل في خانة تفسير العقود بل إنّ ذلك يمثل خطأ فادحا تسلط بصفة حسية على مقومات جوهرية وأساسية في كتب المقاسمة، ومن ثمة فإنّه عين الغلط الحسي المنصوص عليه بالفصل 484 من م. ا. ع.

وحيث تم نقض القرار الاستئنافي المشار إليه استنادا للمطعن المذكور.

وحيث تسلط الطعن الحالي على نفس المطعن، وتبعا لذلك فإنّ الطعن في الحكم قد تم لنفس السبب الذي تمّ النقض من أجله، فتحقق معه الشرط الأول لتعهد الدوائر المجتمعة على معنى الفصل 192 من م. م. م. ت.

الشرط الثاني: المسألة القانونية التي تسلط عليها النقض

حيث تعلق الأمر بتبيان المقصود من عبارة «و ما عطف عليها « الواردة في كتب المقاسمة المؤرخة في 15 ماي 1960 بشهادة العدلين أحمد الشلي ومحمد الكراي لحبس الحاج محمد بن علي بن سليمان الكائن بقرقنة من ولاية صفاقس الذي جاء فيها: «وأشهدوا (حسين... ومحمد... وعزيز...) فالأول في حقه وحق شقيقه... والثاني في حقه وحق شقيقاته... والأخير في حق نفسه أنهم اقتسموا بينهم جميع الأماكن المحدودة المذكورة بأن جعلوا جميع التربيعة بالعقد بهنشير عمار **وما عطف عليها** قسما أوّل أخذه محمد له ولعمته حليمة... وبأن جعلوا بقية الأماكن بمليته بالجزيرة الصغرى قسما ثانيا أخذه حسين وحفيده عزيز...».

السؤال هو، ماذا يشمل القسم الأول؟ هل يشمل **ما قبل** التربيعة بالعقد بهنشير عمار أو **ما جاء بعد** هذه التربيعة أي من القطعة عدد 32 وهو رقم التربيعة المذكورة إلى القطعة عدد أربعين؟

وحيث تبين بالاطلاع على القرار التعقيبي عدد 12239 الصادر بتاريخ 23/ 03/ 2015 أن نقض القرار الاستئنافي عدد47183 الصادر بتاريخ 12/ 07/ 2012 انبنى على أن ما انتهت إليه محكمة الاستئناف بصفاقس في الحكم عدد 9167 من كون عبارة –وما عطف عليها– تفيد «وما ورد بعدها في الذكر» يمثل غلطا واضحا وثابتا ومخالفة صريحة للمدلول اللغوي للعبارة، ضرورة أنه حُددت عبارة وظيفة «التربيعة بالعقد بهنشير عمار» بجعلها معطوفا بعقد المقاسمة، وبذلك يكون المعطوف عليه العقارات المذكورة قبل التربيعة

المذكورة أي المقاسم المحددة من 01 إلى 31. وهو ما يُفضي إلى الجزم بأن المقسم الأول الذي امتاز به مورث المعقبين وعمّته بموجب المقاسمة يشمل العقارات من عدد 1 إلى عدد 32 بما في ذلك المقسم عدد 28 موضوع النزاع. كما أنّ الأمر لا يحتاج لتفسير باعتبار أنّ المدلول اللغوي لعبارة «وما عطف عليها» الواردة بعقد المقاسمة سند القيام واضح في نفسه وغير قاصر على بيان مراد صاحبه.

وحيث بتعهد محكمة الإحالة من جديد اعتبرت أنّ الدفع بالغلط الحسي إنما هو محاولة لإعادة طرح النزاع من جديد أمام القضاء وهو ما يتنافى وقرينة اتصال القضاء، وأن ما ذهبت إليه المحكمة هو محض اجتهاد وتأويل لا يدخل تحت طائلة الغلط الحسي الذي عناه المشرع صلب الفصل 484 م. ا. ع. ويخضع لذلك لطرق الطعن العادية في الأحكام.

وحيث يستنتج من ذلك أنّ التباين في الموقفين لم يتعلق بتعريف الغلط الحسي أو ضبط مفهومه، وإنما في تقدير وجوده. فَـــ :

***محاكم الأصل** انتهت إلى انعدام الغلط الحسي لأن المحكمة المطعون في حكمها البات اجتهدت وأوّلت عبارة الكتب، ولا يمكن أن يكون الاختلاف معها فيما انتهت إليه مدعاة لطلب نقضه في إطار دعوى مبتدئة طبق الفصل 484 من م. ا. ع.

***محكمة التعقيب** اعتبرت أن عبارة الكتب واضحة لا تحتاج تأويلا أو اجتهادا في استنباط القصد منها، والمحكمة لذلك وقعت في الغلط الحسي بخرق المفاهيم اللغوية لعبارة «وما عطف عليها»، مما أدى إلى القضاء بغير الحق ومجانبة التطبيق السليم لما ورد بالكتب.

وحيث يتضح ممّا سبق أنّ محكمة الإحالة ولئن خالفت موقف محكمة التعقيب الذي أوردته بقرارها عدد 12239 الصادر بتاريخ 23/ 03/ 2015 والتي قضت بالنقض على أساسه، فإن الخلاف قد تركّز على مدى وجود تحريف لقرينة لفظية لحرف العطف الوارد بكتب المقاسمة وذلك بعدم مطابقة المعطوف للمعطوف عليه بما قد يُؤدي إلى خرق المفاهيم اللغوية وتناغمها وتجانسها في دلالتها لتأدية المعنى الصحيح. فالعملية لا تعدو أن تكون اختلافا في التفسير

اللغوي لعبارة بعقد المقاسمة. تبنّت محكمة الدرجة الثانية اتجاها معينا فيه، ثم ساندتهما فيه، بعد النقض من محكمة التعقيب، محكمة الإحالة.

وحيث إن محكمة التعقيب المتعهدة بموجب طعن ولو كان للمرة الثانية كما في صورة الحال تتولى بنفسها البت في القضية دون ضرورة أو مبرر لإحالتها على الدوائر المجتمعة طالما أن النقض سببه خلل موضوعي في الحكم يتعلق باختلاف لغوي، ولا وجود لخلاف حول مسألة قانونية تَعارَض فيها موقف محكمة التعقيب مع محكمتي الإحالة.

وحيث أضحى انعقاد الدوائر المجتمعة غير مبرر وتعين لذلك رفض التعهد وإرجاع القضية إلى السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للإذن بإعادة نشرها ».

مفهوم العذر الشرعي

قرار الدوائر المجتمعة عدد 37620 بتاريخ 14 مارس 2019

«1ـ في تعهد محكمة التعقيب :

حيث رأت محكمة التعقيب بموجب قرارها 2013/6560 بتاريخ 18/ 4/ 2014 أنه من المتجه التوسع في مفهوم العذر الشرعي تماشيا مع غاية المشرع التي تهدف إلى عدم التضييق على المعقول تحت يده في خصوص وجوبية التصريح وتمكينه من أجل متسع يمتد إلى غاية ختم المرافعة في الطور الاستئنافي وذلك باعتبار أنّ المعقول تحت يده يعتبر طرفا أجنبيا عن الدين وليس المسؤول عن واجب أدائه خاصة في صورة ما إذا كان تصريحه سلبيا وهو ما من شأنه أن يثبت عدم تواطئه مع المدين المعقول عنه وأنه ليس له مصلحة في عدم الإدلاء بالتصريح في الأجل القانوني. في حين ورغما عن ذلك فإنّ محكمة الإحالة لم تساير اتجاه محكمة التعقيب وتمسكت برأي محكمة الاستئناف واعتبرت أنّ عبارة العـذر الشرعي قد وردت مطلقة صلب الفصل 339 من م. م. م. ت. ولم يفرق المشرع بين العذر الشرعي الذي يخرج عن إرادة المعقول تحت يده والعـــذر الشرعي الذي لا يخرج عن إرادته ولا علاقة لوجود تواطُؤ من عـدمه بـــيـــن المعقول عنه والمعقول تحت يده، فالعذر الشرعي لابد أن يكون عذرا متصفا بالجدية وأنّ مجرد السهو لا يمكن أن يشكل عذرا شرعيا على معنى أحكام الفصل 339 من م. م. م. ت.

وحيث اقتضى الفصل 191 من م. م. م. ت. أنّ القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع الطعن من أجله أولا فإنّ محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة.

وحيث أنّ محكمة الحكم المنتقد بوصفها محكمة إحالة قضت بما يخالف المستندات القانونية الواردة بالقرار التعقيبي عدد2013/ 6560 الصادر بتاريخ 16/ 4/ 2014 متمسّكة بالرأي نفسه الذي تسلط عليه النقض فتم الطعن مجددا في حكمها للسبب نفسه وبذلك انعقد اختصاص الدوائر المجتمعة.

2/ في المسألة القانونية

حيث تتعلق المسألة الخلافية بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة بتحديد نطاق مفهوم العذر الشرعي الوارد بأحكام الفصل 339 من م. م. م. ت. ومدى توفره في جانب المعقول تحت يدها (المعقبة الآن) فيما يتعلق بالتصريح الكتابي الذي يوجب عليها القانون تقديمه لمحكمة الدرجة الأولى دون أن تتولى تقديمه في إبانه وتأخرت في تقديمه إلى الطور الاستئنافي.

ويتمثل بالتالي الإشكال القانوني في تأويل عبارة «العذر الشرعي» الواردة بالفصل 339 من م. م. م. ت. فهل من المتجه التوسع في تأويلها وعدم التضييق على المعقول تحت يده في خصوص وجوبية التصريح وتمكينه من أجل متسع يمتدّ إلى غاية ختم المرافعة في الطور الاستئنافي، أم لا بد من التضييق في نطاقها واشتراط الجدية وعدم الاكتفاء بمجرد السهو وغياب نية التواطُؤ؟

وحيث اقتضى الفصل 339 من م. م. م. ت. أنّه «للمعقول تحت يده إن كان له عذر شرعي أن يقدّم تصريحه أو يتلافى ما به من نقص أو يضيف الأوراق المؤيدة له ما دامت القضية منشورة أمام محكمة الدرجة الثانية إلى تاريخ ختم المرافعة..»

وحيث تثير عبارة» **واجب التصريح والعذر الشرعي** « صعوبات تطبيقية تتمثّل أساسا في تحديد الكيفيّة التي يتمّ بها تقديم التصريح والمحكمة المختصّة بقبول

هذا التصريح **كضبط مفهوم العذر الشرعي المعفي من واجب التصريح لدى محكمة الدرجة الأولى.**

وحيث لم يقدّم المشرّع تعريفا للعذر الشرعي كما لم يضبط معايير لمعرفة إن كان العذر شرعيّا أو غير شرعيّ كما أنّ رجال القانون تجنّبوا تقديم تعاريف للعذر الشرعي في مؤلفاتهم.

وحيث اشترطت أغلب قرارات محكمة التعقيب أن يكون العذر الشرعي أمرا جدّيّا حال دون تقديم التصريح في الآجال وبالتالي فإنّ **مجرّد السهو لا يعدّ عذرا شرعيا مبيحا لتأجيل التصريح أو تلافي النقص به أو إضافة المؤيدات له.**

وحيث يتأسّس هذا التأويل على التوفّيق بين مصلحة الدائن في استخلاص دينه وحماية المعقول تحت يده باعتباره غيرا عن علاقة المديونية وذلك باعتبار هذا الأخير ملزما بإثبات تأخير التصريح ببيان العذر الشرعي الذي عاقه عن واجب التصريح في الأجل الممنوح له، ويعني ذلك أن يكون العذر المدعى به هو السبب المباشر والعائق لعدم تقديم التصريح أو تقديمه متأخرا. وأنّ عبارة العذر الشرعي وإن وردت عامة بالفصل 339 من م. م. ت. إلّا أنّ هذه الشمولية لا يجب أن تزيل عن العذر كلّ جدية إلى درجة اعتبار مجرّد السهو عن الالتزام المحمول عليه كافيا لإعفائه من تبعة الإخلال به. **فالمعقول تحت يده يتحمل عبء الإثبات،** على أن تقدير مدى جدية الدفع بالعذر الشرعي من عدمه يظل مسألة واقعية خاضعة للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع من خلال صلاحياتها في تحصيل فهم الوقائع انطلاقا من المؤيدات المقدمة لها وفي تقييم الأدلة تحت رقابة محكمة التعقيب باعتباره تكييفا لواقعة مادية والتكييف يعتبر من المسائل القانونية التي تراقبها محكمة التعقيب.

وحيث يقتضي الاجتهاد من محكمة الموضوع **أولا إثبات السبب وثانيا بيان أنّ ذلك السبب «شرعيّ» أي حال دون تقديم التصريح في الأجل.**

وحيث يمكن حينئذ إعطاء تعريف للعذر الشرعي مناط الفصل 339 من م. م. م. ت. باعتباره كلّ أمر من شأنه أن يحول دون تقديم المعقول تحت يده للتصريح المتعلق بأموال المعقول عنه المدين الأصلي التي بحوزته وذلك من تاريخ إدخاله

في دعوى تصحيح العقلة أمام المحكمة المتعهدة إلى تاريخ جلسة المرافعة على أن يتوفر في ذلك العذر شروط ثلاثة:

– الأول: أن يكون عذرا جديا.

– الثاني: أن لا يثبت تواطؤ المعقول تحت يده مع المدين الأصلي لإخفاء ما تحت يده من أموال.

– الثالث: أن لا يكون ذلك العذر مبنيّا على سوء نية المعقول تحت يده في تأخير الإدلاء بتصريحه أو الامتناع عنه بغاية إخفاء ما تحت يـــــده من أموال ومنقولات راجعة للمعقول عنه أو التنقيص منها.

وحيث أنّ محكمة القرار المنتقد لما استبعدت التـــصريح السلبي المقدّم من المعقول تحت يده لدى محكمة الدرجة الثانية بتاريخ 15مـــاي 2003 وقبل تاريخ ختم المرافعة في القضية والتفتت عن الأعذار التي تمسكت بها المعقول تحت يدها المتمثلة في حصول اضطرابات بإدارة المتجر خلال فترة الثورة وما شاب محضر الإدخال من غموض ولبس بخصوص هوية المعقول تحت يدها وعدم ذكر لعدد الترسيم بالسجل التجاري خصوصا وقد تبين أنه شخص طبيعي ولا تربطه بالمعقول عنها أية علاقة تجارية ونحت في مجمل ردودها منحى التشديد، وتكون بالتالي قد ضيقت على المعقول تحت يدها لإحلالها محل المدين الأصلي دون مبرر لذلك ودون تعليل مستساغ، وأخطأت في تطبيق الفصل 339من من م. م. م. ت. وكان قرارها حريا بالنقض لهذه الأسباب».

قرار إصلاح حجة الوفاة لا يقبل إلا دعوى الإبطال أمام المحكمة الابتدائيّة

قرار الدوائر المجتمعة عدد 26202 بتاريخ 20 جوان 2019

«1 ـ في صحة التعهد :

حيث نص الفصل 191 من م. م. م. ت. «أنّ القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه الأخيرة بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب

الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها ثبت في الموضوع إذا كان متهيّأ للفصل...»

وحيث تبيّن من مستندات القرار الاستئنافي الأول عدد 69877 الصادر بتاريخ 18/ 10/ 2010 الذي انتهى إلى رفض مطلب الاستئناف شكلا ضرورة أن إقامة حجة الوفاة والبت في مطلب إصلاحها سلبا أو إيجابا يدخل في إطار العمل الولائي لقاضي الناحية وفي وظائفه الإداريــة وهو الرأي القانوني الذي تبنته محكمة الـدرجة الثانية في قرارها المطعون فيـه حاليا بعد أن نقضت محكمة التعقيب القرار الأول معتبرة أنه متى قدّم مطلب إصلاح حجة الوفاة لنفس قاضي الناحية الذي أقامها فإن القرار الصادر عنه سلبا أو إيجابا يكون بمثابة الحكم القضائي لأنه فصل نزاعا بين شقين متنازعين وترتيبا على ذلك يكون قابلا للطعن فيه بالطرق العادية أو غير العادية.

وحيث تدخل صورة قضية الحال في إطار تطبيق أحكام الفصل 191 من م. م. م. ت. السابق التعرض إليه بالطالع نظرا لوقوع الطعن بالتعقيب للمرة الثانية لنفس السبب وللاختلاف بين موقف محكمة التعقيب وما توصلت إليه دائرة الإحالة.

2ـ في المسألة القانونية:

حيث تعلقت المسألة القانونية الخلافية بالطبيعة القانونية لقرار «إصلاح» حجة الوفاة من طرف قاضي الناحية إن كان قرارا ولائيا ذا صبغة إدارية لا يقبل الطعن فيه أم قرارا قضائيا لا بد أن يكون معللا لما يُحدثه من أثر على المراكز القانونية وما تترتب عليه من حقوق للأطراف قابلا بطبيعته تلك للطعن بالاستئناف؟

وحيث أوكل المشرع التونسي مهمة إقامة حجة الوفاة إلى قاضي الناحية الذي يقيمها بناء على تصريح من الورثة أو أحدهم مقترنا بشهادة شاهدين يشترط فيهما معرفتهما بالهالك وبعائلته وأقاربه وقرينه. غير أنه بالرغم من الإجراءات الميسرة التي أقرها القانون عند إقامة حجة الوفاة لبساطتها قد يتولد عنها خطأ. وقد يتمثل الخطأ في السهو عن إدراج أحد الورثة بالقائمة الحصرية لحجة الوفاة أو إقحام شخص آخر ليس له هذه الصفة. ومن تضررت حقوقه هل يتولى طلب الإصلاح

من قاضي الناحية أم يتولى الاعتراض على حجة الوفاة أمام نفس الهيئة أم يقوم بالطعن بالإبطال في حجة الوفاة أمام المحكمة الابتدائية صاحبة الولاية العامة أو يتقدم بمطلب استئناف أمام المحكمة الابتدائية بصفتها محكمة درجة ثانية؟

وحيث جرى عمل محاكم الناحية على أن يتولى قاضي الناحية إصلاح حجج الوفيات التي تولى إقامتها وهو ما يتماشى والقواعد المعمول بها في القانون الإجرائي العام وهو أن الهيئة القضائية التي أصدرت العمل هي التي تتولى إصلاحه غير أنّ الإصلاح في مادة حجة الوفاة يختلف عن الإصلاح في الأحكام القضائية الخاضعة لأحكام الفصل 256 من م. م. م. ت. فإصلاح حجة الوفاة يؤول أحيانا إلى تعديل قائمة الورثة بإضافة أو باستبدال أو بإلغاء. فهل يجوز الطعن بالاستئناف في قرارات الإصلاح التي تحدث تغييرا بحجة الوفاة بمنح صفة الوارث أو سحبها؟

وحيث انقسم الفقه والقضاء لرأيين أجاز الأول إمكانية الطعن بالاستئناف وهو ذات موقف محكمة التعقيب في الطعن لأول مرة في قضية الحال بموجب قرارها عدد 69676 بتاريخ 4/ 10/ 2012 القاضي بالنقض والإحالة واعتبرت أنّ الوظيفة الولائية للمحاكم تتميز عن الوظيفة التي تباشرها المحاكم دون نزاع وتأسيسا على ذلك فإنّ إقامة حجة وفاة يندرج ضمن هذه الوظيفة لقاضي الناحية إلّا أنه متى وقعت المنازعة في تلك الحجة وقدّم مطلب في إصلاح لنفس القاضي الذي أقامها فإنّ القرار الصادر عنه سلبا أو إيجابا يكون بمثابة الحكم القضائي لأنه فصل منازعة ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن العادية وغير العادية.

وحيث يتمسك اتجاه ثان بضرورة التمييز بين وسائل الطعن في مادة إجرائية تتميز بعدة خصوصيات لاسيما مبدأ التأويل الضيق ويشدّد على عدم قابلية قرار إصلاح حجة الوفاة للطعن بالاستئناف. ويعتمد الرأي الثاني على الطبيعة القانونية لحجة الوفاة باعتبارها تتأسس على مجرد تصريح وليس عملا قضائيا تنازعيا بل يقف عند طبيعته الولائية. فلا ترقى التنصيصات المدرجة بحجة الوفاة سواء كانت بموجب تصريح أو في إطار تصحيح- بما هو الحال في قضية الحال – إلى مرتبة الحكم الذي يصدر عن هيئة قضائية ويقبل تبعا لذلك الطعن فيه بالوسائل المخلولة قانونا على غرار سائر الأحكام.

وحيث خلافا للرأي الأول ترى الدوائر المجتمعة أنّ قرار إصلاح حجة الوفاة غير قابل للطعن فيه بالاستئناف ولا يقبل إلا دعوى الإبطال باعتبارها دعوى أصلية يتم القيام بها لدى المحكمة الابتدائية.

وحيث ولئن اقتضى الفصل 40 من م م م ت أنّ «المحكمة الابتدائية تنظر استئنافيا في الأحكام الصادرة ابتدائيا عن قضاة النواحي التابعين لدائرتها...» فإنّ التنصيص على إصلاح أسماء بحجة وفاة والقيام بإدراجها لا يرقى إلى مرتبة الحكم القابل للاستئناف لدى المحكمة الابتدائية. فإقامة الحجج وما يترتب عنها من الأعمال الولائية لقاضي الناحية لا تكتسي صبغة الحكم ولا وصف الحكم وليست تبعا لذلك من الأحكام الصادرة عن محكمة البداية والقابلة للاستئناف لدى المحكمة الابتدائية باعتبار طبيعة إقامة حجج الوفاة وإصلاحها وطبيعة الاختصاص الإداري المسند لحاكم الناحية.

وحيث أنّ اعتبار حجة الوفاة عملا ولائيا فإنّ أثر ذلك أنه يجوز طلب مراجعة ذلك القرار ممّن له مصلحة وتضررت حقوقه ويُصدر قاضي الناحية قرارا ثانيا على أساس المعطيات الجديدة والمؤيدات المدلى بها وهذا القرار لا يكون خاضعا لأيّ وجه من وجوه الطعن باستثناء طلب الإبطال أمام المحكمة الابتدائية باعتبارها صاحبة اختصاص شامل عدا ما خرج عنها بنصّ خاصّ عملا بأحكام الفصل 40 من م. م. م. ت.

وحيث ترتيبًا على ذلك فإنّ محكمة الإحالة لمّا قضت برفض الاستئناف شكلا لعدم قابلية قرار إصلاح حجة الوفاة للطعن بالاستئناف تــكون قد عللت حكمها تعليلا قانونيا ومؤديا إلى النتيجة التي انتهت إليها ولا يشوبه أي قصور فسلم تبعا لذلك من كل المطاعن التي أثارها المعقبون مما يتعين معه رد الطعن».

مدني عام

وكيل الشركة لا يعد قد عقد لنفسه إذا كانت الذات المعنوية ممثلة تمثيلا صحيحا بغيره

قرار الدوائر المجتمعة عدد 2015.25293 بتاريخ 10 جانفي 2019

«عن المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصول 176 و191 من م. م. م. ت. و1104 و1107 و1122 من م. ا. ع. وأحكام الفصل 123 من م. م.ت:

حيث تعلق الإشكال القانوني القائم بين محكمة الإحالة ومحكمة التعقيب بمدى انطباق أحكام الفصل 1122 من م. ا. ع. على النزاع موضوع دعوى الحال: ففي حين اعتبرت محكمة التعقيب صلب قرارها عدد 2010/ 55414 أنّ البيع قد تمّ من الوكيلة دون تحديد الموكلين للثمن بما يجعل أحكام الفصل 1122 من م. ا. ع. تنطبق عليه، فقد اعتبرت محكمة الإحالة أنّ إثارة هذه المسألة غير ذات جدوى وهو ما ولّد إشكالا ثانيا إجرائيا تعلق بمدى وجوب تقيّد محكمة الإحالة بمناط النقض.

وحيث حدّد الفصلان 176 و191 من م. م. م. ت. مجال نظر محكمة الإحالة المتعهدة بالقضية إثر صدور قرار عن محكمة التعقيب قاض بالنقض والإحالة بإعادة النظر فيما تسلط عليه النقض. وترتيبا عليه، فإن محكمة الإحالة ولئن كانت مقيدة بمناط النقض بحيث ليس لها أن تتجاوزه بالبت في مسائل تخرج عن نطاقه، فإنه ليس لها كذلك أن تغفل عن بعض أوجه النقض أو أن تتجاوزها بدعوى عدم جدوى البت فيها وإن كان لها أن تخالف توجه محكمة التعقيب بخصوصها ذلك أنه من واجبها بيان موقفها في المسألة من الناحية القانونية، وأن القول بعدم جدوى البت فيها لا يكون إلا بعد استعراض التسبيب للوصول إلى النتيجة، فعدم الجدوى هي نتيجة يجب أن يسبقها التحليل المفضي لتلك النتيجة وبذلك تكون محكمة الإحالة قد أسقطت رأيها في مخالفة صريحة لأحكام الفصل 123 من م. م. م. ت. مما يجعل قرارها منعدم التعليل ومستوجبا للنقض من أجل ذلك.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه لما تجاوزت إحدى المسائل التي تأسس عليها القرار التعقيبي القاضي بالنقض والإحالة فإنها تكون قد خرقت كذلك أحكام الفصلين 176 و191 من م. م. م. ت.

وحيث أنه من الثابت من خلال مظروفات ملف القضية أن عقد البيع موضوع الإبطال قد انعقد بين س. غ. بوصفها وكيلة عن شركة ص. البائعة وم. غ. وكيل الشركة المذكورة بوصفه مشتريا لخاصة نفسه لعقار راجع بالملك لنفس الشركة.

وحيث أن تمثيل س. غ. لشركة ص. هو تمثيل قانوني باعتبار أنها كانت مفوضة لإجراء البيع بمقتضى محضر جلسة عامة خارقة للعادة مؤرخ في 26 فيفري 1989 والذي ثبتت صحته قضائيا واتصل القضاء بذلك بموجب القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف ببنزرت تحت عدد 3085 بتاريخ 19/ 01/ 2004 والذي تأيد بصدور القرارين التعقيبيّيْن عدد 2004/ 16075 وعدد 2004/ 16026 بتاريخ 20/ 10/ 2004 وأن هذا التفويض كان مطابقا لمقتضيات الفصل 162 قديم من المجلة التجارية طالما وافق عليه شركاء يملكون أكثر من نصف رأس مال الشركة وعينوا بموجبه البائع وهي الوكيلة س.غ. والمشتري م. غ. بما يصح معه البيع وفق ما ذكر لمطابقته للوكالة المسندة للوكيلة س. غ. التي تصرفت في حدود الوكالة المسندة إليها بمحضر الجلسة العامة الخارقة للعادة والذي ثبتت صحته وسلامته قضائيا.

وحيث وطالما أن التوكيل المسند للمعقبة س.غ. لبيع العقار وإمضاء العقد وقبض الثمن هو توكيل صحيح ومنتج لآثاره على معنى الفصل 1104 من م. ا. ع. فإن كل تجاوز من الوكيلة لحدود الوكالة في خصوص ثمن البيع أو البيع بأقل من الثمن الرائج عند عدم تحديد الثمن في عقد الوكالة تنجر عنه رأسا مسؤولية الوكيلة تجاه موكليها طبقا لأحكام الفصل 1122 من م. ا. ع.

وحيث أن تجاوز محكمة القرار المنتقد لهذه المسألة رغم ما لها من تأثير على وجه الفصل في النزاع يجعل قرارها مختلا من الناحية الإجرائية لخرقه أحكام الفصلين 176 و191 من م. م. م. ت. (طبق ما سلف الإلماع إليه أعلاه) كمخالفته لأحكام الفصلين 1104 و1122من م. ا. ع. مما يجعله مستوجبا للنقض.

عن المطعنين المتعلقين بتحريف الوقائع وخرق أحكام الفصل 549 من م. ا. ع. لارتباطهما ووحدة القول فيهما:

حيث تمحور الإشكال حول مدى انطباق أحكام الفصل 549 من م. ا. ع. على عقد البيع موضوع طلب الإبطال لاسيما وأنّ وكيل الشركة البائعة لم يجمع

مركز طرفي العقد إذ كانت الشركة البائعة ممثلة تمثيلا صحيحا بواسطة الوكيلة س.غ. في حين أنّ إمضاء المعقب م.غ. لعقد البيع كان بوصفه مشتريا لخاصة نفسه لا كوكيل عن البائعة.

وحيث شكلت هذه المسألة القانونية مناط الخلاف بين محكمة التعقيب طبقا لقرارها عدد 2010/ 554147 ومحكمة الإحالة بموجب قرارها المطعون فيه والتي تعلقت بمدى انطباق أحكام الفصل 549 من م. ا. ع. على عقد البيع المبرم بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة ممثلة في شخص أحد الشركاء المكلف بموجب تفويض من الجلسة العامة الخارقة للعادة بوصفها بائعة ووكيل الشركة المذكورة وممثلها القانوني بوصفه مشتريا لخاصة نفسه لعقار تابع للشركة المشار إليها.

وحيث اقتضى الفصل 549 من م. ا. ع. أنه «من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة».

وحيث أن إدراج المشرع التونسي لأحكام الفصل 549 المشار إليه ضمن الفرع الثاني المتعلق «ببعض قواعد عامة تتعلق بالقانون» والوارد بدوره ضمن الباب الثاني من م. ا. ع. المتعلق «بتفسير العقود وفي بعض القواعد القانونية العامة» دليل على أن القاعدة الواردة به هي قاعدة أصولية عامة، تشكل مرجعا في تأويل النصوص القانونية وتفسيرها.

وحيث أنه وبالرجوع إلى صياغة النص المذكور، فإن المشرع استعمل عبارات تدل على التشديد في النهي بما يكرس الطابع الحمائي للقاعدة الوارد به بما يعدّ معه استثناء للقاعدة العامة المتمثلة في حرية التعاقد ومبدإ سلطان الإرادة.

وحيث أنّ الصبغة الاستثنائية والحمائية للفصل 549 السالف الإلماع إليه تجعل انطباقه بالضرورة ضيقا ومقيدا بالشروط التي وضعها له المشرع والمتعلقة بطرفي العقد وموضوع التعاقد، فالنص المذكور ينطبق على المقدمين والمديرين للكسب وعلى كل شخص آخر كان له أن يتصرف نيابة عن غيره (طالما استعمل المشرع كاف التشبيه بما يعني أنّ التعداد وارد على سبيل الذكر لا الحصر). كما ينطبق على كل العقود المبرمة بواسطة أي على جميع العقود التي يبرمها الشخص نيابة عن غيره من جهة ولفائدته الخاصة من جهة أخرى سواء أمضاها بنفسه أو

بواسطة من كلفه لإمضائها نيابة عنه في جمع بين صفتي الدائن والمدين، ويتعلق المنع بعقود التصرف التي تكون فيها إمكانية محاباة المعاقد لنفسه على حساب من هو مكلف بتمثيله واردة.

وحيث أنه لا جدال في أن العقود المبرمة على معنى الفصل 549 من م. ا. ع. هي عقود باطلة بطلانا مطلقا طالما نص الفصل 549 من م. ا. ع. على عدم جوازها واستنادا إلى أحكام الفصل 539 من نفس المجلة والذي نص على أنه إذا صرح القانون بالنهي عن شيء معين كان إثباته باطلا لا ينبني عليه شيء وكذلك إلى أحكام الفصل 325 من م. ا. ع. ثانيا.

وحيث أنه وبتنزيل أحكام الفصل 549 من م. ا. ع. على وقائع وماديات دعوى الحال فإنه يتبين أن شركة ص. البائعة كانت ممثلة لإمضاء عقد البيع تمثيلا صحيحا بواسطة الشريكة س.غ. المفوضة في ذلك بموجب تفويض صريح ضمّن بمحضر جلسة عامة خارقة للعادة أمضاه شركاء يملكون أكثر من نصف رأس مال الشركة طبقا لأحكام الفصل 162 قديم من المجلة التجارية المنطبق على العقد في تاريخ إبرامه سنة 1989، وأنّ المدعيين في الأصل ص. وح. غ. كانا من ضمن الشركاء الذين أمضوا محضر الجلسة سالف الذكر.

وحيث أن المشتري م. غ. ولئن كان وكيلا لشركة ص. البائعة (وهي شركة ذات مسؤولية محدودة)، إلا أنه لم يمض العقد نيابة عنها ولا كلف من يمضيه في حقها بل إنّ إمضاءه له كان بوصفه مشتريا لخاصة نفسه للعقار الراجع بالملك للشركة المذكورة.

وحيث بات من الثابت أن عقد البيع موضوع دعوى الإبطال قد أبرم بين الذات المعنوية البائعة الممثلة تمثيلا صحيحا بواسطة أحد الشركاء، والمشتري بصفته الشخصية لا بصفته وكيلا للبائعة، وترتيبا عليه فإن وكيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يعد قد عقد لنفسه بواسطة إذ كان مباشرا لمصالحه الشخصية بنفسه فيما كانت الذات المعنوية ممثلة تمثيلا صحيحا بغيره.

وحيث أنه وطالما أنّ الفصل 549 من م. ا. ع. هو استثناء من المبدإ العام القاضي بحرية التعاقد فإنه لا يسوغ التوسع في تأويله وتطبيقه، إذ لا ينطبق إلا

في الصورة التي سن من أجلها وهي جمع المعاقد لصفة طرفي التعاقد وهو ما لم يتوفر في دعوى الحال.

وحيث أنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من تطبيق لأحكام الفصل 549 مدني على دعوى الحال أضحى مخالفا لأحكام الفصل المذكور بما يجعل قرارها حريا بالنقض لهذا السبب كذلك.

وحيث أن الدعوى مستوفاة لجميع الاستقراءات بما يجعلها مهيأة للفصل فيها مما يتجه معه تطبيقا لأحكام الفصل 191 من م. م. م. ت. نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة والتصدي للبت في الأصل.

وحيث أن قرار محكمة الإحالة القاضي بإقرار الحكم الابتدائي القاضي ببطلان عقد البيع المحرر في 01 مارس 1989 والمسجل بتاريخ 29 مارس 1989 قد أضحى فاقدا لسنده القانوني طبقا لما سلف الإلماع إليه أعلاه فإنه يتجه نقض القرار الاستئنافي المطعون فيه كنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بعدم سماع الدعوى.

وحيث يتجه تغريم المستأنف ضدهما ص. وح. لفائدة المستأنف م. غ. بخمسمائة دينار (500,000د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة محاماة معدلة عن طور إعادة النشر طبقا لطلبه في الطور المذكور.

وحيث تحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضدهما المذكورين أعلاه طبقا لأحكام الفصل 128 من م. م. م. ت.

وحيث طالما وفّق المستأنف في استئنافه فإنه يتجه تطبيقا لأحكام الفصل 151 من م. م. م. ت. إعفاؤه من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وحيث وفّق المعقبون كذلك في طعنهم واتجه إعفاؤهم كذلك من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليهم طبقا لأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

وعد البيع المرتبط بخلاص باقي الثمن فيه على الحصول على قرض بنكي

قرار الدوائر المجتمعة عدد 28474 بتاريخ 14 فيفري 2019

«وحيث أنّ نعي الطاعن على محكمة الحكم المطعون فيه عدم التعرض لمسألة سقوط الاستئناف لثبوت رجوع المستأنفين شكري وأمال في استئنافهما هو دفع لم يكن محل نقض من قبل محكمة التعقيب صلب قرارها عـ 71038ـدد الصادر بتاريخ 06/ 06/ 2013 واتجه الالتفات عنه.

حيث تمحور الخلاف بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة حول مسألة قانونية تتعلق بوعد البيع المرتبط بخلاص باقي الثمن فيه على الحصول على قرض بنكي وحصول الموعود لفائدته على الموافقة المبدئية من قبل البنك المقترض قبل انقضاء الأجل التعاقدي المتفق عليه ليتولى بعد ذلك البنك عدم تسريح القرض كاملا بما جعل الموعود لفائدته مجبرا للبحث عن مصدر إضافي للتمويل فيما يفي بالثمن والذي تحصل عليه بعد انقضاء الأجل الاتفاقي فهل أنّ اضطرار الموعود لفائدته إلى دفع الجزء الذي لم يموله البنك خارج الأجل بعد أن كان وعدا بالتمويل في الكل يعدّ تقاعسا منه عن إتمام التزامه تنحل بموجبه التزامات الواعدين تجاهه أم إنّه يعدّ أمرا خارجا عن إرادته؟

وعليه فإنّ التساؤل المطروح في دعوى الحال يتعلق بمعرفة إن كان تأخير الموعود لفائدته (المعقب الآن) في دفع مبلغ (000 444.5 د) بعنوان باقي ثمن المبيع الذي لم يموله البنك المقترض يحول دون المطالبة بإتمام البيع النهائي؟

وحيث ثبت بالرجوع إلى عقد وعد البيع المحرر بموجب الحجة العادلة بتاريخ 17/ 05/ 2005 والمسجل في 08/ 06/ 2009 أنّ المعقب ضدهم وبوصفهم واعدين بالبيع تعهدوا بأن يبيعوا للمعقب جميع مناباتهم على الشياع من العقار المسمى «م. ب.» موضوع الرسم العقاري عدد... نابل بثمن جملي قدره (000 111.74 د) دفع منها المعقب بوصفه الموعود لفائدته تسبقة بمبلغ (000 667.9 د) وتعهّد بإتمام الباقي بعد الحصول على قرض بنكي وقدره (000 444.64 د) في أجل أقصاه 30 أوت 2009.

وحيث ثبت أنّ الموعود لفائدته (المعقب الآن) قد تحصل على الموافقة المبدئية من البنك لتمويل الشراء بتاريخ 28/ 08/ 2009 أي قبل حلول الأجل المتفق عليه في حدود مبلغ (000 59.000 د) كما ثبت اتصاله بالواعدين (المعقب ضدهم) لإعلامهم بذلك واستدعائهم للحضور لدى عدلي الإشهاد لإتمام البيع النهائي وذلك بواسطة عدل التنفيذ... بموجب محضره عدد 016746 المؤرخ في 30 اوت 2009 إلّا أنّهم لم يذعنوا لذلك ولم يحضروا في الموعد المحدد ويكون بذلك الموعود لفائدته قد عبّر عن استعداداه لإتمام التزامه وأنّ قول محكمة الإحالة بأنّ هذا الادعاء كان مجردا يعد تحريفا منها للوقائع ومن قبيل الاستنتاج الذي لا أصل له بملف القضية

وحيث ولئن اضطر الموعود لفائدته (المعقب الآن) إلى توفير بقية ثمن المبيع الذي لم يموله البنك والبالغ قدره (000 5.444 د) نقدا وتأمينه بالخزينة العامة لفائدة الواعدين بتاريخ 27/ 01/ 2010 بعد الأجل المتفق عليه إلّا أنّ ذلك لا يعدّ تقصيرا أو تقاعسا منه ولا يؤول إلى اعتباره مخالفا لالتزامه التعاقدي ويحول دون إبرامه لعقد البيع النهائي ذلك أنّ التأخير في توصل الواعدين بباقي الثمن لا يعزى لمماطلة الموعود لفائدته وإنما هو تأخير يعزى سببه إلى وجود طرف ثالث ممول في العقد وهو البنك المقرض الذي أعطى موافقته المبدئية على إقراض الموعود له باقي الثمن ودون أن يتولى تسريح قيمة القرض كاملا بما يسمح بمنح المقترض قرضا يغطي كامل بقية ثمن المبيع ويعد ذلك سببا صحيحا ووجيها في التأخير على معنى الفصل 268 من م. ا. ع. خارجا عن إرادة الموعود لفائدته ويكون بذلك هذا الأخير قد وفى من جهته بالتزاماته التعاقدية تجاه الواعدين.

وحيث اعتبرت محكمة الإحالة خلافا لذلك أنّ الأجل المتفق عليه لإبرام كتب البيع النهائي هو أجل مغلق ولم تراع في ذلك المعاملات البنكية في ميدان القروض الممنوحة لشراء العقارات وما تتطلبه من إجراءات ولم ترتب الأثر عن تدخل البنك في تمويل عملية الشراء بما يعني أن سداد باقي الثمن لفائدة الواعدين غير موكول للموعود له بل لجهة مالية أخرى قدّم ما يفيد موافقتها على ذلك وهو ما يعد منه تنفيذا لالتزاماته التعاقدية سيما وأنّ الواعدين على علم بأنّ تمويل باقي ثمن المبيع هو من البنك وعليه فإن تمسك محكمة الحكم المطعون فيه بأن الأجل هو مغلق لا يُراعى فيه سوى الأجل المتفق عليه ويجعل قرارها لا

يتطابق مع حقيقة الواقع وحقيقة القانون في أنه لا ينسب للموعود له تأخير في تنفيذ الالتزام بما أنّه لسبب صحيح يجد سنده في الفصل 268 من م. ا. ع.

وحيث لم تأخذ محكمة الحكم بعين الاعتبار زيادة عما سبق إبرام الموعود لفائدته لعقدي بيع مع اثنين من الواعدين وهما شكري وامال وخلاصهما في كامل بقية الثمن في خصوص مناباتهما في العقار الموعود ببيعه وتكون بذلك قد خرقت القاعدة القانونية الواردة بالفصل 243 من م. ا. ع. والتي مفادها أنّه يجب تنفيذ الالتزامات مع تمام الأمانة ويقتضي ذلك منها الأخذ بعين الاعتبار بالعرف والإنصاف حسب طبيعة عقد الوعد وشروطه المضمنة به.

وحيث لا خلاف أنّ النكول هو السعي في التنصّل من الالتزام بدون وجه شرعي يبرره وذلك إما بالتصدي قصديا أو الامتناع عن تنفيذ ما تعهد به في الأجل الاتفاقي أو بالتقاعس عن القيام بما يلزم لتنفيذ واجبه وفق ما ذكر وهو ما لم يتوفر في قضية الحال.

وحيث أنّ محكمة الإحالة وحينما اعتبرت أنّ دفع الموعود لفائدته (المعقب الآن) لبقية الثمن الذي لم يموله البنك المقرض بعد الأجل المتفق عليه يعدّ تقاعسا منه عن تنفيذ التزامه ويحول دون إتمام البيع النهائي تكون قد أساءت تقدير الوقائع واستخلاص النتائج القانونية منها فأدى بها ذلك إلى سوء فهم وتطبيق أحكام الفصل 243 من م. ا. ع. ذلك أنّ المعتبر في تنفيذ الالتزامات هو الأمانة في التنفيذ وهي تعني عدم المماطلة المتعمدة في تنفيذ العقد وهي غير صورة الحال فالموعود لفائدته وإن تأخر عن دفع كامل الثمن فإنه لم يكن بفعله وإنما تأخير يجد له تبريرا في عدم تسريح القرض كاملا من طرف البنك كجهة ممولة بعلم الطرفين ويتعيّن على هذا الأساس البحث إن كان الموعود لفائدته قد تأخر بعد أن تبيّن له أنّ البنك لم يسرّح كامل الثمن ليعتبر بذلك مماطلا وهو ما لم يحصل فقد سعى في الأجل المعقول لتوفير الثمن وعرضه على الواعدين وتأمينه وهو ما لم تنظر فيه محكمة الحكم المطعون وتوقفت عند الفصل 242 من م. ا. ع. بقراءة حرفية خالية مما يقتضيه الفصل 243 من م. ا. ع. في تنفيذ العقود بما يجعل قرارها عرضة للنقض ويتجه التصريح بذلك.

وحيث اقتضى الفصل 177 من م. م. م. ت. أنّه بإمكان محكمة التعقيب النقض بدون إحالة كلما لم يبق موجب لإعادة النظر ذلك أنّ القضية جاهزة للفصل بما يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه دون إحالة والإبقاء على حكم محكمة الدرجة الأولى التي قضت عن صواب بإتمام البيع النهائي خلافا للقرار المطعون فيه الذي لم يكن وجيها فيما انتهى إليه بما يتّجه معه التصريح بنقض الحكم الصادر عنها بدون إحالة».

السبب الصحيح الذي ينفي عن الموعود له صفة المماطلة
قرار الدوائر المجتمعة عدد 30973 بتاريخ 21 نوفمبر 2019

«في صحة تعهد الدوائر المجتمعة

حيث اقتضى الفصل 191 من م. م. م. ت. أن القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض. وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيأ للفصل. وإذا رأت إرجاع القضية فإن قرارها يكون واجب الاتباع من طرف محكمة الإحالة.

وحيث قضت محكمة الإحالة بما خالف قرار محكمة التعقيب وأصرت على رأيها في خصوص المسألة القانونية الواقع النقض من أجلها في مناسبتين معتبرة أن نكول الواعد قبل حلول أجل وفاء الموعود له بالتزامه بدفع باقي الثمن يعفي هذا الأخير من العرض والتأمين إلى حين إبرام البيع النهائي بالتراضي أو بالتقاضي وأن النص القانوني المنطبق على طلب إتمام البيع عند تراجع الواعد هو الفصل 291 من م. ا. ع.، فيما اعتبرت محكمة التعقيب أنه لا حق للموعود له في طلب إبرام البيع النهائي طالما لم يوف بالتزامه في الأجل المحدد بوعد البيع عملا بأحكام الفصلين 246 و294 من م. ا. ع.

وحيث أسس المعقب طعنه الحالي على نفس السبب القانوني الذي سبق من أجله الطعن أمام محكمة القانون والتي خالفت محكمة الإحالة قرارها بما انعقد

معه التعهد السليم لهذه المحكمة بدوائرها المجتمعة وفق مقتضيات الفصل 191 من م. م. م. ت. في خصوص هذا السبب.

عن المطعن الأول المتعلق بخرق أحكام الفصل 377 من م. ح. ع.:

حيث لم يسبق للطاعن التمسك بهذا المطعن ولم يتسلط عليه النقض في القرار التعقيبي السابق ولم تتعهد به محكمة الإحالة بما اتجه معه رفضه.

عن المطعن الثاني المتعلق بخرق أحكام الفصلين 246 و294 من م. ا. ع.:

حيث يتمثل الإشكال القانوني في هل أن نكول الواعد عن إتمام البيع النهائي يعفي الموعود له بالشراء من عرض وتأمين باقي الثمن أم يكون مطلوبا في كل الأحوال بعرضه ثم تأمينه؟

وحيث تفترض الإجابة عن المسألة الخلافية تحديد النص المنطبق على طلب إتمام البيع النهائي في صورة نكول الواعد بتعبيره عن رجوعه في التزامه بالبيع قبل حلول التاريخ المحدد لإبرام البيع النهائي وقبض باقي الثمن إن كان الفصل 291 من م. ا. ع. على اعتبار أنّ تراجع الواعد يعفي الموعود له من العرض والتأمين إلى حين إبرام البيع النهائي أم الفصلين 246 و294 من نفس المجلة على اعتبار أن عدم وفاء الموعود له بالتزامه بتأمين الثمن عند حلول الأجل لا يخوله مطالبة الواعد بإتمام ذلك البيع.

وحيث يتطلب تحديد النص المنطبق تكييف الالتزامات المحمولة على الطرفين بمقتضى وعد البيع المبرم بينهما بالنظر إلى صبغتها التبادلية وآثارها المرتبطة بحلول أجل يفترض فيه تزامن الوفاء من الطرفين معا ما لم يقتض الاتفاق تعجيل أحدهما بما عليه ثم بيان أثر نكول الواعد والتنازع القضائي حول إتمام البيع على حلول التزام الموعود له بدفع باقي الثمن.

وحيث تضمن الوعد بالبيع موضوع قضية الحال التزاما من الموعود له بدفع باقي الثمن عند إتمام البيع النهائي واتفاقا من الطرفين على تحديد موعد إمضاء البيع النهائي بمضي ثلاثة أشهر من تاريخ إبرام وعد البيع بما يتجسم معه تنفيذ التزامات الطرفين في أداء الثمن من جانب الموعود له مقابل حصوله من الواعد على إمضاء سند نقل ملكية المبيع موضوع التعاقد إليه وذلك بمجرد حلول الأجل الاتفاقي.

وحيث يعتبر الوعد بالبيع موضوع النزاع وعدا ملزما للجانبين ويخرج بطبيعته تلك عن نطاق الالتزام الانفرادي المنصوص عليه بالفصل 18 من م. ا. ع.: «مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام». فهو وعد بالبيع ملزم لجانبيه يختلف عن مجرد الوعد ويقترب لعقد البيع بما يرتبه من التزامات تبادلية.

وحيث ينتج عن الصبغة التبادلية والمتزامنة لالتزامات طرفي وعد البيع الملزم للجانبين أثران هامان، أوّلهما أنّ لكل منهما حقّا شخصيّا وواجبا، فكلاهما دائن ومدين بالقيام بعمل في العلاقة التعاقدية وثانيهما أن العقد شريعة الطرفين ولا يجوز لأي منهما الرجوع في تعهداته إلا برضائهما، فيما يعد الأجل الاتفاقي العنصر المحدد للمماطلة وهي صفة تستوجب نسبتها إلى أحد الطرفين الوقوف على مركزه في العلاقة التعاقدية إن كان دائنا أو مدينا بالنظر إلى الالتزامات المتبادلة بينهما ومدى تزامن واجبهما في تنفيذها من جهة وإلى شروط الوفاء واجبة الاتباع قانونا من جهة أخرى.

وحيث ولئن كان الأصل في الأمور أن الموعود له يعد مدينا بأداء باقي الثمن في الموعد المحدد فيما يعد الواعد دائنا بذلك الالتزام فإذا أتم الموعود له ما عليه انقلبت مراكزهما ليصبح الواعد مدينا بإمضاء البيع النهائي والموعود له دائنا له بذلك، وأنه إذا حل الأجل دون أداء الموعود له للثمن عد مبدئيا مماطلا لا يحق له إجبار الواعد على الوفاء عملا بالفصل 246 المذكور، فقد عرف المشرع بالفصلين 268 و269 من م. ا. ع. المماطلة بأنها تأخر المدين عن الوفاء بما التزم به لسبب غير صحيح وذلك بمضي الأجل المحدد بالعقد أو بإنذاره بالوفاء في أجل معقول في غياب تعيين للأجل في العقد.

وحيث يمثل السبب الصحيح المبرر للتأخر في الوفاء والذي ينفي عن المدين صفة المماطلة السبب المانع من مباشرة الوفاء على معنى الفصل 282 من م. ا. ع. وتندرج مماطلة الدائن في هذا الإطار فيما يبقى تقدير غير ذلك من الأسباب من الأمور الاجتهادية الخاضعة لمحاكم الأصل وذلك بالنظر إلى طبيعة الالتزامات ومدى تقدم بعضها على الآخر ومدى اقتضاء التعجيل ببعضها سواء بموجب العقد أو بحسب ما تقتضيه العادة والعرف.

وحيث ولئن اشترط الفصل 284 من م. ا. ع. لوصف الواعد بالمماطل وفاء الموعود له بما عليه على الوجه المقرر بالعقد وطبق ما تقتضيه طبيعة الالتزام أو عرضه عليه ذلك وامتناعه عن القبول سواء كان بوجه صريح أو سكوتا منه أو مغيبا وقت لزوم مباشرته للوفاء الأمر الذي جاء ليدعمه الفصلان 289 و294 من م. ا. ع. بالتنصيص على أن مماطلة الدائن لا تكفي لبراءة ذمة المدين وأن عليه عرض باقي الثمن في الأجل الاتفاقي وتأمينه مع الإعلام بالتأمين، فإن النزاع في قضية الحال لا يتعلق بإثبات مماطلة الدائن بعد حلول الأجل الاتفاقي لتبرير التأخر في الوفاء بالثمن من طرف المدين وإنما بمدى وجود سبب صحيح ينفي عن الموعود له صفة المماطل على معنى الفصل 268 من م. ا. ع. ويبرر عدم احترامه لإجراءات العرض والتأمين المحمولة على المدين في صورة مماطلة الدائن.

وحيث أعفى الفصل 291 من م. ا. ع. المدين من عرض ما عليه إذا كان الدائن قد صرح بأنه لا يقبل إجراء العمل بالالتزام معتبرا أن مجرد دعوة هذا الأخير لإتمام الملتزم به تقوم مقام العرض الحقيقي، وثبت قيام المعقب ضده بدعوة المعقب لتسلم باقي الثمن وإتمام البيع النهائي الأمر الذي مثل معه عدم استعداد الواعد لإمضاء البيع النهائي وتعبيره عن ذلك صراحة لمعاقده قبل حلول الأجل ثم عدم امتثاله لدعوته سببا صحيحا مبررا لعدم مراعاة الأجل الاتفاقي ولعدم القيام بإجراءات العرض والتأمين في دفع باقي الثمن.

وحيث خلافا لما تمسك به الطاعن من وجوب لتطبيق أحكام الفصل 294 من م. ا. ع. على صورة الحال، فإن ما صدر من عدول صريح وغير مبرر قانونا من الواعد بالبيع عن إتمام البيع بموجب المحضر عدد 3347 المؤرخ في 3 جوان 2006 وتوجيهه مكاتبة للبنك مانحة القرض لمعاقده يعلمها بتراجعه عن الوعد بالبيع ويطالبها بعدم منح القرض للموعود له بعد أن ثبت أنّ هذا الأخير قد وفر المبلغ المالي كاملا كلها عناصر تستوجب تطبيق الفصل 291 من م. ا. ع. واستبعاد انطباق الفصل 294 من نفس المجلة.

وحيث لا يلزم الفصل 291 المذكور المدين أن يعرض ما عليه في صورتين أولها «إذا كان الدائن قد صرح له بأنه لا يقبل إجراء العمل بالالتزام... ففي الصورتين يقوم مجرد استدعاء المدين للدائن مقام العرض الحقيقي».

وحيث طالما ثبت توفر شروط انطباق الفصل 291 فلا حق للطاعن في التمسك بأحكام الفصل 294 من نفس المجلة.

وحيث علاوة على ذلك وفضلا عما يتطلبه تطبيق أحكام الفصلين 246 و294 من م. ا. ع. من توفر صفة المماطل في المدين بعد ترتيب التزامات الطرفين زمنيا حسب طبيعة العقد وموضوعه والوقوف على مدى قيام أحدها سببا باعثا موجها لالتزام الآخر بغاية تحديد مَن مِنهما قد أخل بالتزاماته ليجيز للطرف الآخر الدفع بعدم التنفيذ كأن يكون الطالب تخلف عن دفع الثمن في عقد بيع ويطالب معاقده بتسليم المبيع، فإن نكول الواعد بتعبيره المسبق وقبل حلول الأجل عن امتناعه عن الوفاء بالتزامه يمثل من جهته تنصلا صريحا من التزامه ويجعله في مركز المدين تجاه الموعود له ما لم يعرب من جديد عن استعداده لتنفيذ التزامه بالبيع مقابل دفع الثمن وهو ما يخول للموعود له إجباره على الوفاء مع اعتبار تراجعه سببا صحيحا يبرر عدم تقيد الموعود له بطرق ومراحل الوفاء بالثمن ولا بأجل تنفيذ التزامه.

وحيث بناء على ما سلف بسطه لم ينطو القرار المنتقد على أي خرق لأحكام الفصلين 246 و294 من م. ا. ع. وإنما كان سليم المبنى باحتكامه إلى مقتضيات الفصلين 273 و291 من نفس المجلة واعتباره أن دعوة الموعود له للواعد الناكل لتنفيذ التزامه بإمضاء البيع النهائي وقبض باقي الثمن يعفيه من التأمين المسبق لانتفاء صفة المماطل فيه من جهة ولارتباط التزامه بدفع باقي الثمن بالتزام الواعد بإمضاء العقد النهائي من جهة أخرى واتجه رفض مطعن المعقب في هذا الشأن.

وحيث لم يرد بمستندات الطعن ما من شأنه أن يوهن القرار المنتقد بما اتجه معه رفض مطلب التعقيب أصلا».

عيـــنـي

صحة البيع الذي صدر فيه حكم لفائدة المتسوغ بحق الأولوية في الشراء

قرار الدوائر المجتمعة عدد 38085 بتاريخ 14 فيفري 2019

«حيث تأسس طلب النقض والإحالة من محكمة التعقيب على خضوع النزاع لأحكام الفصل 305 م. ح. ع. دون التأكد من مدى خضوع العقار موضوع الكتب للمفعول المنشئ للترسيم من عدمه اعتمادا على معيار نشأة الحق كشرط في العقارات المسجلة وما لتلك التفرقة من نتائج قانونية في دعاوى الإبطال، خصوصا أن نسخة الرسم المضافة ليس بها ما يحمل على التسليم بتلك النتيجة التي اقتضاها القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20/ 04/ 1998.

وحيث عللت محكمة الحكم المطعون فيه (محكمة الإحالة) في رد دعوى الإبطال بالقول أنه وبقطع النظر عن مدى شمول الرسم العقاري عدد 13254 بن عروس بالمفعول المنشئ من عدمه فإنّ النظام القانوني للعقارات المسجلة المعتمد عند التعامل معها يقتضي وجوبا أن تخضع العقارات المسجلة للقواعد الواردة بالكتاب الأول من مجلة الحقوق العينية طبقا لما نص عليه فصلها 303 وأنّه تفعيلا للفصول 305 و358 و361 و365 و368 و370 من نفس المجلة واستنادا إلى عدم تقييد الطاعن لدعوى ممارسة حق الأولوية في الشراء التي أوجبها الفصل 368 على عكس ما تمسك به الطاعن الآن وثبوت حسن نية المشتري المعقب ضده الأول وصفة الغيرية التي يتمتع بها في مواجهة القرار الاستئنافي غير البات والقاضي بإحلال المعقب محله في الشراء، كل تلك القرائن تجعل طلب الإبطال في غير طريقه فتكون محكمة الحكم المطعون فيه قد أحسنت تطبيق القانون بما يتجه معه رد المطاعن لعدم وجاهتها.

وحيث أنّ البحث في صبغة العقار إن كان خاضعا للمفعول المنشئ للترسيم من عدمه لا يكتسي أية جدوى في النزاع الحالي فالأمر لا يتعلق بمدى نشأة الحق من عدمه أو بمفعوله الاحتجاجي وإنما في سلامة الشراء من عدمه بناء على

الشروط الورادة بالفصل 305 من م. ح. ع. ومدى توفر حسن نية المشتري أي الغير الذي لا تتم معالجته بالمفعول المنشئ وإنما بحسن نية الغير من عدمه.

وحيث أنّ الإشكال القانوني يتعلق بمدى صحة عقد البيع المبرم من المالك الذي صدر فيه حكم لفائدة المتسوغ بحق الأولوية في الشراء؟

فهل أنّ البيع اللاحق للقرار المنشئ لحق الأولوية في الشراء يعتبر بيعا لملك الغير واعتباره باطلا من عدمه؟

وحيث يتجه بدءا تحديد طبيعة الرسم العقاري ومدى خضوعه للمفعول المنشئ للترسيم من عدمه وما يترتب على ذلك من آثار قانونية لا سيما التأثير على صحة انتقال الملكية.

وحيث بالاطلاع على الرسم العقاري موضوع قضية الحال يتضح أنه غير خاضع للمفعول المنشئ للترسيم على معنى القانون عـ91ـدد لسنـ2000ـة المؤرخ في 31/ 10/ 2000 المتعلق بتطبيق المفعول المنشئ للترسيم الذي حدد الفصل الأول منه مجال انطباقه على الرسوم العقارية المحدثة تنفيذا للأحكام الصادرة بالتسجيل ابتداء من دخول القانون عـ30ـدد لسنـ1998ـة المؤرخ في 20 أفريل 1998 حيز التنفيذ وكذلك على الرسوم التي تم تحيينها، وذلك طبقا لما جاء ببيانات الرسم العقاري من عدم تنصيص إدارة الملكية العقارية على خضوع الرسم للمفعول المنشئ للترسيم، بما يجعل انتقال الملكية يتمّ بمجرد التعاقد. وفي صورة الحال فإنّه بصدور القرار الاستئنافي القاضي باعتبار المعقب متمتعا بحق الأولوية في الشراء وإحلاله محل المعقب ضده الأول (البائع في قضية الحال) في عقد البيع المؤرخ في 18 سبتمبر2002، مما يجعل دعوى الحال الرامية إلى إبطال بيع ملك الغير في طريقها – مبدئيا – طالما أنّ القرار الاستئنافي أسبق تاريخا (18/ 2/ 2005) من عقد البيع (8/ 3/ 2005) المراد إبطاله.

وحيث ترمي دعوى الحال في منطلقها (حسب عريضتها) إلى ابطال عقد البيع لعدم شرعية سببه ولانعدام موضوعه ولتعلقه بملك الغير وما يترتب عن ذلك من آثار تؤول إلى التشطيب على العقد – بعد إبطاله – من الرسم العقاري وهو ما يطرح السؤال عن مدى صحة عقد البيع الصادر عن المعقب ضده الأول من

جهة، والاحتجاج به من مشتري العقار موضوع التداعي (المعقب ضده الثاني) من جهة أخرى.

1/ في بطلان البيع

حيث يمكن تعريف بيع ملك الغير باعتباره « كل نقل أو إنشاء إرادي وبمقابل لحق عيني على شيء غير مملوك للطرفين وقت التفويت ». وعليه، كلما دخل تفويت ما تحت هذا التعريف عدّ واقعا على ملك الغير وشمله حكم الفصل 576 من م.ا.ع.

وحيث يعدّ عقد بيع ملك الغير على معنى الفصل 576 من م. ا. ع. عقدا صحيحا لا يرتّب آثاره ويتوقف على إجازة المالك. فالأثر الأصلي والنوعي للإجازة هو نفاذ التفويت أي جعله ينتج أثره العيني. فهذا البيع هو تصرّف منتج لآثاره الشخصية ولا ينقصه إلا الأثر العيني الذي يلحق بالإجازة، وهو أثر نوعي مميّز لكل تفويت حسب طبيعته، ويتعلّق في بيع ملك الغير بتحديد الطرف المفوّت وضبط زمن نفاذ التفويت.

وحيث يتضح من ذلك أن الإطار الصحيح في بيع ملك الغير لا يتعلق بصحة تكوينه بل يرتبط بنفاذه طبق ما ورد بالفصلين 576 م.ا.ع / 203 م.ح.ع وبالتالي فإن جزاء التفويت ليس في نظرية البطلان لأنّ حالاتها لا تستوعبه وإنما في نفاذ العقود.

وحيث انتهى فقه القضاء إلى صحة عقد بيع ملك الغير واعتبر أنه لا وجه للتمسك ببطلانه فقد بيّنت الدوائر المجتمعة (قرار دوائر مجتمعة عدد 30702 مؤرخ في 25 أفريل2013) – وغيره من قرارات الدوائر –» أنّ الإشكال القانوني المطروح يتمثل في تحديد طبيعة الجزاء المسلط على بيع ملك الغير وأساسه القانوني وآثاره. وقد تعرض المشرع صلب مجلة الالتزامات والعقود لهاته المسألة صلب الفصل 576 منها الذي نص على أنّه «يجوز بيع ملك الغير إذا أجازه المالك أو صار المبيع ملكا للبائع. فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري رتب الشراء وأنّ البائع فضولي وليس لهذا البائع أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنّه فضولي».

وحيث يؤخذ من عبارات هذا النص أنّ مجال تطبيقه ينحصر في صورة تسلط البيع على شيء مملوك لغير البائع ومتى حصل ذلك فإنّ العقد لا يحمل في طياته بذور البطلان المطلق إذ أنّه انعقد صحيحا لتوفر عناصر الانعقاد والصحة فيه كما أنّ أثره في حق المتعاقدين قائم لكن ينقصه عنصر النفاذ وهو الملك باعتباره الشرط الأساسي في جانب البائع مما يجعل نفاذه بالنسبة إلى المالك الحقيقي موقوفا على إجازته فإنّ إجازة المالك نفذ وإذا تخلفت الإجازة انعدم...» وهو ما تدعم أيضا بعدة قرارات تعقيبية (غير منشورة). ومنها قراران تعقيبيان مدني عدد 76095 مؤرخ في 12 ديسمبر2013. وعدد 7775 مؤرخ في 6 مارس 2014.

وحيث بتطبيق الحلول القانونية السابقة على معطيات قضية الحال يطرح السؤال عن مدى أحقية المعقب في التمسك ببطلان عقد البيع بعد أن صدر لفائدته حكم استئنافي عن محكمة الاستئناف بنابل في القضية عدد 6200 بتاريخ 18/ 02/ 2005 يقضى باعتباره متمتعا بحق الأولوية في الشراء وإحلاله محل المعقب ضده الثاني الآن ش. ح. في عقد البيع المؤرخ في 18 سبتمبر 2002 الذي تمّ إعلام المعقب به في 01/ 04/ 2005.

وحيث تعلق النزاع في قضية الحال بالعقار المسمى مرمش بوحميل موضوع الرسم عدد 13254 الكائن بالمروج 2. وقد تبين أنّ المعقب ضده عمد أثناء التقاضي إلى إنجاز وعد بيع لفائدة المعقب ضده الأول ع.م. فيما يتعلق بكامل العقار وذلك بموجب كتب خطي مسجل في 03/ 09/ 2004 ثم عمد إلى التفويت النهائي فيه بتاريخ 8 مارس 2005. وقد وقع إعلام المعقب بانتقال الملكية، لذلك طلب الحكم بإبطال العقد المبرم بين المعقب ضدهما الأول والثاني. وقد تمسّك الطاعن بعدم مشروعية سبب العقد وغياب محله في غير طريقه لأنّ:

- سبب عقد البيع مشروع نظرا لصدور أحكام باتة قاضية بعدم سماع الدعوى العامة بخصوص تهمة التحيل المنسوبة إلى المعقب ضدهم، ممّا يثبت عدم وجود أيّ تواطؤ بينهما أو أيّ خديعة.

- وأنّ موضوع البيع بين المعقب ضدهما لا يعتبر بأي حال ملكا للغير، إذ أن الأحكام في مادة الأولوية في الشراء هي أحكام منشئة للحق وليست كاشفة

له، سيما إذا علمنا أنها تُغيّر في المركز القانوني للمستفيد من الحكم الصادر فيها من مكترى إلى مالك. هذا علاوة على عدم منع المالك من التصرف في العقار خلال إجراءات القيام بالدعوى في ممارسة حق الأولوية في الشراء ضمن أحكام قانون 1978 شأنه في ذلك شأن ما ورد بالفصل 114 من مجلة الحقوق العينية كذلك بخصوص ممارسة حق الشفعة أو كما هو الحال بالنسبة إلى الانتزاع من أجل المصلحة العامة. وعليه فإنّ محل وموضوع العقد يبقى موجودا وقائما رغم صدور التنبيه للمالك الأصلي ورغم توخي سبل التقاضي بينهما إثر ذلك.

وحيث أنّ التمسك ببطلان عقد البيع المؤرخ في 8مارس2005 في غير طريقه طبقا لما سلف شرحه وتعيّن الالتفات عن المطعن المتعلق به.

2/في الاحتجاج بالبيع

حيث تُطرح مسألة الاحتجاج في علاقة المعقب بالمعقب ضده الأول مشتري العقار باعتبار أن نشأة حقه في الملكية بموجب الأولوية في الشراء كان في 18/ 2/ 2005 تاريخ صدور القرار الاستئنافي عدد6200 أي بتاريخ سابق عن تاريخ شراء هذا الأخير في 5/ 3/ 2005. وبالتالي يتنازع مشتريان حول نفس العقار المسجل غير الخاضع للمفعول المنشئ للترسيم، فلمن الأسبقية؟

وحيث اقتضى الفصل 303 من م. ح. ع. ما يلي «تخضع العقارات المسجلة للقواعد الواردة بالكتاب الأول وكذلك للأحكام التالية».

وحيث ينص الفصل 305 من م. ح. ع. أنّ «كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم. وإبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير حسن النية الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل».

وحيث يضع الفصل 305 من م. ح. ع. المشار إليه القاعدة في حماية المشتري – الغير – فلا يمكن معارضة الغير حسن النية الذي اكتسب حقا عينيا على العقار بناء على الترسيمات الواردة بالسجل ببطلان عقد، ويتسم مفهوم حسن النية بالازدواجية وينبني على مفهوم ذاتي وآخر موضوعي. ويتأسس المفهوم الذاتي على عنصري الجهل بالعيب في صفة المعاقد أو في ذات المبيع ، فكلما تعامل الغير مع متعاقد سنده عقد باطل وكان عالما بذلك، ينتفي لديه حسن النية ولن

يكون بمنأى عن الأثر الرجعي للبطلان. ويتأسس المفهوم الموضوعي على معايير تقنية ومؤشرات موضوعية تفترض حسن النية. ففي العقارات المسجلة يؤول إدراج قيد احتياطي لدعوى البطلان إلى افتراض علم الغير بالوضعية الحقيقية للعقار وينفي عنه حسن النية. فلا يكفي الجهل والغلط، بل لا بد من تحقق عنصر تقني يتمثل في الاطلاع على الترسيمات الواردة بالسجل العقاري. وقد اقتضى الفصل 305 فقرة 3 م.ح.ع. أنّ « إبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية، واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل».

وحيث طالما أنّ شراء المعقب ضده الأول وترسيمه بالسجل العقاري بتاريخ كان فيه العقار خاليا من تقييد أو اعتراض ودون أن يكون مثقلا بأيّ حق عيني أو أيّ حقوق يمكن معارضة الغير حسن النية بها، فإنّ المعقب ضده يعدّ عن حسن نيّة لأنه اعتمد في الشراء على الترسيمات الواردة بالسجل التي كانت خالية من التنصيص على وجود نزاع في حق أولوية الشراء أو تقييد الحكم الصادر في ذلك لفائدة الطاعن سيما وقد كرس المشرع التونسي بالفصل 361 من م. ح. ع. قاعدة المفعول الحفظي التي مفادها أن رسم الملكية والترسيم يحفظان الحق موضوعهما، فإنّه يمكن أن تقيد قيدا احتياطيا برسم الملكية الدعاوى الرامية إلى استصدار حكم ببطلان الحقوق العينية المرسمة أو إبطالها أو فسخها أو الرجوع فيها أو إدخال تعديلات على الترسيمات الواقعة بموجب نقل بالوفاة أو إبطال التشطيب أو القيام بالشفعة أو إصلاح الترسيم أو التشطيب أو الدعوى الرامية إلى ممارسة حق الأولوية في الشراء مثلما هو الأمر في قضية الحال عملا بأحكام الفصل 365 من م.ح.ع.

وحيث إعمالا للقاعدة المذكورة، فإنه إذا لم يسبق تقييد الدعوى قيدا احتياطيا فإنّ الحكم الصادر فيها لا يكون له أيّ مفعول إزاء الغير وذلك ما نصت عليه صراحة أحكام الفصل 368 من م. ح. ع.، ذلك أنّ الترسيمات الحاصلة بعد إجراء القيد لا يمكن أن يعارض بها المستفيد من القيود الاحتياطية التي ترتب حسب تواريخها عملا بأحكام الفصل 370 من م.ح.ع. وبالتالي فإنّ القيد الاحتياطي ينزع حسن النية ويمكّن من الاحتجاج بالعقد.

وحيث اعتبارا لكون المعقب وكما سلف بيانه لم يتول قيد دعواه في ممارسة حق الأولوية في الشراء احتياطيا حفاظا على حقوقه العينية التي يمكن أن تنتج في صورة الحكم لصالح دعواه، وطالما أن شراء المعقب ضده الأول كان بالاعتماد على الترسيمات وبناء على توفر حسن نية المشتري فإنه لا يمكن مجابهته بالحكم الاستئنافي خاصة وأنه لم يكن طرفا في النزاع ولا علم له به علاوة على أنه اكتسب حقا مرسما على العقار موضوع النزاع وهو حق الملكية.

وحيث أحسنت محكمة القرار المطعون فيه الفصل في النزاع في رد دعوى الإبطال غير أنها وإن توصلت إلى النتيجة الصحيحة فإنها لم توفّق في تعليل قرارها ولذلك يتعيّن تأييد نتيجة ما توصلت إليه مع اعتماد أسانيد هذه المحكمة.

وحيث يتجه لما سبق رد الطعن وتخطئة الطاعن بالمال المؤمن».

مفهوم حسن النية في الرسوم العقارية

قرار الدوائر المجتمعة عدد 36632 بتاريخ 20 جوان 2019

«1ـ من حيث صحة التعهد:

حيث استوفى مطلب التعقيب موجباته الشكلية وصيغته القانونية طبق أحكام الفصل 175 من م. م. م. ت. وما بعده.

حيث اقتضى الفصل 191 م. م. م. ت.: «أنّ القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى حكمت هذه الأخيرة بما يخالف ذلك دون وقوع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإنّ محكمة التعقيب متألفة من دوائره المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة.

حيث انبنى قرار النقض والإحالة من محكمة التعقيب على أنّ الفصل 305 من م. ح. ع. وضع استثناء صريحا للقاعدة القانونية القائلة إنّه ما بني على باطل بهدف فرض مصداقية السجل العقاري وإنّ محكمة القرار المطعون فيه

قد أخطأت حين استبعدت القاعدة الحمائية الواردة بالفصل 305 من م. ح. ع. وأكّدت أنّه لا يمكن للطاعنة التذرع بحمايتها كما أخطأت المحكمة حين تولت البحث وراء سوء نية البائع وأهملت البحث والتحقق من حسن أو سوء نية المشترية عند إتمام البيع.

وحيث قضت محكمة الإحالة بما يخالف هذا المنحى معتبرة أنّه لا يجوز لعديم الحق أن يمنح حقا لغيره وأنّه لا يمكن لمن انجرّ له حقّ انبنى على عقد معدوم أن ينتفع بفساد ذلك العقـد واستبعدت انطباق أحكام الفصل 305 من م. ح. ع. معتبرة أنّ الحصانة التي أقرها المشرع للغير حسن النية تبقى نسبية في مواجهة أصحاب الحقوق المرسمة ومن ترتّب له حق منهم باعتبارهم ليسوا غيرا فيما بينهم حسب مقتضيات الفصل 241 من م. ح. ع.

وحيث أنّ قضاء محكمة الإحالة بما يخالف قرار محكمة التعقيب وجاء بمستندات النقض ثم وقوع الطعن مجددا لنفس السبب يجعل الخلاف مناط الدوائر المجتمعة لحسمها على معنـــى الفصل 191 م. م. م. ت.

2ـ المسألة القانونية:

حيث تتعلق الإشكالية القانونية المطروحة صلب ملف قضية الحال بمدى صحة البيع الواقع لفائدة الطاعنة الصادر من موصى له بموجب وصية تم ترسيمها بالسجل العقاري تم الرجوع فيها من الموصي دون التنصيص على ذلك برسم الملكية وتأثير صدور أحكام جزائية باتة تدين البائع من أجل بيع ما لا يملك على حقوق المشترية بوصفها غيرا على معنى الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية؟

وحيث ينص الفصل 305 من م. ح. ع. أن «كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم. وإبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير حسن النية الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل».

وحيث لا يمكن معارضة الغير حسن النية بإبطال الترسيم إذ ينعدم كل أثر للإبطال، على فرض التصريح به، تجاه الغير حسن النية، بحيث تصبح القوة الثبوتية للترسيم مطلقة نحوه حماية لحسن نيته. فلا يمكن معارضة الغير حسن النية الذي اكتسب حقا عينيا على العقار بناء على الترسيمات الواردة بالسجل

ببطلان عقده. وحسن النية يعني الجهل بالعيوب أو الأسباب المؤدية إلى إبطال الترسيم الذي اعتمد عليه في اكتساب حقه على العقار. ويقدر حسن النية زمن اكتساب الغير لحقه العيني، وهو معطى موضوعي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي شرط التعليل.

وحيث اتّخذ مفهوم حسن النية عدّة معان تلتقي فيها القاعدة الأخلاقية مع المبادئ العامة للقانون لتتفاعل مع القاعدة القانونية وتتم صياغتها بمصطلحات مختلفة «كسلامة النية « و«بغير تدليس» وغيرها. ويتسم مفهوم حسن النية بالازدواجية وينبني على مفهوم ذاتي وآخر موضوعي. ويتأسس المفهوم الذاتي على عنصري الجهل والغلط بالعيب اللاحق بالعقد، فكلما تعامل الغير مع متعاقد سنده عقد باطل وكان عالما بذلك، ينتفي لديه حسن النية ولن يكون بمنأى عن الأثر الرجعي للبطلان. ويتأسس المفهوم الموضوعي على معايير تقنية ومؤشرات موضوعية تفترض حسن النية.

وحيث انتهت محكمة القرار المطعون فيه في الأخير إلى القول بأنه لا يمكن لمن انجر له حق انبنى على حق معدوم أن ينتفع بفساد ذلك وبانطباق الفصل 305 من م. ح. ع. على قضية الحال على اعتبار أنه ولئن أقر المشرع مبدأ حماية الغير حسن النية وعدم إمكانية معارضته بإبطال الترسيم فإنّ إرادته لم تنصرف البتة إلى تكريس تلك الحماية في مواجهة من انجر منهم الحق بموجب عقد معدوم وهو استنتاج يعكس فهما وتأويلا خاطئا لمقتضيات الفصل 305 من م. ح. ع. الذي لم يربط الحماية التي سنها المشرع لفائدة الغير حسن النية بصحة تصرف المنجر منه الحق من عدمه بل فرق بين من اكتسب حقوقه بالرسم العقاري عن حسن نية ووجبت له الحماية ومن اكتسب حقوقه عن سوء نية فبقيت حقوقه عرضة للتشطيب.

وحيث يستخلص مما سبق بيانه أنّ الطاعنة كانت عن حسن نية وشراؤها صحيحا باعتبار أن تقدير حسن النية في الرسوم العقارية من المسائل الموضوعية التي تُقدر زمن الاطلاع على الرسم في تاريخ الشراء وذلك لعدة اعتبارات لعل أهمها عدم ترسيم الرجوع في الوصية بالسجل العقاري حتى يتم نزع حسن النية عن المشترية.

وحيث أن المشترية بوصفها غيرا على معنى الفصل 305 من م.ح.ع. لا شيء بملف القضية يثبت سوء نيتها وعلمها بالرجوع في الوصية أو بالأحكام الجزائية التي تدين البائع من أجل بيع ملك الغير.

وحيث سبق أن طُرح نفس الإشكال القانوني أمام الدوائر المجتمعة في القضية عدد 38085 الصادر القرار فيها بتاريخ 14 فيفري 2019 وتعلق الأمر بتحديد مفهوم حسن النية في الرسوم العقارية وعناصر تقديره ومدى تأثير ذلك على صحة البيع المتعلق بملك الغير، واعتبرت أنه طالما أن شراء المعقب ضده الأول وترسيمه بالسجل العقاري بتاريخ كان فيه العقار خاليا من تقييد أو اعتراض ودون أن يكون مثقلا بأيّ حق عيني أو أيّ حقوق يمكن معارضة الغير حسن النية بها، فإن المعقب ضده يعد عن حسن نيّة لأنه اعتمد في الشراء على الترسيمات الواردة بالسجل التي كانت خالية من التنصيص على وجود نزاع في حق أولوية الشراء أو تقييد الحكم الصادر في ذلك لفائدة الطاعن.

حيث أنّ قرار الدوائر المجتمعة سالف الذكر كان تكريسا لفقه قضاء مستقر على حماية الغير حسن النية الذي يتعامل على العقارات المسجلة بالاعتماد على البيانات الواردة بالسجل العقاري.

وحيث يكون قضاء محكمة الإحالة بناء على ما سلف بسطه قد جانب الصواب وأساء تطبيق القانون ولم يراع أحكام الفصل 305 من م. ح. ع. مما يتجه معه نقضه.

وحيث أنّ القضية مهيأة للفصل واتجه التصدي للأصل بنقض الحكمين الابتدائي والاستئنافي والقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى وإعفاء الطاعن من الخطية».

تـجـاري

مفهوم الأعمال التجارية التبعية– طبيعة اختصاص الدّائرة التّجاريّة

قرار الدوائر المجتمعة عدد 36767/2016 بتاريخ 14 مارس 2019

«أولا: في صحة تعهد الدوائر المجتمعة

حيث نصّ الفصل 192 من م م م ت «إذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيأ للفصل».

وحيث يتبين من الفصل المتقدّم أنّ نظر الدوائر المجتمعة مشروط بتحقق شرطين متلازمين، أولهما وقوع الطعن في الحكم لنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا، وثانيهما مخالفة محكمة الإحالة لقرار النقض في خصوص المسألة القانونية التي استند إليها النقض.

الشرط الأول: وقوع التعقيب الثاني لنفس السبب

حيث طعنت المعقبة الآن في القرار الاستئنافي عدد 34985 الصادر بتاريخ 27/ 10/ 2011 بثلاثة مطاعن وهي:

1–خرق الفصل 251 من م م م ت.

2–خرق الفصل 40 من م م م ت والفصول من 1 إلى 4 و597 من المجلة التجارية و7 من مجلة الشركات التجارية.

3–تحريف الوقائع وضعف التعليل.

وقد تم نقض القرار الاستئنافي المذكور استنادا للمطعنين الأول والثاني.

وحيث باستثناء المطعن الأول الذي تفادته محكمة الإحالة بعرض الملف على النيابة، فقد تسلط الطعن الحالي على نفس المطعن الثاني المتعلق بالاختصاص

(مع تحوير طفيف في المطعن الثالث الذي لم تنظر فيه محكمة التعقيب). وتبعا لذلك فإن الطعن في الحكم قد تم لنفس السبب الذي تم النقض من أجله، فتحقق معه الشرط الأول لتعهد الدوائر المجتمعة على معنى الفصل 192 من م م م ت.

الشرط الثاني: المسألة القانونية التي تسلط عليها النقض

حيث تبين بالاطلاع على القرار التعقيبي عدد 73924/ 73917 الصادر بتاريخ 21/ 01/ 2013 أن نقض القرار الاستئنافي عدد 34985 الصادر بتاريخ 27/ 10/ 2011 تعلق بخرق أحكام الفصول 40 من م م م ت و3 و4 و229 ضرورة أن عقد كراء الأصل التجاري موضوع قضية الحال هو عقد تجاري بحت لكونه مبرما للتحصيل منه على ربح وتنظمه أحكام المجلة التجارية مما يجعل منه عملا تجاريا.

وحيث بتعهد محكمة الإحالة بالقضية من جديد اعتبرت أن النزاع يتعلق بأقساط معينات كراء غير خالصة وبالغرامة التعاقدية بسبب إنهاء عقد الكراء وبمعاليم استهلاك الماء والكهرباء والغاز، وهي جميعها التزامات مدنية محمولة على المستأنفة بوصفها متسوغة وليس بوصفها تاجرة، ولا تدخل بالتالي ضمن المعاملات التجارية حتى وإن نصت عليها بنود عقد الكراء، خاصة وأنّ تلك الالتزامات وما يترتب عنها من مسؤولية عن الإخلال بها يجد أساسه في قواعد القانون العام ممّا تكون معه محكمة البداية قد أحسنت تطبيق الفصل 40 م م م ت.

وحيث يتضح مما سبق أن محكمة الإحالة قد خالفت محكمة التعقيب في المسألة القانونية التي أوردتها بقرارها عدد 73924/ 73917 الصادر بتاريخ 21 جانفي 2013 والتي قضت بالنقض على أساسها، ونفت عن الالتزامات المترتبة عن عقد كراء الأصل التجاري صفة العمل التجاري واعتبرتها لا تدخل ضمن المعاملات التجارية، وأكدت بأن النزاع مدني وليس تجاريّا، وأيدت حكم محكمة البداية التي قطعت باختصاصها بالنظر دون الدائرة التجارية.

وحيث وفي ظلّ وقوع التعقيب لنفس السبب الذي تم النقض من أجله أولا، واستنادا لثبوت مخالفة محكمة الإحالة للمسألة القانونية التي استند إليها النقض فقد توفرت الشروط القانونية الموجبة لتعهد الدوائر المجتمعة على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 191 م م م ت.

ثانيا: في القـــــانـــــــون

أولا: في خصوص الدفع المتعلق بطبيعة النزاع واختصاص النظر فيه

حيث تأسس طلب نقض القرار المطعون فيه على خضوع النزاع بين الطرفين إلى القانون التجاري ومن ثمة إلى اختصاص الدائرة التجارية لتعلقه بطلب اقتضاء مالكة الأصل التجاري لمعينات الكراء وللغرامة المشروطة بعقد الوكالة الحرة فضلا على معاليم استهلاك الماء والكهرباء المترتبين عن ممارسة النشاط بالمحل.

وحيث تطرح قضية الحال بالتالي سؤالا **أول** يتمثل في معرفة هل أنّ الالتزام بدفع الغرامة التعاقدية ومعينات التسويغ ومعاليم استهلاك الماء والكهرباء تنفيذا لعقد كراء أصل تجاري يُعدّ عملا تجاريا؟ أم عملا مدنيا صرفا لا يدخل ضمن النشاط التجاري؟

ويترتب عن الإجابة عن هذا السؤال، إشكال **ثان** يتعلق بتحديد الجهة المختصة بالنظر في النزاع.

I-تحديد طبيعة الالتزام بدفع الغرامة الاتفاقية ومعينات التسويغ ومعاليم استهلاك الماء والكهرباء تنفيذا لعقد كراء أصل تجاري.

حيث عُني المشرع بتخصيص كامل فصول الكتاب الثاني من المجلة التجارية للأصل التجاري والمعاملات التي تحصل عليها، ومن بينها الفصل 229 المنظم لعملية تسليمه للغير على وجه الكراء الذي جاء ناصا على ما يلي: «بالرغم عن كل شرط مخالف فإن كل عقد أو اتفاق يقتضي تسليم المالك أصلا تجاريا في الكل أو البعض على **وجه الكراء** يكون خاضعا للأحكام الآتية...». وهي أحكام تنطبق بصريح الفصل الأول من نفس المجلة على «التجار والأعمال التجارية».

وحيث يُؤخذ مما تقدم أنّ المشرع حسم في طبيعة عقد كراء الأصل التجاري أو ما يُطلق عليه عقد الوكالة الحرة وأخضعه لنظام القانون التجاري، فلا يجوز تبعا لذلك للأطراف مخالفة هذا الوصف أو تطبيق نظام قانوني آخر عليه، الأمر الذي يجعل من العمل موضوع النزاع المتمثل في المطالبة بتنفيذ التزامات مضمنة بعقد كراء أصل تجاري هو عمل تجاري صرف بنص القانون.

وحيث وعلى فرض التسليم جدلا بما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد من أنّ الالتزام بدفع أقساط معينات كراء غير خالصة وبغرامة تعاقدية وبمعاليم استهلاك الماء والكهرباء، هي التزامات مدنية محمولة على المستأنفة بوصفها متسوغة لا تاجرة، فإن النتيجة التي كان من المفروض أن تستخلصها من هذا التعريف هو أنّ جميع هذه الأعمال هي أعمال تجارية بالتبعية وتخضع إلى مقتضيات الفصل 4 من م ت الذي ينص: «تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الأفعال والأعمال القانونية التابعة لممارسة التجارة».

وحيث إن الأعمال التجارية بالتبعية هي في الأصل أعمال مدنية، ولكنها تكتسب الصفة التجارية إذا صدرت عن التاجر وكانت تتعلق بالنشاط التجاري للتاجر، أو مترتبة عن التزامات بين التجار، فهذه الأعمال تنقلب من أعمال مدنية إلى أعمال تجارية **إذا باشرها التاجر وكانت لازمة لتجارته أو مكملة لها أو مسهلة لها**. فإذا قام بها غير التاجر فإنها تظل أعمالا مدنية وتخضع لأحكام القانون المدني، أما إذا قام بها التاجر لحاجة تجارته، فإنها تفقد صفتها المدنية وتكتسب الصفة التجارية تبعا لحرفه القائم بها وتخضع بالتالي لأحكام القانون التجاري. فتعتبر العقود التي يبرمها التاجر أعمالا تجارية إذا اتصلت بمباشرة المهنة التجارية وتعلقت بشؤون التجارة ولو كانت هذه العقود تعتبر أعمالا مدنية إذا أبرمها غير التاجر لشؤونه الخاصة، ذلك أنّ التجاريّة في هذه الحالة لا تتعلق بطبيعة العمل ولكن بصفة القائم به وبالغرض المقصود منه.

وحيث طالما كانت **المعقبة تاجرة**، وهي صفة اتصل القضاء بها، والالتزام بدفع معاليم الكراء وفواتير الماء والكهرباء هو ليس سوى بند من بنود عقد كراء الأصل التجاري **مرتبط شديد الارتباط بحاجات الاستغلال وممارسة النشاط التجاري** بالمحل، فقد استوفى العمل شروط تجاريته بالتبعية، وعدّ بهذا العنوان عملا تجاريا.

وحيث يتضح ممّا تقدّم، وخلافا لما ذهبت إليه محكمة الإحالة، أنّ الالتزامات بدفع أقساط معينات كراء الأصل التجاري ومعاليم الماء والكهرباء فضلا على الغرامة التعاقدية بسبب إنهاء العقد من جانب واحد، جميعها التزامات تجارية، سواء نُظر إليها من زاوية تعلّقها بتنفيذ عقد كراء أصل تجاري، أو تبعيتها للنشاط التجاري للمعقبة تطبيقا لأحكام الفصول 2 و4 و229 من المجلة التجارية.

II-تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع.

حيث ضبط المشرع مفهوم الدعاوى التجارية الراجعة بالنظر للدائرة التجارية بالفصل 40 من م م م ت صراحة بقوله: «وتعتبر دعاوى تجارية، على معنى أحكام هذا الفصل الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار، فيما يخص نشاطهما التجاري». وحيث يتبين من هذا التعريف أن تعهد الدائرة التجارية يتوقف على توفر شرطين في ذات الوقت أولهما أن يكون الطرفان المتنازعان تاجرين، وثانيهما أن يتعلق النزاع بنشاطهما التجاري.

وحيث في خصوص الشرط الأول فقد اتصل به القضاء تبعا لثبوت صفة التاجر في طرفي قضية الحال تطبيقا لأحكام الفصل 7 من مجلة الشركات التجارية الذي اعتبر الشركات خفية الاسم تجارية من حيث الشكل، بقطع النظر عن موضوعها. كما استوفى موضوع الدعوى للشرط الثاني القاضي بأن يكون النزاع متعلقا بالنشاط التجاري.

وحيث إنّ هذين الشرطين لا يخضع ضبط نظامهما القانوني فقط لرقابة محكمة التعقيب، بل وكذلك الفصل في تحديد النتائج المترتبة عليهما من جهة الاختصاص. ذلك أن الإقرار بتجاريّة النشاط، فضلا على ثبوت صفة التاجر في الطرفين المتنازعين، يُسند الاختصاص إلى الدائرة التجارية تطبيقا لأحكام الفصل 40 من م م م ت.

وحيث لا تُكوّن الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية محكمة مستقلة، فهي ليست سوى تشكيلة قضائية لدى هذه المحكمة تختص بالنظر في صنف من النزاعات ويخضع إحداثها إلى تقدير السلطة التنفيذية التي ترى أيّا من المحاكم الابتدائية أنسب لبعث دوائر تجارية بها.

وحيث فضلا على صيغة الإحداث بجعلها من اختصاص السلطة التنفيذية وغير معممة كنظام قانوني موحّد على كل المحاكم، حال أنّ إحداث المحاكم يكون وفقا لأحكام الدستور بقانون وليس من شأن القانون أن لا يُساوي بين المتقاضين، فإن الفصل 40 من م ت لم يستعمل مصطلح «محكمة تجارية « أو «محاكم تجارية « بل استعمل مصطلح « دوائر تجارية».

وحيث إنّ تنقيح الفصل 40 من م م م ت بموجب قانون 02/ 05/ 1995 لم ينشئ محاكم تجارية متخصصة مستقلة ومنسلخة عن المحكمة الابتدائية، بل اكتفى بوضع إمكانية إحداث تركيبة خاصة لدائرة متخصصة لدى المحكمة الابتدائية أسند لها اختصاصا مبدئيا بنظر الدعاوى التجارية، والدليل على ذلك أنها لا تتمتع باختصاص إقصائي ومطلق (Compétence exclusive) في شأن كل الدعاوى التجارية حتى تلك التي تدخل في نصاب نظر قاضي الناحية، بل أبقى اختصاصها في حدود سقف اختصاص المحكمة الابتدائية التي تضمّها ولا تخرج عنه. والقول بخلاف ذلك، أي اعتبار الدائرة التجارية محكمة مستقلة، يترتب عليه منطقا الإقرار باختصاصها بالنظر في جميع الدعاوى التجارية مهما كانت قيمتها، حتى تلك التي لا تتجاوز السبعة آلاف دينار، وهو قول غير مقبول ولا يتفق ومقاصد المشرع ويؤول إلى انتصاب الدائرة بتركيبتها الخماسية كمحكمة استئناف للأحكام الصادرة عن ذات الدائرة بتركيبتها الثلاثية. فالاستئناف على هذا الشكل هو أقرب ما يكون إلى الاستئناف الدائري (Appel circulaire) الذي تتعاطاه محكمة من ذات الدرجة والصنف، ولو شاء المشرع ذلك لقاله صراحة لأنّ فيه تجديدا يخرج عن المألوف ولذلك فإن سكوته يُؤوّل على أنه رجوع إلى القواعد العامة.

وحيث إن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أبدت الرأي منذ القرار عدد 99/ 71296 الصادر في 27 مارس 2003، وسايرتها في ذلك دوائرها فيما يتعلّق بالطعن بالاستئناف في أحكام الدوائر التجارية الابتدائية. فقد نقضت القرار الاستئنافي الذي قضى برفض الاستئناف شكلا لعدم نشره أمام الدائرة التجارية الاستئنافية. وعللت موقفها بما يلي: «حيث أنه ولئن أحدث القانون عدد 43 المؤرخ في 2/ 5/ 1995 المنقح للفصل 40 من م م م ت دوائر تجارية تختصّ بالنظر في الدعاوى التجارية فإن **اختصاصها لم يكن مطلقا ولا عامّا** وإنما هو مقتصر على محاكم الدرجة الأولى ومنحصر في المحاكم الابتدائية التي صدر أمر بإحداث دوائر تجارية بها دون محاكم الدرجة الثانية سواء كانت محاكم استئناف بالأساس أو محاكم استئناف بالوظيف».

وحيث يؤخذ مما تقدم أن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب قد تبنّت منذ 2003 **بصفة ضمنية** أنه لا يجوز القول بالاختصاص المباشر للدوائر التجارية.

فليس لها على حد تعبير الدوائر المجتمعة **اختصاص مطلق ولا عامّ**، ثم وبالقرار عدد 26773 الصادر بتاريخ 26/ 04/ 2018 **أكدت صراحة** هذا التوجه: « وحيث لا يستقيم هذا الدفع باعتبار أن إحداث الدوائر التجارية داخل المحاكم الابتدائية يتعلق بتشكيلات قضائية داخل هذه المحاكم تتخصص بالنظر في صنف معين من النزاعات دون أن يضفي عليها ذلك صفة المحكمة داخل المحكمة وذلك بالنظر إلى طريقة إحداثها وعدم توسعها على كامل تراب الجمهورية بما يجعلها تركيبة قضائية داخل صنف من المحاكم الابتدائية التي تتوفر على نشاط اقتصادي هام يقتضي إحداثها بقرار من وزير العدل.

وحيث إضافة إلى ما سبق فإن صيغة الإحداث نفسها تجعلها من اختصاص السلطة التنفيذية حال أن إحداث المحاكم هو من اختصاص المشرع فإنه لا يمكن أن تسند للدائرة التجارية صفة المحكمة ولا يمكن تبعا لذلك الدفع بعدم اختصاصها حكميا لتعلق الأمر بتخصص داخل المحكمة الجامعة وهي المحكمة الابتدائية بما يقتضي أنه عند إثارة مسألة صحة التعهد بنزاع معين من عدمه فإنه لا يتم القضاء برفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي».

وحيث طالما كانت الدائرة التجارية ليست محكمة مستقلة وإنما هي دائرة متخصصة ضمن الاختصاص الجامع للمحكمة الابتدائية، فإن النظر في نزاع قضية الحال رغم تجاريته من طرف الدائرة المدنية لم يخرق قاعدة من قواعد الاختصاص الحكمي وإنما التخصص فقط.

وحيث طالما أنّ المسألة كانت في التكييف أي في الاجتهاد الذي لم تُصِب فيه محاكم الأصل وكانت النتيجة التي توصلت إليها متفقة مع النتيجة السليمة والقانونية للنزاع وأنّ تقويم السند كاف لاستكمال قرارها التعليل الصحيح فإنه لا موجب لنقض ما انتهت إليه وذلك لانعدام المصلحة من النقض، إذ يكفي وضع الأسانيد الصحيحة المتعلقة بالدفع المستمد من الاختصاص لانعدام الجدوى من نقض القرار المطعون فيه.

ثانيا: في خصوص الدفع المتعلق بهضم حقوق الدفاع

حيث تمسكت المعقبة بأن محكمة القرار المطعون فيه توقفت عند مسألة الاختصاص وأصدرت حكمها دون النظر في الدفع الموضوعي المتمثل في

ثبوت تقصير المعقب ضدها في الوفاء بواجب ضمان الانتفاع بالمكرى لما أعد له وقيام مسؤوليتها عن الحط من تصنيف المكرى من ثلاث نجوم إلى نجمتين وذلك بموجب القرار الاستئنافي عدد 33144 بتاريخ 2 جوان 2014 القاضي بإلزام المعقب ضدها الآن بأن تؤدي لها غرم المضرة الحاصلة لها جراء ما ذكر، بما يجعل القيام بقضية الحال في غير طريقه.

وحيث ولئن استند الحكم الاستئنافي المذكور إلى نفس العقد الذي تأسست عليه قضية الحال، إلا أنهما يختلفان من حيث الموضوع. فالأولى كانت ترمي إلى جبر الخسارة الناجمة عن النقص في الانتفاع، في حين أنّ الثانية تهدف إلى اقتضاء معينات الكراء والغرامة المشروطة في العقد، وأضحى بالتالي هذا الدفع فاقدا للأساس القانوني وتعيّن رده ».

تأمين

طريقة احتساب التعويض عن الضرر المهني
قرار الدوائر المجتمعة عدد 28213 بتاريخ 14 مارس 2019

«في صحة تعهد الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب :

حيث قضت محكمة الإحالة الأولى وفق اتجاه القرار التعقيبي الأول إلا أنه صدر قرار تعقيبي ثان خالف القرار التعقيبي الأول وقضى بنقض حكمها معتبرا أن الفهم الصحيح لروح الفصل 134 من م ت أ يقتضي احتساب التعويض عن الضرر المهني استنادا إلى كامل المدة المتبقية للمتضرر إلى حين بلوغه سن التقاعد، وبتعهد محكمة الإحالة ثانية أصدرت حكمها بما خالف قرار محكمة التعقيب مصرة على رأيها في خصوص المسألة القانونية الواقع النقض من أجلها ومعتبرة أن احتساب التعويض عن الضرر المهني يخضع إلى معايير ضبطها الفصل 134 من م ت أ ولم تتضمن من بين عناصرها اعتماد عدد السنوات المتبقية للمتضرر لبلوغ سنّ التقاعد.

وحيث أسس المعقب طعنه الحالي على نفس السبب القانوني الذي سبق من أجله الطعن أمام محكمة القانون والتي خالفت محكمة الإحالة قرارها بما انعقد معه التعهد السليم لهذه المحكمة بدوائرها المجتمعة وفق مقتضيات الفصل 273 من م ا ج.

عن المطعن الوحيد المتعلق بالخطإ في تطبيق أحكام الفصل 134 من م ت:

حيث تعلقت المسألة الخلافية بين محكمة التعقيب ومحكمة الأصل بطريقة احتساب التعويض عن الضرر المهني وفق ما نص عليه الفصل 134 من م ت وتحديد ما إذا كان يتعلق بتعويض إجمالي يعادل تقدير ما لحق المتضرر من نقص في قدرته المهنية مثلما ذهبت إليه محكمة الإحالة أم إنّه يتعين تأويله في اتجاه امتداد نطاق التعويض في الزمن ليشمل احتساب الخسارة المادية المترتبة عنه لكامل الفترة المتبقية لبلوغ المتضرر سن التقاعد طبق الموقف الذي اتخذته محكمة التعقيب في قرارها الذي تعهدت بمقتضاه محكمة القرار المنتقد.

وحيث لم يعرف القانون عدد 86 لسنة 2005 الضرر المهني وإنما ورد الفصل 134 من م ت المتعلق به بالفرع الخاص بتعويض الأضرار الناتجة عن العجز الدائم وأكد الفصل 126 من نفس المجلة تصنيفه في خانة تلك الأضرار وأعاد الفصل 132 منها التذكير بذلك، وبالتالي واستنادا إلى موقعه المذكور، فإن العجز الدائم هو المحدد لوجوده ولتقديره ولا يحتاج المتضرر في إثباته إلى أيّ عنصر خارجي عن علاقته بالحادث والضرر المنتج للعجز.

وحيث وفيما عرّف الفصل 131 من م ت العجز الدائم بأنه النقص النهائي في مقدرة المتضرر الوظيفية بعد البرء التام بالقياس مع مقدرته الوظيفية مباشرة قبل وقوع الحادث، فإن القدرة الوظيفية تتعلق بالإمكانيات الطبيعية المتصلة باستعمال الأعضاء في أعمال الحياة اليومية طبيعيا وعاديا كالمشي والجلوس حسبما تضمنته مقدمة الجدول القياسي الواقع ضبطه بمقتضى قرار وزيري المالية والصحة العمومية المؤرخ في 11 جوان 2007.

وحيث عرّف كلّ من الفقه وفقه القضاء الضرر المهني بأنه النقص في قدرة المتضرر الوظيفية الذي يؤثر على كفاءته ومؤهلاته المهنية ويرتب نقصا في دخله، وقد جاء الفصل 127 من م ت ليعبر عن الضرر المهني بـ«العجز الدائم عن العمل»، وبالتالي فإن ما يشترط في الضرر من أن يكون محققا أو مؤكد الوقوع في المستقبل ينطبق على مفهوم الضرر المهني الذي يعوض عنه بالنظر إلى ما أصاب المتضرر فعلا وفي الحال من عجز عاقه عن العمل أو أنقص من قدرته عليه وما سينتج عنه حتما من آثار في المستقبل نتيجة تواصل ذلك الحرمان أو النقص بانعكاساته المادية، على خلاف الضرر الاحتمالي الذي لم يقع بعد وليس وقوعه محققا في المستقبل.

وحيث تبعا لما تقدم فإنه لا خلاف في كون مفهوم العجز الدائم أو المستمر عن العمل المتعلق مباشرة بالحالة الصحية للمتضرر في تاريخ البرء النهائي ينعكس على حقه في التعويض ماديا في شكل غرامة تقابل أو تعادل النقص الذي منيت به قدراته المهنية الآنية والمستقبلية، وإنما يكمن الخلاف في طريقة احتساب التعويض المستحق عنه.

وحيث لئن حافظ القانون عدد 86 لسنة 2005 من حيث المبدإ على مفهوم الضرر المقترن بالخسارة الفعلية الحالة والمستقبلية، فقد تراجع عما كان معمولا به قضائيا في تقدير الضرر المادي استنادا إلى مبدإ «الجبر الكامل للأضرار اللاحقة بالغير» المكرس بالفصل 107 من م. ا. ع. وأخضع تقدير التعويضات المستحقة إلى مقاييس مضبوطة وجداول محددة تكرس مبدأ التعويض الإجمالي بطريقة حساب ثابتة تؤدي إلى مبالغ ناتجة عن عمليات حسابية واضحة لا يمكن للمحكمة مخالفتها إلاّ في حدود الترفيع أو التخفيض في الغرم بمقدار 15٪ عن كل ضرر على حده ووفقا لما تقتضيه الحالة.

وحيث إن اتصاف العجز المقترن بالضرر المهني بالدوام والاستمرارية وربطه من طرف المشرع بالدخل الفعلي للمتضرر لا يجعله ممتدا في آثاره إلى الفترة التي كان يفترض بالمتضرر أن يعمل فيها وأن يتقاضى ذلك الدخل عنها أي إلى بلوغه سن التقاعد ولا يبرر إضافة عناصر في تقديره لم يذكرها النص تتعلق بالنقص الفعلي في مداخيله والحال أن تلك العناصر محددة بالقانون وتعتمد على معطيات موجودة في تاريخ معاينة الضرر.

وحيث ولئن اقتضى الفصل 134 من م ت أ أنه يحتسب المبلغ الجملي للتعويض عن الضرر المهني على أساس نسبة من الخسارة الفعلية في الدخل السنوي وهذه النسبة هي تلك التي يحددها الجدول الوارد بنفس الفصل أخذا بعين الاعتبار سن المتضرر ودرجة تأثير الضرر على نشاطه المهني وفق ما تم تقديره من الطبيب الخبير، فإن الوقوف على المقصود بعبارة «المبلغ الجملي» للتعويض يتطلب عملا بأحكام الفصل 532 من م. ا. ع. الرجوع إلى المعنى الذي تقتضيه بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون.

وحيث وفضلا عن عدم تحديد جدول الفصل 134 لسن قصوى للتعويض عن الضرر المهني مما يدل على عدم ارتباط التعويض بسن التقاعد، وعن كون النسب المحددة فيه تنقص كلما كبر المتضرر في السن مما يؤكد أن المشرع أخذ في التقدير النقص الطبيعي في المؤهلات الناتج عن التقدم في السن، وأنه لا علاقة لسن التقاعد بتقدير التعويض عن الضرر المهني الذي بحكم ارتباطه بالمؤهلات والقدرات الوظيفية يتقلص طبيعيا بالتقدم في السن، فإنه لا ينظر في

تقدير الضرر المهني إلى عدد سنوات عمل المتضرر المفترضة ولا ما تبقى منها على بلوغه سن التقاعد وإنما إلى مقدرته المهنية التي تقلصت من جراء العجز الدائم اللاحق به ضرورة أنّ الحياة العملية للمتضرر غير مرتبطة بالضرورة بسن معينة فضلا عن عدم ارتباط الحصول على التعويض عن الضرر المهني بممارسة مهنة من الأساس.

وحيث يقابل مبلغ التعويض المستحق عن الضرر المهني بناء على ما ذكر انعكاس النقص في القدرات البدنية والفكرية على حالة المتضرر الاقتصادية بصفة إجمالية، دون حاجة لإثبات الانقطاع عن ممارسة نشاط مهني بذاته أو عدم مواصلة نفس النشاط وبقطع النظر عن سن المتضرر فيما عدا أن يفوق الثامنة عشر، ولا للرجوع إلى صفته سواء كان عاملا أو طالبا أو تلميذا أو عاطلا عن العمل أو متجاوزا لسن التقاعد، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى مطالبة الحكيم بالتحقق من أمور تخرج عن اختصاصه كالبحث في مدى تسبب الضرر في فقدان المتضرر لوظيفته بسبب فقدانه لمؤهلاته المهنية أو إلى نقله من الخطة التي كان يعمل بها بشكل أثّر على مداخيله، أو الرجوع إلى المؤهلات المترتبة عن اختصاص المتضرر الدراسي أو العلمي أو التقني أو تكوينه الصناعي أو الفلاحي بحسب النشاط الذي مارسه في الماضي أو يمكنه أن يمارسه أو كان يرغب في ممارسته في المستقبل وتقدير درجة تأثير النقص الذي أصبح يعيقه عن ذلك الأمر الذي لم يعهده به النص.

وحيث يؤكد هذا التوجه المصطلح المستعمل في النص الفرنسي للفصل 134 والذي لا ضرر في الاستئناس به في فهم المقصود من عباراته وهو (global) ويرادف باللغة العربية مصطلح الإجمالي في حين يرادف مصطلح الجملي كلمة (total).

وحيث خلافا لما دفع به الطاعن فإن المبلغ الإجمالي المحكوم به لا يخص التعويض عن خسارة سنة واحدة وإنما يتعلق بتقدير التعويض المستحق عن الخسارة الحالة والمستقبلية اللاحقة بالمتضرر نتيجة ما أصابه من نقص في قدرته المهنية، وإن تأويل النص على خلاف ما ذكر يخلو من المنطق السليم والتناسق بين فصول القانون باعتبار أن التعويض عن الضرر البدني والناجم أيضا عن العجز الدائم والمتواصل في المستقبل لا يحتسب اعتمادا على ما بقي للمتضرر من

سنوات حتى بلوغ معدل سن الأمل في الحياة وإنما يأخذ بعين الاعتبار الخسارة في الدخل على أساس الأجر الأدنى المضمون لسنة واحدة في إجراء العملية الحسابية الخاصة بتقديره.

وحيث وفضلا عن عدم جواز قياس الضرر المهني على الضرر الاقتصادي الذي هو مبدئيا يسند في شكل جراية مع إمكانية معاوضتها برأسمال، وهو بالتالي مرتبط بخسارة مستمرة في الزمن متعلقة بحق النفقة الراجع لأولي الحق، خلافا للشكل المحدد لصرف التعويض بعنوان الضرر المهني والذي ولئن خول الفصل 135 طلب صرفه على أقساط فهو يبقى جزءا من مبلغ جملي وقع احتسابه مسبقا ويختلف عن الجراية، فإن المشرع لم يجعل التعويض عن الضرر الاقتصادي ممتدا إلى سن التقاعد في صورة تحويل الجراية إلى رأسمال وإنما اقتضى أنه لتطبيق جدول المعاوضة يحسب عمر صاحب الجراية باعتبار الفرق بين السنة التي تم فيها طلب المعاوضة والسنة التي ولد فيها ونفس الأمر ينطبق على جدول المعاوضة الساري في مادة فواجع الشغل.

وحيث تبعا لما تقدم فإن الضرر المهني يتعلق بضرر دائم مستمر في الزمن علقت به خسارة لا تتجاوز في تقديرها ما يعادل النقص الحاصل في القدرة المهنية للمتضرر وما يترتب عنها نظريا من خسارة مادية إلى احتساب ما نقص فعليا أو ما يحتمل أن ينقص من ماله أو من مداخيله على مدى السنوات المستقبلة، وبناء عليه فإن تعويضه يكون على أساس ضرر واحد بقيمة واحدة ورأسمال واحد ولا مجال للاجتهاد في طريقة احتسابها بما اتجه معه رفض مطعن المعقب في هذا الشأن.

وحيث لم تتضمن مستندات الطعن ما من شأنه أن يوهن القرار المنتقد بما اتجه معه رفض مطلب التعقيب أصلا».

تمتّع مالك العربة بالتعويض عندما يكون مرافقا لسائقها

قرار الدوائر المجتمعة 22636.2014 بتاريخ 20 جوان 2019

«حيث رفع مطلب التعقيب ممّن له الصفة وقد تسلط على الحكم المطعون فيه الذي كان صدر عن المحكمة التي تعهدت بمقتضى إحالة من إحدى دوائر هذه المحكمة لكنها لم تسايرها الرأي وأصرّت على وجهتها بخصوص المسألة القانونية الواقع النقض من أجلها فوقع الطعن في قرارها من جديد باعتماد نفس

المطاعن وبذلك أضحى الاختلاف في منطقة اختصاص الدوائر المجتمعة المؤهلة لحسمه في إطار الفصل 191 وما يليه من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ويتعين التصريح بقبول المطلب من الوجهة الشكلية.

من حيث الأصل:

عن المطعنين لارتباطهما واتحاد القول فيهما:

حيث انحصر النزاع في مدى تمتع المتضرر مالك العربة أو مكتتب عقد التأمين بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بشخصه والناتجة عن العربة التي يملكها عندما يكون مرافقا لسائقها؟

وحيث نص الفصل 110 من قانون التأمين والوارد بالباب الأول على إلزامية تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البحرية ذات محرك ومجروراتها على ما يلي:

«يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تُلقى على عاتقه المسؤولية المدنيّة من جراء استعمال عربة برّية ذات محرك ومجروراتها للجولان أن يبرم عقد تأمين يضمن المسؤولية التي يمكن أن تحمل عليه بسبب الأضرار التي تحدثها العربة للأشخاص والممتلكات ويجب تأمين كل مجرورة على حدة سواء كانت مرتبطة بالعربة الجارة أو غير مرتبطة بها وتأخذ المجرورة مفهوم العربة في هذا العنوان.

– ويغطّي عقد التأمين المسؤولية المدنية لمبرمه ومالك العربة وكل شخص يتولى حفظها أو سياقتها باستثناء الأشخاص المتعاطين لمهن تصليح العربات أو صيانتها أو الاتجار فيها.

ويجب على أصحاب المهن المشار إليها بالفقرة السابقة من هذا الفصل تأمين مسؤوليتهم المدنية ومسؤولية مأموريهم ومسؤولية كل شخص يتولى سياقة العربات المعهود بها إليهم أو حفظها وذلك في نطاق عملهم».

وحيث أنه وبالرجوع إلى الفقرة 3 من الفصل 110 من م ت المذكور فقد نصّت بصريح اللفظ على أنّ عقد التأمين يغطي المسؤولية المدنية لمبرمه ومالك العربة وكل شخص يتولى حفظها أو سياقتها.

وإنّ تعداد المشرع للأشخاص الذين يغطي عقد التأمين مسؤوليتهم المدنية منهم كل شخص يتولى حفظها أو سياقتها ليس من باب العبث ضرورة أنّ القراءة الصحيحة للفقرة الثالثة المشارة إليها تفيد بالضرورة أنّ مالك العربة ومتى كان سائقا لها قامت مسؤوليته المدنية تجاه الغير المتضرر نفاذا لعقد التأمين أمّا ومتى ثبت أنّه لم يكن السائق بل مرافقا محكوما بقيادة غيره من الأشخاص لعربته مصدرا لمضرة اكتسبت في هذه الحالة صفة الغير وحق له التعويض عن الأضرار اللاحقة به.

وهذا الاتجاه يعززه ما جاء بإحدى فقرات الفصل 117 من م ت بأنّه لا يشمل التأمين الوجوبي تعويض الأضرار التالية :

أ/ »الأضرار اللاحقة بسائق العربة».

وأنّ محكمة القرار المطعون فيه قد أساءت قراءة وفهم الفصل المذكور باعتبار أنّها لم تعتبر موقع مالك العربة بوصفه مرافقا للسائق ولو أنّه مالك للعربة وذلك وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 117 م ت التي لم تقص مالك العربة من التعويض فقد خص في ذلك الأضرار اللاحقة بسائق العربة دون سواه وعملا بالقاعدة الأصولية العامة فإنه إذا خص القانون صورة معينة نفى إطلاقه في جميع الصور الأخرى تطبيقا لأحكام الفصل 543 من م. ا. ع. ويفهم أنّ المشرع قد كرس شمولية التعويض لكل من تضرّر من حادث مرور وذلك وفقا لقواعد المسؤولية الموضوعية للمتضرر غير السائق ولو كان مالكا للعربة.

وحيث نص الفصل 122 م ت على ما يلي:» يقع تعويض متضرري حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص ومخلفاتها دون إمكانية معارضتهم بخطأ في جانبهم باستثناء الحالة التي يتعمدون فيها إلحاق الضرر بأنفسهم أو الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره»

وحيث كرس المشرع صلب الفصل 122 م ت التعويض الآلي أو المسؤولية الموضوعية للمتضرر غير السائق من حيث المبدأ وقيّده باستثناءين حول تعمد إلحاق الضرر بالنفس أو الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره.

وحيث يستوجب الإشكال القانوني المعروض الرجوع للفصل 151 من نفس المجلة بخصوص اتفاقية التعويض لحساب الغير الذي جاء فيه في فقرته الأولى

بأنّه «لا يجوز للمتضرر أو لمن يؤول إليهم الحق عند الوفاة القيام بدعوى قضائية إلا ضدّ المؤمن الملزم بتقديم عرض التسوية الصلحية وفقا لأحكام الاتفاقية المشار إليها بالفصل 149 من هذه المجلة».

وقد أوجب المشرع في الفصل 151 من القانون التفرقة بين المتضرر السائق والمتضرر غير السائق وذلك بتحديد شركة التأمين الواجب القيام ضدها وبإحالتها إلى اتفاقية التعويض لحساب الغير التي تحدثت بصراحة عن المتضرّرين السواق في الفصل 8 منها وعن المتضررين الركاب الممتطين لعربة برية ذات محرك في الفصل 6 والمتضررين غير الممتطين لعربة ذات محرك في الفصل 7 أي بعبارة أخرى تحدّث الفصلان 6 و7 عن المتضررين غير السواق.

وحيث وترتيبا على كل ما سبق فإن محكمة الحكم المطعون فيه لما اعتبرت أنّ صفة الغير منتفية في مالك العربة مكتتب عقد التأمين والحال أنّ المتضرر المعقب مالك لكن غير سائق لعربته تكون قد خالفت الفصول سابقة الذكر وأساءت تطبيق القانون الأمر الذي يتجه معه قبول الطعن أصلا».

التعويض عن مصاريف العلاج يكون حسب ما تمّ بذله فعلا أم باعتماد التعريفات الإطارية

قرار الدوائر المجتمعة عدد 31869 بتاريخ 20 جوان 2019

«1ـ المسألة القانونية :

حيث اقتضى الفصل 191 من م. م. م. ت. أنّ «القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيأ للفصل.

وإذا رأت إرجاع القضية فإن قرارها يكون واجب الاتباع من طرف محكمة الإحالة».

وحيث اتضح من قرار محكمة التعقيب الصادر في القضية عدد 5142.2013 بتاريخ 14/ 11/ 2013 أنّه اعتبر أن الفصل 129 م ت حدد نطاق ضمان المؤمن في خصوص مصاريف العلاج فيما ضبطته التعريفات القانونية رجوعا إلى القرار المشترك الصادر عن وزير المالية ووزير الصحة العمومية والوزير المكلف بالشؤون الاجتماعية المؤرخ في 08/ 06/ 2006 الذي اعتبر بفصله الأول أنّ تعريفات مصاريف علاج متضرري حوادث المرور تضبط وفقا لقرار وزيري المالية والصحة العمومية المؤرخ في 19/ 12/ 1996 المتعلق بضبط تعريفات معالجة المرضى الخاضعين لدفع مقابل في الهياكل الصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية إلّا أنّ محكمة الإحالة خالفتها الرأي في ذات المسألة واعتبرت بقرارها الصادر في القضية 60398 انه ولئن اقتضى الفصل الأول من القرار المشترك الصادر عن وزير المالية ووزير الصحة العمومية والوزير المكلف بالشؤون الاجتماعية المؤرخ في 08/ 06/ 2006 أنّ تعريفات مصاريف علاج متضرري حوادث المرور تضبط وفقا لمقتضيات قرار وزيري المالية والصحة العمومية المؤرخ في 19/ 12/ 1996 فإنّ مراقبة تلك التعريفات يكون من أنظار الهياكل الصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية وأنّه طالما أدلى المتضرر من الحادث بما يفيد بذله لمصاريف علاج ناجمة عن ذلك الحادث فإنّ الدفع بمخالفة تلك المصاريف للتعريفات القانونية والقرار الوزاري المؤرخ في 08/ 06/ 2006 المشار إليه أعلاه قد ظل مجردا فضلا على أن المتضرر يعتبر غيرا بالنسبة إلى ذلك القرار ولا يمكن مواجهته به وانتهت محكمة الإحالة إلى استبعاد مقتضيات الفصل 129 م ت في مخالفة لرأي محكمة التعقيب بالقرار سند تعهدها.

وحيث أضحى الخلاف قائما بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة في خصوص مسألة قانونية وهو ما تتوفر معه شروط تعهد محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة عملا بالفصل 191 من م. م. ت. وذلك للنظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من محكمة الإحالة.

2ـ الإشكال القانوني :

وحيث انحصر الإشكال حول معرفة كيفية التعويض عن هذه المصاريف من قبل محاكم الأصل إن كان ذلك باعتماد التعريفات الإطارية المنصوص عليها بالفصل 129 من مجلة التأمين وتعديل المصاريف المطلوبة على ضوئها أو باعتماد مصاريف العلاج المبذولة حسب المؤيدات المدلى بها من قبل المتضرر دونما أي تعديل؟

وحيث تفترض الإجابة عن الإشكال تأويل الفصل الأول من القرار المشترك الصادر عن وزير المالية ووزير الصحة العمومية والوزير المكلف بالشؤون الاجتماعية المؤرخ في 08/ 06/ 2006 بخصوص تعريفات مصاريف علاج متضرري حوادث المرور التي تُضبط وفقا لمقتضيات قرار وزيري المالية والصحة العمومية المؤرخ في 19/ 12/ 1996. وبالتالي تحديد فيما إذا كان المؤمن ملزما بأداء كامل مصاريف العلاج أم إنّه يتحملها فقط في حدود التعريفات المتفق عليها بين مؤسسات التأمين والمستشفيات العمومية والمؤسسات الصحية الخاصة وصندوق الضمان الاجتماعي؟

وحيث برز تأويلان انعكسا على فقه القضاء واختلفا في النتيجة القانونية.

وحيث يتمسك أنصار التأويل الأول بحرفية الفصل 129 من مجلة التأمين الذي يعتبر أنّ المتضرر من الحادث طرف ملزم بالإدلاء بما يفيد بذله لمصاريف علاج ناجمة عن الحادث دون مخالفة تلك المصاريف للتعريفات القانونية والقرار الوزاري المؤرخ في 08/ 06/ 2006 المشار إليه أعلاه. وكنتيجة لهذا التأويل فإن المؤمن غير ملزم بدفع كامل مصاريف العلاج ولا يتحملها إلا في حدود التعريفات الإطارية المتفق عليها بين مؤسسات التأمين والمستشفيات العمومية والمؤسسات الصحية الخاصة وصندوقي الضمان الاجتماعي، أي المقدار الواجب على مؤسسة التأمين دفعه من تلك المصاريف. وبالتالي فإن الفواتير الصادرة عن الأطباء والمصحات لا تلزم شركة التأمين طالما لم يثبت المتضرر مطابقتها للتعريفات المنصوص عليها بالقرار الوزاري عملا بأحكام الفصل 129 من مجلة التأمين، ولا يمكن قلب عبء الإثبات وتحميل شركة التأمين إثبات التطابق. ويضيف أنه على المحكمة السهر على سلامة تطبيق الفصل 129 وذلك

من خلال الإذن بإجراء ما يتجه من أعمال استقرائية واختبارات عدلية تمكّن من تحقيق التطابق بين الفواتير الطبية المدلى بها والتعريفات المعتمدة.

وحيث يتمسك أصحاب الرأي الثاني بالصبغة التعاقدية للاتفاقية الإطارية واعتبار المتضرر من الحادث غيرا ولا يمكن مواجهته بالقرار المشترك الصادر عن وزير المالية ووزير الصحة العمومية والوزير المكلف بالشؤون الاجتماعية المؤرخ في 08/ 06/ 2006 بخصوص تعريفات مصاريف علاج متضرري حوادث المرور التي تُضبط وفقا لمقتضيات قرار وزيري المالية والصحة العمومية المؤرخ في 19/ 12/ 1996. وأنّ مراقبة تلك التعريفات يكون من أنظار الهياكل الصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية وأنّه طالما أدلى المتضرر من الحادث بما يفيد بذله لمصاريف علاج ناجمة عن ذلك الحادث فإنّ الدفع بمخالفة تلك المصاريف للتعريفات القانونية والقرار الوزاري المؤرخ في 08/ 06/ 2006 المشار إليه أعلاه في غير طريقه.

وحيث ترجح الدوائر المجتمعة التأويل الثاني وتعتبر أنه من حق المتضرر الحصول على كامل القيمة المالية المضمنة بالفواتير الطبية التي يدلي بها إلى المحكمة تطبيقا لمبدأ التعويض الكامل للضرر المنصوص عليه بالفصل 107 من م. ا. ع.

وحيث أنّ المؤسسات الصحية العمومية والخاصة المتحصلة على التراخيص القانونية خاضعة بطبيعتها لرقابة وزارة الصحة من حيث ضبط التعريفات المتعامل بها التي يُفترض مطابقتها للتشريعات الجاري بها العمل والقرارات الوزارية سارية المفعول، ويتمتع حينئذ المتضرر من حادث مرور بقرينة مطابقة المبالغ المضمنة بالفاتورات التي يروم التعويض عنها للتعريفات المعتمدة لأنّ الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلاف ذلك عملا بالقاعدة الأصولية المنصوص عليها بالفصل 559 من م. ا. ع.

وحيث تنحصر المسألة القانونية – حينئذ – في توزيع عبء الإثبات ويتمتع المتضرر من حادث مرور بقرينة مطابقة المبالغ المضمنة بالفاتورات التي يروم التعويض عنها للتعريفات المعتمدة لأن الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلاف ذلك عملا بالقاعدة الأصولية المنصوص عليها بالفصل

559 من م. ا. ع. وتعفي القرينة القانونية المنتفع بها من عبء الإثبات وتنقله للطرف الآخر في الدعوى. وعليه يعفى المتضرر من حادث مرور من تحمّل عبء الإثبات بمجرّد إدلائه بالفاتورات، وينتقل عبء الإثبات إلى شركة التأمين المطالبة بالإدلاء بما يفيد عدم تطابق الفاتورات للتعريفات الإطارية ليس مجرّد قول بل حجة ودليل. وليس على المحكمة تكوين حجج ولا السعي في إجراء اختبارات أو أعمال استقرائية لما في ذلك من خرق لمبدأ الحياد المنصوص عليه بالفصل 12 من م. م. م. ت.، ولما ينطوي عليه من تغيير لقواعد الإثبات التي أرادها المشرع.

وحيث أنّ الأصل تعويض المتضرر عن كافة مصاريف العلاج والتداوي التي ثبت للمحكمة أنّه بذلها ولها علاقة مباشرة بالأضرار اللاحقة به جراء الحادث وهو ما استبان لمحكمة الموضوع من خلال مجموعة الوصولات والفواتير المدلى بها من المتضرر والمحررة إثر الحادث.

وحيث لا تثريب على محكمة القرار المنتقد فيما توصلت إليه من نتيجة بقضائها بالمبلغ المحكوم به خاصة وأنّ ذلك كان في إطار سلطتها التقديرية ولا رقابة لهذه المحكمة عليها طالما عللت قضاءها تعليلا مستساغا وبما له أصل ثابت بالمؤيدات ».

اجتماعي

لا يجوز الاتفاق على قواعد مرجع النظر الترابي الواردة بمجلّة الشغل

قرار الدوائر المجتمعة عدد 35099 بتاريخ 21 نوفمبر 2019

«1ـ في صحة تعهد الدوائر المجتمعة:

حيث تسلط التعقيب على الحكم المطعون فيه الذي كان صدر عن محكمة الإحالة التي تعهدت بمقتضى إحالة من إحدى دوائر محكمة التعقيب لكنها لم تسايرها الرأي وأصرّت على وجهتها بخصوص المسألة القانونية الواقع النقض من أجلها فوقع الطعن في قرارها من جديد باعتماد نفس المطاعن وبذلك أضحى الخلاف واقعا في نطاق اختصاص الدوائر المجتمعة المؤهلة لحسمه في إطار الفصل 191 وما يليه من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لذلك يتعين التصريح بقبول المطلب من الوجهة الشكلية.

2ـ في المسألة القانونية الخلافية :

وحيث تمثلت الإشكالية القانونية حول مدى جواز الاتفاق على مخالفة المعايير التي ضبطها المشرع بالفصل 214 من مجلة الشغل والمتعلقة بتعيين مرجع النظر الترابي في المادة الشغلية؟

حيث سبق للدوائر المجتمعة أنّ بتّت في نفس الإشكال القانوني بقرار الدوائر المجتمعة عدد12015 بتاريخ 19/ 5/ 2016 **وقد أوردت التعليل التالي «حيث ميّز المشرّع في مادّة الإجراءات المدنية بين التي تهمّ النظام العامّ والإجراءات الأساسيّة والتي تنجرّ عن عدم احترامها البطلان وتلك التي تهمّ سوى مصالح الخصوم الشخصية والتي لا تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها كما لا ينجرّ عن عدم احترامها البطلان متى لم يثبت الضرر في جانب المتمسّك بها وفي هذا الصدد تندرج قواعد الاختصاص الترابي على خلاف أحكام الاختصاص الحكمي التي تهمّ النظام العامّ والتي لا يجوز الاتفاق على خلافها.**

وحيث وطالما كانت قواعد الاختصاص الترابي لا تهمّ إلاّ مصالح الخصوم فإنّه يجوز الاتفاق على خلافها إلاّ أنّ المشرّع وضع استثناء في هذ الخصوص صلب أحكام خاصّة وتحديدا صلب الفصل 214 م ش الذي نصّ على أنّه ترفع النزاعات لدى دائرة الشغل حيث توجد بدائرتها المؤسسة التي يتمّ فيها إنجاز العمل.

وحيث أنّ مجلّة الشغل هي القانون الخاصّ وتكتسي زيادة على ذلك صبغة اجتماعية وأنّ صلتها بأحكام النظام العامّ متينة ومن ثمّة لا يجوز الاتفاق على قواعد مرجع النظر الترابي المسطّرة بها على غرار مجلّة المرافعات المدنية والتجارية.

وحيث أنّ التمسّك بالشرط الخاصّ الوارد بعقد الشغل الرّابط بين الطرفين والذي يحدّد مرجع النّظر الترابي لمحاكم تونس في غير طريقه ولا يجوز لعقد خاصّ مخالفة قواعد النّظام العامّ الواردة بالفصل 214 م ش ويبقى العقد صحيحا إلاّ أنّ الشرط الوارد به بالفصل 9 منه يعتبر لاغيا لتعارضه من الفصل 214 المذكور.

وحيث أنّ محكمة الحكم المنتقد لمّا رفضت الدّعوى على أساس مخالفتها للشرط التعاقدي المتعلّق بالمحكمة المختصّة ترابيّا وهي محكمة تونس العاصمة تكون قد خرقت أحكام الفصل 214 م ش لما يكتسبه من صبغة اجتماعية آمرة لا يجوز مخالفتها بإرادة الطرفين سيما أنّ مبدأ سلطان الإرادة في المادّة التعاقديّة يكون مختلا نسبيّا في عقد الشغل لكونه عقد إذعان ويكون العامل طرفا ضعيفا فيه ممّا يجعل حكمها عرضة للنقض والإحالة».

وحيث يمكن إضافة أنّ أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية التي تنطبق على النزاعات المدنية لا يجوز تعميمها على النزاعات الشغلية التي تتسم بالخصوصية والانفراد. فالاختلاف في تأويل الفصل 214 من م ش بين محكمة الأصل ومحكمة التعقيب يجب أن يتم في صالح العامل، وهي القاعدة الجاري بها العمل في المادة الشغلية، فلا بد أن يرتكز التأويل على ما هو أنفع للعامل وفق ما تنص عليه اتفاقيات العمل الدولية. وهو مبدأ يجد له تكريسا أيضا في القانون المدني، ذلك أن الحاجة إلى التفسير تقتضي التيسير ومنه التسهيل على الأجير في مقاضاة مؤجره بمكان العمل.

وحيث أنّ الاختصاص الترابي وإن كان في جوهره لا يهم سوى مصالح الخصوم فإن القواعد منها التي تنظم التقاضي وتغير من معيار الاختصاص، من حماية حقوق الفرد إلى تنظيم التقاضي تصبح لها علاقة بالتنظيم القضائي وله صلة بالنظام العام ويندرج فيها ما اقتضاه الفصل 214 من مجلة الشغل.

وحيث أن الفصل 214 من م ش يعتبر نصا خاصا بالنسبة إلى قواعد الاختصاص الترابي الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية، بالنظر إلى أنّ المشرع أراده استثناء للقواعد العامة المنظمة للاختصاص الترابي استجابة لخصوصية النزاع الشغلي.

وحيث أنّ قواعد مجلة الشغل شُرّعت لتنظيم العلاقات الشغلية وتحقيق توازن بين المصالح المتعارضة للأجير والمؤجر وتبعا لذلك فهي قواعد آمرة تتصل بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وحيث أن تمكين الأطراف من الاتفاق على مخالفة القواعد المنظمة للاختصاص الترابي لدوائر الشغل يمكن أن يؤثر على قواعد الاختصاص الحكمي، ووحدة الاختصاص في المادة الشغلية باعتبار أنه لا يمكن الحديث عن اختصاص حكمي وترابي كلّ على حدة بل إنّ قواعد الاختصاص وحدة لا تتجزأ.

وحيث وترتيبا على ما سبق عرضه، فإن الأحكام المنظمة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية غير منطبقة على أحكام مجلة الشغل الإجرائية وخاصة منها المتعلقة بالاختصاص الترابي ولا يجوز تبعا لذلك الاتفاق على مخالفتها.

وحيث طالما أن تنفيذ عقد الشغل هو... الكائن بالمنطقة السياحية بجربة ميدون وأن مرجع النظر الترابي يتحدد بمكان تنفيذ العمل تطبيقا للفصل 214 من مجلة الشغل، فإنه لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وبالتالي ينعقد الاختصاص وبقطع النظر عن الاتفاق للمحكمة الابتدائية بمدنين.

وحيث تكون محكمة القرار المنتقد قد جانبت الصواب حين قضت برفض الدعوى لعدم الاختصاص الترابي واتجه نقضه وإرجاع القضية للمحكمة الابتدائية بمدنين للنظر فيها بهيئة أخرى».

ـ قرارات الدوائر المجتمعة في المادة الجزائية

*إجراءات جزائية

❍ **خطأ بيّن:**

قبول الخطأ البيّن في المادة الجزائية ـ لا يتم تبليغ المستندات إلا لمن شمله الطعن

قرار الدوائر المجتمعة عدد 416 صادر بتاريخ 14 فيفري 2019

« أ- مبدأ قبول الخطأ البين في المادة الجزائية :

حيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على جواز الطعن بالخطأ البيّن في الإجراءات الجزائية وذلك بعد التحول القضائي الحاصل بقرار الدوائر المجتمعة عدد 297 الصادر بتاريخ 2/12/2011 الذي صدرت بعده عديد القرارات التعقيبية المتواترة عن الدوائر المجتمعة أقرّت الفرضية المذكورة دون الرجوع فيها مطلقا.

وحيث أنّ مجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الإجراءات الجزائية لا تتكون منهما مجموعتان منفصلتان كل الانفصال عن بعضهما بعضا ولذلك بات من الضروري عملا بوحدة القضاء المدني والجزائي أن يُستنجد بالأولى لسدّ الفراغ الذي قد يحصل في الثانية.

وحيث أنّ مجلة المرافعات المدنية والتجارية تشكّل والحالة ما ذكر قانون الحق العام في مادة الإجراءات الجزائية لذا يتعين تطبيقها لمعالجة الموضوع الذي يهم الدوائر المجتمعة النظر فيه الآن.

ب- مدى توفر الخطأ البيّن في القرار التعقيبي موضوع الطعن

حيث اقتضى الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بفقرته الثانية «أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأنّ سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 م م م ت، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كلّ من تأمّل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث اقتضى الفصل 263 مكرر من م إ ج أنه « على محامي الطاعن أن يقدم إلى كتابة محكمة التعقيب في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ تسلمه نسخة من الحكم المطعون فيه من كتابة المحكمة التي أصدرت ما يأتي وإلا سقط الطعن:

1) مذكرة في مستندات الطعن تبيّن الإخلالات المنسوبة للحكم المطعون فيه.

2) نسخة من محضر إبلاغ مذكرة الطعن بواسطة عدل منفذ إلى المعقب ضدهم باستثناء النيابة العمومية».

وحيث استند الطعن إلى كون محكمة التعقيب أخطأت لمّا اعتبرت أنّه لم يقع تبليغ مستندات التعقيب للقائمين بالحق الشخصي باعتبار أنّ الطعن كان ضد الحق العام فقط.

وحيث بالرجوع إلى ملف القضية يتضح أنّ مطلب التعقيب المرفوع من الطاعنين ضد الحكم الاستئنافي عدد 7001 انحصر فقط في الدعوى العمومية ولم يشمل الدعوى المدنية ضرورة أنّ مطلب الطعن ومن بعده مستندات التعقيب لم تُوجه ضد القائمين بالحق الشخصي وبالتالي فإن الطاعن يكون معفى من إبلاغهم مستندات طعنه.

وحيث أنّ المحكمة لما أدرجت القائمين بالحق الشخصي ضمن قائمة المعقب ضدهم فإنّ ذلك يعد من قبيل السهو الذي يدخل في باب الخطأ البين، وأنّ قرار المحكمة برفض التعقيب شكلا كان نتيجة حتمية لهذا الخطأ.

وحيث لا يتم تبليغ مستندات الطعن بالتعقيب إلا لمن شملته عريضة الطعن. فالقائمون بالحق الشخصي لم يكونوا مشمولين بالطعن ولا يكون تبعا لذلك الطاعن بالتعقيب مطالبا بتبليغهم مستندات الطعن.

وحيث لم تتفطن الدائرة التعقيبية لهذا المعطى الإجرائي الهام وترتب على هذه الغفلة خطأ بيّن آل إلى قضائها برفض مطلب التعقيب شكلا ممّا يجعل قرارها مؤسسا على خطأ بيّن يتمثل في الغلط الواضح المنصوص عليه بالفصل 192 من م م م ت وهو ما يتعين معه تصحيحه».

الغفلة عن المقر الأصلي

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 385 بتاريخ 14 مارس 2019

«حيث يطرح الإشكال القانوني حول مدى صحة تبليغ مستندات التعقيب الموجهة للمعقب ضدهم بوصفهم قائمين بالحق الشخصي بمقرهما الأصلي المبين بمحضر البحث الجزائي والحال أنهما قد ضبطا مقرا مختارا بالطور الابتدائي صدر به حكم البداية دون ذكر أيّ مقر أصلي أو مختار بالحكم الاستئنافي ولا بقراري الإصلاح المرفقة به؟

وبصفة أعم هل أن تعيين مكتب المحامي كمقر مختار بالطور الابتدائي فحسب يحول دون تبليغ مستندات التعقيب بالمقر الأصلي المعلوم؟

وحيث اعتبرت محكمة التعقيب أن تبليغ مذكرة الطعن بالتعقيب للمعقب ضدهما كان مخالفا لمقتضيات القانون ولوقوعه بغير مقر القائمين بالحق الشخصي اللذيْن كانا ضبطاه منذ قيامهما بالحق الشخصي بالطور الابتدائي بما لا يكفل لهما الدفاع عن مصالحهما، كما لم يثبت أنه وقع تغييره بعد ذلك. وأضافت أنه طالما أن الأصل هو بقاء ما كان على ما كان فإنه لا مناص من اعتبار أنّ تبليغ مذكرة الطعن كان مخالفا لمقتضيات القانون وينطوي على خرق للإجراءات الأساسية المرتبطة بالنظام العام وتدخل تحت طائلة المسقطات بما يفرض على المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها عملا بالفصول 13 و14 فقرة أولى من م. م. م. ت. و199 من م ا ج وقضت على أساس ذلك بالرفض شكلا.

وحيث اختلف الفقه والقضاء حول مفهوم المقر المنصوص بالفصل 7 من م. م. م. ت. نظرا لغياب تعريف تشريعي ولتعدّد الحالات الواقعية التي أفرزت وضعيات واقعية معقدة، أحيانا، وأنتجت حلولا قضائية مختلفة ومتنافرة بين دوائر محكمة التعقيب حتمت تدخل الدوائر المجتمعة بموجب قرارها عدد280 بتاريخ 24/ 12/ 2009 لتقديم تصورات حول مفهوم المقر وضبط نطاقه وأركانه، وانتهت إلى اعتبار أنه نظرا لأهمية المقر وتأثيراته القانونية على سلامة الاستدعاء والإعلام فقد حرص المشرع على حماية أطراف النزاع وعلى التحقق من صحة إبلاغ صوت الخصم لخصمه بالطرق القانونية حتى لا يضار بإجراءات تتخذ ضده وفي مغيبه وقد تدارك المشرع النقص الذي كان يسود التشريع في شأن عدم تعريف المقر وعدم بيان أركانه ولا إمكانية تعدده بإصدار القانون المؤرخ في 3/ 4/ 1980 الذي أدخل جملة من التنقيحات في مجلة المرافعات المدنية والتجارية ومنها إدماج الفصل 7 جديد وتخصيصه لصور المقر والتعريف بها لما لها من فوائد عملية هامة خاصة عند القيام بإجراء عمل قانوني معيّن. ولذلك عرّف الفصل 7 من م. م. م. ت. المقر الأصلي بكونه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة والمكان الذي يباشر فيه مهنته أو تجارته فهو يعتبر مقرا أصليا له بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور. أمّا المقر المختار فهو المكان الذي يعيّنه الاتفاق أو القانون لتنفيذ الالتزام أو للقيام بعمل قضائي وبالتالي فإن المشرع التونسي لم يأخذ بوحدة المقر بل أقرّ بإمكانية تعدده فجعله 3 أنواع : المقر الأصلي للإقامة وهو المقر الذي يقيم فيه عادة أي على وجه الاستقرار والمقر الأصلي المهني وهو المكان الذي يباشر فيه مهنته أو تجارته ويبقى للشخص مقره الحقيقي في كل ما خرج عن مهنته أما المقر الثالث فهو المقر المختار الذي يقع اختياره باتفاق الأطراف أو بحكم القانون لتنفيذ تصرف قانوني أو للقيام بعمل قضائي وقد يكون اختيار المقر ضمنيا عندما يتم إنابة محام دون ذكر مقره الشخصي بعريضة الدعوى. إلّا أنّ المقر المختار لم يطرح إشكالا سوى ذلك الذي تعلق بمكتب المحامي الذي اعتبره المشرع مقرا مختارا عملا بأحكام الفصل 68 من م. م. م. ت. الذي اقتضى «أنّ مقرّ المحامي يعتبر مختارا لمنوبه في درجة التقاضي الذي هو نائب فيها» فإن كان الأمر يتعلق بعريضة الاستئناف فإنه لا يجوز للمستأنف توجيهها إلى المقر المختار للمحكوم له خلال الطور الابتدائي

طالما لا شيء يدل على أنه اتّخذه بعد صدور الحكم الابتدائي مقرا له على أنّ مكتب المحامي يمكن أن يكون اختيارا ضمنيا لمقر الشخص مثلما جاء بالفصل 130 من م. م. م. ت. من اعتبار مقر المحامي مقرا مختارا للمستأنف.

وخلصت الدوائر المجتمعة إلى: «وحيث ومن جهة أخرى فإنّ المشرع التونسي أجاز بالفصل 8 من م. م. م. ت. إعلان الطعن في المقر المعيّن من الأطراف وليس للمحكمة أن ترفض الإعلان الواقع لذلك المقر وتعتبره كأن لم يكن طالما ثبت بصورة يقينية أنّ المعقب ضدهم قد اختاروا فعلا ذلك المقر طيلة أطوار التقاضي وبعده عند الإعلان بالقرار الاستئنافي سيما وأنّ الملف خال من عنوان آخر سوى المقر المختار مكتب المحامي الذي نابهم في جميع أطوار التقاضي (وهو ما قررته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة ضمن قرارها عدد 48 الصادر بتاريخ 21/ 1/ 1992) مما يجعل المحكمة قد أخطأت في تطبيق الفصلين 7 و8 من م. م. م. ت. وخرجت عن حدود النصين المذكورين وهو ما يعدّ منها من قبيل الخطأ البيّن الذي يتعيّن تداركه بالإصلاح وذلك بإبطال قرارها وإرجاع القضية لدائرة أخرى لمواصلة النظر فيه».

وحيث قد سبق للدوائر المجتمعة في قرارها عدد 135 المؤرخ في 29/ 12/ 1999 أن تطرقت لمسألة المقر وانتهت إلى اعتبار أنّ المقر المختار لا يلغي المقر الأصلي خصوصا عندما يكون المقر المختار غير ثابت أو يحوم غموض حول تحديده بطريقة لا تطرح أيّ إشكال ولا يعتريها أيّ اختلاف: «حيث بالإضافة إلى أنّ المعقب ضده لم يتخذ صراحة مقرا مختارا لأنّ الشأن يقتضي في مثل هذه الأحوال أن يكون المقر المختار ثابتا بالاتفاق أو في العقد أو فيما يوجهه من اختار المقر إلى خصمه من أوراق قضائية تضمنت تعريفا له بصفة يقينية لا تدع مجالا للشك فإنّ اتخاذ المعقب ضده لمحل مخابرة بمكتب محاميه لا يحول دون تبليغ المستندات في المقر الأصلي طالما أنّ ذلك لا يتعارض مع مقتضيات الفصل 8 من م. م. م. ت. القاضي نصه : « النظير يسلم إلى الشخص نفسه أو في مقره الأصلي أو في مقره المختار حسب الأحوال ضرورة أنّ مقر المخابرة المختار بصفة أحادية لا يلغي المقر الأصلي ما دام أنّه لا مانع من أن يصبح للشخص مقرّان أو أكثر يجوز تبليغه وإعلامه في أحدهما ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلافه ».

وحيث يتجه تفعيل الحلول القانونية والقضائية على معطيات قضية الحال التي اكتفى فيها القائمون بالحق الشخصي المعقب ضدهم بالتنصيص على مقر نائبهم كمقر مختار دون أن يمتد هذا الاختيار إلى الطور الاستئنافي التي خلت نسخة الحكم عدد1412 وقراري الإصلاح المؤرخين الأول في 24/ 2/ 2016 والثاني في 17/ 5/ 2016 والمتضمنين تدارك السهو عن ذكر نائبي المحكوم لهما دون أن يتضمنا تعيين عنواني مكتب المحاميين ص.س. للمحكوم له م. خ. ون.ي. للمحكوم له ع. م. كمقر مختار لأحدهما أو لكليهما؟؟؟؟؟. وقد تم التبليغ للمقر الأصلي المذكور بمحضر سماعهما من باحث البداية طبق الفصل 8 من م. م. م. ت. ورجوع بطاقتي الإعلام بالبلوغ وقد توصل الأول بها حسب إمضائه ورجوع الثانية دون أن تُطلبNON RECLAME.

وحيث غفل القائمون بالحق الشخصي عن تعيين محل مخابرة بالطور الاستئنافي، كما لم يثبت أنهم اختاروا مقرا غير مقرهم الأصلي المذكور بمحضر الأبحاث الجزائية من خلال إعلام أو تنصيص على ذلك صلب المحاضر الموجهة في قضية الحال أو في قضايا أخرى. فطالما أراد الشخص مكانا آخر غير مقره الحقيقي ليمارس من خلاله حقوقه وواجباته فإنه يجب عليه إظهار هذه النية كتابة طبق ما اقتضته أحكام الفصل 7 المذكور ويكون ذلك إمّا بالتنصيص عليه صراحة بالاتفاقات وإمّا بالإعلام به حتى يكون معلوما لدى خصمه بصفة ثابتة. وبالتالي فإنّ ما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه من اعتبار مقر المحامي مقرا مختارا في جميع أطوار التقاضي هو اتجاه في غير طريقه لعدم تأسسه على ما له أصل ثابت بالملف ضرورة أنّ اختيار مقر المحامي كمقر مختار بالطور الابتدائي لا يقوم حجة قاطعة على اختياره مقرا مختارا دائما بدليل عدم التنصيص عليه بنسخة الحكم الاستئنافي وبمطلبي الإصلاح الواقع فيهما تدارك السهو عن ذكر نائبي القائمين بالحق الشخصي المؤرخين في 24/ 2/ 2016 و17/ 5/ 2016.

كما أن العبرة في حصول العلم للمقصود بالإعلام وهو ما تحقق في قضية الحال حسب المؤيدات المضافة وخاصة بطاقتي الإعلام بالبلوغ إذ تم التبليغ للمقر الأصلي المذكور بمحضر سماع القائمين بالحق الشخصي (المعقب ضدهما) المضمن بمحضر الأبحاث الجزائية طبق الفصل 8 من م. م. م. ت.

ورجوع بطاقتي الإعلام بالبلوغ وقد توصل الأول محمد الخماسي بها حسب إمضائه ورجوع الثانية دون أن تُطلبNON RECLAME

وحيث اقتضى الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويعتبر الخطأ بيّنا: 1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 من م. م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث غفلت الدائرة التعقيبية عن المقر الأصلي وترتب على هذه الغفلة خطأ بيّن آل إلى قضائها برفض مطلب التعقيب شكلا مما يجعل قرارها مؤسسا على خطأ بيّن يتمثل في الغلط الواضح المنصوص عليه بالفصل 192من م. م. م. ت. يتعين تصحيحه حفاظا على مصالح الأطراف من جهة وضمانا لحسن تطبيق قانون إجرائي له صلة بالنظام العام من جهة أخرى ».

قبول الخطأ البين في المادة الجزائية ـ التبليغ على معنى الفقرة 2 من الفصل 8 من م. م. م. ت.لا يوجب الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 387 بتاريخ 14 مارس 2019

«أ- مبدأ قبول الخطأ البين في المادة الجزائية

حيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على جواز الطعن بالخطأ البيّن في الإجراءات الجزائية وذلك بعد التحول القضائي الحاصل بقرار الدوائر المجتمعة عدد 297 الصادر بتاريخ 2/12/2011 الذي صدرت بعده عديد القرارات

التعقيبية المتواترة عن الدوائر المجتمعة أقرّت الفرضية المذكورة دون الرجوع فيها مطلقا.

وحيث أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الإجراءات الجزائية لا تتكون منهما مجموعتان منفصلتان كل الانفصال عن بعضهما بعضا ولذلك بات من الضروري عملا بوحدة القضاء المدني والجزائي أن يُستنجد بالأولى لسد الفراغ الذي قد يحصل في الثانية.

وحيث أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية تشكل والحالة ما ذكر قانون الحق العام في مادة الإجراءات الجزائية لذا يتعين تطبيقها لمعالجة الموضوع الذي يهم الدوائر المجتمعة النظر فيه الآن.

ب- مدى توفر الخطأ البيّن في القرار التعقيبي موضوع الطعن

حيث يطرح الإشكال القانوني حول مدى اعتبار اشتراط إضافة بطاقة الإعلام بالبلوغ لتبليغ مستندات الطعن بالتعقيب طبق الفقرة 2 من الفصل 8 من م. م. م. ت. وترتيب الرفض شكلا عن عدم الإدلاء بها والحال أن المشرع لم يشترط إضافتها إلا إذا حصل التبليغ طبق الفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل 8 المذكور خطأ بيّنا؟

وحيث يشترط المشرع إضافة الإعلام بالبلوغ إذا كان التبليغ تمّ على أساس إحدى الفقرتين 3 أو 4 من الفصل 8 من م. م. م. ت. فقد تضمنت الفقرة3 ما يلي «وإذا امتنع من وجده عن تسلم النظير يقع إيداعه في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائرته مقر الشخص المطلوب إعلامه»

وجاء بالفقرة 4 من ذات الفصل بأنه «وإذا لم يجد العدل المنفذ أحدا يترك له نظيرا من محضر الإعلام بالمقر ويودع نسخة أخرى في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائرته ذلك المقر».

وحيث أوجب المشرع في الحالتين توجيه مكتوب مضمون الوصول إلى المعني بالتبليغ مع إعلام بالبلوغ إلى مقره الأصلي أو بمقره المختار في ظرف أربع وعشرين ساعة.

وحيث استقر فقه القضاء على اقتصار الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ في صورة التبليغ على معنى الفقرتين 3أو 4 من الفصل8 فحسب. وهو ما أكدته **الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في قرارها عدد 323 المؤرخ في 52/ 2/ 2016 « وحيث يتضح أنّ مستندات الطعن في دعوى الحال تم تبليغها للمطعون ضدهما الثانية والثالث على معنى أحكام الفصل 8 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وخلا ملف القضية من إضافة علامتي البلوغ المتعلقة بهما على نحو مقتضيات أحكام الفقرتين الثالثة والرابعة منه وما تستوجبه أحكام الفقرة الخامسة من الفصل الثامن المذكور من الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ والإجراءات الأساسية في التبليغ وفقا للفقرة الثانية من الفصل 14 من م. م. م. ت. إذ يعتبر التبليغ بهذا النحو غير مكتمل الموجبات خاصة وأن المعقب ضدهم لم يحضروا ولم يردّوا عن الطعن»**.

وحيث أن الثابت من أوراق الملف أن تبليغ مستندات الطعن موضوع القرار المطعون فيه بالخطأ البين للقائم بالحق الشخصي مراد العوني إنّما تمّ إلى قريبة المقصود بالإعلام أحلام العوني صاحبة بطاقة تعريف وطنية عدد 08942899 بتاريخ 25/ 05/ 2005 التي عرفت بهويتها وتسلمت نظيرا من المستندات وأمضت طبق الفقرة من الفصل 8 من م. م. م. ت. التي لا يشترط فيها المشرع إضافة علامة البلوغ ولا حاجة لذلك.

وحيث تأسس القرار التعقيبي عدد 28070 الصادر في 22/ 11/ 2017 المطعون فيه والقاضي برفض مطلب التعقيب شكلا على أنّ تبليغ مستندات التعقيب من قبل عدل التنفيذ تحت عدد 11099 في 28/ 07/ 2015 للمعقب ضدهما القائمين بالحق الشخصي م. ب. وم.ع. تمت دون إرفاق محضر التبليغ بعلامة البلوغ المتعلقة بالمعقب ضده م.ع.

وحيث طالما لم ينضو التبليغ تحت طائلة الحالة 3 أو 4 من م. م. م. ت. فإنّه لا موجب لاشتراط إضافة علامة البلوغ سيما والفصل 8 من م. م. م. ت. لم يفرض

ذلك في صورة تسلم النظير محضر التبليغ من المقصود بالإعلام أو وكيله أو من هو في خدمته أو مساكن له طبق الفقرة 2 من الفصل 8 من م. م. م. ت.

وحيث عرف الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية مفهوم الخطأ البيّن وذلك بتحديد الحالات التي إذا توفرت إحداها بأحد قرارات محكمة التعقيب فإنّه يحصل فيه خطأ بين الذي نص بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر. ويُعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 م. م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث لم تتفطن الدائرة التعقيبية لهذا المعطى الإجرائي المهم المتعلق بالتبليغ على معنى الفقرة 2 من الفصل 8 من م. م. م. ت. والتي لا توجب أحكامه الإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ إلا في صورة الفقرتين الثالثة والرابعة وهو المدلول الدقيق للنص والعبارات الواضحة التي لا تستدعي تأويلا أو اجتهادا. فالأمر على ما هو عليه فإنّه لا حاجة لإضافة علامة البلوغ لانعدام الموجب القانوني.

وحيث ترتب على هذه الغفلة خطأ بيّن آل إلى قضائها برفض مطلب التعقيب شكلا مما يجعل قرارها مؤسسا على خطأ بيّن يتمثل في الغلط الواضح المنصوص عليه بالفصل 192من م. م. م. ت. يتعين تصحيحه حفاظا على مصالح الأطراف من جهة وضمانا لحسن تطبيق قانون إجرائي له صلة بالنظام العام من جهة أخرى ».

قبول الخطأ البين في المادة الجزائية ـ تحديد مناط الطعن من حيث الأطراف يُعدّ إجراء أساسيا

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 401 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث تطرح قضية الحال إشكالين، أولهما تمسك به المعقب ضده في قضية الحال ويتعلق بغياب سند قانوني يُخول الطعن في القرارات التعقيبية الجزائية بالخطأ البين (I)، وثانيهما يتصل بمعرفة مدى تحقق الخطأ البيّن في القرار التعقيبي موضوع طلب التصحيح (II).

I-قبول الطعن بالخطأ البين في القرارات التعقيبية الجزائية

حيث خلافا لما تمسك به المعقب ضده فقد استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على جواز الطعن بالخطأ البيّن في الإجراءات الجزائية وذلك بعد التحول القضائي الحاصل بقرار الدوائر المجتمعة عدد 297 الصادر بتاريخ 2/ 12/ 2011 والذي صدرت بعده عديد القرارات التعقيبية المتواترة عن الدوائر المجتمعة أقرّت الحل المذكور. وحيث أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الإجراءات الجزائية لا تتكون منهما مجموعتان منفصلتان كلّ الانفصال عن بعضهما البعض، ولذلك بات من الضروري عملا بوحدة القضاء المدني والجزائي أن يُستنجد بالأولى لسد الفراغ الذي قد يحصل في الثانية.

وحيث أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية تشكّل والحالة ما ذكر قانون الحق العام في مادة الإجراءات الجزائية لذا يتعين تطبيقها لمعالجة الموضوع الذي يهم الدوائر المجتمعة النظر فيه الآن.

II-مدى تحقق الخطأ البيّن في القرار التعقيبي موضوع طلب التصحيح

حيث إن الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن استثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في حدود نطاق ضيّق مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب متى توفرت حالة من الحالات الثلاث المنصوص عليها حصرا بالفصل 192 من م. م. م. ت. وهي:

أولا: إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

ثانيا: إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّره غير منطبق.

ثالثا: إذا شارك في القرار ممّن سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث ولئن لم يبيّن الطاعن على وجه الدقة الصورة المستند عليها، إلا أنه يتضح أن مطلب الطعن الحالي في القرار التعقيبي عدد 32797 تأسس على الصورة الأولى، أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث قضت محكمة القرار المطعون فيه بالرفض شكلا بناء على أنّ «القرار المطعون فيه صادر بين الحق العام والطاعن الآن بوصفه متهما لا غير ومع ذلك فإن الطاعن الآن سجل طعنه بالتعقيب ضد من لا صفة له في القرار المذكور أي ضد المكلف العام بنزاعات الدولة».

وحيث تطرح قضية الحال الإشكال القانوني التالي: هل أنّ القرار التعقيبي الجزائي القاضي برفض مطلب التعقيب شكلا بناءً على عدم توجيه الطعن على الحق العام وإنما على طرف آخر غير مشمول بالقرار الاستئنافي يُمثل خطأً بينا موجبا للتصحيح على معنى الفصل 192 أولا من م. م. م. ت.؟

وحيث تمسك نائب طالب التصحيح بأن مطلب التعقيب الجزائي وخلافا لمطلب التعقيب المدني ليس به تنصيصات وجوبية سوى التنصيص على اسم ولقب المعقب وعدد الحكم والمحكمة التي أصدرته وتاريخه، ولا لزوم للتنصيص على اسم أو صفة المعقب ضدّه سواء أكان الحق العام أو القائم بالحق الشخصي أو المتهم.

وحيث نص الفصل 261 فقرة أولى من م إ ج على أنه « يرفع الطعن بالتعقيب بعريضة كتابية تقدم مباشرة أو بواسطة محام إلى كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه. وإذا كان المعقب مسجونا فكبير حراس السجن هو المكلف بقبول المطلب وإحالته بدون تأخير على كتابة تلك المحكمة. والكاتب الذي يتلقى العريضة يوقعها وينص على تاريخ تقديمها ويقيدها حالا بدفتر خاص معدّ للغرض ويسلّم وصلا فيها متضمنا تاريخ تقديمها ويعلم بها فورا كتابة محكمة التعقيب بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا **ثم يعلم المعقّب ضدّه** ويحيل ملف القضية مرفقا بعريضة الطعن ونسخة من الحكم أو القرار المطعون فيه على كتابة محكمة التعقيب».

وحيث يُؤخذ من الفصل المتقدم ضرورة اشتمال عريضة الطعن تحديدا للطرف المطعون ضدّه. وقد اعتبرت محكمة التعقيب في أحد قراراتها أنّ «عدم تضمن عريضة التعقيب لذكر **اسم المعقب ضده** يمنع كاتب المحكمة من القيام بواجب الإعلام المفروض عليه بمقتضى الفصل 261 من مجلة الإجراءات الجزائية **والذي يهم النظام العام**». (قرار تعقيبي جزائي عدد 23627 مؤرخ في 6 جوان 1988، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1988، ص. 31.)

وحيث ومن جهة أخرى فقد أوجب الفصل 263 مكرر من نفس المجلة على محامي الطاعن أن يقدم إلى كتابة محكمة التعقيب في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ تسلمه نسخة من الحكم المطعون فيه من كتابة المحكمة التي أصدرته، وإلا سقط طعنه، نسخة من محضر إبلاغ مذكرة الطعن بواسطة عدل منفذ **إلى المعقب ضدهم باستثناء النيابة العمومية**.

وحيث إن توجيه الطعن بالتعقيب وفق الفصل المذكور يجب أن يكون على أطراف محددين، فيُقام الطعن بالتالي ممن له صفة على من له الصفة. ذلك أن الحكم الجزائي كغيره من الأحكام يتضمن أطرافا لكل منها صفته ويتعين وجوبا على من يطعن في الحكم أن يبين نطاق مرماه خاصة إذا تعددت الأطراف. فلا يُكتَفَى بذكر الحكم إذا تعددت أطرافه بل يجب أيضا أن يبين صلبه الطرف الموجه عليه الطعن.

وقد أكدت محكمة التعقيب على هذا التوجه في العديد من قراراتها من ذلك القرار عدد 50432/ 49986 بتاريخ 08/ 07/ 2010 (غير منشور): «وحيث إن الإجراء الذي لا تتوافر به جميع بياناته الجوهرية، وجميع التوقيعات الواجب إثباتها عليه، والذي لا يتم بالشكل المحدد في القانون، والذي لا يصدر عن الشخص صاحب الصفة في إصداره، والذي لا يتم بواسطة من له الصفة في إتمامه، **والذي لا يُوجه إلى من له الصفة في توجيهه لا يكون له وجود في الواقع** لأنه لا يتطابق مع نموذجه القانوني الوجوبي وبالتالي لا تتولد منه الآثار المحددة في هذه القاعدة لأنه يكون شيئا آخر لا يعرفه القانون».

وحيث فضلا على أنّ تحديد مناط الطعن بالتعقيب من حيث الأطراف يُعدّ إجراء أساسيا لارتباطه بوجوب احترام مبدأ المواجهة، فإنه وثيق الصلة أيضا

بنطاق نظر محكمة التعقيب من حيث الموضوع. فلفهم المقصود من الطعن لا بد من ذكر الجهة المعقب ضدها خاصة وأن محكمة التعقيب مكلفة حصرا بالنظر في حدود المطاعن المثارة.

وحيث بالرجوع إلى عريضة الطعن وكذلك محضر تبليغ مستندات الطعن بالتعقيب يتضح أن المتهم الطاعن قد وجه طعنه ضد المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة أملاك الدولة والشؤون العقارية، أي ضد من لم يكن طرفا في القرار الاستئنافي المطعون فيه، الأمر الذي يجعل قيامه على غير ذي صفة وكان بالتالي القضاء برفض الطعن شكلا رأيا اجتهاديا صائبا في تطبيق القانون الإجرائي يخرج بطبيعته عن الخطأ البين المترتب عن السهو والغفلة.

وحيث يتعين لذلك رفض مطلب التصحيح أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن ».

علاقة الطعن المرفوع من المحامي بالطعن المرفوع من المتهم شخصيا

قرار صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 405 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث يتمثل الإشكال القانوني المطروح في قضية الحال حول مدى تبعية الطعن بالتعقيب المرفوع من طرف المحامي في حق منوبه الذي احترم فيه جميع الشروط المنصوص عليها بالفصل 263 مكرر م ا ج، للطعن المرفوع من طرف المتهم شخصيا في نفس القضية؟

وحيث بالرجوع إلى أوراق الملف يتبين أنّ الطعن الذي تقدم به الأستاذ كمال بوبكر المناري محامي المتهم كان مستوفيا لجميع الموجبات القانونية، فقد تولى خلاص المعاليم القانونية حسب الوصل المضاف المؤرخ في 08/ 12/ 2015، وتسلم نسخة من الحكم المطعون فيه بتاريخ 23 مارس 2016 وقدم مستندات الطعن بتاريخ 19 أفريل 2016 حسب ما تثبته الوثيقة التي تحمل ختم محكمة التعقيب مرفوقا بأصل محضر تبليغ مذكرة تعقبيه عـ11089ـدد مؤرخة في 24/ 02/ 2016 ونسخة طبق الأصل من وصل في تسلم نسخة حكم بتاريخ 23/ 3/ 2016.

وحيث تبين من جهة ثانية أن مطلب التعقيب المرفوع من طرف المتهم شخصيا الذي لم يكن مستوفيا لما أوجبه القانون قد رسمت على ضوئه القضية عـ41239ـدد ووقع ضمه من طرف نفس الدائرة إلى القضية التعقيبية عـ41253ـدد موضوع الطعن الآن بالخطأ البين.

وحيث لئن لم يُعرّف المشرع المقصود بالخطأ البين، إلا أن فقه قضاء الدوائر المجتمعة استقر على حصر إمكانية التصحيح باعتباره إجراء استثنائيا في الغلط المترتب عن السهو والغفلة الذي لا يختلف اثنان في وجوده أو ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط. وبالتالي فإن الخطأ المقصود بالفصل المذكور آنفا هو الغلط الذي يخرج عن مناط اجتهاد المحكمة في فهم الوقائع أو في تطبيق القانون.

وحيث تأسس القرار التعقيبي المطعون فيه بالخطأ البين على مقولة وإنّ المتهم الذي قام بتعقيب الحكم الاستئنافي الصادر ضده في القضية عـ41239ـدد كان تسلم نسخة من الحكم المطعون فيه بتاريخ 29/ 02/ 2016 ولم يدل بمستندات الطعن في الآجال القانونية المنصوص عليها بالفصل 263 مكرر م ا ج، وأنّ تسلم الأستاذ كمال بوبكر المناري في حق نفس المتهم نسخة ثانية من الحكم وإدلائه بمستندات الطعن بالتعقيب في 19/ 4/ 2016 لا يصحح الإجراءات ويتعين تبعا لذلك رفض مطلب التعقيب شكلا.

وحيث لا جدال في أن الأسباب التي استندت عليها محكمة القرار المطعون فيه تتعلق باجتهاد في تفسير القانون وفهمه وتطبيقه، وبالتالي لا يدخل ضمن الخطأ البين ولا يمكن لذلك اعتماده سببا للطعن بهذه الوسيلة المحددة مجالاتها حصرا بمقتضى الفصل 192 من م. م. م. ت.

وحيث إن الرأي القانوني الذي أبدته الدائرة المطعون في قرارها بالخطأ البين ولو كان يمثل رأيا انفراديا، إلا أنه لا يُعد من قبيل الخطأ البين لأن هذا الأخير ينحصر مجاله في الأغلاط المادية الناتجة عن السهو والغفلة وما شاكل ذلك من الصور والحالات. أما وقد تعلق الأمر في قضية الحال باجتهاد معين في تطبيق القانون الإجرائي ليس إلا، فيتجه لذلك رفض مطلب التصحيح أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن ».

خلوّ الملف من مستندات التعقيب لعدم إضافتها من كتابة المحكمة

قرار الدوائر المجتمعة عدد 412 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث إن الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن استثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في حدود نطاق ضيّق مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب متى توفرت حالة من الحالات الثلاث المنصوص عليها حصرا بالفصل 192 من م. م. م. ت. وهي:

أولا: إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

ثانيا: إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّره غير منطبق.

ثالثا: إذا شارك في القرار ممّن سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث ولئن لم يبيّن الطاعن على وجه الدقة الصورة المستند عليها، إلا أنه يتضح أن مطلب الطعن الحالي في القرار التعقيبي عدد 57946 تأسس على الصورة الأولى، أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث قضت محكمة القرار المطعون فيه بالرفض شكلا بناءً على إخلال المُعقب بالإجراءات المنصوص عليها بالفصل 261 مكرر من م إ ج «بعدم تسلم نسخة الحكم في الأجل المحدد قانونا بعد أن وُجه له استدعاء من كتابة المحكمة للغرض في 16 مارس 2017 عدد 15/ 2017، وبقاء الملف خلوا من مستندات التعقيب مما يجعل طعنه قد سقط قانونا».

وحيث بالرجوع إلى أوراق الملف يتضح أن الطاعن قد احترم الموجبات القانونية لإجراءات الطعن بالتعقيب ضرورة أنه قد تسلم نسخة القرار الاستئنافي من المحكمة التي أصدرته في 30 مارس 2017 حسب ما يثبته أصل وصل تسلم نسخة حكم، أي في أجل شهر من تاريخ استدعائه الموافق ليوم 16 مارس 2017، كما أن تقديم مستندات التعقيب كان بدوره في أجل الشهر المنصوص عليه بالفصل 263 من م إ ج، وذلك مثلما يؤكده أصل كشف المؤيدات المُضاف والمختوم بطابع المحكمة وإمضاء الكاتب بها.

وحيث إن عدم إضافة المؤيدات المذكورة إلى ملف القضية من كتابة المحكمة حتى تتمكن المحكمة من النظر في مطلب الطعن كان أمرا خارجا عن إرادة الطاعن ولم يكن نتيجة خطأ ارتكبه، ولا يمكن تبعا لذلك تحميله تبعة خلل لا شأن له به.

وحيث اتجه تأسيسا على ما تقدم قبول مطلب تصحيح الخطأ البين أصلا وإبطال القرار التعقيبي عدد 57946 الصادر بتاريخ 25/01/2017 القاضي برفض مطلب التعقيب شكلا وإرجاع القضية إلى السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للإذن بإعادة نشرها أمام إحدى الدوائر التعقيبية مع الإعفاء ».

قبول الخطأ البين في المادة الجزائية- يوم العدّ لا يُعدّ
قرار الدوائر المجتمعة عدد 413 بتاريخ 4 جويلية 2019

«أ- مبدأ قبول الخطأ البين في المادة الجزائية

حيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على جواز الطعن بالخطأ البيّن في الإجراءات الجزائية وذلك بعد التحول القضائي الحاصل بقرار الدوائر المجتمعة عدد 297 الصادر بتاريخ 2/12/2011 الذي صدرت بعده عديد القرارات التعقيبية المتواترة عن الدوائر المجتمعة التي أقرّت الفرضية المذكورة دون الرجوع فيها مطلقا.

وحيث أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الإجراءات الجزائية لا تتكون منهما مجموعتان منفصلتان كل الانفصال عن بعضهما بعضا ولذلك بات من الضروري عملا بوحدة القضاء المدني والجزائي أن يُستنجد بالأولى لسد الفراغ الذي قد يحصل في الثانية.

وحيث أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية تشكل والحالة ما ذكر قانون الحق العام في مادة الإجراءات الجزائية لذا يتعين تطبيقها لمعالجة الموضوع الذي يهم الدوائر المجتمعة النظر فيه الآن.

ب- مدى توفر الخطأ البيّن في القرار التعقيبي موضوع الطعن

وحيث عرف الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية مفهوم الخطأ البين وذلك بتحديد الحالات التي إذا توفرت إحداها بأحد قرارات

محكمة التعقيب فإنّه يحصل فيه خطأ بيّن، نصّ بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 م. م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

كما خولت الفقرة الثانية من الفصل 193 من نفس المجلة للسيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب وتبعا لمطلب أحد الخصوم دعوة الدوائر المجتمعة للنظر في تصحيح خطأ بين حصل في أحد قرارات المحكمة.

وحيث اقتضى الفصل 263 مكرر من م إ ج أنه « على محامي الطاعن أن يقدم إلى كتابة محكمة التعقيب في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ تسلمه نسخة من الحكم المطعون فيه من كتابة المحكمة التي أصدرت ما يأتي، وإلا سقط الطعن:

1) مذكرة في مستندات الطعن تبيّن الإخلالات المنسوبة للحكم المطعون فيه.

2) نسخة من محضر إبلاغ مذكرة الطعن بواسطة عدل منفذ إلى المعقب ضدهم باستثناء النيابة العمومية.

وحيث حدد المشرع بموجب الفقرة 4 من الفصل 261 من م إ ج بداية احتساب أجل الثلاثين يوما وجعله ينطلق من تاريخ تسليم كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه نسخة من الحكم إلى الطاعن أو محاميه بعد استدعائه بالطريقة الإدارية.

وحيث يستنتج مما تقدم أنه على محامي الطاعن أن يقدّم إلى كتابة محكمة التعقيب في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ تسلمه نسخة من الحكم

المطعون فيه من كتابة المحكمة التي أصدرت مذكرة في أسباب الطعن بين الإخلالات المنسوبة للحكم المطعون به وإلّا سقط الطعن.

وحيث اقتضى الفصل 141 من مجلة الالتزامات والعقود أنه إذا قدّر الأجل بالأشهر اعتُبر الشهر ثلاثين يوما كاملة.

وحيث تبين من مظروفات القضية أن الأستاذة ن.ع. طعنت بتاريخ 17 أكتوبر 2014 في حق منوبها أ. ب. الحكم الاستئنافي الجناحي عدد4623 الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة في 9-10-2014 كما تبين أنها تسلمت نسخة من الحكم المطعون فيه من كتابة محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 13 جانفي 2015 حسبما يثبته «وصل في تسلم نسخة حكم» مؤرخ في التاريخ المذكور والمضمن تحت عدد 4974 والمضاف لملف القضية.

وحيث ثبت من مستندات التعقيب المقدمة من طرف الأستاذة ن.ع. طعنا في الحكم الاستئنافي المذكور أنّه تمّ تقديمها لكتابة محكمة التعقيب بتاريخ 29 جانفي 2015.

وحيث وترتيبا على ما سبق بيانه تكون المدة الفاصلة بين تاريخ تسلم محامية الطاعن نسخة من الحكم المطعون فيه وتاريخ تقديمها مستندات التعقيب واعتمادا على المبدأ القانوني المتمثل في أن يوم العد لا يعد، هي ستة عشر يوما وبذلك تكون مستندات التعقيب قد قدمت في الأجل القانوني المنصوص عليه بالفصل 263 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية وهو ثلاثون يوما.

وحيث بالرجوع إلى مستندات القرار التعقيبي المطعون فيه تبين أن الدائرة التي أصدرته عللت قضاءها برفض مطلب التعقيب شكلا بأن مستندات التعقيب قدمت لكتابة محكمة التعقيب بعد أجل الثلاثين يوما المنصوص عليه بالفصل 263 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية آخذة بعين الاعتبار أن الأستاذة نصرية بن عثمان تسلمت نسخة قانونية من الحكم المطعون فيه بتاريخ23-12-2014 وهو التاريخ الذي انطلقت منه الدائرة لاحتساب أجل الثلاثين يوما والحال أن التاريخ الصحيح لتسلم نسخة الحكم هو«13 جانفي 2015».

وحيث يتضح مما سلف بسطه أنّ دائرة القرار المطعــون فيه غفلت عن احتساب الأجل الصحيح لتقديم مستندات التعقيـب وترتــب على هذه الغفلة خطأ بيّن آل إلى قضائها برفض مطلب التعقيب شكلا ممـا يجعل قرارها مؤسسا على خطأ بيّن يتمثــل في الغلط الواضـح المنصوص عليه بالفصل 193 من م. م. م. ت. وهو ما يــتعين معـه تصحيحه».

سبق النّظر في الموضوع

قرار الدوائر المجتمعة عدد 415 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث إن الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن استثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في حدود نطاق ضيّق مراجعة قرار تعقيبـي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب متى توفرت حالة من الحالات الثلاث المنصوص عليها حصرا بالفصل 192 من م. م. م. ت. وهي:

أولا: إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

ثانيا: إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّره غير منطبق.

ثالثا: إذا شارك في القرار ممّن سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث أسس الطاعن مطلبه على الحالة الثالثة، أي مشاركة أحد القضاة في القرار التعقيبي المطعون فيه حال أنه سبق له النظر في الموضوع.

وحيث استقر فقه قضاء الدوائر المجتمعة على التأكيد أنه ولئن لم يعرف المشرع الخطأ البيّن كسبب يبرّر الطعن بالتعقيب كما لم يحدّد مفهوما لعبارة «سبق منه النظر في الموضوع»، فإنه مما لا جدال فيه أن إرساء هذه القاعدة يأتي في إطار تكريس مبدأ أساسي من المبادئ العامة المنظمة لمرفق العدالة المنصوص عليه بالفصل 103 من الدستور، والمتمثل في مبدأ حياد القاضي.» فأساس رغبة المشرع من خلال عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه إنما هو استبقاء مظهر الحياد لدى القاضي عند البت في النزاع». (قرار تعقيبي مدني عدد 257 صادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 22 فيفري 2007).

وحيث يُفضي هذا المبدأ إلى عدم صلاحية القاضي للنظر في قضية معينة لوجود صلة سابقة بينه والدعوى المعروضة عليه تبعا لسبق إبداء رأيه فيها، أي

وجود فكرة مسبقة لديه عن الدعوى يحتمل أن يميل للأخذ بها، وهو ما يُخلّ بموضوعيته وحياده، ويتعارض مع ما يُشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها، ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا، ولا يجد نفسه مدفوعا إلى التشبث برأيه الذي أبداه مخالفا بذلك مجرى العدالة.

وحيث إنّ سبق النظر في الموضوع هو قاعدة إجرائية، وبهذا المعنى فهي لا تفيد الإطلاق وإنما تُأوّل تأويلا ضيقا، ويبقى تقديرها من جهة أولى رهين توفّر شروط محددة، ومن جهة ثانية يُنظر فيها حالة بحالة وفقا لمعطيات وظروف كل قضية، ولا يكفي بالتالي مجرد الظاهر منع الجمع المتتالي للوظائف القضائية.

وحيث استقر فقه قضاء الدوائر المجتمعة على ضرورة توفر ثلاثة شروط لقيام حالة سبق النظر في الموضوع: (قرار عدد 345 بتاريخ 26/ 04/ 2018 وعدد 2015/ 350 بتاريخ 02/ 03/ 2017 وعدد 406 بتاريخ 14/ 02/ 2019).

1-أن يكون القاضي قد سبق أن أبدى رأيا في الدعوى المعروضة عليه.

2-أن يكون نظره في نفس المسار القضائي للقضية.

3-أن يتعلق الأمر بنفس موضوع القضية سواء بالنسبة إلى الوقائع أو السند القانوني أو الطلبات

وبتنزيل هذه الشروط على ملف قضية الحال يتبين أن القرار التعقيبي الجزائي عدد 55452 / 55451 / 55414 / 55217 المؤرخ في 2017/ 10/ 20 المراد تصحيح الخطأ البين فيه صدر طعنا في القرار الاستئنافي الجنائي عدد 22416 المؤرخ في 2016 / 11 / 15 من طرف المتهمين ه. وع. د.، وهو قرار لم يكن فيه القاضي السيد كمال دويك ضمن الهيئة التي أصدرته. كما لم يُشارك أيضا في الحكم الجنائي الابتدائي موضوعه.

وحيث يُؤخذ ممّا تقدّم أنّ القاضي السيد كمال دويك **لم يسبق منه الحكم في كامل المسار القضائي للملف الحالي**.

وحيث من جهة أخرى تمسك نائب طالبي التصحيح بأنّ المقصود بعبارة «الموضوع» الواردة بالفصل 192 من م. م. م. ت. هو مشاركة القاضي في النظر في نفس وقائع القضية بقطع النظر عن الحكم وأطرافه. فلئن سبق للقاضي السيد

كمال دويك النظر في قضية أخرى تهمّ متّهما آخر، إلا أنها تشترك مع قضية الحال في نفس الوقائع.

وحيث إن المقصود من المشاركة في القرار ممن سبق له النظر في «الموضوع» التي تعد خطأ بينا على معنى الفصل 192 من م. م. ت.، إنما هو مشاركة نفس القاضي وإبداء رأيه في مسألة قانونية أو واقعة قانونية لها تأثير على وجه الفصل في النزاع المعروض ثانية.

وحيث خلافا لما تمسك به نائب طالبي التصحيح فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقتضي أن لكل جريمة أركانها المستقلة بذاتها عن غيرها من الجرائم ولا يمكن أن يكون الحكم الصادر بالبراءة أو الإدانة في جريمة ما قرينة على البراءة أو الإدانة في جريمة أخرى، إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة كما في صورة جريمة الوشاية باطلا مثلا المنصوص عليها وعلى عقاب مرتكبيها بالفصل 248 من م ج التي يفترض ركنها المادي صدور حكم ابتدائي أو استئنافي قاض بعدم سماع الدعوى وترك السبيل.

وحيث وفيما عدا ذلك من الصور تبقى كل جريمة محافظة على استقلاليتها عملا بقرينة البراءة ومبدأ شخصية العقوبة اللذيْن كرسهما الدستور بالفصلين 27 و28.

وحيث أن هدف كل محاكمة عادلة في نهاية الأمر هو فصل المحكمة في جريمة بعينها تنسب لشخص بعينه بالإدانة أو البراءة، ولا يمكن أن نستخلص من مشاركة حاكم بعينه في حكم بعينه رأيه في جريمة أخرى تنسب لشخص آخر بمناسبة حكم آخر ولو اتحدت الوقائع.

وحيث ما يؤيد هذا الفهم اشتراط المشرع بالفصل 268 من م.إ.ج لمنع القاضي من المشاركة في النظر في مطلب التعقيب أن يكون شارك في **الحكم** الابتدائي أو **الحكم** الاستئنافي الصادرين في قضية قُدم في شأنها مطلب تعقيب. فعبارة «الحكم» واضحة لا لبس فيها ولا يمكن تحميلها أكثر مما تعنيه لتتسع وتصبح شاملة أيضا لوقائع القضية بقطع النظر عن الحكم وأطرافه لاسيما وأننا إزاء نص جزائي إجرائي لا يحتمل التأويل ولا القياس.

وحيث علاوة على ذلك فقد استعملت الصيغة الفرنسية للفصول 268 من م إج و190و192 و248 من م. م. م. ت. عبارة واحدة لترجمة عبارات «الحكم» و«القضية» و«الموضوع» و«النازلة»، وهي L'affaire الأمر الذي يؤكد أن المشرع إنما عنى بمجمل هذه العبارات حكما بعينه.

وحيث يترتب عما تقدم أن القاضي السيد كمال دويك **لم يكن قد سبق أن أبدى رأيا** في التهم المنسوبة للمتهمين طالبي التصحيح. فإن اتحدت وقائع القرار الاستئنافي عدد... مع وقائع القرار التعقيبي المطعون فيه، إلا أنهما **يختلفان سندا وأطراف وطلبات**.

وحيث اختلت والحالة ما ذكر جميع الشروط الواجبة للقول بوجود «مشاركة في القرار ممن سبق منه النظر في الموضوع» وفق الفصل 192 من م. م. م. ت. وما استقر عليه فقه قضاء الدوائر المجتمعة، وتعين لذلك رفض مطلب تصحيح الخطأ البين أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن ».

سبق النظر في الموضوع

قرار الدوائر المجتمعة عدد 76067/67068 بتاريخ 21 نوفمبر 2019

«أولا : في صحة تعهد الدوائر المجتمعة

حيث اقتضى الفصل 273 من م إج «إذا كان القرار بالنقض مع الإحالة وحكمت محكمة الإحالة بما يخالفه ثم وقع الطعن في هذا الحكم بنفس المطاعن الأولى فإن محكمة التعقيب المتألفة من دوائرها المجتمعة تتولى فصل الخلاف القائم بينها وبين محكمة الإحالة. وقـرارها في هذا الموضوع يكون واجب الاتباع من طرف محكمة الإحالة الثانية».

وحيث يتبين من الفصل المتقدم أنّ نظر الدوائر المجتمعة مشروط بتحقق شرطين متلازمين، أولهما وقوع الطعن في الحكم لنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا، وثانيهما مخالفة محكمة الإحالة لقرار النقض في خصوص المسألة القانونية التي استند إليها النقض.

الشرط الأول: وقوع التعقيب الثاني لنفس السبب

حيث طعن المعقبان الآن في القرار الاستئنافي عدد 7308 بتاريخ07/ 05/ 2015 وتمسكا ببطلان الحكم الابتدائي المطعون فيه لمشاركة قاض سبق له إبداء الرأي في القضية. فالقاضي السيد محرز الدوب شارك في الحكم في القضية بوصفه رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية حال أنه سبق أن قدم طلبات فيها بالطور الاستقرائي في إطار قرار دائرة الاتهام عدد 9846 المؤرخ في 29/ 05/ 2014 لما كان يشغل خطة مساعد للوكيل العام.

وحيث تم نقض القرار الاستئنافي المشار إليه استنادا للمطعن المذكور.

وحيث تسلط الطعن الحالي على نفس المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصل 248 من م. م. م. ت.، وتبعا لذلك فإن الطعن في الحكم قد تم لنفس السبب الذي تم النقض من أجله، فتحقق معه الشرط الأول لتعهد الدوائر المجتمعة على معنى الفصل 192 من م. م. م. ت.

الشرط الثاني: المسألة القانونية التي تسلط عليها النقض

حيث تبين بالاطلاع على القرار التعقيبي 33299 بتاريخ 07/ 04/ 2017 أن نقضه للقرار الاستئنافي عدد 7308 بتاريخ07/ 05/ 2015 قد تأسس على مشاركة قاض في هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم الجنائي الابتدائي والحال أنه سبق له أن أبدى رأيه في الملف بصفته ممثلا للنيابة العمومية لدى دائرة الاتهام وقدم طلبات لديها تمسك بها، وهو ما يمثل خرقا للفصل 248 من م. م. م. ت.

وحيث بتعهد محكمة الإحالة من جديد اعتبرت أن أحكام التجريح في الحكام تبقى خاضعة لمجلة الإجراءات الجزائية ولا مبرر للرجوع لمقتضيات الفصل 248 من م. م. م. ت. طالما خصصت مجلة الإجراءات الجزائية بابا كاملا للتجريح في الحكام بها في المادة الجزائية وأن التحجير الوحيد الصريح الوارد بمجلة الإجراءات الجزائية حول مشاركة من سبق له أن قدم طلبات سواء كانت كتابية أو شفاهية باعتباره قلم ادعاء في إصدار الحكم في الأصل، كان في مادة التعقيب بالفصل 268 من م إ ج، وباستثناء ذلك فإنه لا تجريح في قلم الادعاء وأنه لا قياس في مادة الإجراءات خاصة وأن النيابة العمومية لا تتجزأ وأن طلباتها تمثل وجهة نظر الادّعاء ولا تمثل رأيا شخصيّا. وطالما لم يمنع المشرع في باب إجراءات الاستئناف من سبق له لعب دور النيابة العمومية المشاركة في الحكم في

الأصل على غرار ما ورد في باب التعقيب فإنه لا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل 199 وتباعا الفصل 218 من ذات المجلة لتضيف أنه وعلى فرض توفر التجريح في شخص رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية فإن أحكام الفصل 298 من م إ ج تمنع التمسك بالتجريح بعد معرفة وجهه ومباشرة أي أعمال من الإجراءات وتقديم ملحوظات أمام القاضي المجرح فيه.

وحيث يتضح مما سبق أن محكمة الإحالة قد خالفت محكمة التعقيب في المسألة القانونية التي أوردتها بقرارها عدد 33299 بتاريخ 07/ 04/ 2017 والتي قضت بالنقض على أساسها.

وحيث وفي ظل وقوع التعقيب لنفس السبب الذي تم النقض من أجله أولا، واستنادا لثبوت مخالفة محكمة الإحالة للمسألة القانونية التي استند إليها النقض، فقد توفرت الشروط القانونية الموجبة لعرض الملف على الدوائر المجتمعة على معنى الفصل 273 من م إ ج.

ثانيا: في المسألة القانونية محل الخلاف

حيث تمحور الخلاف القانوني بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة في مسألتين اثنتين:

- مدى انطباق أحكام الفصل 248 من م. م. م. ت. على المادة الجزائية؟

- هل أنّ مشاركة قاضٍ في الحكم حال أنه سبق له لما كان ممثلا للنيابة العمومية بالطور الاستقرائي تقديم طلبات كتابية تمسك بها جلسة، يُعد سبق إعطاء رأي فيها؟

1 ـ مدى انطباق أحكام الفصل 248 من م. م. م. ت. على المادة الجزائية؟

حيث اعتبرت محكمة الإحالة في قرارها عدد 8689 الصادر بتاريخ 19/ 04/ 2018 أن أحكام التجريح في الحكام تبقى خاضعة لمجلة الإجراءات الجزائية ولا مبرر للرجوع لمقتضيات الفصل 248 من م. م. م. ت. طالما خصصت مجلة الإجراءات الجزائية بابا كاملا للتجريح في الحكام بها في المادة الجزائية.

وحيث إن القول بأن التجريح في القضاة في القضايا الجزائية يجب الرجوع فيه حصرا إلى مجلة الإجراءات الجزائية ولا مبرر لأي تطبيق لما ورد بمجلة المرافعات المدنية تضمّن:

- مُخالفة لمجلة الإجراءات الجزائية نفسها التي أوردت صراحة بالفصل 296: « المتهم أو القائم بالحق الشخصي أو غيرهما ممن شملته القضية **إذا ظهر له لسبب من الأسباب المبينة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية أن يجرح في حاكم** يجب عليه أن يقدم عريضة في ذلك إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف».

-خَلطا بين إجراءات التجريح وأسبابه. فلئن نصت مجلة الإجراءات الجزائية بالباب السادس منها المتضمن للفصول من 296 إلى 304 على إجراءات خاصة بالتجريح في المادة الجزائية، إلا أنها أحالت في خصوص أسباب التجريح إلى مجلة المرافعات المدنية. أي أن المشرع جعل من حالات التجريح المذكورة بمجلة الإجراءات المدنية هي النظام المشترك للتجريح في الحكام الذي يُحيل عليه بالنصوص الإجرائية الأخرى. فعلى غرار مجلة الإجراءات الجزائية فقد أحالت مثلا مجلة التحكيم بالفصل 22 منها أو مجلة الشغل بالفصل 228 صراحة إلى أسباب التجريح الواردة بالفصل 248 من م. م. م. ت.

وحيث إن مبدأ سريان قواعد الفصل 248 من م. م. م. ت. على المادة الجزائية قد استقر عليه فقه القضاء. فقد جاء مثلا بالقرار التعقيبي عدد 71786 الصادر بتاريخ 13/ 11/ 2018: « وحيث ولئن ورد الفصل 248 بمجلة المرافعات المدنية إلا أنه ينطبق على الإجراءات في المادة الجزائية بصريح عبارات الفصل 296 من م إ ج الوارد في باب التجريح في الحكام [...] وهو ما يؤكد أن أسباب التجريح الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وتحديدا بالفصل 248 الوارد في الباب السادس من المجلة تحت عنوان «التجريح في الحكام « ينطبق على الإجراءات في المادة الجزائية من حيث صور التجريح».

2ـ هل أنّ الممارسة المتتابعة لوظائف الادعاء العام والحكم يُمثل خرقا لواجب الحياد الموضوعي؟

حيث اعتبرت محكمة الإحالة أنّ مشاركة قاضٍ في الحكم في قضيةٍ حَال أنه سبق له لما كان ممثلا للنيابة العمومية بالطور الاستقرائي تقديم طلباتٍ كتابية فيها

لا يُعد سبقَ نظرٍ في الموضوع. وقد أسست هذا الموقف على مستندين اثنين، **أولهما** أنّ رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية الصادر عنها الحكم الابتدائي كان ممثلا للنيابة العمومية لدى دائرة الاتهام، لذلك لا يُمكن التجريح فيه تطبيقا لأحكام الفصل 297 من م إ ج الذي ينص على عدم قابلية التجريح في أعضاء قلم الادعاء العمومي.

أما الأساس الثاني فقد أكدت محكمة الإحالة بمقتضاه أنه وعلى فرض توفر التجريح في شخص رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية فإن أحكام الفصل 298 من م إ ج تمنع التمسك بالتجريح بعد معرفة وجهه، ومباشرة أيّ عمل من أعمال الإجراءات وتقديم ملحوظات أمام القاضي المجرح فيه.

***في خصوص عدم قابلية التجريح في قلم الادعاء العمومي:**

حيث أن ما جاء بالفصل 297 من م إ ج أنه «لا يقبل التجريح في أعضاء قلم الادعاء العمومي.» يقتضي عدم توجيه القدح بناء على الأسباب الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية في قلم الادعاء، والحال أنّ التجريح في ملف قضية الحال متّصل بعضو في القضاء الجالس انتصب للبت في أصل الملف وليس في ممثل النيابة العمومية، وسبب التجريح هو سبق إبدائه الرأي في القضية بصفته كان ممثلا للادعاء وقدم طلبات كتابية فيها. لذلك وخلافا لما تمسك به قُضاة الأصل فإن الفصل 297 من م إ ج لا يحول دون رفع هذا الإخلال المتصل بالنظام العام القضائي في حماية مبدأ حياد القاضي.

****في خصوص مباشرة الطاعن لأعمال الإجراءات مع علمه بالتجريح:**

حيث لا جدال في أنّ مبدأ حياد القاضي، أي عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه، يندرج ضمن أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التنظيم القضائي العدلي التونسي. فهو مرتبط من جهة أولى وثيق الارتباط بالعدل كقيمة، بل هو جوهر العدالة نفسها أو عنصرها الأساسي، ويشكل لذلك حجر الزاوية لمرفق القضاء العدلي. كما يُعد من جهة ثانية خاصية أساسية من خصائص حقوق الإنسان المتمثلة في الحق في محاكمة عادلة، والتزاما أخلاقيا محمولا على القاضي.

فقد أوجب الفصل 103 من الدستور التونسي على القاضي «**الالتزام بالحياد**». كما شدّدت العديد من المواثيق الدولية المُصادق عليها على هذا الواجب، من ذلك الفصل 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي أقرّ حق كل فرد في الالتجاء إلى «محكمة مستقلة و**حيادية**»، وكذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعترف منذ سنة 1948 بالحق في محاكمة عادلة من قاض مستقل و**محايد**.

وحيث تماشيا مع هذا الفهم فقد وردت الفقرة 5 من الفصل 248 من م. م. م. ت. المتصلة بسبق إبداء الرأي في صيغة التحجير المطلق صونا لمبدأ «الحياد الموضوعي» للقاضي بما يعني أنها مسألة متصلة بالنظام العام القضائي والإجراءات الأساسية ويترتب عن مخالفتها البطلان:» تحجر مباشرة الوظائف العدلية أصـــالة على «الحكام»: [...] خامسا: في النوازل التي... سبق منهم إعطاء رأي فيها».

وحيث إن محكمة الإحالة وعلى الرغم من أهمية هذا المبدأ الذي ارتقى به دستور 2014 وأنزله مكانة دستورية واتفقت المواثيق الدولية على كونيّته، فقد أوّلت استثناء العمل به الوارد بالفصل 298 من م إ ج تأويلا واسعا: «لا يقبل التجريح في الحاكم من الخصم الذي مع علمه بسبب التجريح باشر لديه عملا من أعمال الإجراءات أو قدم له ملحوظات في القضية بدون القيام بالتجريح».

فقد اعتبرت محكمة الإحالة أنّ «الدفع بالخلل الإجرائي المذكور تجريحا في أحد أعضاء الهيئة المصدرة للحكم المطعون فيه جاء بعد صدور الحكم وأنه لم تقع إثارته من المتهمين رغم مثولهم واستنطاقهم وإعذارهم وتولّي نائبيهم تقديم تقارير في شأنهم مما يجعل هذا الدفع غير متجه وغير مقبول».

وحيث إن تأويل القانون يجب أن يكون متناسبا تناسبا معقولا مع أهداف وغايات منظومة الإجراءات الجزائية. ذلك أنّ التأويل على النحو الذي ذهبت إليه محكمة الإحالة من شأنه أن يترتب عنه نزع صفة النظام العام على نص الفصل 248 خامسا من م. م. م. ت. ويُفرغه من محتواه رغم عمومية المنع وعبارات التحجير التي تضمنها. وحيث ولئن نص الفصل 298 من م إ ج على عدم قبول التجريح في الحاكم من الخصم إلا أنّه ربط ذلك **بثبوت علم** هذا الأخير بسبب التجريح وتولّيه رغم ذلك مباشرة أعمال الإجراءات لديه.

وحيث تبيّن بالاطّلاع على حيثيات قرار محكمة الإحالة أنها افترضت علم المعقبين الآن بالقدح في رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية افتراضا، حال أنه وإن تولى محاميهما فعلا تقديم ملحوظات في القضية بالطور الابتدائي والترافع فيها أمام رئيس الدائرة المذكور الذي سبق أن شغل في نفس القضية منصب الادعاء العام، فليس من المسلم به أنهما كانا في زمنه على علم بهويته الشخصية، كما ليس مُفترضا في لسان الدفاع معرفة هوية الحاكم خاصة إذا كانت المحكمة ذات تركيبة جماعية، فضلا على أنه لا يُمكن تحميله واجب العلم بأسماء جميع القضاة والخطط التي شغلوها سابقا.

وحيث تتدعّم هذه القراءة بالصياغة التشريعية التي تبناها الفصل 298 من م إ ج نفسه إذ أكد صراحة على أن التجريح لا يُقبل إلا متى باشر الخصم أعمال الإجراءات «**مع علمه**» أي رغم علمه وهو علم يجب إثباته ولا يقوم على الظن أو الاحتمال.

وحيث طالما لا شيء في الملف يثبت بصفة لا لبس فيها علم نائبي المتهمين بسبب التجريح فإنه لا يُمكن إسقاط أحد المبادئ التي يقوم عليها التنظيم القضائي واستبعاد ضمانة أساسية من الضمانات الإجرائية لحياد القاضي المرتبطة بالحق في المحاكمة العادلة. وتعين لهذا السبب تطبيق القواعد المتعلقة بسبق النظر في الموضوع كيفما استقر عليه فقه قضاء الدوائر المجتمعة.

وحيث استقر فقه قضاء الدوائر المجتمعة على التأكيد أنه » ولئن لم يعرف المشرع الخطأ البيّن كسبب يبرّر الطعن بالتعقيب كما لم يحدّد مفهوما لعبارة «سبق منه النظر في الموضوع»، فإنه مما لا جدال فيه أن إرساء هذه القاعدة يأتي في إطار تكريس مبدأ أساسي من المبادئ العامة المنظمة لمرفق العدالة المنصوص عليه بالفصل 103 من الدستور، والمتمثل في مبدأ حياد القاضي. فأساس رغبة المشرع من خلال عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه إنما هو استبقاء مظهر الحياد لدى القاضي عند البت في النزاع« (قرار الدوائر المجتمعة عدد 406 بتاريخ 14/ 02/ 2019، وعدد 415 بتاريخ 04/ 07/ 2019).

وحيث يُفضي هذا المبدأ إلى عدم صلاحية القاضي للنظر في قضية معينة لوجود صلة سابقة بينه والدعوى المعروضة عليه تبعا لسبق إبداء رأيه فيها، أي

وجود فكرة مسبقة لديه عن الدعوى يحتمل أن يميل للأخذ بها، وهو ما يُخلّ بموضوعيته وحياده، ويتعارض مع ما يُشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها، ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا، ولا يجد نفسه مدفوعا إلى التشبث برأيه الذي أبداه مخالفا بذلك مجرى العدالة.

وحيث إن سبق النظر في الموضوع هي قاعدة إجرائية، وبهذا المعنى فهي لا تفيد الإطلاق وإنما تُأوّل تأويلا ضيقا، ويبقى تقديرها من جهة أولى رهين توفر شروط محددة، ومن جهة ثانية يُنظر فيها حالة بحالة وفقا لمعطيات وظروف كل قضية، ولا يكفي بالتالي مجرد الظاهر منع الجمع المتتالي للوظائف القضائية.

وحيث لابد من توفر ثلاثة شروط لقيام حالة سبق النظر في الموضوع: (قرارات الدوائر المجتمعة عدد 345 بتاريخ 26/ 04/ 2018 وعدد 2015/ 350 بتاريخ 02/ 03/ 2017 وعدد 406 بتاريخ 14/ 02/ 2019، وعدد 415 بتاريخ 04/ 07/ 2019).

1-أن يكون القاضي قد سبق أن أبدى رأيا في الدعوى المعروضة عليه ثانية.

2-أن يكون نظره في نفس المسار القضائي للقضية.

3-أن يتعلق الأمر بنفس موضوع القضية سواء بالنسبة إلى الوقائع أو السند القانوني أو الطلبات».

وحيث بتنزيل هذه الشروط على ملف قضية الحال يتبين أن رئيس الدائرة الجنائية قد شارك في إصدار الحكم الابتدائي رغم سبق معرفته **لنفس موضوع القضية** ضمن **ذات المسار القضائي** لَمّا كان يشغل عضوا بالادعاء العام.

وحيث إن المشاركة ممّن سبق له النظر في الموضوع إنما هي مشاركة نفس القاضي وإبداء رأيه في مسألة قانونية أو واقعة قانونية لها تأثير على وجه الفصل في النزاع المعروض عليه ثانية. ذلك أنّ أساس رغبة المشرع من خلال عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه هو صون مبدأ الحياد الموضوعي للقاضي واستبقاء مظهره لديه عند البت في النزاع خشية أن يؤثر رأيه السابق على رأيه اللاحق.

وحيث إن تقديم القاضي السيد محرز الدوب للطلبات في قضية الحال في اتجاه الإدانة لمّا كان يُمثل النيابة العمومية لدى دائرة الاتهام وتمسكه بها جلسة،

يُعد إبداء رأيٍ منه ضرورة أنه كشف عن موقفه من القضية مما يمنعه بعد ذلك من الانتصاب مجددا للحكم فيها بأي صفة كانت لما لرأيه السابق من تأثير على وجه الفصل اللاحق في القضية، وهو ما من شأنه أن يُولد لدى المتقاضي إحساسا مبررا بعدم الأمان من ضمان الحياد الموضوعي للمحكمة.

وحيث نص الفصل 199 من م إ ج: « تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو للقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية. والحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه».

وحيث أضحى بذلك الحكم الابتدائي الجنائي الذي شارك ممن سبق منه إبداء رأيٍ فيه، باطلا وكان على محكمة الإحالة مُعاينة ذلك ثم تصحيحه والحكم في أصل القضية تطبيقا لأحكام الفصل 218 من م إ ج.

وحيث ترتيبا على ما تقدم فإن القرار الاستئنافي عدد8689 لما لم يفعل ذلك واعتبر بأنه لا مبرر للرجوع لمقتضيات الفصل 248 من م. م. م. ت. طالما خصصت مجلة الإجراءات الجزائية بابا كاملا للتجريح في الحكام في المادة الجزائية وأنّ النيابة العمومية لا تتجزأ وتمثل وجهة نظرها رأي الادّعاء لا رأيا شخصيا، يجعل قرارها مستهدفا للنقض والإحالة واتجه التصريح بذلك وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها».

التنصيص المنسوب لممثل النيابة العمومية على ظهر الملف إشارة إلى تعقيب الحكم لا يُمثّل طعنا قانونيا صادرا عنه في ظلّ عدم تلقيه من كاتب المحكمة

قرار الدوائر المجتمعة عدد 420 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث إن الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن استثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في حدود نطاق ضيّق مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب متى توفرت حالة من الحالات الثلاث المنصوص عليها حصرا بالفصل 192 من م. م. م. ت. وهي:

أولا: إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

ثانيا: إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّره غير منطبق.

ثالثا: إذا شارك في القرار ممن سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث تأسس القيام بمطلب تصحيح الخطأ البين في القرار التعقيبي عدد 60479 بتاريخ 12/ 04/ 2018 على الفقرة الثالثة أولا من الفصل 192 المذكور، أي لانبناء قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

حيث نص الفصل 261 من م إ ج:» يرفع الطعن بالتعقيب بعريضة كتابية **تقدم مباشرة أو بواسطة محام إلى كتابة المحكمة** التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه[...] والكاتب الذي يتلقى العريضة يوقعها وينص على تاريخ تقديمها ويقيدها حالا بدفتر خاص معدّ للغرض ويسلّم وصلا فيها متضمنا تاريخ تقديمها...».

وحيث أضاف الفصل 262 من نفس المجلة أنه «لا يقبل مطلب التعقيب فيما عدا صورة القوة القاهرة **إذا لم يقدم إلى كتابة المحكمة** التي أصدرت الحكم المطعون فيه في ظرف عشرة أيام من تاريخ الحكم الحضوري أو تاريخ الإعلام بالحكم المعتبر حضوريا على معنى الفقرة الأولى من الفصل 175 أو من تاريخ انقضاء أجل الاعتراض إذا كان الحكم غيابيا أو من تاريخ الإعلام بالحكم الصادر برفض الاعتراض...»

وحيث يُؤخذ مما تقدم أن المشرع قد أوجب على الطاعن بالتعقيب أو نائبه الحضور أمام كاتب المحكمة لرفع طعنه وذلك هو الدليل القانوني الذي يُرجع إليه للحسم في ثبوت تقديم الطعن من صاحب الشأن وفي صحة ترسيمه وذلك دفعا لكل جدل قد يثار حول هذا الأمر.

وحيث صدر الحكم المطعون فيه يوم 19/ 01/ 2016 وقد أشّر مساعد الوكيل العام على ظهر الملف بخط يده: «الحمد لله يعقب في 22/ 01/ 2016» ثم أمضى. في حين أن تلقي طعنه من قبل كاتب المحكمة لم يحصل منه إلا يوم 28/ 02/ 2017.

وحيث إن التنصيص المنسوب لممثل النيابة العمومية على ظهر الملف إشارة إلى تعقيب الحكم لا يُمثّل طعنا قانونيا صادرا عنه في ظل عدم تلقيه من كاتب المحكمة. وعليه فإن مطلب التعقيب المدوّن بخط يد ممثل الوكالة العامة والممضى عليه بقشرة الملف بتاريخ 22/ 01/ 2016 لا يمكن اعتماده ويبقى

المعتمد هو تلقي طعنه من قبل كاتب المحكمة بتاريخ 28/ 02/ 2017 التام خارج الأجل وبعد فواته.

وحيث وتأسيسا على ذلك فإن قضاء محكمة القرار المخدوش فيه برفض مطلب التعقيب شكلا يكون قد بني على أساس سليم من القانون ولم يلتبس بأيّ غلط بيّن يستوجب التدارك أو الإصلاح، وتعيّن لذلك رفض المطلب أصلا والحجز ».

قبول الطعن بالخطأ البين في القرارات الجزائية ـ رفض التعقيب شكلا استنادا على وصل تسليم تضمّن خطأ ماديا

قرار الدوائر المجتمعة عدد 426 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث تطرح قضية الحال إشكالين، أولهما تمسكت به نائبة المعقب ضده في قضية الحال ويتعلق بغياب سند قانوني يُخول الطعن في القرارات التعقيبية الجزائية بالخطأ البين (I)، وثانيهما يتصل بمعرفة مدى احترام مُعقب القرار المطعون فيه للآجال المنصوص عليها بالفصل 263 مكرر من م إج (II).

I-قبول الطعن بالخطأ البين في القرارات التعقيبية الجزائية

حيث خلافا لما تمسكت به نائبة المعقب ضده فقد استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على جواز الطعن بالخطأ البيّن في الإجراءات الجزائية وذلك بعد التحول القضائي الحاصل بقرار الدوائر المجتمعة عدد 297 الصادر بتاريخ 2/ 12/ 2011 الذي صدرت بعده عديد القرارات التعقيبية المتواترة عن الدوائر المجتمعة أقرّت الحل المذكور.

وحيث أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الإجراءات الجزائية لا تتكون منهما مجموعتان منفصلتان كل الانفصال عن بعضهما البعض، ولذلك بات من الضروري عملا بوحدة القضاء المدني والجزائي أن يُستنجد بالأولى لسد الفراغ الذي قد يحصل في الثانية.

وحيث أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية تشكّل والحالة ما ذكر قانون الحق العام في مادة الإجراءات الجزائية لذا يتعين تطبيقها لمعالجة الموضوع الذي يهم الدوائر المجتمعة النظر فيه الآن.

II-مدى توفر الخطأ البيّن في القرار التعقيبي موضوع الطعن

حيث انحصر الإشكال القانوني في قضية الحال حول مدى احترام المعقب في القضية عدد 67796 للآجال المنصوص عليها بالفصل 263 مكرر من م إ ج المتعلقة بتقديم مستندات التعقيب؟

وحيث لا جدال أنّ الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن استثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في نطاق معيّن مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب، وهو ما كرّسه المشرع بالفصل 192 من م. م. م. ت. الذي نص بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

2/ إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق.

3/ متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأنّ سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 من م. م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث عللت محكمة القرار المطعون فيه قرارها القاضي برفض مطلب التعقيب شكلا على أساس عدم احترام المعقب الآجال القانونية المنصوص عليها بالفصل 263 مكرر من م إ ج لتقديم مستندات التعقيب بعد ثبوت تسلمه الحكم في تاريخ 9/ 2/ 2016 وتقديم المستندات في تاريخ 13/ 12/ 2017، أي بعد أجل الشهر المنصوص عليه بالفصل المذكور سلفا.

وحيث بالرجوع إلى ما تضمنه الملف من أوراق يتبين أن الطعن بالتعقيب في الحكم الجناحي الاستئنافي عدد 99 الصادر عن المحكمة الابتدائية بباجة

بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي التابعة لها في تاريخ 10 نوفمبر 2017، ووقع تضمين المطلب تحت عدد 826.

وحيث ثبت من الاطلاع على نسخة وصل تسليم نسخة الحكم المؤرخة في 9/ 2/ 2016 أنه تم التنصيص صلبها على عدد تضمين مطلب التعقيب تحت عدد 826 وتاريخ إيداعه الموافق ليوم 10 نوفمبر 2017.

وحيث لا يمكن واقعا تسليم المعقب نسخة من الحكم المطعون فيه يوم 9 فيفري 2016 حال أن وصل التسليم ذاته يتضمن عددا لمطلب التعقيب وتاريخا لإيداعه يوم 10 نوفمبر 2017، ذلك أن تاريخ وصل تسليم المعقب نسخة من الحكم المطعون فيه يجب أن يتم بالضرورة في بتاريخ لاحق لتاريخ إيداع مطلب التعقيب، لأن كاتب محكمة الحكم المطعون فيه لا يتولى طبقا لأحكام الفصل 261 من م إ ج استدعاء المعقب للحضور لتسلم نسخة الحكم إلا بعد حصول الطعن بالتعقيب.

وحيث علاوة على ذلك فإنّ أصل الاستدعاء وأصل وصل تسلم نسخة حكم المضافين للملف والمسلمين من كتابة المحكمة الابتدائية بباجة يتضمنان تاريخ 9 فيفري 2018 وليس 9 فيفري 2016.

وحيث يُؤخذ مما تقدم أن الأمر لا يعدو أن يكون سوى خطأ مادي قد تسرب لوصل التسليم الصادر عن المحكمة الابتدائية بباجة بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي التابعين لدائرتها وذلك بالتنصيص غلطا على أن تاريخ التسليم يوافق يوم 9 فيفري 2016 حال أن التاريخ الفعلي يوافق يوم 9 فيفري 2018.

وحيث وتأسيسا على ذلك فإن قضاء محكمة القرار المخدوش فيه برفض مطلب التعقيب شكلا يكون قد بني على غلط واضح استوجب تداركه، ومن المتجه قبول مطلب تصحيح الخطأ أصلا وإبطال القرار التعقيبي عدد 67796 الصادر بتاريخ 31/ 05/ 2018 وإرجاع القضية إلى الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للإذن بإعادة نشرها أمام إحدى الدوائر التعقيبية وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه».

بداية احتساب أجل تقديم مستندات الطعن والأثر المترتب عن عدم احترامه

قرار الدوائر المجتمعة عدد 423 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على جواز الطعن بالخطأ البيّن في الإجراءات الجزائية وذلك بعد التحول القضائي الحاصل بقرار الدوائر المجتمعة عدد 297 الصادر بتاريخ 2/12/2011 الذي صدرت بعده عديد القرارات التعقيبية المتواترة عن الدوائر المجتمعة أقرّت الفرضية المذكورة دون الرجوع فيها مطلقا. **وصدرت عدة قرارات قبلت فيها محكمة التعقيب الخطأ البين بالمادة الجزائية.**

حيث تمثل الإشكال القانوني المطروح في قضية الحال حول بداية احتساب أجل تقديم مستندات الطعن والأثر المترتب عن عدم احترام هذا الأجل تطبيقا للفصلين 261 و263 من م ا ج.

وحيث يتجه التفريق بين صورتين نصت عليهما أحكام الفصلين 261 فقرة أخيرة م ا ج والفصل 263 مكرر م ا ج وهما فصلان متممان لبعضهما لورودهما في القسم الثاني المتعلق «بالإجراءات من الباب الأول المعنون « في التعقيب» كطريقة طعن غير عادية تضمنها الباب الثالث من مجلة الإجراءات الجزائية.

الصورة الأولى التي تضمنتها الفقرة الأخيرة من الفصل 261 م إج التي تنص...» وإذا لم يحضر الطاعن أو محاميه لتسلم نسخة الحكم المطعون فيه في أجل شهر من تاريخ استدعائه بأية وسيلة تترك أثرا كتابيا وتخلف عن تقديم مستندات التعقيب سقط الطعن».

من خلال قراءة هذه الفقرة من الفصل 261 م إ ج يتبين أنّ المشرع وضع شرطين هما:

* شرط عدم حضور الطاعن أو محاميه لتسلم نسخة الحكم المطعون فيه في أجل شهر من تاريخ استدعائه بأية وسيلة تترك أثرا كتابيا.

* شرط التخلف عن تقديم مستندات الطعن وهو شرط مستقل تماما عن شرط عدم الحضور.

وحيث ترتيبا على ذلك فإنّ أجل الشهر المنصوص عليه بالفصل 261 م ا ج يتعلق بتسلم نسخة الحكم المطعون فيه وعليه فاحتساب أجل الشهر يبتدِئ من تاريخ الاستدعاء الذي يرسله كاتب محكمة الاستئناف للطاعن أو محاميه لتسلم النسخة والذي يترك أثرا كتابيا ولا يتعلق البتة بتقديم مستندات التعقيب لأن هذه المسألة نضمها الفصل 263 مكرر م إ ج.

الصورة الثانية تضمنتها الفقرة الأولى من الفصل 263 مكرر التي تنص: «باستثناء النيابة العمومية على محامي الطاعن أن يقدم إلى كتابة محكمة التعقيب في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ تسلمه نسخة من الحكم المطعون فيه من كتابة المحكمة التي أصدرته ما يأتي وإلا سقط الطعن.

* مذكرة في أسباب الطعن تبين الإخلالات المنسوبة للحكم المطعون فيه.

وحيث يتضح وأن الفصل 263 مكرر م إج هو الذي استوعب حالة تقديم مستندات التعقيب بذكره بصريح العبارة على محامي الطاعن أن يقدم في أجل أقصاه 30 يوما من تاريخ تسلمه نسخة الحكم المطعون فيه وإلا سقط طعنه.

وحيث أن احتساب أجل تقديم مستندات الطعن يبتدِئ من تاريخ تسلم الطاعن نسخة من الحكم المطعون فيه وليس من تاريخ استدعائه لتسلم نسخة الحكم المذكور وهو المبدأ الذي أقره الفصل 263 م ا ج واستقر عليه فقه قضاء محكمة التعقيب.

وحيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه الآن بموجب مطلب تصحيح الخطأ البين يتضح أنه قد اعتمد في احتساب سريان آجال تقديم مذكرة مستندات التعقيب على تاريخ 15/ 02/ 2017 وهو تاريخ توجيه الاستدعاء للطاعن أو محاميه للحضور بالمحكمة لتسلم نسخة الحكم المطعون فيه وهو 16/ 03/ 2017 المضمن بأصل وصل في تسلم نسخة الحكم الذي يشهد فيه أن الأستاذ الوليد العايفية قد تسلم بهذا التاريخ نسخة الحكم المطعون فيه، وذلك في غضون الشهر المنصوص عليه بالفصل 261 من م ا ج باعتبار أن شهر فيفري به ثمانية عشر شهرا فقط.

وحيث قدم الأستاذ العايفية مذكرة في مستندات الطعن يوم 13/ 04/ 2017 بما يعني أنها قدمت في الآجال القانونية المنصوص عليها بالفصل 263 مكرر م ا

ج بعد ثبوت تسلمه لنسخة الحكم المطعون فيه في 16/ 3/ 2017 وذلك خلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المطعون فيه بقرارها القاضي برفض مطلب التعقيب شكلا والحال أنه مقبول من هذه الناحية.

وحيث يؤخذ من هذه المعطيات أن محامي الطاعن قد تسلم نسخة من الحكم المعقب بتاريخ 16/ 03/ 2017 حسب ما هو مدون بأصل وصل التسليم وقدم مستندات التعقيب بتاريخ 13/ 04/ 2017 بما يجعلها في الأجل القانوني وبذلك يكون القرار التعقيبي الجزائي القاضي برفض التعقيب شكلا قد انبنى على غلط واضح يستوجب تصحيحه ».

يجب أن يبلغ الاستدعاء بتسلم نسخة الحكم بصورة فعلية

قرار الدوائر المجتمعة عدد 417 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على جواز الطعن بالخطأ البيّن في الإجراءات الجزائية وذلك بعد التحول القضائي الحاصل بقرار الدوائر المجتمعة عدد 297 الصادر بتاريخ 2/ 12/ 2011 الذي صدرت بعده عديد القرارات التعقيبية المتواترة عن الدوائر المجتمعة أقرّت الفرضية المذكورة دون الرجوع فيها مطلقا. **وصدرت عدة قرارات قبلت فيها محكمة التعقيب الخطأ البين بالمادة الجزائية.**

حيث انحصر الإشكال القانوني حول مدى ثبوت تسلم المتهم أو نائبه استدعاء لتسلم نسخة الحكم تطبيقا للفصل 261 م ا ج حتى يتم تفعيل الآجال المنصوص عليها بالفصل 263 من نفس المجلة ورفض التعقيب شكلا كلما تمّ تقديم المستندات خارج أجل الشهر؟

وحيث نص الفصل 261 فقرة 4 م ا ج أنّه «على كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه استدعاء الطاعن أو محاميه حسب الحالة بالطريقة الإدارية وتسليمه نسخة من الحكم المطعون فيه مقابل وصل يتضمن تاريخ التسليم يضيفه إلى ملف القضية».

وحيث نص من جهته الفصل 263 مكرر من نفس المجلة أنّه «على محامي الطاعن أن يقدم إلى كتابة محكمة التعقيب في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ

تسلمه نسخة من الحكم المطعون فيه من كتابة المحكمة التي أصدرته ما يأتي وإلا سقط الطعن:

- مذكرة في أسباب الطعن...»

وحيث يتضح من مظروفات الملف أنّ كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم الاستئنافي المعقب وجه استدعاء لنائبة المعقب الآن لتسلم نسخة من الحكم المراد تعقيبه وذلك بالطريقة الإدارية مثلما ذلك مثبت بالاستدعاء عدد 20539 المؤرخ في 19 سبتمبر 2018.

وحيث لم يثبت أنّ الاستدعاء المذكور قد بلغ حقيقة وبصورة فعلية إلى المعقب الآن أو نائبته حتى يتمكن من تسلم نسخة الحكم المراد تعقيبه وتقديم مستندات تعقيبه في أجل شهر من تاريخ تسلمه لذلك الحكم خصوصا وأنّ الفصل 261 يشترط «**الأثر الكتابي**» وحيث طالما لم يثبت من مظروفات الملف أنّ المعقب الآن أو نائبته قد تسلم فعليا الاستدعاء في تاريخه حتى يتسنى له مستنداته في الآجال القانونية فإنّ القضاء يرفض تعقيبه شكلا في غير طريقه قانونا. وحيث تكون الدائرة التعقيبية والحالة ما ذكر قد أخطأت خطأ بينا لوقوعها في غلط واضح تمثل في ترتيب أثر قانوني على مجرد استدعاء ليس ثمة ما يفيد بلوغه إلى الطاعن أو نائبته فعليا وقانونيا كتوفر وصل قانوني في الغرض.

وحيث أساءت الدائرة والحالة ما ذكر تطبيق أحكام الفصلين 261 و263 مكرر المذكورين وكان من الأجدر الإذن بإعادة تبليغ الاستدعاء إلى الطاعن طبقا للقانون وإتاحة الفرصة إليه لتقديم مستنداته.

وحيث يتجه تأسيسا على كل ما سلف بيانه طلب قبول مطلب تصحيح الخطأ البين شكلا وأصلا بقبول المطلب وإبطال القرار التعقيبي المطعون فيه وإرجاع القضية للدائرة المعنية للنظر في الأصل.

النيابة العمومية غير مُلزمة بتبليغ مذكرة الطعن إلى المعقب ضده

قرار الدوائر المجتمعة عدد 419 بتاريخ 4 جويلية 2019

«حيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على جواز الطعن بالخطأ البيّن في الإجراءات الجزائية وذلك بعد التحول القضائي الحاصل بقرار الدوائر المجتمعة عدد 297 الصادر بتاريخ 2/12/2011 الذي صدرت بعده عديد القرارات التعقيبية المتواترة عن الدوائر المجتمعة أقرّت الفرضية المذكورة دون الرجوع فيها مطلقا. **وصدرت عدة قرارات قبلت فيها محكمة التعقيب الخطأ البين بالمادة الجزائية.**

حيث انحصر الإشكال القانوني حول مدى إلزام المشرع النيابة العمومية ممثلة في الوكالة العامة ببنزرت بالمقتضيات الإجرائية للفصل 261 م ا ج »...ثم يعلم المعقب ضده ويحيل ملف القضية مرفقا بعريضة الطعن ونسخة من الحكم أو القرار المطعون فيه على كتابة محكمة التعقيب»؟

وحيث أسست محكمة التعقيب قرارها المطعون فيه بالخطأ البين مخالفا لأحكام الفصل 262 من م. ا. ع. ضرورة أنّ هذا الفصل قد رتب جزاء سقوط الطعن في صورة عدم إعلام المتهمين والمسؤولين مدنيا إذا كان الطعن صادرا عن وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب طبق شروط الفصل 258 م إ ج فقرة سادسة وفي أجل ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وهو أمر غير متوفر في قضية الحال ضرورة أنّ الطعن قد قام به الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف ببنزرت وبالتالي فإنّ المشرع لم يرتب أيّ أثر على عدم إعلام أحد أطراف القضية بوقوع الطعن حسب ما نصت عليه أحكام الفصل 261 م ا ج.

وحيث أن المشرع أعفى النيابة العمومية على غيرها من الطاعنين من تبليغ مذكرة الطعن إلى المعقب ضدهم وفق ما ورد بنص الفصل 263 مكرر «**باستثناء النيابة العمومية على محامي الطاعن أن يقدم إلى كتابة محكمة التعقيب في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ تسلمه نسخة من الحكم المطعون فيه من كتابة المحكمة التي أصدرته ما يأتي وإلا سقط الطعن.**

– مذكرة من أسباب الطعن تبين الإخلالات المنسوبة للحكم المطعون فيه.
– نسخة من محضر إبلاغ مذكرة الطعن بواسطة عدل منفذ إلى المعقب ضدهم باستثناء النيابة العمومية...».

وحيث ومن باب التطبيق السليم لأحكام الخطأ البين الذي استقر الفقه وفقه القضاء على اعتباره وسيلة طعن استثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في نطاق معيّن مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب، وهو ما كرّسه المشرع بالفصل 192من م. م. ت. الذي نص بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 من م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث أن ما نعته الطاعنة على القرار التعقيبي المطعون فيه لا يمكن بحال أن ينضوي تحت حالات الخطأ البين الذي استقر الفقه وفقه القضاء على اعتبار انحصار مفهومه في حصول خطأ واضح غير مختلف فيه ولا يمكن أن ينضوي حينئذ ضمنه من الأخطاء الواقعة التي تدخل تحت باب الاجتهاد أو الفهم أو التأويل وإلّا أضحى مراجعة تنسف كل النظرية التي يقوم عليها التشريع الإجرائي كما أنّ الصبغة الاستثنائية لطلب تصحيح الخطأ البين تحجر كل توسع في الحالات الواردة على سبيل الحصر.

وحيث تأكيدا على الصبغة الاستثنائية للطعن فقد نص المشرع ضمن المطة الأولى من الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أنّ قرار الرفض شكلا يجب أن يكون مبنيا على خطأ واضح وهو حينئذ يفترض وقوع

الأخطاء مبدئيا لكنه لا يقر منها سندا مشروعا لطلب التصحيح إلّا ما كان منها مندرجا ضمن صنف الخطأ الواضح بما يعني بداهة أنّه يستثني من ضمنها الأخطاء الناتجة عن الاجتهاد أو الفهم أو التأويل وإن كان رأيا منفردا أو مخالفا لما استقر عليه التطبيق.

وحيث كان الرفض شكلا ينطوي على اجتهاد من الدائرة التعقيبية، مما يتعين معه رفض الطعن بالخطإ البيّن أصلا ».

قبول الخطأ البين في المادة الجزائية ـ لا يتم تبليغ مستندات الطعن بالتعقيب إلا لمن شملته عريضة الطعن

قرار الدوائر المجتمعة عدد 434 بتاريخ 4 جويلية 2019

«أ-مبدأ قبول الخطأ البيّن في المادة الجزائية:

حيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على جواز الطعن بالخطأ البيّن في الإجراءات الجزائية وذلك بعد التحول القضائي الحاصل بقرار الدوائر المجتمعة عدد 297 الصادر بتاريخ 2/12/2011 الذي صدرت بعده عديد القرارات التعقيبية المتواترة عن الدوائر المجتمعة أقرّت الفرضية المذكورة دون الرجوع فيها مطلقا. **وصدرت عدة قرارات قبلت فيها محكمة التعقيب الخطأ البين بالمادة الجزائية.**

ب-مدى توفر الخطأ البيّن في القرار التعقيبي موضوع الطعن:

وحيث عرف الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية مفهوم الخطأ البين وذلك بتحديد الحالات التي إذا توفرت إحداها بأحد قرارات محكمة التعقيب فإنه يحصل فيه خطأ بيّن، نصّ بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويُعتبر الخطأ بيّنا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح...».

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح.

وحيث لم يعرف المشرع الغلط الواضح الوارد بالفصل 192 من م. م. م. ت.، إلّا أن نيّته اتجهت إلى أن يجعل منه سببا يبيح التعقيب على التعقيب ولا ينتج إلا على حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

حيث اقتضى الفصل 263 مكرر من م إ ج أنه « على محامي الطاعن أن يقدم إلى كتابة محكمة التعقيب في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ تسلمه نسخة من الحكم المطعون فيه من كتابة المحكمة التي أصدرته ما يأتي وإلا سقط الطعن:

1) مذكرة في مستندات الطعن تبيّن الإخلالات المنسوبة للحكم المطعون فيه.

2) نسخة من محضر إبلاغ مذكرة الطعن بواسطة عدل منفذ إلى المعقب ضدهم باستثناء النيابة العمومية.

حيث استند الطعن إلى كون محكمة التعقيب أخطأت لما اعتبرت أنّه لم يقع تبليغ مستندات التعقيب للقائمين بالحق الشخصي باعتبار أنّ الطعن كان ضد الحق العام فقط. وبالرجوع إلى ملف القضية يتضح أنّ مطلبي التعقيب المرفوعين من الطاعنين ضد الحكمين الاستئنافيين عدد 8617 وعدد 8619 انحصر فقط في الدعوى العمومية ولم يشمل الدعوى المدنية ضرورة أنّ مطلبي الطعن ومن بعدها مستندات التعقيب لم تُوجه ضدّ القائمين بالحق الشخصي وبالتالي فإنّ الطاعنيْن معفيان من إبلاغ مستندات الطعن.

وحيث أنّ المحكمة لما أدرجت القائمين بالحق الشخصي ضمن قائمة المعقب ضدهم فإنّ ذلك يعدّ من قبيل السهو الذي يدخل في باب الخطأ البين، وأن قرار المحكمة برفض التعقيب شكلا كان نتيجة حتمية لهذا الخطأ.

وحيث لا يتم تبليغ مستندات الطعن بالتعقيب إلا لمن شملته عريضة الطعن، وهو ما تبنته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في قرارها عدد 416 الصادر في باب الخطأ البين والمؤرخ في 14 فيفري 2019.

وحيث يتضح بالرجوع لمظروفات الملف وخاصة مطلب التعقيب المقدم من المحامي في حق منوبيه المتهمين المضمن بمحكمة الاستئناف بنابل في 09سبتمبر 2016 تحت عدد 8617 وكذلك مطلب التعقيب المقدم من المحامي... في حق منوبه المتهم ب. خ. والمضمن كذلك بمحكمة الاستئناف

بنابل في 15سبتمبر 2016 تحت عدد 8619 أنهما حصرا مطلبي التعقيب في الدعوى العمومية دون الدعوى المدنية بصريح المطلبين.

وحيث بناء على ذلك فإنّ رفض الدائرة التعقيبية المطعون في قرارها لتلك المطالب شكلا بمقولة إنّ الطاعنين لم يستدعيا القائم بالحق الشخصي ولم يبلغاه مستندات التعقيب طبق الفصل 263 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية بات مبنيا على غلط واضح وجب تصحيحه من قبل الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب إعمالا لمقتضيات الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وحيث لم تتفطن الدائرة التعقيبية لهذا المعطى الإجرائي الهام وترتب على هذه الغفلة خطأ بيّن آل إلى قضائها برفض مطلب التعقيب شكلا مما يجعل قرارها مؤسسا على خطأ بيّن يتمثل في الغلط الواضح المنصوص عليه بالفصل 192من م. م. م. ت. وهو ما يتعين معه تصحيحه».

مطلب القيام بالحق الشخصي المقدم في الطور الاستقرائي لا يتواصل إلى الطور الحكمي ـ جواز تقديم كل من المطلب والطلبات في تقرير موحد للمحكمة

قرار الدوائر المجتمعة عدد 12982 بتاريخ 21 نوفمبر 2019

«في صحة تعهد الدوائر المجتمعة :

حيث اقتضى الفصل 273 من مجلة الإجراءات الجزائية أن القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع القضية للحالة التي كانت عليها قبل الحكم المنقوض وذلك في حدود ما قبل من المطاعن. وإذا كان القرار بالنقض مع الإحالة وحكمت محكمة الإحالة بما يخالفه ثم وقع الطعن في هذا الحكم بنفس المطاعن الأولى فإن محكمة التعقيب المتألفة من دوائرها المجتمعة تتولى فصل الخلاف القائم بينها وبين محكمة الإحالة. وقرارها في هذا الموضوع يكون واجب الاتباع من طرف محكمة الإحالة الثانية.

وحيث قضت محكمة الإحالة بما خالف قرار محكمة التعقيب وأصرت على رأيها في خصوص المسألة القانونية الواقع النقض من أجلها والمتعلقة بتأويل أحكام الفصل 39 من م إ ج معتبرة أن مطلب القيام بالحق الشخصي

المقدم في طور التحقيق لا يستمر إلى الطور الحكمي وأنه يجب تقديم مطلب ثان مستقل تحدد فيه الطلبات المالية، فيما اعتبرت محكمة التعقيب أن القيام بالحق الشخصي في الطور الاستقرائي يعفي صاحبه من تقديم مطلب مستقل لدى محكمة الموضوع طالما لم يتغير مركزه القانوني وأن صفة القائم بالحق الشخصي تستمر وتظل قائمة من الطور الاستقرائي إلى الطور الحكمي طالما لم يشترط المشرع تقديم مطلب جديد في كل مرحلة.

وحيث أسست المعقبة طعنها الحالي على نفس السبب القانوني الذي سبق من أجله الطعن أمام محكمة القانون والتي خالفت محكمة الإحالة قرارها بما انعقد معه التعهد السليم لهذه المحكمة بدوائرها المجتمعة وفق مقتضيات الفصل 273 من م إ ج.

عن جميع المطاعن لارتباطها واتحاد القول فيها:

حيث فصل المشرع بين المرحلة الاستقرائية والمرحلة الحكمية وأرسى استقلاليتهما سواء من حيث التبويب أو من حيث أحكام الإجراءات المتبعة في كليهما واقتضى الفصل 39 من مجلة الإجراءات الجزائية في نفس هذا الإطار أنه يقع القيام بالحق الشخصي بمقتضى مطلب كتابي ممضى من الشاكي أو نائبه ويقدم بحسب الأحوال إلى وكيل الجمهورية أو حاكم التحقيق أو المحكمة المتعهدة بالقضية.

وحيث عملا بأحكام الفصل 39 المذكور فإن تقديم مطلب القيام بالحق الشخصي يمثل إجراء شكليا يمكّن المتضرر من متابعة القضية بصفته طرفا فيها ومن ممارسة حق الطعن في القرارات أو الأحكام الصادرة في شأنها، وإن التأويل السليم لمقتضياته لا يمكن أن يكون بالرجوع إلى وضع اللغة وروح النص وموقعه في المجلة إلا في اتجاه مزيد دعم وتكريس استقلالية الطورين المذكورين بالنظر إلى اختلاف الجهة المتعهدة وإجراءات التعهد من ناحية أولى واختلاف موضوع المطلب وهدفه من ناحية ثانية كاختلاف الآثار المترتبة عنه في كل منهما من ناحية ثالثة.

وحيث بناء على ما سلف بسطه فإن مفعول المطلب المقدم في الطور الاستقرائي الذي يتجسم دور القائم بالحق الشخصي فيه في معاضدة دور النيابة

العمومية في الكشف عن الجريمة ومرتكبها لا يتواصل إلى الطور الحكمي الذي يقتصر دوره فيه على طلب التعويض في إطار دعوى مدنية بحتة لا علاقة لها بالدعوى الجزائية إلا من حيث تبعيتها لها في وجودها أو انقضائها وهو ما يفرض تقديم المطلب المتعلق بها كتابيا في الطور المعني به وإلى الجهة المتعهدة به.

وحيث ولئن تمحورت المسألة الخلافية الأساسية بين محاكم الأصل ومحكمة القانون حول تأويل أحكام الفصل 39 من م إ ج ومدى وجوبية تقديم مطلب كتابي مستقل في القيام بالحق الشخصي في الطور الحكمي حال وجود مطلب سابق مقدم في الطور الاستقرائي وكان موقف محكمة الأصل من هذه الناحية متجها من حيث المبدإ، فإن تعليل محكمة التعقيب لنقضها القرار الاستئنافي السابق لم يقتصر على اعتبار أن المطلب المقدم في الطور الاستقرائي كاف وإنما تأسس أيضا على معاينة وجود تقرير مقدم من المعقبة تضمن طلب قبول القيام بالحق الشخصي مع تحرير الطلبات الأمر الذي اكتفت محكمة القرار المنتقد في شأنه بتسجيل غياب مطلب مستقل مقدم في الطور الحكمي.

وحيث تبين بالاطلاع على تقرير نائب المعقبة المقدم في الطور الحكمي الابتدائي وتحديدا بجلسة يوم 19/ 06/ 2009 أنه تضمن طلب تسجيل القيام بالحق الشخصي وقبوله شكلا تلاه تحرير الطلبات المتعلقة بالتعويضات المالية بما يكون معه قد استوفى شرطي الفصل 39 المشار إليهما.

وحيث وفضلا عما مثله موقف محكمة القرار المنتقد من تزيد على نص الفصل 39 من م إ ج وسوء تطبيق له باعتباره لم يشترط صيغة معينة في مطلب القيام بالحق الشخصي ما عدا الكتابة والإمضاء وتقديمه في كل طور على حدة بصفة مستقلة عن الطور السابق بحسب الجهة المتعهدة سواء كانت وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أو المحكمة ولم يمنع بالتالي تقديم كل من المطلب والطلبات في تقرير موحد للمحكمة المتعهدة في الطور الحكمي، فقد انطوى قضاؤها على نحو ما ذكر على قصور في التعليل علاوة على ما شاب تجاهلها لمحتوى التقرير المذكور من تحريف للوقائع وهي أسباب موهنة لقرارها من هذه الناحية.

وحيث تبعا لما تقدم بات من المتجه نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة المصدرة له لإعادة النظر فيها بهيئة مغايرة ».

المانع المادي المعلّق لمدة التقادم

قرار الدوائر المجتمعة عدد 48996/47891/47889 بتاريخ 20 جوان 2019

«أولا: في صحة تعهد الدوائر المجتمعة

حيث نص الفصل 273 من م إ ج أن «القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع القضية للحالة التي كانت عليها قبل الحكم المنقـوض وذلك في حدود ما قبـل من المطاعن. وإذا كان القرار بالنقض مع الإحالة وحكمت محكمة الإحالة بما يخالفه ثم وقع الطعن في هذا الحكم بنفس المطاعن الأولى فإن محكمة التعقيب المتألفة من دوائرها المجتمعة تتولى فصل الخلاف القائم بينها وبين محكمة الإحالة».

وحيث تبين أنّ القرار المطعون فيه قد صدر عن المحكـمة التي تعهدت بالموضوع بمقتضى إحالة من إحدى الدوائر المختصة بالنظر في القضايا العسكرية بمحكمة التعقيب لكنها لم تسايرها الرأي وأصرت على وجهة نظرها في خصوص المسألة القانونية الواقـــع النقض من أجلها فوقع الطعن في قرارها من جديد بالاعتماد على نفس المطاعن وبذلك أضحى الخلاف واقعا في مناط اختصاص الدوائر المجتمعة وفق أحكام الفصل 273 المشار إليه.

ثانيا: في المسألة القانونية محل الخلاف

حيث يتعين بدءًا الحسم في المسألة القانونية المتعلقة بتحديد مفهوم المانع المادي المُعلق لسقوط الدعوى العمومية، وهي مسألة اتفقت فيها محكمة الاستئناف الأولى ومن بعدها محكمة الإحالة بصفة تتعارض مع موقف دائرة محكمة التعقيب التي قضت بالنقض.

وحيث قضت دائرة القرار المطعون فيه بتأييد قرار ختم البحث وردت الدفع المتعلق بسقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن بمقولة إنّ الدعوى العمومية العسكرية كانت في ذلك التاريخ بيد وزير الدفاع وطالما أن المتهم عبد العزيز بن ضياء هو من كان يشغل خطة وزير للدفاع الوطني فلا يُمكن تصور أن يأذن بتتبع نفسه أو غيره في قضية الحال. كما أن خلفه من وزراء الدفاع لم يكن بإمكانهم

أيضا إثارة الدعوى العمومية ضدّه أو ضد غيره باعتباره أضحى يشغل منصب أمين عام للتجمع الدستوري الديمقراطي ثم خُطة مستشار لدى رئيس الجمهورية السابق بالإضافة أن الظرف السياسي العام لم يكن يسمح بمقاضاة المسؤولين الكبار في الدولة وهو ما شكل مانعا ماديا لم يكن بالإمكان دفعه ولم يتم تجاوزه إلا بقيام ثورة 17-14 جانفي 2011.

وحيث اقتضى الفصل 5 من مجلة الإجراءات الجزائية أنه «تسقط الدعوى العمومية فيما عدا الصور الخاصة التي نص عليها القانون بمرور عشرة أعوام كاملة إذا كانت ناتجة عن جناية وبمرور ثلاثة أعوام كاملة إذا كانت ناتجة عن جنحة وبمرور عام كامل إذا كانت ناتجة عن مخالفة وذلك ابتداء من يوم وقوع الجريمة على شرط أن لا يقع في بحر تلك المدة أي عمل تحقيق أو تتبع. ومدة السقوط يعلقها كل مانع قانوني أو مادي يحول دون ممارسة الدعوى العمومية ما عدا الموانع المترتبة عن إرادة المتهم».

وحيث جاءت صيغة الفصل 5 المومأ إليه واسعة في إقرار حالات تعليق سقوط الدعوى بمرور الزمن وذلك من خلال اعتماد المشرع عبارة «كل مانع قانوني أو مادي». وبذلك فقد ترك باب الاجتهاد مفتوحا للقاضي الجزائي لتقدير مدى وجود هذا المانع من عدمه.

وحيث أن تقادم الدعوى العمومية معناه مضي مدة زمنية على وقوع الجريمة دون اتخاذ السلطة المختصة حسب الفصل 2 من م إ ج أي إجراء يؤدي إلى إثارة الدعوى العمومية، وحينئذ تنقضي الدعوى العمومية وتبعا لذلك ينقضي الحق في محاكمة مرتكب الجريمة باعتبار أن مرور الزمن يؤدي إلى زوال الجريمة ونسيانها لتلاشي مقومات المحاكمة العادلة، فضلا على تأثير مرور الزمن على قرينة البراءة واستقرار الوضعية القانونية والاجتماعية للمتهم وحتى لا يصير مهددا بوقع العقاب عليه إلى مدة غير محددة.

وحيث ولئن لم يحدد المشرع صلب الفصل 5 من م ا ج المانع المادي الذي يعلق مدة السقوط فلقد درج فقه القضاء (عدد 777 بتاريخ 05/ 06/ 2013 وعدد 6688 بتاريخ 25/ 11/ 2013 وعدد 22617 بتاريخ 04/ 03/ 2015 وعدد 33466 بتاريخ 05/ 01/ 2015 وعدد 83634 بتاريخ 03/ 07/ 2019)

على اعتبار أن المانع المادي مرتبط بمفهوم القوة القاهرة مثل الكوارث الطبيعية والحروب والاحتلال العسكري، وعليه فإن المانع المقصود وخلافا لما ذهب إليه قُضاة الأصل هو الذي يتسبب في توقّف عمل المؤسسات القضائية وتعطيل سير المرفق العام.

وحيث أن آجال السقوط المبينة بالفصل 5 المذكور من مجلة الإجراءات الجزائية لا تقبل التمديد بصريح عبارة القانون، وهو ما يجعل التمسك بإمكانية التمديد في التقادم لأسباب سياسية توسعا في مفهوم المانع المادي المعلق لأجل سريان سقوط الدعوى العمومية عموما وللنص الإجرائي خصوصا.

وحيث تأكيدا لهذا التوجه لم يتعرض المشرع بعد تاريخ 14 جانفي 2011 إلى تعليق آجال سقوط الدعوى العمومية والتمديد فيها إلا في صور خاصة متعلقة بطبيعة الجريمة وخصوصياتها، من ذلك تنصيصه صراحة بالمرسوم عدد 106 لسنة 2011 المؤرخ في 22/ 10/ 2011 المتعلق بتنقيح وإتمام المجلة الجزائية ومجلة الإجراءات الجزائية على أن جريمة التعذيب تسقط بمرور خمسة عشر عاما.

وحيث أضحى تعليل دائرة القرار المطعون فيه لما اعتبرت أن الظرف السياسي يحول دون ممارسة الدعوى العمومية غير متماشٍ مع المفهوم القانوني للمانع المادي المعلق للسقوط المنصوص عليه بالفصل 5 من م إ ج.

وحيث إن جريمة المشاركة في استغلال صفة موظف عمومي لاستخلاص فائدة لا وجه لها لنفسه أو لغيره والإضرار بالإدارة وعلى فرض ثبوتها قد سقطت بمرور الزمن سواء تم احتساب منطلق جريان أجل العشر سنوات المنصوص عليها بالفصل 5 المشار إليه من تاريخ إبرام عقد وعد البيع في 10/ 07/ 1993 أو من تاريخ البيع في 03/ 11/ 1998 أو كذلك من تاريخ خروج المتهم عبد العزيز بن ضياء من وزارة الدفاع، وتعين لذلك نقض القرار المطعون فيه لانقضاء الدعوى العمومية بمرور الزمن.

وحيث نص الفصل 268 من م إ ج على أنه يمكن لمحكمة التعقيب «أن تقرر النقض بدون إحالة، إذا كان حذف الجزء المنقوض يغني عن إعادة النظر أو لم يترك النقض شيئا يستوجب الحكم».

وحيث طالما سقطت الدعوى العموميّة بمرور الزمن فإن قرار النقض ليس من شأنه أن يترك شيئا يستوجب النّظر من طرف دائرة الاتهام مما يتعيّن معه التصريح بالنقض بدون إحالة والإعفاء».

إثبات مخالفات الاتصالات – مدى وجوب إحالة جميع المحاضر المتعلقة بجرائم الاتصالات دون استثناء على الوزير المكلف بالاتصالات

قرار الدوائر المجتمعة عدد 46252 بتاريخ 20 جوان 2019

«أولا : في صحة تعهد الدوائر المجتمعة

حيث تبين أن القرار المطعون فيه عدد1414 بتاريخ 15/ 03/ 2016 قد صدر عن محكمة الاستئناف بمدنين التي تعهدت بمقتضى إحالة من إحدى الدوائر بهذه المحكمة، لكنها لم تسايرها في الرأي القانوني وأصرت على موقفها في خصوص المسألة القانونية الواقع النقض من أجلها فوقع الطعن في قرارها من جديد وباعتماد نفس المطاعن وبذلك أضحى الخلاف واقعا في مجال اختصاص الدوائر المجتمعة تطبيقا لأحكام الفصول 258 و273 و274 من م ا ج.

ثانيا: في المسألة القانونية محل الخلاف.

حيث تأسس طلب نقض القرار المطعون فيه على:

–عدم الاعتداد بمعاينة المخالفة من عدل التنفيذ باعتبار أن مجلة الاتصالات حصرت معاينة مخالفات الاتصالات في الأعوان المذكورين بالفصل 79 من المجلة المشار إليها.

–وجوب إحالة جميع المحاضر المتعلقة بجرائم الاتصالات دون استثناء على الوزير المكلف بالاتصالات، وهذا الأخير يحيلها بعد ذلك إلى وكيل الجمهورية المختص ترابيا للتتبع.

I–في إجراءات إثبات جريمة الإساءة للغير عبر الشبكات العمومية للاتصالات

حيث خالفت محكمة الإحالة بقرارها عدد 1414 الصادر بتاريخ 15/ 03/ 2016 ما انتهت إليه محكمة التعقيب في القرار عدد 11087 بتاريخ 18/ 06/ 2015 من أن محضر معاينة عدل التنفيذ المحتج به من الشاكية لا

يمكن الاعتداد به لإسناد التهمة، باعتباره غير مخول لمعاينة الجريمة موضوع قضية الحال طبق أحكام الفصل 79 من مجلة الاتصالات الذي ينص على أن معاينة المخالفات لأحكام هذه المجلة يتولاها حصرا:»-مأمورو الضابطة العدلية المشار إليهم بالعددين 3 و4 من الفصل 10 من مجلة الإجراءات الجزائية-

-الأعوان المحلفون بالوزارة المكلفة بالاتصالات.

-الأعوان المحلفون بوزارة الداخلية. أعوان المصلحة الوطنية لحراسة السواحل وضباط وآمرو الوحدات البحرية الوطنية».

وحيث بالرجوع إلى أوراق الملف يتبين أن الشاكية قد سعت إلى تضمين العبارات المسيئة لها صلب محضر محرر من عدل منفذ، ثم وعلى أساس المحضر المذكور تقدمت بشكاية إلى وكالة الجمهورية بمدنين ضد المعقب الآن، والتي أذنت لأعوان الضابطة العدلية بالبحث فيها.

وحيث تولى أعوان الضابطة العدلية سماع الشاكية على ضوء معاينتهم لمحضر عدل التنفيذ باعتباره حجة قدمتها لإثبات الإساءة التي لحقتها من زوجها المعقب عبر الشبكة العمومية للاتصالات. أي أنها قدمت مضمون الإرسالية الحاملة للاعتداء لأعوان الضابطة العدلية الذين اطلعوا عليها وعاينوها ثم أرفقوها لمحضر البحث الجزائي.

وحيث يُؤخذ مما تقدم أن مُعاينة المخالفة قد تمت فعلا من مأموري الضابطة العدلية كيفما اقتضاه الفصل 79 المشار إليه، وذلك من خلال اطلاعهم على محضر عدل التنفيذ الذي حفظ وجود المعطيات التي استندت عليها الشاكية. وفي ذلك ملاءمة لوسائل إثبات الجرائم المرتكبة بواسطة وسائل الاتصالات طبيعة وأسلوبا وسرعة، مع الاعتداء ذاته.

وحيث إن القول بضرورة معاينة مأموري الضابطة العدلية للهاتف الجوال نفسه فيه إلزام بغير ملتزم، وإحداث وضعية لم يأت بها النص الذي وردت عباراته عامة ولا مبرر لتخصيصه بدون موجب قانوني. ذلك أن الشاكية وضمانا لحفظ حقها تولت تضمين العبارات المسيئة لها خشية تلفها في محضر رسمي محرر من عدل منفذ، خاصة وأنه يكفي حدوث أي طارئ على الهاتف الجوال حتى يترتب عنه محو للبيانات المخزنة به (سواء لطاقة استيعابه أو بفعل فاعل).

وحيث بالنظر لخصوصية جريمة الفصل 86 وضرورة إثباتها بالسرعة المطلوبة حماية للحق وحفظا له من الضياع، فإنه لا شيء يمنع المتضرر من إعداد الوسائل المثبتة للجريمة حتى تقع معاينتها بعد ذلك من الأعوان المنصوص عليهم بالفصل 79 من مجلة الاتصالات وتعين لذلك رد هذا المطعن.

II-في إحالة المحاضر الجزائية المتعلقة بجرائم الاتصالات على الوزير المكلف بالاتصالات.

حيث نص الفصل 80 من مجلة الاتصالات على ما يلي: « تحال المحاضر إلى الوزير المكلف بالاتصالات الذي يحيلها إلى وكيل الجمهورية المختص ترابيا للتتبع مع مراعاة أحكام **الفصل** 89 من هذه المجلة».

وحيث نص الفصل 89 المذكور:» مع حفظ الحقوق المدنية للمتضررين، يمكن للوزير المكلف بالاتصالات إجراء الصلح في المخالفات المنصوص عليها **بالفصل** 81 من هذه المجلة والتي تتم معاينتها وتتبعها وفقا لأحكام هذا القانون. وتنقرض الدعوى العمومية وتتبعات الإدارة بدفع المبلغ المعين في عقد الصلح».

وحيث نص الفصل 81 من المجلة على أنه «يعاقب بخطية من ألف إلى خمسة آلاف دينار كل من قام عن غير عمد بإتلاف أو إفساد خطوط أو أجهزة الاتصالات بأية طريقة كانت».

وحيث إن القراءة المتقاطعة لجملة هذه الفصول تذهب في اتجاه انحسار وجوبية عرض المحاضر على وزير الاتصالات في جريمة إتلاف أو إفساد خطوط أو أجهزة الاتصالات المنصوص عليها وعلى عقاب مرتكبها بالفصل 81 من مجلة الاتصالات، دون غيرها من الجرائم وذلك للأسباب التالية:

1-لئن نصت مجلة الاتصالات بالفصل 86 على عقوبات جزائية على كل من يتعمد الإساءة إلى الغير أو إزعاج راحتهم عبر الشبكات العمومية للاتصالات، إلا أنه نظرا للصبغة الشخصية لهذه الأفعال فإنها تخرج بالضرورة عن مجال تطبيق الفصل 80 من نفس المجلة باعتبار أن وزارة الاتصالات والاقتصاد الرقمي ليست طرفا في الخلاف القائم بين المتهم المعقب وزوجته الشاكية، كما أنها

ليست مؤهلة للتقاضي في حق كل شخص طبيعي لا تربطها به أي علاقة تعاقدية أو تنظيمية بصفة مباشرة.

وحيث إنّ جريمة الفصل 86 من مجلة الاتصالات تأخذ عادة شكل اعتداءات لا أخلاقية أو مجرد إقلاق للراحة باستعمال الهاتف العادي أو الجوال أو غيرها من وسائل الاتصال عبر شبكات الاتصال العمومية، وهي تطال في الأغلب الأفراد في أعراضهم وفي حرمتهم الجسدية من خلال تهديدهم أو بدعوتهم لارتكاب فجور ونحو ذلك من الأذى مما يدعو بالضرورة إلى تدخل النيابة العمومية إعمالا للفصل 20 من م ا ج من خلال إثارتها للدعوى العمومية وممارستها ولا علاقة بالتالي للإدارة ممثلة في الوزير المكلف بالاتصالات بتلك الجريمة لكونها ليست طرفا في القضية باعتبار أن المتضرر فيها طرف آخر غيرها.

2-اكتفى الفصل 80 من مجلة الاتصالات بالتنصيص على إحالة «المحاضر إلى الوزير المكلف بالاتصالات **الذي يحيلها** إلى وكيل الجمهورية المختص ترابيا»، دون أن يُسند له أي سلطة أو اختصاص في إثارة الدعوى العمومية أو ممارستها أو البحث فيها ولا حتى تقديم طلبات فيها سواء قبل التتبع أو أثناء المحاكمة. بهذا المعنى تُعد إحالة المحاضر الجزائية من وزير الاتصالات إلى وكيل الجمهورية إجراء إداريّا يتولى بموجبه الوزير المذكور تسليم هذه المحاضر من الجهة التي تولت رفع المخالفة لإيداعها بين يدي النيابة العمومية. فلا يُعد الوزير المكلف بالاتصالات بهذا المعنى وفق مقتضيات الفصل 80 سوى مجرد قناة إدارية لنقل محاضر معاينة المخالفات من الجهة التي تولت معاينة المخالفة والبحث إلى النيابة العمومية.

3-سلطة إبرام الصلح المخولة للوزير المكلف بالاتصالات لا تهم جميع المخالفات المنصوص عليها بمجلة الاتصالات وإنما قصرتها على نوع وحيد منها وهي التي نص عليها الفصل 81 والمتمثلة في جنحة غير قصدية تتعلق بالإتلاف عن غير عمد أو إفساد خطوط أو أجهزة الاتصالات بأي طريقة كانت. باستثناء ذلك لم يُمنح لوزير الاتصالات أي سلطة لإبرام الصلح في غيرها من المخالفات من ذلك مخالفة الفصل 86 المتعلقة بإزعاج الغير عبر الشبكات العمومية للاتصالات موضوع قضية الحال.

وحيث يستخلص مما تقدم أن المشرع لما حصر وجوبية إحالة المحاضر الجزائية على الوزير المكلف بالاتصالات في صورة جنحة الإتلاف أو الإفساد عن غير عمد لخطوط أو أجهزة الاتصالات، كان غرضه تخويل الإدارة ممثلة في شخص الوزير المذكور إجراء الصلح في شأن تلك الجنحة والذي يترتب عنه انقضاء الدعوى العمومية.

وحيث إن مجلة الاتصالات وإن نصت بالفصل 86 منها على عقوبات جزائية من أجل الإساءة للغير عبر الشبكات العمومية للاتصالات، إلا أن الصبغة الشخصية لهذه الأفعال تجعل الإدارة ممثلة في الوزير المكلف بالاتصالات لا علاقة له بتلك الجريمة وليس طرفا مباشرا فيها، كما أنه غير معني بالخلاف القائم الآن بين المتهم المعقب وزوجته المعقب ضدها. ولا يمكن بالتالي اعتبار إجراء عرض المحضر موضوع قضية الحال على وزير الاتصالات إجراءً وجوبيا يهم النظام العام دون بيان جدوى هذه الإحالة ولا الهدف منها خاصة أمام تجرد جهة الإحالة من أية سلطة سواء في البحث وإثارة الدعوى العمومية أو في تقديم الطلبات وإجراء الصلح مع المُخالف.

وحيث ترتيبا على ما تقدم فإن القرار الاستئنافي عدد 1414 الصادر بتاريخ 15/03/2016 قد صادف المرمى عندما حصر وجوبية إحالة المحاضر الجزائية على الوزير المكلف بالاتصالات في صورة جنحة الإتلاف أو الإفساد عن غير عمد لخطوط أو أجهزة الاتصالات لما لهذا الإجراء من جدوى تتمثل في تخويل الإدارة ممثلة في شخص الوزير المذكور إجراء الصلح في شأن تلك الجنحة والذي يترتب عنه انقضاء الدعوى العمومية، وتعين لذلك رد هذا المطعن أيضا والحجز ».

قرارات الدوائر

1 ـ شخصي

1-1-مصاريف الولادة هي من المصاريف الضرورية التي تدخل في مفهوم النفقة

قرار تعقيبي عدد 66968.2018 بتاريخ 12 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين

السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعن الوحيد بجميع فروعه:

حيث نسبت المعقبة للقرار الاستئنافي المطعون فيه مخالفته للقانون وهضم حقوق الدفاع بمقولة إنّ مصاريف الولادة تعتبر من المصاريف الوارد بها الفصل 56 م ا ش والمحمولة قانونا على الزوج.

وحيث أن الاشكال القانوني مناط قضية الحال يقتضي تحديد طبيعة مصاريف الولادة التي تتكبدها الزوجة وبيان السند القانوني الذي يمكنها على أساسه مطالبة الزوج باسترجاع قيمة هذه المصاريف وبيان ما إذا كان الفصل 50 م ا ش هو المنطبق أم الفصل 56 من نفس المجلة.

حيث من المسلم به أنه من صميم اختصاص محكمة الموضوع التحري في الوقائع المعروضة عليها طبقا لما تضمنته أوراق الملف وإعطاءها التكييف القانوني الصحيح الذي يخول لها إنزال حكم صحيح على الدعوى وهي بذلك غير مقيدة بالسند القانوني الذى يتمسك به الطالب وبالتالي فإنّ التكييف الخاطئ للدعوى من قبل القائم بها لا يمنع المحكمة من تكييفها التكييف القانوني السليم وقول ما يقتضيه صحيح القانون بشأن النزاع المعروض عليها.

وحيث يتضح بالاطلاع على مظروفات ملف القضية أنّ المدعية في الأصل المعقبة الآن كانت أسست دعواها منذ الطور الابتدائي على أحكام الفصل 56 م ا ش متمسكة بإخلال المعقب ضده طيلة مدة حملها بابنتها وعند الولادة بواجب تحمل مصاريف المراقبة الصحية المستمرة إلى جانب مصاريف الولادة وجهاز المولودة من لباس ولوازم أساسية مما اظطرها إلى تكبدها كما تبين أن محكمة القرار المنتقد نقضت الحكم الابتدائي القاضي لصالح الدعوى وقضت من جديد برفضها على أساس القول بأنه لا يمكن مطالبة الزوج بأداء مبالغ مالية خارج إطار النفقة وأنّ القول بإمكانية تخلد مبالغ مالية بذمة الزوج في صورة دين مدني لفائدة زوجته يفرغ عقد الزواج من محتواه.

وحيث يستنتج من خلال تعليل محكمة الدرجة الثانية أنها تعتبر مصاريف الولادة مصاريف خارجة عن إطار النفقة والحال أنّ المشرع التونسي عند تعرضه لمشمولات النفقة صلب الفصل 50 م ا ش تبنى مفهوما موسعا فنص على أن «

النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة».

وحيث لا جدال أن النفقة تخضع عند تقديرها لاجتهاد قاضي الأصل الذي عليه مراعاة حاجيات المنفق عليه وما تتطلبه ضرورياته الحياتية في حدود ما تسمح به حالة المنفق المادية مما يؤول إلى القول بأنّ مصاريف الولادة هي من المصاريف الضرورية التي تتطلبها الحياة الزوجية وبالتالي فهي تدخل في المفهوم الموسع للنفقة وكان لذلك على محكمة الحكم المخدوش فيه البحث فيما إذا كانت هذه المصاريف من المصاريف الضرورية المحمولة على الزوج في العرف والعادة من عدمه خاصة أن التعليل الذي عللت به قضاءها كان قائما على قراءة معيبة لمظروفات الملف وللعناصر الواقعية والقانونية الثابتة ضمنها.

وحيث ومن جهة أخرى فإنّه لا مجال لاعتبار أنّ مصاريف الولادة تجد أساسها القانوني صلب الفصل 56 م أ ش الذي اقتضى أن «مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا من مال أبيه وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون...» ضرورة أن هذا النص القانوني يتعلق بالحضانة والقيام بشؤون المحضون إذ منح المشرع صلبه للحاضنة حقا شخصيا تطالب به مباشرة والد المحضون بوصفها حاضنة لا غير وهو حق السكنى مع المحضون إن لم يكن لها مسكن وعليه وخلافا لما ورد بمستندات الطعن فإنّ المحكمة كانت على صواب لما استبعدت تطبيقه على وقائع قضية الحال.

وحيث بناء على ما تقدم وطالما أن المحكمة هي التي تتولى اختيار السند القانوني للدعوى وهي غير مقيدة بالسند القانوني الذي يتمسك به الطالب مثلما سلفت الإشارة إليه أعلاه فإنه كان عليها تطبيق مقتضيات الفصل 50 م ا ش تطبيقا صحيحا ولما لم تفعل تكون قد أورثت قضاءها خرقا للقانون وهضما لحقوق الدفاع مما يتجه معه نقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة ».

1-2- ارتباط فرع النفقة حكميا وترابيا بقضية الطلاق ينتهي بصدور حكم بات في شأنها

قرار تعقيبي عدد 63644 صادر بتاريخ 26 جوان 2019 عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وإيمان

الشرفي وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة جميلة مسعود.

«حيث نعى الطاعن على محكمة القرار المطعون فيه خرقها لأحكام الفصلين 36 و39 من م. م. م. ت. من جهة لما اعتبرت أن محكمة الناحية التي نظرت في دعوى تعديل النفقة موضوع قضية الحال في طورها الابتدائي مختصة بالنظر ترابيا والحال أنها لا تتبع دائرة المحكمة الابتدائية التي تعهدت بقضية الطلاق الأصلية في حين أنّ قضية تعديل النفقة هي قضية فرعية تتبع قضية الطلاق بما يجعل القيام بها يجب أن يكون لدى حكام الناحية التابعين لدائرة المحكمة الابتدائية التي أصدرت حكم الطلاق ومن جهة أخرى لما سلمت أنّ المدعية في الأصل مقيمة بمجال الاختصاص الترابي لحاكم الناحية دون أن تتحرى في صحة ذلك الأمر رغم أنها مسألة أولية لارتباطها بالاختصاص الترابي.

حيث ينظر قاضي الأسرة بصفة فرعية في دعاوى النفقة باعتبارها فرعا من فروع قضية الطلاق ويصدر في شأنها قرار فوري ينفذ على المسودة ويكون غير قابل للاستئناف أو التعقيب ولكنها قابلة للمراجعة من طرف قاضي الأسرة ما لم يصدر الحكم في الأصل من قبل المحكمة الابتدائية المتعهدة بالطلاق طبق ما نص عليه الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية.

وحيث يستشف من أحكام الفصل المشار إليه أنّ فرع النفقة يبقى مرتبطا بالدعوى الأصلية للطلاق من تاريخ صدور القرار الفوري في شأنه من قبل قاضي الأسرة إلى حين البت في الأصل من المحكمة المتعهدة بقضية الطلاق ومعنى ذلك أنّ ارتباط فرع النفقة بقضية الطلاق ينتهي بصدور حكم بات في شأنها وبفك هذا الارتباط تسترجع دعوى النفقة استقلاليتها وتطبق عليها بالتالي الأحكام الخاصة بها سواء بالنسبة إلى الاختصاص الحكمي أو الاختصاص الترابي الواردة صلب الفصلين 36 و39 من م. م. م. ت. ذلك أنّ دعاوى النفقة هي من الاختصاص الأصلي لحاكم الناحية وأنّ تبعيتها لقضية الطلاق حكميا وترابيا تنتهي بصدور حكم بات في الطلاق.

وحيث أضحى قول الطاعن بضرورة أن يكون القيام بقضية تعديل النفقة أمام حاكم الناحية التابع لدائرة المحكمة الابتدائية التي بتت في قضية الطلاق لا أساس قانوني له طبق ما سبق شرحه فضلا على خرقه الواضح لأحكام الفصل

36 من م. م. م. ت. فقرة خامسة إذ أنّ المشرع لم يميز صلب هذا الفصل في الاختصاص الترابي في قضايا النفقة بين القضايا الأصلية والقضايا المتعلقة بالتعديل وبات بالتالي لطالب تعديل حكم النفقة الصادر عن المحكمة الابتدائية في إطار قضية طلاق أن يرفع دعواه إمّا لدى المحكمة التي يوجد بدائرتها المقر الأصلي للمطلوب أو مقره هو باعتباره دائنا بالنفقة.

وحيث أنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه في هذا الخصوص من انطباق أحكام الفصل 36 فقرة خامسة على قضية الحال كان قائما على تطبيق سليم للقانون كما أنّ ما انتهت إليه بأنّ الاختصاص الترابي لمحكمة ناحية سوسة كان قائما على ما له أساس ثابت بالملف بأن المعقب ضدها المدعية في الأصل مقيمة عند رفعها للقضية بسوسة وأنّ دفع المعقب في هذا الخصوص كان واهيا سيما أنّ إقامتها السابقة لرفعها القضية أو اللاحقة لها في مدينة صفاقس ليس من شأنها أن تنفي كونها كانت مقيمة في سوسة عند رفعها لقضية الحال خاصة أنّ الأصل في الأشياء الصحة وأنّه يحمل على من يدعي ذلك الإثبات عملا بقاعدة الفصل 549 من م اع.

وحيث أضحى هذا المطعن في غير طريقه واقعا وقانونا واتجه رده ».

1-3- واجب المساكنة - إفراد الزوجة بمحل مستقل

قرار تعقيبي عدد 58890.2018 بتاريخ 09 جانفي 2019 صادر عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة الشوالي وعضوية المستشارتين السيدتين سهام الصمادحي وبسمة بودن وبحضور المدعي العام السيدة آمال العباسي ومساعدة كاتب الجلسة السيد توفيق المناصري.

«حيث أنّ تقييم أسباب مغادرة الزوجة لمحل الزوجية بموجب الطلاق ومدى تبريره يعد مسألة واقعية خاضعة لمطلق اجتهاد محكمة الأصل التي لا معقب عليها في ذلك لكن شريطة أن يكون قضاؤها معللا تعليلا سليما ومستمدا مما له أصل ثابت بالملف، ومستوعبا لكامل معطيات النزاع وملابساته بقراءة سليمة تقف على حقيقة الخلاف ومبرراته.

وحيث رجوعا إلى الحكم المنتقد يتبين أنّ المحكمة استخلصت انتفاء النشوز استنادا إلى مشروعية مطالبة الزوجة بإفرادها بمحل زوجية مستقل عن منزل ذوي زوجها.

وحيث وخلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المطعون فيه فإنّ إفراد المعقب ضدها بمحل زوجية مستقل ولئن كان يعد مشروعا بالنظر إلى مفهوم الزواج الذي يهدف إلى تكوين أسرة والذي لا بد أن يكون معه محل الزوجية فضاءً للاستقرار حتى يحقق الزواج الغاية المرجوة منه ولا يمكن التصدي لذلك بأنّ الزوجة كانت ارتضت إبان الزواج الإقامة بمنزل والدي الزوج كما أنّ مساكنة الزوجة لزوجها في المحل الذي اختاره ويقتضيه عمله هو واجب لا يتعارض مع حق الزوجة في محل زوجية مستقل إلّا أنّ الإشكال المطروح في قضية الحال، مع ذلك، يتمثل في اشتراط الزوجة أن يوفر لها زوجها محل زوجية جديدا نظرا لتردد أشقاء زوجها على منزل الزوجية الحالي باعتباره محل العائلة وتظلمت من أشقاء زوجها الذين صرحت في حقهم أنهم لا يسكنون معها ما عدى زوجة أبيه التي لم تتظلم منها ثم أكّدت أيضا عند التحرير عليها أنها ترفض السكنى أصلا بمنطقة سوق السبت وهو ما لم تتنبّه إليه محكمة الحكم المطعون فيه الذي جاء حكمها ضعيف التعليل ومقصرا في البحث حول حقيقة مبررات الزوجة وناتجا عن سوء قراءة للوقائع بعدم التمحيص فيها حول ما إذا كان محل الزوجية محلا مستقلا أم لا استنادا إلى ما صرحت به الزوجة التي تمسكت بمحل جديد ثم ما تحرر عليها لاحقا حول رفضها السكن بمنطقة سوق السبت وتعين لذلك النقض ».

1-4 حالة مدنية

1-4-1 إصلاح رسم ولادة بموجب إذن على عريضة

قرار تعقيبي عدد 68924-61983 بتاريخ غرة أفريل 2019 صادر عن الدائرة المدنية السابعة والثلاثين برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدة مريم البكوش والسيد نجيب العرعوري وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

«حيث أنّه من نافلة القول التأكيد على أنّ نظام الحالة المدنية من متعلقات النظام العام لما له من عميق الأثر في المنظومة القانونية الخاصة بالأفراد داخل الأسرة والمجتمع من الولادة إلى الوفاة، إذ يُعنى بترسيم كل الوقائع الرسمية والبيانات المتصلة بهم -من جهة نوعها وتاريخها ومكانها- بالسجلات المخصصة من الدولة لهذا الغرض

وحيث لما كان نظام الحالة المدنية المرجع الأساسي للدولة في تحديد وإثبات هويات الأشخاص فإنه يأبى أن تلتبس المعطيات الواردة به بالغموض أو التعارض، وهي صفتان أُدخِلتا على رسم ولادة ز. ب. فيما تعلق بلقبها وتاريخ ولادتها والتصريح به تبعا لصدور القرارين الصادرين في القضيتين عدد 61983 وعدد 68924 ، ذلك أنّ النتيجة المترتبة عن الأول تفضي إلى اعتبار صاحبة الرسم من مواليد 06/ 06/ 1984 وأنّ لقبها ب. إمّا النتيجة المترتبة عن الثاني فتفضي إلى اعتبارها من مواليد 06/ 06/ 1974 وأنّ لقبها س..

وحيث أنّ ما آل إليه الحال تبعا لصدور الحكمين المذكورين واللذين تعلقا بمسألة أصلية واحدة هي الإصلاح الواقع الإذن به لمضمون ولادة المعقبة الآن، أفضى إلى اتخاذ هذه المحكمة قرارا بضم مطلبي التعقيب المتصلين بذينك الحكمين ومن ثمة النظر فيهما تباعا... ».

1-4-2- إجراءات الاعتراض على حجة الوفاة وإبطالها

قرار تعقيبي عدد 64685 بتاريخ 9 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجلاء المصمودي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«حيث تعلق الإشكال القانوني المعروض حول مجال اختصاص قاضي الناحية للنظر في الاعتراضات على حجج الوفاة وذلك بإضافة أو التشطيب على اسم أحد الورثة وطبيعة هذا الاعتراض إن كان موضوع قضية أصلية أو بمجرد مطلب يقدّم إلى حاكم الناحية الذي أقام حجة الوفاة موضوع الاعتراض.

حيث اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه أنّ قاضي الناحية غير مختص حكميا للنظر في الاعتراض على حجة الوفاة وليس له التعهد والاعتراض بقضية أصلية وهو من الاختصاص الراجع للمحكمة الابتدائية على معنى الفصل 40 من م م ا في حين قد دفع الطاعن بأنّ الفصل 44 من قانون الحالة المدنية لسنـ1957ـة قد منح قاضي الناحية صلاحية إقامة حجة الوفاة وتصحيح ما يطرأ عليها من أخطاء وتدارك ما يصدر من أخطاء.

وحيث لا جدال أنّ إقامة حجة الوفاة يتم بواسطة حاكم الناحية بناء على ما يتلقاه من تصريحات مدلى بها من القائم بالتصريح بمحضر شاهدين يكون لهما معرفة بالهالك وقرينة وورثته وهي بذلك تشكل عملا ولائيا ذا طبيعة خاصة وليست عملا قضائيا لذا فإن ما تتضمنه من البيانات المتعلقة بتاريخ الوفاة ومكانها وتحديد ورثة الهالك ومخلفة؟؟؟؟ يمكن إثبات عكسها بجميع وسائل الإثبات باعتبارها وقائع مادية.

وحيث بناء عليه فإن حجة الوفاة يمكن مراجعتها سواء بتقديم مطلب إصلاح من قبل أحد الورثة في صورة حصول خطإ مادي في اسم ولقب الهالك أو سلسلة النسبية أو تاريخ وفاته ومكانها أو أسماء الورثة وتاريخ ولادتهم أو العقارات المسجلة عند الاقتضاء فيقع تدارك الخطأ من طرف حاكم الناحية سواء بطلب ممن له المصلحة أو من تلقاء نفسه كما يمكن الاعتراض على حجة الوفاة لدى قاضي الناحية كذلك في صورة السهو عن ذكر أحد المستحقين في التركة أو إدراج أشخاص لا يستحقونها ويكون اختصاص حاكم الناحية بالنظر في الطعون المسلطة على حجج الوفاة لا يتعدى نطاق الإخلالات المادية والشكلية المتعلقة بحقوق ثابتة بما لا يدع مجالا للنزاع مع بقاء حق كل من تضرر من القرار الذي يصدره قاضي الناحية في مطلب الإصلاح أو مطلب الاعتراض في القيام بقضية في إبطال حجة الوفاة أمام المحكمة الابتدائية وذلك كلما تسرّب خطأ جوهري وموضوعي يمس بجوهر وأصل حجة الوفاة كأن يورث شخصا لا تربطه بالهالك سوى علاقة غير مورثة أو حذف وارث دون سند قانوني سليم أو تغيير بيانات واردة بالحجة دون توفر سند صحيح وثابت.

وحيث يتبين من أسانيد القرار المنتقد أنّ المعقبة تولت مباشرة رفع الاعتراض أمام حاكم الناحية بدعوى مدنية والحال أنّ الإجراء يكفي بتقديم مطلب لقاضي الناحية للاعتراض عليها وإبداء ماله من مؤاخذات بشأن الإخلالات الواردة بها وانتظار مآل ذلك الاعتراض وقرار حاكم الناحية ليتم بعده الطعن بالإبطال أمام المحكمة الابتدائية بدعوى مدنية ويكون هذا الطعن موضوع دعوى ابتدائية بتوفر شروط الدعوى القضائية إذ أنّ الإبطال يؤدي إلى إبطال كامل الوفاة على عكس الاعتراض الذي في صورة قبوله يؤدي إلى تحوير جزئي للحجة دون حاجة لإبطاله، وهو ما يجعل الاعتراض موضوع مطلب عادي يقدم إلى حاكم الناحية

الذي أقام الحجة على عكس دعوى الإبطال التي ترفع مثلما سبق الإشارة إلى ذلك أمام المحكمة الابتدائية.

وحيث يتجه بناء على ذلك نقض القرار المطعون فيه دون إحالة كنقض الحكم الابتدائي والتصدي للأصل والقضاء برفض الدعوى وإبقاء مصاريفها محمولة على من سبقها».

2ـ اجتماعي

2-1- تمادي العامل على تقديم خدماته بعد انقضاء أجل العقد ينقلب به العقد إلى مدة غير محددة

قرار تعقيبي عدد 57357.2017 بتاريخ 22 جانفي 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين فاتن خير الله وراضية المنتصر وبحضور المدعي العام السيدة إسمهان الحبيب وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

»حيث لا جدال أنّ العامل المنتدب على أساس عقد محدد المدة ثم يتمادى على تقديم خدماته لمؤجره بعد انقضاء أجل العقد وبموافقة المؤجر فإنّ عقد الشغل المذكور ينقلب إلى عقد غير محدد المدة طبق مقتضيات الفصل 17 م ش وهو الاتجاه الذي كرسته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة صلب قراريها عدد 3736 المؤرخ في 30/ 11/ 2006 وعدد 5216 المؤرخ في 26/ 1/ 2006.

وحيث تبين من أوراق الملف أنّ محكمة القرار المنتقد قد تحققت من وجود العلاقة الشغلية بين الطاعن والمعقب ضده وتواصلها وذلك من سنة 1995 إلى 2012 وردّت دفع الطاعن باشتغال المعقب ضده لديه بموجب عقد شغل محدد المدة وتعلق بفترة ستة أشهر لا غير وذلك خلال سنة 2005 وذلك بعد أن تبيّن لها من خلال البينة المتلقاة بالطور الابتدائي أنّ المعقب ضده يعمل بصفة سائق لدى الطاعن وذلك منذ سنة 1995 إلى سنة 2012 كما تعززت القناعة لدى محكمة القرار المنتقد بتواصل العلاقة الشغلية المدة المذكورة طبق ما ثبت لها من ارتكاب المعقب ضده لمخالفة مرورية لما كان يقود شاحنة الطاعن وذلك بتاريخ 13/ 3/ 2010.

وحيث يتضح مما سلف بسطه أنّ محكمة القرار المنتقد قد أحاطت بوقائع القضية وظروفها دون أيّ تحريف لها واستعرضت دفوع الطرفين واستخلصت في نطاق اختصاصها المطلق ولسلطتها التقديرية ثبوت العلاقة الشغلية بين الطاعن والمعقب ضدها وتواصلها منذ سنة 1995 إلى سنة 2012 ورتبت النتائج القانونية على ذلك وبررت قضاءها تبريرا قانونيا سليما بما له أصل ثابت بالملف لا يشوبه أي ضعف في التعليل أو خرق للقانون بما تعين معه رد جميع المطاعن ورفض مطلب التعقيب أصلا ».

2-2-النزاعات المتعلّقة بعقد التدريب تخضع لاختصاص دائرة الشغل

قرار تعقيبي عدد 57400.2017 بتاريخ 23 جانفي 2019 صادرعن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيدة نعيمة رحيم وعضوية المستشارين السيدين بسمة العبساوي وعفاف بالشيخ بحضور المدعي العمومي السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.

»حيث تعلق المطعن بخرق قواعد الاختصاصين الحكمي والترابي بسبب سوء تكييف العلاقة الرابطة بين الطرفين واعتبارها علاقة شغلية.

وحيث أنّه من الثابت أنّ العلاقة بين طرفي قضية الحال قد تأسّست على عقد تكوين التزمت خلاله المعقبة بتوفير تكوين للمعقب ضده لدى معهد تمويل التنمية للمغرب العربي IFID على أن يتولى معاقدها مباشرة العمل لديها بمجرد نهاية التكوين ولمدة أدناها ست سنوات.

وحيث أنّ العلاقة الرابطة بين الطرفين تندرج ضمن عقود التدريب المنصوص عليها بالفصول من 343 و363 من مجلة الشغل والتي عرفها الفصل 343 المشار إليه بأنها عقدة يلتزم بمقتضاها رئيس المؤسسة بصفته عرفا بأن يلقن مباشرة أو بطريق الغير تكوينا مهنيا منتظما وشاملا إلى شخص آخر والذي يلتزم بمقتضاه هذا الأخير المدعو متدربا مقابل ذلك أن يمتثل إلى التعليمات التي يتلقاها وأن ينجز الأشغال الموكولة إليه قصد تحقيق تكوينه المهني.

وحيث أنّه ولئن لم يباشر المعقب ضده العمل لدى المعقبة بعد انتهاء فترة التكوين فإنّ المبالغ التي تطالب بها هذه الأخيرة ناشئة عن عقد التدريب المشار

إليه مما يجعل الدعوى تخضع لأحكام مجلة الشغل طبقا لمقتضيات الفصل 355 منها والذي أقرّ اختصاص دائرة الشغل بمكان تنفيذ العقدة للنظر فيها.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه قد أحسنت تكييف العلاقة الرابطة بين الطرفين باعتبارها عقد تدريب فكان تطبيقها لأحكام الفصلين 343 و355 من مجلة الشغل على دعوى الحال سليما وإنّ ما انتهت إليه تبعا لذلك من التصريح بعدم اختصاصها الحكمي والترابي للبت في الدعوى مطابق للقانون ولا تثريب عليها في ذلك

وحيث أضحى المطعن المثار في غير طريقه وتعين رده ».

2-3- مدى تمتع العامل المنتدب على حساب الحضائر بالتغطية الاجتماعية- تكليف محكمة الموضوع الصندوق الوطني للتقاعد والحيطة الاجتماعية باحتساب قيمة المساهمات الواجب دفعها.

قرار تعقيبي عدد 58273.2018 بتاريخ 29 جانفي 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين فاتن خير الله وراضية المنتصر وبحضور المدعي العام السيدة إسمهان الحبيب وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعن الأول:

حيث لا جدال أنّه ومثلما هو ثابت من أوراق الملف ومن خلال تصريحات المدعي في الأصل المعقب ضده الأول أنه اشتغل لدى المندوبية الجهوية للتنمية الفلاحية بقفصة التابعة لوزارة الفلاحة بداية من غرة جوان 1990 بصفة عامل على الحضائر إلى جويلية 2011 تاريخ ترسيمه بخطته.

وحيث أنّ الإشكال القانوني مناط قضية الحال يتمثل في مدى تمتع العملة المنتدبين على حساب الحضائر الوطنية والجهوية بالتغطية الاجتماعية مثلهم مثل أعوان الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية والمنشآت العمومية قبل صدور القانون عدد 32 لسنة 2002 المؤرخ في 12 مارس 2002 وهل من حقهم الانخراط بالصندوق الوطني للتقاعد والحيطة الاجتماعية.

وحيث يتضح بالرجوع إلى أحكام القانون عدد 58 لسنة 1972 المؤرخ في 29 جويلية 1972 وخاصة الفصل الأول منه أنّ المشرع لم يقر حق الانخراط

بالصندوق الوطني للتقاعد والحيطة الاجتماعية إلا للعملة الذين تربطهم بمصالح الدولة علاقة مهنية ثابتة وتصرف أجورهم في إطار الميزانية العامة للدولة والمؤسسات الإدارية العمومية أو الجماعات العمومية المحلية كالعملة الوقتيين دون غيرهم من العملة العرضيين الذين لم تشملهم التغطية الاجتماعية سيما أنّ تأجيرهم يتم خارج نطاق ميزانية الدولة.

وحيث صدر القانون عدد 32 لسنة 2002 المؤرخ في 12/03/2002 المتعلق بنظام التغطية الاجتماعية لبعض أصناف من العملة في القطاعين الفلاحي وغير الفلاحي فنص بفصله الأول على أنه «يحدث نظام خاص للضمان الاجتماعي يشمل إسداء منافع العلاج وجرايات الشيخوخة والعجز والباقين على قيد الحياة بعد وفاة المنتفع بجراية وذلك حسب الشروط المبينة بهذا القانون وينطبق هذا النظام على الأصناف التالية:

... ب- الأشخاص المستخدمين لدى الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والذين لا يشملهم نظام قانوني آخر للضمان الاجتماعي وذلك حسب صيغ يقع ضبطها بأمر...» ثم صدر الأمر عدد 916 لسنة 2002 المؤرخ في 22 أفريل 2002 المتعلق بأساليب تطبيق هذا القانون فنص في فصله الثالث على أنه «يتعين على المشغلين للعملة المنتمين للصنف ب الانخراط بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وتسجيل عملتهم في هذا النظام طبقا للشروط المنصوص عليها بهذا الأمر «

وحيث يتبين مما تقدم أنّ القانون عدد 32لسنة 2002 جاء ليشمل فئات من العملة لم تكن مشمولة بالتغطية الاجتماعية ضد العجز والشيخوخة ولم يكن يشملها أي نظام للضمان الاجتماعي والتي من بينها عملة الحضائر وهو الصنف الذي ينتمي إليه المعقب ضده الأول الآن.

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المنتقد أنّ تشغيل عملة الحضائر من طرف سلط عمومية لإنجاز مرافق عمومية وتحميل أجورهم على الاعتماد الخاص بالإدارات العمومية فضلا عن خضوعهم إلى كل الواجبات المحمولة على أعوان الوظيفة العمومية يجعلهم خاضعين لقانون 12-12-1983 وبالتالي يندرجون ضمن صنف الأعوان الوقتيين.

وحيث بانتهاجها المنحى المذكور أعلاه تكون محكمة القرار المطعون فيه قد حسمت في صفة المعقب ضده الأول كعون عمومي من تاريخ انتدابه في غرة جوان 1990 والحال أنه لا خلاف بين الأطراف المتداعية في كونه باشر عمله على حساب اعتمادات الحضائر وهي الوضعيات التي صدر في شأنها القانون عدد 32 لسنة 2002 المتعلق بسحب التغطية الاجتماعية على بعض الأصناف من عملة الدولة وكذلك الأمر عدد 916 لسنة 2002 لتنظيمها وقد كان على المحكمة تمحيص الدفع المحتج به من قبل الطاعن الآن لما له من أثر مباشر على وجه الفصل في النزاع سيما وأنّ القانون عدد 32 لسنة 2002 لم ينص على أنه سينطبق بأثر رجعي وعليه فإنّ المعقب ضده الأول لا يمكن أن ينتفع بأحكامه على الأقل عن الفترة من 1990 إلى 2002.

وحيث لم تتول محكمة القرار المنتقد التحري في الدفوعات المثارة أمامها رغم وجاهتها وترتيب ما يستوجب من آثار قانونية على ذلك وهو ما أورث قضاءها ضعفا في التعليل وخرقا للقانون واتجه لذلك قبول هذا المطعن

عن المطعن الثاني:

حيث خلافا لما ورد بهذا المطعن فإنّ تكليف محكمة الموضوع الصندوق الوطني للتقاعد والحيطة الاجتماعية باحتساب قيمة المساهمات الواجب دفعها من طرف المؤجرة لا ينطوي على أي خرق لأحكام الفصل 101 من م. م. م. ت. ضرورة أنّ الصندوق لا يعد طرفا في الخصومة القائمة بين طرفي العلاقة الشغلية التي ينصرف أثر الحكم فيها إلى طرفيها باعتبار أنّ دور الصناديق الاجتماعية عموما يقتصر على الائتمان على إدارة منظومة التقاعد والخدمات الاجتماعية.

وحيث من جهة أخرى فإنّ المعقب الآن أمسك عن بيان مواضع الخلل في الاختبار المستند إليه مما يجعل منازعته فيه تفتقر إلى الجدية واتجه لذلك رد هذا المطعن بكامل فروعه».

2-4- عدم وجوبية المرور بمرحلة التسوية الصلحيّة في حوادث الشغل

قرار تعقيبي عدد 64426.2018 بتاريخ 01 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين

السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث خلافا لما ورد بهذا المطعن فإنّ الفصل 68 من القانون عدد 28 لسنة1994 المؤرخ في 21-02-1994 والمتعلق بحوادث الشغل لم يأت في صيغة الوجوب ولم ينص على الجزاء المستوجب عند الإخلال به وتبعا لذلك فلا يجب أن يفهم منه أنّه يفرض على المتضرر من حادث شغل أن يمر وجوبا بمرحلة التسوية الآلية قبل مروره بمرحلة التسوية القضائية وإنما يمكن لهذا الأخير أن يلتجِئ إلى القضاء مباشرة وقبل المرور بأيّ إجراء مسبق ممّا يصبح معه هذا المطعن فاقدا لسنده الواقعي والقانوني وبالتالي حريا بالرد ».

2-5- سقوط الدعوى في الضمان الاجتماعي

2-5-1-سقوط الدعوى في حوادث الشغل بعامين من تاريخ البرء النهائي

قرار تعقيبي عدد 64166 بتاريخ 23 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«عن المطعن الثاني المأخوذ من خرق الفصل 28 من القانون عـ28ـدد لسنة 1994 المؤرخ في 21/ 02/ 1994 :

حيث أسس المعقب طعنه على سقوط الدعوى بمرور الزمن.

وحيث نقضت محكمة التعقيب في المرة الأولى الحكم المطعون فيه لأنّ المحكمة خالفت الفصل 28 من قانون فواجع الشغل فلم تتبين سقوط الدعوى بمرور الزمن لأنّ البرء قد حصل في ماي 2010 ولم يتم القيام إلا في جويلية 2012 بما يعني انقضاء أجل القيام ولم تتقيد محكمة الإحالة بهذا الموقف وخالفت محكمة التعقيب في بداية احتساب أجل العامين فقد بيّنت محكمة الإحالة أنّ أجل العامين يبدأ من تاريخ الإعلام بقرار البرء النهائي الذي كان في 19/ 01/ 2012 وقد كانت على صواب في ذلك، ذلك أنّ اللجنة الطبية بالصندوق تقرر نسبة العجز التي يستحقها المضمون الاجتماعي وتعلم هذا الأخير بذلك ومنه يبدأ احتساب أجل العامين فلا يؤاخذ المرء بأجل السقوط حال

أنّه لم يتم إعلامه بنسبة العجز لأن الجراية تصرف فعلا من تاريخ البرء النهائي الذي يفتح الحق في المطالبة ويبدأ احتساب أجل السقوط من تاريخ الإعلام به وهو ما جرى عليه قضاء محكمة الحكم المطعون فيه وكانت على صواب فيه بما يتجه معه رد المطعن».

2-5-2-سقوط حق المطالبة بالمساهمات الاجتماعية

قرار تعقيبي عدد 67183 بتاريخ 2 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش ووليد بن جديدية وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«عن المطعن الوحيد :

حيث نعى المعقب على محكمة الحكم المنتقد خرق الفصل 147 من م ش ضرورة أن حق المطالبة قد سقط بمضي أكثر من خمس سنوات على تاريخ حلول أجل المستحقات المطالب بها وأن تواصل عمل المعقب ضدها حتى تاريخ قيامها لا يمكن أن يصحح قيامها.

وحيث وخلافا لذلك فإنّ الفصل 147 من م ش يمثل نصا عاما لا يجد له سندا في الانطباق في ظل توفر نص خاص يسبقه في التطبيق ينظم العلاقة بين طرفي التداعي ويحيل إليه الفصل 148 من م ش صراحة وهو الفصل 111 مكرر من القانون عدد 30 لسنة 1960 الذي جاء به أنّ: « للأجراء أن يقوموا على المؤجرين بدعاوى من أجل استخلاص مساهماتهم في الضمان الاجتماعي ويسقط هذا الحق بمرور عام.

يبتدئ أجل السقوط... من نهاية علاقات الشغل بين المؤجر والأجير».

وحيث أن المشرع تعرض بوضوح بالفصل 111 مكرر إلى تاريخ بداية احتساب أمد التقادم إذ اعتبر أنّ الأجل المسقط للحق لا يسري إلا بداية من تاريخ انقضاء العلاقة الشغلية بين الأجير والمؤجر وقد ثبت من مظروفات الملف وخاصة من البينة الواقع تلقيها من محكمة البداية بتاريخ 9/ 12/ 2014 ومن كشف الحساب الفردي المسلم من الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بتاريخ 1/ 12/ 2014 أن العلاقة الشغلية لا تزال قائمة بين المعقب ضدها الأولى (المدعية في الأصل)

ومؤجرتها بما يقوم حائلا وتقادم الدعوى وفق ما انتهت إليه محكمة البداية ومن بعدها محكمة الدرجة الثانية عن صواب فكان بذلك حكمها بمنأى عن الخدش.

وحيث أخفق المعقب في طعنه واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفه عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

3ـ مدني عام

3-1- في العقود

3-1-1-تكييف العقود

قرار تعقيبي عدد 73948 بتاريخ 26 جوان 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوي الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعي العام السيدة رجاء الخضراوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة راضية همادي.

«وحيث ومن المعلوم أنّ تكييف العقود وتحديد طابعها القانوني مسألة قانونية تستمد وصفها من ذاتها وعلى محكمة الموضوع وفق الصلاحيات المخولة لها قانونا إضفاء التكييف الصحيح على العقد وإدراجه بالصنف الذي ينتمي إليه وهو ما انتهجته عن صواب محكمة الحكم المطعون فيه فقد أحسنت تكييف الكتب المقدم من البنك باعتباره كتب ضمان بنكي طبق ما دفع به الطاعن ولم ترد بأسانيد القرار المنتقد ما يفيد اعتباره كفالة بنكية خلافا لما ورد بالمطاعن. ورتبت على ذلك النتائج القانونية السليمة وأقرّت أحقية المدعية في الأصل في مطالبة البنك المعقب الآن بالأداء في حدود مبلغ الضمان وكانت على صواب في ذلك طالما أنّ الأمر يتعلق بكتب ضمان عند أول طلب وما تضمنه الكتب بالفقرة الخامسة منه من اشتراط دفع مبلغ التعويض على تقديم حكم نهائي يثبت مسؤولية الناقل البحري عن تلف البضاعة إنما يتعلق بكيفية وإجراءات خلاص مبلغ التعويض موضوع كتب الضمان ولا يتعلق بإجراءات التقاضي أمام المحاكم طبق ما انتهت إليه عن صواب محكمة الموضوع التي أحسنت تطبيق القانون وعللت قرارها تعليلا سليما دون تحريف للوقائع بما يتعين معه رد المطاعن».

3-1-2- تدخل القاضي لوضع حدّ لعقد قبل حلول أجله

قرار تعقيبي عدد 68454.2018 بتاريخ 22 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعنين لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما :

حيث جاء بتفصيل المطعنين المثارين أنّ المعقبة الآن كانت أسست دعواها الرامية إلى طلب فسخ عقد التسويغ الرابط بينها وبين معاقدها المعقب ضده على أساس استحالة مواصلة نشاطها التجاري الذي سوغت الأصل التجاري من أجله بعد تغير الأوضاع الاقتصادية مما أثّر سلبا على مداخيل المحل وحرمها من تحقيق أرباح وأن محكمة القرار المطعون فيه لما قضت برفض دعواها تكون قد حرفت الوقائع وهضمت حقها في الدفاع.

وحيث أنّ الإشكال القانوني مناط قضية الحال يتعلق بمدى إمكانية تدخل القاضي لوضع حد لعقد قبل حلول أجله رغم ثبوت أسبقية تحديد مدته وشروطه بمقتضى اتفاق واضح وصريح بين طرفيه أم إنّ إنهاء العقد لا يمكن أن يصدر إلاّ عن إرادة صريحة من طرف المتعاقدين.

وحيث تبين بالاطلاع على أسانيد الحكم المنتقد أنّ المحكمة قضت بنقض الحكم الابتدائي القاضي بفسخ عقد التسويغ الرابط بين طرفي النزاع الحالي بناء على طلب صادر عن المتسوغة والقضاء من جديد برفض الدعوى استنادا إلى القول بأن طلب المدعية في الأصل فسخ عقد الكراء كان طلبا غير مؤسس واقعا وقانونا طالما أنها قد أخلت بالتزاماتها تجاه المعقب ضده الآن وماطلت في أداء معينات الكراء وطالما أنّ طلب الفسخ هو جزاء وحق يخوله المشرع للدائن عند مخالفة المدين لشروط العقد.

وحيث لا جدال في أن المشرع التونسي كرس مبدأ عاما مفاده أن العقد شريعة الطرفين فنص بالفصل 242 من م. ا. ع. على أن « ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلّا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون ».

وحيث ولئن لم ينص القانون على أنه يمكن للقاضي التدخل لتعديل العقد أو إنهاء العمل به استجابة لرغبة أحد الطرفين دون الآخر في صورة حدوث تقلبات اقتصادية غير متوقعة إلّا أنه وتفعيلا لمقتضيات الفصل 243 من م. ا. ع. الذي نص على أنه « يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته »، يمكن تطبيق الفصل 242 بأكثر مرونة سيّما أن المشرع جعل من مبادئ الإنصاف وحسن النية مسلّمات ضرورية من شأنها أن تتوفر عند تنفيذ العقد.

وحيث وبقراءة متكاملة للفصلين 242 و243 يتبين أنّ المشرع التونسي لم يقص تماما إمكانية تدخل القاضي لمراجعة التزام أحد طرفي العقد متى ثبت أنه كان مرهقا ومجحفا بحقوقه أو أنّه لم يعد مواكبا ومتماشيا مع الظروف العامة ضرورة أنّ مبدأ النزاهة وسلامة النّية عند تنفيذ العقد المنصوص عليه بالفصل 243 يفترض إمكانية تدخل المحكمة لإيجاد توازن بين الالتزامات المحمولة على كاهل المتعاقدين حتى تتحقق العدالة التعاقدية.

وحيث اتضح من وقائع القضية أنّ المتسوغة المعقبة الآن كانت صرحت منذ تقديم عريضة دعواها الافتتاحية بأنها وبعد أن تعاقدت مع المعقب ضده على وجه الوكالة الحرة في خصوص الأصل التجاري الذي على ملكه لاستغلاله كمطعم لبيع المأكولات الخفيفة على امتداد خمس سنوات تعذر عليها تحقيق أرباح إثر تدهور الوضع الاقتصادي والأمني بالبلاد مما أثّر على مردودية المحل الذي في تصرفها وجعلها عاجزة عن تسديد معينات الكراء.

وحيث اعتبرت محكمة الموضوع أن المعقبة تعتبر مماطلة في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية لا سيما منها خلاص معينات الكراء مما يحول دون إمكانية مطالبتها فسخ عقد الكراء تأسيسا على أحكام الفصل 273 من م. ا. ع.

وحيث ولئن كان من المسلم به أنّ الفسخ هو جزاء يتعلق بعدم تنفيذ عقد صحيح إلّا أنّه من الثابت أنّ وقائع وأسانيد قضية الحال لم تنبن على وجود المماطلة والتقاعس من أحد الطرفين بل انبنت على وجود ظروف طارئة من شأنها أن تحول دون تنفيذ العقد.

وحيث طالما انحصر خلاف الطرفين في مدى صيرورة الالتزامات التعاقدية المحمولة على المتسوغة مرهقة نتيجة ظروف طارئة فإنه كان من واجب المحكمة الوقوف على هذه المسألة والتحري في مدى وجود ظروف طارئة من شأنها التأثير تأثيرا مباشرا على تنفيذ المعقبة لالتزاماتها.

وحيث أغفلت محكمة القرار المطعون فيه الرجوع إلى جملة محاضر المعاينة والتنابيه الصادرة عن المعقبة والموجهة للمعقب ضده منذ أواخر سنة 2015 والتي تضمنت ما يفيد وجود مفاوضات جدية بين الطرفين في خصوص فسخ العلاقة الكرائية القائمة بينهما وبذلك تكون المحكمة قد قصرت في سبر ما اشتملت عليه الدعوى من العناصر واستخلاص النتائج القانونية منها فكان قولها بشأن مخالفة قضاء محكمة البداية للفصل 273 من م. ا. ع. قولا مجملا وغير دقيق.

وحيث ومن جهة أخرى فإنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من كون المعقبة الآن قد أخلّت بالتزاماتها تجاه المعقب ضده وماطلت في أداء معينات الكراء هو قول خارج عن مناط قضية الحال باعتبار أنّ طلب الفسخ لم يتأسّس على عدم وفاء المدين بالتزاماته تجاه دائنه وإنّما تأسّس على تمسك المدين نفسه بعجزه عن الوفاء بالتزاماته ومطالبته بناء على ذلك بالفسخ.

وحيث قصرت محكمة القرار المنتقد في تمحيص الأدلة المعروضة عليها وتقديرها والاجتهاد في فحصها وسبر ما اشتملت عليه من العناصر وهو ما أورث قضاءها ضعفا في التعليل وخرقا للقانون واتجه لذلك قبول المطعنين المثارين من المعقبة ».

3-2-البيع

3-2-1 بيع ملك الغير-حجية الجزائي على المدني

قرار تعقيبي عدد 57338.2017 صادر بتاريخ 15 جانفي 2019 عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيد ة فاتن خير الله وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني بمحضر المدعي العام السيدة إسمهان الحبيب ومساعدة كاتبة المحكمة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعن الوحيد:

حيث خلافا لما تمسك به الطاعن فقد أصابت محكمة القرار المنتقد لما احترمت مبدأ حجية الحكم الجزائي على الحكم المدني ضرورة أنّ القاضي المدني مقيد بالوقائع التي أثبتها الحكم الجزائي وفي هذا الإطار فقد ثبتت إدانة الطاعن جزائيا من أجل الخيانة الموصوفة وقد سلطت عليه عقوبة جزائية بموجب حكم بات وقد ثبت من خلال التداعي الجزائي تولي الطاعن بيع عقار بموجب توكيل مسند له من المعقب ضده وقبضه للثمن وعدم تسليمه لموكله المذكور وكان ما دفع به الطاعن من توليه دفع الثمن للمعقب ضده عن طريق زوجته باعتبارها أخته في غير طريقه طالما ثبت من خلال التداعي الجزائي أنّ المبلغ المسلم للمذكورة من الطاعن يمثل في حقيقة الأمر قيمة منابها من الأرض المبيعة منها لا غير. كما لم يثبت طيلة التداعي الجزائي انقضاء الدين بموجب الخلاص بين يدي زوجة المعقب ضده.

وحيث أحسنت محكمة القرار المنتقد تطبيق القانون لما أسّست قضاءها بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمعقب ضده ثمن بيع حقوقه الناجمة عن عقد المغارسة وذلك على ما أثبته الحكم الجزائي من وقائع كانت أساسية لبيانه وتسبيبه بما يتعين معه رد المطعن ورفض مطلب التعقيب أصلا ».

3-2-2 البائع المدلّس – حجية الجزائي على المدني

قرار تعقيبي عدد 63140.2018 بتاريخ 1 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث اقتضى الفصل 673 من م. ا. ع. أنّه ليس للبائع المدلس أن يحتج على المشتري بمضي الآجال أو بشيء آخر اشترطه للتبرُّؤ من العهدة والبائع المدلس من تحيّل على المشتري بإخفاء العيوب أو كان سببا فيها.

وحيث اعتبر نائب المعقب أنّ محكمة القرار المنتقد قد خالفت القانون بتطبيق الفصل 673 من م. ا. ع. المذكور واعتبار منوبه بائعا مدلسا لا يجوز له التمسك

بسقوط الدعوى بمرور الزمن بمضي 30 يوما من تاريخ تسليم المبيع طبقا لما يقتضيه الفصل 672 منم. ا. ع.

حيث أنّ محكمة الموضوع لها مطلق الحرية أن تستخلص قضاءها من واقع ما في ملف الدعوى وهي التي تستقل بتقدير الوقائع ولا معقب عليها في ذلك طالما لم تخرج بذلك عمّا يؤدي مدلولها وقد اعتبرت أنّ البائع المعقب الآن ينطبق عليه وصف البائع المدلس كما جاء به الفصل 673 من م. ا. ع. باعتباره يشتغل كعون فني وهو المشرف الأول على أعمال صيانة وإصلاح السيارات بشركة رينو فرع الرجيش بالمهدية وأنّ هذا العيب المتمثل في تحوير العدد الرتبي للسيارة – الأمر الذي أدّى إلى حجزها من طرف وكالة الفحص الفني – لا يخفى عليه بحكم عمله واختصاصه وكان بذلك موقفها سليم المبنى ولم يأت المعقب بما يوهنه في شيء.

وحيث أنّ ما تمسّك به الطاعن بخصوص خرق المحكمة لمبدأ حجية الجزائي على المدني لكونه قد قضي في شأنه جزائيا بعدم سماع الدعوى من تهمة التحيل المنسوبة إليه فإنّ هذا المطعن يعدّ في غير طريقه لأنّ الحكم القاضي بتبرئة ساحة المعقب جزائيا لا يقيد القاضي المدني ولا يمنع من قيام الخطأ المدني تكريسا لمبدأ ازدواجية الخطأ الذي كرسه المشرع التونسي بمقتضى أحكام الفصل 101 من م. ا. ع. والذي نص صراحة على أنّ «الحكم الصادر من محكمة جزائية بترك سبيل متهم لا يؤثر في مسألة تعويض الخسارة الناشئة من الفعل الذي قامت به التهمة».

[...]

وحيث أنّ القرار المنتقد كان سليم المبنى القانوني ومعللا تعليلا سليما ومستساغا بما اتجه معه رد جميع المطاعن الموجهة له.

وحيث خاب الطاعن في طعنه واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفه عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت. ».

3-2-3 عدم توفر الصفات التي التزم بها البائع عند البيع

قرار تعقيبي عدد 57935.2017 صادر بتاريخ 16 جانفي 2019 عن الدائرة الثالثة برئاسة السيدة نعيمة رحيم وعضوية المستشارتين السيدتين بسمة العبساوي وعفاف عالشيخ وبمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.

«حيث تعلق المطعنان بسوء تطبيق أحكام الفصول 242 و243 و647 من م. ا. ع. وتحريف موضوع الدعوى من غرم الضرر الناجم عن عدم توفر الصفات التي اتفق عليها الطرفان في الشقة المبيعة إلى التعويض عن عيوب البناء.

وحيث أنه من الثابت أن مناط الدعوى هو التعويض عن عدم التزام البائعة (المعقب ضدها حاليا) بمواصفات الشقة من الطراز العالي Haut standing التي أقرت بتوفرها صلب المذكرة الوصفية للشقق الخاصة بالعمارات FGH من إقامة حنبعل المؤرخة في 18/ 12/ 2007 والمذيلة بختمها وإمضاء من يمثلها فضلا عن إمضاء المشتري المعرف به من المأمور العمومي.

وحيث أنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من مناقشة لمدى مساس العيوب بهيكل البناء يعدّ انحرافا بالدعوى عن مسارها الصحيح ضرورة أن الأمر لا يتعلق بعيوب في المبيع ظاهرة كانت أم خفية بل بعدم توفر الصفات التي التزم بها البائع عند البيع طبقا لأحكام الفصل 647 من م. ا. ع. وهو ما يندرج ضمن ضمان البائع لعيوب المبيع إلا أنه ضمان مستقل عن واجب ضمان العيوب التي تنقص من قيمة المبيع نقصا محسوسا أو التي تصيره غير صالح لما أعدّ له طبق ما يستشف من صياغة الفصل 647 من م. ا. ع.

وحيث أنّ محكمة القرار المنتقد لما لم تنزل الدعوى في إطارها القانوني السليم وهو فوات الوصف المرغوب فيه ولم تحدد الإخلالات التي ارتكبتها البائعة في إنجاز المبيع بالأوصاف التي التزمت بها صلب المذكرة الوصفية التي تمثل الإطار العام الذي يتنزل في إطاره عقد البيع فضلا عن عدم توقفها عندما أكده الخبير المنتدب محمد العلاقي من وجود عيوب غير قابلة للإصلاح فلم تطلب منه تحديدها وتقدير قيمتها فإنّ قضاءها كان مخالفا لأحكام الفصول 242 و243 و647 من م. ا. ع. بما يجعله مستهدفا للنقض والإحالة».

3-2-4 استحالة التزام الواعد بإبرام عقد البيع النهائي بسبب استحقاق العقار منه

قرار تعقيبي عدد 64219.2018 بتاريخ غرة أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين

راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعنين لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما:

حيث نعى الطاعن على محكمة القرار المنتقد نقضها للحكم الابتدائي القاضي لصالح دعواه، وقضاءها برفض الدعوى دون الوقوف على الطلبات والدفوعات المحتج بها من قبله رغم تأثيرها على وجه الفصل في القضية لا سيما منها طلبه الرامي إلى التحرير على الطرفين شخصيا وإلى انتظار مآل قضيتي إبطال حكم التبتيت والقضية الجزائية عدد 330.

وحيث بالرجوع إلى وقائع قضية الحال ومظروفاتها يتبين أن المعقب الآن اقتصر على إبرام وعد بيع لفائدته مع المعقب ضدها بخصوص العقار موضوع الرسم العقاري عدد 88856 سوسة بموجب العقد المؤرخ في 12-03-2012 والمسجل في 30-07-2014 واتفقا على إبرام عقد البيع النهائي بعد توفير الموعود له لباقي الثمن وصدور حكم نهائي بالتشطيب على القيد الاحتياطي المرسم على الرسم العقاري موضوع البيع كما ثبت أنه ورغم تولي المعقب الموعود له بالبيع تأمين بقية الثمن بالخزينة العامة للبلاد التونسية بتاريخ 19-03-2015 على ذمة الواعدة بالبيع وتوليه القيام بقضية الحال الرامية إلى إلزامها بإبرام عقد البيع النهائي معه منذ 27-02-2015 فقد صدر حكم بتبتيت ذات العقار موضوع وعد البيع لفائدة الغير بتاريخ 28-09-2017 أي قبل البت في قضية الحال من قبل محكمة الدرجة الثانية.

وحيث لا جدال أن الوعد بالبيع لا يعد سند تملك إذ ورغم كونه اتفاقا بين الطرفين على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعود به من مبيع وثمن وجميع الشروط التي يرى الواعد والموعود له الاتفاق عليها حتى يكون السبيل مهيأ لإبرام البيع النهائي بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها غير أن الوعد بالبيع لا يقوم مقام البيع النهائي وهو بذلك غير ناقل للملكية.

وحيث طالما ثبت أنّ حكم التبتيت صدر قبل انتقال ملكية العقار لفائدة المعقب بصفة قانونية فإنّ محكمة الدرجة الثانية تكون قد أفلحت في تطبيق القانون ولم يعتر حكمها أي هضم لحقوق الدفاع أو تحريف للوقائع أو ضعف في

التعليل ضرورة أنّه وطالما ثبت لديها أنّ المبيع الموعود ببيعه قد خرج من أيدي الواعدة بالبيع وانتقلت ملكيته إلى الغير بموجب حكم قضائي فإنه لا يمكنها قانونا إلّا القضاء برفض الدعوى الرامية إلى إبرام البيع النهائي.

وحيث عللت محكمة القرار المنتقد موقفها في هذا الخصوص بقولها إنّ التزام الواعدة بإبرام عقد البيع النهائي أصبح مستحيلا بسبب استحقاق العقار منها وصدور حكم تبتيت في شأنه وكان تعليلها صائبا وفي طريقه سيما أنّ المعقب الآن لم يكن متحوزا بأيّ سند ناقل للملكية وأنّ الحقوق التي اكتسبها على العقار هي مجرد حقوق شخصية لا تكتسي أي صبغة عينية.

وحيث أنّ دفع المعقب بأن جميع الإجراءات سند حكم التبتيت كانت صورية وادعاءه أنّه تعرّض إلى عملية تحيل قصد حرمانه من حقه في التملك بالعقار هي كلها دفوعات خارجة عن مناط قضية الحال مما يبرر سبب تجاوزها من قبل محكمة الحكم المطعون فيه ويكون بذلك قرارها مرتكزا على أساس قانوني سليم وغير خارق لما استدل به من مقتضيات ويبقى ما أثير بالمطعنين من دفوع لا سند له.

وحيث أخفق المعقب في طلبه واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفه عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

3-2-5 الرضا في عقد البيع -غياب إمضاء المشتري لا يبطل العقد

قرار تعقيبي عدد 66416.2018 بتاريخ 08 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث عاب الطاعن على محكمة القرار المنتقد اعتمادها عقدي البيع المؤرخين في 13-10-1982 و09-11-1992 والحال أنهما خاليان من إمضاء المشتري عليهما معتبرا أن عقد شراء المعقب ضدها الآن لا ينضوي في خانة عقود البيع.

وحيث لا جدال في أن الرضا يعدّ ركنا جوهريا لإنشاء العقد فيجب أن يكون كل من طرفيه قد أراد التعاقد وارتضى بالتزامه فيه ويعتبر عقد البيع عقدا رضائيا

بامتياز باعتبار أنّ تراضي طرفيه على الثمن والمثمن يجعل البيع تاما مبدئيا ومحدثا لآثاره القانونية كما لا جدال في أنه لا يمكن الحديث عن وجود الرضا بالعقد إلا بوجود إرادة حقيقية فاعلة لا مجرد السكوت والصمت الذي لا يكون دليلا قائما على إثبات وجود الإرادة.

وحيث ولئن كان المبدأ العام يقتضي أن مجرد السكوت يعتبر أمرا سلبيا لا يمكن أن نستخلص منه قبولا أو رفضا للتعاقد فإنّ القبول بالعقد وشروطه يمكن أن يكون تعبيرا ضمنيا عن الإرادة بإتيان تصرف معين يقصد منه صدور إيجاب أو قبول للعرض.

وحيث تأسيسا على ما تقدم وخلافا لما ورد بمستندات الطعن فإنّ المعقب ضدها ولئن لم تعبر تعبيرا صريحا وواضحا عن إرادتها بعدم إمضائها أسفل العقد المؤرخ في 09-11-1992 فإنّ احتجاجها الآن بهذا العقد وتصرفها في المبيع لمدة سنوات طويلة وعدم معارضتها في ذلك من طرف البائع لا يمكن أن يفهم منه أو نفسره إلا على أساس تعبير ضمني بالرضا بالعقد.

وحيث أضحت منازعة المعقب في انعدام ركن الرضا بالشراء في جانب المعقب ضدها على معنى الفصلين 23 و564 من م. ا. ع. في غير طريقه واقعا وقانونا ضرورة أن مجرد الإذعان للعقد وتنفيذ ما تضمنه من التزامات يعتبر معه البيع تام الموجبات خاصة منها ركن رضا الطرفين وحائزا لوجوده القانوني مما يتجه معه لفت النظر عن هذا المطعن لعدم وجاهته ».

3-3-الفسخ

3-3-1 تغيير العدد الرتبي لصانع العربة من العيوب الخفية الموجبة للفسخ

قرار تعقيبي عدد 69395.2018 صادر بتاريخ 23 جانفي 2019 عن الدائرة الثالثة برئاسة السيدة نعيمة رحيم وعضوية المستشارتين السيدتين بسمة العبساوي وعفاف عالشيخ وبمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.

«حيث تمحورت جملة المطاعن حول عدم ثبوت تاريخ حصول العيب بمقتضى الاختبار وعدم أخذ محكمة القرار المنتقد بالقرائن التي تثبت تسلم المشتري للمبيع خاليا من العيب بما يعد خرقا لأحكام الفصل 650 من م. ا. ع.

وحيث أنه من الثابت أنّ العيب الذي ثبت حصوله هو تغيير العدد الرتبي للصانع للدراجة النارية المبيعة وذلك برحي وصقل العدد الأصلي وطبع عدد آخر بغير الطريقة المعتمدة لدى الصانع كتغيير لوحة الصانع الأصلية بأخرى وقع تثبيتها بدواسر غير أصلية.

وحيث أنّ العدد الرتبي الذي أثبت الاختبار عدم صحته هو المضمن بعقد البيع المبرم بين طرفي قضية الحال مما يثبت معه أنّ التغيير قد أدخل عليه قبل البيع لا بعده.

وحيث أنّ شهادة المطابقة التي سلمها المعقب للمعقب ضده لا يمكن أن تقوم قرينة على سلامة المبيع عند التعاقد متى ثبت خلاف ذلك بمعطيات فنية تضمنها تقرير الاختبار تعززت بالتنصيص صلب عقد البيع على العدد الرتبي للصانع الذي ثبت بما لا يدع مجالا للشك خضوعه للتغيير.

وحيث أن ما استنتجته محكمة القرار المنتقد من أنّ العيب خفي ولا يثبت إلّا بواسطة أهل الخبرة لا تحريف للوقائع فيه.

وحيث أنّه وخلافا لما تمسك به المعقب فإنّ محكمة القرار المنتقد قد تناولت بالدرس والتمحيص جميع الدفوعات الجوهرية التي أثارها هذا الأخير أمامها والمتعلقة بمسألة عدم تغيير ملكيته العربة ومدى ثبوت انعدام العيب في تاريخ التعاقد وقد انتهت إلى ردّها.

وحيث أنّ المحكمة قد اعتبرت البائع يضمن للمشتري سلامة مشتراه من العيوب وانتهت إلى أنّ العيب المعاين بالدراجة النارية كان خفيا جعل المشتري لا يتفطن إليه عند الشراء وهو موقف مطابق لما نص عليه الفصل 650 من م إ من أنّ البائع يضمن سلامة المبيع من العيوب في تاريخ البيع إن كان المبيع قيميا. وبالتالي فإنّ محكمة القرار المعقب لم تخرق أحكام الفصل 650 المشار إليه ولم تقض بخلافه.

وحيث أنّ ما تمسك به المعقب من هضم محكمة الدرجة الثانية لحقوق الدفاع بعدم جوابها عن الدفع المتعلق باستناد الحكم الابتدائي على تقرير اختبار لم يحدد زمن إحداث التغييرات بالدراجة النارية ولم يحمله مسؤولية وذلك يتعارض مع ما انتهى إليه الطاعن نفسه من أنّ ما سلف التمسك به «طبيعي جدا

باعتبار أنه يستحيل عليه (أي الخبير المنتدب) تحديد الفترة الزمنية ومن قام بتلك التغييرات « وهو ما جعل محكمة القرار المطعون فيه تلتفت عن دفعه لعدم تأثيره على وجه الفصل في النزاع طالما أنّه يعيب على الاختبار أمرا مستحيلا من حيث طبيعته، لتبحث عن أدلة وقرائن أخرى لتحديد مدى حصول العيب قبل التعاقد من عدمه.

وحيث أضحت جملة المطاعن المثارة حرية بالرد».

3-4-البطلان المطلق

3-4-1 سقوط دعوى البطلان المطلق

قرار تعقيبي عدد 63893.2018 بتاريخ غرة أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعنين لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما

حيث تناول المعقبون صلب المطاعن المثارة من طرف نائبيهم نعيهم على محكمة القرار المنتقد خرقها القانون وتحريفها الوقائع متمسكين بأنّ ثبوت إصابة المرحوم رابح الجامعي بمرض الزهايمر وبالجنون يترتب عنه وجوبا انتفاء أهم ركن للتعاقد وهو ركن الرضا مما يوجب ترتيب جزاء البطلان المطلق على عقد البيع المبرم من طرفه مع المعقب ضده والذي لا يمكن أن يناله السقوط مضيفين أنّ ملكية مورثتهم لأجزاء مشاعة بالعقار موضوع البيع ثابتة بمظروفات الملف.

وحيث من الثابت كما جاء في تعليل القرار المطعون فيه بالنقض أنّه مضت بين تاريخ رفع دعوى الإبطال وتاريخ إبرام عقد البيع سند دعوى الإبطال أكثر من خمس عشرة سنة.

وحيث اقتضى الفصل 384 من م. ا. ع. أن « مرور الزمان الذي حدده القانون يسقط المطالبة الناشئة من العقد « كما نص الفصل 402 من ذات المجلة على أن « كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة ».

وحيث يؤخذ من نص الفصل 402 من م. ا. ع. أن القاعدة العامة في مدة التقادم هي خمسة عشر عاما وهذه المدة تسري بالنسبة إلى كلّ التزام ما لم

ينص القانون في خصوصه على مدة أخرى لأن استقرار التعامل يفرض احترام الأوضاع المستقرة ولا يعذر من يدعي حقا سكوته حقبة طويلة من الزمن تفوق ما أقرّه القانون للقيام.

وحيث وفي سياق ما تقدم فإنّ محكمة القرار المطعون فيه قد تصدت لما وقعت إثارته من دفع بخصوص عدم وجاهة القول بسقوط الدعوى بمرور الزمن لتنتهي إلى عدم جديته كما بررت التفاتها عن الأخذ بما تمسك به الطاعنون المعقبون الآن بشأن جزاء البطلان المطلق في صورة تأسيس الدعوى على أحكام الفصل 59 من م. ا. ع. وكان قضاؤها متوجا بتعليل سليم قانونا ومبرر واقعا ولا تثريب عليها في ذلك.

وحيث أضحى القول بوقوع القيام خارج الأجل الأقصى للقيام بالدعوى المقرر بالفصل 402 من م. ا. ع. في طريقه ضرورة نه ثبت بالاطلاع على مظروفات الملف أن عقد البيع المراد إبطاله أبرم بين طرفيه منذ 15 فيفري 1995 وأنّ القيام بالدعوى الحالية كان في 18 فيفري 2015 ولم يثبت وجود أي عمل قاطع لمدة التقادم المنصوص عليها بالفصل 402 متقدّم الذكر طبق ما ورد بأحكام الفصلين 396 و397 من م. ا. ع. كما ثبت أن المعقب ضده الآن كان تمسك ومنذ الوهلة الأولى بسقوط الدعوى بمرور الزمن مما يجعل الخدش في الحكم المنتقد بمخالفته القانون وتحريفه الوقائع في غير طريقه ومردودا على مثيريه.

[...]

وحيث وتأسيسا على ذلك فإنّ ما عللت به محكمة الدرجة الثانية قضاءها كان سليما قانونا ومبررا واقعا ولا تثريب عليها في ذلك واتجه لذلك ردّ هذين المطعنين لعدم وجاهتهما ورفض مطلب التعقيب المقدم أصلا.

وحيث أخفق المعقبون في طلبهم واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفهم عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

3-4-2- قطع أمد تقادم دعوى الإبطال المطلق

قرار تعقيبي عدد 64620 بتاريخ 7 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش

ووليد بن جديدية وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث نعى المستأنفون على محكمة القرار المنتقد كونها لم تأخذ بعين الاعتبار للحكم الابتدائي عدد 27182 الصادر في 8/ 6/ 2006 الذي يجمع بين نفس الأطراف ويتعلق بنفس الموضوع وهو بذلك الوجه حكم يقطع أمد التقادم وفق ما استقر عليه فقه القضاء التونسي.

وحيث قضت محكمة القرار المنتقد بإقرار الحكم الابتدائي القاضي بعدم سماع دعوى المدعين الرامية إلى إبطال كتب البيع المعرف عليه بالإمضاء في 7/ 10/ 1991 والمسجل بالحمامات في 9/ 10/ 1991 استنادا منها إلى سقوط حق المطالبة بإبطاله بمضي أكثر من خمس عشرة سنة على إبرامه وعدم توفر أيّ عمل قاطع لأمد التقادم.

و حيث وخلافا لما انتهت إليه محكمة الدرجة الثانية فقد ثبت من مظروفات الملف أن المدعين في الأصل قد سبق لهم القيام في طلب إبطال عقد البيع موضوع التداعي وذلك في مناسبة أولى في إطار التداعي التام بموجب الحكم الابتدائي عدد 14645 الصادر بتاريخ 19/ 10/ 1992 وفي مناسبة ثانية في إطار التداعي التام بموجب الحكم الابتدائي عدد 27182 الصادر بتاريخ 8/ 5/ 2006 وذلك قبل تسجيل قيامهم الحالي في 3/ 5/ 2014.

و حيث أن الأحكام المشار إليها تمثل أعمالا تقطع أمد التقادم المبين بالفصل 402 من م. ا. ع. وذلك على معنى أحكام الفصل 396 من نفس المجلة الذي جاء به أن « مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع في الصور الآتية:

أولا إذا قام الغريم على المدين وطالبه بالوفاء بما عليه على طريق الحاكم...» ضرورة أنّها تتضمن طلبا صريحا في التصريح بإبطال عقد البيع الذي أبرمته الهالكة بتاريخ 7/ 10/ 1991 والمسجل بالحمامات في 9/ 10/ 1991 وطالما أن الدعاوى موضوعها قد مورست خلال الأجل المعين قانونا لطلب الإبطال إذ لم يفصل بين التداعي التام بموجب الحكم عدد 14645 وإبرام العقد المراد إبطاله إلّا مدة سنة ونصف كما لم تمض بين صدور ذلك الحكم الذي بموجبه افتتح أجل

جديد وفق ما ينص عليه الفصل 398 من م. ا. ع. ونشر القضية الصادر فيها الحكم عدد 27182 بتاريخ 23/ 3/ 2005 إلّا مدة تقارب الاثنتي عشرة سنة.

و حيث أن محكمة القرار المنتقد لما تجاهلت الحكمين عدد 14645 وعدد 27182 القاطعين لأمد التقادم والذي بموجبهما يفتتح أجل آخر للقيام أمام القضاء وفق ما يقتضيه الفصل 398 من م. ا. ع. تكون قد هضمت حق الدفاع وخرقت القانون وأورثت حكمها ضعفا في التعليل يوجب النقض.

وحيث أفلح المعقبون في طلبهم واتجه إعفاؤهم من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليهم عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

3-5-المسؤولية التعاقدية

3-5-1- أجل سقوط المسؤولية التعاقدية

قرار تعقيبي عدد 65012.2018 بتاريخ 22 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعن الأول :

حيث أنّ القول بانطباق مقتضيات الفصل 111 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية يقتضي تحديد طبيعة العقد الرابط بين الطرفين وصفة المتعاقدين.

وحيث من الثابت رجوعا إلى مظروفات الملف أنّ الدعوى تأسست على عقد مبرم بين طرفي النزاع بتاريخ 10 نوفمبر 2008 التزمت بموجبه المعقبة الآن بتقديم جملة من الخدمات لفائدة المعقب ضدها تمثلت في مراقبة تجهيزاتها وحفظها من كل حادث سرقة أو استيلاء خلال كامل ساعات اليوم وعلى امتداد كامل أيام الأسبوع باعتماد أجهزة مراقبة إلكترونية وإعلامها في الإبان بكل خطر قد يهدد ممتلكاتها وقد التزمت الطاعنة صلب الفصل التاسع من العقد بتحمل مسؤوليتها عن عدم إعلام المعقب ضدها بالخطر الذي من شأنه أن يهدد ممتلكاتها في الوقت المناسب.

وحيث عرف الفصل 3 من امر عدد 1039 لسنة 2014 المذكور أعلاه الصفقات العمومية بكونها « عقودا كتابية تبرم من قبل المشترين العموميين بمقابل قصد إنجاز طلبات عمومية ويعتبر مشتري عمومي الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والمنشآت العمومية ».

وحيث أن المعقب ضدها الشركة الوطنية للاتصالات ولئن اعتبرت قانونا منشأة عمومية إلّا أنّها ليست في شكل مؤسسة عمومية وإنّما في شكل شركة خفية الاسم خاضعة للتشريع التجاري مثلما نص عليه صراحة الفصل 1 من القانون عدد 30 لسنة 2004 المؤرخ في 05 أفريل 2004 المتعلق بتحويل الشكل القانوني للديوان الوطني للاتصالات.

وحيث طالما كانت المعقب ضدها الآن بمثابة الشركة التجارية فإنّ تعاملها مع الغير يكون خاضعا لأحكام القانون التجاري وعليه فإنّ القول بانطباق الفصل 111 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على العقد موضوع التداعي الحالي أضحى غير مبرّر قانونا.

وحيث لئن أخطأت محكمة القرار المنتقد في تسبيب حكها لما اعتبرت أنّ أجل سقوط دعوى الحال خاضع للفصل 115 من م. ا. ع. والحال أن الدعوى تأسّست على أحكام المسؤولية التعاقدية القائمة بين الطرفين ولا المسؤولية التقصيرية مما يجعل أحكام الفصل 402 من م. ا. ع. هي المنطبقة فإنّه وطالما كانت النتيجة التي توصلت إليها متفقة مع النتيجة السليمة والقانونية للنزاع وأنّ تقويم السند كاف لاستكمال قرارها التعليل الصحيح فإنّه يتعين تأييد منطوق قضائها بالاعتماد على الأسباب آنفا إذ لا مصلحة ولا جدوى في نقض حكم نتيجته صائبة وأضحى من المتجه لذلك رد هذا المطعن.

عن المطعنين الثاني والثالث لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما :

حيث نعت المعقبة على محكمة القرار المنتقد إقرارها للحكم الابتدائي القاضي بإلزامها بتعويض الخسارة اللاحقة بالمعقب ضدها رغم عدم ثبوت واقعة السرقة ثبوتا قانونيا بمقتضى حكم قضائي.

وحيث خلافا لما تمسكت به المعقبة ولئن كانت السرقة تمثل من الناحية القانونية جريمة يعاقب عليها إلا أنه وفي إطار العلاقة التعاقدية الرابطة بين الطرفين فإن عقد المراقبة عن بعد المبرم بينهما يقوم مقام القانون فيما بينهما عملا بالفصل 242 من م. ا. ع. وبالتالي لا يمكن للمعقبة الاحتجاج بما دفعت به ضرورة أن المعقب ضدها أمّنت مراقبة تجهيزاتها ضد السرقة لديها دون أن ينص العقد المذكور على أن التعويض لا يحصل إلا في صورة صدور حكم جزائي ضد من تسبب في السرقة وطالما أن المعقب ضدها تدفع معاليم المراقبة المستوجبة منذ اكتتاب العقد إلى حد تاريخ سرقة معداتها دون أن تدلي المعقبة ما يثبت خلاف ذلك فإنّ هذه الأخيرة ملزمة بتعويضها عن الخسارة اللاحقة بها خاصة أمام عدم ثبوت توليها إرسال أيّ إنذار خطر للمعقب ضدها يمكنها بمقتضاه اتخاذ الإجراءات الضرورية لتفادي عملية السرقة.

وحيث أنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه - لما اعتبرت أنّ واقعة السرقة ثابتة بمعاينة باحث البداية المضمنة بمحضر بحث جزائي - ينطوي على تقدير سليم للأدلة والوقائع وتطبيق صحيح للقانون.

وحيث طالما تجلى أنّ قرار محكمة القرار المطعون فيه كان مستوفيا لشروط التعليل الواقعي والقانوني السليم فقد أضحت منازعتها في ذلك غير مبررة واقعا وقانونا واتجه لذلك رد هذين المطعنين ».

3-5-2 مسؤولية المحامي المحال على عدم المباشرة

قرار تعقيبي عدد 68454 بتاريخ 11 جوان 2019 صادرعن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيدة اسمهان الحبيب وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة هاجر السلطاني.

«حيث تمحورت جملة المآخذ المنسوبة إلى القرار الاستئنافي المطعون فيه حول تساؤل قانوني يتعلق بمعرفة مآل الطعن المرفوع أمام محكمة الاستئناف من طرف محام تمت إحالته بمقتضى قرار صادر عن الهيئة الوطنية للمحامين على عدم المباشرة وهل يمكن أن يترتب عن هذا الإجراء رفض الطعن بالاستئناف شكلا.

وحيث أن كل القوانين القديمة منها والحديثة التي نظمت مهنة المحاماة في تونس كقانون المحاماة المؤرخ في 15/ 03/ 1958والقانون المنظم لمهنة المحاماة المؤرخ في 07/ 09/ 1989والمرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20/ 08/ 2011 المنظم لمهنة المحاماة حملت المحامي مسؤوليات مختلفة الأصناف (مدنية وتأديبية وجزائية) عند تقصيره في أداء مهامه باعتبار أنّ المحامين يختلفون عن الأشخاص العاديين من حيث طبيعة المهنة وهدفها، وأنّ ما يطلب منهم من حرص وعناية أكثر ممّا يطلب من الشخص العادي.

وحيث وفي هذا السياق يمكن طرح التساؤل الآتي هل أن الخطأ الذي يرتكبه المحامي أثناء أداء وظيفته يمكن أن تلحق الأضرار الناشئة عنه حريفه أم إنّ مصالح هذا الأخير تبقى محفوظة في صورة ارتكاب نائبه لخطأ مهني؟

وحيث لا جدال أن الإجابة عن هذا التساؤل تختلف باختلاف نوعية الخطأ المقترف من المحامي ونوعية الوقائع التي حفت بالنزاع القائم فالمحامي بوصفه وكيل خصام يكون مسؤولا إزاء موكله عن كل إخلال بالواجبات المحمولة عليه بمقتضى الوكالة طبق القواعد القانونية المنظمة للوكالة كما أنه يكون ملزما بتحقيق نتيجة ومسؤولا عند عدم تحقّقها، وذلك كلما ارتكب خطأ مهنيا بتركه انقضاء أجل الاستئناف أو التعقيب مثلا باعتبارها من الأمور الإجرائية المحضة والتي يحمل على المحامي واجب احترامها ومعرفة خطورتها في مآل الخصومة وعدم إمكانية تفادي إثارتها كما أنّ المحامي مسؤول عن عدم تبليغ مستندات التعقيب أو الاستئناف في مواعيدها القانونية أو يتخلف عن تقديم جوابه في المهل المحدّدة والمقررة مثلا بالفصل 71 من م. م. ت. كما يعتبر المحامي مخلاّ بواجب بذل العناية كلما ثبت تقصيره في تحرير الطلبات أو غموض فيها أو عند عدم إعلام المحامي موكّله قبل الإجراءات القانونية أو القضائيّة بالمعلومات التي تتيح له تقييم وضعه وحقوقه والتي ترد على مزاعم خصمه أو إذا قصّر في إتمام أعمال إجراءات المحاكمة اللازمة للدفاع عن مصالح موكله.

وحيث اقتضى الفصل 19 من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20/ 08/ 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة أنه « يحجر على المحامي

المحال على عدم المباشرة تعاطي مهنة المحاماة من تاريخ إعلامه بالقرار بصفة قانونية...»

وحيث يستشف من خلال الفصل المذكور أن المشرع قرن إذعان المحامي للقرار الصادر ضده بعدم مباشرة مهامه بثبوت علمه بهذا القرار.

وحيث بالاطلاع على أسانيد القرار المطعون فيه يتضح أن المحكمة جزمت بثبوت علم المحامي الذي تقدم بمطلب الطعن بالاستئناف بقرار إحالته على عدم المباشرة في تاريخ تقديمه لهذا المطلب والحال أن أوراق الملف خالية ممّا يفيد حصول العلم له بهذا القرار بصورة قانونية وهو ما تمسك به خلال المراحل التي مرّ بها الطور الاستئنافي.

وحيث رغم أن المكتوب الصادر عن عميد الهيئة الوطنية للمحامين بتاريخ 17-10-2018 تضمن التنصيص على أنّه تمّ إعلام الأستاذ ش. بإحالته على عدم المباشرة بواسطة رسالة مضمونة الوصول دون أن يقع الإدلاء بما يفيد حصول العلم له بما تضمنته هذه الرسالة بصورة يقينية فإنّ المحكمة تجاوزت ذلك واعتبرت أنّ حصول العلم بالقرار ثابت مخالفة بذلك ما تضمنته أوراق الملف وهو ما يعد تعليلا غير مقنع وقصورا في التسبيب يوهن حكمها.

وحيث وعلى فرض ثبوت حصول علم نائب المستأنفة المعقبة الآن بقرار إحالته على عدم المباشرة في تاريخ رفع الطعن فإنه وبالرجوع إلى موضوع قضية الحال يتبين أنه لا جدال في أن مخالفة المحامي للقرار الصادر عن الهيئة الوطنية للمحامين بإحالته على عدم المباشرة وتوليه رفع الطعن بالاستئناف يمكن أن تترتب عنه مسؤولية تأديبية على كاهله نظرا لمخالفته أحكام الفصل 19 من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20/ 08/ 2011 لكن في المقابل هل أنّ هذا الخطأ المهني للمحامي يمكن أن يؤدي إلى رفض الطعن بالاستئناف المرفوع من قبله في حق منوبته.

حيث لا جدال أنّ الأستاذ ن. ش. الذي أعلن نيابته عن المعقبة الآن أمام محكمة الحكم المطعون فيه هو محام مرسم بجدول المحامين وهو ولئن تمّت إحالته على عدم المباشرة بمقتضى قرار صادر بتاريخ 27/ 11/ 2017 فهو لم يفقد صفته كمحام وتم إرجاعه للمباشرة من جديد بتاريخ 10/ 05/ 2018.

وحيث وبناء على المعطيات المذكورة أعلاه تولت المستأنفة المعقبة الآن توكيل الأستاذ ن. ش.لنيابتها دون أن يثبت أنها كانت على علم بإحالته على عدم المباشرة ممّا يتجه معه تطبيق **نظرية الوضع الظاهر** -التي دأب فقه قضاء هذه المحكمة على تبنيها - على وقائع وإجراءات قضية الحال أي تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة سيما وقد ثبت توفر ركني نظرية الظاهر المتمثلين أولا في الركن المادي المتجسم في تطابق المركز الظاهر للمحامي مع الحقيقة مما يجعل منوبته المستأنفة تتوهم أنه مركز قانوني صحيح وثانيا الركن المعنوي للوضع الظاهر والمتمثل في ثبوت توفر حسن النية في جانب حريفة ن. ش.المعقبة الآن وعليه وعملا بما تقدم فإنه لا يسوغ حرمان الطاعنة بالاستئناف من درجة من درجات التقاضي رغم ثبوت حسن نيتها في التعامل مع محام كانت تجهل أنه محال على عدم المباشرة خاصة أن صيانة الحقوق تعلو على تطبيق الإجراءات التي يمكن أن ينشأ عن تطبيقها تطبيقا صارما إهدار الحقوق.

وحيث علاوة على ما تقدم فإنّ الفصل 19 من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20/ 08/ 2011حين حجر على المحامي المحال على عدم المباشرة تعاطي مهنة المحاماة فإنه كلف رئيس الفرع الجهوي المختص بضرورة إعلام الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف بذلك القرار الذي يتولى فيما بعد توزيعه على المحاكم وعليه فإنه لا يعقل للمحكمة في شخص كاتبها بعد قبول مطلب الاستئناف والحال أنه من المفروض أنها كانت على علم بصدور هذا القرار وتسجيل القضية وتقييدها بالدفتر المعد لها أن تتراجع في موقفها وترتب نتيجة قانونية خطيرة من شأنها إهدار حق الطاعنة في الاستئناف.

وحيث ومن جهة أخرى وبتفحص مظروفات الملف يتبين أن الطاعنة بالاستئناف المعقبة الآن تولت تكليف محام ثان أثناء الطور الاستئنافي الذي أشرف على سير القضية وقدم في حق منوبه تقارير كتابية وطلبات إلى جانب الأستاذ ن. ش.الذي تقدم بعريضة الطعن بالاستئناف والذي استأنف المباشرة في 10 ماي 2018 أي قبل صدور القرار المطعون فيه.

وحيث أضحى موقف محكمة القرار المنتقد متسما بالوهن واقعا والخطأ قانونا لعدم أخذها بعين الاعتبار جملة المعطيات السالف الإشارة إليها أعلاه ممّا

جعلها تنحرف بالنصوص القانونية عن معناها وتُخرجها عن نطاقها ومرماها وهو ما أورث قضاءها إفراطا في السلطة وخرقا للقانون واتجه لذلك نقضه».

3-6- سماع البينة غير ضروري لإثبات مرض الموت

قرار تعقيبي عدد 64388.2018 بتاريخ 23 اكتوبر 2019 صادر عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وإيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيدة منية بن علي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة امال بن نصر.

«حيث أنّ البحث إن كان البيع المرمي بالبطلان قد حصل في مرض موت البائع من عدمه على معنى أحكام الفصل 565 من م اع هي مسألة واقعية ترجع لخالص تقدير محكمة الموضوع استنادا إلى الوقائع الثابتة والشهادات الطبية المضافة للملف ولا رقابة لمحكمة القانون عليها في ذلك بشرط التعليل الكافي الذي يتبين منه أنّ استنتاج المحكمة كان مؤسسا على الأدلة التي لها أصل ثابت بالملف دون الالتفات عن أيّ منها أو تحريف لها.

وحيث يتضح من مستندات القرار المطعون فيه ومظروفات الملف أن محكمة القرار المنتقد لما انتهت إلى اعتبار المرض الذي كان عليه البائع عند إبرامه لعقد البيع المرمي بالبطلان ، تتوفر فيه شروط مرض الموت مناط الفصل 565 من م اع فإن ذلك كان مؤسسا على ما تضمنته الشهادة الطبية المضافة بخصوص طبيعة المرض واشتداده وصيرورة حالة البائع ميؤوسا منها في تاريخ متزامن مع تاريخ البيع فضلا على اتصاله بالوفاة التي حصلت بعد شهرين من تاريخ إبرام البيع إضافة إلى ما استنتجته من خلال زهادة ثمن البيع مقارنة بالقيمة الحقيقية للمبيع في تاريخ إبرام العقد وذلك استنادا إلى ما توصلت إليه تحقيقات الخبراء الذين انتدبتهم. وأنّ عدم تعرض المحكمة صراحة لطلب سماع بينة المعقب سواء أكان القصد منها إثبات صحة ظروف إبرام العقد أو لإثبات أنّه دفع أكثر من الثمن المنصوص عليه بالعقد لا يوهن استنتاجها ذاك طالما أن الأدلة التي توفرت لها بالملف كانت كافية بأن تمكّنها من التوصل إلى الحقيقة سواء بخصوص طبيعة المرض وذلك من خلال الشهادة الطبية ـأو بخصوص زهادة الثمن من خلال الاختبار سيما أنّ الثمن الذي ادّعى المعقب بذله حقيقة وعلى فرض التسليم بصحته يبقى زهيدا

مقارنة بالقيمة التي عينها الخبراء كقيمة حقيقية للمبيع زمن البيع بما يجعل لا تثريب على المحكمة في عدم استجابتها لطلب إجراء التحريرات المكتبية على الشهود في خصوص الثمن المدفوع حقيقة للبائع وذلك لأنّ إجراءها وعلى فرض حصوله لن يقدم معطيات من شأنها أن تؤثر على البت في النزاع.

وحيث أضحى هذا المطعن في غير طريقه واتجه رده ».

3-7- واجب التسليم في عقد الكراء يتعلق بتنفيذ الالتزام وليس بصحته بما يُرتّب فسخه وليس بطلانه

قرار تعقيبي عدد 65153.2018 بتاريخ 23 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وإيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيدة منية بن عليّ وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة آمال بن نصر.

عن المطعن الوحيد المتعلق: بمخالفة أحكام الفصول 2 و64 و325 من م. ا. ع.

«حيث لا جدال قانونا عملا بأحكام الفصول المنظمة لعقد الكراء بمجلة الالتزامات والعقود أن محل التعاقد في عقد التسويغ يتعلق بالانتفاع بالعين المأجورة وإمكانية استغلالها بما يجعل الالتزامات الناشئة عنه بين طرفيه هي التزامات شخصية تتمثل في تسليم المسوغ المكرى محل العقد للمتسوغ وضمان انتفاعه به المدّة المتفق عليها مقابل التزام المتسوغ بأداء معاليم الكراء.

وحيث أضحى والحالة تلك القول بأن عدم ملكية المسوغ للمكرى يجعل عقد التسويغ يفتقد لأهم ركن له وهو المحل هو قول غير صحيح قانونا طالما أنّ محل عقد التسويغ لا يتعلق بحق عيني وأنّ المسوغ ليس ملزما بنقل ملكية وإنما التزامه هو التزام شخصي يتمثل في تسليم المكرى للمسوغ وهذا الالتزام ممكن حتى ولو لم يكن مالكا وأنّ عدم تنفيذه لواجب التسليم يتعلق بتنفيذ الالتزام وليس بصحته بما يرتب فسخه وليس بطلانه على معنى أحكام الفصول 2 و64 و325 من م اع خلافا لما تمسك به الطاعن.

وحيث ثبت من أوراق الملف أن الطاعنة قد تسلمت المكرى وانتفعت به بما يجعل قولها أنّ محل العقد كان غير ممكن لعدم ملكية المسوغة له ومطالبتها

إبطاله واسترجاع ما دفعته قول مخالف للقانون وفق ما تمّ شرحه آنفا وكان بالتالي ما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد في قضائها بصحة عقد التسويغ الرابط بين الطرفين وبعدم جواز الرجوع فيما نفذ منه طيلة مدة التسويغ في طريقه قانونا ولا تثريب عليها في ذلك لا سيما أن العقد المذكور كان سندا لإقرار المالكين الأجانب بصحة التصرف في العقار ولعرضهم على المتسوغ أولوية الشراء والتفويت له في ملكيته بمقتضى العقد المظروف بالملف بما يعتبر مصادقة منهم على التسويغ المذكور.

وحيث يكون بذلك القرار المنتقد سليم المبنى واقعا وقانونا ومعللا تعليلا سليما وكافيا واتجه بالتالي رد المطاعن الموجهة إليه ورفض مطلب التعقيب أصلا ».

3-8- تبنّي القانون التونسي للمعيار النفسي في تقدير أثر الإكراه

قرار تعقيبي عدد 65426.2018 صادر بتاريخ 04 نوفمبر 2019 عن الدائرة المدنية الأولى المتركبة برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدة عربية الطويهري والسيد وليد بن جديدية وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث أسست محكمة الدرجة الثانية قضاءها على ما استنتجته من أنّه في تاريخ إبرام الوعد بالبيع لم يكن هناك أيّ ضغط أو إكراه مسلط على المستأنف ضده المعقب الآن باعتبار أنّ *** محرران بعد ذلك تباعا في 03 ديسمبر 2015 و31 ديسمبر 2015 مما ينفي وجود أي خشية من تتبّع تأديبي أو جزائي من أجل جريمة إصدار شيك بدون رصيد في تاريخ التواعد بالبيع... وأنّه ولئن تزامن إمضاء البيع النهائي مع إمضاء المستأنف المعقب ضده الآن لشهادتي خلاص الصكين في 05 جانفي 2016 وبعد يوم واحد من تحرير الشهادتين البنكيتين في عدم خلاص الصكين ولئن كان هذا التزامن يفيد أنّ المستأنف ضده قد كان في تاريخ إبرام البيع النهائي واقعا تحت تأثير خشية تتبعات تأديبية وجزائية ضده إلّا أنّ هذه الحالة النفسية لا تقيد قيام حالة الإكراه.

وحيث أنّ ما انتهت إليه محكمة الحكم المنتقد جاء مخالفا لما له أصل ثابت بملف القضية وخاصة شهادة محررة العقد الواقع تلقيها من قبل السيد قاضي

التحقيق بالمحكمة الابتدائية بسوسة حسب ما هو ثابت من قرار ختم البحث في القضية عـ5/ 1858ـدد المحرر في 06 جانفي 201 وما ثبت لدى المحكمة من خلال المؤيدات المعروضة من تزامن تاريخ تحرير البيع المطلوب إبطاله مع تاريخ تحرير شهادتي خلاص الصكين وبعد يوم واحد فقط من تاريخ تحرير شهادتي عدم الخلاص.

وحيث أنّه ولئن كان تقدير الوقائع وأدلتها واستخلاص النتائج القانونية منها موكولَيْن لاجتهاد محكمة الموضوع فإن ذلك مشروط بالتعليل بما له أصل ثابت بملف القضية ومؤدّ إلى النتيجة التي انتهت إليها المحكمة.

وحيث أنّه ومن جهة أخرى ولئن كان تقدير أثر الإكراه على الشخص مسألة موضوعية خاضعة لقضاء الأصل فإن ذلك لا يجب أن يحيد عن الوقائع الثابتة من جهة وعن مقتضيات النصوص القانونية من جهة ثانية.

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المنتقد أنّ «تزامن تحرير العقد النهائي وتحرير شهادتي خلاص الصكين بعد يوم واحد من تحرير شهادتي عدم الخلاص وإن كان يفيد أنّ المستأنف ضده كان في تاريخ إبرام البيع النهائي واقعا تحت التأثير خشية تتبعات تأديبية وجزائية ضده إلّا أنّ هذه الحالة النفسية لا تفيد قيام حالة الإكراه» وذلك في مخالفة لمقتضيات الفصلين 51 و52 من م. ا. ع. التي تبنت المعيار الذاتي النفسي في تقدير أثر الإكراه لذلك نص المشرع على أنّ الإكراه لا يكون إكراها إلّا إذا كان «من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليه أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة إلى سنّه وكونه ذكرا أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره» وعلى هذا الأساس فإن جميع الوسائل المستعملة في الإكراه إنما هي ركن موضوعي في الإكراه ومن يبقى في نفس الطرف الآخر من أثر إنما هو الركن المعنوي في الإكراه.

وحيث أنّ ما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه تأسّس على نظرة موضوعية للإكراه في مخالفة لمجلة الالتزامات والعقود التي اتخذت سبيل المذهب النفسي في ذلك ضرورة أنّه لا بد أن يقدر الضرر الفادح أو أثر الإكراه شخصيا أو ذاتيا أي بالرجوع إلى أثر الإكراه على نفسية المعاقد ومقدار خوفه أو رهبته التي دفعته للتعاقد قهرا والمعيار في ذلك ذاتي ويختلف التقدير باختلاف

طبيعة الشخص وقدره ومكانته بين الناس... فما يعتبر إكراها بالنسبة إلى البعض ليس كذلك بالنسبة إلى البعض الآخر وطالما أنّ الناس غير متساوية في مقدار التحمل فمن اللازم مراعاة الاعتبارات النفسية والشخصية في تقدير أثر الإكراه.

وحيث كان الحكم المطعون فيه قاصرا عن التعليل وفاقدا للتسبيب في هذا الخصوص وموجبا للنقض».

3-9- طبيعة عقد الكراء الرابط بين القباضة المالية وشخص من أشخاص القانون الخاص

قرار تعقيبي عدد 63697.2018 بتاريخ 23 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«عن المطعن الوحيد المأخوذ من مخالفة الفصل الأول والفصل الثالث من القانون المؤرخ في 03/ 06/ 1996 :

«حيث انحصر النزاع بين الطرفين من خلال المطعن المثار وأسانيد القرار المطعون فيه في تحديد طبيعة العقد الرابط بين الطاعنة والمعقب ضدهما إن كان عقدا إداريا مثلما يدفع به المعقب بما ينعقد به الاختصاص حصريا للمحكمة الإدارية أم هو عقد مدني مثلما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد مما يجعله من اختصاص المحاكم العدلية.

وحيث ومن المعلوم ومثلما استقر عليه الفقه والقضاء، فإن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية جهة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وهو تعريف لا يجد مجالا للانطباق على العقد الرابط بين المعقب والمعقب ضدهما موضوع التداعي فهو عقد تسويغ محل أبرمه المعقب لا تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ولا يتضمن بنودا استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة ولم يخوّل للإدارة امتيازات خاصة فهي قد أبرمت عقدا مدنيا وتصرّفت كشخص من أشخاص القانون الخاص وقد أحسنت محكمة الموضوع تطبيق القانون حين اعتمدت أحكام القانون الأساسي عـ38ـدد لسنة 1996 المؤرخ في 03/ 06/ 1996

المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية والذي كان صريحا في فصله الثاني في إسناد الاختصاص للمحاكم العدلية في النزاعات المماثلة لنزاع الحال الرابط بين الطاعن والمعقب ضدهما وعللت في ذلك قرارها تعليلا سليما ومستساغا دون خرق منها لقواعد الاختصاص الحكمي ودون مخالفة للقانون واتجه لذلك رد المطعن ».

3-10 شروط الإثبات الإلكتروني-القوة الثبوتية للرسائل الإلكترونية

قرار تعقيبي مدني بتاريخ 08 أفريل 2019 صادرعن الدائرة المدنية السابعة والثلاثين برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

«حيث يتمحور المطعن المتمسك به من المعقبة الآن حول مدى احترام المعقب ضدها الآن لواجب الإعلام المفروض عليها بالفصل 16 من الشروط العامة لعقد التأمين الذي اقتضى أنه «لا يمكن الاحتجاج ضد المؤمن بأي اعتراف بالمسؤولية أو صلح يقعان دون علمه غير أنه لا يعتبر اعترافا بالمسؤولية الاعتراف بفعل مادي أو إسعاف الضحية عندما يتعلق الأمر بالمساعدة التي يجب على كل شخص تقديمها. ويجب على المؤمن له أن يقدم للمؤمن كلّ إعلام أو رسائل أو استدعاءات بالحضور أو عرائض الدعوى أو الرسوم غير القضائية أو وثائق الإجراءات في أجل 48 ساعة من تاريخ تسلّمها لتمكين المؤمن من الإجابة عليها في الوقت اللازم».

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أن المعقب ضدها الآن التزمت بالواجب المذكور من خلال الرسائل الإلكترونية التي أدلت بها.

وحيث لا خلاف في أنّ الرسائل الإلكترونية تعتبر قانونا من الوسيلة المعتمدة للإثبات رجوعا إلى الفصل 453 مكرر الذي عرفها بكونها «الوثيقة المتكوّنة من مجموعة أحرف وأرقام أو أية إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة وتعدّ الوثيقة الإلكترونية كتبا غير

رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بإمضاء إلكتروني».

وحيث لئن كانت محكمة الأصل حرة في تقديرها لوسائل الإثبات المعروضة عليها إلا أنه يكون لزاما عليها أن تلتزم بالشروط القانونية التي أوجب المشرع توفرها في الدليل حتى يعتد به قانونا في الإثبات.

وحيث ولئن كان اعتماد محكمة الأصل على الرسائل الإلكترونية كوسيلة للإثبات مبررا في مبدئه إلا أنه قد كان عليها – أمام منازعة المعقبة الآن في وقوع إعلامها بموجبها – أن تتحرى في توفر تلك الرسائل لشروط اعتمادها ضرورة أنّ الاعتراف بالوثيقة الإلكترونية في الإثبات يوجب توفّر شروط محددة جاءت بها الفقرة الثانية من الفصل 453 مكرر من م. ا. ع. التي تنص على أنه «تعدّ الوثيقة الإلكترونية كتبا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بإمضاء إلكتروني».

وحيث لم تتحرّ المحكمة في استيفاء الرسائل المعروضة عليها لشروط اعتمادها في الإثبات – وهي أن تكون محفوظة على نحو موثوق به وأن تكون مدعمة بإمضاء إلكتروني – ما يجعل قضاءها على أساسها ضعيف التعليل.

وحيث ومن جهة أخرى نازعت المعقبة في الفاتورات المدلى بها لتأييد الدين المطالب به غير أن المحكمة أغفلت الجواب على هذا المطعن والتحري في القيمة القانونية لتلك المؤيدات رغم جدية الدفع وتأثيره المباشر على مآل الطلب.

وحيث قصّرت محكمة القرار المنتقد في تقديرها للأدلة المعروضة عليها وهو ما أورث قضاءها وهنا في تطبيق القانون وضعفا في التعليل واتجه لذلك قبول الطعن أصلا».

3-11 الغلط الحسي

قرار تعقيبي عدد 69152 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 2019 عن الدائرة المدنية الأولى المتركبة من رئيسها السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد عادل بن سالم وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

»حيث أسست المعقبة دعواها –ومن ثمة طعنها الآن – على أساس مقتضيات الفصل 484 من م. ا. ع. الذي يجيز نقض الحكم الذي لا رجوع فيه في الصور التالية :

أولا : إذا ثبت زور الرسوم أو البيانات الأخرى التي انبنى عليها الحكم وكانت هي السبب الأصلي أو الوحيد في صدوره

ثانيا : إذا ثبت أنّ الحكم بني على غلط حسي كان السبب الأصلي أو الوحيد في صدوره

ثالثا: إذا ثبت من الوقائع ما يقتضي القيام بمؤاخذة القاضي

وحيث أسّس نائب الطاعنة الآن قوله بحصول غلط حسي آل إلى صدور القرار عدد 16214 بتاريخ 28/ 12/ 2004 قاض بإلزام منوبته بإبرام عقد البيع النهائي لفائدة شركة ت. خ. للبعث العقاري ، على أساس أنّ الحكم المذكور قضى لفائدة شركة سيقع إنشاؤها مستقبلا وليست طرفا في وعد البيع ولم تكن موجودة قانونا في تاريخه كما ارتكبت المحكمة غلطا حسيا بردها للدفع باتصال القضاء بالموضوع بناء على صدور الحكم الابتدائي عدد 145018 كعدم إلمام المحكمة بالقرار الاستئنافي عدد 72902

وحيث يقتضي الأمر ابتداء التأكيد على أنّ الدعاوى المقامة على أساس الفصل متقدم الذكر هي دعوى استثنائية كرسها المشرع كوسيلة لإنصاف المتقاضي المتضرر من الغلط المادي المحسوس والذي في غيابه لم تكن المحكمة لتقضي في النزاع على النحو الذي أصدرته وأنّه ولئن لم يتول المشرع تحديد مفهوم الغلط الحسي إلّا أنّ الفقه وفقه القضاء قد تكفلا بذلك بأن تمّ اعتباره كل غلط في تحقيق وقائع النزاع ومعطياته المادية التي اعتمدتها المحكمة في حكمها وهو بذلك الغلط الذي يحصل في المقومات الجوهرية للحكم ويتعلق به وله انعكاس مباشر ليس فقط على نص الحكم وإنما على جوهره والدعامات الأساسية التي قام عليها بناؤه وعلى مقتضاها صدر قضاؤه بحيث أن تلك المقومات وهاتيك الدعامات قد نسبت بالخطأ ولازمها الغلط ضمن تركيبتها وعناصر تكوينها كما تم اعتباره الغلط المادي الذي قد تقع فيه المحكمة عند تناولها لماديات الدعوى ومؤيداتها بقراءة خاطئة أو فهم خاطئ بصفة واضحة وجلية لا تستدعي التمحيص

والاستدلال للتوصل إلى وجوده أو استنتاجه مع وجوب أن يكون الغلط هو المحدد لوجهة الحكم بمعنى أن لولاه لما قضت المحكمة على ذلك النحو

وحيث انطلاقا من مفهوم الغلط الحسي الذي يمكن أن يتأسس عليه مثل الطلب الراهن -والذي تم بيانه تفصيلا أعلاه- والمرتكز على الطابع الاستثنائي والمؤثر بصفة مباشرة وحاسمة في صدور الحكم المراد نقضه ورجوعا إلى الأسانيد المعتمدة من المحكمة في بناء حكمها ، يتضح أنها أتت بتعليل مستفيض على كل ما تمّ الادعاء بشأنه أنّه يمثل غلطا حسيا ولا تثريب عليها فيما انتهت إليه ضرورة أنه- وفضلا على أنّ المحكمة قدرت عدم توفر قرينة اتصال القضاء بالموضوع سواء بموجب الحكم الابتدائي 14518 أو القرار عدد 27299 وتناولت المحكمة الدفع المستند على القرار 72092 وعدد7243 بتعليل سليم واقعا وقانونا - فقد ثبت من نسخة القرار التعقيبي عدد 18295 الصادر تبعا لتعقيب القرار عدد 16214- المرمى بالغلط الحسي - أنّ المحكمة محصت كل الدفوع المثارة الآن فتناولت الدفع باتصال القضاء بالموضوع وردته وانتهت إلى أنّ عدم تكوين الموعود له لشركة عقارية أو تكوينها خارج الأجل لا يترتب عنه بطلان الوعد بالبيع أو فسخه كما اعتبرت أنّه لا يمكن للطاعنة الآن ادعاء إرجاع الثمن وأنّ وعد البيع لا يعد ملغى – وهو ما يجعل التمسك بهذه المعطيات كأساس للدعوى الراهنة فاقدا لما يبرره قانونا لعدم توفر شروط اعتبارها من قبيل الغلط الحسي على معنى الفصل 484 من م. ا. ع.».

3-12- القوة القاهرة وتأثيرها في تنفيذ الالتزام

3-12-1 أحداث الثورة ليست قوة قاهرة

قرار تعقيبي عدد 74200 صادر بتاريخ 12 ديسمبر 2019 عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

»... وحيث ومن جهة أخرى دفع نائب المعقب بأنّ غرم الضرر حسب الاختبار شمل السنوات من 2010 الى 2013 وهي سنوات مرت بها البلاد

التونسية على إثر حصول ثورة وهو ما يعتبر من باب القوة القاهرة المبررة لعدم تنفيذ الالتزام وقد كان على الخبير أخذ هذا المعطى بعين الاعتبار كما كان على المحكمة أيضا أخذه بعين الاعتبار وعدم تجاهله

حيث أنّ إثبات الدفع بالقوة القاهرة في ركنه المادي متمثلا في الأحداث والوقائع المتمسك بها إنّما هو أمر واقعي تجتهد محكمة الموضوع في تقديره رجوعا إلى المؤيدات المدلى بها بعد الترجيح بينها وهذا كله يخرج عن رقابة محكمة التعقيب وإمّا تكييف تلك الأحداث بأنها قوة قاهرة وتحديد درجة تأثير ذلك على تنفيذ الالتزامات فهذه مسألة قانونية محضة خاضعة لرقابة محكمة القانون على تقدير أنّ محكمة الموضوع وفي سبيل تقديرها بأن الأحداث أو الوقائع تمثل قوة قاهرة إنما تستحضر مفهوما قانونيا تطبقه على الوقائع الثابتة لديها، حتى إذا ما سلمنا بذلك ورجعنا إلى القرار المطعون فيه يتضح أنّ المحكمة اعتبرت أنّ الدفع بالقوة القاهرة كي يستقيم وجب توفر شروطها وهي عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع وأن يكون الحادث خارجا عن إرادة المدين وأنّ الاستحالة يجب أن تكون مطلقة لا بالنسبة إلى المدين فقط بل بالنسبة إلى أيّ شخص يكون في موقفه ووضعه وأنّ تقدير ذلك يرجع للمحكمة حسب الظروف المادية والأحوال الواقعية المتغيرة من حالة إلى أخرى ومن طرف إلى آخر وانتهت بذلك إلى اعتبار أنّ عدم أخذ الخبير المنتدب بعين الاعتبار – عند تقدير الخسارة – السنوات من 2010 الى 2013 تتزامن مع حصول ثورة لا تؤثر على سلامة أعماله وتقديراته

وحيث أنّ مؤدى ما جاء بالقرار المطعون فيه أنّ المحكمة اعتبرت أنّ الدفع بكون حصول ثورة يعد من قبيل القوة القاهرة لا يستقيم لعدم توفر شروطها

وحيث اقتضى الفصل 283 من م. ا. ع. أنّ «القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو كغزو أجنبي أو فعل الأمير. ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درئه. وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين فإنه لا يعتبر قوة قاهرة»

وحيث يؤخذ مما تقدّم أنه لا يمكن للأحداث المتمسك بها أن تعتبر من قبيل القوة القاهرة التي تعفي المتعاقد المدين من تنفيذ العقد إلّا إذا ما توفرت فيها

شروط ثلاثة: أولها أن يكون السبب مما لا يستطيع المتعاقد المدين دفعه، وثانيها أن يكون السبب مما ليس بإمكان المتعاقد المدين اجتنابه، وثالثها أن يكون السبب غير ناتج عن خطأ متقدم من المتعاقد المدين.

وحيث ولئن كان مفهوم « الثورة « في بعده السياسي والاجتماعي القائم على حصول تغييرات كبيرة ومفاجئة وجذرية من شأنها التأثير في الأنظمة السياسية القائمة لدرجة تصل لتغيير نظام الحكم والأنظمة الاقتصادية والبنية الاجتماعية والقيم الثقافية ، يحمل في مدلوله عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع والاجتناب بالنظر إلى الوضع العام للبلاد التي تحصل بها ، غير أنّ تأثير ذلك على التزامات الأفراد لا يعتبر حتميا ومفترضا وإنما يكون بحسب الأحوال والملابسات وطبيعة الالتزام ذاته فمن المتعين على من يدعي أنّ الثورة شكلت حائلا في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية أن يثبت ذلك الأمر وألّا يكتفي بإثارة ذلك الدفع على اعتبار أنّ توفر شروط القوة القاهرة وتأثيرها على الالتزام محل نظر المحكمة يكون بحسب طبيعة كل التزام والملابسات الحافة بتنفيذه

وحيث رجوعا إلى القرار المطعون فيه يتضح أنّ المحكمة قدرت أنّ الاستناد للقوة القاهرة كسبب لاستحالة تنفيذ الالتزام إنّما هي استحالة مطلقة لا بالنسبة إلى المدين فقط بل بالنسبة إلى أيّ شخص يكون في موقفه ووضعه وأنّ تقدير ذلك يرجع للمحكمة حسب الظروف المادية والأحوال الواقعية المتغيرة من حالة إلى أخرى ومن ظرف إلى آخر، وهو تقدير يراعي ما سلف بسطه أعلاه من مفاهيم متصلة بالثورة والقوة القاهرة ولم يأت المعقب الآن بما يوهن التعليل المعتمد من المحكمة».

3-12-2 فعل الأمير عاملا في إنهاء عقود مناولة بسبب قرار وزاري

قرار تعقيبي عدد 67827 بتاريخ 23 جانفي 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث أنّ الإشكال القانوني المطروح يتعلق بمعرفة إن كان إلغاء أذون المناولة السارية بين الطرفين بصفة أحادية الجانب تأسيسا على قرار مجلس

الوزراء الصادر في 18/ 02/ 2011 والقاضي بإلغاء العمل بعقود المناولة من القطاع العام بصفة مطلقة يعد من قبيل فعل الأمير ويلزم المتعاقد المتضرر والذي لم يكن طرفا فيه؟

وحيث اقتضى الفصل 283 من م. ا. ع. أن «القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو هجوم جيش العدو أو فعل الأمير...».

وحيث يتضح من خلال الفصل المذكور أنّ «فعل الأمير» المنصوص عليه من طرف المشرع ورد كمثال إلى جانب أمثلة أخرى متعددة تدخل تحت طائلة مفهوم القوة القاهرة التي يتعذر معها الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين.

وحيث يمكن تعريف فعل الأمير بأنه كل إجراء مشروع وغير متوقع يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة ينجم عنه الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد الآخر ويؤدي إلى تعويضه عن كافة الأضرار التي لحقته بسبب تصرّف الإدارة وهو ما يتضح معه أنّ الإذعان للقرارات الإدارية الصادرة لا يحول دون حق المتعاقد في المطالبة بغرم الأضرار اللاحقة به.

وحيث تبين من مراجعة أوراق الملف أنّ المعقب ضدها الآن استندت إلى قرار مجلس الوزراء الصادر في 18 فيفري 2011 والمتضمن عدم تجديد عقود المناولة لليد العاملة في القطاع العام في الدولة وهو تحجير صريح وأنّ إتيانه يعدّ مخالفة قانونية وبذلك فإنّ من احتكم إلى أمر شرعي «فعل الأمير» يتمثل في قرار وزاري فلا عهدة مالية عليه وبذلك تكون محكمة الحكم المطعون فيه قد أحسنت تطبيق الفصل 283 من م. ا. ع. وعللت رأيها فيه بصياغة سليمة حينما اعتبرت أنّ الحدث المذكور تتوفر فيه جميع مقومات القوة القاهرة التي تمنع المستأنف ضدها (المعقب ضدها الآن) من تنفيذ التزاماتها دون أن يكون لمعاقديها الحق في طلب التعويض وأنّ دفع المعقبة الآن بأنّ الاتفاق المبرم بين المعقب ضدها والغير لا يمضي عليها باعتبارها أجنبية عنه ولا يمكن بالتالي معارضتها به فهو مردود عليها باعتبار أنّ إنهاء العمل بالمناولة لم يكن اختيارا من المعقب ضدها وإنما كان تنفيذا لمقرر حكومي ملزم لجميع الأطراف ولا يمكن الامتناع عن

تنفيذه وأنّ الاتفاقات اللاحقة له كانت في إطار تتمة تطبيقه على الوجه الأمثل من طرف الهياكل المختصة وتعين لذلك رد الطعن المثار لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا».

3-12-3-انقطاع التيار الكهربائي قوة قاهرة

قرار تعقيبي عدد 81988 بتاريخ 25 ديسمبر 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعى العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمحضر كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«عن المطعن الثاني المأخوذ من خرق الفصلين 282 و283 من م. ا. ع.

حيث أسّست المعقبة طعنها على توفر القوة القاهرة الموجبة للإعفاء من المسؤولية.

وحيث أنّ استخلاص مدى توفر القوة القاهرة من عدمه يعد من الأمور الموضوعية الموكولة لاجتهاد محكمة الأصل دون رقابة عليها بشرط التعليل المستساغ المستمدّ ممّا له أصل ثابت بالملف.

وقد تحققت محكمة القرار المنتقد من عدم توفر القوة القاهرة لتجرد الدفع بأنّ الصاعقة كانت السبب في انقطاع التيار الكهربائي لعدم إثباته من الطاعنة وبموجب ما توفر بالملف من كون انقطاع التيار الكهربائي سببه خلل فني ولا يمكن اعتباره مما يدخل في إطار القوة القاهرة لغياب عنصر الفجئية ويظل أمرا متوقّع الحدوث بإمكان مؤمنة الطاعنة اتخاذ التدابير اللازمة لدرئه وفق ما انتهجته عن صواب محكمة القرار المنتقد التي أحسنت تعليل قرارها بتطبيق سليم للقانون.

وتعـــين لذلك ردّ المطعن لخلوه من كل سند صحيح».

3-13- الدعوى البليانية

3ـ13ـ1 ـ شروط الدعوى البليانية - الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة

قرار تعقيبي عدد 61392-6227 بتاريخ 28/ 01/ 2019 صادرعن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة

العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

«حيث اقتضى الفصل 306 م اع في فقرته الأولى أنه « يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في العقود التي تمّمها مدينهم بأنه تممها لإضرارهم في حقوقهم تغريرا أو تدليسا لكن دون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية والميراث «

وحيث احتدم الخلاف بين طرفي التداعي بخصوص توفر شروط الدعوى البليانية وما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه في هذا الصدد ولا سيما تقديرها لتاريخ نشأة حق المعقبة الآن في القيام بالدعوى المذكورة وشرطي الإعسار وسوء نية المدين في التعاقد بإبرام عقد الهبة المراد إبطاله.

وحيث أنّ استقراء الحكم المطعون فيه يُبرز أنّ محكمة الحكم المطعون فيه اعتبرت أنّ الطاعنة بالإبطال المعقبة الآن استمدت صفتها تبعا لاتصال القضاء بالحكم الصادر في القضية عدد 4884 الصادر في 30/ 03/ 2015 أمّا قبل ذلك فإنّ صفة الدائن كانت محل نظر المحكمة

وحيث أنّ المنهج الذي اختارته محكمة الحكم المطعون فيه في تقديرها لاحقية المعقبة الآن في القيام بالدعوى البليانية يتجافى ونص القانون وما جرى عليه فقه وفقه القضاء على نحو ما يأتي بيانه

وحيث ومن جهة أولى تتجه الإشارة إلى أنّ نصّ الفصل 306 فقرة أولى كان على غاية من العمومية فيما يخص طبيعة الدين الذي يمكن اعتباره سندا للقيام بالدعوى البليانية وعليه فإنّ القول بضرورة أن يكون الدين مستحقا في تاريخ إبرام العقد المراد إبطاله إنما هو خروج عن عبارات النص بتحميلها لمعان لم يجنح لها المشرع وينطوي على مخالفة للفصل 533 من م. ا. ع. القاضي بأنّه «إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها «وهو ما يتأكد من خلال مقارنة نص الفصل 306 المذكور بنصوص وردت بتشاريع مقارنة من ذلك المادة 237 من القانون المدني المصري التي أكدت على شرط استحقاق الدين في تاريخ التصرف الضار حيث جاء بها أنّه «لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه...» وبالتالي

فإنّ الاختيار التشريعي لمطلق عبارة «الدائنين» بالفصل 306 يفضي إلى اعتبار أنّ قول المحكمة بأنّ القيام بمثل دعوى الحال مرتبط بشرط استحقاق الدين أو سابقية ذلك في تاريخ العقد كاتصال القضاء بالمديونية المدعى بها لا سند له من القانون

وحيث وفي ذات السياق وفي معرض بسط محكمة القانون رقابتها على حسن تعليل محكمة الأصل لحكمها تتجه الإشارة إلى أنّ الأمر يقتضي ابتداء ضرورة التفريق بين الأحكام المقررة أو الكاشفة وهي التي تقرر حقوقا أو مراكز كانت موجودة من قبل إصدار الحكم والمحكمة لما تقضي بها في النزاع، إنما هي فقط تقرر مدى توفر الحقوق المتنازع عليها بين أطراف الدعوى وتوضح أوجه الحق بالنسبة إلى كلّ طرف فيها وهي بذلك لا تنشئ حقوق لم تكن موجودة، والأحكام المنشئة والتي تنشئ حقوق أو مراكز لم تكن موجودة من قبل إصدار هذه الأحكام.

وحيث لما كان الحكم الصادر في القضية عدد 4884 إنما هو بطبيعته ليس بالحكم المنشأ لحق صاحبة الأصل التجاري بل هو مقرّ له ومصرح به فالحق موجود قبل استصدار السند التنفيذي طالما أنّه تعلق بإلزام صاحب المحل بأداء قيمة الخسارة اللاحقة لها جراء حرمانها من استغلال محلها عن الفترة من 29/ 10/ 2006 إلى غاية 19/ 04/ 2014 ، فإن اعتماده من محكمة الحكم المطعون فيه للقول بأنه كان منطلق اكتساب المعقبة الآن لصفة الدائنة يفضي إلى اعتباره حكما منشئا لحق وهو أمر مجانب للصواب متجافٍ وطبيعة ذلك الحكم

وحيث ومن جهة أخرى فإنه مع التأكيد على أنّ الصبغة الاستثنائية للدعوى البوليانية – التي تفضي إلى بسط سلطة الدائن على مكاسب مدينه وأمواله الموجودة بذمته المالية أو التي خرجت منها بجعله يتدخل في التصرفات الرامية إلى الانتقاص من ضمانه العام أو إفقاره– تقتضي أن يكون حق الدائن على قدر من الجدية والقوة بما يبرر القيود المفروضة على حرية المدين في التصرف في مكاسبه والمساس بمصالح الغير الذي تعامل معه وبالحقوق التي اكتسبها وهو ما أكدته محكمة التعقيب من خلال القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المجتمعة في 31/ 05/ 2012 تحت عدد 19030.2007 ، فإنّ تقدير المحكمة لعنصر

المديونية في جانب المعقبة الآن كان متسما بالمغالاة والخروج على نص الفصل 306 من م. ا. ع. ذلك أنّ العبرة بتاريخ وجود حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه وأنّ التحقق من الأسبقية الزمنية لصفة القائمة بالدعوى كدائنة لا تتحدد بتاريخ صدور الحكم الذي قدر التعويض عن الخسارة اللاحقة بالمعقبة وصيرورته باتا وإنما من خلال التحري في جملة العوامل الحافة بإبرام المدين لعقد الهبة وما إذا كانت تسفر عن نية المدين الإنقاص من ضمانه العام أو إفقاره ذلك أنّ شرط المديونية السابقة يرتبط ارتباطا وثيقا بشرط غش المدين من خلال سعيه إلى الإضرار بالدائن فمتى ثبت أنّ الواهب قد تصرف متوقعا أنه سيصبح في وقت قريب مدينا كان تصرّفه مشوبا ، وقد ثبت من جملة المعطيات الواقعية المتوفرة بالملف أنّ المعقب ضده الأول الواهب قد أبرم عقد الهبة بُعيْد تبليغه بعريضة الدعوى الابتدائية المتضمنة طلب إلزامه بغرم الخسارة الناجمة عن حرمان المعقبة الآن من استغلال المكرى وهي عناصر أهملتها محكمة الحكم المطعون فيه

وحيث أنّ هذا الرأي كُرّس فقها وقضاء حيث سبق التأكيد على أنه متى صدر التصرف عن المدين متوقعا أنه سيصبح مدينا في وقت قريب فقصد بتصرفه الإضرار بالدائن المستقبل، يجوز للدائن –رغما من أنّ حقه تال لتصرف المدين– أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصية لأنّ الغش في جانب المدين قد توفر (عبد الرزاق السنهوري –الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– الجزء الثاني –صفحة 1022–1023) كما أكد فقه القضاء المقارن هذا الرأي من خلال التفاته على شرط سابقية الدين إذا ما توفرت عناصر تفيد نية المدين الإضرار بدائنه المستقبلي وعلى سبيل المثال ما جاء بالقرار التعقيبي الصادر عن الدائرة الثالثة بمحكمة التعقيب الفرنسية في القضية عدد 11786–71 بتاريخ 27/ 06/ 1972 وكذلك الدائرة الأولى من ذات المحكمة في القضية عدد 15960–80 بتاريخ 07/ 01/ 1982

وحيث يخلص من كل ما تقدم ذلك أنّ الاستجابة للدعوى البليانية تقتضي وجوب أن يكون الحق المدعى به من طالب الإبطال سابقا من حيث نشأته عن التصرف المطعون فيه وأن تتوفر بالملف المؤشرات الكافية للقول بأنّ المدين كان يتوقع مطالبته بدين رام بتصرفه التفصي من أدائه، فحلول الدين ليس شرطا ضروريا لصحة الدعوى البوليانية – وفق ما أكده فقه قضاء هذه المحكمة بالقرار الصادر

عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 19030.2007 بتاريخ 31/ 05/ 2012 قولا إنّ « دين المعقبة والمتخلد بذمته المدينة الأصلية... سابق من حيث نشأته عن التصرف المطعون فيه والعبرة بنشأة الدين وليس بحلول أجل خلاصه « -وإنما هو مستوجب للحصول على السند التنفيذي اللازم للمرور إلى مرحلة التنفيذ بعد الحكم بعدم معارضته بتصرف مدينه الضار بحقوقه ذلك أنّ انتظار حلول الدين للقيام بالدعوى البوليانية يتعارض مع مصلحة الدائن ويعرض حقوقه للخطر

وحيث لما كان الأمر على نحو ما تقدم فإنه يكون على المحكمة تمحيص العناصر الواقعية الثابتة بالملف والتي من شأنها أن تفيد اتجاه نية الواهب – عند إبرامه لعقد الهبة – التفصي من دين يعتقد في جديته خاصة وأنّ المطالبة قضائيا بالتعويض قد انطلقت في تاريخ سابق للهبة كما أنّ الحكم المستند إليه من قبل المحكمة لم ينشئ حق المعقبة في التعويض عن الخسارة وإنما هو مقرر له.

وحيث وفضلا على ما تقدم فقد ثبت من الحكم المطعون فيه أنّ المحكمة قد خلصت إلى عدم ثبوت سوء في جانب الواهب وكذلك الإعسار دون تفصيل في القول وتحديد لأسانيدها فيما انتهت إليه من خلاصة.

وحيث قصّرت محكمة القرار المنتقد في تقديرها للأدلة والوقائع المعروضة عليها وهو ما أورث قضاءها وهنا في تطبيق القانون وضعفا في التعليل واتجه لذلك قبول الطعن أصلا».

3ـ13ـ 2ـ الدعوة البوليانية ـ الدين مستحق الأداء وسابق في الوجود على التصرف المطعون فيه

قرار تعقيبي عدد 72796 بتاريخ 23 أكتوبر 2019

صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث دفع الطاعن بأن شرط أسبقية الدين غير متوفر في دعوى الحال لأنه لم يكن ثابتا ولا حالا وكان دفع بذلك أمام محكمة الحكم المطعون فيه التي عالجت مسألة الأسبقية من جهة المدعية في الأصل كصاحبة حق تجسم في دين لفائدتها ضد المدينة ولكن المسألة المطروحة إضافة إلى أسبقية دين المدعية في الأصل

الذي أحسنت المحكمة معالجته فإنها تتعلق أيضا بأسبقية دين المشتري الثابت بالمؤيدات المضافة والسابقة في نشأتها قبل دين المدعية في الأصل (المعقب ضدها) وكان من دواعي البت في النزاع الرجوع للتحقق في ذلك الدين وفي وصولات الإيداع التي سبقت دين المدعية في الأصل للموازنة بينهما وتسبيق أحدهما على الآخر دون الاكتفاء بالبحث في ثبوت دين المدعية في الأصل وأسبقيته عن عقد البيع دون البحث ودراسة الأسبقية التي يدفع بها الطاعن الآن أحمد وكان بالتالي هذا المطعن وجيها ويتعين قبوله.

وحيث تمسك الطاعن بعدد من القرارات التعقيبية التي تشترط أسبقية دين القائم بدعوى الإبطال ناسبا لمحكمة الحكم المطعون فيه خرق القانون في اعتبارها أن الفصل 306 من م.ا.ع. قد خلا من كل إشارة إلى شرط الأسبقية وهي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التعقيب طالما أنها تتعلق بتأويل إرادة المشرع وقد استقر في هذا المجال موقف فقه القضاء على بيان شروط الدعوى البوليانية وعلى خلاف ما انتهى إليه القرار المطعون فيه فقد أكدت محكمة التعقيب (قرار تعقيبي مدني عدد 2011/ 69983 مؤرخ في 22/ 05/ 2012 م ق ت العدد 7 جويلية 2012, ص199) في تعريف الدعوى البوليانية أنه «وحيث ولئن لم يفصل شروطها وأركانها (الدعوى البوليانية) فقد كان لفقه القضاء الإتيان على تعريفها وتفصيل أسبابها وأركانها، ويتعين لقيام الدعوى البوليانية كجنحة مدنية وجود عقد مشكوك في مرماه ومقصده يلحق ضررا بالدائن مع الرغبة والقصد في الوصول إلى هذه النتيجة وهي الدافع إلى التعاقد لدى المدين ومعاقده» وهو ما يقتضي في الدعوى إبراز سوء النية لدى المتعاقدين وقد وضحت الدوائر المجتمعة (قرار تعقيبي مدني عن الدوائر المجتمعة عدد 2744 بتاريخ 28 فيفري 2008 قرارات الدوائر المجتمعة 2008/ 2009، ص43) «أن المشرع قد حدد شروط القيام بالدعوى البوليانية منها ما يتعلق بالدين الذي يجب أن يكون له حق مستحق الأداء وسابق في الوجود على التصرف المطعون فيه» وعليه فإن القول بعدم وجود شروط قانونية ومنها أسبقية الدين يخالف قواعد تأويل الفصل 306 من م. ا. ع. ويناقض ما استقر عليه فقه القضاء وفق ما تم بيانه ووفقا لما تضمنه المطعن واتجه قبول الطعن من هذه الناحية».

3ـ13ـ3ـ شروط الدعوى الوليانية

قرار تعقيبي عدد 67931 بتاريخ 25 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية التجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«حيث وفي إطار حماية الدائن من سعي مدينه في التهرب من خلاص الديون المثقلة عليه لفائدة الدائن وحرمان هذا الأخير من الضمانات الكفيلة من استخلاص دينه وذلك بتولي المدين إفراغ ذمته المالية أو التنقيص منها بتعمده التفريط في أملاكه للغير تحيلا منه وبنيّة الإضرار بالدائن وللحيلولة دون ذلك جاء الفصل 306 من م. ا. ع. ليخول للدائن رفع الدعوى البليانية التي تهدف إلى إبطال العقود والاتفاقات التي أبرمها مدينه والغير قصد التفريط في أملاك المدين وحرمان الدائن من التنفيذ عليها فلقد اشترط الفصل المذكور شرطين متلازمين يتمثل الأول في ثبوت الضرر بالنسبة إلى الدائن وهو ما يفترض وجود دين ثابت سواء كان بحكم أو كتب أو اعتراف وسابق للعقد المطعون فيه كما يفترض ثبوت الضرر وهو عسر المدين بأن أصبح غير قادر على خلاص ديونه ولا يوجد لديه أملاك أخرى يمكن التنفيذ عليها ما عدى ما تولى التفريط فيه للغير أمّا الشرط الثاني فيتمثل في توفر عنصر التدليس والتغرير في جانب المدين وذلك باتجاه نيته إلى الاضرار بحقوق الدائن من خلال التفريط في مكاسبه وحرمانه من استخلاص دينه وإذا كان الأمر يستوجب ذلك في العقود بعوض فإنه وبالنسبة إلى عقود التبرع التي لا يستوجب فيها مقابل فإنّ عنصر سوء النية مفترض لطبيعة المعاملة من خلال إحالة المدين لملكية عين أو منقول كان عنصرا من ذمته المالية لطرف آخر دون أي مقابل مادي.

وحيث بالرجوع إلى أوراق القضية يتّضح أنّ الدين المتخلد بذمة المعقب ضده الأول لفائدة الطاعنة تأسّس على شيكات ممضاة من قبل الأول بالذكر ويتجه التأكيد على أنّ الصكوك تعد من قبل الأوراق المالية القابلة للخلاص بمجرد تسليمها للمستفيد وليست مرتبطة بأيّ أجل بما أنّها وسيلة خلاص حالة إذ ينشأ الدين ويقوم بمجرد إمضائها من طرف المدين الساحب وانتقالها إلى يد الدائن المستفيد خلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد لما اعتبرت أنّ نشأة الدين

تكون من تاريخ تقديم الشيكات للخلاص إذ على العكس من ذلك فإنّ إمضاء المدين للشيك بوصفه ساحبا إقرار منه بمديونيته بالمبلغ المضمن بالورقة المالية المذكورة لفائدة المستفيد وهو ما يجعل الدين قائما من تاريخ إمضاء الصكوك وليس من تاريخ تقديمها للخلاص وقد ثبت أنّ المعقب ضده الأول قد أمضى عدد5 شيكات بتاريخ سابق لعملية قيامه بهبة العقار الراجع له بالملك موضوع الرسم العقاري عدد22015 إلى والده المعقب ضده الثاني وهو ما يستروح منه توفر شروط الفصل 306 من م. ا. ع. بثبوت مديونية المعقب ضده الأول تجاه الطاعنة وتوفر عنصر سوء النية والرغبة في الإضرار بحقوقها عبر إحالة ملكية العقار دون أي مقابل مادي لفائدة والد المدين.

وحيث وبناء على ذلك فإنّ محكمة القرار المنتقد لما اعتبرت أنّ شروط الفصل 306 من م. ا. ع. غير متوفرة في النزاع المعروض عليها تكون قد أساءت تطبيق القانون وخرقت أحكامه مما يجعل حكمها عرضة للنقض لا محالة».

4ـ قانون عقاري وتهيئة عمرانية

4-1- التجاوز عن حسن نية إلى جزء يسير بأرض ملاصقة

قرار تعقيبي عدد 2018.63855 بتاريخ 01 اكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن جملة المطاعن لاتحاد وجه القول فيها :

حيث اقتضى الفصل 37 من م. ح. ع. أنه «إذا أحدث مالك الأرض بناءات أو منشآت بأرضه وتجاوز عن حسن نية إلى جزء يسير بأرض ملاصقة فللمحكمة أن تملكه بهذا الجزء مقابل قيمة عادلة».

وحيث تقتضي شروط التمليك بمفعول الالتصاق أن يكون التجاوز يسيرا وعن حسن نية ويستخلص قيام هذين الشرطين من خلال مساحة التجاوز بالنسبة إلى أرض المعقب من جهة والمساحة الكلية للأرض المستولى على جزء منها من جهة أخرى.

وحيث تبين من مظروفات الملف أنّ كامل العقار الذي على ملك المعقب ضده والبالغ مساحته الجملية 31م^2 يمثل القطعتين المستولى عليهما من قبل المعقب.

وحيث أنّ ما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد من كون الجزء اليسير في مثل هذه الحالة لا يجب أن يتجاوز النصف متر أو المتر أو المترين مرده مساحة العقار الذي يملكه المعقب ضده بما يجعل قضاءها بانتفاء أحد شروط دعوى التمليك وهو التجاوز بجزء يسير لأرض الغير في طريقه ولا تثريب عليها في ذلك.

وحيث أنّ ما استخلصته محكمة القرار المطعون فيه من انعدام توفر شرط حسن النية في جانب المعقب كان مؤسسا على معطيات واقعية وفنية وعللت قضاءها بكون المعقب كان عليه الاستعانة بأهل الخبرة لتحديد حدود عقاره المسجل قبل الشروع في البناء أو عند إعداده لموجبات استخراج رخصة البناء التي لا تسلم إلا وفق أمثلة هندسية دقيقة.

وحيث خلافا لما أورده المعقب ضمن مستنداته فقد تبين أنّ المعقب ضده قد عارض في تمليكه بالجزء المستولى عليه بآخر تقرير مقدم من نائبه بجلسة 11 ماي 2015 وقد اعتبرت محكمة القرار المنتقد عن صواب أنّ مباشرة المستأنف المعقب ضده الآن الطعن في الحكم الابتدائي دليل قاطع على معارضته حرمانه من عقاره أمّا بخصوص الاتفاق الحاصل بين المعقب والمالك الأصلي للعقار فإنه لا يلزم المعقب ضده في شيء.

وحيث تكون لذلك الطعون غير مبررة واقعا وقانونا وكان القرار المنتقد معللا سليما وبصفة يتجلى منها حسن تطبيق القانون وتعين لذلك رد الطعون لعدم وجاهتها.

وحيث أخفق المعقب في طلبه واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفه عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

4-2- التعويض لمن تضررت حقوقه من حكم في التسجيل أو الترسيم

4-2-1-شروط التعويض عن الضرر

قرار تعقيبي عدد 64693.2018 بتاريخ 22 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين

السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن جملة المطاعن لاتحاد وجه القول فيها:

حيث اقتضى الفصل 337 من م. ح. ع. أن «كل شخص تضررت حقوقه من تسجيل أو ترسيم ناتج عن حكم بات بالتسجيل لا يمكن له أصلا أن يرجع على العقار وإنما له في صورة الخطأ الحق في القيام على المستفيد من التسجيل بدعوى شخصية لغرم الضرر».

حيث أن دعوى غرم الضرر على معنى أحكام الفصل 337 من م. ح. ع. تتطلب إثبات استحقاق المتضرر للعقار محل التداعي وإثبات حصول خطأ في الحكم القاضي بالتسجيل أدى إلى تسجيل العقار لغير مستحقه الحقيقي.

وحيث ثبت من خلال مظروفات الملف أن عقد البيع الذي على أساسه صدر الحكم بالتسجيل لفائدة المعقبين كان موضوع قضية استحقاقية مرفوعة من طرف المعقبين قضى في شأنها بعدم سماع الدعوى لصورية عقد البيع الصادر عن مورث المعقبين لفائدتهم وقد اتصل القضاء بموضوع الدعوى بموجب القرار الاستئنافي عدد 25031 الذي تأيد تعقيبيا.

وحيث ثبت بذلك لمحكمة القرار المطعون فيه أن المعقبين قد استفادوا بحكم تسجيل انبنى على خطأ تضررت منه المعقب ضدها المالكة لذلك العقار بموجب حكم التبتيت.

وحيث بقضائها بإلزام المعقبين بالتعويض لفائدة المدعية في الأصل عن الضرر الحاصل لها من جراء الخطأ المذكور تكون محكمة القرار المطعون فيه قد أحسنت تطبيق مقتضيات الفصل 337 من م. ح. ع. بتعليل سليم مستمد ممّا له أصل ثابت بالملف.

وحيث طالما تبين أنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد كان مؤسسا على معطيات صحيحة وثابتة وكان قرارها مستوفيا لشروط التعليل الواقعي والقانوني السليم فإنها تكون في منأى عن رقابة هذه المحكمة واتجه لذلك رد جميع المطاعن لعدم وجاهتها ».

4-2-2-مفهوم الخطأ في دعوى التعويض عن تسجيل العقار

« [...]

عن المطعن المأخوذ من خرق الفصل 337 من م.ح.ع.:

حيث تمسك المعقبان بأنّ الخطأ المفضي للتعويض منتف طالما صدر حكم التسجيل لفائدتهما من قبل المحكمة العقارية التي تعتبر صاحبة اختصاص أصلي ومبدئي في مسألة استحقاق العقارات وطالما تقدم المعقب ضده بمطلب في التسجيل تم بالرفض فضلا عن الخطأ الحسي الذي أفضى إلى صدور الحكم بالاستحقاق والمتمثل في اعتماد حجة شراء باطلة وبينة مزورة على الحوز والتصرف لفائدة المحكوم له.

و حيث وخلافا لذلك فإنّ صدور حكم بالتسجيل أو الترسيم لفائدة أحد الأطراف لا يمثل مدعاة للقول بعدم وجود خطأ في جانبه ضرورة أن المشرع من خلال إقراره لمبدأ الحق في التعويض لمن تضررت حقوقه من حكم في التسجيل أو الترسيم وفق ما هو مخول له بالفصل 337 من م.ح.ع. قد أقر بإمكانية صدور أخطاء عن المحكمة العقارية وعليه فإنّ تلك الأحكام وإن كان مبناها الإشهار فإنه لا يمكن أن تمثل مرجعا للقول بالاستحقاق من عدمه بصفة قطعية إذ يتعين البحث في الحقوق التي طهرها الحكم العقاري والتي تتكون منها الخسارة الناشئة عن الحكم القاضي بالتسجيل أو الترسيم (يراجع المبروك بن موسى دراسات قانونية ص 47 وما بعدها) فضلا عن أن الحكم العقاري يستند في مبناه أساسا إلى ما توفر في الملف من معطيات قدمها طالب التسجيل وهي معطيات قد تكون قاصرة عن التوصل إلى أصل الحق والوقوف على حقيقة الوضعية الاستحقاقية للعقار المراد تسجيله وقد ثبت من ملف القضية أن المعقب الأول قد سعى في تقديم مطلب في تسجيل عقار المعقب ضده(26/ 2/ 2008) في الوقت الذي كان فيه النزاع الاستحقاقي منشورا بين الطرفين وأنه أخفى عن المحكمة العقارية وجود ذلك النزاع وتعمد عدم التصريح به للقاضي المقرر أثناء التوجه المجرى على العين بتاريخ 29/ 10/ 2009 وهو ما كان سببا في صدور الحكم القاضي بالتسجيل الذي أهدر حقوق المعقب ضده في ملكية عقار التداعي الثابتة بموجب حكم بات صادر عن محكمة التعقيب تحت عدد 44835/ 2009 كان المعقبان

طرفا فيه، الأمر الذي يفتح له الحق في التماس الغرم تطبيقا للفصل 337 من م. ح. ع. وهو ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد عن صواب.

و حيث أن القول بأن القرار التعقيبي القاضي بالاستحقاق قد انبنى على حجة شراء باطلة وبينة مزورة على الحوز والتصرف لفائدة المحكوم له لا يستقيم ضرورة أن ذلك القرار قد اتصل به القضاء ولا يمكن إعادة مناقشة سنداته أمام هيئة قضائية أخرى وفق ما ينص عليه الفصل 481 من م. ا. ع. ما لم يقع التماس إجراءات الفصل 484 من نفس المجلة بما يوجب رد هذا المطعن [...]».

4-3- دعوى كف الشغب على عقار مُسجل تهدف لحماية الانتفاع وليس الحيازة

قرار تعقيبي عدد 76483 صادر بتاريخ 30-9-2019 عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدة مريم البكوش والسيدة عربية الطويهري بحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«عن المطعنين الأول والثاني لترابطهما ووحدة القول في شأنهما:

حيث اقتضى الفصل 307 من م. ح. ع. في فقرته الثانية أنّ قاضي الناحية يختص بالحكم في كف الشغب الحاصل في الانتفاع بالعقار المسجل.

وحيث أن عبارة «الانتفاع « الواردة بالفصل المذكور يقصد بها «الاستغلال» بدليل أنّ الصياغة الفرنسية للفصل 307 من م. ح. ع. ركزت على استغلال العقار المسجل وليس المقصود بذلك استغلال من يعود له حق الانتفاع فحسب بل استغلال المالك ويخلص من ذلك أنّ المشرع ركز في بيان الشغب الحاصل في العقار المسجل على عناصر الملكية سواء اقتصرت على الاستغلال أو اشدت؟؟؟ إلى التصرف وأبعد الحوز باعتباره واقعة مادية لا ترتبط بالملكية كما استقر فقه القضاء على اعتبار أن عبارة الانتفاع لا ترد إلى مفهوم الانتفاع الوارد بالفصل 142 من م. ح. ع. بل إلى مفهوم.

وحيث استعمل المشرع عبارة الانتفاع بالعقار المسجل وقصر الحماية على الانتفاع ذلك أن المالك محمي بما خوله المشرع من حماية لمالكي العقارات المسجلة وهو جدير بحماية الانتفاع في عقاره عند مشاغبته ولذا مكنه المشرع في

الفصل 307 من تلك الحماية واستند ذلك الاختصاص حصريا لقاضي الناحية الذي يكتفي بالتأكد في ملكية المدعى للرسم العقاري للقضاء بكف الشغب عنه دون التطرف إلى العناصر المستوجبة في الفصل 54 من م. م. م. ت.

فالدعوى المؤسسة على الفصل 307 من م. ح. ع. إنما هي دعوى تحمي الانتفاع الفعلي بالعقار أي الاستعمال والاستغلال والتصرف وليس أي انتفاع بل انتفاع المالك المرسم وبالرجوع إلى بيانات الرسم العقاري ولا شيء غير بيانات السجل العيني ولا حاجة للوقوف على مسألة الحيازة ووضع اليد بالمفهوم المادي خلافا لما تضمنته المطاعن.

وحيث أنه وتأسيسا على ما سبق فإنّ ما قضت به محكمة الحكم المطعون فيه كان صحيحا ولا أثر فيه إلى ما ورد ذكره بالمطاعن وكان سليما في نتيجته وتعين لذلك رفض المطلب أصلا ».

4-4-الدعاوى المتعلقة بالرّسوم العقارية

4-4-1 اختصاص النظر في دعاوى التشطيب والإبطال وإصلاح أخطاء الرسوم العقارية والبحث في شرعيتها

قرار عدد 66765/ 66741 بتاريخ 13 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«حيث يثير الطعن الإشكاليات التالية :

1/ ما هي المحكمة المختصة للنظر في دعوى إبطال التشطيب على معنى الفصل 391 من م. ح. ع.؟

2/ ما هي صلاحيات إدارة الملكية العقارية في التدخل على الرسم العقاري؟ وهل أن الطلب المقدم من أحد الأطراف يخوّل للإدارة القيام بإجراء التشطيب؟ أم إنّ الإدارة تظل محكومة بتدارك الأخطاء المادية لا غير؟ وهل يجوز لإدارة الملكية العقارية البحث في شرعية الصك من حيث الأصل والموضوع حال أنه قد استوفى شروطه الشكلية؟

1/ **بخصوص المحكمة المختصة:**

حيث أقرت محكمة الحكم المطعون فيه بصحة اختصاص المحكمة الابتدائية بالنظر في التشطيب، وقد كانت على صواب في ذلك لأن الدعوى وإن تتصل بالقرارات الصادرة عن إدارة الملكية العقارية، إلا أن موضوعها مدني محض، يما يجعل من محاكم الحق العام صاحبة الاختصاص المطلق بالنظر في هذه الدعوى لأن دعاوى التشطيب تنتهي إلى مناقشة مسائل مدنية خاضعة لأحكام القانون الخاص، وتبعا لذلك تنظر المحكمة الابتدائية بدائرتها المدنية وبمقتضى اختصاصها العام في جميع الدعاوى عدى ما خرج عنها بنص خاص. وفي هذا الإطار، فإن المحكمة الابتدائية تنظر في جميع الدعاوى الرامية إلى طلب الإبطال أو الفسخ أو الانقضاء أصالة وإلى التشطيب تبعا، والدعوى التي يقام بها لطلب إبطال عمل قانوني لخلل أو خرق للقانون هي دعوى مستقلة قائمة بذاتها وهي ترمي إلى تمكين القاضي المدني من مراقبة أعمال إدارة الملكية العقارية والتثبت من مدى احترامها للقانون وللمبادئ المقام عليها نظام الشهر العقاري. فمتى اتضح للقاضي أن الترسيم أو التشطيب تم بصورة مخالفة للقانون أو لمبدأ من هذه المبادئ فإنه يقضي بإلغائه وبالتشطيب عليه.

وحيث أن المحكمة الابتدائية تكون هي المختصة بالنظر في دعاوى التشطيب القضائي إذا كان مبنى ذلك خلل أو خرق للقانون قامت به إدارة الملكية العقارية كما هو في النزاع الحالي لأن إدارة الملكية العقارية خالفت مقتضيات الفصل 391 من م. ح. ع.، فقد تجاوزت ما يرجع لاختصاصها في الإصلاح لتدخل تغييرا جوهريا على الرسم العقاري له علاقة بحقوق الأطراف المتنازعة.

وحيث وبخصوص الفرع من المطعن المتعلق بانطباق الفصل 6 من القانون عدد 9 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية، فيتبيّن من هذا الفصل أن المشرع أطلق عند إصدار قانون التحيين يد دائرة التحيين العقارية فخوّل لها، وبصفة حصرية وفي مجال محدد وهو الرسوم العقارية المجمدة النظر «بقصد إجراء التخليصات اللازمة للرسوم العقارية في المطالب الرامية للحصول على ترسيم أو تنصيص أو تشطيب على ترسيم أو إبطال تشطيب أو تعديل ترسيم أو حط من ترسيم أو إصلاح ترسيم..» وذلك لغاية وحيدة وهي تخليص الرسوم العقارية من الجمود، رغم أنّ الإبطال هو من اختصاص محاكم

الحق العام، وقد أسند المشرع تبعا لذلك صلاحية النظر في المسائل المتعلقة بالإبطال لهيكلين قضائيين مختلفين وهما محاكم الحق العام وأساسا المحكمة الابتدائية ومحكمة الناحية حسب قيمة الطلب من ناحية أولى، وإلى المحكمة العقارية في إطار تحيين الرسوم العقارية المجمدة وطبقا لأحكام الفصل السادس من قانون التحيين المؤرخ في 10 أفريل 2001 من جهة ثانية، غير أن المشرع تفطن بكونه أدخل اضطرابا في اختصاص الهياكل القضائية وتداخلا بينها، ولذلك تولى في سنة 2009 وبموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 تعديل الفصل 22 من قانون التحيين وحجر بموجب الفقرة الرابعة منه على دائرة الرسوم المجمّدة الحكم بالقسمة أو فسخ العقود أو إبطالها، بما يستخلص منه أن الموقف الأخير للمشرع منذ صدور قانون 12 أوت 2009 هو عدم جواز نظر ومنها دائرة الرسوم المجمدة بالمحكمة العقارية فيما يتعلق بمسائل الإبطال.

وحيث كان المطعن الأول تبعا لما سبق بسطه غير وجيه بما يتعيّن رده.

2/ بخصوص حدود صلاحيات إدارة الملكية العقارية

حيث نص الفصل 391 من م.ح.ع. أنه إذا وقع سهو أو غلط في رسم الملكية أو في الترسيمات، فإن للمعنيين أن يطلبوا إصلاحه، كما أسند المشرع بموجب الفصل المذكور لإدارة الملكية العقارية إمكانية «إصلاح الخلل الصادر عنها من تلقاء نفسها وتدارك الأخطاء المادية الحاصلة في العقود المحررة من طرفها أو من طرف أعوانها المكلفين بذلك».

وحيث أن المقصود بالفصل 391 من م.ح.ع. هو إصلاح السهو أو الغلط الذي يتسرّب إلى رسم الملكية أو يقع في الترسيمات والمقصود بالغلط المادي هو كل خطأ غير مؤثر على الحقيقة الموضوعية المرسّمة، فإذا كان الخطأ مؤثرا في تلك الحقيقة فإنه لا مناص لمن يهمه الأمر من اللجوء إلى القضاء لطلب التشطيب أو الحط من الترسيم أو تعديله.

وحيث وبالنسبة إلى إدارة الملكية العقارية، فتطبيقا لضمان مصداقية الترسيمات، فإنه يمكنها أن تتولى من تلقاء نفسها إصلاح الخلل الصادر عنها وتدارك الأخطاء المادية الحاصلة في العقود المحررة من طرفها أو من طرف أعوانها (يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 805 المؤرخ في 21/ 11/ 2006

ن م ت 2006، القسم المدني، ص 329 الذي تضمن أنه يمكن لحافظ الملكية العقارية أن يتولى من تلقاء نفسه إصلاح الخلل الصادر عنه وتدارك الأخطاء المادية الحاصلة في العقود، ولكن لا ينبغي أن يطال ذلك الإصلاح أصل الحقوق المرسّمة فينال منها أو يزيل ترسيمها بفعل رجوع منه فيها أو تشطيب أو محو أو إبطال).

وحيث وتأسيسا على ذلك، فإن ما قامت به إدارة الملكية العقارية من تشطيب أدى إلى إلغاء حقوق مكتسبة، يكون خارقا للقانون ومتعارضا مع أحكام الفصل 391 من مجلة الحقوق العينية وهو ما يستوجب إبطال عملية التشطيب التي قامت بها إدارة الملكية العقارية.

وحيث أن كل إجراء يرد على السجل العقاري بشكل يخالف قواعد مسكه يعتبر إجراء غير قانوني ومخالفا لمبدإ شرعية الترسيمات.

وحيث أن الصيغة الولائية لأعمال الإصلاح التي ترد على السجل العقاري تفضي بالضرورة إلى الإقرار بأن مقدمها لا يكون سوى آخر مدرج بالرسم العقاري المطلوب إصلاحه أو أن يكون إجراء الإصلاح تلقائيا من قبل الإدارة.

وحيث أنه وبتنـزيل القواعد القانونية المذكورة على قضية الحال وبالرجوع إلى حيثيات الملف، نجد أن شيئا من ذلك لم يكن، إذ تولت إدارة الملكية العقارية إدراج عملية التشطيب طبق طلبات «التجاري بنك» بالرغم من أنه ليس هو من قام بآخر عملية وهو غير مدرج بالرسم العقاري، ويكون بذلك تصرف الإدارة بهذا الشكل يعني انحرافا خطيرا بالإجراءات وإخراج الإصلاح من نطاقه القانوني المنصوص عليه صراحة بالفصل 391 من م. ح. ع.، ونجم عن هذا التصرف ضرب من ضروب التداعي حول أولوية استحقاق الحق المدرج أمام الإدارة، وانتهت فيه هذه الأخيرة إلى الحكم بإلغاء ترسيم في شكل يشبه إلى حد كبير جدا شكل إبطال الترسيمات، وهو أمر يبقى من أنظار القضاء دون غيره باعتباره السلطة الوحيدة التي تمارس المراقبة القضائية على العمليات الواردة على السجل العقاري.

وحيث وبالنتيجة، فإن إدارة الملكية العقارية قد تعمدت التشطيب على الترسيم من تلقاء نفسها، فألغته وأبطلته، رغم أنها جهة غير مختصّة، ضرورة أن

الفصل 391 من مجلة الحقوق العينية لم يعط للإدارة صلاحية البت في طلبات الإبطال التي تبقى دائما وأبدا من أنظار المحاكم.

وحيث أن الخطأ الذي وقعت فيه إدارة الملكية العقارية من خلال سوء تأويل الفصل 391 أدى إلى الإذن بإجراء تشطيب على ترسيم من تلقاء نفسها، وهي مسألة ليست من اختصاصها، وآل بها الأمر إلى القيام بإجراء مخالف لمقتضيات الفصل 391 من م. ح. ع.، فالإصلاح لا يجيز لإدارة الملكية العقارية إلغاء الترسيمات القديمة تشطيبا أو إبطالا.

2/ حول مبدأ الشرعية التي يدفع بها المكلف العام بنزاعات الدولة:

حيث أوجبت الفصول 306 و398 و390 من مجلة الحقوق العينية الواردة في باب الترسيم على إدارة الملكية العقارية التحقق من صحة الوثائق المدلى بها للترسيم وإجراء التحقيقات اللازمة في ذلك، وبالتالي يكون من سلطة إدارة الملكية العقارية مراقبة الوثائق المقدمة للترسيم والتثبت من مدى مطابقتها للبيانات المدرجة بالرسم العقاري، غير أن هذه الصلاحية وهذه السلطة تظل مقيّدة بالعملية المطلوب ترسيمها من طرف من له مصلحة، وتتوقف عند إدراج العملية بالرسم عند قبولها، ولا يجوز تبعا لذلك لإدارة الملكية العقارية مباشرة أية عملية بمفردها ومن تلقاء نفسها بعد عملية الإدراج المذكورة، على غرار التشطيب من تلقاء نفسها على العملية المقبولة، ويفيد ذلك أن يد إدارة الملكية العقارية ترفع على الرسم العقاري بعد الإدراج، فلا يجوز لها إدراج أي تعديلات بالرسم بعد ذلك، باستثناء حالة وحيدة وهي صور الإصلاح موضوع الفقرة الأولى من الفصل 391 من م. ح. ع.

وحيث أن الإصلاح بدوره يقتضي التزام إدارة الملكية العقارية بضرورة احترام ضوابط الإصلاح، إذ يجب أن يتسلط الإصلاح فقط على «كل سهو أو غلط في رسم الملكية أو في الترسيمات» وكذلك «الخلل الصادر عنها»، أي عن إدارة الملكية العقارية، و«تدارك الأخطاء...» ويعني ذلك أنه يجب أن لا تتعدّى عملية الإصلاح إلى المساس من الترسيمات الأصلية المتعلقة بالحقوق، وهو ما عبّر عنه المشرع صراحة بالفقرة الثالثة من الفصل 391 من م. ح. ع. عندما نصّ على أنه يجب في جميع الحالات عدم المساس بالترسيمات الأصلية المتعلقة بالحقوق، وهو ما عبّر عنه المشرع صراحة بالفقرة الثالثة من الفصل 391 من

م. ح. ع. عندما نص على أنه «يجب في جميع الحالات إبقاء الترسيمات الأولى على حالها وإتمام الإصلاح في تاريخه».

وحيث أنه من الثابت أنّ الترسيم يخضع لمبدأ الشرعية، وهو مبدأ يفيد بأن إدارة الملكية العقارية تتحقق من صحة الصك المطلوب ترسيمه فتتثبت من سلامته الشكلية والموضوعية حتى لا تدرج بالرسوم العقارية الصكوك المختلة، وممارسة مبدأ الشرعية هي من صلاحيات إدارة الملكية العقارية التي أسندها له المشرع وفق الفصول 306 و389 و390 من م. ح. ع. وتفعيلا لمبدأ الشرعية تجري إدارة الملكية العقارية التحقيقات اللازمة التي على ضوئها يتخذ قراره من قبول الترسيم أو رفضه، ورغم إجراء تلك التحقيقات، فقد تحصل بعض الأخطاء عند القيام بعملية الترسيم أو غيرها نتيجة سهو، مثلا عدم إدراج بعض البيانات الضرورية، وهي أخطاء مادية لا تمسّ بجوهر الحق ويمكن لكلّ من له مصلحة وصفة أن يطلب من إدارة الملكية العقارية تدارك ذلك الخطأ.

وحيث أنّ صلاحية ممارسة مبدأ الشرعية من قبل إدارة الملكية العقارية لا تمتد إلى المراحل اللاحقة للترسيم، ذلك أنه إذا تم قبول ترسيم الصك وتم إدراجه بالسجل العقاري، فإنه ليس لإدارة الملكية العقارية إعادة التدخل من جديد ومن تلقاء نفسها وفي كلّ وقت وحين وبدون طلب في الرسم العقاري وإدخال التحويرات عليه، لأن يدها قد رفعت عن التدخل في الرسم العقاري بعد قبول العملية المطلوبة وإدراجها بالرسم العقاري، ولا يبقى له أي مجال للتدخل، عدى تدخله وبصفة حصرية فيما تقتضيه عملية الإصلاح طبق أحكام الفصل 391 من م. ح. ع. وفي حدود الصور الحصرية الوارد ذكرها بالفصل المذكور، ودون أن يمس ذلك الإصلاح بالصكوك التي تم ترسيمها بالتشطيب أو غيره، فتدخله في غير تلك الصور يبقى أمرا ممنوعا عنه بموجب القانون، إذ أن تدخله في المسائل التي تهم أصل الحقوق يبقى أمرا موكولا للأطراف وأصحاب المصالح، على خلاف ما قامت به إدارة الملكية العقارية في قضية الحال، إذ هي ووفقا لما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه قد تجاوزت حدود اختصاصها وصلاحياتها التي أسندها لها المشرع.

وحيث أن تمسك المكلف العام بنزاعات الدولة بمبدأ الشرعية للتشطيب على رفع اليد يبقى في جميع الأحوال غير وجيه، ذلك أن الشرعية تهم عملية الترسيم

المطلوبة من قبل إدارة الملكية العقارية، وتنتهي صلاحيات ممارسة الإدارة لمبدأ الشرعية عند إدراجها للعملية المقبولة بالرسم العقاري، ولا تمتد إلى مراقبة مدى صحة عملية الترسيم المتعلقة بتلك العمليات المطلوبة، فلا يجوز له الخوض في صحة الترسيم من عدمه من الناحية الموضوعية، وليس له بعد الترسيم الخوض في النزاعات الجارية بين الأطراف والتدخل بأي شكل من الأشكال في الرسم العقاري، حتى وإن طلب منه أحدهم ذلك، مثلما يدفع به المكلف العام بنزاعات الدولة في قضية الحال، كل ذلك عدى بعض الصور المضبوطة، على غرار صورة الطلب المشترك المقدم من قبل طرفي العملية المبرمة، وهي غير صورة الحال، أو صورة صدور حكم بات أدلى به أحد الأطراف، أو صورة التشطيب التلقائي المخول للإدارة إذ يجوز لها إتمام الإجراء الإداري (وهو التشطيب) وذلك بترتيب أثر الجزاء القانوني في حالات محددة حصرا وبكل دقة ووضوح صلب القانون، وهي حالة مرور المدة على القيد الاحتياطي وفق الفصل 370 من م. ح. ع.، وحالة ترسيم الاعتراض التحفظي على معنى الفصل 327 من م. م. م. ت.، وحالة الإنذار الذي يقوم مقام العقلة العقارية وفق الفصل 453 من م. م. م. ت. وعليه ليس لإدارة الملكية العقارية أن تشطب بطلب أحادي مقدم من قبل أحد الأطراف على ترسيم حقوق تتعلق بمصالح متباينة، وفي غير هذه الصور يعتبر تدخلها غير مؤسس على سند صحيح من القانون ويخرق الحالات الحصرية التي خولها له المشرع في التدخل التلقائي، ويؤدي الأمر إلى الفوضى فيصبح الرسم العقاري مستباحا في كل وقت وحين، حال أن تمتع الإدارة بصفة المؤتمن على حفظ السجل العقاري بوصفها الماسكة للرسوم العقارية، يوجب عليها الالتزام التام بالمبدأ الحفظي للترسيم، فلا يجوز لها والحالة تلك المساس بأي شكل من الأشكال من الحقوق المرسمة، ضرورة أن «رسم الملكية والترسيم يحفظان الحق موضوعهما ما لم يقع إبطالهما أو التشطيب عليهما أو تعديلهما» على معنى الفصل 361 من م. ح. ع. وعمليات الإبطال والتشطيب والتعديل المقصودة بهذا الفصل لا يمكن أن تصدر إلا عن القضاء، وهو المؤتمن على حفظ الحقوق المرسمة في صورة إخلال إدارة الملكية العقارية بمبادئ السجل العيني أو بقواعد مسك السجل العقاري بطريقة تؤدي إلى المس من الحقوق المرسمة في خرق لأحكام الفصل 361 من م. ح. ع.

وحيث وبتنزيل القواعد السابق بسطها على وقائع قضية الحال، يتبين بما لا يدع مجالا للشك أن تدخل إدارة الملكية العقارية لم يكن وجيها، وقد أحسنت المحكمة التصريح بإبطال التشطيب، ذلك أن نطاق تدخل الإدارة بعد أن تم الترسيم بالسجل العقاري، يقتصر على تدارك السهو والغلط الحاصلين في الرسم وإصلاح الخلل الصادر عنها، وهي الأخطاء المادية التي لا تمس من جوهر الحق، إذ أن الغلط المادي القابل للإصلاح يجب أن يتعلق بمسائل شكلية، فالإصلاح وكما هو متعارف عليه فقها وقضاء ينحصر موضوعه في تقويم الأخطاء المادية، وهي تشمل كل غلط ناتج عن قلة انتباه أو تقصير أو سهو عرضي أو غفلة وهي مسألة يقع فيها القاضي وإدارة الملكية العقارية وغيرهما، وقد أقر المشرع طريقة تسويتها بالإصلاح والتدارك (الفصل 256 من م. م. م. ت. والفصل 332 مكرر من م. ح. ع. والفصل 26 من قانون التحيين والفصل 391 من م. ح. ع.) دون أن يجيز إمكانية المساس بالأصل وبالحقوق التي تم ترسيمها، من قبيل إمكانية التنصيص على رفعها بموجب شهادة من الدائن الراهن في رفع الدين.

وحيث أن التشطيب لا يمكن أن يندرج في الإصلاح ولا يأخذ أحكامه لأن التشطيب يعني العدول عما وقع ترسيمه، وهو استثناء لمبدأ المفعول الحفظي للترسيم ويقتضي ممن له مصلحة اللجوء إلى القضاء لطلب التشطيب أو التعديل. وبناء على ذلك يحجّر على إدارة الملكية العقارية اتخاذ قرار التشطيب من تلقاء نفسها لأن التشطيب هو ترسيم عكسي بذات الرسم لا يتم إلا بتراضي أطراف الحق المرسم أو بإرادة منفردة من صاحب الحق المرسم تبرز مثلا من خلال كتب في رفع اليد كما هو في النزاع الحالي، أو بمقتضى حكم قابل للتنفيذ، أو بمقتضى القانون تطبيقا للفصل 481 من م. م. م. ت. فيما يخص المفعول التطهيري لمحضر التبتيت.

وحيث يتضح مما تقدم، أن المشرع حجّر بموجب الفصل 391 على إدارة الملكية العقارية التدخل في الرسوم العقارية إلا في صورة حصرية وهي وقوع غلط مادي صرف كالاسم أو العدد وما يماثلها، وعليه فإن ما قامت به إدارة الملكية العقارية بتاريخ 04/ 02/ 2016 يعتبر قرارا في أصل الحق يخرق القانون ويتجاوز حدود ما لإدارة الملكية العقارية من صلاحيات، وانحرافا بالإجراءات،

ذلك أن الخطأ المادي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يرتقي إلى أصل الحقوق ولا يسند لإدارة الملكية العقارية صلاحيات أكثر مما هو جائز لها.

وحيث وبخصوص إثارة مقتضيات الفصل 375 من م. ح. ع. وذلك بالقول أن إدارة الملكية العقارية قد تولت ترسيم شهادة رفع اليد رغم كونها لم تكن الأصل على اعتبار أنها كانت حجة غير رسمية، إذ تم الإدلاء لديها بنسخة مطابقة للأصل من شهادة رفع اليد دون أصل الصك، وفي ذلك مخالفة للفصل 375 من م. ح. ع.، فالملاحظ أن الفصل 392 من م. ح. ع. الوارد في باب «مطلب الترسيم» قد اقتضى أنه «لكل شخص أن يطلب من إدارة الملكية العقارية، مع تقديمه للوثائق التي توجب هذه المجلة تقديمها، ترسيم حق عيني أو تشطيب ترسيم أو الحط منه أو تعديله»، وعليه فقد تحدث هذا الفصل عن «الوثائق» بصيغة مطلقة دون أن يربطها بأصول الصكوك، بما يتعين معه ربط هذه المعطيات مع مقتضيات مجلة الالتزامات والعقود بالفصل 449 من المجلة بخصوص الحجج غير الرسمية، والذي اقتضى أن «الكتب غير الرسمي إذا اعترف به الخصم أو ثبتت صحته قانونا ولو بغير الاعتراف، اعتمد ككتب رسمي بالنسبة إلى الطرفين وغيرهما في جميع ما تضمنه من شروط وبيانات حسبما هو مقرر بالفصلين 444 و445 عدا ما يخص التاريخ، وهو ما ينطبق على صورة الحال ذلك أنه لا توجد منازعة في صحة حجة رفع اليد أو في كونها صادرة عن الطاعن «التجاري بنك»، بما يتجه معه رد هذا الدفع من المطعن».

4-4-2- مفهوم حسن النية في مجلة الحقوق العينية

قرار تعقيبي عدد 64322.2018 بتاريخ 16 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

« عن جملة المطعن لترابطها واتحاد القول فيها :

حيث يتمحور النزاع حول مسألة قانونية تتعلق بمعرفة الغير حسن النية فهل أن المعقب كان على حسن نية عند انجرار الملكية إليه وبالتالي تنطبق عليه صفة الغير حسن النية الذي يستحق الحماية المترتبة عن الترسيم أو أنه لم يكن كذلك

لعلمه ببطلان عقد البيع الذي تأسس عليه الترسيم لدى إدارة الملكية العقارية لفائدته ولأن هذا العلم يدمجه في الأطراف المتعاقدة وينزع عنه صفة حسن النية.

وحيث للبت في هذه الإشكاليات يتعين الرجوع إلى أحكام الفصل 305 من م. ح. ع. الذي اقتضت أحكامه أنّ: «كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم وإبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل». وعليه وجب البحث عن مفهوم الغير في المادة العقارية وعن المقصود بحسن النية وما يترتب عن ذلك بشأن عقود التفويت المتعلقة بالعقار المرسم.

وحيث حدد الفصل 305 من م. ح. ع. مفهوم الغير بمعنى واسع في فقرته الثانية فيمكن أن يكون الشخص الذي اكتسب حقوقا ولم يرسمها خلافا لما يقتضيه الفصل المذكور في فقرته الأولى أو الذي اكتسب حقوقا شخصية على العقار ويمكن أن يكون المشتري أو المعاوض فهو كل شخص أجنبي عن دائرة التعاقد ولا تطاله القوة الملزمة للعقد فلا يعتبر غير أطراف العقد ووكلائهم والشركاء والورثة وإنما تعني الأجنبي عن تلك العلاقة صاحب الحق المرسم.

وحيث ولئن لم يحدد المشرع مفهوم الغير بمجلة الحقوق العينية رغم تكرار استعمال العبارة ضمن عدة بنود منها فإن ما يمكن استخلاصه منها ومما سبق بيانه أن الغير هو من اكتسب حقا على عقار دون أن يعلم بالعيوب التي يمكن أن تطال انتقال الحق أولا وأن يكتسب هذا الحق بالاستناد إلى الترسيم المدون بالسجل العقاري ثانيا وهما شرطان متلازمان فإن انتفى أحدهما زالت صفة الغير حسن النية ويزول معها تبعا لذلك الحماية المقرة بموجب الترسيم.

وحيث يتضمن مفهوم حسن النية بمجلة الحقوق العينية على أمرين اثنين يتعلق أولهما بجهل حقيقة التصرف فيكون الشخص حسن النية في مادة العقارات إذا كان يجهل العيوب التي يمكن أن تعتري سند بائع العقار بأنه مهدد بالإبطال أو الفسخ أو نحوه من العيوب التي يمكن أن تشوب التعاقد الناقل للملكية والتي كان عالما بها ينتفي عنه جهل عيوب السند ويكون معيار حسن النية هو الجهل الكلي بجميع أنواع العيوب التي قد تؤدي إلى بطلان التصرف الناقل للملكية سواء كان

البطلان مطلقا أو نسبيا وأن مجرد الشك في سلامة التصرف ترفع حسن النية على المشتري ويعتبر سيّئ النية والذي لا يستحق الحماية لأن حسن النية يقتضي جهل الغير للعيوب أو للأسباب المؤدية إلى إبطال الترسيم الذي اعتمد عليه وتأسس عليه اكتساب حقه على العقار.

وحيث وبناء عليه يعتبر الغير المبين أعلاه حسن النية طبق ما وقع التعرض إليه آنفا إذا انتقلت إليه الحقوق المكتسبة على العقار وهو غير عالم ويجهل بحقيقة التصرف الذي من شأنه حرمان المالك الحقيقي من حقوقه وبأنه غير عالم أيضا بالعيوب التي قد تطال السند في التصرف وإمكانية إبطاله أو فسخه وبصفة عامة أن يجهل العيوب أو الأسباب التي قد تؤدي إلى إبطال الترسيم الذي اعتمد عليه في اكتساب حقه على العقار غير أن المشرع لا يكتفي بهذا المعيار الذاتي فالعلم أو الجهل بالعيب والمرتبط بذات الشخص وإنما أضاف إليه شرطا موضوعيا يتمثل في «اعتماد على الترسيمات الواردة بالسجل» وبذلك يتوفر حسن النية بجهل العيوب أولا وبالرجوع إلى الترسيمات الواردة بالسجل ثانيا.

وحيث مع ذلك يُطرح إشكال حول مسألتين: زمان الجهل المعتمد لحسن النية؟ وإثباته بصفة عادية؟ أما بالنسبة إلى معيار زمن جهل العيوب فالمفترض أن يكون عند نشأة العقد والمقصود به الوقت الذي ينتقل فيه الحق أي الوقت الذي يحدده القانون لانتقال الملكية وبالتالي فإن العلم اللاحق بالعيوب لا يؤثر على حسن النية وسلامتها لأن الأصل في الإنسان الاستقامة وسلامة النية إلى أن يثبت خلافه عملا بأحكام الفصل 558 من م. ا. ع. وهو ما يحملنا إلى البحث حول معيار إثبات الجهل بالعيوب وبمعنى آخر إثبات حسن النية أي بيان أن المشتري لم يكن وقت إبرام العقد متواطئا مع البائع وأن لا يكون حين الشراء على علم بذلك وهو ما يعبر عنه بالشرط الذاتي لحسن النية الذي يتلازم مع شرط موضوعي آخر وهو أن يكتسب الحق بالاستناد إلى ما هو مدون بالسجل العقاري.

وحيث تبين من أسانيد القرار المنتقد والأوراق التي انبنى عليها أن الطاعن دفع أمام محكمة الموضوع بكونه مشتريا حسن النية ويتمتع بالحماية القانونية لأنّ عقد شرائه استند إلى ما هو مدون بالسجل العقاري وردّت المحكمة دفعه معتبرة أنّ الرسم العقاري موضوع النزاع غير خاضع للمفعول المنشئ للترسيم حال أن

المسألة ليست في مدى خضوع الرسم العقاري للمفعول المنشئ للترسيم من عدمه وإنّما يقتضي الأمر التحقق من توفر حسن النية في جانب الطاعن عند إبرام عقده من عدمه وهي مسألة أغفلت المحكمة التحقق منها بما يعرّض قضاءها للنقض».

4-5- رفع مضرّة

4-5-1- إزالة هوائيات الإرسال والالتقاط بعقار- اختصاص حكمي للقضاء العدلي

قرار تعقيبي عدد 57326 صادر بتاريخ27 فيفري 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيدة لطيفة العرفاوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث تعهدت محكمة القرار المطعون فيه بوصفها محكمة إحالة بموجب القرار التعقيبي عدد 6277 الصادر بتاريخ 06 نوفمبر 2014 والقاضي بنقض القرار الاستئنافي الأول عدد 39277 الصادر بتاريخ 16/ 04/ 2014.

وحيث اقتضى الفصل 191 من م. م. م. ت. أن القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض.

وحيث تأسس قرار النقض حول مسألة سوء تطبيق أحكام الفصل 3 من القانون عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 03/ 06/ 1996 وذلك باعتبار أن محكمة الاستئناف ضمن قرارها الأول عدد 39277 قضت بعدم انعقاد الاختصاص للمحاكم العدلية دون أن تتثبت من مدى توفر معيار إدارة المرفق العمومي من ضمن معايير الاختصاص الإداري.

وحيث دفعت الشركة الطاعنة ضمن مستندات طعنها بأنها تتولى تسيير مرفق عمومي وأن هذا المرفق لا يتنافى مع تحقيق الربح وأن النزاع الذي يرمي إلى إزالة الهوائيات كيفما هو الشأن في قضية الحال يعتبر من اختصاص القاضي الإداري المختص في مادة إشغال الملك العمومي وينجر عن الإزالة وقف بث الترددات الراديوية وتعطيل سير المرفق العام وتكون محكمة الإحالة وحينما ارتأت خلاف

ذلك قد أورثت قضاءها انعداما في التعليل وخرقا لمقتضيات الفصل 3 من القانون عدد 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحاكم الإدارية.

وحيث لا جدال أن موضوع النزاع الحالي قد تعلق بطلب رفع المضرة اللاحقة بالمعقب ضدها الأولى الآن والناتجة عن قيام المعقبة الآن بتركيز محطة شبكات الهاتف الرقمي وهوائيات الإرسال والالتقاط بعقار المعقب ضده الثاني الآن جار المعقب ضدها الأولى وقد أثير بشأنه تحديد الجهة المختصة للبت في طلب رفع المضرة بما يطرح التساؤل عن انعقاد الاختصاص في هذه المسألة.

وحيث يجد انعقاد الاختصاص للقضاء العدلي مبرراته في اعتمادا معيار هيكلي للاختصاص وعليه فإن التأويل الذي يعقد الاختصاص للقضاء الإداري بشأن دفع مبنـي على تأويل خاطئ لأحكام القانون عدد 38 لسنة 1996 إذ يستخلص من الفصل الثاني من القانون المذكور أن المشرع قد اعتمد في توزيع الاختصاص بين القضاء العدلي والقضاء الإداري معيارا هيكليا تولى على أساسه إسناد الاختصاص لمحاكم الحق العام كلما تعلق الأمر بنزاع بين منشأة عمومية وأعوانها أو حرفائها أو الغير سواء نشأ هذا النزاع عن ممارسة المنشأة العمومية لوظيفتها كسلطة عامة تسير مرفقا عاما أم عن ممارسة نشاطها العادي باعتبارها أحد أشخاص القانون الخاص مستبعدا المعيار الوظيفي كعنصر ضبط وتحديد لطبيعة النشاط وبالتالي لتوزيع الاختصاص.

وحيث أن التمسك بكون الاختصاص منعقدا لفائدة القضاء الإداري على اعتبار وأنّ النشاط الذي تمارسه المدعى عليها يدخل في إطار تسيير مرفق عام دفع مردود على اعتبار وأن مفهوم المرفق العام هو كل مشروع أو نشاط تقوم به الإدارة العامة بنفسها أو بواسطة أفراد آخرين تحت رقابتها وإشرافها إشباعا للحاجات العامة وتحقيقا للنفع العام... وأنه يجب أن يكون المشروع خاضعا لسلطة الدولة العامة بما يعني قدرة الدولة على التدخل والتوجيه.

وحيث أن التحكم في عمود الإرسال الهاتفي هو من صميم اختصاص شركة الاتصالات وهذه الأخيرة هي شخص قانوني خاص، تخضع لما يقتضيه رفع الضرر على معنى الفصل 99 من م. ا.ع.

وحيث يقتضي مبدأ الحيطة اتخاذ جميع الإجراءات والوسائل المتناسبة والفعلية والتي يكون الهدف منها درء خطر محتمل يمكن أن يشمل البيئة والصحة والتغذية حتى في حالة غياب دراسات قطعية من شأنها أن تفيد تأثير مثل هذا الخطر على الميادين المذكورة وأنه زيادة عن ذلك فإن الترخيص في إقامة محطة قاعدية للهاتف الجوال داخل منطقة سكنية على النحو الثابت من أوراق الملف إنما يتناقض مع مبدأ الحيطة طالما أن ذلك من شأنه أن يلحق ضررا بالمتساكنين المقيمين حذو المحطة، ومن المتعين والحالة تلك رد المطعن واعتبار أن الحكم المطعون فيه قد انبنى على معطيات قانونية وواقعية سليمة.

وحيث وعلى خلاف دعوى رفع المضرة على معنى الفصل 99 من م.ا.ع. فإن الدعوى الرامية إلى إلغاء قرار رئيس بلدية القاضي بإزالة تركيب أجهزة الالتقاط الخاصة بشبكة الهاتف الجوال الرقمي بالرجوع إلى مجلة الاتصالات يتبين أنها أسندت سلطة ضبط إداري خاص لفائدة الوزير المكلف بالاتصالات في مجال تركيز واستغلال الشبكات العمومية للاتصالات ما عدى حالة الخطر المحدق التي تخول لرئيس البلدية كصاحب اختصاص ضبط إداري خاص لسلطة إدارية بما له مبدئيا من سلطة ضبط إداري عام في النطاق الترابي الراجع له بالنظر ولكن تدخله يبقى مشروطا في مجال سلطة الضبط الخاص وبوجود تهديد خطير أو خطر محدق على المستوى المحلي يبرره وأن يكون بواسطة إجراءات وقتية وتحفظية ملائمة.

وحيث يتبين بالرجوع إلى أحكام القانون 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحاكم الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص كيفما نقح بالقانون عدد 10 لسنة 2003 المؤرخ في 15/ 02/ 2003 أن المشرع خص المحكمة الإدارية باختصاص مبدئي في المادة الإدارية ويشمل قضاء تجاوز السلطة الرامي إلى إلغاء المقررات الإدارية الصادرة في المادة الإدارية والدعاوى الرامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعمالها غير الشرعية أو من أجل الأشغال التي أذنت بها أو من أجل أضرار غير عادية ترتبت عن أحد أنشطتها الخطيرة كما تنظر في نزاعات العقود الإدارية ومؤدى ما تقدم هو أن المشرع أخذ بالمعيار المادي في تحديد طبيعة النزاع إدارية كانت أو مدنية أي أنه يكون من المتعين الرجوع إلى طبيعة النشاط لتكييف النزاع وهو يعتمد أساسا على

معايير تعتمد التمييز أساسا بين التمييز بين أعمال السلطة العامة وأعمال التسيير العادي كالتمييز بين النشاطات المتعلقة بتسيير مرفق عام والنشاطات الأخرى للإدارة غير أنه جدير بالتذكير رجوعا إلى القانون المذكور وكذلك جملة القوانين المنظمة للمحكمة الإدارية ولا سيما القانون عدد 40 لسنة 1972 أن المشرع لم يغفل الأخذ بالمعيار العضوي بمعنى أن يكون طرفا التداعي أو أحدهما من أشخاص القانون العام المتمتعة بصلاحيات السلطة العامة.

وحيث أنه وردّا على مستندات الطعن فإنه تتجه الإشارة ابتداء أنّ طرفي التداعي من أشخاص القانون الخاص فإلى جانب المعقب ضدهم وهم من أفراد المواطنين، كانت المعقبة الآن وهي شركة تجارية خاضعة لأحكام القانون التجاري ومجلة الشركات التجارية وهو ما يقصي عن طرفي التداعي صفة الخضوع لولاية القضاء الإداري.

وحيث ومن جهة أخرى فإن الخدمات التي تقدمها المعقبة الآن كانت في إطار ممارستها لنشاطها التجاري ولا تتنزل في إطار تسيير المرفق العمومي الهادف إلى تحقيق المصلحة العامة ضرورة أن تدخلها في قطاع الاتصالات إنما كان تبعا لتخلي الدولة عن احتكار الجانب التجاري في تسيير المرفق العام الذي فرضه تطور مجال الاتصالات وصيرورته نشاطا تنافسيا بين ذوات القطاع الخاص وقد تنزل ما قامت به المعقبة الآن من نشاط لمدّ الشبكات الاتصالية وتركيز المحطات القاعدية للهواتف وتثبيت أجهزة ترددات راديوية في إطار سعيها إلى توسيع دائرة حرفائها وتحسين جودة خدماتها سعيا إلى تحقيق أرباح.

وحيث أنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من إقرار لاختصاصها العدلي بالنظر في الموضوع إنما كان تنزيلا لصحيح القانون على المسألة بما كان معه قضاؤها بذلك بمنأى عن النقض وتعين رد الطعن المثار لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا».

4-5-2- اختصاص القضاء الإداري للبت في مسؤولية الشركة التونسية للكهرباء والغاز عن إنشاء أشغال بأرض الغير

قرار تعقيبي عدد 67284 بتاريخ 04 ديسمبر 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء

المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«حيث عابت الطاعنة على محكمة القرار المطعون فيه خرق قاعدة الاختصاص الحكمي على اعتبار أن الاختصاص منعقد في الدعوى الراهنة للقضاء الإداري.

وحيث يتبين بالرجوع إلى أحكام القانون 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحاكم الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص كيفما نقح بالقانون عدد 10 لسنة 2003 المؤرخ في 15/ 02/ 2003 أن المشرع خص المحكمة الإدارية باختصاص مبدئي في المادة الإدارية ويشمل قضاء تجاوز السلطة الرامي إلى إلغاء المقررات الإدارية الصادرة في المادة الإدارية والدعاوى الرامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعمالها غير الشرعية أو من أجل الأشغال التي أذنت بها أو من أجل أضرار غير عادية ترتبت عن أحد أنشطتها الخطيرة كما تنظر في نزاعات العقود الإدارية ومؤدى ما تقدم هو أن المشرع أخذ بالمعيار المادي في تحديد طبيعة النزاع إداريا كان أو مدنيا أي أنه يكون من المتعين الرجوع إلى طبيعة النشاط لتكييف النزاع وهو يعتمد أساسا على معايير تعتمد التمييز بين أعمال السلطة العامة وأعمال التسيير العادي كالتمييز بين النشاطات المتعلقة بتسيير مرفق عام والنشاطات الأخرى للإدارة وقد استقر فقه القضاء على اعتبار أن مفهوم المرفق العام هو كل مشروع أو نشاط تقوم به الإدارة العامة بنفسها أو بواسطة أفراد آخرين تحت رقابتها وإشرافها إشباعا للحاجات العامة وتحقيقا للنفع العام وأنه يجب أن يكون المشروع خاضعا لسلطة الدولة العامة غير أنه جدير بالتذكير رجوعا إلى القانون المذكور وكذلك جملة القوانين المنظمة للمحكمة الإدارية ولا سيما القانون عدد 40 لسنة 1972 أن المشرع لم يغفل الأخذ بالمعيار العضوي بمعنى أن يكون طرفا التداعي أو أحدهما من أشخاص القانون العام المتمتعة بصلاحيات السلطة العامة.

وحيث تعلق النزاع الحالي بطلب إلزام الطاعنة الشركة التونسية للكهرباء والغاز بالتعويض للمعقب ضده عن الضرر الحاصل له والمتمثل في حرمانه من استغلال جزء من عقاره ركزت عليه الطاعنة أعمدة كهربائية.

وحيث أن الشركة الطاعنة ولئن كانت مؤسسة عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية وخاضعة للتشريع المتعلق بالشركات التجارية إلا أنها مصنفة أيضا

ضمن المؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والتي تعتبر من بين المنشآت العمومية كيفما نص عليه الأمر عدد 2285 لسنة 2004 المؤرخ في 27/ 09/ 2004 الواقع تنقيحه بالأمر عدد 2579 لسنة 2006 المؤرخ في 02/ 10/ 2006 فهي موكول إليها تنفيذ المرفق العام وتحقيق مصلحة عامة ثابتة تتمثل في تزويد العموم بالكهرباء وهو ما ينطبق على النزاع الراهن فالشركة الطاعنة قامت بتركيز أعمدة كهربائية بأرض المعقب ضده بغاية تزويد المتساكنين بالتيار الكهربائي ومن بينهم المعقب ضده وذلك في إطار البرنامج الجهوي للتنمية لسنة 2010 بولاية قفصة ، وهو ما من شأنه أن ينزل عملها المتداعى في شأنه منزلة العمل الإداري باعتبار أنها استخدمت امتياز السلطة العامة في نطاق تنفيذها لمرفق عام ولغاية تحقيق مصلحة عامة، وهو ما يصنف الدعوى الراهنة ضمن فئة دعاوى مسؤولية الإدارة ويجعل الاختصاص الحكمي بالنظر فيها منعقدا للمحكمة الإدارية طبقا للقانون عدد 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص والمنقح بالقانون عدد 10 لسنة 2003.

وحيث وطالما لم يعد أي موجب لإعادة النظر في القضية باعتبار أن محكمة الدرجة الأولى قضت بطرح القضية فإنه يتجه والحالة تلك فصل النزاع طبق أحكام الفصل 177 من م. م. م. ت. وذلك بنقض القرار المطعون فيه بدون إحالة وبقطع النظر عن بقية المطاعن».

4-5-3 رفع مضرة-ضرر مستقبلي على أرض بيضاء

قرار تعقيبي عدد 73155 صادر بتاريخ 15 ماي 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة راضية همادي.

«حيث تضمن الفرع الأول من المطعن الأول النعي على محكمة الحكم المطعون فيه خرقها أحكام الفصل 99 من م اع.

وحيث كرس المشرع صلب الفصل 99 من م اع الذي يعتبر الأساس القانوني لرفع المضرة حق الأجوار في القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو

المكدرة لراحتهم وذلك بتخويلهم طلب إزالتها ورفع سبب المضرة وخاصة إذا كانت المضرة تتعلق بصحة الشخص وراحته.

وحيث أنّ المضرة التي قد تلحق بالأجوار يجب أن تفهم بمعناها الواسع أي أنها مضرة يجوز القيام بطلب إزالتها من طرف أي شخص بقطع النظر على ملكيته للعقار ولكن شرط مجاورته لصاحب العقار الصادرة منه المضرة وثبوت المضرة المدعى بها كما أنّ عبارة «المكدرة للراحة « الورادة بالفصل 99 من م اع جاءت عامة ومطلقة فيجب حينئذ أخذها على إطلاقها لتشمل كل ما له أثر سلبي على الصحة والراحة عند استعمال الجار لعقاره سواء كان بصفة مباشرة أو غير مباشرة وسواء كان بصفة حينية أو مستقبلية وينصرف كذلك إلى الأضرار التي تلحق العين عندما تسبب نقصا في قيمتها وبناء عليه فإنّه يخول للجار الذي تضرر عقاره (ولو كان أرضا بيضاء) كيفما هو الشأن في قضية الحال من القيام ضد جاره (المعقبة الآن) لطلب رفع المضرة المتمثلة في الكشف وحجب الشمس والهواء بسبب عدم احترام المعقبة التراتيب العمرانية وذلك بقطع النظر على حصول هذه الأخيرة على رخصة البناء باعتبار أن ذلك لا يعفيها عن وجوب قطع المضرة التي تسببت فيها.

وحيث وخلافا لما أرادت الطاعنة أن تعطي الانطباع بشأنه فإنه وعلى الرغم من كون عقار المعقب ضدها هي أرض مسيجة بدون بناء فوقها فإن عبارة «الضرر» الورادة بالفصل 99 من م اع جاءت عامة ومطلقة ويقصد بها الضرر المحقق الذي حصل نهائيا ولحق بالمتضرر في حقوقه أو في ماله وقد يكون ذلك الضررمحققا في المستقبل أي الضرر الذي يتحقق سببه ولم تتحقق آثاره في الحال أي أنّ هناك فرقا زمنيا بين السبب وآثار ذلك السبب وأن تلك الآثار ستظهر حتما في المستقبل ولا ينفي هذا الاختلاف الزمني اعتباره ضررا مستقبليا وثابتا وليس ضررا محتملا لأنّ الضرر المحتمل غير متوقع الوقوع وهو ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه عن صواب التي أحسنت تطبيق مقتضيات الفصل 99 من م اع على قضية الحال وعللت قضاءها تعليلا سلميا مستمدا مما له أصل ثابت بأوراق الملف مبينة أنه يكفي أن يكون الضرر محققا ولو مستقبلا ليتم قبوله كسند للقيام على معنى أحكام الفصل 99 من م اع فضلا على أنّ المضرة المدعى بها المتمثلة في الكشف وحجب الشمس والهواء ثابتة بموجب الاختيار المأذون به.

وحيث أنه وفضلا عن ذلك وخلافا لما تمسكت به الطاعنة فإنّ عدم حصول المعقب ضدها على قرار في إيقاف أشغال من البلدية أو قرار هدم لا يحرمها من حق القيام بقضية الحال طالما أنّ اتخاذ قرارات الهدم من عدمه من طرف بلدية المكان تبقى من مهامها وهي خارجة عن تطبيق أحكام الفصل 99 من م ا ع وتعين لذلك رد هذا الفرع من المطعن لعدم وجاهته».

4-5-4 التناسب في إزالة المضرة

قرار تعقيبي عدد 67114 بتاريخ 14 ديسمبر 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«حيث ومن جهة أخرى فإنه من المعلوم أن قواعد المسؤولية التقصيرية تقتضي ضرورة اتخاذ جميع الوسائل لإزالة الوضعية الضارة ويعتمد في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فتتجه المحكمة إلى اعتماد الوسائل الممكنة لإزالة الشغب ورفع المضرة دون أن تتسبب تلك الوسائل في مضرة فادحة للمتسبب في الضرر وذلك باعتماد قاعدة أخف الضررين واعتماد الحكم الأرفق على أن اللجوء إلى تلك القاعدة وجب أن يكون كفيلا برفع المضرة وإزالة الشغب موضوع النزاع وهي مسألة خالفتها محكمة الحكم المطعون فيه فهي لم تبحث عن المقترح الأنسب لكف الشغب وإزالة الضرر اللاحق بعقار المعقب ضده دون ضرر بالطاعن وبعقاره واعتمدت المقترح الأول الوارد بتقرير الخبير المنتدب حال أن تلك الطريقة ينتج عنها لا محالة ضرر فادح بعقار الطاعن لكون الهدم يؤول حتما إلى هدم كامل البناء، ولم تراع المحكمة في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء بما يورث قرارها ضعفا في التعليل الموجب للنقض من هذه الناحية أيضا».

4-6-تعريف الوكيل العقاري-استحقاق الأجرة والاتفاق حولها

قرار عدد 80538 بتاريخ 18 ديسمبر 2019 صادرعن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى

الغربي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيد كريم المهدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«1ـ عن المطعن الأول

حيث بالرجوع إلى الفصل الأول من القانون عـ55ـدد لسنة 1981 المتمسك به من قبل الطاعن نجد أن المشرع يعرف مهنة الوكيل العقاري ونطاق نشاطه ولم يشر إلى أن عملية التوسط التي يقوم بها تشترط تكليفه من كل من البائع والمشتري على حد سواء واللذيْن يقومان بخلاصه في عمولته إذ جاء بالفصل الأول المذكور أنه يعد وكيلا عقاريا حسب مفهوم هذا القانون كل شخص أو ذات معنوية يتوسط على وجه الاحتراف أو بصورة اعتيادية بنية الربح في العمليات التالية على أملاك الغير:

-شراء أو بيع أو كراء أو معاوضة العقارات

-شراء أو بيع أو كراء أو معاوضة الأصول التجارية

-شراء أو بيع الأسهم غير القابلة للتداول في صورة وجود عقار أو أصل تجاري من مال الشركة.

كما يعد أيضا وكيلا عقاريا كل شخص أو ذات معنوية يتولى على وجه الاحتراف أو بصورة اعتيادية بنيّة الربح التصرف في عقارات على ملك الغير». وبالتالي فإن ما دفع به المعقب من ضرورة توفر اتفاق السمسار مع كل من البائع والمشتري حتى يخول له المطالبة بأجرته يعد دفعا غير وجيه وليس له أي سند قانوني سواء بالقانون المشار إليه أعلاه أو الفصول المنظمة للسمسرة بالمجلة التجارية.

2ـعن المطعن الثاني

حيث اقتضى الفصل 617 من المجلة التجارية أنه لا يستحق السمسار أجرة سمسرته إلا إذا تم على يده إبرام العقد الذي توسط فيه.

وحيث يفترض الفصل المذكور أنه حتى يحق للسمسار المطالبة بأجرته يجب أن يتم إبرام العقد بين الراغب في البيع والراغب في الشراء بين يديه أي بناء على وساطته.

وحيث وبالرجوع إلى ملف القضية والحكم المطعون فيه يتضح أن المعقب ضدها قدمت استمارة متضمنة لهوية المعقب وإمضائه يقر من خلالها بتكليفه إياها بالتوسط له في شراء فيلا كما قدمت وثيقة اعتراف مذيلة بإمضاء الطاعن يقر من خلالها بزيارة العقار موضوع عقد البيع المبرم بين مالكيه السابقين كبائعين والمعقب وشقيقته وبوصفهما مشتريَيْن وهو ما يستروح منه لا محالة أن شروط الفصل 617 قد توفرت لتستحق المعقب ضدها عمولة وأجرة سمسرتها فكتب الاستمارة وكتب الاعتراف بزيارة الفيلا التي تولى الطاعن شراءها لاحقا تحت إشراف المعقب ضدها حجة وقرينة على قيام هذه الأخيرة بالمهمة المنوطة بعهدتها ووفائها بالتزامها بتوسطها في شراء الطاعن للعقار الذي ابتغاه وعليه كانت مستندات الحكم المطعون فيه مؤسسة تأسيسا قانونيا سليما وليس فيها أية مخالفة لأحكام الفصل 617.

3 ـ المطعن الثالث

حيث ولئن تضمنت حيثيات القرار المنتقد أن الفصل 609 من م ت لم يشترط تحقيق نتيجة وهي التعاقد حتى يعتبر السمسار قد قام بمهمته قبل أن تتم الإشارة إلى مقتضيات الفصل 617 من نفس المجلة وتستند إليه لتعتبر أن الوكيل العقاري لا يستحق أجرته إلا إذا تمّ إبرام عقد البيع الذي توسط فيه فإن التناقض المذكور بين الحيثيتين لا يعيب الحكم المطعون فيه في شيء مادامت المحكمة قد توصلت في الأخير إلى اعتماد السند القانوني السليم وهو الفصل 617 من المجلة التجارية وأحسنت تكييف الوقائع لتتوصل إلى النتيجة القانونية الصحيحة لذا تعين رد هذا المطعن لعدم وجاهته.

4 ـ المطعن الرابع

حيث جاء بالفصل 242 من م. ا. ع. أنه ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون.

وحيث لا جدال أن ما اتفق عليه الأطراف يعد بمثابة القانون بينهما وبالتالي يلزمهما إلا إذا تراجعا عن ذلك.

وحيث وبالرجوع إلى كتب الاستمارة المذيل بإمضاء المعقب يتضح أن هذا الأخير التزم بتمكين المعقب ضدها من أجرة سمسرة قدرها 2,36٪ من ثمن الفيلا المراد شراؤها وليس من منابه من ثمن الشراء وعليه لا يمكن للطاعن الاحتجاج بأنه ملزم فقط بأداء منابه من ثمن الفيلا التي اقتناها صحبة شقيقته طالما أن هذه الأخيرة لم تكلفه بالتعاقد مع المدعية في الأصل المعقب ضدها للتوسط لهما في اقتناء منزل إذ لا يحق للمعقب أن يسعى إلى نقض ما التزم به تجاه معاقدته المعقب ضدها عملا بمقتضيات الفصل 547 من م. ا. ع. الذي جاء به أنه من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح».

5ـ تجاري

5-1- ديون تجارية

5-1-1-مفهوم العمل التجاري-الأعمال التجارية بالتبعية-انعقاد اختصاص الدائرة التجارية

قرار تعقيبي عدد 60341 بتاريخ 04 مارس 2019 صادر عن الدائرة المدنية السابعة والثلاثين برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

«حيث اقتضى الفصل 40 فقرة 5 من م. م. م. ت. أنه تحدث بالمحكمة الابتدائية بموجب أمر دوائر تجارية تختص بالنظر في الدعاوى التجارية وهي الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري، وعليه كان انعقاد الاختصاص للدائرة التجارية موقوفا على توفر معيارين، أولهما ذاتي يتصل بتوفر صفة التاجر في طرفي التداعي - وهذا المعيار لم يكن محل خلاف بين طرفي التداعي- وثانيهما موضوعي يتعلق بطبيعة النشاط وهو ما كان محور الطعن الماثل.

وحيث يتضح -رجوعا إلى عريضة افتتاح الدعوى- أنّ الطلب يتعلق بتعويض الأضرار اللاحقة بالبلاط الإسفلتي الذي تم إنجازه من المدعى عليه المعقب ضده الآن بمقر تابع للمدعية المعقبة الآن.

وحيث يقتضي نظر هذه المحكمة في وجاهة الطعن تكييف المعاملة محل التداعي توصلا إلى تحديد مدى توفر المعيار الموضوعي لاختصاص القضاء التجاري فيها

وحيث مع التسليم أنّ المشرع لم يقم بتأطير الأنشطة التجارية في تعريف موحد لتنوع هذه الأنشطة وعدم تماثلها وهو ما يحيل إلى التقسيم الذي اعتمده الفقه في المادة التجارية حيث اعتبر أنّ الأعمال التجارية تكون تجارية بطبيعتها أو بشكلها أو بالتبعية.

وحيث من البداهة بمكان الإشارة من جهة أولى إلى أنّ المعاملة كانت في جانب المدعى عليه المعقب ضده الآن تتنزل في إطار ممارسته لنشاطه التجاري ضرورة أنه محترف في مجال إنجاز أشغال تعبيد الطرقات وعليه تُعتبر المعاملة من هذه الوجهة نشاطا تجاريا بطبيعته عملا بالفصل 2 م ت الذي اقتضى أنه « يعد تاجرا كل شخص اتخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالقانون...» وهي مسألة لم تشكل أساس التعليل المنتهج من المحكمة للقول بخروج النزاع عن اختصاص الدائرة التجارية

وحيث وعلى خلاف ما تقدم فقد اعتمدت محكمة الحكم المطعون فيه لتقدير عدم اختصاص الدائرة التجارية بالنظر على طبيعة نشاط المعقبة الأصلي إذ قدرت أنّ موضوع المعاملة «هو عقد مقاولة يتعلق بإعادة تبليط مقر المستأنفة – المعقبة الآن –وهي من الأمور المتعلقة بالتسيير الداخلي لمقر النشاط « أي أنّها لا تندرج في إطار ممارستها لنشاطها التجاري بصفة مباشرة

وحيث أنّ الموقف المتخذ من محكمة الحكم المطعون فيه يتعارض مع ما هو مستقر عليه بخصوص تحديد الصبغة التجارية للنشاط ذلك أنّ هذه المسألة لا تقتصر على ما كان تجاريا بطبيعته أو بشكله، فمن المتفق عليه فقها وقضاء أنّ من الأعمال والمعاملات ما كان منها تجاريا بالتبعية وهو ما يشمل أعمالا مدنية بطبيعتها يقع إضفاء الصبغة التجارية عليها بسبب صدورها من تاجر لحاجيات تجارته وتبعيتها لمهنته التجارية أي أن المهنة تؤثر في الأعمال التابعة لها وتكسيها صفتها وذلك أولا لاعتبارات منطقية تقوم على إضفاء الصبغة التجارية على كل

عمل يقع تابعا لحرفة التاجر حتى يخضع العمل التابع والعمل الأصلي لنظام قانوني واحد تطبيقا للمبدأ القائل « الفرع يتبع الأصل »، وثانيا تأسيسا على قرينة مفادها افتراض أن جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر تتم لحاجيات تجارته عملا بالفصل 4 م ت

وحيث يتجلى مما تقدم أن المعاملة يمكن أن تعتبر نشاطا تجاريا بالتبعية إذا ما كانت متصلة بممارسة النشاط التجاري الطبيعي، وأنه من هذه المثابة يكون مفهوم التبعية متصلا بالضرورة التي تقتضيها ممارسة النشاط التجاري الأصلي للتاجر أو الفائدة والمنفعة التي يمكن أن تنعكس على ذلك النشاط ، من خلال إتيانه للمعاملة محل التداعي

وحيث يستخلص مما تقدم أن محكمة الحكم المطعون فيه لم تتحر على النحو الكافي في عناصر تقدير الاختصاص وكان موقفها يتسم بالاكتفائية والإجمال ضرورة أنّها وقفت عند ظاهر المعاملة دون التحري في مدى ارتباطها وتأثيرها على النشاط التجاري للمعقبة لاسيما وأنّ الأعمال محل الخلاف – كيفما ضبطها الفصل الأول من عقد المقاولة وشخصها الاختبار المأذون به –اتصلت بتعبيد المصنع الكائن بسيدي عبد الحميد سوسة وتحديدا ساحة داخلية مخصصة لمرور واستيعاب الشاحنات الثقيلة التابعة للمعقبة ، وهو ما لا يسع معه إلّا اعتبار هذا المطعن متجها ومن ثمة قبوله».

5-1-2- دعوى الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة

قرار تعقيبي عدد 65174.2018 بتاريخ 22 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث من المسلم به حسب مقتضيات الفصل 269 م ت أن الكمبيالة تنشأ بين طرفين ساحب ومسحوب عليه لفائدة مستفيد وفي العديد من الحالات يكون المستفيد منها هو الساحب نفسه لكن واعتبارا لكون الكمبيالة أنشِئت أساسا قصد تداولها فهي تقوم على علاقتين مختلفتين علاقة أصلية سابقة لنشأتها وهي العلاقة القائمة بين الساحب والمسحوب عليه والمستفيد وعلاقة صيرفية تنشأ بتداولها.

وحيث حدد المشرع إجراءات خاصة للحفاظ على حقوق الحامل الناشئة عن العلاقة الصيرفية فنص بالفصل 310 م ت على أن « ساحب الكمبيالة وقابلها ومظهرها وكفيلها ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن...» كما اقتضى الفصل 280 من نفس المجلة أن « الأشخاص المدعى عليهم بمقتضى الكمبيالة لا يمكن لهم أن يتمسكوا بوسائل المعارضة المبنية على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين.

وحيث كرس المشرع صلب الفصل 280 قرينة حسن النية في جانب الحامل وأكد على عدم إمكانية معارضته بالدفوعات التي يواجه بها الساحب أو المدين الأصلي ما لم تثبت سوء نيته.

وحيث أضحت منازعة المعقبة الآن في مؤونة الدين موضوع الكمبيالتين منازعة في غير محلها طالما ثبت أنّ البنك المعقب ضده حامل لهما وبالتالي يحق له القيام بدعوى الرجوع على المظهرين والساحب وكافة الملتزمين عند حلول أجل الخلاص عملا بالفصل 306 من م. ا. ع.

وحيث يتضح بالاطلاع على أسانيد الحكم المنتقد أنّ المحكمة أجابت عن دفع المعقبة أساس طعنها الحالي بردّ مستفيض ومعلّل بعد فحصها لأوراق الملف متوخية في ذلك حسن تطبيق القانون بتعليل سليم المبنى فاستخلصت أنه لا يمكن معارضة البنك الحامل بعدم توفر المؤونة طالما لم يثبت أنّه تعمّد الإضرار بالمسحوب عليها عند اكتسابه الكمبيالة.

وحيث أضحى الخدش في الحكم المنتقد بمخالفة أحكام الفصلين 275 و280 م ت غير مستقيم واقعا وقانونا مما يتجه معه رد المطعنين المثارين ورفض مطلب التعقيب أصلا.

وحيث أخفقت المعقبة في طلبها واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفها عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

5-1-3 حرية الإثبات في المادة التجارية

قرار تعقيبي عدد 62131 بتاريخ 23 أكتوبر 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي

والسيد معز العروسي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«عن المطعن الثاني المأخوذ من هضم حق الدفاع الناتج عن خرق الفصل 420 م. ا. ع. والفصل 598 من المجلة التجارية

حيث تأسس المطعن على المنازعة في المديونية باعتبار أنّ الفاتورة سند الدين غير ممضاة بالقبول من الطاعنة.

وحيث أنّ المطعن المثار يهدف إلى مناقشة محكمة الموضوع في فهمها للوقائع واجتهادها في تقدير الأدلة واستخلاص النتائج القانونية منها وهي مسألة موضوعية تخضع لمحض اجتهاد محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة التعقيب متى عللت قرارها تعليلا سليما ومستساغا ومستمدا ممّا له أصل ثابت بالملف.

وحيث وخلافا لما ورد بالمطعن فقد تبين من أسانيد القرار المنتقد أنّ محكمة الموضوع اعتبرت الفاتورة إحدى وسائل الإثبات المعتمدة قانونا في المعاملات التجارية سيما وقد تعززت بوصل الطلبية ولا تثريب عليها في ذلك طالما أنّ المبدأ في المعاملات التجارية هو حرية الإثبات تطبيقا لمقتضيات الفصل 598 من المجلة التجارية وكونت تبعا لذلك قناعتها بما توفر لديها من عناصر ومعطيات وفي نطاق ما لها من سلطة تقديرية في وزن الدليل وعللت قرارها تعليلا مستساغا دون خرق لقانون ولا هضم لحقوق الدفاع بما يتعين معه رد المطعن».

5-1-4 إثبات وجود النشاط التجاري

قرار تعقيبي عدد 61586 بتاريخ 15 ماي 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد راضية همادي.

«حيث تنعى المعقبة على محكمة الحكم المطعون فيه الالتفات عن مؤيداتها المثبتة لممارسة النشاط التجاري بالمكرى بتعلة أنّها ليست أصولا وإنما مجرد صور.

وحيث أنّ محكمة الحكم المطعون فيه أخطات في رد الحجج المقدمة من المعقبة قولا بكونها مجرد صور وليست أصولا وهو خطأ منها إذ كان عليها الرجوع إلى مقتضيات الفصل 470 م.ا.ع. كما وقع تنقيحه في 13 جوان 2000 الذي اعتبر أنّ النسخ من الحجج الرسمية وغير الرسمية تعتبر كأصولها إذا شهد بصحتها المأمور العمومي أو إذا أقرّ بصحتها الطرف المحتج بها ضده أو إذا كانت ممضاة من طرفه أو إذا تمّ إنـجازها وفق وسائل فنية توفر كل الضمانات لـمطابقتها لأصولها ومنه ليس للمحكمة أن ترد الـمؤيدات بدعوى أنّـها نسخ مصورة لا غير بل هي معتمدة على معنى الفصل 470 المذكور ومنه يتعين على المحكمة قبل ردها إخضاع الـحجة لـمقتضيات الفصل المذكور وهو ما لم تفعله الـمحكمة وكان بذلك الفرع من الطعن وجيها ويتعين قبوله.

وحيث أنّ البحث في وجود النشاط التجاري بالمكرى من عدمه يتوقف على مدى العمل بالحجج المدلى بها من عدمه وأنّ لذلك تأثيرا على وجه الفصل في النزاع بما يتعين معه أيضا نقض القرار المطعون فيه لوجاهة الطعن في ذلك الفرع.

وحيث أنّ محكمة القرار المنتقد قد جانبت الصواب لما استبعدت الصبغة التجارية لمحل النزاع لعدم ممارسة النشاط بصفة مسترسلة وعدم وجود حرفاء حال أنّ النشاط يتكيف بحسب نوعية من الحرفاء فهو مخصص للتوريد بالجملة ولفائدة تجار بالتفصيل ويثبت ذلك بوثائق التصدير والتوريد التي أعرضت عن اعتمادها محكمة الحكم المطعون فيه خطأ منها فطبيعة النشاط الممارس يتكيف بحسب نوعية الحرفاء والذي لا يكون بالضرورة ظاهرا للعيان فتردد الحرفاء يبرز إذا ما تعلق الأمر بمحل عرض تجارة لبعض المواد التي تخول طريقة عرضها من مشاهدة الحرفاء وترددهم على المحل ولا يكون ذلك متاحا إذا تعلق الأمر بشركة تنشط في مجال التصدير والتوريد كما جرى عليه نزاع الحال ولا يسوغ تبعا لذلك استخلاص غياب ممارسة النشاط التجاري بالمكرى لكون المحل غير مفتوح لعموم الناس مثلما انتهجته خطأ محكمة القرار المنتقد وكان على المحكمة مراعاة طبيعة النشاط والنظر خاصة لشكل الشركة المتسوغة الذي يجعلها تجارية بالشكل وفق الفصلين 7 و27 من مجلة الشركات التجارية والذي ينص على أن تكون الشركة تجارية إمّا بشكلها أو بموضوع نشاطها.... وإنّ كل شركة تجارية أيا كان موضوعها تخضع لقوانين التجارة وأصولها العرفية ويقتضي

الأمر من محكمة الموضوع البحث في هذه النقطة ومدى وجود اللافتة الدالة على الشركة التجارية التي تمارس نشاطها بالمكرى من عدمه لا يكون سببا في استخلاص غياب النشاط التجاري ونفي الصبغة التجارية للمكرى وأنّ المنحى الذي انتهجته محكمة القرار المنتقد انبنى على مخالفة للقانون وسوء التعليل الموجب للنقض».

5-2- كراء تجاري

5-2-1-مرجع نظر دعوى إبطال التنبيه بالخروج - توجيه التنبيه في بحر السنة التسويغية الثانية

قرار تعقيبي عدد 65483.2018 بتاريخ 29 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعن الأول:

حيث نعى المعقب صلب هذا المطعن على محكمة القرار المنتقد مخالفتها أحكام الفصلين21 و22 من م. م. ت. اللذيْن يخرجان موضوع النزاع الحالي عن أنظار قاضي الناحية.

وحيث بالرجوع إلى أوراق الملف وتحديدا عقد التسويغ المؤرخ في 24 أكتوبر 2014 يتبين أن معين الكراء السنوي المعمول به بين الطرفين يبلغ 4.800،000 د وهو ليس محل نزاع بينهما في خصوص قيمته الأصلية السنوية التي ثبت أنّها دون السبعة آلاف دينار مما يجعل النزاع بالضرورة من اختصاص قاضي الناحية عملا بمنطوق الفقرة الأخيرة من الفصل 23 من م. م. ت. التي اقتضت أنّه «إذا كان الأمر في كراء لا نزاع فيه فإنّ قيمة الشيء المتنازع فيه تحرر بمقدار الكراء السنوي ».

وحيث وتأسيسا على ما تقدم وخلافا لما ورد بهذا المطعن فإنّ تحديد مرجع النظر في الدعاوى المتعلقة بإبطال التنابيه الموجهة للمتسوغ من طرف المسوغ يكون استنادا إلى مقدار الكراء السنوي مما يجعلها بالضرورة دعوى مقدرة وعليه

فإنّ محكمتي الموضوع لمّا أقرّتا اختصاصهما بالنظر في النزاع تكونان قد أحسنتا تطبيق القانون واتجه لذلك تجاوز هذا المطعن لعدم وجاهته.

عن المطعن الثاني:

حيث ثبت بمراجعة مظروفات الملف أنّ النزاع قد احتدم بين طرفي التداعي بخصوص مدى ملكية المعقب ضدها للأصل التجاري المستغل بالمكرى الذي في تسوغها من المعقب خاصة وقد أقر هذا الأخير صلب محضر التنبيه موضوع التداعي بخضوع علاقتهما الكرائية لأحكام قانون 25 ماي 1977.

وحيث كان جليا رجوعا إلى أوراق الملف أن الطاعن الآن وجه للمعقب ضدها بتاريخ 15-03-2016 محضر تنبيه بإنهاء أمد كراء والخروج من المحل أسّسه على أحكام قانون 25 ماي 1977 وطالبها بمقتضاه بمغادرة المكرى في موفى أكتوبر 2016.

وحيث لا خلاف ومثلما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد أن عقد التسويغ الرابط بين الطرفين ولئن نص على أنه وقع الاتفاق على تسويغ المحل التجاري لمدة سنة بداية من 01 نوفمبر 2014 إلى موفى أكتوبر 2015 إلّا أنّ العلاقة الكرائية قد تجددت بين الطرفين بعد انقضاء السنة الأولى من الكراء مثلما هو ثابت من تاريخ محضر التنبيه المطعون فيه بالإبطال الذي وجه للمعقب ضدها في بحر السنة التسويغية الثانية وعليه فإنها تكون محقة في التصرف في المكرى لمدة سنتين متتاليتين مما يجعل شرط المدة المنصوص عليه بالفصل الأول من قانون 25 ماي 1977 متوفرا في جانبها

وحيث ترتيبا على ذلك وطالما ثبت انطلاق العلاقة التسويغية بين الطرفين منذ غرة نوفمبر 2014 واستمرارها إلى موفى أكتوبر 2016 دون انقطاع فضلا عن تعلقها بممارسة نشاط تجاري بالمكرى تمثل في بيع الدراجات النارية والعادية وقطاع الغيار المستعملة التابعة لهما فقد بات تمسك المعقب ضدها بحقها في الملكية التجارية ثابتا مما يجعل التنبيه عليها بالخروج دون احترام موجبات قانون 25 ماي 1977 باطلا ولا عمل عليه وهو ما أكدته محكمة الحكم المطعون فيه ولا يوهن قضاءها ما ورد بالمطعن المثار لعدم وجاهته.

وحيث أخفق المعقب في طلبه واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفه عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

5-2-2- الأشغال التحسينية بالمكرى التجاري

قرار تعقيبي عدد 63297.2018 بتاريخ غرة أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني

«عن المطعن الأول:

حيث نعى الطاعن على محكمة القرار المنتقد خرقها أحكام الفصلين 242 و442 م. ا. ع. فضلا عن ضعف تعليل حكمها لما اعتمدت نتيجة الاختبار المجرى من طرف الخبير البشير بومنجل الذي اعتبر الأشغال المنجزة من المعقب ضده من قبيل التحسينات والحال أنّ التغييرات المدخلة على المكرى موضوع التداعي الحالي أنجزت بعد إجراء الاختبار المذكور مما يستوجب بالضرورة إجراء اختبار ثان لمواصلة التحقيق في الدعوى.

وحيث بتفحص كافة مظروفات الملف بدءا بتقرير الاختبار المنازع فيه من طرف المعقب والمجرى بناء على طلبه وصولا إلى محضري المعاينة عدد 104098 وعدد 104359 المحتج بهما من طرفه يتبين أنّها تؤكد ما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه ومن قبلها محكمة البداية اللتان أكّدتا على أنّ ما قام به المعقب ضده من أشغال داخل المحل موضوع عقد الكراء الرابط بين الطرفين تعتبر من قبيل التحسينات دون أن تمس بهيكل المحل والأعمدة والمساحة.

وحيث لا جدال أنّ طلب فسخ عقد كراء محل مستغل به أصل تجاري يخضع لشروط وأحكام خاصة تختلف عن شروط دعوى فسخ عقد كراء مدني ضرورة أنّه إذا تعلق الأمر بأصل تجاري فإنّ القانون يتدخل لحماية مصلحة مالكين اثنين مالك الجدران ومالك الأصل التجاري الذي بدوره يكون قد اكتسب حقوقا بالعقار ولا يمكن إخراجه منه وحرمانه من تلك الحقوق إلّا بشروط مضبوطة نص عليها القانون صراحة وفي المقابل هناك جملة من الواجبات التي تبقى محمولة على مالك الأصل التجاري إزاء مالك جدران المحل والتي لا يمكن له تجاوزها

حتى لا يحرم من حقه في الملكية التجارية التي اكتسبها ويبقى تقدير مدى إخلال مالك الأصل التجاري بواجباته وتسبّبه في إضرار لمالك المحل موجبة لفسخ عقد الكراء القائم بينهما خاضعا لمطلق اجتهاد محكمة الموضوع بشرط التعليل.

وحيث بالرجوع إلى وقائع قضية الحال يتبين بالاطلاع على عقد الكراء التنقيحي المبرم بين المعقب الآن والمالك السابق للأصل التجاري موضوع التداعي الحالي والذي حل المعقب ضده الآن بوصفه خلفا خاصا له في جميع ما له من حقوق وما عليه من واجبات أنه نص بفصله الثامن على أنّه «يرخص للمتسوغ في إجراء كل التحسينات اللازمة على نفقته الخاصة وأنه يحجر عليه القيام بأيّ تغييرات من شأنها الإضرار بالمكرى أو بالأجوار أو بالغير ويتعين عليه الحصول على الموافقة الكتابية المسبقة من المالك عند اعتزامه القيام بتغييرات جوهرية من شأنها أن تمسّ بهيكل المحل أو بالقنوات أو بالأنابيب المثبتة به».

وحيث ومثلما ذهبت إليه محكمتا الموضوع وطالما ثبت من أوراق الملف أن جملة الأشغال المنجزة من قبل المعقب ضده بالمكرى كانت من قبيل التحسينات الهادفة إلى حسن استغلاله ولم يثبت أنها أضرت بالمكرى أو أنّها مسّت هيكل المحل وجدرانه وقنواته فإنّ هذا المطعن المثار من قبل الطاعن أضحى فاقدا لأي وجاهة وحريا بالرد سيما أن طلب الاذن بإعادة الاختبار من عدمه هو أمر موضوعي راجع لتقدير محكمة الموضوع التي ارتأت في إطار اجتهادها أنّ جملة المؤيدات المظروفة بالملف تغني عن تكليف خبير ثان وقد وفقت في ذلك [...]».

5-2-3- حق الانتفاع بحق تجديد الكراء ينتفع به التاجر وصاحب الصناعة وكذلك صاحب الحرفة على حدّ سواء - اكتساب الحلاق للأصل التجاري بقطع النظر عن بيعه للعطورات ومواد التجميل

قرار تعقيبي عدد 58867.2018 بتاريخ 20 فيفري2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيدة ليلى الشابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث أن الاشكال القانوني المطروح يتعلق بمعرفة إن كان نشاط الحلاقة الممارس بالمكرى يعد نشاطا حرفيا يكسب من يتعاطاه الملكية التجارية بقطع النظر عن ممارسته لنشاط تجاري ثانوي كبيع العطورات والمستحضرات التجميلية كيفما هو الشأن في قضية الحال؟

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ النشاط الممارس بالمكرى والمتمثل في الحلاقة هو نشاط حرفي لا يكسب الملكية التجارية إلّا إذا ثبت تعاطي الحرفي أي الحلاق لجانب من أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط على معنى الفصل 2 من المجلة التجارية أمّا وقد اتّفق طرفا التداعي صلب الفصل 5 من عقد التسويغ على استغلال المكرى في نشاط الحلاقة دون سواها من الأنشطة فإنّ تمسك الطاعنة الآن بممارستها لنشاط ثانوي بالمكرى يتمثل في بيع العطورات فيه إخلال بالتزام تعاقدي ولا يترتب عليه اكتساب الملكية التجارية.

وحيث وخلافا لما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه فإنّ نشاط الحرفة على غرار نشاط الحلاقة تنطبق عليه مقتضيات القانون عدد 35 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 بصريح الفصل الأول منه الذي اقتضى أنّ حق الملكية التجارية يكون للتاجر أو الصناعي أو الحرفي الذي يستغل أصلا تجاريا بالمكرى طيلة عامين متتاليين ومعنى ذلك أنّ صفة التاجر أو صاحب الحرفة لا تكفي وحدها لمن استغل المكرى مدة عامين فأكثر للإقرار له بحق الملكية التجارية بل لا بد من إثبات أنّ التاجر أو الحرفي قد كوّن أصلا تجاريا بالمكرى يستجيب لمقتضيات الفصل 189 من المجلة التجارية من ذلك مثلا الحرفاء والسمعة التجارية وسائر الأشياء الأخرى اللازمة لاستغلال الأصل التجاري المضمنة بالفصل المذكور.

وحيث أقرّت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة صلب قرارها المبدئي عدد 42233 المؤرخ في 13/ 04/ 1995 مبدأ اكتساب الحلاقة للأصل التجاري بقطع النظر عن بيعها للعطورات ومواد التجميل من عدمه إذ جاء بقرارها المذكور: «أنّ حق الانتفاع بحق تجديد الكراء ينتفع به التاجر وصاحب الصناعة وكذلك صاحب الحرفة على حد سواء متى توفرت في كرائه الشروط الواردة بالفصل الأول من قانون الأكرية التجارية وبالتالي فلا معنى لبحث المحكمة حول ما إذا

كانت حلاقة النساء المتسوغة تتعاطى إلى جانب ذلك التجارة أم لا، أم مجرد تلك الحرفة ما دامت هذه الأخيرة وحدها تخولها الانتفاع بذلك الحق إذا أثبتت ملكيتها لأصل تجاري بالمكرى المدة القانونية».

وحيث يخلص من ذلك أنّ خضوع العلاقة التسويغية لقانون 25 ماي 1977 غير مرتبط بصفة المتسوغ إن كان حرفيا أو تاجرا أو صاحب صناعة بقدر ما هو مرتبط بتكوين أصل تجاري بالمكرى تتوفر فيه العناصر المنصوص عليها بالفصل 189 من المجلة التجارية ويقتضي ذلك من محكمة الموضوع عند المنازعة لديها عدم التوقف على صفة المتسوغ وإنما البحث إن كان النشاط الممارس بالمكرى قد كون به أصلا تجاريا بان له اسما تجاريا وله حرفاء قارون وهو ما تخلت عنه محكمة الحكم المطعون فيه. إذ وعوض أن تتحقق من مدى توفر شروط اكتساب الطاعنة الآن للملكية التجارية بالمكرى وفق قانون 1977 بقطع النظر عن صفتها اعتبرتها مخلة بالتزاماتها التعاقدية حينما تمسكت لديها بتعاطيها لنشاط ثانوي يتمثل في بيع العطورات ومستحضرات التجميل خلافا لما اقتضاه الفصل 5 من عقد التسويغ وهو تعليل خاطئ منها لمضمون الفصل المذكور الذي كان واضحا في التحجير على الطاعنة الآن ممارسة أيّ نشاط على آخر غير نشاط حلاقة النساء وهو الأمر غير المتوفر في قضية الحال باعتبار أنّ النشاط الأصلي المتفق عليه والمتمثل في الحلاقة ما زال قائم الذات ولم يقع تغييره بنشاط آخر وعليه فإنّ تفعيل مقتضيات الفصل 242 م. ا. ع. في هذا الخصوص في غير محله وتكون بذلك قد أورثت قرارها ضعفا في التعليل ومخالفة للقانون بما يتعين معه نقضه مع الإحالة».

5-2-4- ممارسة حق العدول في الأجل يُعفي من دفع غرامة الحرمان

قرار تعقيبي عدد 64678.2018 بتاريخ 09 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجلاء المصمودي والسيد محمد المعز العروسي بمحضر المدعي العام السيد حسين بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«عن المطعن الوحيد :

حيث أن المسألة القانونية المطروحة تتعلق بمعرفة إن كان التنبيه بتجديد العلاقة الكرائية الموجه من المعقب إلى المعقب ضده بتاريخ 24/ 5/ 2013

واللاحق لصدور الحكم الابتدائي القاضي باستحقاق المعقب ضده لغرامة الحرمان يكتسي حجية تجاه هذا الأخير ويمكن معارضته به لتبرئة ذمة المعقب من أداء غرامة الحرمان المحكوم بها، أم إنّ الحكم المذكور قد ولد حقا للمعقب ضده لا يمكن التراجع عنه ؟

وحيث ولئن خول المشرع للمالك المسوغ إمكانية العدول عن دفع غرامة الحرمان المحكوم بها وتجديد الكراء صلب الفقرة 2 من الفصل 30 من القانون عدد35 لسنة 1977 المؤرخ في 25/ 5/ 1977 وهو ما يعبر عنه بحق الندم أي امتناع المالك من تطبيق الحكم الصادر عليه بأداء غرامة الحرمان إلّا أنّ العدول لا ينتج آثاره إلّا في آجال معينة فيتمتع المالك بأجل 15 يوما لقبول الحكم الصادر في شأن الغرامة ويبتدِئ هذا الأجل إمّا من صيرورة الحكم الابتدائي نهائيا أو من تاريخ صدور الحكم الاستئنافي وجزاؤه عن هذا الندم أن يتحمل بمصاريف الخصومة وأن يقبل التجديد لكن على شرط أن يكون المكتري مستمرا على البقاء بالمحل ولم يسبق منه كراء عقار آخر أو شراؤه.

وحيث وطالما ثبت صدور الحكم الابتدائي عدد17170 بتاريخ 18/ 10/ 2012 والواقع إقراره استئنافيا بموجب القرار الاستئنافي عدد 58407 بتاريخ 2/ 7/ 2014 في استحقاق المعقب ضده لغرامة الحرمان ودون أن يعبر المعقب في الآجال القانونية التي ضبطها الفصل 30 من قانون 1977 عن عدوله عن دفع الغرامة كيفما عاينته محكمة الحكم المطعون فيه عن صواب فإنّ ادّعاء المعقب نفاذ التنبيه الصادر بتاريخ 24/ 5/ 2013 وترتيبه آثارا تجاه الطرفين المتعاقدين أضحى عديم القيمة سيما وقد تمّ إخراج المعقب ضده من المكرى بموجب حكم استعجالي وتحويز المعقب به وهو ما يبقى المعقب ضده على حقه في التحصيل على غرامة الحرمان المحكوم بها ويتعين بذلك رد المطعن المثار لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا ».

5-2-5 استرجاع المكرى لإنجاز أشغال

قرار تعقيبي عدد 67112 بتاريخ 02 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش

وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث كان محضر التنبيه المراد إبطاله موجها للمعقب على معنى الفصل 9 من قانون الأكرية التجارية الذي اقتضت عباراته أنه « للمالك الحق أيضا في رفض تجديد التسويغ لتجديد بناء العقار بشرط أن يدفع للمتسوغ المحروم قبل خروجه منحة تساوي كراء أربعة أعوام وللمتسوغ الحق في البقاء بالمحل حسب القيود والشروط المنصوص عليها بالعقد المنتهية مدته إلى ابتداء الأشغال بصفة فعلية.»

وحيث ولئن كانت أهمية آثار محضر التنبيه الموجه على معنى الفصل 9 المشار إليه أعلاه تُشرِّع لحقه في منازعة فحواه وموضوعه توصلا إلى التصدي لتحقيق الأثر الذي سعى له المسوغ من خلال توجيهه ، إلّا أنّ منازعة المتسوغ يفترض فيها الجدية والثبوت حتى لا يحول ذلك دون تمتع المسوغ بحق أقرّه له المشرع.

وحيث من المسلم به أنّ المعطيات المتصلة بمحضر التنبيه هي على صنفين صنف أوّل يتصل بشكليات المحضر وصنف ثان يتعلق بموضوع التنبيه وقد تمسك المعقب الآن بأنّ محضر التنبيه المطعون فيه كان مختلا ومستوجب الإبطال لكون توجيهه كان لغاية حرمانه من حقوقه وذلك لانعدام أعمال تجديد بالمحل المسوغ.

وحيث مع التأكيد ابتداء على أنّ المعنى التشريعي المكفول بحكم الفصل 9 وما بعده من قانون الأكرية التجارية يفضي إلى اعتبار أنّ المشرّع أرسى موازنة بين حق المسوغ في استرجاع محله من جهة وحق المتسوغ في التمتع بضمانات قانونية هي البقاء بالمحل إلى حين انطلاق الأشغال بصفة فعلية إلى حين دفع المالك غرامة تساوي كراء أربع سنوات أو غرامة على الحساب كتخويله أولوية الكراء بالعقار المجدد بناؤه كحقه في غرم الضرر في صورة عدم التزام المالك بحق الأولوية المكفول للمتسوغ هذا فضلا على ما اقتضته أحكام الفصل 18 من ذات القانون القاضية بأنّه: « في صورة ما إذا ثبت ضدّ المسوّغ أنه لم يستعمل الحقوق التي منحها له الفصل 8 من هذا القانون وما بعده إلاّ لحرمان المتسوّغ بطريق التحيّل من حقوقه خصوصا بالقيام بعمليات أكرية وإعادة بيع سواء أكانت

هذه العمليات ذات صبغة مدنية أو تجارية فللمتسوغ الحق في غرامة الحرمان تساوي مقدار ما لحقه من ضرر».

وحيث أنّ المنازعة في جدية سبب الاسترجاع بدعوى سابقية إنجاز أشغال بالمحل لا تشكل سببا مبطلا لمحضر التنبيه سند الدعوى لا سيما وأنّ حقوق المتسوغ تظل محفوظة قانونا ببقائه بالمحل إلى حين انطلاق الأشغال بصفة فعلية وعليه فإنّ القول بأنّه قد سبق إنجاز أشغال بالمحل قبل تاريخ التنبيه لا يفضي إلى التحجير على مالك الجدران وإنجاز غيرها من الأشغال وأنه من هذه المثابة يكون نعي الطاعن المعقب الآن على محكمة الأصل عدم إجراء استقراءات بخصوص مدى وقوع إنجاز أشغال سابقة بالمحل من عدمه ، غير ذي موضوع ولا يصح سندا لإبطال التنبيه.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه إذ عللت حكمها على أساس أنّ الحقوق التي خولها المشرع للطاعن مكفولة في قضية الحال باعتماد العناصر والأسباب المذكورة أعلاه ، تكون قد أنزلت به صحيح القانون ورتبت على الطعن المعروض عليها النتيجة السليمة وفقا لأحكام الفصل 9 من القانون عـ37ـدد لسنة 1977 بما يتجه معه رد الطعن أصلا».

5-2-6 بطلان عقد كراء أصل تجاري

قرار تعقيبي عدد 77612 بتاريخ 05 أوت 2019 صادر عن الدائرة المدنية الصيفية برئاسة السيدة بسمة العبساوي وعضوية المستشارين السيدين صالح بالحاج ووريدة الغربي وبحضور ممثل الادعاء العام السيدة منية بن علي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث بالرجوع إلى عقد التسويغ سند الدعوى يتضح أن موضوعه هو كراء أصل تجاري.

حيث أن الفصل 189 مكرر المضاف بموجب القانون عـ31ـدد لسنة 2003 المؤرخ في 28/ 04/ 2003 أورد جملة من الشروط الشكلية لصحة العقود المتعلقة بأصل تجاري أولها أنّه يجب أن تحرر تلك العقود بواسطة محامين مباشرين من غير المتمرنين. باستثناء العقود التي تبرمها الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وكذلك رفع الرهون والعقود

التي ينص القانون على إبرامها بحجة رسمية... وتعتبر الحجج المحررة من غير من ذكر باطلة بطلانا مطلقا.

وحيث طالما أنّ الفصل 189 مكرر المذكور رتب جزاء البطلان المطلق عن عدم احترام شكلية تحرير العقود الواردة على الأصل التجاري بواسطة محام فإنه يجوز لكل طرف التمسك بالبطلان المطلق وهي مسألة تهم النظام العام وتثيرها المحكمة ولو من تلقاء نفسها ويجوز التمسك بها لأول مرة لدى محكمة التعقيب وأن قول محكمة القرار المطعون فيه بخلاف ذلك فيه سوء فهم لمقتضيات الفصل 189 مكرر من المجلة التجارية مما يعرض قضاءها للنقض لهذا السبب».

5-2-7-انتفاع الحرفي بقانون 1977 شرط استغلاله لأصل تجاري

قرار تعقيبي عدد 63864 بتاريخ 23 أكتوبر 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.

«حيث وخلافا لما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه فإنّ نشاط الحرفة تنطبق عليه مقتضيات القانون عـ35ـدد لسنة 1977 بصريح الفصل الأول منه الذي ينص : «تنطبق أحكام هذا القانون على عقود تسويغ العقارات والمحلات التي يستغل بها ملك تجاري طيلة عامين متتالين على الأقل سواء إن كان على ملك تاجر أو صاحب صناعة أو صاحب حرفة» ويقتضي ذلك من المحكمة عدم التوقف على صفة المتسوغ عند المنازعة وإنما يتعين عليها البحث إن كان النشاط الممارس بالمكرى قد كون به أصلا تجاريا بأنّ له اسما تجاريا وله حرفاء قارون.

وحيث يؤخذ من نص الفصل الأول من قانون الأكرية التجارية لسنة 1977 أنّ حق الملكية التجارية يكون للتجار أو الصناعي أو الحرفي الذي يستغل أصلا تجاريا بالمكرى طيلة عامين متتاليين معنى ذلك أنّ صفة التجار أو صاحب الحرفة لا تكفي وحدها لمن استغل المكرى مدة عامين فأكثر للإقرار له بحق الملكية التجارية بل لا بد من إثبات أنّ التاجر أو الحرفي قد كون أصلا تجاريا بالمكرى يستجيب لمقتضيات الفصل 189 من المجلة التجارية من ذلك مثلا

الحرفاء والسمعة التجارية وسائر الأشياء الأخرى اللازمة لاستغلال الأصل التجاري طبق ما تضمنه الفصل 189 المشار إليه.

وحيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنّ ما عللت به المحكمة قضاءها استنادا إلى النشاط الممارس بالمكرى من كونه نشاط حرفيا وليس تجاريا هو تعليل لا يستقيم قانونا ضرورة أنّ خضوع العلاقة التسويغية لقانون 25 ماي 1977 غير مرتبط بصفة المتسوغ إن كان حرفيا أو تاجرا أم صاحب صناعة بقدر ما هو مرتبط بتكوين أصل تجاري بالمكرى تتوفر فيه العناصر المنصوص عليها بالفصل 189 من المجلة التجارية وأنّ محكمة القرار المطعون فيه حينما لم تلتفت إلى دفع المستأنف لديها بالصبغة التجارية لنشاطه وتجاوزت طلبه الرامي إلى سماع بينته في الغرض ولم تسع لإجراء الاستقراءات اللازمة لتحديد مع ما لذلك من تأثير على وجه الفصل في النزاع طبيعة النشاط الممارس في المكرى في نطاق الصلاحيات المخولة لها بموجب القانون تكون قد أورثت قضاءها هضما لحقوق الدفاع المنسوب بضعف التعليل وهو ما يعرض قرارها للنقض واتجه التصريح بذلك».

5-2-8-المطالبة بغرم إضافي مقابل الزّيادة قيمة المكرى في المدة الفاصلة بين تاريخ الحكم بغرامة الحرمان وتاريخ عرضها

قرار تعقيبي عدد 6215 بتاريخ 24 أفريل 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة راضية همادي.

«حيث ينصّ الفصل 19 من القانون عدد 35 لسنة 1977 أنه: «لا يجوز إجبار أيّ متسوغ يمكنه ادّعاء استحقاقه لغرامة الحرمان على الخروج من المحل قبل اتصاله بالغرامة إلا إذا دفع له المالك غرامة على الحساب يقدرها رئيس المحكمة الابتدائية وهذه الغرامة تخصم من مقدار الغرامة التي تقدر بصفة نهائية إما بالتراضي أو بواسطة المحكمة وللمتسوغ الذي استعمل الحق المنصوص عليه بالفقرة الأولى أن يبقى بالمحل حسب القيود والشروط المذكورة بعقدة الكراء التي انتهى أمدها وذلك إلى أن يقع دفع الغرامة على الحساب».

ويتبين منه وخلافا لما ورد بالقرار المطعون فيه بأنه يتعلق بالمرحلة التي تسبق التقدير النهائي لغرامة الحرمان ولا تنطبق على المرحلة التي تلي التقاضي النهائي في تقدير الغرامة فهو يتعلق بادعاء استحقاق غرامة أي في مرحلة معارضة طلب الخروج ومن جهة أخرى فهو يهم طلب المالك في الإسراع بإخراج المتسوغ والذي يوكل بموجبه إلى رئيس المحكمة الابتدائية بتقدير غرامة وقتية قبل التقدير النهائي.

وحيث أن إثارة الفصل 19 من القانون عدد 37 لسنة 1977 لم يكن وجيها في النزاع الحالي الذي يتعلق بطلب تقدير إضافي لغرامة الحرمان التي سبق القضاء بها ولم يقع عرضها على المتسوغ إلا بعد مدّة تناهز الأربع سنوات وعليه فإن الإشكال المطروح هو إن كان يحق للمتسوغ الذي صدر حكم بإخراجه من المكرى مقابل الحصول على غرامة حرمان المطالبة بغرم إضافي عما بذله في زيادة قيمة المكرى في المدة الفاصلة بين تاريخ الحكم بالغرامة وتاريخ عرضها ونتيجة لتغيّر الأوضاع وارتفاع الأسعار؟

وحيث من الثابت أن المشرع لم يورد هذه الوضعية بالقانون الخاص عدد 37 لسنة 1977 ولكن لا يمنع ذلك من التأسيس لها قانونا من خلال نصوص القانون أعلاه ومن أحكام التعويض في القانون المدني أي على قاعدة ومبدأ من له الغنم عليه الغرم أي من له النمى عليه التوى طبق مقتضيات الفصل 554 من م. ا. ع. ووفقا لما يقتضيه الفصل 35 من القانون عدد 37 لسنة 1977 في إلزام المسوغ بأن يدفع للمكتري غرامة بما أنه تركه بالمحل ورضي بذلك لمدة تناهز الأربع سنوات بعد الحكم عند طلبه إخراجه بغرامة بقدر الغنم الذي يتحصل عليه من جراء الزيادة في قيمة الملك التجاري بعد تقدير أهل الخبرة ليكون التعويض عادلا ويفي بعناصر التعويض الواردة بالفصل 7 من قانون 1977 وخاصة منها إعادة الانتصاب وهي مسألة خالفتها محكمة الحكم المطعون فيه وأورثت قضاءها خرقا للقانون موجبا للنقض».

5-2-9- إجراءات وآجال تعديل معين الكراء التجاري

قرار تعقيبي عدد 73913 بتاريخ 4 ديسمبر 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي

والسيد محمد معز العروسي بمحضر المدعي العام السيد حسن الحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث لا جدال أنّ النزاع الحالي لا يتعلق بتجديد الكراء أو رفض تجديده على معنى الفصول 4 و5 و27 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25/ 5/ 1977 وإنّما يتعلق بتعديل معين الكراء التجاري طبقا لأحكام الفصلين 24 و28 من القانون المذكور أعلاه ذلك أنّ التنبيه الصادر من المالك (المعقب ضده الآن) ولئن تضمن صبغة مزدوجة تجمع بين نظامين قانونيين مستقلين في إنهاء الكراء من جهة وفي عرض الترفيع في معين الكراء من جهة أخرى إلّا أنّ المتسوغة (المعقبة الآن) اختارت عدم المنازعة في طلب الإنهاء مع القبول بمبدأ التجديد والاكتفاء بالمنازعة في معلوم الكراء المعروض عليها وفي منازعة تخضع لموجبات الفصلين 24 و25 من قانون 1977.

وحيث اقتضى الفصل 24 من قانون 1977 أنّه «يمكن تعديل معين كراء العقارات والمحلات الخاضعة لأحكام هذا القانون سواء أكانت مجددة أم لا بطلب أحد الطرفين مع مراعاة الاحتياطات المنصوص عليها بالفصلين 25 و26 من هذا القانون.

ويجب أن يقدم المطلب بواسطة عدل منفذ وفي صورة الاتفاق بين الطرفين خلال الثلاثة أشهر الموالية فإن مطلب التعديل يقع الحكم في شأنه طبق أحكام الفصلين 28 و29 من هذا القانون.

ويكون معين الكراء الجديد واجب الدفع ابتداء من تاريخ المطلب اللهم إلّا إذا اتفق الطرفان سواء قبل أو أثناء رفع القضية على تاريخ أقدم أو أحدث من ذلك.

وحيث يؤخذ من أحكام الفصل المذكور والفصول اللاحقة له أنّ المشرع نظم إجراءات التعديل والمراحل المتبعة فيها وهما مرحلتان تبدأ الأولى من تاريخ التنبيه ومدتها ثلاثة أشهر ترمي إلى البحث عن الاتفاق بين الطرفين فأجل الثلاثة أشهر هو أجل للصلح والتفاهم بين المالك والمتسوغ حول القيمة العادلة للكراء بالترفيع أو بالتخفيض وهي مدة مخصصة بينهما لإيجاد حلّ توفيقي بالمراكنة والمرحلة الثانية تبدأ بعد انقضاء هذا الأجل وفي صورة عدم حصول هذا الاتفاق

وفي هذه الحالة يحق للطرف الذي يحرص على البحث عن الكراء العادل القيام وفق إجراءات الفصل 28 من قانون 1977 لدى المحكمة المختصة للبت في تقدير الكراء العادل وهو ما ينطبق على قضية الحال فالمتسوغة (المعقبة الآن) وبعد انقضاء أجل الثلاثة أشهر من تاريخ توجيه التنبيه إليها من قبل المالك (المعقب ضده الآن) ودون حصول اتفاق حول معين الكراء الجديد رفعت طلبها إلى دائرة الملك التجاري قصد التخفيض في معين الكراء المعروض عليها من قبل المالك.

وحيث وخلافا لذلك فإن أجل الثلاثة أشهر المنصوص عليه بالفصل 27 من قانون 1977 هو أجل وضعه المشرع للمتسوغ للمطالبة بغرم الضرر الناتج عن قطع العلاقة التسويغية وحرمان المكتري من حق التجديد والتي تأسّس إمّا للتحصيل على غرامة الحرمان أو المنازعة في أسباب الامتناع عن التجديد وهو أجل سقوط غير قابل للقطع والتعليق يترتب عن عدم احترامه فقدان المتسوغ لحقه في الالتجاء إلى القضاء ويعتبر أنه إمّا عدل عن التجديد أو عن تحصيل غرامة الحرمان وهي مسألة غير منظورة في المنازعة الحالية ولا مجال حينئذ لتطبيق أحكام الفصل 27 من قانون 1977 عليها ويستنتج ذلك من خلال عدم اشتراط المشرع التنصيص على مقتضيات الفصل 27 بالتنبيه الرامية إلى تعديل معين الكراء وكذلك من خلال أفراد دعوى التعديل بآجال خاصة دون إحالة لأحكام الفصل 27.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه وحينما اعتبرت أنّ حق المعقبة الآن في المنازعة في معين الكراء الجديد المعروض عليها قد انقضى بمضي الأجل المحدد بالفصل 27 من قانون 1977 دون أيّ تعليل آخر تكون قد خرقت القانون وأساءت تطبيقه بوقوعها في خلط بين دعوى الحصول على غرامة الحرمان مناط الفصلين 7 و27 ودعوى تعديل معين الكراء الخاضع لأحكام الفصل 24 من القانون المذكور واتجه لذلك نقض قرارها المطعون فيه مع الإحالة».

5-2-10- الزيادة الاتفاقية في الأكرية التجارية

قرار تعقيبي عدد 76395 بتاريخ 25 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدتين نجلاء

المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث أسست المعقبة طعنها على تضارب أسانيد الحكم المطعون فيه، فمن جهة تقرّ محكمة الموضوع بكونها غير مقيدة بالزيادة الاتفاقية ثم تقضي برفض مطلب التعديل بما يؤدي إلى تطبيق الزيادة الاتفاقية.

وحيث لا خلاف أنّ تحديد مبلغ الكراء يرجع عند نشأة العقد لإرادة المتعاقدين فيتم الاتفاق على تحديد معينه وطريقة الترفيع فيه بنسبة معينة بعد مرور فترة من الزمن وقد يحدث عن تطبيق الزيادة الاتفاقية ارتفاع في معين الكراء بما يجعله يفوق القيمة العادلة وهو ما يبرر اللجوء إلى التقاضي لطلب تعديله بحثا عن الموازنة بين حقوق المالك في البحث عن كراء أرفع وبين حقوق المتسوغ الذي يستغل أصلا تجاريا فتتم الموازنة بين الحقوق وفق معايير موضوعية حددها المشرع مثلما جرى عليه نزاع الحال ، فالطاعنة المتسوغة لمحل تجاري التجأت إلى التقاضي لطلب تعديل الكراء بالحط منه لارتفاع قيمته بموجب تطبيق الزيادة الاتفاقية بنسبة 14°/ ° كل سنتين وهو أمر جائز قانونا مثلما انتهجته عن صواب محكمة الحكم المطعون فيه في أسانيد قرارها فارتأت عن صواب أحقية المتسوغ في طلب تعديل معين الكراء بالحط فيه لأنّ الزيادة الاتفاقية لا تمنع من اللجوء إلى التقاضي لطلب التعديل ، وهو تمشٍّ ناقضته محكمة القرار المنتقد حين رفضت مطلب التعديل استنادا منها إلى أنّ القيمة الكرائية العادلة التي انتهى إليها الخبير المنتدب الرفع من الكراء المعمول به حال أنّ رفض التعديل يؤول على تفعيل الزيادة الاتفاقية وبالتالي الترفيع في معلوم الكراء وهو توجه مجانب للصواب انبنى على تناقض في الأسانيد بما يوجب النقض».

5-2-11- شهادة التقايید(الفصل 242 من م ت) تهم النظام العام وتتعلق بكل دعوى تتعلّق بإنهاء الكراء

قرار عدد 80456/ 80513 بتاريخ 13 نوفمبر 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدة نجلاء المصمودي والسيد محمد المعز العروسي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث يتبين من الفصل 242 من المجلة التجارية أن المشرع وفي نطاق الحماية المخولة للدائنين الذين وثقوا ديونهم على السجل التجاري أوجب قبل قيام المالك في طلب فسخ الكراء وإخراج المتسوغ إعلام هؤلاء بدعوى الفسخ والخروج حتى يتمكنوا من تفعيل مقتضيات الفصل 245 من المجلة التجارية في عقلة الأصل التجاري وبيعه ضمانا لاستخلاص ديونهم واعتبر ذلك واجبا إجرائيا لا يمكن التصريح بفسخ كراء المحل الذي يستغل فيه أصل تجاري دون إتمام الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 242 من المجلة التجارية والفصل 216 ورتب عن الإخلال به بطلان الدعوى وفقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 242 من المجلة التجارية وهو بطلان بموجب النص يتعين على المحكمة إثارته من تلقاء نفسها بإجراءات التقاضي التي لها مساس بالنظام العام وفق أحكام الفصل 14 من م. م. م. ت.

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أن الفصل 242 من م. ت. حدّد مجال انطباقه ولا يمكن التوسع فيه ويقتصر تطبيقه على دعوى الفسخ فقط في حين يدفع الطاعنان بأن الفصل 242 من م ت ينطبق في الصور التي تتعلق بإخراج المتسوغ من المكرى المستغل به أصل تجاري في دعوى الفسخ وغيره.

ولذلك يتعين ضبط مجال انطباق الفصل المذكور فهل تنسحب أحكامه على مختلف دعاوى إنهاء الكراء وإخراج المتسوغ أم إنّه يتعلق فقط بدعاوى الفسخ؟ ويطرح الإشكال في النزاع الحالي حول مجال انطباق الفصل 242 من م ت فهل يتعلق بدعوى الفسخ فقط الذي يرفعها المالك ضد المتسوغ للمحل المستغل به أصل تجاري كما هو في دعوى الحال وبحسب حرفية النص أم إنّه نص عام يرمي إلى حماية الدائنين عند إخراج المتسوغ من المكرى المستغل به أصل تجاري وهي الغاية التي من أجلها تم تعديل مقتضيات الفصل 242 من م ت مثلما يدفع به الطاعنان؟

وحيث يتعين البحث في تأويل النص فكيف يمكن تأويل أحكامه؟ فهل يتم الاعتماد على التفسير الحرفي للنص أي على شرح المتون بما يقتضي الوقوف على النص فقط أم على البحث العلمي الحر بما يمنح القاضي دورا في البحث عن المصادر المادية للقانون وخاصة منها المتأتية من منطق ماذا أراد المشرع؟ أو

انطلاقا من الجانب التاريخي بهدف إكساء مرونة على القاعدة القانونية لتواكب التطور الاقتصادي والاجتماعي ودون نفي أهمية النص الموجود.

وحيث أن المشرع التونسي ولئن كان يميل نحو الشرح على المتون فإنه لا يمنع أنه أقر القواعد التأويلية الإضافية لمساعدة القاضي على تحديد ميدان انطباق النص ورفع الغموض عنه ومنه ما اقتضته أحكام الفصل 541 من م. ا. ع. في أنه على المفسر أن لا يعتمد التضييق في التفسير بل إنه يعتمد التيسير وحفظ المصالح وهي صورة الحال في تأويل الفصل 242 من م ت فالمشرع يهدف إلى حماية وحفظ المصالح من التلاشي وهو المقصود من النص ومنه فإن التاويل في البحث عن إرادة المشرع يقودنا إلى القول بأن المشرع تدخل في سنة 2000 بموجب القانون عدد 61 لسنة 2000 لتعديل الفصل 242 من م ت بغاية حماية الدائنين بأن وضع شرطا إجرائيا يحمل على مالك الجدران في إخطار الدائنين الذين رسموا رهنهم على الأصل التجاري وأنه بهذه الغاية الحمائية يهدف إلى المحافظة على مصلحة الطرف الذي ربط علاقة مع الغير لتمويل الأصل التجاري أو لتنميته أو لتزويده بالمعدات الضرورية ولا بد من حماية حقوق الدائنين حتى تكون دافعا لربط العلاقة مع صاحب الأصل ومنه تأتي أهمية التقييد بالسجل التجاري واستدعاء الدائنين في الدعاوى المتعلقة بالأصل التجاري لحفظ حقهم عند التنفيذ على الأصل التجاري أو على قيمة التعويض عند الاقتضاء وهو السبب الذي جعل المشرع يعتمد جملة من الشكليات وهي لذات الغرض في حفظ حقوق الدائنين ومنع الإضرار بدائني الأصل التجاري ومنه تكون الحماية تنطبق في مختلف صور إنهاء العلاقة الكرائية وأن الفسخ هو صور من صورها ويقتضي المنطق القانوني في ذلك عدم التفريق في حماية دائني الأصل التجاري في وضعية إنهاء دون غيرها وفي صورة دون أخرى سيما وأن المشرع لم يمنع الحماية في حالة إنهاء بغير دعوى الفسخ.

وحيث وطالما أن الغاية هي حماية مصالح الدائنين الذين كان لهم دور إيجابي في تنمية الأصل التجاري وتمويله فإنه يتعين تفسير مقتضى النص بالتيسير في تحقيق أهدافه وفق ما يقتضيه الفصل 541 من م. ا. ع. ومنه لا يصح حصر الحماية في مجال دون آخر.

وحيث اتجهت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة نحو المنحى (قرارها المبدئي عدد 12599 المؤرخ في 07/ 05/ 2015) في أن الإجراء الوارد

بالفصل 242 م تجارية هو إجراء يهم النظام العام ولا بد من احترامه لما في ذلك من حماية لحقوق الدائنين باعتبار الأصل التجاري هو موضوع ملكية قد تتعلق به حقوق دائنين كالرهن مثلا كما سبق لمحكمة التعقيب أن بيّنت بقرارها عدد 2016/ 37291 بتاريخ 22/ 02/ 2017 أن «الغاية من إجراءات الفصل المذكور تكمن من حماية دائني الأصل التجاري وحقوقهم المتعلقة بالتنفيذ عليه في كل دعوى ترمي إلى إخراج المتسوغ من المكرى الذي يمثل عنصرا أساسيا في الأصل التجاري».

وحيث أن محكمة الحكم المطعون فيه لما توقفت على شرح المتون حال أنه لا يؤدي إلى بيان غاية المشرع من تعديل الفصل 242 من م ت الذي لم يرد في باب أحكام إنهاء الكراء وإنما في الباب المتعلق بالأحكام المشتركة في بيع الأصل التجاري ورهنه بما يعني أنّ موقع الفصل لا يهم فسخ التسويغ وإنما هو حماية كل دائن له حق مرسم على الأصل التجاري وأنّ المحكمة لما حصرت نطاق الفصل 242 من م ت في غير ما أراده المشرع وتخلت عن دورها في بلورة اختيار المشرع والمعنى المقصود من الفسخ في أنه كل إنهاء لعقد الكراء تكون قد أساءت تطبيق مقتضيات الفصل 242 المذكور وبذلك يتجه نقض قرارها من هذه الناحية».

5-3- شركات تجارية

5-3-1- تحول الشركة ذات المسؤولية المحدودة الباطلة إلى شركة مفاوضة فعلية

قرار تعقيبي عدد 58801 بتاريخ 20 فيفري 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين هاجر المحرزي ونجلاء المصمودي بمحضر المدعي العام السيدة ليلى الشابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث اقتضت أحكام الفصل 96 من م. ش. ت. أنّ الشركة ذات المسؤولية المحدودة تتكون بمقتضى كتب وفق أحكام الفصل 3 من هذه المجلة ممضى من المساهمين جميعا أو وكلائهم.

وحيث يؤخذ من ذلك أنّ الفصل 96 المشار إليه صريح في اشتراط الكتب الممضى من قبل جميع المساهمين لتكوين الشركة ضرورة أنّ العقد لا يتكون إلّا

بتوقيع الطرفين وفي صورة غياب توقيع أحدهما كما هو الشأن في النزاع الراهن فإنّه لا يمكن الحديث عن العقد التأسيسي للشركة وإنّما على مجرد بروتوكول تفاهم على تكوين شركة.

وحيث نص الفصل 104 من ذات المجلة أنّه «تعتبر باطلة كل شركة ذات مسؤولية محدودة وقع تأسيسها دون مراعاة أحكام الفصول 93 إلى 100 من هذه المجلة.

وحيث طالما أنّ الكتب الذي استند إليه الطاعن لإثبات تكوين الشركة لا يحمل إمضاء المعقب ضده بصفته شريكا أو مساهما فإنّه لا يمكن الحديث عن تكوين شركة ولا يكفي حصول الاتفاق بين الأطراف وتجميع المساهمات وجلب المعدات من طرف الشريك الذي لم يوقع العقد للقول بتكوين شركة ضرورة أنّه بالرجوع للفصل 3 من م ش ت يتبين أنّ الوثيقة الملزمة يجب أن تكون ممضاة من مختلف أطرافها لأنّ الإمضاء هو تعبير عن المصادقة والرضا وهي مسألة لا تقبل الدفع بالإمضاءات السابقة للعمل بها كتصحيح للعقد وهي غير واردة في أحكام الشركات التجارية وعليه فإنّ تطبيق الفصل 3 و96 من م ش ت من طرف محكمة القرار المنتقد يعد سليما ويكون بذلك المطعن غير وجيه وتعين رده.

عن المطعـــن الثـــاني:

حيث ولئن كانت الشركة باطلة بصفتها شركة ذات مسؤولية محدودة بسبب عدم إمضاء المعقب ضده للعقد التأسيسي فإنّ الشركة وطبق أحكام الفصل 104 فقرة أخيرة من م. ش. ت. تعتبر شركة مفاوضة فعلية لا يتم طلب فسخها على أساس عدم إمضاء العقد التأسيسي بل تتواصل في شكل آخر ولا يطالب باسترجاع ما تم تقديمه للشركة من طرف طالب الفسخ وإنما يتم عند الاقتضاء استنضاض مكاسبها وفق ما يقتضيه القانون.

وحيث أنّ القرار المطعون فيه قد أساء تأويل أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل المشار إليه بأن قرن وربط اعتبار الشركة المذكورة شركة مفاوضة فعلية بانقراض أجل القيام بدعوى البطلان وهو 3 سنوات من تاريخ تأسيس الشركة وهو تأويل مخالف لمقصد المشرع من الفقرة الأخيرة من ذلك الفصل.

وحيث يكون بناء على ذلك القرار المطعون فيه حين قضي ببطلان الشركة ولم يعتبرها شركة مفاوضة فعلية قد خرق رأسا تأويل أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 104 من م ش ت وهو ما يجعل هذا المطعن حريّا بالقبول».

5-3-2-بطلان إحالة الشريك للحصص دون إعلام الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ولو كان له صفة وكيل

قرار تعقيبي عدد 62101 بتاريخ 2 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجلاء المصمودي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث يتعلق الإشكال القانوني المطروح في تقدير صحة إحالة الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والذي له صفة الوكيل كذلك لحصصه الاجتماعية لفائدة الغير دون إعلام الشركاء وموافقة بقية الشركاء أم إنّ صفة الوكيل تكفي لاعتبار الإحالة سليمة دون حاجة للإعلام والموافقة والاقتصار على الإشهارات القانونية.

وحيث يتجه التذكير بكون الشركة ذات المسؤولية المحدودة لها طبيعة خاصة فهي شركة تجارية من حيث الشكل وذلك مهما كان موضوعها (فصل 7 من م ش ت) مثل الشركات خفية الاسم لكن لها بعض خصائص شركات الأشخاص مثل شركة المعارضة البسيطة والشركة المفاوضة نظرا لأهمية الاعتبار الشخصي فيها فهي شركة تقوم على شخص الشريك الذي يلعب دورا مركزيا في تكوينها وتسييرها وإنهائها.

وحيث وفي هذا الإطار جاء الفصل 109 من م. ش. ت. ليمنع إحالة حصص الشركاء إلى الغير إلّا بعد موافقة أغلبية الشركاء التي تمثل ثلاثة أرباع رأس مال الشركة على الأقل كما اشترط الفصل المذكور، وفي صورة ما إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة تتكون من أكثر من شريك واحد، تبليغ مشروع الإحالة من الشريك الذي عزم على التفويت في حصصه إلى الشركة وإلى كل واحد من الشركاء ومنحهم أجلا قدره ثلاثة أشهر لقبول أو رفض الإحالة.

وحيث لم يستثن الفصل المذكور الشريك الذي له صفة الوكيل من واجب إعلام الشركة وشركائه في صورة عزمه على بيع حصصه لفائدة الغير بل جاءت عباراته مطلقة وواضحة في صيغة الوجوب في إلزام أي شريك بهذا النوع من الشركات بواجب إعلام الشركة وشركائه.

وحيث وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه وملف القضية يتضح أنّ المعقب ضده الثاني لما قام بالتفويت في حصصه الاجتماعية بالشركة المعقب ضدها الأولى لفائدة الطاعن الآن لم يعلم الشركة ولا شريكه نبيل بن محرز باعتزامه بيع الحصص المذكورة قبل إبرامه لعقد البيع مع المعقب وهو ما يمثل خرقا لأحكام الفصل 109 المشار إليه آنفا وحمله لصفة الوكيل للشركة زمن تفويته في حصص لا يعفيه من واجب إعلام الشركة وشريكه وانتظار جواب هذا الأخير بقبول عملية البيع أو رفضها وهو ما نص عليه الفصل 10 من العقد التأسيسي للشركة المعقب ضدها الأولى الذي اشترط الموافقة الصريحة للشركاء الذي يمكلون على الأقل 3/ 4 رأس مال الشركة بعد تبليغهم مشروع الإحالة من قبل الشريك الذي يرغب في التفويت في حصصه الاجتماعية وهو ما استخلصته محكمة القرار المنتقد صلب حكمها معتبرة عملية إحالة الحصص الاجتماعية الصادرة من المعقب ضده الثاني لفائدة المعقب باطلة لمخالفتها لمقتضيات الفصل 109 من م ش ت ولمعاني الفصل 10 من العقد التأسيسي للشركة فجاء حكمها سليم المبنى ومؤسسا من الناحية الواقعية والقانونية وتعيّن تبعا لذلك رد المطعن المتمسك به من قبل المعقب لعدم وجاهته وكذلك نتيجة عدم انطباق الفصول القانونية المثارة من قبله على ملف قضية الحال».

5-3-3- شروط سحب الفلسة - أساس دعوى سحب الفلسة

قرار تعقيبي عدد 57168.2017 بتاريخ 02 جانفي 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث تضمن المطعن بأن المعقب ضده عادل له صفة المسير وبهذه الصفة يجوز سحب الفلسة عليه وقد بينت محكمة الحكم المطعون فيه أن الطاعن لديها

قد فقد صفة المسير بموجب الجلسة العامة الخارقة للعادة المؤرخة في 17 ماي 2010 والتي بموجبها تمت تسمية المدعو سالم وكيلا واستخلصت على هذا الأساس انعدام صفة المسير لديه وقد كانت على صواب في ذلك لأنّ سحب الفلسة يجب أن يبنى على شروط أولها ثبوت صفة المسيّر القانوني أو الفعلي لدى الطرف الذي يتسلط عليه الحكم.

وحيث وإضافة لما سبق فإنه من الجدير بيان أنّ سحب الفلسة لا يخضع لأحكام التفليس كما هو بالفصلين 448 و449 من م. ت. التي تقتصر أحكامها على التصريح بتفليس التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وإنما لأحكام الفصل 596 من م. ت. الذي يمثل القاعدة العامة في سحب الفلسة على الوكيل أو المسير مهما اختلف شكل الشركة فهو باعتباره فصلا عاما ينطبق على جميع الشركات.

وحيث يخضع تفعيل أحكام الفصل المذكور إلى قواعد أساسية ونظام قانوني فمن جهة قواعده الأساسية فهو لا يتأسس على عدم القدرة على الدفع وغلق المخازن والفرار كما هو في التفليس وإنما على خطأ المسير بوجه عام في إدارة شؤون المؤسسة وقد يتجاوزه إلى تعمد المسير إلى التخفي وراء الشركة وشكلها وظاهرها لإبرام اتفاقات وعقود وإتمام تصرفات لا تستهدف النهوض بالمؤسسة وإنّما لتحقيق مآرب خاصة ومنافع ذاتية تصب في المصالح المالية للمسير لا غير ولذلك يعدّ إجراء سحب الفلسة بمثابة الجزاء المدني لكل شخص يتخفى بالشكل الظاهري للشركة لقضاء مآرب خاصة بما يلحق ضررا بالنظام الاقتصادي ولمبادئ الثقة في المعاملات التجارية ولذلك يعتبر سحب الفلسة بمثابة الضمان للدائنين الذين لحقهم ضرر من مخادعة المسير وبهذا المنطلق يختلف الأساس بين دعوى التفليس ودعوى سحب الفلسة التي تندرج في آثار الفلسة على الذمة المالية لمسيرها ولذلك فإن النظام القانوني في شروط مباشرتها والأشخاص المخول لهم إثارتها تختلف عن تلك المتعلقة بالفلسة.

وحيث بخصوص شروط القيام بالدعوى فيجب ثبوت أنّ المسير محل المساءلة قد استغل الشركة ومكاسبها وأموالها لمصالحه الخاصة وجعل من أعمالها وتصرفاتها واتفاقاتها ستارا يختفي وراءه لتحقيق مآرب خاصة وفي

غياب هاته الشروط لا يمكن قبول دعوى سحب الفلسة على المسير أو التصريح بها من طرف المحكمة من تلقاء نفسها خلافا لما يدفع به الطاعنون وقد أحسنت المحكمة تطبيق القانون وتعين لذلك رد المطعن ».

5-3-4- مسؤولية الشركة عن الديون التي يُمضيها وكيلها

قرار تعقيبي عدد 61308.2018 بتاريخ 23 اكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجلاء المصمودي والسيد محمد المعز العروسي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«عن المطعنين لترابطهما ووحدة القول فيهما :

حيث أنّه من الثابت أنّ الذات المعنوية تعتبر قاصرا ولها من يمثلها وهو الممثل القانوني ويكون في الشركات خفية الاسم رئيسها المدير العام كما أنّه من الثابت أنّ الرئيس المدير العام أو الوكيل بحسب شكل الشركة هو الذي يمضي ورقة الشيك لخلاص الأموال أو الديون المستوجبة على الشركة التي يمثلها وأنه عندما يمضي على الأوراق التجارية ليس بصفته صاحب الحساب البنكي وإنما الشركة التي يمثلها هي صاحبة الحساب وإنها المسؤولة بالديون وهو يمضي باعتباره الذي يقوم بمعاملاتها مع الغير فإذا أمضى على ورقة الشيك فليس هو الذي يتولى خلاص قيمة الشيك وإنما الشركة فالوفاء بموجب الشيك ليس لخاصة نفسه وإنما لفائدة الشركة وإذا رجع بدون خلاص فليس هو المدين بقيمة الشيك وليس هو المطالب بالأداء بل هي الشركة لأنّ الالتزام كان في حقها ولتنفيذ التزاماتها وهو يظل مسؤولا جزائيا من أجل جريمة إصدار شيك بدون رصيد لأنه تصرف في رصيد الشركة حال أنّ الحساب لا يسمح بتسديد قيمة الشيك ولا يُسأل إلّا من هذه الناحية.

وحيث وفي النزاع الحالي فقد تحقق لمحكمة الحكم المطعون فيه أنّ المعقب ضده قد أصدر جملة من الشيكات في حق الشركة لخلاص بعض أداءات الجباية ولكنه لم يقع تسديدها لأنّ حساب الشركة البنكي لا يسمح بذلك فتكون هي المسؤولة بقيمة تلك الشيكات لفائدة القابض وأنّ تولّي الشركة خلاصها فعلا للحصول على العفو الجبائي يندرج في واجباتها وفي ما هو محمول عليها ولا

يمكنها أن تطلب إلزام المعقب ضده برد تلك القيمة بدعوى أنه أساء التصرف في الحسابات البنكية لأنها قامت بواجب وإنما تكون المساءلة من أجل ما تنسبه للمعقب ضده في إطار دعوى المسؤولية إن كانت وبالتالي فإنّ ما تدفع به لا يكون سندا للاستجابة لطلبها فضلا عن تجرده مثلما تمسكت به محكمة القرار المطعون فيه وبات بالتالي الطعن غير وجيه ويتعين رده».

5-3-5-تطبيق القانون التجاري على المؤسسات التي تملك الدولة جزءا من رأسمالها

قرار تعقيبي عدد 2018.62132 23 بتاريخ أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد معز العروسي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

»حيث تأسس المطعن على كون الطاعنة تمت مصادرتها بما يوجب القيام ضد المكلف العام بنزاعات الدولة في حق لجنة المصادرة كوجوب التقيد بأجل ترسيم الدين الوارد بمرسوم المصادرة عـ13ـدد لسنة 2011.

حيث يتبين من مقتضيات الفصل 8 من القانون عـ89ـدد المؤرخ في 1 فيفري 1989 كما تم تنقيحه في 29 جويلية 1996 أنّ المؤسسات التي تمتلك الدولة أو المؤسسات العمومية كامل رأسمالها أو أنّها مساهمة فيها بأكثر من خميس بالمائة منه هي مؤسسات ذات صبغة عمومية إدارية أو ذات صبغة تجارية ولكن باعتبار أنّ الدولة تمتلك أكثر من 50 بالمائة من رأس مالها فهي لا تخضع للقانون الخاص ولا تخضع إلى القانون التجاري ويمكن تصنيف هذه المؤسسات في ثلاثة أصناف:

-المؤسسات التي تمتلك الدولة أو المؤسسات العمومية كامل رأس مالها.

-المؤسسات العمومية غير الإدارية مثل شركة الكهرباء وشركة المياه.

-المؤسسات التي تمتلك الدولة أو الجماعات المحلية بصفة منفردة أو متجمعة أكثر من نصف رأس مالها.

وحيث أنّ هذه المؤسسات بطبيعتها مقصاة من النظام القانوني المنطبق على الخواص وباعتبار أنّ الشركة المصادقة شركة تجارية بشكلها فهي تخضع للقانون

التجاري على معنى الفصل 7 فقرة3 من مجلة الشركات التجارية فإنّ امتلاك الدولة لبعض الأسهم في الشركة ليس من شأنه أن يغير من شكلها القانوني ما يجعلها خاضعة إلى القانون التجاري وقد تبنت محكمة التعقيب هذا الموقف في قرار لها مستندة بذلك إلى موقف القضاء الفرنسي والذي يعتبر أنّ كل شخص معنوي يمارس نشاطا تجاريا ينطبق عليه القانون التجاري ولو كانت الدولة مالكة لجزء من رأس ماله (قرار تعقيبي مدني عدد 72742.2012 بتاريخ 23 أكتوبر 2012).

فالصبغة العمومية خارج حالات الفصل 8 المذكور لا تقصي المؤسسات المصادرة من نظام القانون الخاص فمساهمة الدولة في شركة تجارية بنسبة محدودة لا يضفي على هذه الأخيرة الصبغة العمومية ولا تعتبر خاضعة لأحكام القانون العام فالدولة تعد مساهما وشريكا وتحتكم مع باقي الشركاء إلى القانون التجاري خاصة والقانون الخاص بوجه عام وهي تمثل نفسها في التقاضي ولا يمثلها المكلف العام بنزاعات الدولة وفق ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه وخلافا لما تدفع به الطاعنة وعليه لا تنطبق عليها أحكام الفصلين 6 و11 من مرسوم المصادرة عدد13 لسنة 2011 وأضحى المطعن غير وجيه واتجه رده [...] ».

5-3-6- مسؤولية مُسيّر الشركة عند التملص من دفع دين عمومي

قرار تعقيبي عدد 63453 بتاريخ 07 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيدسفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«وحيث تمحورت المطاعن المثارة من المعقب حول مدى اعتباره متحملا المسؤولية التضامنية في تسديد الدين المتخلد بذمة المدعى عليها شركة ص. وخ. في شخص ممثلها القانوني لفائدة إدارة الجباية في شخص المعقب ضده تأسيسا على أحكام الفصل 28 سابعا من مجلة المحاسبة العمومية القاضية بأنه: «إذا تعذّر استخلاص الديون الراجعة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الخاضعة ميزانيتها وتصرفها المالي والمحاسبي إلى أحكام القانون الأساسي للميزانية ومجلة المحاسبة العمومية والمتخلدة بذمة شخص معنوي تبعا لعمليات قام بها مسيّره أو مسيّروه قصد التملّص من دفعها،

فإنه يمكن تحميل المسيّر أو المسيرين المسؤولية التضامنية في تسديد الديون المعنية بالتملّص وذلك بمقتضى حكم صادر بناء على دعوى يرفعها المحاسب العمومي المكلف بالاستخلاص أمام المحكمة الابتدائية التي يوجد مقره بدائرتها وذلك طبقا لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية. ويتم رفع الدعوى إذا تبين أن المسيّر أو المسيرين قاموا إثر انطلاق عملية المراقبة أو المراجعة الجبائية أو إثر مباشرة إجراءات الاستخلاص وبهدف التملّص من دفع الديون العمومية بإحدى أو بعض العمليات نصه التالية :

– التغيير المتعمد للاسم الاجتماعي للشخص المعنوي أو لمقره دون إعلام مصالح الجباية.

– القيام بعمليات تؤدي إلى تحويل ممتلكات الشخص المعنوي إلى الغير.

– افتعال وضعيات قانونية غير حقيقية.

ويجوز للمحاسب العمومي ضمانا لاستخلاص الديون، اتخاذ تدابير تحفظية على مكاسب مسيّر أو مسيّري الشخص المعنوي وذلك بناء على إذن من رئيس المحكمة المتعهدة طبقا للفصل 322 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. ولا تفقد هذه التدابير آثارها إلا في صورة رفض الدعوى المرفوعة من قبل المحاسب العمومي بمقتضى حكم اكتسب صبغة الحكم الباتّ أو إذا تم خلاص الديون المتخلدة بذمة الشخص المعنوي. ولا تطبّق مقتضيات هذا الفصل على المسيّر أو المسيّرين الملزمين شخصيا وبحكم القانون طبقا لمجلة الشركات التجارية، أو بموجب حكم صادر ضدهم، بتأدية الديون المستحقة في ذمة الشخص المعنوي. تطبق أحكام هذا الفصل بمفعول رجعي...»

وحيث أنّ المطاعن المثارة من المعقب الآن تهدف إلى مناقشة مسائل سبق طرحها أمام محكمة الأصل التي تناولتها بالنقاش المستفيض إذ كان ثابتا أنّ المحكمة وبعد أن عرضت مؤيدات الأطراف ودفوعهم انتهت إلى القول بانطباق الشروط المقررة بالفصل 28 سابعا من مجلة المحاسبة العمومية على الطلب المرفوع من قابض المالية وخلصت إلى أنّ تغيير مقر الشركة تمّ منذ 22/ 02/ 2006 في حين انطلقت الإجراءات المتعلقة ببطاقات الإلزام في 30/ 05/ 2005 وأنه إلى حدود سنة 2010 لم يقع تضمين العنوان الجديد،

مستندة في كل ذلك إلى شهادة استقصاء حول رسوم عقارية وجملة المعطيات المتوفرة لها من خلال الاستدعاء للجلسة في الطور الابتدائي وتقرير العقلة التنفيذية المؤرخ في 10/ 05/ 2007 ومحضر العجز المؤرخ في 04/ 12/ 2012 كما ردت الدفع المتعلق بانتفاء نية تهريب الأملاك في جانب الطاعن معللة رأيها بأنه لا شيء يفيد أنّ التفويت في حصص الشركة كان لغاية خلاص ديونها المتراكمة خاصة مع تلددها في الخلاص

وحيث أنّ تولي المعقب إعادة بسط ذات المطاعن التي ردتها محكمة الأصل مع تأكيده أنّ شركة الصيانة والخدمات قامت بالإشهارات الضرورية التي يفرضها القانون الساري المفعول في ذلك التاريخ وأنّ من المبادئ الأساسية الدستورية أنّ القانون لا أثر رجعي له وأنّ قابض المالية المعقب ضده يعلم أنّ المعقبة قد غيرت مقرها من خلال الإشهارات بالرائد الرسمي أو التصاريح الجبائية ، هو أمر لا يستقيم إذ فضلا عن الطابع الموضوعي لهذه الدفوع فإنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 28 سابعا المبين أعلاه يتضح أنّ المشرع أوجب أن يكون الإعلام بتغيير المقر موجها لمصالح الجباية وهو بذلك إعلام خاص لا يمكن الاستعاضة فيه بالإشهارات الواقعة بالرائد الرسمي أو السجل التجاري كما جعل المشرع لهذه الأحكام مفعولا رجعيّا في التطبيق، الأمر الذي يجعل الدفع بعدم سريانه على وضعية الحال غير مبرر.

وحيث أبانب مستندات القرار المطعون فيه أنّ المحكمة محصت الدفوع المثارة من الطاعن المعقب الآن ورتبت على ذلك نتيجة قانونية صحيحة ملتزمة بذلك بحدود النزاع المطروح أمامها وعللت قضاءها تعليلا مستساغا له أصل ثابت صحيح بأوراق القضية فانتهت إلى ترتيب نتيجة قانونية سليمة واتجه لذلك رد المطعنين».

5-3-7-لا يمكن القيام ضد الوكيل شخصيا في الدعاوى الموجة ضد الشركة

قرار تعقيبي عدد 63608 بتاريخ 30 سبتمبر 2019 صادرعن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش

وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد عادل بن سالم وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث لا جدال في أنّ الأساس الأول للتداعي إنّما هو أطرافه الذين يجب أن تتوفر فيهم الشروط الواردة بالفصل 19 من م. م. م. ت. من أهلية وصفة ومصلحة والتي متى ثبت توفرها طبق أوراق الملف تمر الهيئة القضائية المختصة إلى مراقبة بقية الإجراءات والبت في جدية الطلب أصلا وعليه فإنه طالما أنّ الصفة من مقومات الدعوى والتداعي عموما فإنها تكون مشترطة في كل طرف في الدعوى سواء كان مدعيا أو مدعى عليه أو طاعنا أو مطعونا ضده.

وحيث احتدم الخلاف بين طرفي التداعي الراهن حول صفة القيام ضد المعقب الآن زياد بصفته صاحب ووكيل الشركة - على معنى ما جاء بعريضة افتتاح الدعوى - وما استتبع ذلك من صدور الحكم الابتدائي ضده شخصيا بأداء التعويض عن الأضرار اللاحقة بمكرى المدعية ، وهو السند الواقع إقراره بموجب القرار المطعون فيه الآن.

وحيث مع التسليم ابتداء بأنّ الشركة باعتبارها ذاتا معنوية تتمتع بشخصية وذمة مالية مستقلة عن ذمم مسيريها أو الشركاء فيها وأنه من هذا المنطلق فإنّ وكيل الشركة لا يقام عليه شخصيا بالدعوى ولا يصدر عليه الحكم بهذه الصفة متى تعلق الأمر بتصرف واقع من قبله في حق الشركة.

وحيث وفضلا على أنّ الصفة التي تم القيام بموجبها على المعقب الآن بالدعوى -باعتباره صاحب ووكيل الشركة- غير ثابتة بموجب ما تمّ الإدلاء به من قبله من وثائق، فإنّ تحميله بالتعويض شخصيا لا مبرر له طالما ثبت من عريضة افتتاح الدعوى أنّ القيام ضده لم يكن بصفته الشخصية وأنّ الادعاء تمحور حول استغلال جزء من مكرى المدعية في الأصل المعقب ضدها الآن كوحدة إنتاج تابعة للشركة المذكورة.

وحيث أنّ رد محكمة القرار المطعون فيه للدفع المتصل بانعدام الصفة في جانب الواقع إلزامه بالأداء تأسس على الإشارة الواقع تضمينها صلب محضر التحويز المحرر من قبل اللجنة الجهوية المشتركة بالإدارة الجهوية بباجة

والمتمثلة في أنّ بنايتين من العقار الواقع تحويز الطالبة به في تصرف المدعو (ز.ي.) الذي يستغلهما كمصنع لصناعة الأجبان.

وحيث أنّ هذه الإشارة لا تقطع بتوفر الصفة في جانب المعقب الآن ومن ثمة تحميله شخصيا بأداء التعويض وأنّ وقوف محكمة القرار المطعون فيه في حدود ما جاء بمحضر التحويز يضفي على حكمها اكتفائية وقصورا في التعليل يجعله في مرمى النقض

وحيث أنّ نقض الحكم المنتقد للسبب المشروح أعلاه يغني عن التصدي للمطعن المتعلق بتوفر العلاقة السببية بين الفعل المنسوب للمعقب والأضرار المطالب بها ضرورة أنه يتعين ابتداء التثبت من مسألة أولية تتمثل في توفر صفة إلزام المقام ضده بالأداء استنادا إلى أدلة ثابتة وقواعد سليمة قانونا».

5-4- تجارة بحرية

5-4-1- التضامن بين ناقلي البضائع

قرار تعقيبي عدد 65755.2018 بتاريخ 05 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعن الوحيد بجميع فروعه:

حيث نسبت المعقبة للقرار الاستئنافي المطعون فيه مخالفته للقانون وضعف التعليل بمقولة إنّ عقد النقل هو من العقود التجارية الذي ينفذه أشخاص لهم صفة التاجر وبالتالي وعملا بالفصل 175 م.ا.ع فإنه يحصل التضامن قانونا بينهم فيما يلتزمون به.

وحيث تعتبر مؤسسة التضامن بين المدنيين استثناء للقاعدة العامة التي تقضي باستقلال الذمة المالية لكل مدين وقد سنّها المشرع لتوفير الحماية اللازمة للدائن حتى يضمن إمكانية استخلاص دينه بأيسر السبل ويتجنب إعسار أحد مدينيه لذلك حصر المشرع مصادر التضامن بين المدنيين في العقد والقانون وطبيعة النازلة فنص صلب الفصل 174 م.ا.ع على أن « التضامن بين المدينين لا يحمل عليهم بالظن وإنما يثبت بصريح العقد أو القانون أو بكونه من ضروريات النازلة».

وبذلك فإنّ التضامن في القانون التونسي يكون إما اتفاقيا (Conventionnelle) أو قانونيا (Légale) أو قضائيا.

وحيث يكون التضامن بين المدينين اتفاقيا عندما يكون مصدره إرادة الأطراف المتعاقدة وذلك بحصول اتفاق صريح بين الدائن والمدينين يقضي بأن يكون كل واحد من هؤلاء المدينين ملتزم بصفة أصلية بجملة الدين لا بحصته منه فقط. ويكون التضامن قانونيا في الحالة التي ينص فيها المشرع بصريح النص على ضرورة العمل به، وفي هذه الحالة لا لزوم لتنصيص عقدي يقضي به وإنما يكفي أن تتوفر الشروط التي يفرضها القانون حتى يقع العمل به وقد يكون التضامن مصدره طبيعة النازلة ذاتها بأن يكون ضرورة من ضرورياتها ولا يسع القاضي إلا التصريح به في صورة ثبوت ذلك.

وحيث أن التضامن بين المدينين في المادة التجارية هو مبدأ أقره المشرع صلب الفصل 175 من م.إ.ع الذي نص على أنه: « يحصل التضامن قانونا فيما يلتزم به التجار لبعضهم في نازلة تجارية إلا إذا صرح العقد أو القانون بخلافه ». فجعله مفترضا نظرا لخصوصية القانون التجاري التي يتسع فيه المجال للتضامن بين المدينين وبذلك يتضح أن الأصل في المادة التجارية هو قيام التضامن طالما لم تشترط الأطراف المتعاقدة استبعاده أو لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

وحيث ولئن كان الفصل 175 من م.ا.ع هو الفصل العام فإن المشرع قد تكفل ببيان تطبيقاته التي من بينها على سبيل الذكر لا الحصر التضامن بين الوكلاء الملتزمين بتنفيذ وكالة ذات صبغة تجارية مناط الفصل 1140 من م.ا.ع والتضامن بين الكفيل والمكفول إذا ما كان الالتزام عملا تجاريا نصّ عليه الفصل 1495 من م.إ.ع والتضامن بين ناقلي البضائع موضوع قضية الحال مناط الفصل 641 م ت.

وحيث نص الفصل 641 من المجلة التجارية على أنه « إذا باشر عدة أشخاص بالتناوب تنفيذ عقد بنقل أشياء:

1) **يكون أول الناقلين وآخرهم مسؤولين بالتضامن بينهما للمرسل والمرسل إليه** بجميع أعمال النقل كما لو باشر كل منهما جميعها وعلى نفس الشروط المقررة في هذه الصورة.

2) ويضمن كل من المتوسطين في النقل للمرسل والمرسل إليه ولأول الناقلين وآخرهم الضرر الحاصل أثناء المسافة التي قطعها كل منهما.

وإذا تعذر تعيين المسافة التي حصل أثناءها الضرر فيكون للناقل الذي تحمل بجبر الضرر حق الرجوع الجزئي على كل واحد من المتناوبين في النقل على نسبة المسافة التي قطعها ويجب توزيع المنابات المطلوبة من المعسرين منهم على جميعهم مع مراعاة النسبة المذكورة ».

وحيث يتبين من خلال قراءة الفصل المذكور أن التضامن بين الأشخاص المتعهدين بتنفيذ عقد بنقل أشياء بالتناوب بينهم مفترض قانونا وعليه فإنّ توجيه الطاعنة الآن لدعواها أمام محكمة البداية ضد كافة المعقب ضدهم الذين تدخلوا جميعا لتأمين إيصال البضاعة المستوردة إليها في أحسن الظروف بالتضامن فيما بينهم يعد صحيحا قانونا وكان على محكمة الحكم المنتقد التحري في خصوص مسؤولية الأضرار اللاحقة بالبضاعة المرسلة استنادا إلى تقرير مراقب الخسائر البحرية المظروف بالملف وتحميل الطرف المتسبب في الضرر بكامل المسؤولية وإلزامه بالتعويض.

وحيث أضحى قول محكمة القرار المنتقد بأن شروط أعمال قاعدة التضامن غير متوفرة لاختلاف طبيعة ومبنى التزام كل طرف من الأطراف المقام ضدهم على اعتبار خضوعهم لنظم قانونية مختلفة ومتباينة قولا مجانبا للقانون وخارقا لأحكام الفصول 174 و175 م.ا.ع و641 م ت وفيه ضعف في التعليل مما يتجه معه الأخذ بالمطعن المثار ونقض القرار المطعون فيه مع الإحالة ».

5-4-2 تعريف وثيقة الشحن-عقد النقل البحري-مشارطة الإيجار-الفوارق بينها والآثار.

قرار تعقيبي عدد 63671 صادر بتاريخ 16 جانفي 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين أسيا العياري ونجلاء المصمودي وبحضور ممثل الادعاء العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

»... وحيث يعتبر عقد النقل البحري للبضاعة من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد التقاء وتوافق الإيجاب مع القبول وقد عرفته المادة سادسا من اتفاقية

هامبورغ بأنّه: «عقد يتعهد الناقل بموجبه بأن ينقل بضائع بطريق البحر من ميناء إلى آخر لقاء أجرة». ورغم كون العقد المذكور لا يثبت إلّا بالكتابة فإنّ ذلك لا يعني أنّنا أمام عقد شكلي وإنما اشترط المشرع ذلك لأهمية هذا العقد ولتفادي النزاعات التي يمكن أن تنجم عن العقد غير المكتوب بما يؤدي إلى تعطيل التجارة البحرية ويرتب العقد البحري المكتوب تبعا لذلك التزامات وحقوق متبادلة بين طرفيه فهو يرتب التزامات وحقوق الناقل البحري والتزامات وحقوق الشاحن وفقا لما تتضمنه وثيقة الشحن.

وحيث ولما كانت الكتابة في عقد النقل البحري للبضائع تأخذ صورة وثيقة الشحن فقد نظم المشرع التونسي أحكامها بالفصول من 206 إلى 218 من م ت ب وعرّفها بكونها سندا صادرا عن الناقل أو الربان يسلم إلى المرسل وهي تقوم حجة على أنّ السفينة تسلمت البضاعة وتحتوي على تشخيص البضاعة وعند الاقتضاء على بيان قيمتها وهي أيضا سند يمثل البضاعة.

وحيث تعتبر وثيقة الشحن على هذا الأساس أداة لإثبات واقعة الشحن ودليلا على تسلم الناقل البضاعة موضوع النقل إذ تثبت الوثيقة تسلم الناقل البضاعة على ظهر السفينة والشاحن إذا لم يتم تحرير مشارطة الإيجار.

وحيث يطرح الإشكال مسألة حجية وثيقة الشحن فهي لا تقتصر على إثبات عقد النقل وتسلم الناقل البضاعة وإنما يضاف إليها حجية البيانات التي تشملها وثيقة الشحن فيما بين الناقل والشاحن أو في علاقة الناقل بالمرسل إليه ففي العلاقة بين الناقل والشاحن تكون حجية وثيقة الشحن فيما تضمنته من بيانات أمّا في علاقة الناقل بالمرسل إليه الذي اعتبره المشرع غيرا بالفصل 213 من م ت ب فلا يمكن للناقل أن يخالف البيانات المذكورة في الوثيقة كان يدّعي بأن أوصاف البضاعة المذكورة في الوثيقة ليست هي الحقيقية أو أنّ موعد وصول البضاعة ليس هو المتفق عليه أو غير ذلك من البيانات فالوثيقة لها حجية مطلقة على الناقل أمام المرسل إليه لا يستطيع إثبات خلاف أو عكس ما دوّن بها وذلك خلافا للمرسل إليه الذي يمكنه إثبات عكس أو خلاف البيانات الواردة بوثيقة الشحن بكافة طرق الإثبات فيتمسك بالنقص في البضاعة أو تعيبها أو تعرضها إلى السرقة .

وحيث يرتب عقد النقل على هذا الأساس التزامات متبادلة بين أطرافه يتحمل كل طرف المسؤولية عن تقصيره وقد أجاز المشرع لأطراف عقد النقل البحري

للبضائع الالتجاء إلى التحكيم في كل المنازعات التي قد تنشأ عن النقل وإذا كان اللجوء إلى التحكيم كوسيلة اتفاقية لفض النزاعات بين أطراف العقد فإنّ إثبات اللجوء إلى التحكيم يثير الإشكال عند غياب التنصيص الصريح عن ذلك بوثيقة الشحن التي يعتبر المرسل غيرا فيها فهي تحرر بين الشاحن والناقل البحري فهل يلتزم المرسل إليه بها وهل يتقيد بشروطها؟

وحيث يعتبر المرسل إليه مبدئيا أجنبيا وغيرا في وثيقة الشحن فهي تثبت أحقيته في تسلم البضاعة وامتلاكه لها وإلزام الناقل بتسليم البضاعة لحامل وثيقة الشحن ويندرج ذلك في إطار عقد النقل الذي يبرم عادة بين الناقل والشاحن للبضاعة.

وحيث يختلف عقد النقل عن عقد مشارطة الإيجار ويُعتبر كلّ عقد مستقلا عن الآخر وله قواعده وأحكامه الخاصة لأنّ عقود مشارطة الإيجار تتعلق بالسفينة ويتم إبرامها بين المؤجر والمستأجر كيفما عرفها الفصل 171 من م ت ب أمّا عقد النقل فهو يتعلق بنقل البضائع من مكان إلى آخر دون أن يتصل بإبحار السفينة ولا يمكن تبعا لذلك اعتبار عقد مشارطة الإيجار عقد نقل بل هو عقد إبحار السفينة لمدة معينة مثلما ورد ذلك بالفصل 204 من نفس المجلة وتبين الفصول من 174 و186 من م ت ت حقوق المؤجر وواجباته وحقوق وواجبات المستأجر.

وحيث وبخصوص وثيقة الشحن فإنّه يمكن تعريفها مثلما ورد بالفصل 206 من م ت ب بأنّها: «الاتفاق الذي يتلقى بمقتضاه ناقل بحري بضاعة يسلمها إليه الشاحن مع الالتزام بتسليمها في المكان المقصود يعبر عنه بعقد النقل بوثيقة شحن ويكون هذا العقد موضوع كتب يعرف « بوثيقة شحن» بدون لزوم لتحرير مشارطة إيجار من قبل. « كما عرفها الفصل 207 من نفس المجلة بكونها سند نقل صادر عن الناقل أو الربان يسلم إلى المرسل وهي تقوم حجة على أنّ السفينة تسلمت البضاعة وتحتوي على تشخيص البضاعة وعند الاقتضاء على بيان قيمتها وهي أيضا سند يمثل البضاعة».

وحيث خص الفصل 213 من م. ت. ب. طريقة لحل الاختلاف الذي قد يطرأ بين وثيقة الشحن ومشارطة الإيجار وبيّن مجال أسبقية أحدهما على الآخر فإذا كان التباين والاختلاف بين وثيقة الشحن ومشارطة الإيجار في مسألة تهم المؤجر والمستأجر أي في عقد إيجار السفينة فإنّه يتم تفعيل أحكام مشارطة الإيجار وإذا كان التباين والاختلاف بين الوثيقتين في مسألة تتعلق بالناقل البحري

وعلاقته بالمرسل الشاحن فإنّه يعتمد وثيقة الشحن وحدها غير أنّ المشرع وضع لهذا المبدأ استثناء بالفصل 213 المذكور يحيل إلى تطبيق مشارطة الإيجار فيما بين الناقل البحري والمرسل وذلك في صورة وجود شرطين اثنين متحدين يتعلق الأول بضرورة تضمّن وثيقة الشحن صراحة الإحالة على مشارطة الإيجار ويتعلق الثاني بضرورة الرجوع إلى مشارطة الإيجار فيما تقتضيه الحاجة من عبارات بوثيقة الشحن بما يعني أنّ وثيقة الشحن فيما بين الناقل البحري والمرسل إذا لم تكن تدل بما فيه الكفاية على شروط النقل ومختلف بنوده فإنّه يمكن اعتماد تنصيصات مشارطة الإيجار لأنّ الحاجة أدّت إلى ذلك... ».

5-5- ملكية صناعية

5-5-1- معايير تقدير تقليد علامة الصنع والتجارة والخدمات-العلامة المشهورة

قرار تعقيبي عدد 72601.2019 بتاريخ 23 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«[...]

2/ عن المطعن الثاني المتعلّق بضعف التعليل:

حيث دفعت الطاعنة بأنه بمقارنة علامة الطاعنة مع علامة المعقب ضدها يتبين وجود اختلاف بين العلامتين على مستوى:

*** على مستوى الصورة العامة للعلامة؛**

ذلك أن علامة الطاعنة تتكون من شارة تصويرية لثلاثة مثلثات متداخلة وهو ما يميّزها في حين أن علامة المعقب ضدها تتمثل في شارة تصويرية لنجمة ثلاثية الأضلع والعبرة هي بالصورة العامة ذلك أن القاعدة تقتضي بأن لا تتم المقارنة بدراسة أوجه الشبه لكل جزئية من جزئيات العلامة بل ينظر إلى التشابه العام أي تشابه العلامة المرمية بالتقليد في مجموعها مع العلامة الحقيقية وهو ما لم تنظر إليه محكمة القرار المطعون فيه التي بحثت في الجزئيات ونظرت إلى الشارة في كل جزئية من جزئياتها وهو ما يتنافى مع قاعدة التميّز الواردة بالفصل 3 من قانون

17/ 04/ 2001 لأن وجود التقليد من عدمه لا ينصرف إلى الدقائق والجزئيات وإنما إلى المظهر العام.

وحيث وبالنسبة إلى النظر عند البت في التقليد إلى العلامة التصويرية هل ينظر إليها ككل أم يتم البحث في الجزئيات فقد بينت محكمة الحكم المطعون فيه أن التشابه الذي ينجر عنه التقليد ينظر إليه بمنظار المستهلك العادي وإلى العلامة كوحدة متكاملة وفي كليها وعموميتها وليس بجزئياتها وبتفاصيلها الدقيقة وهي تتفق في ذلك مع ما دفعت به الطاعنة إذ دفعت بأنه لا تتم المقارنة بدراسة أوجه الشبه لكل جزئية من جزئيات العلامة بل ينظر إلى التشابه العام أي تشابه العلامة المرمية بالتقليد في مجموعها مع العلامة الحقيقية فلا يتأسس البحث في التقليد على الجزئيات الدقيقة التي لا يتفطن إليها إلا المستهلك الذي يدقق مليا أو صاحب الخبرة الفنية على خلاف المستهلك العادي الذي يمكن أن يقع في الخلط والالتباس منذ النظرة الأولى ودون حاجة إلى بذل جهد في البحث عن الجزئيات وهو ما خالفته محكمة الحكم المطعون فيه فهي قد توغلت في البحث عن الجزئيات الدقيقة والتي تتطلب معرفة خاصة دون أن تعتمد في تقديرها على الصورة العامة فقد بينت بحكمها نقاط دقيقة لوجود التشابه تتمثل في تلاقي النجمة ثلاثية الأضلع والمثلثات المتقاطعة والتي تأخذ في شكلها النهائي شكل النجمة ثلاثية الأضلع وهو بحث واستنتاج يغيب عن المستهلك العادي عند النظر في الصورة العامة للعلامة كما بينت أنه عند تطبيق نقاط التلاقي على ساعة دائرية يتبين أنها تلتقي على مستوى الساعة 12 و04 و08 وهو تدقيق ونظر إلى الصورة ليس كعلامة تصويرية عامة مثلما دفعت به الطاعنة وما يقتضيه ثبوت التقليد من عدمه وحصول الخلط والالتباس لدى المستهلك العادي بل هو بحث في الجزئيات والتفاصيل تغيب تماما عن المستهلك العادي وهو ليس المعيار المنظور إليه من جهة التقليد وتكون بذلك محكمة الحكم المطعون قد تجاوزت مقتضى ما يقتضيه البحث في التقليد لدى عموم المستهلك الذي لا يهتم بأدق التفاصيل وكان بالتالي هذا الفرع من المطعن وجيها ويتعيّن نقض القرار المطعون فيه من هذه الناحية.

*** على مستوى المصدر المشتقة منه العلامة؛**

حيث أنّ علامة المعقب ضدها تتكون من نجمة ذات ثلاثة أضلع تشير إلى اجتماع ثلاثة عناصر من الطبيعة وهي الأرض والهواء والماء في حين أنّ علامة الطاعنة تتكون من ثلاثة مثلثات متداخلة مشتقة من حرف صيني مفاده باللغة الإنقليزية THREE ONE.

وحيث وبالنسبة إلى مصدر العلامة فقد بينت محكمة الحكم المطعون فيه أن الدفع بوجود الاختلاف بين العلامتين من جهة المصدر المشتقة منه كل علامة بأن المشرع التونسي والاتفاقيات الخاصة بالملكية الصناعية لم تهتم بمدلول العلامة والمصدر المشتقة منه في بيان أوجه التشابه في التقليد لكونها من العناصر التي تغيب على ذهن المستهلك العادي وقد كانت على صواب في ذلك.

*** على مستوى شكل الشارات التصويرية لكل علامة:**

حيث أن شارة الطاعنة مكوّنة من ثلاثة مثلثات متداخلة وأما الشارة التصويرية للمعقب ضدها فهي نجمة ثلاثية الأضلع والفرق واضح بين شكل المثلثات وشكل النجمة وهو ما ينتفي معه تماما حصول الخلط في ذهن المستهلك وأنه يمكن للمستهلك بكل سهولة التمييز بين العلامتين واستقلال كل شارة عن الأخرى فلا يحصل الخلط للمستهلك بين العلامتين خاصة وأنهما لا ينشطان في نفس ميدان الصنع (السيارات وآلات ومعدات البناء) وأن عدم حصول الخلط في ذهن المستهلك ينتفي معه التقليد خلافا لما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه وكان الفرع من المطعن وجيها وتعين النقض من هذه الناحية.

*** في خصوص معايير تقدير التقليد:**

حيث إنه إذا كان النقل مطابقا للعلامة دون تعديل أو إضافة فإنه لا يثير أي صعوبة لكون التشابه في هذه الحالة كاملا وتاما وتبرز الصعوبة في تقدير التقليد عندما يعمد المعتدي إلى إنشاء علامة تشبه في مجموعها العلامة الأصلية بإضافة أشياء طفيفة أو إزالة جزء منها أو تغيير لونها أو حروفها وهو ما يمكن تسميته بالتزويق أو التركيب دون الابتكار والتميّز (Bricolage Partiel) مما يوقع المستهلك في الخلط واللبس بينهما.

وحيث يمكن تلخيص الضوابط التي يقع الاحتكام إليها في تقدير التقليد في التالي:

1- العبرة في تقدير العلامة المقلدة ليس بالنظر إلى أوجه الاختلاف بين كل من العلامة المقلدة والعلامة الحقيقية، وإنما العبرة بأوجه الشبه بينهما ويجب أن لا تتم المقارنة بدراسة أوجه الشبه لكل جزئية من جزئيات العلامة بل ينظر إلى التشابه العام أي تشابه العلامة في مجموعها مع العلامة الحقيقية، فتقليد العلامة التجارية ليس إلاّ وضع علامة مشابهة أو قريبة الشبه في مجموعها بعلامة أخرى بحيث يصعب التفريق بين كل منهما لما يوجد من لبس وخلط بينهما يضلل جمهور المستهلكين.

2- المعيار في تقدير إمكانية حصول الخلط بين العلامتين هو تقدير الرجل العادي متوسط الحرص L'existence d'un risque de confusion pour un acheteur d'attention moyenne.

3- مقارنة العلامة المقلدة بالعلامة الحقيقية تكون على وجه التتابع وليس بكونهما متجاورتين، لأنه في الحالة الأخيرة يسهل معرفة أوجه الخلاف بين كلتا العلامتين، كما أنّ وضع العلامتين متجاورتين لا يحدث في الحياة العملية، فالمستهلك متوسط الحرص لن يحضر معه عند الشراء العلامة الأصلية أو يتذكر العلامة الأصلية تذكرا كاملا لكل محتوياتها بدقة ثم يقرّر ما يراه.

لذلك يجب النظر إلى كل من العلامتين المقلدة والحقيقية على التتابع وما تركته كل منهما في الذهن والصورة العامة التي انطبعت فيه لتقدير ما إذا كان التشابه متوفرا أم لا.

وهي مسائل لم تأخذها محكمة الحكم المطعون فيه بعين الاعتبار ولم تنظر إلى مسألة التقليد من عدمه باعتبار معيار المستهلك العادي وفي ذلك مخالفة للقواعد القانونية للتقليد بما يتعين معه النقض من هذه الناحية.

*** في خصوص تقدير شهرة العلامة:**

حيث وبخصوص مسألة تقدير شهرة العلامة فإنه يجب أن يأخذ بعين الاعتبار مدى معرفة العلامة في نطاق قطاع الجمهور المعني أي جمهور المستهلكين الذين يتعاملون مع المنتجات أو الخدمات التي تحمل العلامة محل البحث عن شهرتها.

والسؤال الذي يثار هنا، هو ماذا يقصد بقطاع الجمهور المعني الذي يشترط أن تكون العلامة التجارية معروفة لديه حتى تعد مشهورة، هل هو جمهور المجتمع ككل، أم الجمهور الذي يتعامل مع السلع أو الخدمات التي تميزها العلامة التجارية؟

ونميز هنا بين حالتين فيما يتعلق بالجمهور المعني كمعيار يحدد شهرة العلامة التجارية.

الحالة الأولى: إذا كان طلب تسجيل أو استعمال العلامة يتعلق بمنتجات أو خدمات مماثلة للمنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة المشهورة فالجمهور المعني هنا هو الجمهور الذي يستخدم المنتجات أو الخدمات ذاتها.

أما الحالة الثانية: فهي إذا كان طلب تسجيل أو استعمال العلامة يقع على منتجات أو خدمات تختلف عن المنتجات التي تميزها العلامة المشهورة، فإن الجمهور المعني في هذه الحالة هو جمهور المجتمع بصورة عامة، أي لا يقتصر الأمر على الجمهور الذي يستعمل السلعة أو الخدمة التي تميزها العلامة وإنما إلى المجتمع ككل.

وحيث أضافت الطاعنة بأن علامتها التصويرية ذات شهرة وعراقة في السوق وتختص في صنع المعدات الثقيلة ومعدات البناء والجسور والطرقات وهي علامة مسجلة بمختلف قارات العالم وهو ما أكسبها شهرة واسعة لم تأخذ بها محكمة الحكم المطعون فيه.

وحيث وبالنسبة إلى شهرة علامة الطاعنة التصويرية وتوسع رقعتها فقد بينت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ علامة المدعية في الأصل – المعقب ضدها- هي من العلامات المشهورة بمختلف دول العالم ومنها الدولة التونسية وهي سابقة عن شهرة علامة الشركة الطاعنة الآن وهي مسجلة أيضا لدى المعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية.

وحيث أن إعراض محكمة الحكم المطعون فيه عن شهرة علامة الطاعنة وتسجيلها بعدة بلدان أجنبية بما يكسبها حماية قانونية ودون أن تتحقق شهرتها في علامتها تكون قد جانبت الصواب بما يجعل المطعن وجيها في فرعه المذكور ويوجب النقض من هذه الناحية».

5-5-2- حماية العلامة الصناعية الأجنبيّة

قرار تعقيبي عدد 59774 بتاريخ 17 أفريل 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة راضية همادي.

«عن المطعن الوحيد : المأخوذ من خرق الفصل 17 من القانون عـ36ـدد لسنة 2001 والفصل 2 من اتفاقية باريس بفرعيه :

حيث أنّ الإشكال القانوني المطروح يتعلق بتأويل وتفسير مقتضيات الفصل 17 من القانون عـ36ـدد لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 المتعلق بحماية علامات التجارة والصنع والخدمات بضميمة الفصل 2 من اتفاقية باريس ومدى تمتع المدعية في الأصل المعقبة الآن بالحماية القانونية لعلاماتها الأجنبية بتونس والمقررة صلب الفصل 17 المذكور أعلاه.

وحيث بينت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ المستأنفة عليها المعقبة الآن لا يمكنها أن تتمتع بالحماية إلّا بتوفر شرطين أولهما يتعلق بتسجيل العلامة ببلد إقامة أو انتصاب المالك لها وثانيهما شرط المعاملة بالمثل وأنه ولئن ثبت التسجيل ببلد الإقامة فإنّ المدعية في الأصل لم تثبت ما يفيد تمتع العلامات التونسية بالمعاملة بالمثل لدى الدولة التي تم بها التسجيل وبالتالي استخلصت عدم توفر الشرطين المتلازمين (التسجيل والمعاملة بالمثل) وأقرّت حكم البداية القاضي برفض الدعوى في حين تعتبر الطاعنة أنّ ذلك ينطوي على تفسير غير سليم للفصل من قانون 17 أفريل 2001 لأنّ المحكمة لم تراع العنصر الأول المضمن بالفصل 17 والذي ينص على مراعاة الاتفاقيات الدولية.

وحيث نص الفصل 17 من القانون عـ36ـدد لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 أنّه: «مع مراعاة مقتضيات الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية ينتفع الأجنبي غير المنتصب أو غير المقيم بالبلاد التونسية بأحكام هذا القانون شريطة الإدلاء بما يفيد أنّه قام بإيداع العلامة بصفة نافذة أو أنّه قام بتسجيلها ببلد إقامته أو انتصابه وأنّ هذا البلد يعترف بمبدأ المعاملة بالمثل في حماية العلامات التونسية».

وحيث يتبين من النص المذكور أنّه يقرّ الحماية للعلامة الأجنبية بتونس في صيغتين مختلفتين الأولى تتعلق بالعلامة الأجنبية التي تكون فيها دولة الإقامة أو مكان الانتصاب قد صادقت على الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية باريس والتي تكون بموجبها الحماية وفق شروط الفصل 17 المذكور بمعنى أنّه يجب أن يتمّ الإيداع بما يعطي للعلامة الأجنبية الحقوق الممنوحة للعلامة الوطنية ودون البحث في عنصر المعاملة بالمثل لأنّه مفترض بموجب الاتفاقية وأمّا الصيغة الثانية فهي تهم العلامة الأجنبية التي لا يكون فيها بلد الإقامة أو الانتصاب مصادقة على اتفاقية باريس وبذلك فإنّ الفصل 17 من قانون 17 أفريل 2001 يتضمن عنصرين مختلفين ويخص العنصر الأول ما ورد بالجملة الأولى منه وهو «مع مراعاة مقتضيات الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل البلاد التونسية» وأنّ الإشارة إلى المعاهدات الدولية تفيد بأنّ الأجنبي المنتمي إلى بلد موقع على هذه المعاهدات ومنها اتفاقية باريس يتمتع آليا بمقتضيات قانون 17 أفريل 2001 دون أيّ شرط أو طلبات ويعتبر كأنّه تونسي وهو التفسير المنطقي والسليم الذي يتماشى مع ما تضمنته اتفاقية باريس والفصل 17 من قانون 17 أفريل 2001 سيما وأنّ اتفاقية باريس سنة 1983 المصادق عليها من الجمهورية التونسية منذ 7 جويلية 1884 قد أقرّت بالفقرة الأولى من فصلها الثاني ما يلي:»رعايا دول الاتحاد تتمتع بنفس المزايا التي تمنحها تلك الدول حاليا أو قد تمنحها في المستقبل لمواطنيها دون الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية ومن ثم يكون لهم نفس الحماية التي للمواطنين ونفس وسائل الطعن القانونية ضد أيّ إخلال بحقوقهم بشرط اتباع الشروط والإجراءات المفروضة على المواطنين» ويمثل ذلك تكريسا لمبدأ عدم التمييز بموجب المعاهدات الدولية الذي يقتضي معاملة العلامة الأجنبية بناء على سبق نفس المعاملة التي تعامل بها العلامة التونسية (traitement nationnal) فمن المعلوم أنّ حماية العلامة التجارية تستمد مصدرها من الاتفاقيات الدولية وهي واردة في العلامة الصناعية في اتفاقية باريس لسنة 1883 المدخل عليها عدة تعديلات وهي تعتبر الدعامة الأساسية التي يقوم عليها نظام الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية وبذلك فإنّ الغرض منها هو أن يكون لكل شخص تابع لأحد الدول الأطراف في الاتفاقية وله مؤسسة تجارية الحق في حماية رسومه أو علامته التجارية أو اختراعه على قدم المساواة

مع مواطني دولة من الدول الأطراف في الاتفاقية ووفقا لقانونها الوطني ذلك أنّه بموجب المصادقة على اتفاقية تصبح الاتفاقية من القانون الوطني في تلك الدولة بل وحتى أعلى منه بموجب علوية الاتفاقيات ويعني ذلك أنّ العلامة الأجنبية تستمد حمايتها من الاتفاقية ويجوز التمسك بذلك أمام القضاء الوطني وهو ما يعبر عنه بأنّ نصوص الاتفاقية ذاتية التنفيذ (SELF EXECUTING).

وحيث لا جدال في أنّ للمعاملة الوطنية دورا مهمّا في حماية حقوق الملكية الفكرية على المستوى الوطني لأنه ولئن كان لكل دولة الحق في الاقتصار على حماية حقوق الملكية الفكرية لمواطنيها ولا تعترف بها للأجانب غير أنّ الدول المصادقة على اتفاقية باريس تلتزم بحماية كل الدول المنضوية في الاتفاقية وحرمان الأجانب الذين لا ينتمون للاتفاقية وتشترط عليهم المعاملة بالمثل فتبقى الحماية معلقة على شرط المعاملة بالمثل.

وحيث يتماشى التفسير أعلاه مع إرادة المشرع في مراعاة القوة الملزمة للاتفاقيات الدولية المصادق عليها إذ اعتمد المشرع نفس التمشي الوارد بالفصل 17 أعلاه في حماية المودع في الفقرة من الفصل 1 من الأمر عـ1603ـدد لسنة 2001 المتعلق بإجراءات تسجيل العلامات والاعتراض عليها وطرق الترسيم بالسجل الوطني للعلامات التي جاء فيها:

«...5-ما يفيد أنّ المودع الأجنبي غير المقيم بالبلاد التونسية وغير المنتصب بها قام بصفة قانونية بإيداع العلامة ببلد إقامته أو انتصابه وأنّ هذا البلد يعترف بمبدأ المعاملة بالمثل في حماية العلامات التونسية وذلك مع مراعاة الاتفاقيات الدولية».

وحيث يخص العنصر الثاني من الفصل 17 من قانون 17 أفريل 2001 الأجانب التي بلدانهم لا تنتمي إلى اتفاقية باريس وليست عضوا فيها وفي هاته الحالة فقط اشترط المشرع على الأجنبي تقديم ما يفيد تسجيل العلامة ببلد إقامته أو انتصابه وأن يدلي بما يفيد معاملة بلده بالمثل في حماية العلامات التونسية حتى يتمتع بمقتضيات قانون 17 أفريل 2001.

وحيث وبناء على أنّ المعقبة تنتمي إلى بلد موقع على اتفاقية باريس (الولايات المتحدة الأمريكية) شأنه شأن البلاد التونسية فيكون بذلك من حقها القيام على

أساس الفصل 15 من قانون 17 أفريل 2001 نظرا لكون تسجيل العلامة موضوع التداعي الذي قام به المعقب ضده هو تسجيل تحايلي وفيه تعدٍّ على حقوق المعقبة ومن حقها تبعا لذلك أن تعامل كغيرها من التونسيين وأن تحظى بنفس الحقوق التي يتمتع بها التونسي وأن تتمسك بشهرة علامتها للدفاع عن حقوقها بناء على الفصل 15 من قانون 17 أفريل 2001 والفصل 6 ثانيا من اتفاقية باريس الذي لم يفرض أيّ شرط على الأجنبي المنتمي إلى بلد عضو في اتفاقية باريس حتى يتمكن من الدفاع على حقوقه بناء على قانون 17 أفريل 2001 إذ جاء به ما يلي: «تتعهد دول الاتحاد سواء من تلقاء نفسها إذا أجاز تشريعها ذلك أو بناء على طلب صاحب الشأن برفض أو إبطال تسجيل ويمنع استعمال العلامة الصناعية أو التجارية التي تشكّل نسخا أو تقليدا أو ترجمة يكون من شأنها إيجاد لبس بعلامة ترى السلطة المختصة في الدولة التي تمّ فيها التسجيل أو الاستعمال أنّها مشهورة باعتبارها فعلا العلامة الخاصة بشخص يتمتع بمزايا هذه الاتفاقية ومستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة كذلك تسري هذه الأحكام إذا كان الجزء الجوهري من العلامة يشكّل نسخا لتلك العلامة المشهورة أو تقليدا لها من شأنها إيجاد لبس بها».

وحيث يستروح ممّا سبق بسطه أنّ محكمة الحكم المطعون فيه وحينما أولت الفصل 17 من القانون عـ36ـدد لسنة 2001 دون أن تراعي كون المعقبة تنتمي إلى بلد موقع على اتفاقية باريس مثلما هو الحال بالنسبة إلى البلاد التونسية فإنها تكون قد أخطأت في تفسير وتأويل الفصل 17 المذكور كما أساءت تطبيقه حينما لم تبحث في قيام المعقبة بإيداع وتسجيل علامتها ببلد إقامتها من جهة وأنّها علامة مشهورة من جهة أخرى بما يتجه معه نقض قرارها المطعون فيه مع الإحالة».

5-5-3-حماية الرسوم والنماذج الصّناعيّة

قرار عدد 66820 صادر بتاريخ 6 نوفمبر2019 صادر عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين ونجلاء المصمودي ونجوى الغربي بحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

« [...] عن المطاعن المتعلقة بالتعويض وإبطال التسجيل والإيداع :

أ/ حول سبب الإبطال والمدة المعيّنة للتعويض وتقديره

وحيث بخصوص إبطال الإيداع عن شركة القرقني ومؤسسة القصطلي فقد تعلق طلب الإبطال بتقليد ابتكار المدعي في الأصل -فتحي العنابي- المتعلق بأنموذج لقفص سيدي بوسعيد سواء في شكله الكامل أو شكله النصفي بقطع النظر عن استعمالاته، وقد تمسك القائم بالدعوى بتوليه إيداع أنموذج القفص المذكور منذ سنة 1973.

وحيث تتعلق الدعوى بشكل القفص في حدّ ذاته بقطع النظر عن استعمالاته، إذ لم يقع إيداع الفانوس إلا سنة 1988، وقد جاء بالدعوى أن توظيف المدعي لنموذج القفص كان أول مرة كحاملة أقلام أو ما شاكلها سنة 1973، ثم حوالي سنة 1982 كقارورة زيت وكحصالة نقود، ثم كحاوية لتصدير التمور ثم أراد استخراج النموذج من مادة الخزف للضغط على كلفة تصنيعه من مواد أخرى لتسهيل التعامل في شأنه، ولذلك كان اتصاله بالمدعو فوزي القرقني ويقر المدعي من جهته أنّ ابتكاره لا يتعلق بالقفص في حد ذاته وإنما بالمادة المصنع منها وباستعماله كفانوس وكقالب لعدة أغراض. وهو ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه حين اعتبرت التقليد مسلطا على استعمال شكل القفص في الإضاءة.

وحيث نصت أحكام الفصل 2 من قانون 06 فيفري 2001 أن أحكام القانون تنطبق على كل رسم جديد وكل نمط تشكيلي جديد صناعي يتميز عما شابهه إمّا من حيث شكله العام الذي يميزه ويعرف به ويضفي عليه طابع الجدة، وإمّا من حيث الأثر والآثار الخارجية التي تكسبه مظهرا خاصا وجديدا وهو نفس ما نصت عليه أحكام الفصل 1 من أمر 1911 الملغى عدا ما تعلق بالحماية ويخلص من ذلك أنّ المعيارين المعتمدين في النص هما الجدة والخصوصية المميزة في الشكل والمظهر الخارجي، فيكون لذلك المظهر الخارجي هو محور المعيارين. ولم ينص القانون لا على الحجم ولا على اللون ولا على وظيفة أو وجه استغلال واستعمال النموذج محل الابتكار، وهي أوصاف غير مؤثرة على تميز النموذج المؤسس على الشكل الخارجي وعلى وقع مظهره على الغير بصفة عامة وعلى

ذوي الخبرة بصفة خاصة. فالأنموذج لا يكون ناتجا عن الوظيفة التي يؤديها أو عن طريقة تصنيعه بقدر ما هو مظهر وشكل وأثر.

وحيث ثبت أن نموذج قفص «سيدي بو سعيد» من التراث الوطني، هو أمر مصادق عليه من الجميع ولم تخالفه محكمة الحكم المطعون فيه، إلا أنها أساءت التقدير فيه حين اعتبرت أن استغلاله كفانوس يستوجب الحماية، والحال أن وجه استعمال الشيء ليس عنصرا معتبرا في تقدير الجدة والتميز للنموذج، وهو في حد ذاته قد يتعارض مع مطلق الحماية التي تكون شاملة للنموذج مهما كان وجه استعماله أو مادة صنعه. ولذلك فإن استغلال شكل قفص «سيدي بوسعيد» كنموذج مصنع من الخزف لا يشكل أي تعد أو تقليد لإيداع محمي ، باعتباره من مميزات التراث الوطني الذي لا يمكن أن يستأثر به تاجر أو فنان أو مصنع معين ولا يحتكره أحد. كما أنّ استغلاله كفانوس هو وجه لإحياء التراث وتثمينه وإثرائه. ولا تأثير له على خصوصيات القفص المميزة له، وليس فيه لذلك أيّ تعدّ أو تقليد طالما أنه لا أساس للاستئثار بملكيته على معنى أحكام الفصل 4 من قانون 6 فيفري 2001.

وحيث وعن المدة المعيّنة في التعويض وعملا بأحكام الفصل 7 من م ا ج، فإن دعوى التعويض ضد كل من فتحي وأحمد القرقني ثم ورثته محصورة في حدود ما يقتضيه الحكم الجزائي بالإدانة وهي مدة الثلاث سنوات المقررة لسقوط الدعوى العمومية، فلا تشمل سوى الأفعال الواقعة في بحر تلك المدة وأما نهايتها فهي محدودة أيضا بأقصى مدة الحماية المقررة بأحكام الفصل 10 من قانون 2001، أي إلى جانفي 2003 بالنسبة إلى فتحي القرقني طالما لم يثبت خلاف ذلك، وأما بالنسبة إلى أحمد القرقني فتكون نهاية المدة في أكتوبر 2001 تاريخ وفاته وهو حدّ إلزام ورثته ويكون لذلك ما قضت به المحكمة غير متجه وفيه سوء تقدير وضعف في التعليل ويتعين لذلك تعديله وذلك في خصوص المدة المعتبرة في التعويض.

وحيث في خصوص بقية الأطراف ورثة بخة القصطلي، يكون التقليد منعدما في حقه وحقهم لانعدام الإدانة الجزائية، فضلا عما اعتبر في خصوص الحق العام والمطلق في استغلال التراث الوطني والاستنساخ والاستيحاء منه في حدود ما

هو مميز لذلك النموذج المشاع، بما يجعل القضاء في شأنهم بالتقليد وبإلزامهم بالتعويض لا أساس له واقعا وقانونا، وهو ما يتعين أيضا نقضه.

ب/ في خصوص طلب إبطال الإيداع

وحيث في خصوص طلب بطلان الإيداع عدد 97016DM المجرى في 19 فيفري 1997 من طرف فوزي القرقني عن شركة القرقني للخزف وسامي القصطلي عن مؤسسة بخة القصطلي، فهو يتعلق بنموذج القفص في فصل وحيد، وقد انقضت المصلحة من طلب إبطاله في حق المدعي -فتحي العنابي- بانقضاء أقصى مدة الحماية المخولة لإيداعه وقد تمت منذ 2003، كما أنّ الحماية التي تمتع بها هذا الإيداع لشركة القرقني والقصطلي انقضت بدورها منذ سنة 2012 ولم يثبت حصول أي تجديد لها ويعتبر لذلك القضاء بالإبطال غير قائم على أساس سليم.

وحيث وعلاوة على ذلك فإن طلب البطلان كان أساسه التقليد ولا وجه له طبق ما سبق بيانه، وهو ما أساءت المحكمة التقدير فيه، ويتعين لذلك نقض هذا الفرع من الحكم.

وحيث وإضافة لذلك يقتضي استنفاذ الولاية أن تبت المحكمة في المراكز القانونية لجميع أطراف النزاع فتقضي في حقهم بقبول الدعوى التي أوردها أو إخراجهم من النزاع وهو ما لم تقم به محكمة الأصل، فقد كانت شركة بخة القصطلي طرفا في الدعوى الأصلية وهي المستدعاة عدد 7 في العريضة الأصلية المبلغة بتاريخ 4 أفريل 2001 برقيم العدل المنفذ رفيق بوبكر عدد 55585 دون أن يبت في وضعيتها وفي ذلك مخالفة للإجراءات الأساسية في التقاضي في استنفاذ الولاية وهي نتيجة الصفة القطعية في الحكم كعمل قانوني كما أنّ المحكمة قضت بإبطال النموذج عدد 1 المودع تحت عدد 6DM9701 بتاريخ 1997/ 02/ 19 المدرج بالرائد الرسمي عدد 20 لسنة 1997 والذي تم إيداعه وإشهاره باسم كل من شركة القرقني «خزف فني» وشركة القصطلي «خزف فني» في حين أن هذه الأخيرة لم يشملها التداعي وترتيبا عليه فإن الإبطال الصادر في حقها ودون احترام لمبدأ المواجهة يمثل خرقا للإجراءات الأساسية موجبا للنقض.

وحيث علاوة على ذلك فقد نص الفصل 14 من م. م. م. ت. على ما يلي «يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.» ومن مبادئ الإجراءات الأساسية أن الدعوى تكون ملك أطرافها وأن الأحكام لا تصدر إلا بين من شملتهم وأنه لا تصدر على من لم يكن لا طرفا ولا دخيلا ولا متداخلا ، وقد تبين بالاطّلاع على نص القرار المطعون فيه أنه أقر الحكم الابتدائي المطعون فيه «عدى الفرع المتعلق بالإبطال وذلك بنقضه في خصوصه والقضاء من جديد بإبطال النموذج عدد 1 المودع تحت عدد 6DM9701 بتاريخ 19/2/1997...

وحيث تبين بالاطّلاع على مظروفات الملف وبخاصة على نسخة الرائد الرسمي (عدد 20 لسنة 1997 ص 424،) أن النموذج المحكوم بإبطاله تم إيداعه باسم كل من شركة القرقني «خزف فني» وشركة القصطلي «خزف فني». وبالتأمل من مختلف الإجراءات بداية من عريضة الدعوى وإلى آخر عمل إجرائي يتضح أن شركة القصطلي خزف فني، لم تكن طرفا في الحكم وفي أيّ مرحلة منه رغم كونها كانت طرفا منذ تحرير عريضة الدعوى في توجيه الطلبات ضدها وهو ما يتبين منه أن الحكم المطعون فيه كان مخالفا لأحكام الإجراءات الأساسية لعدم استنفاذ ولايته على النزاع وعدم البت في وضعية شركة القصطلّي، ومخالفا لأحكام الفصل 14 م م م مستوجبا من أجل ذلك للنقض ».

5-6-إجراءات جماعية

5-6-1- الأحكام الوقتية في مادة الإنقاذ قابلة للاستئناف ولا يمكن تعقيبها

قرار تعقيبي عدد 64437.2018 بتاريخ 23 جانفي 2019 صادر عن الدائرة الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين اسيا العياري ونجوى الغربي وبحضور المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«من حيث الشكل:

حيث نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 565 من م ت أنّ الأحكام الواردة به أولا إلى رابعا لا يمكن الطعن فيها بالتعقيب وأنّ الحكم المطعون فيه هو من

صنف الأحكام الواردة ب «ثانيا « من الفصل 565 من م ت المذكور فهل يقبل الطعن بالتعقيب.

حيث يبرز من الفصل 565 من م ت خصوصيات قانون الإجراءات الجماعية في مادة الطعون أساسا من خلال النظام القانوني للطعن بالاستئناف ضدّ الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية الجماعية تطبيقا لتلك الإجراءات فالمعلوم أنّ الطعن بالاستئناف يوجه ضد الأحكام التي تبت في موضوع النزاع وفقا للفصل 41 من م. م. م. ت. إلّا أنّه وبالنظر لخصوصيات نزاعات الإجراءات الجماعية فقد أتاح المشرع الطعن بالاستئناف في بعض الأحكام الوقتية التي تصدرها المحكمة قبل البت في قضية التسوية أو في نطاق تفعيل حكم التفليس بحيث يكون المشرع قد فتح باب الطعن ضدّ أحكام تكون عادة بحكم طبيعتها محصنة ضد الطعون أصلا والتي تصدرها المحكمة خلال سير إجراءات الإنقاذ وخلال سير إجراءات التفليس وهي تعد من القرارات التي تضمن حسن سير الإجراءات ومنها الحكم القاضي ببيع أمتعة أو بضاعة من مال المدين كما هو في النزاع الحالي وأنّه ولئن أقرّ المشرع حق الطعن بالاستئناف ضد هذا الصنف من الأحكام إلّا أنّه أطّر ذلك الحق بأحكام تضمن السرعة في البت من خلال إخضاع الطعن في مرحلة البت فيه لإجراءات القضاء الاستعجالي وحجّر في نفس الوقت الطعن بالتعقيب في الأحكام الاستئنافية

وحيث وردت عبارات الفصل 565 م ت واضحة ومطلقة في إقصاء وسيلة الطعن بالتعقيب في الأحكام التي يتم الطعن فيها بالاستئناف غايته في ذلك التركيز على هاجس الفعالية والحدّ من طول الإجراءات في مادة اقتصادية لا تحتمل ذلك ومنع الطعن بالتعقيب.

وحيث أنّ ما استند إليه الطاعنون بخصوص تطبيق الفصل 15 من الأحكام الانتقالية لقانون الإجراءات الجماعية لا يتعلق بأحكام التفليس وإنما بأحكام التسوية لا غير، وقد وردت في ذلك واضحة بقولها: «تلغى جميع الأحكام السابقة المخالفة لهذا القانون وخاصة القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية غير أنّه يتواصل العمل بالقانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995

• المؤسسة التي انطلقت بشأنها إجراءات التسوية الرضائية إلى حين استكمالها على أن تخضع إجراءات التسوية القضائية أو التفليس عند الاقتضاء لأحكام هذا القانون.

• المؤسسة التي افتتحت في شأنها إجراءات التسوية القضائية إلى حين استكمالها على أن تخضع إجراءات التفليس عند الاقتضاء لأحكام هذا القانون

• المؤسسة التي أحيلت على التفليس قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ وهي أنّ المؤسسة المدنية التي خضعت للتفليس لم يتم تفليسها وفق ما يقتضيه القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية.

وحيث بالرجوع إلى أوراق الملف يتضح أنّه ولئن صدر حكم التفليس عن المحكمة الابتدائية بمنوبة بتاريخ 8 أفريل 2013 إلّا أنّ الحكم المطعون فيه صدر أثناء تنفيذ حكم التفليس وذلك بتاريخ 24/ 07/ 2017 وبالتالي فإنّ أحكام الفصل 565 من م ت المشار إليه سالفا يكون هو المنطبق والذي منع في فقرته الأخيرة الطعن بالتعقيب مما يستوجب معه الحكم برفض التعقيب شكلا».

5-6-2- الحط من الدين في غياب موافقة الدائن - مبدأ المساواة بين الدائنين

قرار تعقيبي عدد 65850.2018 بتاريخ 30 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو عضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

« 1- عن المطعن الأول المأخوذ من مخالفة الفصل 43 من قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية:

حيث ينسب المعقب إلى الحكم المطعون فيه عدم التقيد بما جاء بالقرار التعقيبي سند تعهده بخصوص تمسكه بكامل دينه.

وحيث أن محكمة الحكم المطعون فيه قد تعهدت بالنزاع بموجب القرار التعقيبي عدد 2009/ 43786 الصادر بتاريخ 26/ 10/ 2009 القاضي بالنقض والإحالة.

وحيث اقتضى الفصل 191 من م. م. م. ت. أن القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض.

وحيث تسلط النقض سند تعهد محكمة الحكم المطعون فيه على أن البنك الطاعن لم يصادق على الحط من دينه.

وحيث انتهت محكمة القرار المنتقد إلى إقرار الحكم الابتدائي الذي أذن للمؤسسة المعقب ضدها بمواصلة نشاطها باعتماد برنامج الإنقاذ المعدّ من المتصرف القضائي مراد الرقيق حال أن المعقب كان طعن في الحكم المذكور لكونه تولى الحط من دينه دون مصادقة منه.

وحيث لا خلاف أنّ محكمة الحكم المطعون فيه مدعوة بوصفها محكمة إحالة بالتقيد بما تسلط عليه النقض. وبالتالي يتعين عليها التحقق من موقف البنك الطاعن بوصفه دائنا للمعقب ضدها من الحط من مقدار دينه من عدمه وهي مسألة غفلت عنها محكمة الحكم المطعون فيه فهي لم تتبين إن كان المتصرف القضائي عند إعداده لبرنامج الإنقاذ قد حصل على موافقة الدائن المعقب الآن على الحط من دينه أم إنّ هذا الأخير قد تسمك بخلاص كامل دينه وطبق ما صدر به القرار التعقيبي وطبق ما اقتضته أحكام الفصل 43 جديد من قانون إنقاذ المؤسسات الذي يحجر على المحكمة الحط من الدين في غياب موافقة الدائن ويكرس انفراد الدائن بصلاحية الحط من دينه وأن تكون تلك الموافقة صريحة وقد انصرفت محكمة الحكم المطعون فيه إلى مناقشة كتب الاتفاق المبرم بين الطاعن والمعقب ضدها بعد صدور القرار التعقيبي سند تعهدها، وهي بذلك لم تتناول بالتحليل والنقاش مدى مصادقة البنك المعقب على الحط من دينه من عدمه عند إعداد برنامج الإنقاذ المقترح من المتصرف القضائي والمعتمد من محكمة البداية وخالفت بذلك مقتضيات الفصل 191 من م. م. م. ت. وعرّضت قضاءها للنقض.

2- عن المطعن الثاني المأخوذ من هضم حقوق الدفاع:

حيث ينعى المعقب على محكمة الحكم المطعون فيه عدم الاستجابة لإرادة الأطراف المجسمة في اتفاق على صيغة لإنقاذ المؤسسة.

وحيث لا خلاف أن البت في مطالب التسوية يكتسي خصوصية باعتباره لا يمثل فصل خصومة وإنّما إجراء يستهدف الإحاطة بالمؤسسة وإخراجها من الصعوبات الاقتصادية التي تعيشها بمساعدة دائنيها المتعاملين معها وأنّ هاته الخصوصية تخول القبول بالاتفاقات المبرمة بين المؤسسة الخاضعة لإجراءات التسوية ودائنيها غير أن تلك الاتفاقات وإن كانت جائزة للبحث عن إمكانية الإنقاذ فإنها لا يمكن أن تمس بمبدأ المساواة بين الدائنين لأن الإجراءات الجماعية التي تشمل كل الدائنين وتهمهم جميعا تفرض عليهم مبدأ التساوي بينهم دون تمييز لدائن على آخر خلال إجراءات التسوية. فمتى أجري اتفاق بين دائن وحيد بغاية تفضيله على باقي الدائنين لا يمكن القبول به، طبق ما انتهجته عن صواب محكمة الحكم المطعون فيه، فقد بينت أن كتب الاتفاق لم يشمل بقية الدائنين ويهدف إلى تفضيل الطاعن الآن على باقي الدائنين ولا يمكن بذلك قبوله وهو توجه سليم منها وأضحى المطعن غير وجيه وتعيّن ردّه».

5-6-3-الطبيعة القانونية الخاصة بإجراءات التسوية القضائية

قرار تعقيبي عدد 58164 بتاريخ 16 جانفي 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

»حيث يجدر التأكيد على الصبغة الخاصة لقانون الإجراءات الجماعية ومنها نظام الإنقاذ ويتأكد ذلك من خلال تناوله للمؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية وليست المؤسسة الناشطة بصفة عادية، ومن خلال الغاية والنهاية التي يرمي إليها فهي ليست فصل خصومة بقدر ما هي إجراءات توقٍّ وإنقاذ وأن البت في مطالب التسوية لا يمثل خصومة قضائية بقدر ما هو إجراء يستهدف الإحاطة بالمؤسسة وإخراجها من الصعوبات التي تعيشها بمساعدة دائنيها وحرفائها والعاملين بها، وبالتالي فهو لا يعد منازعة بالمعنى التقليدي للكلمة: « Il s'agit d'une procédure et non pas d'un procès »

وتكون فيه وظيفة القاضي بذلك غير وظيفته التقليدية، لأنه لا يصدر أحكاما في خصومة قضائية ويفصل فيها لهذا الطرف أو ذلك بل إنه يضع حلولا اقتصادية

ومالية ناجعة وقابلة للتطبيق تخرج المؤسسة من وضعها الاقتصادي المتأزم فقد بينت محكمة التعقيب (قرار تعقيبي مدني عدد 9454/ 10114) مؤرخ في 08 ماي 2014 (غير منشور) إنّ القاضي عند التعهد بمطالب الإنقاذ لا يفصل في خصومات قضائية ينهيها بحكم لهذا الطرف أو ذاك وإنما يضع حلولا لمشكلات اقتصادية تستمد قيمتها من نجاعتها وقابليتها للتطبيق وبذلك فإن محكمة الحكم المطعون فيه لما اعتبرت أنه تمّ الإخلال بقواعد الإجراءات المدنية ومبدأ المواجهة تكون قد خالفت الطبيعة الاستثنائية لقانون الإنقاذ في أنه طلب صادر عن المدين في طلب البحث عن برنامج يخرجه من وضعية التعثر إلى وضعية الاستقرار ويمكنه من خلاص ديونه دون خسارة نشاطه الاقتصادي وعليه فهو لا يخضع لمبدأ المواجهة بالمعنى التقليدي للخصومة القضائية إذ أنه وعلى رأي محكمة التعقيب: «عمل تطوعي وتصالحي يهدف إلى الحفاظ على المؤسسة» (قرار تعقيبي مدني عدد 7260 مؤرخ في 14 جويلية 1999 (غير منشور).

وحيث أنّ التسوية القضائية والتفليس هما من الإجراءات الجماعية التي تشمل كل الدائنين وتهمهم جميعا لأنها تفرض عليهم مبدأ التساوي بينهم دون تمييز لدائن على آخر خلال إجراءات التسوية القضائية وتفرض الالتزام بمبدإ التساوي بين الدائنين المفروض بموجب الإجراءات الجماعية، فالإجراءات الجماعية تفرض مبدأ التساوي بين الدائنين ولا يتميز أحدهم على الآخر طيلة فترة الإجراءات ومهما كانت طبيعة دينه، ومهما كانت درجة امتيازه فكل منهم له صفة الدائن ولا يمكن أن تتضارب مصالحهم في ترسيم الدين.

وحيث أنّ محكمة الحكم المطعون فيه وإن بينت على صواب بأن الطلب هو في ترسيم دين فإنها لم ترتب النتيجة عن ذلك في عدم تضارب المصالح بين الدائنين فهم يخضعون بنفس الدرجة لمقتضيات الإجراءات الجماعية وعدم انفراد أحدهم بأي تتبع أو إجراء حتى برضاء المدين، يمكن أن يؤدي إلى تفضيل دائن على آخر وعليه فإنها لما رفضت ترسيم دين الصندوق حال أن طلبه لا يتضارب مع دين المؤسسات المالية فجميعهم يسعون في نفس الدرجة لترسيم دينهم حتى يكون مدرجا في الديون التي يتم وضع برنامج تسويتها وعليه فإن المحكمة لما لم تراع خصوصية نظام الإجراءات الجماعية في أنه لا يمثل خصومة بالمعنى التقليدي ولما اعتبرت تضارب المصالح حال أنّ الأمر لا يتعلق

بالتوزيع بل هو بالترسيم فقط أي المطالبة بإدراج الدين تكون قد أساءت فهم طبيعة نظام الإنقاذ في أنه نظام مساعدة وليس خصومة طبق الفصل الأول من نظام الإنقاذ (قانون 1995) وخرقت مقتضيات الفصل 33 من نفس القانون في رفض ترسيم دين الصندوق خاصة وأنها بررت ذلك بعدم إثقال كاهل المؤسسة المدينة في حين أن هذه الأخيرة ملزمة بالتصريح به بموجب الفصل 4 مكرر من قانون الإنقاذ وأن تدخل الدائن هو للتأكد من ترسيم دينه وفقا للفصل 25 من قانون الإنقاذ وأن الطلب هو في تسوية جميع الديون السابقة لانطلاق التسوية.

وحيث وبخصوص تطبيق الفصل 32 من مرسوم المحاماة لسنة 2011 فإنه وإن كان المحامي يُعدّ مخطِئا في نيابة المستأنف والمستأنف ضده في نفس الطعن فإنه لا يمكن أن يتحمل الدائن والأطراف عامة تتبعات الخطأ المهني زيادة عن كونه يهم النزاعات الفردية التي تتضارب فيها المصالح أما في المطالب التي تتحد فيها تلك المصالح، وهي ترسيم الديون كما هو في دعوى الحال فإنه لا يمكن الحديث عن تضارب المصالح لاتحاد طبيعة الطلب ولأنه لا يرمي إلى تمييز دائن على آخر ولا إلى تفضيل أحدهما على حساب الآخر بل إنّ الغاية واحدة وهي الترسيم وتبعا لذلك لا يمكن أن يؤول ذلك إلى حرمان الصندوق من ترسيم دينه المصرح به بالنظر إلى مركزه كمستأنف ضده لأن التحجير الذي أراده المشرع بالفصل 32 من مرسوم المحاماة لا يتصل بمراكز الأطراف وإنما بتعارض المصالح وتضاربها وهي غير صورة الحال.

وحيث أخطأت المحكمة في ذلك وهضمت حق الطاعن لما اعتبرته غير حاضر ولا موجب للنظر لما أثاره من دفوع وخرقت على هذا الأساس الفصل 75 من م. م. م. ت. ومنه يتجه نقض قرارها من هذه الناحية أيضا».

5-6-4- ترسيم وترتيب الديون في التسوية القضائية

قرار تعقيبي عدد 58177 بتاريخ 16 جانفي 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث أسس الطاعن مستنداته على أن محكمة القرار المطعون فيه لم ترد على الدفع المثار من قبله بخصوص عدم احتساب المتصرف القضائي لمبلغ الفوائض القانونية المترتبة على فاضل الحساب الجاري المحدد بمبلغ (345.229,186د) بمقتضى القرار الاستئنافي المدني عدد 40838 الصادر بتاريخ 19/ 01/ 2009 كما أنها ردّت طلب ترسيم الدين موضوع عقد القرض المؤرخ في 04/ 04/ 2000.

وحيث أنه من الثابت أن ضبط الديون وتحديدها بترسيمها ضمن الديون الداخلية في نظام التسوية يشمل كل الديون السابقة لانطلاق إجراءات التسوية وفتح فترة المراقبة أصلا وفوائض ويتم ترسيمها بقدر ثبوتها فقد نصّ الفصل 33 من قانون الإنقاذ عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17/ 04/ 1995 على أن الديون تقيد بترتيب يراعي حجيتها فترسم إن كانت ثابتة وفي صورة المنازعة ترسم احتياطيا أو ترد طلب ترسيمها لعدم تدعيمها ضمانا لحق الدائن في استخلاص دينه ويتبين من الفصل المذكور أن الديون في التسوية القضائية ترتب في ثلاثة أصناف: أولها الديون الثابتة وهي تلك التي لا نزاع فيها سواء بموجب إقرار المدين بها عند تحرير قائمة دائنيه في مطلب فتح التسوية طبق الفصل 4 مكرر من القانون المذكور أو بموجب سند تنفيذي (حكم أو غيره) أو تلك المؤسسة على سندات وأوراق تجارية غير متنازع في نشأتها أو في قيمتها وتقيد هاته الديون في جدول الديون التي يتعين تسويتها عند مباشرة تنفيذ برنامج الإنقاذ وضبط جدولة أو طريقة خلاصها أما الصنف الثاني وهو يتعلق بالديون محل النزاع سواء من حيث أصلها وأسسها كالدفع بزور سندها أو بعدم صحة الورقة التجارية المضمنة بها أو من حيث قيمتها كالدفع بخلاص جزء منها أو عدم سلامة احتسابها عند قفل الحساب أو غيره وهي ديون يمكن للمحكمة المتعهدة بالتسوية تقييدها وترسيمها ضمن جدول الديون المحمولة على المؤسسة موضوع التسوية وتنبني هذه الإمكانية على اجتهاد المحكمة في تقدير وترجيح ثبوت الدين بناء على ما أدلى إليها من حجج إذ تتولى المحكمة تقدير وسائل الإثبات وإضفاء حجية عليها لتأذن تبعا لذلك بترسيم الدين المتنازع فيه احتياطيا واعتماده عند تسوية الديون وتأمين المبالغ الخاصة بها عند التنفيذ إلى حين البت في مدى استحقاقها من عدمه أما الصنف الثالث فهو يتعلق بالديون غير المدعمة أي تلك التي لا تستند

إلى سند تنفيذي أو إلى حجة وهي ديون لا يجوز تثقيلها ضمن ديون المؤسسة موضوع التسوية ويرد طلب الترسيم في شأنها ويحفظ حق من يطالب بها في التقاضي في الأصل للحصول على حكم في إثبات المديونية إن كانت.

وحيث أن الدين موضوع القرض المؤرخ في 04/ 04/ 2000 المشار إليه بالمطعن ورغم دفع الطاعنة أمام محكمة الاستئناف بوجود نزاع في شأنه لدى القضاء فإنها لم تتول التحقق من ذلك لتأذن بترسيم الدين المتنازع في الدين الثابت أو المرجح ثبوته أو الغير مدعم إذ يتعين عليها تطبيقا للفصل 33 تصنيف الدين في أحد الأصناف الثلاثة المذكورة وترتيب النتائج القانونية عن ذلك أما أنها لم تفعل ولم تراع منازعة الطاعن صاحب الدين وجدية دفعه تكون قد خالفت أحكام الفصل المذكور وتخلت عن دورها في ضبط الديون الواجب تسويتها.

وحيث وفضلا عن ذلك فإن الدين الناتج عن فاضل الحساب الجاري ورغم دفع الطاعنة أمام محكمة الاستئناف بضرورة احتساب الفوائض المترتبة عنه إلا أنها لم ترد على الدفع المذكور لا سلبا ولا إيجابا وهو ما يورث قرارها انعداما في التعليل بما يتجه معه قبول هذا المطعن والتصريح بنقض الحكم المطعون فيه من أجل ذلك».

5-6-5 إبطال برنامج إنقاذ

قرار تعقيبي عدد 60976 بتاريخ 23 أكتوبر 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث خلافا لما ورد بهذا المطعن فقد بينت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ عدة دائنين رغبوا في إبطال برنامج الإنقاذ نتيجة عدم خلاصهم عند تلقي تصريحاتهم من طرف القاضي المراقب زيادة عن طلب مراقب التنفيذ الحكم بذلك وقد عدّدت المحكمة أسماء القائمين ولم يقف الأمر عند المدعي (ش.ف.) الذي رفع القضية عدد 240 والتي تم ضمّها للقضية عدد 195 وأصبح هو طرفا مع المجموعة التي طلبت الإبطال وعليه فإنّ هذا المطعن لم يكن وجيها ضرورة أنّ محكمة الحكم المطعون فيه قد تحققت من شروط الفصل 46 من قانون

الإنقاذ بخصوص نسبة الدين الذي يجيز طلب الإبطال وبينت أنّه فاق نسبة 15 بالمائة بخصوص الدائنين وصدر أيضا من مراقب التنفيذ ومن قاضي المؤسسة واتجه لذلك ردّ المطعن لعدم وجاهته.

حيث بينت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ الدفع ببيع العقار هو دفع مجرّد ولا توجد أيّة إجراءات في بيعه وقد كانت على صواب في ذلك لأنّ برنامج الإنقاذ لا يقوم على مجرد الفرضيات بل يقتضي توفر حلول قابلة للتجسيم ويمكن تفعيلها في إنقاذ المؤسسة وإنّ دفع الطاعن برغبته بالبيع يندرج في التجرد وعدم الفاعلية التي أسّست عليها محكمة القرار المطعون فيه حكمها واتجه لذلك ردّ هذا المطعن أيضا».

5-6-6-التناسب بين الوضعية الاقتصادية للمؤسسة وحلول الإنقاذ المقترحة

قرار تعقيبي عدد 66293 بتاريخ 15 ماي 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة راضية همادي.

«حيث تعلق الطعن بمسألة التوجه الذي ارتأته محكمة البداية وأيّدتها فيه محكمة القرار المطعون فيه في تحديد برنامج إنقاذ المؤسسة الطاعنة وخلافا لما ورد بالمطعن فإنّ ضبط البرنامج مهما تعدّدت صيغه لابد أن يتناسب مع حقيقة الوضع المالي والاقتصادي للمؤسسة الخاضعة للتسوية وهو ما لا يقوم على فرضيات حسابية فقط بل على تشخيص دقيق لأسباب الصعوبات وعلى وضع الحلول التي يمكن تطبيقها وتجسيمها واقعيا لمواصلة النشاط وخلاص الدائنين وهو مسألة موضوعية واقعية تبحث فيها محكمة الموضوع وتجتهد في الحكم على ضوئها وقد بينت محكمة الحكم المطعون أنّ الدفوعات المثارة بشأن الإنقاذ بمواصلة النشاط ليس لها أي جدية وهي مجرد تخمينات لا تصلح لأن تكون سندا لإنقاذ وحدة اقتصادية ثبت توقفها عن الدفع وفاقت مديونتها أحد عشر مليون دينار إلى حدود موفى سنة 2011 وعلى هذا الأساس فإنّ الفرع من المطعن بالإخلال بأحكام قانون الإنقاذ غير وجيه ويتعين رده.

وحيث وبخصوص الفرع من المطعن المتعلق ببداية دفع الأقساط من الديون الـمجدولة فهو متعين الرد كذلك باعتبار أنّ المحكمة هي التي تضبط بداية أجل الـخلاص ويقتضي ذلك من المدين التقيد بالجدولة التي تصادق عليها الـمحكمة بـحكم التسوية ويندرج ذلك في الموازنة بين حقوق الدائنين حتى لا يتم التعسف على حقوقهم وإمكانيات المدين المادية وقدرته على الخلاص بعد أن انتفع طيلة فترة المراقبة بتعطيل كل تتبع فرديّ واستخلاص الديون».

5-7- بنكي

5-7-1- تكرّر عمليات السحب المشبوهة يُرتّب مسؤولية البنك عن عدم أخذه الاحتياطات لحماية الحريف.

قرار تعقيبي عدد 64698 بتاريخ 21 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش ووليد بن جديدية وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث تمسك الطاعن بكون محكمة القرار المنتقد استنتجت خطأه حال أن الخبير المنتدب أكد بأنه لا وجود لمنظومة توفر حماية بنسبة 100 بالمائة وأن الحريف يبقى حرا في استعمال بطاقته لأي عملية يراها صالحة دون رقابة من البنك فضلا عن أن السحب تم باستعمال المعطيات الشخصية المضمنة ببطاقة السحب وهو ما لا يمكن أن يتحمل وزره البنك إذ كان على المعقب ضده الاحتفاظ بتلك المعطيات وعدم تمكين الغير منها وهو ما تجاهلته محكمة القرار المنتقد فكان حكمها ضعيف التعليل.

وحيث أنه من المسلم به أن البنك في ممارسته لمهنته يخضع لبعض الالتزامات العامة (des devoirs généraux) التي تضبط نطاق تدخله وبإغفالها تتولد عنها مسؤوليته سواء تجاه حريفه أو تجاه الغير.

وحيث أنه من ضمن تلك الواجبات التي تلقى على كاهل البنك **بوصفه محترفا** يحمل عليه واجب صيانة مصالح حريفه وتجنب إلحاق الضرر به نجد **واجب الحيطة والمراقبة** (le devoir de surveillance et de vigilance) الذي يفرض على البنك إجراء رقابة على العمليات التي تجرى على حساب حريفه من

سحب وإيداع واستخراج ما كان منها ينطوي على **إخلال أو عيب ظاهر(une anomalie apparente)** وفي تلك الصورة اتخاذ كافة التدابير الضرورية ووضع الآليات التي تمكّن من تجنب إلحاق الضرر بالحريف سواء بالاسترشاد من الحريف مباشرة أو من الغير بخصوص بعض العمليات أو القيام بعمليات تقصي وبحث حول سلامة المعطيات والعمليات البنكية أو رفض تنفيذ بعض العمليات وإلا قامت مسؤوليته وطولب بالخسارة جراء إخلاله بذلك الواجب.

وحيث ثبت من تقرير الاختبار المجرى بإذن من محكمة القرار المنتقد من طرف الخبير أ.أ. ومما تحرر على الخبير المذكور بواسطة السيد المستشار المقرر بتاريخ 13/ 11/ 2017 أن البنك المعقب لم يعتمد نظاما رقابيا حمائيا لحسابات حرفائه (ومن ضمنهم المعقب ضده) خاصة مستعملي البطاقات الإلكترونية مثلما هو دارج بالبنوك الأجنبية وهو ما حجبه عن التفطن إلى عمليات السحب المشبوهة من حساب حريفه المعقب ضده خلال الفترة المتراوحة بين 27/ 3/ 2014 و18/ 4/ 2014 خاصة وأن تلك العمليات حصلت بصفة متكررة ومتواترة وفي فترة وجيزة وتواصلت محاولات السحب حتى بعد تجاوز السقف المسموح به سيما وأن الحريف لم يعتد السحب عبر الإنترنت ولم يستعمل بطاقته إلا في مناسبة وحيدة تعود لسنة 2014.

وحيث أن تعدد عمليات السحب المشبوهة في وقت وجيز وفي تجاوز للسقف المسموح به وعلى خلاف ما اعتاده المعقب ضده في تعاملاته السابقة يعد إخلالا من البنك بواجب الحيطة الذي يفرض عليه التفطن إلى العمليات التي تنطوي على شبهة أو إخلال ظاهر تجنبا لأي ضرر قد يلحق مصالح حريفه من خلال تركيز بعض المنظومات الحمائية أو الرقابية مثل (Le scoring) التي تسمح باكتشاف العمليات غير العادية انطلاقا من كشف العمليات السابقة وما اعتاده الحريف في الغرض (L'historique des transactions) وهو ما أغفله البنك المعقب بما يعد إخلالا معتبرا في واجباته يرتب مسؤوليته الأمر الذي انتهت إليه محكمة القرار المنتقد عن صواب حيث جاء بحكمها أنّ إجراء مجرد مراقبة بسيطة للعمليات الجارية على حساب المستأنف ضده (المعقب ضده الآن) تجعله يتفطن لعمليات السحب المشبوهة خاصة وأنها تكررت لأكثر من 87 مرة

وتجاوزت من حيث المبالغ السقف المسموح به وهو تعليل سليم يستند إلى ما له أصل ثابت بمظروفات الملف ويبرز موطن الخلل في عمل البنك المعقب.

وحيث أن عدم وجود منظومة توفر حماية بنسبة 100 بالمائة وفق ما تضمنه تقرير الخبير المنتدب من طرف محكمة القرار المنتقد لا تعفي البنك المعقب من المسؤولية ضرورة أنه لم يوفر أية منظومة حمائية على أرض الواقع وأخلّ بالالتزام المفروض عليه في مراقبة العمليات التي تجرى على حسابات حرفائه وتنطوي على عيب ظاهر ما كان للبنك أن يتجاهلها ويقوم بجميع الإجراءات التي تمنع إلحاق الضرر بالحريف وبمصالحه سيما وأن البنك مؤتمن على أمواله المودعة لديه ومؤتمن على مصالحه التي يتعين عليه مراعاتها بكل حزم وبتوان وهو الشخص المحترف الذي لا يمكن معاملته معاملة الشخص العادي ويقوم نشاطه على الخطر الذي يفرض عليه مزيد الاحتياط والتوقي.

وحيث أن الحريف وإن كان حرا في استعمال بطاقته لأي عملية يراها صالحة فإنّ ذلك لا يعفي البنك من إجراء رقابة يتمكن من خلالها من تلمس العمليات المشبوهة واتخاذ التدابير المستوجبة لتجنب إلحاق الضرر بمصلحة حريفه المعقب ضده وهو ما أغفله البنك المعقب الأمر الذي يرتب مسؤوليته بما يجعل ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد سليم المبنى واقعا وقانونا.

وحيث أخفق المعقب في طعنه واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفه عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

6ـ المسؤولية المدنية والتأمين

6-1- المسؤولية المدنية

6-1-1- أركان المسؤولية الشيئية

قرار تعقيبي عدد 64191.2018 بتاريخ 01 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

« [...] وحيث نسبت المعقبة من جهة أخرى للقرار الاستئنافي المطعون فيه مخالفته للقانون وخاصة شروط الإعفاء من المسؤولية مناط الفصل 96 م.ا.ع.

وحيث لا جدال في أنّ المعقب ضده كان أسس قيامه على أحكام الفصل 96 من م. ا. ع. التي اقتضت أن حافظ الشيء مسؤول عن الضرر الناتج مما هو في حفظه إلا إذا أثبت أنه قام بجميع ما يلزم لمنع الضرر وأن الضرر حصل بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب من لحقه.

وحيث تمثلت صورة الحادث حسبما جاء بالأبحاث الأولية المجراة في الغرض وحسب تصريحات الشهود في كون المتضرر المعقب ضده كان تحول يوم الواقعة إلى مقر المعقبة الآن بمعصرة الزيتون قصد إيداع حب الزيتون هناك وأثناء محاولته فتح الباب الحديدي الخارجي سقط عليه فجأة مما تسبب في إلحاق أضرار بدنية به.

وحيث أن مجرد وقوع الحادث المذكور يكوّن قرينة مسؤولية مبنية على الخطأ المفترض محمولة على حافظ الشيء إلا إذا أثبت أنه قام بجميع ما يلزم لاجتناب الحادث ولا يعفيه من ذلك خطأ المتضرر على فرض وجوده مهما كانت درجته ضرورة أنّ شرطي الإعفاء من المسؤولية هما شرطان متلازمان لا يقوم أحدهما دون الآخر.

وحيث أنّ ما أثارته المعقبة الآن بخصوص عدم تحملها لمسؤولية الحادث باعتبار أن المعقب ضده هو الذي ألحق الضرر بنفسه لما أخرج الباب من مساره العادي ليسقط عليه هو دفع مردود عليها لأنّ الحفظ القانوني المشار إليه بالفصل 96 يحمل أصالة على مالك الشيء الذي يبقى مسؤولا عن كل ضرر يحدث للغير من ذات الشيء ولم يثبت من مظروفات الملف ما يفيد أنّ المعقب ضده قد ارتكب خطأ عند فتحه الباب كما لم يثبت أنّ المعقبة قد قامت بواجب صيانة الباب المحمول عليها حتى يصح معه احتجاجها بأنها فعلت كل ما يلزم لمنع الضرر الحاصل.

و حيث ومثلما ذهبت إليه محكمتا الموضوع فإنه طالما كانت الدعوى مؤسسة على أحكام الفصل96 من م. ا. ع. وطالما لم تثبت المعقبة شرطي التفصي من المسؤولية المنصوص عليهما بالفصل المذكور فإن مسؤوليتها تبقى قائمة مما يتجه معه رد المطعن المثار من المعقبة بكامل فروعه.

وحيث أخفقت المعقبة في طلبها واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفها عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

6-2- التأمين

6-2-1- ضرورة التنصيص بالعقد على جزاء سقوط الحق في الضمان في صورة عدم احترام أجل الإعلام بالحادث

قرار تعقيبي عدد 57342.2017 صادر بتاريخ 09 جانفي 2019 عن الدائرة الرابعة والعشرين برئاسة السيدة جليلة نصر الله وعضوية المستشارين السيدين صالح بن الحاج وريدة الغربي وبحضور ممثل الادعاء العام السيدة منية بن علي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

«حيث ينص الفصل 7 من مجلة التأمين بفقرته الرابعة أنّه: «على المؤمن له أن يقوم بإعلام المؤمن بكل حادث من شأنه أن ينجر عنه ضمانه حال علمه به وفي كل الحالات في أجل لا يتجاوز خمسة أيام من تاريخ علمه بالحادث « ويضيف نفس الفصل أنه يمكن التمديد في الآجال المنصوص عليها بالفقرتين الثالثة والرابعة».

وحيث وبالرجوع إلى عقد التأمين الرابط بين المعقبة والمعقب ضدها الأول يتبيّن أنه ينص بالفرع التاسع منه على أنه: «في صورة وقوع حادث مشمول بالضمان فإنّ أجل الإعلام بالحوادث يكون خمسة عشر يومَ عملٍ فعلي من تاريخ العلم بالحادث».

وحيث وخلافا لما تمسكت به الطاعنة فلا شيء بالملف يفيد اتفاق الطرفين على جزاء سقوط الحق في الضمان في صورة عدم احترام أجل الإعلام المشار إليه يجعل حق المعقب ضدها في الضمان والتعويض قائما ولو في صورة عدم الإعلام في الأجل القانوني المبين آنفا.

وحيث أضحى هذا المطعن غير سديد واتجه رده ».

قرار تعقيبي عدد 57346.2017 صادر بتاريخ 23 جانفي 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين آسيا العياري ونجلاء المصمودي بمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث وخلافا لما دفعت به الشركة الطاعنة فإنّ الشروط الخاصة من عقد التأمين ولئن اقتضت أنّ آجال الإعلام بالحوادث تكون خمسة عشر يومَ عملٍ فعلي من تاريخ العلم بالحادث وليس خمسة أيام مثلما أرادت الطاعنة أن تعطي الانطباع بشأنه فإنها لم ترتب جزاء على عدم احترام الأجل المذكور هذا وقد ثبت أنّ مؤمنة الطاعنة الآن (المعقب ضدها الثانية) قد تولت إعلام شركة التأمين الطاعنة بالحادث بواسطة رسالة إلكترونية (بواسطة الفاكس) وهو ما عاينته محكمة الحكم المطعون فيه عن صواب.

وحيث وفضلا عن ذلك فقد أوجب عقد التأمين صلب الفرع السابع منه على شركة التأمين الطاعنة الحلول محل مؤمنتها في الأداء في كل الأحوال وذلك بمجرد إعلامها بتاريخ الجلسة والمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى بأيّ وسيلة إعلام كانت وليس لشركة التأمين رفض حلولها.

وحيث أنّ محكمة الحكم المطعون فيه وحينما ردت الدفع بسقوط الحق في الضمان باعتبار أنه دفع يهم طرفي عقد التأمين ولا يمكن معارضة الغير المتضرر (المستأنف ضده الأول لديها) به تكون قد أحسنت تطبيق القانون وعللت قضاءها تعليلا مستساغا بما يجعله بمنأى عن النقض وتعين لذلك رد المطعن المثار لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا».

6-2-2-شرط سقوط الحق يجب أن يبرز بشكل ظاهر جدا

قرار تعقيبي عدد 64475.2018 بتاريخ 29 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث من الثابت رجوعا إلى الفصل 19 من الشروط العامة لعقد التأمين أنّه نص على وجوب أن يتولى المؤمن له إعلام المؤمن بكل حادث من شأنه أن ينجر عنه ضمانه حال علمه به وفي كل الحالات في أجل لا يتجاوز خمسة أيّام من تاريخ علمه بالحادث ويخفض هذا الأجل إلى يومين في حالة السرقة ورتب على مخالفة واجب الإعلام سقوط الحق في الضمان.

وحيث اقتضى الفصل 12 م ت أنّ « كل شرط لم يبرز بشكل ظاهر جدا وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط أو الاستثناء يعتبر ملغى».

وحيث يؤخذ مما تقدّم أنّ ما اقتضته أحكام الفصل 12 بخصوص الصيغة التي يجب أن يكون عليها تضمين شرط سقوط الحق هو أن لا يقتصر ذلك على مجرد إبراز الشرط إذ أوجب المشرع أن يكون الشرط «بارزا جدا» وهو ما يفترض أن يكون معه ذلك الشرط على غاية من الوضوح والظهور المميز.

وحيث أنّ محكمة القرار المنتقد لما عللت حكمها باعتبار أنّ شرط سقوط الحق المضمن بالفصل 19 من الشروط العامة لعقد التأمين لم يرد وفق الصيغة المشترطة بالفصل 12 من مجلة التأمين إنما تكون قد أسست حكمها على ما ثبت لها من معطيات بما يجعل قضاءها سليم المبنى واقعا وقانونا واتجه لذلك رد هذا المطعن.

وحيث أخفقت المعقبة في طلبها واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفها عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

6-2-3- الحكم مباشرة على المكلف العام بنزاعات الدولة – إجراء التسوية الصلحية وخيار المتضرر

قرار تعقيبي عدد 63800.2018 بتاريخ 01 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعـــن الأول:

حيث جاء بتفصيل المطعن المذكور أنّ محكمة القرار المنتقد قد خرجت عن واجب الحياد المحمول عليها لما قضت بإلزام المعقب بالأداء في حين انحصرت طلبات المدعين في الأصل في مطالبة المعقب ضده الثاني ن. ح. بحضور المقرر بأن يؤدي لها المبالغ الموصوفة بملحوظاتها.

حيث أنّ الحكم مباشرة على المكلف العام بنزاعات الدولة في حق صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور يجد أساسه القانوني في أحكام الفصل 172 من م

ت الذي جاء ناصا على ما يلي: «يحدث صندوق يسمى صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور يعهد إليه بدفع التعويضات المستحقة لضحايا الحوادث المتسببة في أضرار لاحقة بالأشخاص أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة...»

حيث يتبين أنّ محكمة القرار المنتقد لم تخرج عن واجب الحياد المحمول عليها بل طبقت القانون التطبيق السليم فكان قضاؤها منسجما ومقتضيات الفصل 172 المذكور بما يتعين معه رد هذا المطعن.

عن المطعـــن الثـــاني:

حيث خلافا لما نسبه الطاعن للقرار المطعون فيه من مخالفة أحكام الفصلين 162 و148 من مجلة التأمين قولا بأنّ المعقب ضدها لم تقم باحترام آجال المرحلة الصلحية مع صندوق الضمان فإنّ قيامها بالمطالبة القضائية بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء الحادث يعبر عن تنازلها عن الصلح واختيارها نهج التقاضي بما يعني أنّ المنع الوارد بالفصل 162 م ت مشروط بإتمام التسوية الصلحية إلّا أنّه إذا تولت اللجوء إلى التقاضي لن يكون بإمكانها الاحتجاج بطلبها التسوية الصلحية إزاء صندوق الضمان بما اتجه معه رد هذا المطعن لعدم وجاهته [...]».

6-2-4- سائق العربة المجرورة بحيوان يُنزّل منزلة المترجّل

قرار تعقيبي عدد 64536.2018 بتاريخ 1 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعن الوحيـــد:

حيث جاء بتفصيل هذا المطعن أنّ محكمة الحكم المطعون فيه قد أخطأت باستبعادها لأحكام الفصل 123 م ت منزلة المعقب ضده منزلة المترجل والحال أنّه كان يقود عربة مجرورة بحيوان بما يجعله ينزل منزلة سائق عربة بريّة ذات محرك.

حيث تبين من مظروفات الملف أنّ المعقب ضده كان أثناء حصول الحادث على متن عربة مجرورة بواسطة حيوان وهو ما يحول بداهة دون أعمال مقتضيات

الفصل 123 م. ت. الذي يقتضي انطباقها أن تكون العربة المشاركة في الحادث ذات محرك وهي ليست صورة الحال ».

6-2-5- مفهوم الخطأ الفادح

قرار تعقيبي عدد 64407.2018 بتاريخ 29 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعنين لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما:

حيث كرس المشرع صلب قانون 15/ 08/ 2005 مبدأ التعويض الآلي للمتضررين من حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بهم ومخلفاتها دون إمكانية معارضتهم بخطأ في جانبهم وفق ما جاء بالفصل 122 كعدم معارضتهم بأسباب خارجة عن إرادتهم.

وحيث اقتضى الفصل 122 من القانون عـ86ـدد المؤرخ في 15/ 08/ 2005 أنه: «يقع تعويض متضرري حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص ومخلفاتها دون إمكانية معارضتهم بخطأ في جانبهم باستثناء الحالة التي يعمدون فيها إلحاق الضرر بأنفسهم أو الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره».

وحيث يعتبر تقدير مسألة التعمد في إلحاق الضرر بالنفس من المسائل الواقعية التي تعتمد فيها على جميع الوقائع والأدلة المتوفرة بالملف أما مسألة «الخطأ الفادح» فيمكن اعتبارها بالرجوع إلى مداولات مجلس النواب تتضمن عنصرين أساسيين متلازمين بتوفرهما يحرم المتضرر من التعويض أولها أنه يجب أن يكون الخطأ جسيما أي غير مغتفر وثانيها أنه يجب أن يكون الخطأ المذكور السبب الوحيد في حصول الحادث وهو ما لا يتحقق في صورة مساهمة سائق العربة في حصول الحادث ولو بصفة جزئية.

وحيث رجوعا لماديات الحادث فإنه لا يمكن القول إنّ احتساء المعقب ضدها للخمر قبل وقوع الحادث وكونها كانت بحالة سكر زمن وقوعه من الأخطاء الفادحة التي لا يمكن تبريرها ضرورة أن ذلك لم يكن منها بقصد الإضرار بنفسها وفي المقابل فقد تبيّن من خلال محضر البحث ومن تصريحات السائق أنه لم

يتفطن لوجود المعقبة أمامه ولم يشاهدها بالمرة لأنه كان في حالة مقاطعة مع وسيلة نقل قادمة في الاتجاه المعاكس لسيره وهو ما يحتم القول بأن السائق قد ساهم في حصول الحادث بما ينفي في جانبها الخطأ الفادح الذي عللت به محكمة القرار المنتقد قضاءها.

وحيث أضحى موقف محكمة القرار المنتقد متسما بالوهن واقعا والخطأ قانونا واتجه لذلك نقضه».

6-2-6- استحقاق الفوائض بداية من تحقق الخطر المؤمن عليه

قرار تعقيبي عدد 78710.2019/ 78777 بتاريخ 16 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وإيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيدة منية بن علي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة آمال بن نصر.

«حيث نعى الطاعن على محكمة القرار المنتقد خرق الفصل 10 من مجلة التأمين فيما انتهت إليه من عدم استحقاقه للفائض القانوني بمقولة إنّ استحقاقه لمبلغ التعويض تأسس على هذا الحكم وأنه لا مجال للمطالبة به من تاريخ الإعلام بالحادث أو من تاريخ الاختبار.

وحيث يتضح من مستندات القرار المطعون فيه أنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من نتيجة قانونية في خصوص تاريخ استحقاق المؤمن له للفوائض عن التأخير الحاصل من المؤمن في دفع التعويضات المستحقة، قائم على سوء فهم لطبيعة دعوى التعويض المبنية على عقد التأمين وكذلك طبيعة الحكم الصادر فيها والذي هو يقر حق المعقب بوصفه مؤمنا له ولا ينشئه إذ أنّ الصيغة التقريرية للحكم تفضي بالضرورة للقول بنشأة الحق وثبوته منذ تحقق الخطر المؤمن عليه وفي الأجل المتفق عليه في العقد ويستنتج ذلك مما اقتضته أحكام الفصل 10 من م ت بأنه على المؤمن عند حصول الخطر أن يدفع التعويض في الأجل المتفق عليه وبأنّ المبالغ غير المدفوعة تنتج وجوبا فوائض ابتداء من التاريخ الذي أصبحت فيه تلك المبالغ مستحقة على غاية دفعها بالكامل وهو ما أقرته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة بمقتضى قرارها عـ53431ـدد الصادر في 20/ 06/ 2019.

وحيث أنّه من الثابت أنّ الطاعنة هي التي طلبت تحديد أسباب الحادث وتقدير قيمة الأضرار بواسطة أهل الخبرة بما يجعل استحقاق المؤمن له لمبلغ التعويض يتحقق من تاريخ تقرير تقديره سيما أنّ المنازعة في توفر الصبغة الفجئية وغير المتوقعة لم يكن لها أيّ أثر في نتيجة الاختبار الفني ويكون إحجام الطاعنة عن دفع مبلغ التعويض من تاريخ استحقاق المؤمن له مؤديا بحكم الفصل 10 من مجلة التأمين إلى توظيف فائض على خلاف ما انتهت إليه محكمة الأصل ممّا يجعل هذا المطعن في طريقه واتجه قبوله ».

6-2-7- انفصال نظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور عن التداعي الجزائي

قرار تعقيبي عدد 59397.2018 بتاريخ 27/ 02/ 2018 صادر عن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيدة نعيمة رحيّم وعضوية المستشارين السيدتين بسمة العبساوي وعفاف عالشيخ وبحضور المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي

«حيث تعلق المطعنان بالصبغة الوهمية للحادث وانتفاء الصبغة المرورية بما يخرجه من نطاق ضمان المعقبة.

وحيث كرس المشرع التونسي صلب أحكام القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15/ 08/ 2005 انفصالا تاما بين نظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور والتداعي الجزائي المثار بمناسبة الحادث المذكور إذ منع الاحتكام إلى أيّ قانون آخر في مواجهة المؤمن بصريح الفقرة 3 من الفصل 121 من م ت وركز نظاما للتعويض منفصلا انفصالا تاما عن النظام القانوني للمسؤولية التقصيرية أو المسؤولية الشيئية اللتين كانتا منطبقتين على دعاوى التعويض قبل صدور قانون 2005.

وحيث أنّه وترتيبا عن ذلك فإنّ إحالة سائق الوسيلة المتسببة في الحادث على المجلس الجناحي طبقا لأحكام الفصل 225 من م ج لا تأثير لها على وجه الفصل في دعوى الحال بالنظر إلى عدم ارتباط الدعويين كما سلف الإلماع إليه فضلا عن عدم حجية قرار الإحالة الصادر عن النيابة العمومية باعتباره ليس حكما ولا يتصل به القضاء.

وحيث أنّ صبغة الحادث المرورية هو معطى موضوعي تتبينه محكمة الأصل من خلال مظروفات ملف القضية ثم ترتب عليه النتائج القانونية وهي التعويض للمتضرر منه.

وحيث أنّ محكمة القرار المنتقد قد استقت الصبغة المرورية للحادث من خلال محضر البحث الجزائي والتصريحات المضمنة به والمثال المرفق به وهي معطيات تؤكد أنّ الحادث الذي تعرض له مؤمن المعقبة ومرافقه المعقب ضده حاليا والمتمثل في انزلاق الدراجة النارية التي يمتطيها وانقلابها بمسلك فلاحي هو حادث مرور.

وحيث أنّ عدم التصريح بالحادث من قبل مؤمن المعقبة أو المؤسسة الصحية التي أسعف بها المعقب ضده لا ينفي أنّ الحادث هو حادث مرور بإقرار مؤمن المعقبة ذاته المسجل عليه بمحضر البحث والذي يكتسي صبغة الإقرار بحجة رسمية على معنى الفصل 440 من م. ا. ع. وتعارض به مؤمنته.

وحيث أنّ محكمة القرار المنتقد قد أصابت حين كيفت الحادث الذي تعرض له المتضرر حادث مرور وكان قرارها سليم المبنى واقعا وقانونا واتجه ردّ كلا المطعنين لعدم وجاهتهما ».

6-2-8- سحب رخصة السياقة لا يعني أن السائق غير متحصل على الشهادات الصالحة لسياقة العربات

قرار تعقيبي عدد 66193.2018 صادر بتاريخ 8 جانفي 2019 عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة فاتن خير الله وعضوية المستشارين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيدة اسمهان الحبيب وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث من المسلم به أنّ تقدير محكمة الموضوع للأدلة والعناصر المتوفرة لها واجتهادها في بناء حكمها في الدعوى هو من صميم اختصاصها ولا رقابة عليها من لدن محكمة التعقيب إذا ما بينت الاعتبارات الموضوعية التي دعتها إلى الرأي الذي انتهت إليه وعللت ذلك تعليلا سليما بما له أصل ثابت بالملف دون خرق للقانون فكانت مناقشتها فيما ذكر من قبيل الجدل الموضوعي الذي لا يصح طرحه على محكمة القانون.

وحيث من الثابت رجوعا إلى القرار المنتقد أنّ المحكمة عللت حكمها بخصوص المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصل 118 من مجلة التأمين إذ اعتبرت عن صواب أنّ انتهاء صلوحية رخصة السياقة لا يندرج ضمن أحكام الفصل 118 م ت وأنّ المقصود بعدم حصول السائق زمن الحادث على الشهادات الصالحة التي تقتضيها التراتيب الجاري بها العمل لسياقة تلك العربة لتفعيل أحكام الفصل 118 المذكور هو عدم حصول السائق على صنف رخصة السياقة المستوجبة قانونا لسياقة تلك العربة حيث أنّ تلك العبارة «الشهادات الصالحة التي تقتضيها التراتيب الجاري بها العمل لسياقة تلك العربة « تفترض وجود عدة شهادات إدارية تمكّن صاحبها من سياقة صنف عربة بذاتها وذلك حتى لا يقوم من لا يمتلك الشهادة المذكورة من سياقة عربة من صنف لم يتدرب عليه ولم يتحصل على رخصة سياقته وعليه فإنّه ليس المقصود بذلك حالة انتهاء صلوحية رخص السياقة.

وحيث استقر فقه القضاء التونسي على أنّ عملية تجديد رخص السياقة هي عملية إدارية يتولاها السائق مع إدارة النقل البري ولا ينجر عنها سوى مخالفة إدارية بل ذهب إلى حدّ اعتبار أنّ سحب رخصة السياقة من السائق لا يعني أنّه غير متحصل على الشهادات الصالحة لسياقة العربات ولا يندرج ضمن أحكام الفصل 118 من مجلة التأمين.

وحيث أنّ محكمة القرار المنتقد قد أحسنت تطبيق القانون لما تولت تفسير النص القانوني وبحثت عن مدلوله وبينت المقصود منه ممّا جعل قضاءها متوّجا بتعليل سليم قانونا ومبرر واقعا مما يجعل قضاءها في منأى عن رقابة هذه المحكمة واتجه لذلك رد هذا المطعن لعدم وجاهته.

وحيث أخفقت المعقبة في طلبها واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفها عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

6-2-9- تدخّل الصندوق في حالة عدم التأمين المطلق

قرار تعقيبي عدد 67494 بتاريخ 11/ 11/ 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش

ووليد بن جديدية وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث نعى المعقب على محكمة القرار المنتقد سوء تأويل وتطبيق أحكام الفصول 172 و120 فقرة أ و173 من م ت بمقولة إنّ الفصل 172 من م ت موضوعه بيان حالات تدخل الصندوق على وجه الحصر أما الفصل 173 من م ت فقد تضمن إجراءات مطالبة الصندوق بالتعويض وحالة عدم التأمين مطلقا لا يشملها تدخل الصندوق لكون الفصل 120 من م ت لم يأت عليها وإنما شمل بطلان عقد الـتأمين أو انتهاء صلوحيته أو فسخه أو إيقافه.

وحيث وخلافا لذلك فقد اقتضى الفصل 173 من م ت على أنه « يجب على المتضرر أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة إذا كان المسؤول عن الحادث مجهولا أو غير مؤمن أن يوجه لصندوق ضمان ضحايا حوادث المرور مطلبه المتعلق بالتعويض وذلك في أجل لا يتجاوز الثلاث سنوات من تاريخ العلم بعدم التأمين وإلا سقط حقه».

وحيث يستروح من الفصل المذكور أن المشرع وبعد أن عدد الحالات التي تدخل ضمن مجال تدخل الصندوق بالفصل 172 من م ت ألحق بها بالفصل 173 حالة عدم التأمين المطلق أي حالة غياب كلي لعقد تأمين يضمن المسؤولية المدنية لسائق الوسيلة المتسببة في الحادث سعيا منه لتدارك النقائص التي شابت تدخل الصندوق في ظل المرسوم المنظم له عدد 23 لسنة 1961 المؤرخ في 30/ 8/ 1962 وذلك بإضافته حالات الفصل 172 من م ت وهو ما يفترض أنه أبقى على ضمانه في حالة عدم التأمين مطلقا سيما وأن إرادة واضع القانون عند تسبيبه للقانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15/ 8/ 2005 كانت تستهدف تدعيم حماية المتضررين وضمان تعويضهم عن الأضرار التي لحقتهم جراء عربات برية ذات محرك.

وحيث ومن جهة ثانية فإنّ عبارة «غير مؤمن» الواردة بالفصل 173 من م ت جاءت مطلقة وهي تجري تبعا لذلك على إطلاقها تطبيقا للفصل 533 من م. ا. ع. ولا مجال تبعا لذلك للتضييق في مدلولها وهو التوجه الذي كرسته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة في قرارها عدد 19635 بتاريخ 18/ 1/ 2018.

وحيث أن ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد يستند إلى فهم صحيح لمقتضيات الفصول 172 و173 و120 من مجلة التأمين وإدراك لغاية المشرع من وراء سن القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15/ 8/ 2005 واتجه لذلك رد هذا المطعن ».

قرار تعقيبي عدد 63800.2018 بتاريخ 01 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث عاب الطاعن على محكمة القرار المنتقد اعتبارها حالة عدم التأمين الكلي هي صورة من الصور التي يتدخل فيها صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور.

وحيث أنّ الإشكال القانوني المطروح ينحصر أساسا في معرفة هل أنّ حالة انعدام التأمين المطلق تدخل في مجال التعويض الذي يضمنه الصندوق أم إنّ الحالات الواردة بالفصل 120 م ت هي حالات حصرية ولا يمكن التوسع فيها.

حيث استقر فقه قضاء الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب من خلال قرارها المبدئي الصادر بتاريخ 18/ 1/ 2018 تحت عـ19635ـدد على اعتبار أنّ مجال تدخل صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور يشمل علاوة على حالة عدم التعرف على المسؤول عن الحادث أو وجود أحد الاستثناءات من الضمان حالة عدم التأمين مطلقا باعتبار أنّ الفصلين 172 و173 من م ت يجب قراءتهما قراءة متكاملة باعتبارهما متممين لبعضهما البعض إذ أنّ الغاية الأساسية التي من أجلها أحدث هذا الصندوق هي توفير حماية للمتضررين من عدم التأمين وذلك بإنشاء صندوق يتكفّل بدفع التعويضات التي يستحقونها لقاء الأضرار الناتجة عن حوادث المرور وعليه فقد أضحى تعليل محكمة القرار المنتقد في خصوص هذا المطعن تعليلا سليما موافقا لأحكام الفصول 120 و172 و173 من م ت فأضحى هذا المطعن واهيا وتعين رده [...] ».

6-2-10- الخطر طبق الشروط العامة والخاصة لعقد التأمين

قرار تعقيبي عدد 68432 بتاريخ 25 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث اقتضت القاعدة القانونية الواردة بالفصل 242 من م. ا. ع. أنّ ما انعقد على الوجه الصحيح يعتبر قائما مقام القانون فيما بين المتعاقدين وتفعيلا للقاعدة المذكورة فقد نص الفصل 34 من الشروط العامة لعقد التأمين الرابط بين طرفي النزاع بفقرته الثالثة أنّه «يجب أن يكون الإعلام بالحادث كتابيا مقابل إفادة بالاستلام».

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه وحينما اعتبرت أنّ الفصل 34 المذكور لم ينص على وجوبية الإعلام وفق شكلية بعينها وأنّ محضر إبلاغ الاستدعاء بحضور عملية الاختبار على السيارة يقوم مقام الإعلام تكون قد خالفت فحوى الفصل 34 من الشروط العامة لعقد التأمين وخرقت أحكام الفصل 242 من م ا بما يتعين معه قبول هذا المطعن ونقض قرارها المطعون فيه من هذه الناحية.

عن المطعن المأخوذ من مخالفة الفصلين 8 و9 من الشروط العامة لعقد التأمين وخرق أحكام الفصل 242 من م. ا. ع. :

حيث من المسلم به قانونا أنّ العقد شريعة الطرفين طبقا لأحكام الفصل 242 من م. ا. ع..

وحيث لا جدال أنّ عقد تأمين العربة الرابط بين المؤمن والمؤمن له يحتوي على جزأين جزء أول يتضمن الشروط العامة لعقد التأمين والتي توضح مختلف الضمانات المقترحة وجزء ثان يتضمن الشروط الخاصة التي تتطابق مع حالة المؤمن له الخاصة حسب وضعيته وتصريحاته واختياراته.

وحيث دفعت الطاعنة الآن لدى محكمة القرار المطعون فيه بخروج الخطر موضوع قضية الحال والمتمثل في انغمار سيارة المعقب ضده الآن بمياه الأمطار عن مجال الضمان استنادا إلى أحكام الفصل 8 من الشروط العامة لعقد التأمين.

وحيث اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه توفر شروط قيام الخطر المؤمن له في حين تبين بالاطلاع على فحوى الفصل 8 من الشروط العامة لعقد التأمين أنّه استبعد خطر انغمار عربة المعقب ضده بمياه الأمطار من مجال الضمان إلّا في حالتين اثنتين وهما :

1/ اصطدام العربة المؤمن عليها مع جسم خارجي.

2/ أو انقلابها. وهما صورتان غير متوفرتين في واقعة دعوى الحال وفضلا عن ذلك فإن الفصل 9 من الشروط العامة لعقد التأمين قد أكد هذا المنحى حينما اقتضى أنّ الأضرار الناتجة عن الفيضانات وسيلان الوحل والموج الغامر والعواصف والزوابع والأعاصير وكلّ الكوارث الطبيعية الأخرى مستثناة من الضمان.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه وحينما ارتأت خلاف ذلك وقضت بالتعويض للمعقب ضده عن الأضرار الحاصلة لسيارته رغم انتفاء شروط قيام الخطر المؤمن له تكون قد خالفت إرادة الطرفين وخرقت أحكام الفصلين 8 و9 من الشروط العامة لعقد التأمين وأحكام الفصل 242 من م. ا. ع. بما يتعين معه قبول هذا المطعن ونقض قرارها المطعون فيه من هذه الناحية أيضا».

7ـ إجراءات مدنية وتجارية

7-1- الاعتراض على الأحكام في المادة المدنية

7-1-1-شروط الاعتراض على الأحكام في المادة المدنية

قرار تعقيبي عدد 63640.2018 بتاريخ غرة أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث عاب الطاعنون على محكمة القرار المنتقد قولها بعدم توفر صفة القيام في جانبهم والحال أنه توفرت لديها حجج وفاة مورثيهم مؤكدين على أن القانون لا يمنع قيام بعض الحائزين دون البعض الآخر بالدعوى الحوزية ممّا يغني عن إدخال المدعوة ز. ع. في قضية الحال.

وحيث لا جدال رجوعا إلى مختلف النصوص الإجرائية المنظمة لعريضة الدعوى وكيفية صياغتها وعرائض الطعون سواء كانت عادية أو غير عادية أنّ أساسها الأول هو أطرافها الذين يجب أن تتوفر فيهم الشروط الواردة بالفصل 19 من م. م. م. ت. من أهلية وصفة ومصلحة والتي متى ثبت توفرها طبق أوراق الملف تمر الهيئة القضائية المختصة إلى مراقبة بقية الإجراءات.

وحيث يقصد بتوفر الصفة في جانب المعترض أن يكون هو صاحب الحق المعترض عليه وليس غيره.

وحيث خلافا لما ذهب إليه الطاعنون فإنّ أوراق القضية الاعتراضية ولئن تضمنت حجة وفاة المرحوم خ. ع. فانها خلت من حجة وفاة المرحومين ع. وهـ. وإنّ الإدلاء بحجتي وفاة الهالكين المذكورين أمر ضروري للتثبت من صفة القيام لدى المعترضين كورثة على معنى الفصل 19 من م. م. م. ت.

وحيث ترتيبا على ذلك فإنّ محكمة الحكم المطعون فيه لما اعتبرت أنّه تعذر عليها التثبت في صفة كافة المعترضين لخلو الملف من حجج وفاة المورثين تكون قد أفلحت في تطبيق القانون ولم يعتر حكمها أيّ وهن في هذا الخصوص.

وحيث أن دفع المعقبين بأن صفة الورثة لا تأثير لها على الحوز هو دفع يتناقض مع جملة الوقائع والمعطيات التي انبنى عليها اعتراضهم الحالي ضرورة أنه ثبت بالاطلاع على مطلب الاعتراض المقدم من طرفهم إلى محكمة القرار المخدوش فيه أنهم تمسكوا بملكيتهم وحيازتهم للعقار محل التداعي بموجب الإرث من مورثهم المرحوم علي العروسي وعليه فإنّ ثبوت صفتهم كورثة تبقى مسألة حاسمة لها تأثير على وجه الفصل في قضية الحال.

وحيث ومن جهة أخرى ولئن أفلحت المحكمة في تأسيس حكمها على عدم ثبوت صفة المعترضين كورثة فإنها تكون قد جانبت الصواب لما أوجبت ضرورة رفع الطعن بالاعتراض من طرف كافة ورثة المرحوم خ.ع. ضرورة أنه لا شيء قانونا يمنع القيام من بعض الورثة دون البعض الآخر بالاعتراض على حكم حوزي يدعون أنه أضر بحقوق مورثهم مثلما هو الواقع في قضية الحال واتجه لذلك قبول هذا المطعن جزئيا في فرعه المذكور.

عن المطعن الثالث:

حيث نسب الطاعنون للحكم المنتقد خرقه أحكام الفصل 168 من م. م. م. ت. لما قضى برفض الاعتراض شكلا والحال أنه بتّ في أصل النزاع حين اعتبر أن الضرر اللاحق بالمعترضين من جراء الحكم المعترض عليه منتف.

وحيث لا جدال في أنّ الاعتراض، بوصفه طعنا غير عادي ذا طبيعة خاصّة، ينفرد بعدّة خصائص تميّزه عن بقيّة الطعون وذلك سواء على مستوى نطاقه أو إجراءاته أو آثاره.

وحيث اقتضى الفصل 168 م.م.م.ت. أنّ: « كل إنسان لم يسبق له استدعاء للتداخل في نازلة له القيام بالاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضر بحقوقه». كما نص الفصل 169 م.م.م.ت على أن: «القيام بالاعتراض على الحكم يكون مقبولا مادام الحق المؤسس عليه ذلك الحكم لم يضمحل». وجاء بالفصل 170 من ذات المجلة أنّ: « الاعتراض يرفع للمحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه... ويجب على المعترض أن يؤمن بقباضة التسجيل معين الخطية التي يجب تسليطها عليه في صورة الحكم برفض مطلبه (...)».

وحيث يتبين من خلال جملة الفصول المذكورة وغيرها من الفصول الأخرى الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية أن الطعن بالاعتراض يخضع لعدة شروط في صورة عدم توفرها يمكن للمحكمة أن ترفض مطلب الاعتراض المقدم أمامها لأسباب شكلية أو أصلية.

وحيث تتمثل الأسباب التي يمكن أن يترتب عنها رفض الطعن بالاعتراض شكلا مثلما نص عليه القانون في عدم استيفاء الشروط الشكلية للعريضة أو نظرا للقيام بالطعن أمام محكمة غير مختصة بالنظر فيه أو كذلك نظرا لعدم توفّر صفة الغير في المعترض باعتبار أن الاعتراض لا يخول إلّا لشخص لم يكن طرفا في القضية لا بصفة أصليّة ولا دخيلا ولا متداخلا وكذلك في صورة عدم خلاص المعاليم القانونية المستوجبة أن تعنتت الطاعن في خلاصها رغم تمكينه من ذلك.

وحيث أن أسباب رفض مطلب الاعتراض أصلا تتمثل أساسا في عدم توفر ضرر لاحق بالغير المعترض وبالتالي عدم وجود أساس لطعنه أو عدم تقديمه لما يفيد توفر ذلك الضرر وبالتالي ورود طعنه مجرّدا من كل مؤيد وسند ضرورة أنه

من شروط الضرر المنصوص عليه بالفصل 168 أن يكون قائما وحالا ومباشرا إذ يجب أن يكون مصدر الضرر هو الحكم المعترض عليه أو إذا ثبت للمحكمة صاحبة النظر أنّ الحق المؤسس عليه الحكم المعترض عليه قد اضمحل مثلما أوردته صراحة مقتضيات الفصل 169 من م. م. م. ت.

وحيث واستنادا إلى ما سلف بسطه يتبين أن محكمة القرار المطعون فيه بالنقض لما قضت برفض الاعتراض شكلا بناء على عدم وجود ضرر لحق المعترضين وبعد تحريها في البينة المقدمة من طرف الطاعنين وإبداء موقفها بخصوصها تكون قد أورثت قضاءها خرقا للقانون لأن قولها ذاك يوجب بالضرورة خوضها في أصل النزاع ممّا يجعل النتيجة التي توصلت إليها في حكمها متناقضة مع ما ضمنته صلب أسانيدها.

وحيث ومن جهة أخرى فإنّ ما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد من قول بأنه طالما تسلط الحكم المعترض عليه على بلدية زغوان باعتبار ثبوت الشغب الصادر عنها وإلزامها بالتالي برفعه عن العقار لا يمكن أن يلحق أيّ ضرر أو نفع بالمعترضين هو قول مجانب للصواب إذ على فرض ثبوت الصفة في جانب المعترضين وعلى فرض ثبوت جميع أركان الدعوى الحوزية في جانبهم مثلما تمسكوا به لا سيما منها الشروط الواردة بالفصل 54 من م. م. م. ت. فإن مصلحتهم في القيام بالدعوى تصبح قائمة وإنّ الضرر في جانبهم يصبح غير منتف.

وحيث رجوعا إلى ما تقدم بسطه يتجه القول بأنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من كون انتفاء الضرر اللاحق بالمعترضين يترتب عنه رفض مطلب الاعتراض شكلا فيه مخالفة صريحة لطبيعة الطعن بالاعتراض ولمقتضيات الفصل 168 وما بعده من م.م. م. ت. مما يوهن حكمها ويعرضه للنقض وتعين القضاء به مع الإحالة لإعادة النظر من جديد فيما تسلط عليه النقض».

7-1-2-الاعتراض على حقوق الأطراف في النزاعات غير القابلة للقسمة

قرار تعقيبي عدد 63818 بتاريخ 02 اكتوبر 2019 صادر عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجّار وإيمان

الشرفي وبحضور المدعي العام السيدة منية بن علي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة أمال بن نصر.

«حيث نعى الطاعنون على محكمة القرار المطعون فيه رفضها إرجاء البت في هذه القضية إلى أن يقع الفصل في القضية الاعتراضية الاستئنافية المتعلقة بالنظر في دعوى إبطال عقد التوكيل المبرمة بموجبه العقود موضوع طلب الإبطال في قضية الحال رغم وجاهة هذا الطلب من الناحيتين الواقعية والقانونية باعتبار أنّ البت في صحة عقد التوكيل تعد مسألة أولية بالنسبة إلى قضية الحال فضلا على حجية الأمر المقضي للحكم الذي سيصدر في القضية الاستئنافية الاعتراضية عملا بأحكام الفصلين 480 و481 من م. ا.ع.

وحيث يتضح من أوراق الملف أنّ الطاعنين كانوا تمسكوا لدى محكمة القرار المطعون فيه بأن الحكم القاضي بإبطال التوكيل والذي أسست عليه محكمة البداية قضاءها بإبطال العقود التي أبرمت بمقتضاه، هو محل اعتراض من طرف أحد المفوت لهم وهو ف. ف. وأدلوا في الغرض بشهادة نشر طالبين انتظار مآل القضية الاعتراضية لارتباطها بمال قضية الحال.

وحيث رفضت محكمة القرار المطعون فيه هذا الدفع لسببين أولهما: لكونه دفعا مجردا باعتبار أنّ شهادة النشر لوحدها لا تثبت وجود ارتباط القضية وموضوعها بقضية الحال وثانيهما أنّ المعترض وحده هو الذي سينتفع بنتيجة اعتراضه طبق ما تقتضيه أحكام الفصل 173 من م. م. م. ت.

وحيث يتضح من خلال أوراق الملف أنّ المعقب ضدّهم عند إجابتهم بواسطة نائبهم عن الدفع بوجود قضية اعتراضية طعنا في حكم القاضي بإبطال التوكيل المؤسس عليه طلب الإبطال في قضية الحال، لم ينازعوا في تلك الحقيقة وإنما تمسكوا بعدم وجود مبرر وجدوى من ربط القضية الاعتراضية بقضية الحال بما يجعل ما استخلصته المحكمة من تجرد هذا الدفع قائما على سوء فهم وتقدير للوقائع وإعطائها التكييف القانوني الصحيح.

وحيث ومن ناحية أخرى فإنّه وبالرجوع لأحكام الفصل 173 من م. م. م. ت. يتضح أنه ولئن نص صراحة على أنه لا تأثير للحكم بقبول مطلب الاعتراض على غير حقوق المعترض ولا ينتفع بذلك من صدر عليه الحكم المعترض عليه إلّا

أنّه نصّ في ذات الوقت على استثناء لهذا المبدأ في صورة إذا كان النزاع غير قابل للقسمة بما يستشف منه أنّ الحكم بقبول الاعتراض له تأثير على حقوق الأطراف المشمولين بالحكم المعترض عليه في صورة إذا كان موضوع النزاع غير قابل للقسمة. غير أنّ محكمة القرار المطعون فيه وطبق ما هو مبيّن في مسبّبات قضائها لم تطبق كامل مقتضيات الفصل المذكور واقتصرت على تفعيل المبدأ الوارد بالفصل 173 المشار إليه وأقصت بقية أحكامه بما جعلها تسيء تطبيقه وتلتفت نتيجة لذلك عن البحث عن مدى انطباق الاستثناء الوارد به على النزاع من حيث قابليته للقسمة من عدمه بما يجعل النتيجة التي انتهت إليها في هذا الخصوص غير مؤسسة واقعا وقانونا.

وحيث أضحت المطاعن المذكورة وجيهة واتّجه لذلك قبولها ».

7-2 سبق النظر في الموضوع

7-2-1 سبق النظر في الموضوع يهم النظام العام

قرار تعقيبي عدد 65210.2018 بتاريخ 08 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

« عن مخالفة القرار المطعون فيه مقتضيات الفصل 248 من م. م. م. ت.:

حيث من المسلم به أنّه من محض اختصاص هذه المحكمة -باعتبارها محكمة قانون - أن تراقب مدى مطابقة قضاء محكمة الأصل له وأنّه من هذه المثابة بات من صلاحياتها بسط رقابتها على حسن تطبيق القانون وإثارة الإخلالات الإجرائية المتعلقة بالنظام العام والإجراءات الأساسية من تلقاء نفسها.

وحيث اقتضى الفصل 248 من م. م. م. ت. أنّه «يحجر مباشرة الوظائف العدلية أصالة على الحكام... في النوازل التي وقع سماعهم فيها بصفة شهود أو التي باشروها بصفة حكام أو محكمين أو سبق منهم إعطاء رأي فيها...»

وحيث أنّ ما اقتضاه الفصل المذكور يعتبر من أوجه تكريس مبدأ حياد القاضي ومن هذا المنطلق بات هذا المبدأ يهم النظام العام وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها عملا بالفصل 14 من م. م. م. ت.

وحيث ثبت بمراجعة نسخة القرار المطعون فيه المحررة وفق موجبات الفصل 123 من م. م. م. ت.، أنّ من ضمن القضاة المشاركين فيه من شارك في إصدار الحكم الابتدائي الصادر في النزاع وعليه ترى المحكمة الوقوف على هذه المسألة لأهميتها واعتبار الاختلال المذكور موجبا للنقض».

7-2-2- سبق النظر يمسّ بالإجراءات الأساسيّة

قرار تعقيبي عدد 65235.2018 بتاريخ 8 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

»حيث اقتضت أحكام الفصل 248 فقرة 5 من م. م. م. ت. ما يلي:

«تحجر مباشرة الوظائف العدلية أصالة على الحكام... خامسا: في النوازل التي وقع سماعهم فيها بصفة شهود أو التي باشروها بصفة حكام أو محكمين أو سبق منهم إعطاء رأي فيها...»

وحيث ثبت بالاطلاع على لائحة الحكم الابتدائي الصادر تحت عـ27720ـدد والقرار الاستئنافي الصادر تحت عدد 34554 أن السيد قاضي الناحية الذي أصدر الحكم الابتدائي هو أيضا من بين أعضاء الدائرة الاستئنافية المصدرة للقرار المطعون فيه وهو ما يتعارض مع مقتضيات الفصل 248 من م. م. م. ت. في فقرته الخامسة.

وحيث أنّ مخالفة أحكام الفصل المذكور فيها مساس بالإجراءات الأساسية التي تهم النظام العام وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها وفقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 14 من م. م. م. ت. مما يعرض قضاء محكمة القرار المطعون فيه للنقض لهذا السبب ».

7-2-3سبق النظر لا يتعلق إلّا بالأحكام ولا يمتدّ إلى الأذون على المطالب

قرار تعقيبي عدد 68924-61983 بتاريخ غرة أفريل 2019 صادر الدائرة المدنية السابعة والثلاثين المتركبة من رئيستها السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدة مريم البكوش والسيد نجيب العرعوري وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

«عن مطلب التعقيب موضوع القضية التعقيبية عدد 68924:

-عن المطعن الأول المأخوذ من خرق الفصل 248 من م. م. م. ت.

حيث نص الفصل 248 من م. م. م. ت. خامسا أنّه لا يجوز للقضاة أن ينظروا في القضايا التي وقع سماعهم فيها بصفة شهود أو التي باشروها بصفة حكام أو محكمين أو سبق منهم إعطاء رأي فيها.

وحيث لا خلاف في أنّ المشرع يهدف من وراء المنع الوارد بالفصل متقدم الذكر إلى بعث الطمأنينة لدى المتقاضي في أن ينظر في دعواه قاضيا محايدا لم يسبق له أن أبدى رأيه في النزاع غير أنّ ذلك لا يعني الإطلاق وإنما لهذه الفقرة من الفصل نطاق في التطبيق من ذلك أنّها لا تنطبق إلّا على القضاة الذين أبدوا رأيا في أصل النزاع أي أنهم قضوا فيه فلا تنطبق مقتضيات الفقرة الخامسة على القاضي الذي أصدر حكما تحضيريا أو قام بأعمال تمهيدية لأنّ تلك الأعمال لا تفصل أصل النزاع كما لا يجوز التوسع في تأويلها لصبغة النص الإجرائية من ذلك ما اقتضته أحكام الفصل 219 من م. م. م. ت. من أنّه يمكن تقديم طلب الرجوع في الإذن للقاضي الذي أصدره ولهذا الأخير صلاحية مراجعته دون غيره وفي هذه الحالة يجب على القاضي إعمال إجراءات مؤسسة على مبدأ المواجهة بين الخصوم وذلك بصريح النص وذلك بعد الاستماع للخصوم وبالتالي تستعيد الدعوى القضائية كل فعاليتها وخصوصياتها

وحيث تبعا لما تقدم لا يسع إلّا اعتبار أنّ الدفع بمقتضيات الفصل 248 المتمسك به الآن لا يكون إلّا في مواجهة الأحكام، وأنّه إذا ما سلمنا بذلك ورجعنا إلى قضية الحال يمكن القول إنّه لا يسوغ للقاضي الذي نظر في الحكم الصادر تبعا لطلب الرجوع في الإذن أن يشارك في البت في الطعن بالاستئناف المرفوع ضده، أمّا أن ينظر القاضي الذي أصدر الإذن بالإصلاح في الطلب الرامي إلى الرجوع فيه فهو لا يعدّ خرقا للقانون ومبدأ الحياد طالما أقرّه المشرع بصريح الفصل 219 من م. م. م. ت. في تماهٍ مع طبيعة ذلك الإذن

وحيث كان تبرير محكمة الحكم المطعون فيه ردها لهذا الدفع على هدي من صحيح القانون واتجه لذلك ردّ هذا المطعن.

-عن المطعن الثاني المأخوذ من خرق الفصل 219 من م. م. م. ت.

حيث دفع نائب المعقبة بأنّ قيام وكيل الجمهورية بطلب الرجوع في الإصلاح كان خارج الأجل القانوني المتمثل في ثمانية أيام من تاريخ علمه بذلك.

وحيث لما كان العلم واقعة يخضع تحقيق حصولها لمحكمة الموضوع ولا تشترط فيها موجبات الفصل 5 من م. م. م. ت. على خلاف ما تمسك به نائب المعقبة - وذلك على خلاف الإعلام الذي هو إجراء قانوني يتحقق به إثبات حصول العلم ويضبط شكل وقوعه بالقانون - فقد أضحى المطعن المتمسك به الآن بخصوص الواقعة التي يمكن اعتبارها قد أفضت إلى حصول علم وكيل الجمهورية بالإصلاح يرمي إلى إعادة طرح ما سبق الدفع به لدى محكمة الموضوع من وقائع وهو نقاش مكانه التداعي الموضوعي لتعلق الأمر بتقدير واقعة حصول العلم الفعلي وتستقل محكمة الأصل بنظره ولا معقب عليها في ذلك من لدن هذه المحكمة بشرط التعليل الصحيح وهو ما استوفاه القرار المطعون فيه الذي أبانت مستنداته على أنّ المحكمة اعتبرت أنّ إمضاء النيابة العمومية بإذن الإصلاح كان بغاية إبداء رأيها قبل البت وهو تعليل صحيح انبنى على الثابت من أوراق القضية التي تفيد أنّ العلم بالإصلاح حصل يقينا من المكتوب الموجه من رئيس المحكمة لوكيل الجمهورية في 11/ 04/ 2018 أمّا غير ذلك من الوقائع فإنّ مبناها الافتراض

وحيث عللت محكمة الحكم المنتقد قضاؤها على الثابت من الوقائع دون تحريف لها وهو ما يجعله محصنا عن النقض واتجه لذلك رد هذا المطعن والقضاء معه برفض الطعن المقدم في إطار القضية عدد 68924 أصلا.

عن مطلب التعقيب موضوع القضية التعقيبية عدد 61983

-عن خرق محكمة القرار المطعون فيه للفصل 41 من م. م. م. ت. باعتباره مطعنا تثيره محكمة القانون تلقائيا لتعلقه بالقواعد والإجراءات الأساسية

حيث من المسلم به أنّه من محض اختصاص هذه المحكمة -باعتبارها محكمة قانون -أن تراقب مدى مطابقة قضاء محكمة الأصل له وأنه من هذه المثابة وإعمالا لما اقتضته أحكام الفصل14 من م. م. م. ت. بات من صلاحياتها

بسط رقابتها على حسن تطبيق القانون وإثارة الإخلالات المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسها

وحيث اقتضى الفصل 41 من م.م.م.ت. أنّه: «تختص المحاكم الاستئنافية بالنظر فيمايلي: أولا: في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية التابعة لدائرتها، ثانيا : في استئناف الأحكام الاستعجالية الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية وكذلك الأوامر بالدفع.

ثالثا : في استئناف الأحكام المتعلقة بمرجع النظر ولا يمكن استئناف الأحكام التي تصدر أثناء النشر تحضيرية وتمهيدية وكذلك الأحكام الصادرة بصحة القيام أو الصادرة برفض التمسك بمقتضيات الفصول 13 و14 و15 و18 إلا مع الحكم الصادر في الأصل...».

وحيث يؤخذ من الفصل متقدم الذكر أنّه لا يقبل الطعن بطريق الاستئناف غير الأحكام القضائية أو ما ينزل منزلتها كالقرارات التأديبية وغيرها الصادرة عن بعض الهيئات المهنية الحرة أو الاعتراض عن بعض السندات التنفيذية كبطاقات الإلزام ومؤدى ذلك هو أنّ الأعمال الولائية أو الإدارية التي تصدرها الجهات القضائية أثناء ممارسة أعمالها لا تقبل الاستئناف.

وحيث في إطار القضية عدد 26244 الصادر فيها الحكم المطعون فيه الآن، تعهدت محكمة الاستئناف بالقصرين بالطعن في قرار الرجوع في الإذن الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالقصرين تحت عدد 109496 بتاريخ 29/ 11/ 2017.

وحيث أنّه من الواضح أنّ القرار الأحادي الصادر بالرجوع في الإصلاح المطعون فيه أمام محكمة الحكم المعقب الآن لا تتوفر فيه شروط السند القضائي القابل للطعن بالاستئناف وأنّ اعتماد محكمة الاستئناف لإسناد قضائها وتعهدها بالطعن على الفصل 219 من م. م. م. ت. القاضي نصه بأنّه: « يمكن للحاكم في كل الصور الرجوع في الأذون الصادرة منه وذلك بعد الاستماع إلى الخصوم. ويجب على طالب الرجوع في الإذن تقديم عريضة يبلغها لخصمه بواسطة العدل المنفذ في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ علمه بالإذن ويدعوه فيها للحضور لدى الحاكم الذي أصدر الإذن في ميعاد أقصاه ثمانية أيام.

والحكم الصادر بمناسبة طلب الرجوع في الإذن يجب تعليله». لا يستقيم ضرورة أنّ نطاق الفصل المذكور إنّما يتعلق بالأحكام القضائية الصادرة بناء على طلب في الرجوع مقدم بموجب عريضة تبلّغ للطرف المقابل وهو ما يفرض توفر شرط المواجهة بين الخصوم لا سيما وأنّ الحاكم المتعهد بالطلب محمول على الاستماع إليهم قبل البت في الأمر الذي يضفي على القرار المتخذ تبعا لذلك صبغة الحكم القضائي ، وهي سمة لم تتوفر في القرار المطعون فيه بالاستئناف والذي آل إلى صدور الحكم المعقب الآن

وحيث لما كان الطعن بالاستئناف حقّا إجرائيّا ينشأ نتيجة صدور حكم موصوف قانونا بأنه ابتدائي الدرجة، فإنّ تعهد محكمة الحكم المطعون فيه بقرار لا يتحلى بهذا الوصف يجعل الطعن المقدّم لها فاقدا لأهمّ موجباته الشكلية المتصلة بالشروط الأساسية للاستئناف وهي مسألة يحق لمحكمة القانون إثارتها تلقائيا لتعلقها بالنظام العام الإجرائي.

وحيث اقتضى الفصل 177 من م. م. م. ت.» يمكن لها في بعض الحالات أن تقتصر على التصريح بحذف الجزء المنقوض من منطوق الحكم بدون إحالة إذا رأت أن مجرد الحذف يغني عن إعادة النظر كما لها أن تقتصر على النقض بدون إحالة كلما لم يبق موجب لإعادة النظر»

وحيث أنّ فقدان الطعن المقدم لمحكمة الحكم المطعون فيه لأهمّ أسسه الإجرائية وهي حكم قابل للطعن بوجه الاستئناف على معنى الفصل 41 م. م. م. ت. يجعل من تصديها لأصل الطلب غير مبرر قانونا ومخالفا لأحكام الإجراءات الأساسية وهي مسألة قانونية بحتة تتصدى لها محكمة القانون على نحو ما ذكر أعلاه دون موجب لإعادة النّظر على اعتبار أنّ التظلم من قرار أحادي فاقد للصبغة الحكمية لا يكون مطلقا عن طريق الطعن فيه بالاستئناف وأنّه قد كان على المحكمة تبعا لذلك الالتفات عن النظر في أصل الطعن المرفوع أمامها

وحيث أنّه لكل ما تقدم لا يسع إلّا اعتبار أنّ الحكم المطعون فيه حري بالنقض دون إحالة، الأمر الذي يغني عن النظر في المطاعن المثارة من المعقب».

7-2-4-سبق التعهد بقضية استعجالية لا يُعدّ سبق نظر في الموضوع

قرار تعقيبي عدد 78144 بتاريخ 02 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيّد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدة عربية الطويهري

والسيد وليد بن جديدية وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

»عن الفرع الأول من المطعن الأول المأخوذ من خرق أحكام الفصل 248 من م. م. م. ت:

حيث اقتضى الفصل 248 م. م. م. ت. أنه تحجر مباشرة الوظائف العدلية أصالة على «الحكام « في صور مخصوصة جاء الفصل المشار إليه بتعدادها على سبيل الحصر ومنها النوازل التي وقع سماع «حكام فيها بصفتهم شهودا أو التي باشروها بصفة حكام « أو محكمين أو سبق منهم إعطاء رأي فيها طبق صريح الفقرة ويهدف المشرع من وراء هذا المنع إلى بعث الطمأنينة لدى المتقاضي في أن ينظر في دعواه قاض محايد لم يسبق له أن أبدى رأيه في النزاع غير أن ذلك لا يعني الإطلاق وإنما لهذه الفقرة نطاق في التطبيق فهي لا تنطبق إلا على القضاة الذين أبدوا رأيا في أصل النزاع أي أنهم قضوا فيه فالقاضي الذي تعهد بالنظر في قضية استعجالية ولم يبد رأيا في الأصل باعتبار أنّ من شروط القضاء المستعجل عدم المساس بالأصل يمكنه إبداء رأيه في نزاع بين نفس الأطراف في إطار قضية أصلية كما أن القاضي الذي سبق أن أبدى رأيا في الأصل لا يمنع عليه النظر في نزاع آخر مماثل بين الأطراف فالتقيد الذي قصده المشرع صلب أحكام الفصل 248 م. م.م. ت. فقرة خامسة مرتبط بنازلة أو عدة نوازل كان أعطى فيها الرأي أما باقي النوازل فلا ينطبق عليها التحجير الوارد بالنص وعليه فإن نظر القاضية (رئيس الدائرة) السيدة م.ب. في قضية سابقة بين طرفي النزاع الحالي لا يحول دون نظرها في النزاع المماثل طالما لا علاقة له بما سبقه وإبداء القاضية السيدة ر.ج. رأيها في النزاع الحالي لا يؤثر فيه سبق تعهدها بقضية استعجالية لم تبد فيها رأيها من حيث الأصل واتجه لذلك رد المطعن».

7-2-5- مشاركة القاضي المراقب في المفاوضة وإبداء رأيه في برنامج الإنقاذ لا يُعدّ سبق نظر في الموضوع

قرار تعقيبي عدد 66293 بتاريخ15 ماي 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة راضية

«حيث تعلق الـمطعن بـمشاركة القاضي الـمراقب في الـمفاوضة والتصريح بالـحكم في مآل الـمؤسسة الـخاضعة للتسوية فهل أنّ القاضي الـمراقب الذي يتابع إجراءات ملف التسوية ثم يشارك في أصل الحكم يكون قد خرق مبدأ الحياد ويصح التجريح فيه على معنى الفصل 248 من م. م. م. ت.

وحيث يـجدر البيان بأنّ للقاضي الـمراقب دورا مهمّا في إجراءات التسوية القضائية فهو يبدي رأيه في البـرنامج الـمقترح للإنقاذ إن كان مـمكنا ويـحرر تقريرا في ذلك وفقا للفصل 37 من قانون الإنقاذ والفصل 452 من الـمجلة التجارية – يبين فيه جدوى البرنامج المقترح فهل أنّ التقرير يعتبر إبداء للرأي يمنع على القاضي المراقب التعهد بالنزاع في مآل التسوية؟

وحيث اقتضى الفصل 248 فقرة خامسة من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أنّه «يحجر على القضاة مباشرة الوظائف العدلية بصفتهم حكام في النوازل التي.... سبق منهم إعطاء رأي فيها».

وحيث وردت الفقرة 5 المتصلة بسبق إبداء الرأي في صيغة التحجير المطلق بما يعني أنّها مسألة متصلة بالنظام العام القضائي والإجراءات الأساسية ويترتب عن مخالفتها البطلان ذلك أنّ العدالة لا يجب أن تقام بكل حيادية فقط بل يجب أن تعطي الانطباع بذلك بما يترتب عنه منع كل قاض سبق له أن شارك في القضية أو أبدى رأيا فيها بأيّ عنوان كان لما في ذلك من نيل للحياد على معنى الفصل 248 من م. م. م. ت.

وحيث أنّ حضور القاضي المراقب عند البت في جدية برنامج الإنقاذ لا يؤدي حتما إلى خرق مبدأ الحياد بل يجب للدفع به من طرف المتقاضي أن يتولد لدى هذا الأخير شكّ مقبول « doute raisonnable » أي مبنيّ على معطيات موضوعية وليس على مجرد التخمين.

وحيث أجابت محكمة الحكم المطعون فيه عن هذا الدفع فقد اتضح لها أنّ القاضي الذي أعدّ تقرير القاضي المراقب هي السيدة ريم الكافي خلافا لما ورد بمستندات الاستئناف لديها بأنّ القاضي هي السيدة صباح بلهادي وردّت تبعا لذلك الدفع وأنّ إثارة المسألة بهذا الطور التعقيبي كمطعن غير وجيه لأنّ القاضي الذي أعدّ التقرير لم يكن القاضي المشارك في تركيبة الهيئة الحاكمة من جهة

أنّ باقي الأعمال والإجراءات التي أذن بها تدخل ضمن صلاحياته ولا تندرج في إبداء الرأي الذي يقتضي إعطاء رأي في الأصل وليس مجرد متابعة بعض الإجراءات أو الأعمال التي لا تفصل في الأصل ومنه فإنّ القاضي المراقب لا يعتبر قد خرق مبدأ الحياد ولا ينطبق عليه التحجير بالفصل 248 من م. م. م. ت. إلّا إذا كان هو الذي أعدّ التقرير في برنامج الإنقاذ المقترح أو في اقتراح مآل التسوية على معنى الفصل 37 من قانون الإنقاذ لسنة 1995 والفصل 452 من المجلة التجارية بما يولد لدى الـمتقاضي شكا مقبولا لدى التقاضي في أن لا ينظر في قضيته قاض مـحايد.

وحيث خول المشرع للقاضي المراقب وفقا للفصل 37 من قانون الإنقاذ قبل تعديل أحكام الإجراءات الجماعية بموجب القانون عدد 36 لسنة 2016 المتعلق بالكتاب الرابع من المجلة التجارية مهمة إبداء الرأي بشأن برنامج إنقاذ المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية وهو ما خوله له أيضا الفصل 452 من المجلة التجارية بموجب «تنقيح القانون عدد 36 لسنة 2016 الذي ينص في فقرته الأخيرة على أنّه «يعرض المتصرف القضائي برنامج الإنقاذ المقدم من المدين أو المعدل على القاضي المراقب وجوبا فور الانتهاء من إبداء رأيه بشأنه دون تجاوز الأجل المنصوص عليه بالفصل 439 من نفس المجلة ويحرر القاضي المراقب تقريرا يبين فيه جدوى البرنامج يرفعه إلى المحكمة في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما وله أن يقترح عرض المؤسسة على التفليس إن توفرت شروطه ويثير إبداء الرأي مسألة حيادية القاضي المراقب عند مشاركته في الهيئة الحاكمة وفق الفصل 38 من القانون للمصادقة على برنامج الإنقاذ أو رفضه الفصل 453 من المجلة التجارية لأنه يتبين بالرجوع إلى المبادئ الإجرائية المنصوص عليها بالفصل 248 من م. م. م. ت. خامسا أنّه يحجر على القاضي مباشرة الوظائف العدلية في القضايا التي باشروها بصفة حكام أو سبق منهم إعطاء رأي فيها غير أنّ التساؤل الذي يطرح يتعلق بنطاق المنع فهل يقتصر على من أصدر الحكم وأبدى رأيه في الأصل أم إنّ المنع يتعداه ليشمل القضاة الذين كانوا أبدوا رأيا في الإذن ببعض الأعمال التحضيرية أو كما هو في النزاع الحالي إبداء رأي في البرنامج المقترح لإنقاذ الشركة الطاعنة؟

وحيث أنّ التجريح في القاضية التي شاركت في القرار المطعون فيه مبناه الفقرة الخامسة من الفصل 248 من م. م. م. ت. ورغم ذلك فهو مردود على قائله لأنّه لا مانع قانونا عن ذات القاضي أن ينظر في مراحل مختلفة في مطلب التسوية لأنّ المقصود عموما في هذا التجريح هو أن لا ينظر في النازلة على اختلاف درجات التقاضي فيها وأن لا يخرق مبدأ الحياد ولا يكون التجريح إلّا عند الطعن في قرارات القاضي المراقب إذ في هذه الحالة لا يجوز للقاضي المراقب أن يشارك في الهيئة الحكمية أمّا إذا تعلق الأمر بالبت في برنامج الإنقاذ فيجوز له المشاركة في الهيئة الحكمية باعتباره لم يسبق له أن أبدى رأيه في الموضوع بالإضافة إلى أنّ حضور القاضي المراقب لا يخرق مبدأ الحياد فحضوره ضمن الهيئة الحاكمة للبت في جدية برنامج الإنقاذ لا يؤدي إلى خرق حياده ولا يتولد عنه لدى المتقاضي خوف جديّ حول عدم حيادية الهيئة الحكمية هذا وقد ثبت أنّ محكمة الحكم المطعون فيه لم تتعهد بمطلب طعن في أحد قرارات القاضي المراقب وإنّما تعهدت للنظر في مسألة مختلفة تتعلق بالبت في برنامج الإنقاذ المقترح من الشركة وفضلا عن ذلك فقد ثبت أنّ القاضية المجرح فيها ولئن تمّ تعيينها كقاضٍ مراقب في المطلب الحالي إلّا أنّها لم تتوصل إلى تحرير تقرير في الغرض كيفما أوجبه عليها القانون تبدي فيه رأيها باعتبار أنّه قد تمّ تعويضها بقاضٍ مراقب آخر ليستأنف مهامها وهو ما يجعل مشاركتها في الحكم المطعون فيه مقبولة من الناحية القانونية وتعين لذلك رد هذا المطعن لعدم وجاهته».

7-3-أنواع المقر- تبليغ المؤيدات إلى المدّعى عليه.

قرار تعقيبي عدد64697 بتاريخ 21 أكتوبر 2019 صادر الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«-عن المطعن المأخوذ من خرق أحكام الفصلين 8 و71 من م. م. م. ت.

حيث لا خلاف في كون التبليغ في القانون التونسي يجري وفق إجراءات ضبطها المشرع تستند إلى وضع حلول متعددة كل ذلك بغاية تبليغ الأوراق إلى أصحابها حتى تستجيب لمبدأ المواجهة وتضمن بالتالي حق الدفاع وقد ميّز

المشرع في هذا الصدد بين الإجراءات العادية التي يتم فيها التبليغ إلى الشخص المعني بالأمر أو إلى الأشخاص الذين نص عليهم القانون والإجراءات الاستثنائية التي يتم اتباعها في صورة عدم وجود من يتسلم الوثيقة المبلغة أو امتناع من وجد من تسلمها وفي صورة ما إذا كان المبلّغ إليه مجهول المقر، إلّا أنّ ما يجمع بين الإجراءين هو المقر كمكان وفضاء مادي لعملية التبليغ يترتب عن عدم احترامه البطلان وتتمثل الإجراءات الاستثنائية طبقا للفصل 8 من م. م. م.ت. أولا في صورة عدم وجود من يتسلم النظير أو امتناع من وجد بالمقر من تسلمه وهما حالتان لا تختلف الإجراءات بشأنهما باستثناء أنّه في صورة عدم وجود من يتسلم النظير يتم ترك نسخة من محضر الإعلام بالمقر خلافا للصورة التي يرفض فيها من وجد من تسلم النظير إلّا أنّ المشرع وحّد بين الإجراءين في النتيجة بأن أوجب على عدل التنفيذ في الحالتين أن يودع نسخة من محضر الإعلام أو التبليغ في ظرف مختوم لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني وأن يوجه مكتوبا مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ إلى مقر المطلوب يعلمه فيه بتسليم النظير إلى من ذكر ويخلص من ذلك ومن قراءة الفقرة الأخيرة من الفصل 8 من م. م. م. ت. أنّ المشرع ولئن أفرد صورة عدم وجود من يتسلم النظير بفقرة مستقلة عن الصورة التي يرفض فيها من وُجد تسلّمه إلّا أنّه سوّى بينهما في الأثر المترتب عن الفقرتين بأن فرض على عدل التنفيذ توجيه مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ إلى مقر المتوجه إليه وهو أمر يجد تفسيره في أساسين يتمثل الأول في عدم اختلاف النتيجة بين ما إذا لم يجد عدل التنفيذ أحدا بالمقر أو رفض من وجد من تسلم النظير كما يتمثل الأساس الثاني في أنّ العبرة هي بالتبليغ القانوني وليس الواقعي لأنّه حتى إذا ما ترك عدل التنفيذ نسخة من محضر التبليغ بالمقر وحتى إذا ما علم المبلغ إليه واقعيا بذلك فإنّ ذلك لا يعتدّ به.

وحيث أنّه وللاعتبارات المذكورة كرّس المشرع إجراء موحدا للصورتين المشار إليهما ورد بصيغة الوجوب بالفقرة الخامسة من الفصل 8 من م. م. م. ت. على خلاف ما نص عليه بالفقرتين الثالثة والرابعة وهو ما يخلص منه تأكيده وحرصه على لزوم الإدلاء بما يثبت الإبلاغ كضمان حقيقي وأنّ التتمة الحتمية لإجراءات التبليغ تكمن في علامة البلوغ.

وحيث ولئن كان العمل الإجرائي يقوم على الشكل والوسيلة التي يحددها القانون في الغرض إلّا أنّ الإجراء يختلف شدة ومرونة من عمل إلى آخر على غرار المكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ الواجب توجيهه للمبلغ إليه الذي شدد عليه المشرع كإجراء يمثل قاعدة صحة للعمل ونص عليه صراحة كإجراء أساسي خلافا لبعض العناصر التي أوردها المشرع في العمل الإجرائي والتي ترتبط بحصول الضرر الذي يتمحور في حق الدفاع وعدم إيصال العلم بالعمل المراد تبليغه وهو ما لم يثبت في النزاع الماثل باعتبار ثبوت إشعار المعقب ضدها بالإجراء المتّخذ ضدها حسبما تؤكده علامة البلوغ المظروفة بالملف التي كانت ممضاة من قبل من مثلها.

وحيث أنّ القول باختلال التبليغ من هذه الوجهة أضحى في غير طريقه واتّجه لذلك ردّ هذا المطعن.

-عن المطعن المأخوذ من خرق الفصل 71 من م. م. م. ت.

وحيث اقتضى الفصل 71 من م. م. م. ت. أنّه «تبطل عريضة الدعوى :..

أولا : إذا وقع فيها خطأ أو نقص في بيان اسم ولقب المدعى عليه أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو إذا لم تقع مراعاة مواعيد الحضور.

ثانيا : إذا لم يقع التنبيه على المدعى عليه بما أوجبته الفقرة الثانية من الفصل 70 أو لم تبلغ إليه نسخة من مؤيدات الدعوى.

ويزول البطلان بحضور المدعى عليه أو محاميه إذا كان الخلل من الصنف الوارد بالفقرة الأولى وبتقديم الجواب عن الدعوى إذا كان الخلل موضوع الفقرة الثانية وعلى المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان عريضة الدعوى إذا تبين بطلانها وذلك عند تخلف المدعى عليه أو محاميه عن الحضور أو عن تقديم الجواب بحسب الأحوال».

وحيث أنّه بالرجوع إلى محضر الاستدعاء للجلسة أمام المحكمة الابتدائية بالمهدية عدد 81475 المؤرخ في 31/ 03/ 2011 المتضمن لعريضة الدعوى أنّ المؤيدات الواقع تبليغها للمدعى عليها تتمثل في نسخة من عقد الإشغال ونسخة من محضر تنبيه مجرى بتاريخ 08/ 02/ 2011 بموجب الرقيم عدد 80244 في حين تبين بالرجوع إلى كشف المؤيدات المظروفة بالملف وما تضمنه الحكم الابتدائي من تنصيص بشأن المؤيدات المدلى بها أنّ المدعية أدلت بمؤيدات إضافية عما تمّ تبليغه للمدعى عليها تتمثل في :

-قائمة في المبالغ المتخلدة بذمة المطلوبة.

-نسخة مطابقة للأصل من الفاتورة عدد 0900105 بتاريخ 28/ 11/ 2009.

-عدد 4 نسخ مطابقة للأصل من قائمة الحسابات والحاملة للخصم من الضمان.

وحيث عللت محكمة القرار المطعون فيه ردها للدفع المتعلق ببطلان عريضة الدعوى لعدم تبليغ كل المؤيدات بالقول إنّ «المدعية سلمت صحبة عريضة الدعوى للمدعى عليها نسخة من عقد الإشغال ونسخة من محضر تنبيه مجرى بواسطة عدل التنفيذ مراد الحكيم بتاريخ 08/ 02/ 2011 حسب رقيمه عدد 80244 وأنّ ما تمّ إضافته من مؤيدات كان أثناء نشر القضية لدعم موقفها لا يتعارض مع أحكام الفصل 69 من م. م. م. ت.».

وحيث أنّ التعليل المنتهج من قبل المحكمة المذكورة ينطوي من جهة أولى على تحريف للوقائع على اعتبار أنّه لم يثبت من خلال الرجوع إلى محاضر الجلسات التي نشرت بها القضية الابتدائية أنّ المدعية قد أضافت مؤيدات أثناء نشر الدعوى الأمر الذي يؤكده كشف المؤيدات الذي نص على مؤيدات غير التي تم تبليغها صحبة عريضة الدعوى، ومن جهة ثانية على خرق للقانون على اعتبار أنّه قد ثبت عدم تبليغ المؤيدات التي انبنى عليها الادعاء للمدعى عليها ولم يقع تلافي هذا الخلل على النحو الذي اقتضاه القانون أي بالجواب عن الدعوى.

وحيث أنّ عدم تبليغ كل المؤيدات التي انبنى عليها الادعاء للمدعى عليها التي لم تحضر ولم تجب عن الدعوى يجعل عريضة الدعوى باطلة وأنّ ما عللت به محكمة القرار المطعون فيه ردها للدفع بذلك ينطوي على سوء تطبيق للفصل 71 من م. م. م. ت. وضعف في التعليل بما لا يسع معه إلّا اعتبار هذا المطعن حريا بالقبول».

7-4- الإجراءات في دعوى كف الشغب

7-4-1- التجريح في الخبير يختلف عن القدح في اختصاصه - دعوى كف الشغب المرفوعة من الشريك

قرار تعقيبي عدد 79257 بتاريخ 22 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين

راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

« عن الفرعين الأوّل والثاني من المطعن الأوّل :

[...]

حيث ثبت بالرجوع لحيثيات القرار المطعون فيه أنّ المحكمة اعتبرت عدم الطعن في الخبير طبق إجراءات الفصل 108 من م. م. م. ت. يجعل من الدفع المتعلق بعدم اختصاص الخبير مردودا.

وحيث أنّ مقتضيات الفصل 108 من م. م. م. ت. المتعلق بالتجريح في الخبير المنتدب لا يستوعب المطعن المثار ذلك أنّ الأمر يتعلق بالقدح في اختصاص الخبير المنتدب الذي تبين أنّه خبير في الفلاحة.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه لم تحسم هذه المسألة ولم تبين موقفها بخصوص سبب انتدابها لخبير مختص في الفلاحة في حين أنّ الاختصاص المطلوب عادة في تحقيق الشغب في العقارات المسجلة هو في قيس الأراضي هذا بالإضافة إلى أنّ الخبير المنتدب عند تحريره لتقريره ضمنه أنّه خبير لدى المحاكم في قيس الأراضي الأمر الذي كان على المحكمة التحري فيه رفعا لكل التباس لا أن تقتصر على اعتبار أنّ القدح في أعمال واختصاص الخبير المنتدب كالتجريح المنصوص عليه بالفصل 108 من م. م. م. ت.

[...]

عن الفرع الثالث من المطعن الأوّل:

[...]

عن المطعن الثاني:

حيث كانت الدعوى الأصلية تهدف إلى طلب الحكم بكف شغب المطلوب المعقب الآن عن عقار التداعي.

وحيث تعلقت الدعوى الحالية بالرسم العقاري عدد 87 سليانة المسمى « تلة المليتة «والماسح 964 هكتار و99 آر و20 ص والبالغ عدد المستحقين فيه 240 مستحقا طبقا لشهادة الملكية المظروفة بتقرير الاختبار.

حيث ولئن ثبت كون عقار التداعي في حالة شيوع بين المستحقين إلّا أنّ هذا لا يحول البتة دون إمكان القيام بدعوى كف الشغب من أحد الشركاء على الآخر ضرورة أنّ دعوى كفّ الشغب مناط أحكام الفصل 307 من م. ح.ع. ترمي في أساسها إلى حماية الانتفاع بالعقار المسجل وتقوم على أساس وجود حق عيني مرسم بالسجل العقاري وثبوت النيل منه واستعماله من غير صاحب الحق عليه.

وحيث نص الفصل 58 من م. ح. ع. على أنّه «لكل من الشركاء أن ينتفع بالشيء المشترك بقدر حصته بشرط أن لا يستعمله خلافا لطبيعته أو لما أعدّ له وألّا يكون استعماله مضرا بمصالح الشركاء أو مانعا لهم من التصرف بقدر ما لهم من الحق».

وحيث من هذه المثابة فإنّه من حق كل شريك طلب حماية حقه في الانتفاع بالعقار المسجل ولو كان العقار مشاعا ولم تتمّ قسمته.

وحيث انحصر النزاع بين طرفي التداعي الحالي في قطعتين تمثلان جزءا من المقسم عدد 14 من مثال الرسم العقاري وهما قطعتا البئر والحريقة وتمسك كل واحد منهما بتصرفه فيهما على قدر منابهما.

وحيث ثبت من مظروفات الملف أنّ المعقب ينوبه 82 آر و42 ص من عموم الرسم العقاري إلى جانب ما يتصرف فيه من منابات بقية ورثة والده بموجب التوكيل الصادر له ومنابات عمته مامية بموجب كتب التسويغ الصادر منها لفائدة شقيقه الطاهر بحيث أنّ المنابات المستغلة من طرفه حددت ب 5 هك و29 آر و88 ص وفي المقابل ينوب المعقب ضدهم من عموم الرسم العقاري إرثا في مورثهم إ. ك. 27 هك و18 آر و22.97 ص آلت له بالإرث والشراء.

وحيث للوصول إلى حقيقة النزاع وفي إطار ما خوله القانون للقاضي من سلطة البحث والاستقراء فإنّ الاستعانة بأهل الخبرة تفرضه مثل هذه النزاعات لاستجلاء حقيقة الشغب وتحديد ماهيته.

وحيث بالرجوع لأعمال الخبرة المعتمدة من طرف محكمة الحكم المطعون فيه يتّضح أنّها اتسمت بالعمومية إذ اكتفى الخبير بتحديد منابات كلّ طرف وبيان الفارق في المساحة المتصرف فيها سواء بالزيادة أو النقصان وكان من المتجه أن تبحث المحكمة في حالة التصرف وتجري استقراءاتها بهذا الخصوص وأن

تسمع بينة مستفيضة بخصوص التصرف في القطع المتنازع بشأنها كما كان بإمكانها تكليف الخبير بتطبيق عقود شراء مورث المدعين المعقب ضدهم الآن المرسمة بالرسم العقاري لبيان إن كانت تشمل القطع المتنازع في شأنها أم لا كما كان عليها مزيد التحري بخصوص ما أثاره الخبير صلب التحريرات المجراة لدى السيد قاضي الناحية بالطور الابتدائي بتاريخ 7-6-2016 من كون المعقب المدعى عليه في الأصل لم يمكنه من معاينة بعض القطع المحاذية لقطعة البئر والتي أكد له المدعي رامي أنّها في تصرف المعقب وهي مسألة لها أهمية في وجه الفصل في القضية.

وحيث أنّ اعتبار محكمة القرار المنتقد أنّ الشغب مسلّط على كامل القطعتين عدد 1 وعدد 2 من المثال المرافق لتقرير الخبير دون بيان الأسباب التي دعتها لتبني هذه النتيجة يجعل من قضائها ضعيف التعليل ويؤدي إلى تحويل الدعوى من دعوى في كفّ شغب إلى دعوى في طلب قسمة جزء من عموم هذا العقار بأن خصصت به المدعين دون سواهم على الرغم من عدم وضوح حالة التصرف فيها وهو ما يعرض قضاءها للنقض بهذا الخصوص».

7-4-2 القيام بدعوى الاستحقاق يشترط الإذعان لحكم الحوز

قرار تعقيبي عدد 67238 بتاريخ 18 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث اقتضى الفصل 58 من م. م. م. ت. أنّ القائم بدعوى الاستحقاق لا يقبل منه القيام بدعوى الحوز على أساس شغب أو افتكاك حوز متقدمين عن قيامه بدعوى الاستحقاق. ودعوى الاستحقاق التي رفعها المقام عليه بدعوى الحوز قبل القيام عليه بهذه الدعوى لا تأثير لها على دعوى الحوز. ومن وقع القيام عليه بدعوى الحوز لا يمكنه القيام بدعوى استحقاقية إلا بعد البت في دعوى الحوز وليس له في صورة صدور الحكم ضده في الدعوى المذكورة أن يقوم بدعوى استحقاقية إلا بعد أن يذعن لما اقتضاه ذلك الحكم.

وحيث ثبت من مظروفات الملف أنّه قد سبق القيام ضد الطالبين في التداعي الراهن -المعقبين الآن – بقضية حوزية أمام محكمة ناحية الحامة انتهت بتاريخ 27/ 09/ 2013 بصدور الحكم الحوزي عدد 2563 القاضي بإلزامهما بكف شغبهما عن العقار المتداعى في شأنه ورفع أيديهما عنه وتسليمه شاغرا من كل الشواغل وهو الحكم الواقع إقراره بالقرار الاستئنافي عدد 16569 الصادر بتاريخ 24/ 03/ 2014 كما ثبت أنّ العقار المشمول بالقضية الحوزية هو ذاته العقار محل التداعي الراهن كيفما أثبتته نتيجة البحث الاستحقاقي.

وحيث أنّ القيام الآن بدعوى الاستحقاق والحال أنّه قد سبق صدور حكم بكف الشغب على الطالبين الآن – المعقبين - لا يعدّ مقبولا رجوعا إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 58 المشار إليه أعلاه - إلا بعد أن يثبت إذعانهما لما اقتضاه الحكم الحوزي.

وحيث قدرت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ الإذعان للحكم الحوزي لم يتوفر على اعتبار أنّ التنفيذ الجزئي للقرار الاستئنافي عدد 16569 المذكور أعلاه تعلق بالمصاريف دون التنفيذ العيني وهو ما يجعل القيام بدعوى استحقاقية في غير طريقه

وحيث أنّ الإذعان للحكم الذي اقتضته أحكام الفصل 58 من م. م. م. ت. إنّما يعني الخضوع التام لمقتضى دعوى الحوز وذلك بكف الشغب عن العقار المتداعى في شأنه ورفع اليد عنه وتسليمه لمدعي الاعتداء شاغرا من كل الشواغل وهو ما يؤول إلى اعتبار أنّ ثبوت تنفيذ القرار الاستئنافي الحوزي على نحو جزئي بخلاص مصاريف الدعوى لا يفيد بتوفر شرط الإذعان للحكم الحوزي وأنّ محكمة القرار المطعون فيه الآن إذ عللت قضاءها على هذا النحو تكون قد أنزلت به صحيح القانون ولا مطعن فيما انتهت إليه وتعين لذلك رفض الطعن أصلا ».

7-5- الإجراءات أمام محكمة الاستئناف

7-5-1- إجراءات التبليغ -الخطأ في ذكر اليوم لا يبطل عريضة الاستدعاء

قرار تعقيبي عدد 64534.2018 بتاريخ 22 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين

السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعن الوحيد بجميع فروعه:

حيث تناولت المعقبة صلب المطعن المضمن بمستندات تعقيبها نعيها على محكمة القرار المنتقد مخالفة مقتضيات الفصلين 70 و134 من م. م. م. ت. بمقولة إنهما لم يوجبا ذكر اسم اليوم الواقع إليه التبليغ وإنّ الخطأ الذي تسرّب إلى محضر تبليغ مستندات الاستئناف هو مجرد خطأ مادي قابل للتدارك بإعادة الاستدعاء.

وحيث أنّ الإشكال القانوني مناط قضية الحال يتعلق بتحديد طبيعة الجزاء المستوجب تسليطه في صورة تسرّب خطإ إلى يوم تبليغ الاستدعاء للجلسة من حيث الاسم ولا من حيث العدد هل يمكن اعتبار إجراءات التبليغ مختلة شكلا في صورة عدم حضور المستأنف ضده وبالتالي القضاء برفض الطعن المرفوع شكلا أم يحق للمحكمة طالما اقتصر الخطأ على اسم اليوم دون عدده أن تأذن للطاعن بإعادة استدعاء خصمه من جديد حتى يقع تلافي الخطأ الوارد بعريضة الاستدعاء.

وحيث يجب التسليم ابتداء أنّ الاستئناف وباعتباره وسيلة طعن عادية في الأحكام فقد أحاطه المشرع بجملة من الشروط والإجراءات يتوقف على توفرها قبوله من الوجهة الشكلية وعليه فإنّه وفضلا عن ضرورة أن تتوافر فيه الشروط العامة لقبول الدعاوى والمتمثلة في الصفة والمصلحة والأهلية فإنّ قبول الطعن بالاستئناف من الوجهة الشكلية محاط بشروط خاصة متعلقة بطبيعة الحكم المستأنف والإجراءات الواجب القيام بها لرفع الطعن وهي المسائل التي ضبطها المشرع تدقيقا بالفصول من 130 إلى 134 من م. م. م. ت.

وحيث بالاطلاع على محضر الاستدعاء للجلسة وتبليغ مستندات الاستئناف عدد 49312 المقدم لمحكمة الدرجة الثانية يتبين أنّه تضمن التنصيص على استدعاء المعقب ضده الآن للحضور بالجلسة التي ستنعقد يوم **الاثنين** الموافق لـ 29 جوان 2017 على الساعة التاسعة صباحا والحال أن يوم 29 جوان 2017

يوافق يوم **الخميس**، لا يوم الاثنين وفي المقابل فقد ثبت تخلف المستأنف ضده المبلّغ إليه الاستدعاء عن الحضور وعن تقديم جوابه عن الدعوى.

وحيث اقتضى الفصل 134 من م. م. م. ت. أنه: « يجب على المستأنف استدعاء خصومه للجلسة على طريقة الفصل الخامس وذلك في أجل لا يقل عن عشرين يوما قبل تاريخ الجلسة... مع مراعاة أحكام الفصل 71 في خصوص ما يحصل في محضر الاستدعاء من نقص أو خطأ في بيان اسم ولقب المستأنف ضده أو المحكمة أو **تاريخ الجلسة** أو مواعيد الحضور».

وحيث نص الفصل 71 من م. م. م. ت. على أنه: «تبطل عريضة الدعوى إذا وقع فيها خطأ أو نقص في بيان اسم ولقب المدعى عليه أو المحكمة أو **تاريخ الجلسة** أو إذا لم تقع مراعاة مواعيد الحضور... ويزول البطلان بحضور المدعى عليه أو محاميه...»

وحيث أنّ السؤال المطروح استنادا إلى ما تضمنته عريضة الطعن بالاستئناف هو الآتي: هل أنه كان يتحتم على الطاعن ذكر اسم يوم الجلسة أم إنّ ذكر عدد يوم الجلسة كاف في حد ذاته لاعتبار الاستدعاء صحيحا وإن ذكر يوم الجلسة اسما وعددا كان تزيدا منه؟

وحيث لتحديد ما قصده المشرع من عبارة « تاريخ الجلسة « الواردة بالفصلين 71 و134 من م. م. م. ت. يتعين الرجوع إلى أحكام الفصل 70 من ذات المجلة والذي فصّل المشرع في آخر فقرته الأولى مقصده من عبارة تاريخ الحضور في الجلسة المعينة لها القضية فنص صراحة على أنّ تاريخ الحضور الواجب التنصيص عليه بعريضة الدعوى يجب أن يشمل السنة والشهر واليوم والساعة.

وحيث بتطبيق ما تقدم على وقائع قضية الحال وبالرجوع إلى محضر الاستدعاء للجلسة وتبليغ مستندات الاستئناف عدد 49312 يتبين أنّه تضمّن التنصيص على السنة وهي سنة 2017 والشهر وهو شهر جوان واليوم وهو يوم 29 والساعة وهي الساعة التاسعة صباحا.

وحيث يتبين ممّا تقدّم أنّ التنصيص بالاستدعاء على أنّ يوم 29 جوان 2017 هو يوم اثنين كان من باب التزيد ضرورة أنّ المشرع اشترط التنصيص على رقم اليوم، لا اسمه باعتبار أنّه يمكن الاستغناء على ذكر اسم اليوم إلّا أنّه في المقابل

لا يمكن الاستغناء عن ذكر عدده باعتبار أنّ العدد هو الحاسم لتحديد الموعد الصحيح للجلسة ومن هنا يتبين أنّ ما قصده المشرع بيوم الجلسة هو العدد، لا الاسم.

وحيث أضحى تأسيسا على ما تقدم قضاء محكمة الحكم المنتقد برفض الاستئناف شكلا رغم أنّ يوم الجلسة كان صحيحا ومتطابقا مع ما ورد بالملف من معطيات قضاء غير منسجم مع إرادة المشرع المنصوص عليها بالفصول الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وحيث لا جدال من جهة أخرى أنّ الهدف من الإعلام هو تبليغه للشخص الذي سيوجه الطعن ضده وبالتالي يجب أن يكون ذلك التبليغ بطريقة قانونية ويجب التأكد من حصوله للمعني بالأمر كما يجب ومن صحته حتى لا يتضرر بصدور حكم ضده وفي مغيبه.

وحيث أن الخطأ في اسم يوم الجلسة الذي ترتب عنه عدم حضور المستأنف ضده المعقب ضده الآن للجلسة المعينة لها القضية أمام محكمة الدرجة الثانية كان من الممكن تلافيه بالإذن للطاعنة بإعادة استدعاء خصمها حتى لا يلحق به أي ضرر نتيجة الخلط الذي يمكن أن يحصل في ذهنه من جراء ذكر عدد يوم جلسة غير متطابق مع اسمه.

وحيث تكون تأسيسا على ما تقدّم محكمة القرار المطعون فيه قد أساءت تطبيق ما ورد من إجراءات بالفصول 70 و71 و134 من م. م. م. ت. ورتبت جزاء لا يتماشى مع ما قصده المشرع من عبارة تاريخ الجلسة ممّا كان له تأثير على وجه الفصل في قضية الحال وهو ممّا أورث قضاءها خرقا للقانون وضعفا في التعليل يستحق النقض».

7-5-2- إجراءات وآجال الاستئناف

7-5-2-1- الأجل المستوجب لاستدعاء المستأنف ضده

قرار تعقيبي عدد 59694 بتاريخ 04 مارس 2019 صادر عن الدائرة المدنية السابعة والثلاثين برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

«حيث مع التسليم ابتداء أنّ الاستئناف – وباعتباره طريق طعن في الأحكام الصادرة من المحاكم – أحاطه المشرع بجملة من الشروط والإجراءات يتوقف على توفرها قبوله من الوجهة الشكلية عن ضرورة أن تتوافر فيه الشروط العامة لقبول الدعاوى والمتمثلة في الصفة والمصلحة والأهلية فإنّ قبول الطعن بالاستئناف من الوجهة الشكلية محاط بشروط خاصة متعلقة بطبيعة الحكم المستأنف أو الإجراءات الواجب القيام بها لرفع الطعن من ذلك ما جاء بالفصل 134 م. م. م. ت. الذي اقتضى في فقرته الأولى أنّه: « يجب على المستأنف استدعاء خصومه للجلسة على طريقة الفصل الخامس وذلك في أجل لا يقل عن عشرين يوما قبل تاريخ الجلسة وينخفض هذا الأجل إلى ثلاثة أيام إذا كان الحكم المستأنف صادرا في المادة الاستعجالية أو في قضايا من النوع المنصوص عليه بالفصل 81، ويكون الاستدعاء مصحوبا بنسخة من عريضة الطعن وبنظير من مستنداته التي على المستأنف تقديمها لكتابة المحكمة مع نسخة الحكم وما لديه من الوثائق مرفقة بكشف يراعى في شأنه ما ورد ذكره بالفصل 72...».

وحيث أنّ مناط ما جاء بالفصل 134 أعلاه هو تحديد الأجل العام الأدنى للاستدعاء الذي لا يقل عن عشرين يوما قبل تاريخ الجلسة أمّا الاستثناءات الواردة بهذا الفصل فيما يتعلق بهذا الأجل فتخص حالات الحط من الأجل إلى ثلاثة أيام بالنسبة إلى القضايا الاستعجالية أو القضايا من النوع المنصوص عليه بالفصل 81 من م. م. م. ت. وهي القضايا المؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خط يد معرف بالإمضاء به أو قرينة قانونية أو كان هناك تأكد يوجب النظر على وجه السرعة.

وحيث أنّ إشارة المشرع للأجل الاستثنائي للاستدعاء المقدر بثلاثة أيام لا تعتبر من قبيل الإقصاء للأجل العام الذي يظلّ مستوجب الاحترام طالما لم يكن التداعي استعجاليا أو من النوع المنصوص عليه بالفصل 81 من م. م. م. ت. والمذكور أعلاه – وهو غير صنف التداعي الراهن لتعلقه بطلب إبطال عقدي هبة لوقوعهما في فترة مرض موت المورث – وذلك لتعلق الأمر بنصّ إجرائي يجب تأويله تأويلا ضيقا دون توسع ولكون ما به قيد أو استثناء من القوانين لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة.

وحيث أضحى تمسّك نائب المعقبين بأنّ الأجل المستوجب لاستدعاء المستأنف ضده هو الأجل الاستثنائي الوارد بالفصل 134 م. م. م. ت. غير مبرر قانونا طالما أنّ طبيعة النزاع وموضوعه لا تتنزّل في إطار إحدى الصور المذكورة به.

وحيث ومن جهة أخرى فقد أوجب الفصل 134 في فقرته الأخيرة مراعاة أحكام الفصل 71 في خصوص ما يحصل في محضر الاستدعاء من نقص أو خطأ في بيان اسم ولقب المستأنف ضده أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو مواعيد الحضور.

وحيث جاء بالفصل 71 م. م. م. ت. أنّه: «تبطل عريضة الدعوى... أولا: إذا وقع فيها خطأ أو نقص في بيان اسم ولقب المدعى عليه أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو إذا لم تقع مراعاة مواعيد الحضور... ويزول البطلان بحضور المدعى عليه أو محاميه إذا كان الخلل من الصنف الوارد بالفقرة الأولى... وعلى المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان عريضة الدعوى إذا تبين بطلانها وذلك عند تخلف المدعى عليه أو محاميه عن الحضور...».

وحيث كان في تقدير المحكمة اختلال إجراءات الاستئناف لعدم مراعاة آجال الاستدعاء للجلسة تنزيلا لصحيح القانون على الطعن المنظور منها وكان القول بأنّ هذا الخلل قابل للتدارك يتجافى لخصوصيات الأحكام الإجرائية التي تأبى التوسع فيها.

وحيث في نفس السياق فإنّ المشرع تعرض بالفصل 140 من القسم الثاني من م. م. م. ت. تحت عنوان إجراءات السير في الاستئناف - والتي يندرج ضمنها الفصل 134 - إلى أنّ القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على نوازل الاستئناف بقدر ما لا يتخالف مع أحكام هذا الباب.

وحيث اقتضى الفصل 80 من م. م. م. ت. أنّه: «تحيل المحكمة لجلسة المرافعة القضايا التي ترى أنها مهيّأة للحكم في الأصل ويمكن أن تكون الجلسة في اليوم ذاته».

وحيث أضحى النعي على محكمة الحكم المطعون فيه عدم صرفها القضية للمرافعة غير مبرر قانونا طالما أنّ المشرع أوجب الإحالة إلى هذا الطور القضايا المهيأة للحكم في الأصل وهو ما لم يكن شأن القضية التي انتهت بصدور الحكم

المطعون فيه، إذ لم تنصرف فيها المحكمة لنظر الأصل بل اقتصرت على معاينة اختلال الإجراءات الشكلية لعدم مراعاة آجال استدعاء المستأنف ضدهما اللذين لم يحضرا ولم ينيبا محاميا عنهما.

وحيث كان الحكم المطعون فيه مؤسسا قانونا واتجه رد الطعن بشأنه».

7-5-2-2- استدعاء محامي المستأنف للحضور بالجلسة المعينة لها القضية بواسطة عدل تنفيذ

قرار تعقيبي عدد 78826 بتاريخ 27 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث دفع الطاعن بمخالفة محكمة القرار المطعون فيه مقتضيات الفصول 133 و134 و135 من م. م. م. ت. حينما قامت باستدعاء محامي المستأنف للحضور بالجلسة المعينة لها القضية بواسطة عدل تنفيذ في حين أنّ الإجراء المذكور موكول بصفة حصرية لكاتب المحكمة بالطريقة المحددة في الفقرة الأولى من الفصل 44 من م. م. م. ت.

وحيث اقتضى الفصل 133 من م. م. م. ت. أنّه «عندما يرد الملف لمحكمة الاستئناف يتولى الرئيس تعيين المستشار أو الحاكم لتقرير القضية عند الاقتضاء ويأذن بنشر القضية بالجلسة التي يعينها والكاتب يستدعي إليها محامي المستأنف بالطريقة المبينة بالفصل 44.

كما اقتضى الفصل 135 من نفس المجلة أنّ «استدعاء محامي المستأنف للجلسة يقع تبليغه قبل انعقادها بأجل لا يقلّ عن ثلاثين يوما».

وحيث وبناء على مقتضيات الفصلين المذكورين فإنّه يتعين على محكمة الدرجة الثانية أن لا تقضي بسقوط الاستئناف إلّا بعد التثبت من إعلام كاتب المحكمة محامي المستأنف بالجلسة التحضيرية الأولى قبل انعقادها بأجل لا يقل عن ثلاثين يوما حتى يتمكن من القيام بموجبات الفصل 134 من نفس المجلة.

وحيث يتبين بالرجوع إلى مظروفات الملف أنّه لم يقع استدعاء نائب المستأنف بالطريقة الإدارية المبينة بالفصل 44 في فقرته الأولى فارتأت محكمة

القرار المطعون فيه الإذن للمستأنف ضده باستدعائه بواسطة عدل تنفيذ تفعيلا منها للفقرة الثانية من الفصل 44 المذكور التي اقتضت أنّه: «كما يمكن للقاضي إذا رأى في ذلك مصلحة أن يأذن بطلب من المدعي أو بدون استدعاء المطلوب بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة العدل المنفذ».

وتمّ بذلك استدعاء نائب المستأنف للحضور بالجلسة المقررة ليوم 07 نوفمبر 2018 كيفما ثبت من خلال المحضر المحرر من قبل الأستاذ عبد الستار بن حسين بتاريخ 3-10-2012 بموجب رقيمه عدد 103749 وذلك على معنى الفصل 8 من م. م. م. ت. وتوصل نائب المستأنف بالمحضر المذكور كيفما هو ثابت من بطاقة الإعلام بالبلوغ المذيلة بإمضائه بتاريخ 22 أكتوبر 2018 ممّا يكون معه الغرض من الإجراء قد تحقق بحصول العلم بموعد الجلسة وتكون بذلك محكمة القرار المطعون فيه قد أحسنت تطبيق مقتضيات الفصول 44 و134 و134 و135 من م. م. م. ت.

وحيث أنّ إمساك نائب المستأنف عن القيام بالإجراءات المحمولة عليه عملا بمقتضيات الفصل 134 من م. م. م. ت. من عدم إدلائه بالملف الاستئنافي رغم حصول العلم له بموعد الجلسة التي عينت بها القضية يعدّ إخلالا بإجراءات الطعن يستوجب القضاء برفض الاستئناف شكلا وهو ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه عن صواب ولا تثريب عليها في ذلك بما يجعل قرارها بمنأى عن النقض واتجه لذلك رد المطعن المثار لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا».

قرار عدد 58675 بتاريخ 04 مارس 2019 صادرعن الدائرة المدنية السابعة والثلاثين برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

«حيث اقتضى الفصل 133 من م. م. م. ت. أنّه: «عندما يردّ الملف لمحكمة الاستئناف يتولى الرئيس تعيين المستشار أو الحاكم لتقرير القضية عند الاقتضاء ويأذن بنشر القضية بالجلسة التي يعينها والكاتب يستدعي إليها محامي المستأنف بالطريقة المبينة بالفصل 44».

وحيث استقر فقه القضاء على التأكيد على أنّ قواعد الإجراءات بأنواعها لا تقبل عامة التأويل الواسع لاسيما إذا ما تبين أنّ ذلك يؤول إلى حجب الغاية الإجرائية التي ترمي إليها القاعدة القانونية وقوامها حماية المتقاضي وضمان حقه في محاكمة عادلة.

وحيث أنّ مؤدّى ما سلف من قول هو أنّ الهدف من قواعد الإجراءات إنّما هو ضمان أفضل السبل لحسن سير المرفق العام القضائي مع مراعاة مصلحة الخصوم التي لا تتعارض معه وبالتالي فإنّ سعي محكمة الأصل إلى البت في المنازعة لا يجب أن يكون سندا للتوسع في القاعدة الإجرائية على نحو يخرج عن الغاية التي أقرّها المشرع من خلال سنه لها.

وحيث ثبت من خلال الحكم المطعون فيه أنّ المحكمة أذنت لنائب المستأنف ضده باستدعاء نائب المستأنف بواسطة عدل تنفيذ مستندة في ذلك على أحكام الفصل 44 من م. م. م. ت. التي أحال لها الفصل 133 المبين أعلاه.

وحيث أنّ أحكام الاستدعاء بواسطة عدل تنفيذ قد وردت بالفصل 44 فقرة ثانية المتعلقة باستدعاء المطلوب والتي نصّت على أنّه: « يمكن للقاضي إذا رأى في ذلك مصلحة أن يأذن بطلب من المدعي أو بدونه استدعاء المطلوب بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة العدل المنفذ.» أمّا الاستدعاء المعني بالفصل 133 المبين أعلاه والذي يتولاه كاتب المحكمة فقد أشارت له الفقرة الأولى من الفصل 44 قولا إنّه: «عندما يتلقى القاضي عريضة الدعوى يأذن الكاتب باستدعاء الأطراف للصلح، وعند التعذر للحكم. ويكون الاستدعاء بواسطة أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية للحضور لديه في اليوم الذي يعينه لذلك». وعليه فإنّ الاستناد إلى الأحكام المتعلقة بالإذن للمدعي باستدعاء المطلوب للتوسع في أحكام الفصل 133 أضحى بغير سند قانوني لاسيما وأنّ تسليط جزاء رفض الاستئناف شكلا من الخطورة والأهمية بمكان ما يدعو إلى أن تكون المحكمة متيقنة من كون نائب الطاعن قد بُلّغ بالإعلام بالجلسة وفق الصيغ والآجال القانونية على نحو يجعله متحملا بتبعات إخلاله بالإجراءات المحمولة عليه بتلك الصفة، وهو ما لم تشهد به مظروفات الملف الاستئنافي

وحيث خلا الملف مما يقطع بعلم نائب الطاعن بالجلسة وفق الإجراءات والصيغ القانونية فكان القضاء حياله بالرفض شكلا غير مؤسس قانونا ما يؤول إلى اعتبار الحكم المطعون فيه مجانبا لصحيح الأحكام المنظمة بإجراءات الطعن بالاستئناف ولا يسع مع ذلك إلّا اعتبار الطعن الماثل مبرّرا ومن ثمة قبوله أصلا».

7-5-3- الإدخال في الطور الاستئنافي عند الطعن في حكم غير قابل للتجزئة

قرارتعقيبي بتاريخ 30 سبتمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد عادل بن سالم وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث لا خلاف في أنّ المبدأ في الدعاوى المدنية هو أن تكون ملكا لأصحابها يوجهونها ضد من شاؤوا طبق الأحكام القانونية ولهم الخيرة في انتقاء خصومهم على أنّ تظل كلمة المحكمة هي العليا في تقدير صحة ذلك وإدخال من يستوجب الأمر إدخاله كإخراج من لا وجه له في الدعوى.

وحيث أنّ هذا المبدأ لا يخص رفع الدعوى ابتداء فقط وإنّما يشمل كذلك الطعن فيها ضرورة أنّ القاعدة العامة في هذا الصدد هي أنّ الطاعن هو الذي يحدد خصومه بعريضة طعنه حسبما تقتضيه مصلحته ومرمى طعنه فالقاعدة العامة في نسبية الأثر المترتب على رفع الطعن هي أن لا يستفيد منه إلا من رفعه ولا يحتجّ به إلّا ضد المقام عليه. غير أنّ هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يمكن أن يقع الالتفات عنها في بعض الصور فإذا كان موضوع النزاع أو الحكم غير قابل للتجزئة أو كان من شأن قبول الطعن في فرع من فروع الطلبات أن يؤثر في قوام الحكم برمته إذا لم يشمل الطعن كلّ أطراف التداعي الأصلي وهو ما يعرف بمبدأ شمولية الطعن من جهة مناطه الذاتي أي أطراف التداعي.

وحيث لم تشمل إجراءات الطعن بالاستئناف كل أطراف التداعي الأصلي ولاسيما المعقول تحت أيديهم والحال أنّ النزاع الراهن يتنزل في إطار طلب أداء دين وتصحيح عقلة توقيفية مع ما يستتبع ذلك -في صورة اعتبار القضاء بإلزام المعقول عنها بالأداء - من آثار على المعقول تحت أيديهم عملا بالفصل 333

وما بعده من م. م. م. ت. وبالتالي كان النزاع غير قابل للتجزئة من جهة أطرافه. ومن هذه المثابة كان على محكمة القرار المطعون فيه إدخال كل من لم تشمله إجراءات الطعن لتوحيد أشخاص الخصومة وهي مسألة أولية يفترض التحقق منها قبل الولوج للنظر في وجاهة الاستئناف من الناحية الأصلية على اعتبار أنّ من أوجه الفصل في أصل الطلب أن يؤثر بصفة مباشرة على الأطراف الذين لم يشملهم الطعن وهو عين التداعي الراهن.

وحيث أهملت المحكمة استحضار كلّ عناصر الدعوى المنظورة منها بما أضحى معه قرارها مختلا من هذه الوجهة».

7-5-4- الدفع الشكلي على معنى الفصل 149 من م. م. م. ت. أمام محكمة الاستئناف

قرار عدد 66765/ 66741 بتاريخ 13 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«عن المطعن الأوّل المثار في القضية عدد 66741 المأخوذ من خرق الفصل 149 من م. م. م. ت:

حيث ينسب الطاعن للقرار المنتقد خرق مقتضيات الفصل 149 من م. م. م. ت. باعتبار أن الحكم الابتدائي كان صدر في شأن دفع شكلي بموجب نفي الصفة في جانب المعقب الآن وأنّ محكمة الدرجة الثانية ومع إقرارها بتوفر الصفة في جانب البنك المعقب الآن فإنها بتت في الأصل حال أنه كان من المتعين إرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى.

وحيث ينصّ الفصل 149 من م. م. م. ت. أنّه: «إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع كما لها إن كان الموضوع قابلا للفصل أن تبت فيه».

وحيث يستخلص منه أن محكمة الطعن غير ملزمة برد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للحكم في الأصل، فإذا تبادل الطرفان الملاحظات في الشكل

والأصل وبتت محكمة الدرجة الأولى في الناحية الشكلية فقط دون أن تتعرض إلى الأصل فإنه يجوز لمحكمة الاستئناف إذا كانت القضية مهيأة للفصل أن تقضي في الناحية الأصلية دون أن تكون ملزمة بإرجاعها إلى محكمة الدرجة الأولى وهو ما انتهجته عن صواب محكمة القرار المنتقد فقد تبين بأن القضية كانت مهيّأة للحكم بموجب التحقيقات والإجراءات التي تمت لدى محكمة الدرجة الأولى فقد تمكّن جميع الأطراف من تبادل التقارير بالطور الابتدائي وأدلى كل طرف بما له من مؤيدات ومطاعن بما يخوّل لمحكمة الدرجة الثانية باعتبار المفعول الانتقالي للاستئناف الحكم في الأصل وليس في ذلك أيّ خرق للفصل 149 من م. م. م. ت. وأضحى المطعن غير وجيه بما يتعين معه ردّه».

7-6-الصفة والأهلية في القيام

7-6-1- بطلان القيام ضد ميّت - تعذّر تصحيح الإجراء بإدخال الورثة

قرار تعقيبي عدد 64286.2018 بتاريخ 22 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعنين لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما

حيث نسب المعقب للقرار الاستئنافي المطعون فيه سوء تأويل أحكام الفصل 19 من م. م. م. ت. وهضم حقوق الدفاع لما نقض الحكم الابتدائي وقضى من جديد ببطلان عريضة الدعوى استنادا لانعدام أهلية أحد الأطراف المقام ضدهم دون التثبت من شرط العلم المسبق بالوفاة.

وحيث تعلّقت المسألة القانونية الخلافية مناط قضية الحال بمدى إمكانية اعتبار القيام على ميت باطلا من أساسه بصرف النظر عن علم القائم بالدعوى بوفاة المقام ضده من عدمه أم إنّه يستوجب للقضاء باختلال إجراءات القيام ثبوت علم المدعي المسبق بوفاة خصمه المطلوب قبل رفع الدعوى عليه؟

وحيث اقتضى الفصل 19 من م. م. م. ت. في فقرته الأولى أن « حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق ويجب أن تكون للقائم مصلحة في القيام.... «

وحيث عرّف فقهاء القانون الأهلية بكونها صلاحية الشخص بأن تتعلق به حقوق له أو عليه ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق وهذا يعني أن الأهلية شرط يجب توفره في المدعي والمدعى عليه فلا يصح القيام أمام المحاكم إلا بتوفر الأهلية في طرفي الدعوى مثلما هو الشأن في العقود التي يستوجب فيها توفر الأهلية بين طرفي العقد حتى ينبرم العقد صحيحا ومن هنا يتضح أن لا فرق بين أهلية التقاضي وأهلية التعاقد لأن كلتيهما صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق والتحمل بالواجبات.

وحيث ذكرت الأهلية في المجال التعاقدي ضمن الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود كركن من أركان العقد، أما في الميدان القضائي فإن الأهلية هي شرط لانعقاد الخصومة ولقبول الدعوى وهو ما نص عليه المشرع صراحة صلب الفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل 19 من م.م.م.ت. حين اعتبر أنه: «من واجب المحكمة رفض الدعوى إذا تبين لها من أوراق القضية أن **أهلية القيام منعدمة**... غير أنّه إذا كان **شرط الأهلية المقيدة هو المختل عند القيام** فإن تلافيه أثناء نشر القضية يصحح الدعوى».

وحيث يمكن أن تتقيد أهلية الشخص في القيام لأسباب طبيعية لصيقة به كضعف مداركه العقلية وسفهه وقد تتقيد أيضا لأسباب خارجة عنه وإنما تولدت نتيجة لأعماله ولأفعاله كالمفلس وكذلك المحكوم عليه بعقوبة جنائية أما إذا تعلق الأمر بالقيام ضد ميت فإنّ الإجراءات تكون مختلة قانونا ويتعذر تصحيحها لانعدام الأهلية تماما مثلما نصت عليه صراحة الفقرة الثالثة من الفصل 19.

وحيث استقر فقه قضاء هذه المحكمة على القول بأنه إذا رفع الطعن ضد شخص توفي قبل ذلك أضحى الطعن معدوما لأنّ من يريد توجيه الطعن أن يراقب ما يطرأ على خصومه من وفاة أو تغيير في الصفة قبل رفع الطعن (قرار تعقيبي عدد 46902 مؤرخ فى 21/ 01/ 1997).

وحيث بالرجوع إلى مظروفات قضية الحال وبالاطلاع على مضمون وفاة المدعى عليها في الأصل م. ش.س. يتبين أنها توفيت منذ 06 مارس 2012 كما ثبت أن دعوى الحال تم رفعها من قبل المعقب الآن في 02 جانفي 2013 مما يتعذر معه قانونا تصحيح الإجراء بإدخال الورثة طالما ثبت أن أهلية التقاضي

لدى المطلوبة المذكورة كانت منعدمة في تاريخ رفع الدعوى عليها بصرف النظر عن مدى علم القائم بالدعوى بواقعة الوفاة في ذلك التاريخ من عدمه سيما أنه من الواجب أن تتوفر الأهلية والصفة في القيام حسب الفصل 19 من م. م. م. ت. في المدعي والمدعى عليه معا عند القيام.

وحيث خلافا لما ورد بمستندات الطعن فإنّ ثبوت أنّ المعقب ضده الآن هو الوريث الوحيد للمطلوبة وأنه في الآن نفسه طرف في القضية لا يمكن أن يصحح معه الإجراء ضرورة أنّ الدعوى ومنذ انطلاقتها وجهت ضد شخصين اثنين مستقلين من حيث الذمة المالية والشخصية القانونية هما الواهبة والموهوب له واللذان يفترض أن يكون كل واحد منهما طرفا في النزاع الرامي إلى الحكم بإبطال عقد الهبة المبرم بينهما وعليه فإنّ القول بأنّه اجتمعت في شخص المعقب ضده الصفتان هو قول مجانب للصواب باعتبار أنه لا جدال في أن صفة المعقب ضده كوريث للواهبة مختلفة تمام الاختلاف عن صفته كموهوب له.

وحيث أضحى الخدش في الحكم المنتقد بمخالفة أحكام الفصل 19 من م. م. م. ت. وهضم حقوق الدفاع مجانبا للصواب واتجه بذلك رد المطعنين المثارين ورفض مطلب التعقيب أصلا.

وحيث أخفق المعقب في طلبه واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفه عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

قرار تعقيبي عدد 65422 بتاريخ 04 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«عن المطعن الثاني المأخوذ من مخالفة القانون وتحريف الوقائع وهضم حقوق الدفاع:

حيث لما كانت الأهلية –رجوعا إلى مقتضيات الفصل 19 من م. م. م. ت. – شرطا للقيام بالدعوى فإنّ اختلالها يؤثر لا محالة على سير التداعي غير أنّه من المتعين التمييز بين ما إذا كان اختلال شرط الأهلية – كصورة وفاة أحد الأطراف المتداعية – واقعا عند رفع الدعوى أو أثناء النظر فيها.

وحيث إن كان جزاء اختلال ذلك الشرط – كانعدام أهلية أحد الأطراف أو كونه متوفى بتاريخ رفع الدعوى – يشوب الدعوى برمتها ويجعلها مختلة شكلا، فإنّ وقوع هذا الطارئ أثناء النشر لا يجعل الدعوى مختلة شكلا وإنّما يجعل النظر فيها متعطلا إلا إذا تهيأت الدعوى للحكم في موضوعها فيمكن للمحكمة أن تقضي فيها طبق ما اقتضته أحكام الفصل 241 من م. ا.ع.

وحيث يتضح ممّا تقدّم أنّ إيقاف الدعوى لوفاة أحد الخصوم أثناء النظر فيها أو بطلانها لوفاة أحد الخصوم قبل القيام بها هما حالتان مختلفتان لكل منهما إجراءاتها ونتائجها والنص القانوني الذي يحكمها.

وحيث رجوعا إلى أوراق القضية وخاصة حجة الوفاة المظروفة بالملف أنّ وفاة أحد المدعين في الأصل وهو ن. ف. حصلت بعد القيام بإجراءات رفع الدعوى وبالتالي انعقدت الخصومة صحيحة في تاريخ الاستدعاء باعتبار أنّ كل واحد من طرفي القضية كانت له الأهلية والصفة والمصلحة في القيام.

و حيث ولئن كان ثبوت وفاة أحد الخصوم أثناء التداعي يفضي إلى تعطيل النظر في القضية قانونا عملا بالفصل 241 من م. ا. ع. إلّا أنّ ذلك يقتضي حصول العلم للمحكمة المتعهدة بالقضية بتلك الواقعة أثناء نظرها وقبل أن تصير الدعوى متهيئة للحكم في موضوعها ذلك أنّ القاعدة الأصولية الواردة بالفصل 562 من م اع تقتضي أنّ الأصل في الأشياء بقاء ما كان على ما كان عليه وأنّ من يدعي خلافه أن يثبته وعليه فطالما لم يثبت للمحكمة حصول أيّ طارئ من طوارئ الأهلية أثناء نظرها في القضية فإنها تقضي فيها طبق أوراقها وعليه فإنّه لا تثريب على محكمة البداية قضاءها في أصل الطلب المعروض عليها.

وحيث أنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من أنّ حكم البداية قد اعتراه خلل إجرائي يتمثل في صدوره لفائدة ميت وأنه قد كان من واجب المدعين إدخال الورثة منذ الطور الابتدائي وما رتبته من أثر على ذلك ينطوي على خرق للقانون على اعتبار أنّ إجراءات القيام وسير الدعوى أمام محكمة البداية كانت سليمة ولا تثريب عليها تبعا لذلك فيما انتهت إليه من نتيجة في هذا الصدد وأنّ إثارة مسألة وفاة أحد الخصوم بالطور الاستئنافي لا تفضي –رجوعا إلى مقتضيات الفصل 241 من م. م. م. ت. – إلى رفض الدعوى الابتدائية لاسيما أنّ الفصل

152 من م. م. م. ت. يعتبر الخلفاء من ضمن الخصوم لدى الاستئناف هذا فضلا على أنّه قد ثبت أنّ نائب المستأنف ضدهم قد قدم مطلبا في حل المفاوضة بتاريخ 03/ 11/ 2017 لإدخال ورثة المتوفّى وهو طلب أهملته المحكمة رغم جديته

وحيث أضحت الأسانيد التي بنت عليها محكمة القرار المطعون فيه غير سليمة من الوجهة القانونية وهو ما لا يسع معه إلّا قبول هذا المطعن أيضا ».

7-6-2- التمسك بالصّفة في القيام بالطّور التعقيبي إخلال بالنزاهة في التقاضي

قرار تعقيبي عدد 81988 بتاريخ 25 ديسمبر 2019 صادرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعى العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمحضر كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث تأسس المطعن على انتفاء صفة القيام في جانب المعقب ضدها بكونها ليست مالكة للدجاج والديك الرومي موضوع طلب الخسارة.

وحيث أثارت الطاعنة مسألة الصفة في القيام لأول مرة لدى هذه المحكمة وهو الأمر الذي يطرح التساؤل إن كانت صفة القيام لها علاقة بالنظام العام.

وحيث تبين بالرجوع إلى أوراق الملف أنّ محكمة البداية تعهدت بالنزاع وسايرت المعقبة مراحله وأبدت دفوعاتها أمامها دون إثارة مسألة الصفة كما باشرت إجراءات الطعن بالاستئناف أمام الدائرة الاستئنافية وقدمت مستنداتها دون إثارة مسألة الصفة التي دفعت بها لأول مرة أمام محكمة التعقيب.

وحيث اقتضت الإجراءات أن تفصل المحكمة في الخصومات المعروضة عليها بناء على ما تبادله أطراف النزاع من أسانيد ودفوع وإذا لم ينكر أحدهما صفته عن الآخر ولم يتمسك أحدهما بعدم صفة الآخر أمامها شكلا وأصلا وبمختلف أطوار التقاضي الأصلي فإنه لا يمكنه إثارة الدفع بعدم الصفة على أساس ما ذكر.

وحيث أنّ التصدي لهذا الدفع الغاية منه عدم حصول تحايل في الإجراءات وتوظيفها حسب مشيئة مثيرها فالطرف الذي حضر وناقش ودافع لا يمكنه أن يوظف المسائل الإجرائية للأضرار بغيره وذلك أنّ الحماية الإجرائية شرعت

لضبط مسألة التقاضي وتحقيق المواجهة الفعلية بين الأطراف ولذلك ليس لمن توفرت في حقه هذه الضمانات ولم يدفع بالخلل الإجرائي لمن توفر وتصدى لأصل الدعوى أن يعود لإثارتها من جديد وتعين لذلك ردّ المطعن لعدم وجاهته».

7-7- إصلاح الأخطاء المادّيّة

7-7-1-الخطأ المتسرب لهوية المستأنف بالحكم هو من الأخطاء المادية القابلة للإصلاح

قرار تعقيبي عدد 64426.2018 بتاريخ 01 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث كان ثابتا رجوعا إلى لائحة القرار المطعون فيه أنّ المحكمة نصت بديباجة الحكم خطأ على أن المستانف هو الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والحال أن مطلب ومستندات الاستئناف قدمت من طرف الصندوق الوطني للتأمين على المرض في شخص ممثله القانوني.

وحيث من المسلم به أنّ الأخطاء المادية المتسربة للأحكام لا تصلح لأن تكون سببا للطعن لإمكانية تداركها بالإصلاح عملا بأحكام الفصل 256 من م. م. ت. وما استقر عليه فقه قضاء هذه المحكمة.

وحيث أنّ الخطأ المادي المتسرب لهوية المستأنف ليس من شأنه أن يشوب القرار المطعون فيه في شيء ضرورة أنه قابل للإصلاح عملا بأحكام الفصل 256 من م. م. ت. ولا يشكل سببا للطعن واتجه لذلك ردّ هذا المطعن ».

7-7-2- شروط إصلاح الخطأ المادي

قرار تعقيبي عدد 62246.2018 بتا رخ 02 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوي الغربي وبحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

عن المطعنين لترابطهما واتحاد القول فيهما:

حيث من المعلوم أنّ الأخطاء المادية المنسوبة للأحكام وما قد يحصل من سهو في تدوين بعض البيانات كالغلطات المادية في الاسم أو في الحساب يمكن تداركها بالإصلاح عملا بأحكام الفصل 256 من م. م. م. ت. الذي اقتضى أنّ الغلط في الرسوم والغلطات المادية في الاسم أو الحساب وغير ذلك من الإخلالات المبينة من نوع ما ذكر يجب على المحكمة دائما إصلاحها ولو من تلقاء نفسها ويحكم في إصلاح الغلط أو الاختلال بدون سبق مرافعة شفاهية ويجب أن ينص بطرة أصل الحكم وبالنسخ المغطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح.

وحيث ولئن لم يحدد المشرع التونسي صلب الفصل 256 المذكور بصفة واضحة طبيعة الخطأ المادي الموجب للإصلاح إلّا أنّ فقه قضاء محكمة التعقيب استقر على اعتبار أنّ الغلط المادي المذكور يرتكز أساسا على معيارين اثنين وهما عدم مساس الغلط المادي بأصل الحق والصبغة غير الإرادية للغلط المادي أي أنّه غلط ناجم عن مجرد سهو غير إرادي.

وحيث يفهم من ذلك أنّ حكم الإصلاح وبوصفه حكما متمما للحكم الأصلي لا يجب أن يتعدى مجرد الغلط المادي في الاسم أو في الحساب دون أن يكون له مساس بالأصل أي بمعنى آخر لا يجب أن يكون معدلا للحكم أو مغيرا لما صدر به.

وحيث وترتيبا على ما سبق بسطه فإنّ سلطة المحكمة في إطار مطلب إصلاح متعلق بحكم يقتصر على الغلطات المادية بالرجوع إلى مظروفات الملف ولا تملك إصلاحه على نحو مخالف لما قضى به الحكم المذكور في أصل الحق أو أن تتخذ مطلب الإصلاح وسيلة للرجوع في الحكم الصادر فيها فتغير منطوقه أو تعدله بما يناقضه لما في ذلك من مساس بحجية الأمر المقضي فإذا تجاوزت سلطتها جاز الطعن في قرار الإصلاح بنفس طرق الطعن المتاحة بالنسبة إلى الحكم محل الإصلاح.

وحيث تبين بالرجوع إلى القرار الاستئنافي عدد 17546 وقرار الإصلاح المتعلق بالقرار المذكور المطعون فيهما أنّ محكمة الاستئناف التي أصدرت قرار الإصلاح غيرت مبلغ الجراية السنوية المحكوم بها لفائدة المعقب الآن وقامت

بتعديل المبلغ المذكور بالحط منه من (3.573،0087 د) إلى (2.501،105 د) ودون حتى أن تبرر هذا التعديل وفق ما اقتضته أحكام الفصل 123 من م. م. م. ت. وتكون بذلك قد غيرت جوهر ما قضى به وأضحى ما تضمنه قرار الإصلاح قضاء جديدا وهو أمر يحجره القانون وتكون بذلك محكمة الاستئناف قد تجاوزت سلطتها وخرقت صريح أحكام الفصل 256 من م. م. م. ت. بما يستوجب معه قبول الطعن المثار ونقض قرارها المطعون فيه مع قرار الإصلاح الذي تلاه ».

7-7-3- الطعن في قرارات الشرح وتفسير الأحكام

قرار تعقيبي عدد 78060 بتاريخ 18 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيد كريم المهدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث اقتضى الفصل 124 من م. م. م. ت. أنّ: «المحكمة التي صدر منها الحكم لها وحدها النظر في شرح حكمها بطلب من الخصوم يقدم كتابة لرئيس المحكمة.

وتتولى المحكمة شرح الحكم بحجرة الشورى من غير مرافعة بدون زيادة أو نقص على ما يقتضيه نصه ويكون هذا الحكم التفسيري متمما للحكم الواقع تفسيره ولا يقبل الطعن إلّا مع الحكم الواقع تفسيره».

وحيث يستخلص من الفصل المذكور أنّ شرح الحكم هو في حقيقته بيان أسانيده وإيضاح لما قد يكون مجملا وغامضا فيه دون زيادة أو نقص وبالتالي يبقى التفسير في نطاقه الضيق فهو مطلب ينصب على الحكم ومنطوقه وبالتالي فهو لا يتجزأ من أصل الحكم ويعد متمما له ويستوجب ذلك من المحكمة التي تتولى الشرح أن لا تخرج عن مفهوم الحكم الأصلي فتزيد فيه وتمنح طالبه حقوقا جديدة أو تغيير مراكز الأطراف وإذا لم تلتزم بذلك تعرض قرارها للطعن لدرء ما قد يلحقه من أضرار ممن لم يطلب الشرح ولم يعلم به خاصة إذا اتصل القضاء بالحكم الأصلي الواقع تفسيره ولا توجد أية إمكانية للطعن فيه وهو ما يجعله قابلا للطعن.

وحيث وبالرجوع على قرار الشرح موضوع الطعن الراهن يتضح أنّ المحكمة التي أصدرته قد تجاوزت منطوق حكمها عدد 26347/ 26349 الواقع شرحه لما تعرضت إلى ملكية الأسهم في الشركات التي ترجع في الأصل للمعقب ضده الأول م. م. م. الواقع مصادرتها لفائدة الدولة واعتبرت المحكمة صلب قرار الشرح أنّ رفع الائتمان عن الأسهم المذكورة يترتب عنه رفع يد شركة ك. عنها وإرجاع ملكيتها لمالكها الأصلي المشار إليه آنفا قبل صدور قرار المصادرة كما قامت المحكمة بشرح قرار الشرح عدد 66513 المؤرخ في 15-03-2018 لتُلزم بورصة الأوراق المالية تسليم شهادة في التسجيل للأسهم الاجتماعية المتعلقة بالشركات الواقع رفع الائتمان عليها لمالكها م. م. م. وهو ما يعدّ تجاوزا لمقتضيات الفصل 124 من م. م. م. ت. الذي حدد إطار قرار الشرح وحدود مناطه حتى لا يصبح حكما جديدا مستقلا عن الحكم الواقع شرحه من شأنه خلق آثار قانونية جديدة لم يتعرض لها القرارالقضائي المطلوب شرحه فيفقد قرار الشرح دوره الأساسي المتمثل بالأساس في رفع الالتباس الوارد بالحكم المراد شرحه.

وحيث وفضلا على ذلك فلقد تبين أنّ قرار الشرح موضوع الطعن الراهن ورغم تعلقه بشرح منطوق قرار استئنافي استعجالي فقد تعرض إلى مسائل تهم اختصاص محكمة الأصل بأنّ البت في ملكية الأسهم المصادرة والواقع رفع الائتمان عليها عبر الإقرار بوجوب إرجاع ملكية الأسهم إلى مالكها السابق في حين أنّ المسألة لا يمكن الخوض فيها إلّا في إطار نزاع في الأصل بما أن القضاء المستعجل عملا بأحكام الفصل 201 من م. م. م. ت. لا ينظر في أصل الخصومة وأصل الحق فلا ينشِئ حقا ولا يعدمه وإنما يقتصر دوره على حماية الحقوق الظاهرة لا أكثر.

وحيث بات قرار الشرح المطعون فيه خارقا لمقتضيات الفصلين 124 و201 من م. م. م. ت. مما يجعله عرضه للنقض لذا تعين نقضه دون إحالة طالما لم يبق موجبا لإعادة النظر فيه».

7-8- إنذار المدين بالخلاص هو إجراء وجوبي سابق لاستصدار الأمر بالدفع

قرار تعقيبي عدد 78107.2018 بتاريخ 05 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن الفرع الأول من المطعن الأول :

حيث باشر نائب المعقبة طرحه لهذا الفرع من المطعن الأول من خلال التطرق لمسألة تمثلت فيما اعتبره خرقا لأحكام الفصل 59 وما بعده من م. م. م. ت. اعترى القرار المنتقد بعدم الإدلاء بمحضر الإنذار بالدفع سند الأمر بالدفع المطعون فيه.

وحيث من المسلم به أن استصدار الأمر بالدفع هو من الأعمال القضائية يصدر بناء على عريضة تقدم إلى القاضي الذي يصدر قراره دون سماع الأطراف ودون احترام مبدأ المواجهة وأنّ الطعن في الأمر بالدفع بالاستئناف يؤول إلى ضرورة احترام ذلك المبدأ حتى يتمكن الطاعن من الاطلاع على مؤيدات الأمر بالدفع ومناقشتها وحتى تتأكد المحكمة من احترام شروطها الشكلية والإجراءات المستوجبة في شأنها.

وحيث اقتضى الفصل 60 من م. م. م. ت. أنه :» إذا تجاوز الدين (150 000 د) فعلى الدائن قبل تقديم المطلب إنذار المدين بواسطة عدل منفذ بأنه إذا لم يوف بالدين في ظرف خمسة أيام كاملة يقع القيام ضده طبق إجراءات الأمر بالدفع ويجب أن يرفق محضر الإنذار بنسخة من سند الدين...»

وحيث ما من شكّ أنّ محضر الإنذار بالدفع يجب أن يستوفي شروطه الشكلية والموضوعية وتتمثل هذه الأخيرة في معين الدين وسنده.

وحيث ثبت بتفحص مظروفات الملف الاستئنافي ومؤيدات الأمر بالدفع المضافة به أن المعقب ضدها لم تتولّ تقديم ما يفيد توليها إنذار المعقبة الآن بالدفع قبل استصدارها للأمر بالدفع المطعون فيه.

وحيث أن إنذار المدين بالخلاص هو إجراء وجوبي سابق لاستصدار الأمر بالدفع وبالتالي وجب على محكمة القرار المخدوش فيه قبل القضاء بإقرار الأمر

بالدفع أن تتحرى في مدى استيفائه لكافة موجباته القانونية والتثبت ممّا إذا كان الأمر بالدفع المطعون فيه أمامها قد صدر في غياب الإنذار بالدفع السابق له من عدمه ولما لم تفعل تكون قد أورثت قضاءها خرقا للقانون واتجه لذلك قبول الفرع الأول من المطعن الأول المثار من قبل الطاعنة.

وحيث أنّ نقض الحكم المطعون فيه للسبب المذكور أعلاه يغني عن الرد عن بقية المطاعن المثارة من قبل المعقبة والمتعلقة بأصل الحق ».

7-9- مفهوم نسخة الحكم المطعون فيه

قرار تعقيبي عدد 64913.2018 بتاريخ 22 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن جملة المطاعن لاتحاد وجه القول فيها

حيث اقتضى الفصل 134 من م. م. م. ت. في فقرته الأولى أنّه: «يجب على المستأنف استدعاء خصومه للجلسة على طريقة الفصل الخامس وذلك في أجل لا يقل عن عشرين يوما قبل تاريخ الجلسة وينخفض هذا الأجل إلى ثلاثة أيام إذا كان الحكم المستأنف صادرا في المادة الاستعجالية أو في قضايا من النوع المنصوص عليه بالفصل 81، ويكون الاستدعاء مصحوبا بنسخة من عريضة الطعن وبنظير من مستنداته التي على المستأنف تقديمها لكتابة المحكمة مع **نسخة الحكم** وما لديه من الوثائق مرفقة بكشف يراعى في شأنه ما ورد ذكره بالفصل 72...»

وحيث لا جدال في أن تقديم نسخة الحكم المطعون فيه إجراء أساسي باعتبار أن هذا الحكم هو المسلط عليه الاستئناف والمطلوب من المحكمة النظر فيه من جديد وبالتالي فإنه يشترط في هذه النسخة أن تكون قانونية حتى تتمكن المحكمة من إجراء ما لها من حق النظر فيها.

وحيث ولئن أوجب الفصل 134 سالف الذكر على الطاعن بالاستئناف تقديم نسخة من الحكم المطعون فيه فإنّه لم يشترط أخذها من النسخة الأصلية المحفوظة بكتابة المحكمة فحسب بل جاءت عبارة النص مطلقة وهو ما يوجب

إطلاق حكمها على جميع نسخ الحجة الرسمية وغيرها المأخوذة من أصلها متى شهد بصحتها المأمورون العموميون المأذونون بذلك طبقا لما تضمنته أحكام الفصل 470 من مجلة الالتزامات والعقود.

وحيث أنّ عدم اكتفاء محكمة القرار المطعون فيه بالنسخة المجردة المدلى بها من طرف الطاعن وترتيبها على ذلك جزاء رفض الطعن شكلا ينطوي على خرق واضح لأحكام الفصل 134 من م. م. م. ت. الذي نصّ على وجوب تقديم نسخة من الحكم المطعون فيه وهي النسخة الحائزة على المقومات القانونية المستوجبة حتى تكون صالحة لاعتمادها أي النسخة الموافقة للنصوص التشريعية دون أن يشترط أن تكون بالضرورة النسخة مسجلة بالقباضة المالية.

وحيث ومن جهة أخرى فإنّ استناد محكمة القرار المنتقد لأحكام مجلة التسجيل والطابع الجبائي واعتبارها أنّ عدم تسجيل نسخة الحكم المطعون فيه يعدّ خرقا للإجراءات الأساسية للطعن والتي تهم النظام العام في غير طريقه ضرورة أنّ تسجيل الأحكام ينصهر في الإجراءات المتعلقة بدفع المعاليم المستوجبة للقباضة المالية وهو إجراء لا يتعلق بالنظام العام.

وحيث وتأسيسا على ما تقدّم فإنّ محكمة القرار المطعون فيه - بقضائها برفض الاستئناف شكلا بناء على أنّ النسخة المقدّمة من الحكم المطعون فيه هي نسخة غير مسجلة - تكون قد أنزلت بقرارها غير صحيح القانون بما أورثه وَهَنًا جعله في مرمى النقض ».

7-10-الاختصاص الحكمي والترابي

7-10-1- مقدار الكراء السنوي كمعيار لتحديد مرجع النظر الحكمي - الكراء لا نزاع فيه - على محكمة الموضوع واجب التحقق من جدّيّة المنازعة

قرار تعقيبي عدد 64956.2018 بتاريخ 23 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وإيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيدة منية بن علي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة أمال بن نصر.

«عن المطعن الوحيد المتعلق بخرق أحكام الفصلين 19 و23 من م. م. م. ت. :

حيث يستشف من أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 23 من م. م. م. ت. أنّ اعتماد مقدار الكراء السنوي كمعيار لتحديد مرجع النظر الحكمي في النزاعات المترتبة عن العلاقات الكرائية يشترط فيه أن يكون الكراء لا نزاع فيه.

وحيث وطالما كان وجود النزاع في العلاقة الكرائية من عدمه هو العنصر الذي يحدد الاختصاص الحكمي وطالما أنّ الاختصاص الحكمي يهم النظام العام فإنّ هذا النزاع لابدّ أن يتصف بالجدية بمعنى أن يكون حقيقيا وفعليا وليس واهيا بحيث يكون الغرض من إثارته التفصي أو التأثير على قواعد الاختصاص الحكمي. ويكون بالتالي على محكمة الموضوع واجب تقدير جدية المنازعة التي تثار أمامها في خصوص العلاقة الكرائية باعتبارها من المسائل الموضوعية وذلك استنادا لما يتوفر لديها من وقائع ومؤيدات لا أن تكتفي بالتسليم بتوفرها بمجرد إثارتها.

وحيث يتضح من مستندات القرار المطعون فيه والمؤيدات المظروفة بالملف أن محكمة القرار المطعون كانت على صواب في تمشيها لما لم تقم آليا بالتخلي عن أعمال معيار المقدار السنوي للكراء بمجرد منازعة المدعي في صفة المطلوب في توجيه التنبيه بإنهاء العلاقة الكرائية باعتباره ليس معاقده المسوغ له ولما تولت من ناحية أخرى التحقق من جدية هذه المنازعة في الصفة من عدمه من خلال مظروفات الملف منتهية إلى أنّها منازعة واهية استنادا لما ثبت لها أنّ المطلوب والمعقب ضده الأول الآن هو المالك الحقيقي للمكرى وأنّه آل له بموجب حكم استحقاقي بات وأنّ المدعي كان طرفا في النزاع الاستحقاقي النهائي وتمّ إعلامه بوجه قانوني بالقرار الاستئنافي الصادر في هذا الشأن.

وحيث أضحى بالتالي ما انتهت إليه المحكمة من انطباق الفقرة الثالثة من الفصل 23 من م. م. م. ت. لعدم جدية المنازعة في العلاقة الكرائية قائما على فهم سليم للقانون وعلى ما له أصل ثابت بالملف من الوقائع بما يتجه معه رد هذا المطعن ».

7-10-2 الاختصاص الحكمي في قضايا الكراء

قرار تعقيبي عدد 2019.79619 بتاريخ 09 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين

نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«عن المطعن الأول المأخوذ من خرق الفصول 17 و123 و251 من م. م. م. ت. :

حيث من المسلم به قانونا أن الدفع بعدم الاختصاص الحكمي يوجب عرض الملف على النيابة العمومية وفق مقتضيات الفصل 251 من م. م. ت. وهو إجراء احترمته محكمة القرارالمطعون فيه التي تولت بجلسة 28 فيفري 2019 عرض الملف على النيابة العمومية لإبداء الرأي فقدمت هذه الأخيرة طلباتها الكتابية بتاريخ 01 مارس 2019 طالبة تطبيق القانون كما أنه دفع يجوز إثارته في كل طور من أطوار التقاضي طبقا لما اقتضته أحكام الفصل 17 من م. م. ت.

وحيث لا جدال أنّ مرجع النظر الحكمي ودرجته يحددان في جملة القضايا المرفوعة بمقتضى معيارين اثنين نص عليهما صراحة الفصل 21 من م. م. ت. وهما طبيعة الدعوى ومقدار المال المطلوب.

وأما في خصوص الدعاوى الناشئة عن عقد كراء فإنّه وعدى القضايا التي تكون فيها قيمة الطلب محددة كأن يتعلق الطلب مثلا بأداء قيمة معينات كراء غير خالصة فإنّه في هذه الحالة ومثلما استقر عليه موقف الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب فإن المعيار المعتمد هو مقدار المال المطلوب ولا معين الكراء السنوي. أما إذا كانت الدعوى ناشئة عن عقد كراء وكانت قيمة الطلب غير معينة كقضايا إبطال التنابيه الموجهة من طرف المالك إلى المتسوغ أو القضايا المتعلقة بفسخ عقود الكراء كيفما هو الشأن في قضية الحال فإن قيمة الشيء المتنازع فيه تحرر بمقدار الكراء السنوي شريطة أن لا تكون العلاقة الكرائية موضوع نزاع جدي بين الطرفين وفقا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 23 من م. م. م. ت.

هذا وقد تبين لمحكمة الحكم المطعون فيه أنّ المنازعة المثارة من قبل المعقبين الآن بخصوص عدم ثبوت ملكية المعقب ضده للمكرى غير جدية منتهية إلى ثبوت العلاقة الكرائية بين الطرفين وإلى انعقاد الاختصاص لديها وقد كانت على صواب في ذلك ولم تخرق بالتالي أحكام الفصل 23 من م. م. م. ت. وهو ما يتعين معه رد هذا المطعن لعدم وجاهته [...] ».

7-10-3- الاختصاص الحكمي للدوائر التجارية

قرار تعقيبي عدد64697 بتاريخ 21 أكتوبر 2019 صادر عن الدّائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«عن المطعن الأول المأخوذ من خرق الفصل 40 من م. م. م. ت.:

حيث يقتضي الأمر ابتداء إرجاع الأمر إلى أصله الصحيح على نحو مؤداه أنّ الفصل 40 من م. م. م. ت. اقتضى أنّه تحدث بالمحكمة الابتدائية بموجب أمر دوائر تجارية تختص بالنظر في الدعاوى التجارية. وعليه فإنّه طالما لم يصدر أمر بإحداث دائرة تجارية بالمحكمة الابتدائية بالمهدية فإنّ النعي على محكمة القرار المطعون فيه عدم تحديد سندها للقول بأنه لا توجد بمحكمة البداية دائرة تجارية يفضي إلى مطالبتها بإثبات أمر سلبي وهو أمر غير مستساغ قانونا وعليه فقد كان حَسْبُها ما اعتمدته من تعليل لردّ هذا الدفع ولا تثريب عليها في ذلك واتجه رفض هذا المطعن».

7-11-إثارة الدفوعات

7-11-1-لا تثار أمام محكمة التعقيب أوجه دفوع جديدة إلا ما كان منها ماسا بالنظام العام

قرار تعقيبي عدد 57168.2017 بتاريخ 02 جانفي 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث أنّه من المسلم به فقها وقانونا أنّ الطعن بالتعقيب ليس امتدادا للخصومة الصادر فيها الحكم المطعون فيه بمعنى أنّ محكمة التعقيب ليست محكمة درجة ثالثة من درجات التقاضي حتى يتسنى للأطراف أن يثيروا لديها ما لهم من مطاعن بل إنّ نظرها مقصور على إجراء الرقابة القانونية على أوجه الدفاع إلى سبق إثارتها أمام محكمة الموضوع فلا تثار أمام محكمة التعقيب أوجه دفوع جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع إلّا ما كان منها ماسا بالنظام العام وتبين من

أسانيد القرار المنتقد والأوراق التي انبنى عليها أنّ المطاعن المذكورة لم يسبق إثارتها أمام محكمة الموضوع وهي بذلك تشكل دفوعا جديدة تثار لأوّل مرة أمام نظر محكمة التعقيب وهي مسألة لا يخولها القانون بما يتعين معه ردّ المطاعن ».

7-11-2-إثارة قرينة اتصال القضاء

قرار تعقيبي عدد 78060 بتاريخ 18 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية والتجارية عدد 4 المتركبة من رئيسها السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيد كريم المهدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث أن الدفع بوجود تضارب في الأحكام يفترض وجود أحكام قضائية تتحد في الموضوع والسبب والأطراف لكن تتناقض في مضمونها وهو ما يمنعه القانون من خلال ما نصّ عليه الفصلان 443 و482 من م. ا.ع. وحجية الأمر المقضي به والفصل 481 من نفس المجلة الناص على اتصال القضاء وشروطه.

وحيث اتضح أنّ الحكم الاستئنافي الاستعجالي عدد 11442 المحتج به من قبل المعقب تعلق بإثارة عدل التنفيذ لإشكال تنفيذي لفائدة طالب التنفيذ المعقب ضده الأول الآن م. م.م.إثر قيام صعوبة تنفيذية في تنفيذ الحكم الاستعجالي عدد 74551 المتعلق برفع الائتمان في حين أنّ الإشكال التنفيذي موضوع النزاع الراهن أثير من قبل المعقب ضدها الثانية بورصة تونس إثر الشروع في تنفيذ قرار الشرح عدد 66513 المتعلق بالحكم الاستئنافي عدد 74551 وعليه لا وجود لأيّ تناقض بين أحكام نهائية مثلما دفع بذلك المعقب وتعين ردّ هذا المطعن.

حيث أنّ التمسك باتصال القضاء يتطلب توفر شروط حددها الفصل 481 من م اع وهي أن تكون الأحكام المحتج بها نهائية وباتة ويكون موضوعها واحدا مع القضية موضوع النظر وكذلك السبب كما يجب أن تكون الدعوى بين نفس الخصوم الصادر بينهم الحكم وبعين الصفة السابقة في الطالب والمطلوب.

وحيث أن دفع الطاعن بوجود اتصال القضاء في خصوص مسألة مصادرة أملاك المعقب ضده الأول لفائدة الدولة واعتبار هذه مالكة لها بصفة نهائية والتي من بينها الأسهم المتعلق بالشركات موضوع النزاع الراهن وذلك على مستوى القضاء الإداري أو على مستوى القضاء العدلي ظل مجردا في ظل غياب أحكام

نهائية وباتة تقر بما دفع به المعقب من حسم المسألة قضائيا في خصوص انتقال ملكية الأسهم بصفة نهائية إلى الدولة لذا تعين رد المطعنين لعدم وجاهتهما.

حيث أنّ الدفع بقوة الأمر المقضي به يفترض وجود علاقة قوية ومترابطة وقوية بين الحكم المحتج به وموضوع القضية المعروض.

وحيث تبين أنّ القرار التعقيبي عدد 58649 المحتج به من قبل الطاعن ليس إلّا المسار الأخير للقرار الاستئنافي عدد 11442 المشار إليه آنفا بعد أن تولّى المعقب ضده الأول الطعن بالتعقيب في القرار الاستئنافي المذكور في إطار ما أثاره من إشكال تنفيذي بمناسبة تنفيذ الحكم الاستئنافي الاستعجالي عدد 74551 وهو موضوع يختلف لا محالة عن الإشكال التنفيذي المثار من قبل المعقب ضدها الثانية الآن المتعلق بقرار الشرح عدد 66513 وعليه لا وجود لأيّة مخالفة لمقتضيات الفصل 482 من م ا ع وتعين رد هذا المطعن».

7-12- الاختصاص الحكمي في نزاعات المنشآت العمومية

قرار تعقيبي عدد 57279.2017 بتاريخ 02 جانفي 2019 صادر عن الدائرة المدنية السابعة برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين ماجدة الفهري وهالة البجار وبحضور ممثل الادعاء العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة آمال بن نصر.

«حيث تمسك الطاعن بعدم اختصاص المحاكم العدلية بالنظر الحكمي في النزاع الحالي والحال أنّه مؤسسة عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية وفقا لأحكام الفصل 2 من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 03-06-1996 والذي يخص المحاكم العدلية بالنظر في ما ينشأ من نزاعات من المنشآت العمومية بما في ذلك المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية من جهة وأعوان هذه المنشآت أو حرفاؤها أو الغير من جهة أخرى فأرسى بذلك المعيار الهيكلي لتحديد الاختصاص.

وحيث وفضلا على ذلك فإنّ ما صدر عن الطاعن في تصرّف والمتمثل في افتكاك حوز المعقب ضدها لا يدخل في تسيير المرفق العام وعليه فإنّ المحاكم العدلية تكون مختصة بالنظر حكميا في النزاع الحالي حتى على فرض التسليم باعتماد المعيار الموضوعي لتوزيع الاختصاص ».

7-13-الأهلية-الترشّد ببلوغ سن الرشد-الطعن في حكم قابل للتجزئة وفي حكم غير قابل للتجزئة.

قرار تعقيبي عدد 72631.2019 بتاريخ 04 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد بشير المطوي وعضوية المستشارين السيدة عربية الطويهري والسيّد وليد بن حديديّة بحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«**حيث** اقتضى الفصل 19 من م. م. م. ت. أن حق القيام لدى المحاكم يكون لكلّ شخص له صفة وأهلية تخوّلانه حق القيام بطلب ما له من حقّ وأن تكون للقائم مصلحة في القيام... ومن واجب المحكمة رفض الدعوى إذا تبيّن لها من أوراق القضية أن أهلية القيام بها منعدمة أو لم تكن للطالب صفة القيام.

وحيث ثبت بالاطلاع على مظروفات الملف وفاة المعقب ت. ك. بتاريخ 18 أكتوبر 2018 حسب ما هو ثابت من حجة وفاته.

وحيث أنّ الإدلاء بمضمون الوفاة يعدم الحجة على انقراض الشخصية القانونية للمتوفّى وهو ما يترتب عنه فقدان أهلية الوجوب «Jouissance» وهي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقرّها القانون وأهلية الأداء «exercice» وهي صلاحية من له أهلية الوجوب في ممارسة ذلك الحق بنفسه.

وحيث أنه وطالما أنّ القائم بالطعن كان متوفّى في تاريخ تسجيل مطلب التعقيب في غرة فيفري 2019 وسجّل الطعن بالتعقيب من شخص ميّت منعدم الأهلية فلا يمكن قبول طعنه لعدم صحّته وبطلان إجراءاته.

وحيث أنّه ومن جهة أخرى فقد شمل الطعن المرفوع لدى هذه المحكمة المعقبة في حق ابنتها القاصرة التي ثبت ترشدها بتاريخ 13 سبتمبر 2018 لبلوغها سنّ الرّشد المدني على معنى الفصل 157 من م. أ. ش. والقانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرّخ في 26 جويلية 2010 المتعلّق بتوحيد سنّ الرّشد المدني وذلك بالرّجوع إلى بيانات حجّة وفاة والدها والتي ثبت من خلالها أنّ ابنته م. مولودة في 13 سبتمبر 2000.

وحيث أنه وطالما ثبت أن البنت م. ترشدت باكتمالها ثماني عشرة سنة من العمر فإنّ الولاية تسقط عن الطاعنة و. س. بحكم القانون إذ لم تبق لها صفة الولاية على ابنتها ولا صفة تمثيلها لدى القضاء وبذلك فإنّ طعنها بالتعقيب في حقها وهي فاقدة للصّفة القانونية على معنى الفصل 19 من م. م. م. ت. فيه خرق للقانون موجب لردّ الطعن.

وحيث أنّ من وظائف الطعن إلى جانب مراقبة القضاء للعمل القضائي المطعون فيه إنهاء النزاع، لذا أقرّ المشرّع مبدأ شمولية الطعن من جهة مناطه الذّاتي (الأطراف) والموضوعي (محلّ النّزاع)، وكذلك من جهة أثره.Recours voie d'achèvement du procès

إذا كان موضوع النّزاع أو الحكم غير قابل للتجزئة أو كان من شأن قبوله في فرع من فروعه أن يجعل كامل الحكم فاقدا للأسباب وهو مقتضى الفصلين 179 و197 من م. م. م. ت.في خصوص الطعن بالتعقيب والفصل 154 من م. م. م. ت.بالنّسبة إلى الطعن بالاستئناف. إذ اقتضى الفصل 179 المذكور أنّه: «لا يقبل الطعن لدى محكمة التعقيب إلا ممّن كان طرفا في الحكم المطعون فيه أو من خلفائه ولا يقبل منه الطعن إلاّ إذا كان متعلّقا بسبب خصّه شخصيّا غير أنّه يمكن لأحد المحكوم عليهم أن يؤسس طعنه على سبب يخص البعض منهم إذا كان موضوع الحقّ غير قابل للتجزئة» واقتضى الفصل 154 م. م. م. ت. أنه «إذا تعدّد المحكوم عليهم واستأنف البعض دون الآخر وكان موضوع الحكم لا يتجزّأ وجب إدخال بقية المحكوم عليهم في القضية ويكون الحكم كذلك إذا كان الطعن في الحكم من أحدهم من شأنه لو يقبل أن يجعل الحكم بتمامه فاقد الأساس» ولعدم تجزئة النزاع قد يكون سببا في إدخال بعض الأطراف بالرّغم من عدم الاستئناف من طرفهم، كما في صورة الحكم القاضي بالقسمة واستأنفه البعض دون الآخرين، فإنّ مقتضى الحكم يستوجب إدخال بقيّة المستحقين ولو لم يسبق لهم الطعن بالاستئناف ضرروة أن القرار الاستئنافي ينسحب على الجميع، وقد يقتضي القانون عدم التجزئة كما تتحقق عدم قابليّة الحكم للتجزئة بحسب طبيعة الحق.

وحيث أن النزاع موضوع قضية الحال وحسب طبيعته التي فصل فيها الحكم المنتقد بخصوص صحّة عقد البيع المعرّف عليه بالإمضاء في 07 ديسمبر 2012 والمسجل بالقباضة المالية بباجة بتاريخ 23 جانفي 2013 لا يحتمل الفصل فيه غير حلّ واحد بعينه فإمّا بطلانه أو صحّته ونفاذه ولذلك فهو يستلزم أن يكون الحكم في شأنه واحدا بالنسبة إلى جميع الخصوم إذ لا يأتي أن يكون الحكم باعتبار العقد صحيحا ونافذا بالنسبة إلى من لم يقبل طعنه أو لم يشمله الطعن وباطلا بالنسبة إلى بقية الخصوم والهدف من ذلك إنّما هو استقرار الحقوق ومنع تعارض الأحكام في النّزاع الواحد بما يؤدّي إلى صعوبة تنفيذ تلك الأحكام بل واستحالته في بعض الأحيان.

وحيث أن مطلب التعقيب وقد رفع ضدّ حكم تعلّق بموضوع غير قابل للتجزئة فإنّ ردّه بالنّسبة إلى الطّاعنين توفيق كعباشي ووسيلة سعيداني يستتبع بردّه بالنسبة إلى بقية الطاعنين وتعين لذلك رفض مطلب التعقيب شكلا ».

7-14- قرار النقض والإحالة الصادر عن الدوائر المجتمعة ملزم لمحكمة الإحالة- زور مدني.

قرار تعقيبي عدد 74746 بتاريخ 25 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«عن المطعن الوحيد المأخوذ من مخالفة القانون:

حيث أنّه من المعلوم أنّ محكمة التعقيب تضطلع بوظيفة أساسية في ضمان حسن تطبيق القانون وتوحيد التأويل القضائي للنصوص القانونية وهي تمارس هذه الوظيفة من خلال دوائرها العادية كذلك وخاصة من خلال دوائرها المجتمعة التي تعتبر الهيئة القضائية العليا بمحكمة القانون بالنظر أولا إلى تركيبتها كيفما ضبطها الفصل 193 من م. م. م. ت.وثانيا إلى الطابع الخاص لتعهدها والذي حدده الفصلان 191 و192 من م. م. م. ت. ما جعلها الرافد الأساسي لخلق وتطوير فقه القضاء.

وحيث أنّ خصوصية الدوائر المجتمعة تجعل بالضرورة القرار الصادر عنها ذا طبيعة خاصة ومميزة تتماهى مع طبيعة الهيئة الحكمية التي أصدرته وأنّه من هذه المثابة ميز المشرع القرار الصادر عن هذه الهيئة عن غيره من القرارات التعقيبية وهو ما يتجلى خاصة في صورة ما إذا قررت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة النقض مع الإحالة ففي هذه الصورة يكون قرارها واجب الاتباع من طرف محكمة الإحالة ولا يجوز مطلقا مخالفته عملا بالفقرة الثانية من الفصل 191 من م. م. م. ت.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه كانت باعتبارها محكمة إحالة متعهدة بموجب القرار الصادر عن الدوائر المجتمعة في القضية عدد 16457 بتاريخ 27/ 04/ 2017 محمولة قانونا على الالتزام بما انتهت إليه محكمة التعقيب من رأي ولا يجوز لها مطلقا مخالفته أو النظر فيما خرج عنه عملا بالفصل 191 الذي اقتضى أنّ: «القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيأ للفصل. وإذا رأت إرجاع القضية فإن قرارها يكون واجب الاتباع من طرف محكمة الإحالة».

وحيث بالرجوع إلى القرار الصادر عن الدوائر المجتمعة المذكور يتضح أنّه أقرّ بأنّ عدم خوض القضاء الجزائي في ثبوت التدليس يجعل للقضاء المدني ولاية النظر في دعوى الزور المدني والتعهد بها وفق الإجراءات المنظمة بالفصل 237 من م. م. م. ت. في إطار الدعويين الأصلية والمعارضة على حدّ سواء معتبرا أنّ ما انتهت إليه محكمة الأصل بخصوص عدم ثبوت التدليس هو أمر يتعارض مع ما تضمنته الأحكام الجزائية المضافة والاستقراءات المجراة في إطارها منها خصوصا اختبار الخطوط المنجز من الخبير منصف زعفران الذي مثل السند الأساسي لإقرار التقاضي الجزائي بواقعة التدليس والذي تضمن معطيات فنية دقيقة مضيفا أنّه على فرض قصور أعمال الاختبار سند الدعوى المجرى في

التقاضي الجزائي فإنّ محكمة الأصل تبقى معنية باعتماد الاستقراءات اللازمة على معنى الفصلين 237 و238 من م. م. م. ت. لتحقيق الدعوى بإجراء اختبار تكميلي عند الاقتضاء أو أعمال تكميلية والمطالبة بالأدلة اللازمة لاستكمال أعمال الخبير للتوصل إلى حقيقة التدليس باعتبار ما أكّده اختبار الكتائب من اختلاف بين بصمات نفس البائع وهو معطى جدي وواضح صادر عن أهل الخبرة يشير إلى حصول التدليس وليس لمحكمة الإحالة تجاهله والوقوف سلبا حياله

وحيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه الآن يتبين أنّ المحكمة عمدت إلى استبعاد تقرير الاختبار المجرى في إطار التقاضي الجزائي بواسطة الخبير منصف زعفران بصفة مطلقة وتكليف غيره مع ما استتبع ذلك من آثار تبعا لعدم أداء المستأنفين للتسبقة المقررة للخبير المنتدب فضلا على اعتمادها لمعطيات أخرى لم تكن من ضمن ما تم تعهيدها بالبحث فيه وتتصل بالتداعي الجزائي المثار ضد أحد المستأنفين وهو ب.ب حسب القرار التعقيبي الجزائي عدد 53886 كإثارتها لمسائل أخرى من ذلك ما تعلق بعدم شمول النزاع لبقية ورثة الخافي بوستة

وحيث أنّ في خروج محكمة الإحالة على ما جاء بالقرار الصادر عن الدوائر المجتمعة سند تعهدها وعدم التزامها بما انتهى إليه من استنتاجات حال أنّها ملزمة قانونا بعدم مخالفته يجعل قرارها متسما بخرق بيّن لقاعدة قانونية صريحة بما لا يسع معه إلّا اعتبار أنّ الطعن فيه على هدي من صحيح القانون واتجه قبوله أصلا».

7-15- مدى جواز التمسك أمام محكمة الإحالة بدفع من متعلقات النظام العام والإجراءات الأساسية خارج عن أسباب النقض.

قرار تعقيبي عدد 76750 بتاريخ 14 اكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدة مريم البكوش والسيد وليد بن جديدية وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث سبق لنائب المعقبة الآن أن دفع أمام محكمة القرار المطعون فيه بانتفاء الصفة في جانب القائمة بالدعوى وهو ما ردته المحكمة المذكورة قولا إنّ حدود نظرها كمحكمة إحالة محصور فيما تم تعهيدها به بموجب القرار الصادر عن

محكمة التعقيب وإنّ كل دفع خرج عن أسباب النقض والإحالة خارج عن نطاق ما هو مخول لها بالنظر فيه مستندة في ذلك لأحكام الفصل 191 من م. م. م. ت. الذي ينص على أنّ: «القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض...»

وحيث مع التسليم أنّ شرط الصفة في القيام ينظر إليه ويتم التحقق من توفره من عدم ذلك بتاريخ نشر القضية فإذا كانت الصفة غير متوفرة في ذلك التاريخ فإنه لا مجال لتداركها بتاريخ لاحق ويظل الخلل الإجرائي قائما يعيب إجراءات القيام التي يتعين على محكمة الأصل إثارتها وترتيب الآثار القانونية عليها باعتبار أنّ ذلك من الإجراءات الأساسية والنظام العام لتعلقها بسير التقاضي وهي كذلك من المسائل التي يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة التعقيب كما أنّ محكمة القانون محمولة على إثارة هذه المسألة تلقائيا متى تبين لها انتفاء الصفة في أحد أطراف التداعي. غير أنّ الإشكال رجوعا إلى التداعي الراهن يطرح على مستوى طبيعة وحدود تعهد محكمة الإحالة ونطاق ما هو مسموح لها بالنظر فيه عملا بالفصلين 191 و176 من م. م. م. ت. ومؤدى ذلك هو معرفة مدى جواز التمسك أمامها بدفع من متعلقات النظام العام والإجراءات الأساسية لم تسبق إثارته وخارج عن أسباب النقض.

وحيث ولئن كان تعهد محكمة الإحالة ينحصر في حدود ما تسلط عليه النقض على مقتضى الفصل 191 من م. م. م. ت. وأنّ كل ما خرج عن ذلك النطاق فإنه يحوز قوة الأمر المقضي ويتعين على محكمة الإحالة ألا تعيد النظر فيه، إلّا أنّ ذلك لا يمكن أن يكون مطلقا إذ يجد حدّه في المسائل المتعلقة بالنظام العام والإجراءات الأساسية على اعتبار أنّ الغاية الأساسية من الرقابة المخولة على الأحكام عن طريق طرق الطعن فيها هي – إلى جانب ممارسة الأطراف حقهم في التقاضي والطعن كحق دستوري – هو تلافي صدور أحكام ملتبسة بخروقات إجرائية أو موضوعية ماسة بالإجراءات الأساسية أو النظام العام وهو ما يتأكد من خلال تخويل محكمة القانون من التعهد تلقائيا بكل خلل من نوع ما ذكر وأنه على هذا الأساس فإنّ التصدي لدفع من هذا القبيل -بدعوى خروجه عن مناط النقض - ينطوي على قراءة مبناها ظاهر ألفاظ الفصلين 176 و191 من م. م.

م. ت. ذلك أنّ الاتجاه الذي انتهت إليه محكمة الإحالة يؤول إلى قبول التباس الأحكام بخروقات قانونية ماسة بالإجراءات الأساسية والنظام العام وهو ما لا يمكن تبريره به مهما كان السند المعتمد في تعليله

وحيث ترتيبا على ذلك فإنّه من المسلم به قانونا أنّ تعهّد محكمة الإحالة يكون في حدود أسباب النقض ما لم يتعلق الأمر بمسألة ذات مساس بالنظام العام والإجراءات الأساسية ذلك أنّ تلافي مثل هذه الإخلالات هو عين الغاية التي سعى المشرع إلى تحقيقها من خلال أوجه الطعن العادية وغير العادية وأنّه طالما كانت الصفة من مقومات الدعوى والتداعي عموما فإنّ التفات المحكمة عن النظر فيما تقع إثارته حولها من مطاعن بدعوى كونها محكمة إحالة فيه أضحى غير مستند على أساس سليم من القانون بما لا يسع معه إلا قبول هذا المطعن.

وحيث أنّ قبول هذا المطعن يغني عن النظر في بقية المطاعن لتعلقه بمسألة أولية ».

7-16- عرض الملف على النيابة

7-16-1-وجوبية إجراء العرض على النيابة العمومية بالطور الأصلي

قرار تعقيبي عدد 65422 بتاريخ 04 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«عن المطعن الأول المأخوذ من خرق القانون :

حيث اقتضى الفصل 251 من م. م. م. ت. أنه: »... يجب على رئيس المحكمة أن ينهي قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل إلى ممثل النيابة العمومية قصد الاطلاع على القضايا المتعلقة بعديمي الأهلية... ومن واجب ممثل النيابة العمومية تقديم ملاحظاته كتابة...»

وحيث من الثابت أنّ الدعوى من منطلقها شملت قاصرات عديمات الأهلية وهي بهذه المعاني مشمولة بأحكام الفصل 251 م. م. م. ت.

وحيث أنّ الإجراء المنصوص عليه بالفصل المذكور لا يفهم على معنى شكلية العرض فقط وإنّما هو في حقيقة الأمر تمكين للجهة الموكول لها بمقتضى

نيابتها عن الحق العام السهر على احترام القانون خصوصا القواعد التي لها علاقة بالنظام العام أو عديمي الأهلية وتمكينها من إبداء ملحوظاتها في المسائل التي تعرض عليها وذلك في حدود ما يهم النظام العام والحق العام فتبسط ما تراه من ملحوظات وعند الاقتضاء تقدّم طلباتها في حدود متعلقات تدخلها بما تراه متماشيا أو محققا للصالح العام والمحكمة إذ تنظر إثرها في النزاع فيجب أن يكون حاضرا لديها ما أبدته النيابة العمومية من ملحوظات ويكون ذلك داخلا في جملة العناصر والاعتبارات التي يتحدد على ضوئها وجه الفصل في المسألة التي عرض من أجلها الملف على النيابة العمومية.

وحيث من هذه المثابة فإنّ تجاوز إجراء العرض يترتب عنه حتما تغييب عنصر من عناصر القول في المسألة التي يقتضي القانون عرض ملف القضية من أجلها على النيابة العمومية.

وحيث أنّ مؤدّى ذلك أنّ إجراء العرض على النيابة العمومية في الصور التي حددها القانون إجراء وجوبي يتحتم على المحكمة احترامه والإخلال به إنما هو إخلال بقاعدة آمرة وهو ما أتته محكمة البداية ولم يتلافه القرار المطعون فيه بما يجعل المطعن المتعلق بخرق مقتضيات الفصل 251 م. م. م. ت. مبررا واتجه قبوله».

7-16-2- تجاوز إجراء عرض الملف على النيابة طالما لم يترتب عنه ضرر

قرار تعقيبي عدد 63347.2018 بتاريخ 05 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«عن المطعن الأول المأخوذ من مخالفة أحكام الفصل 251 من م. م. م. ت. :

حيث وخلافا لما دفع به الطاعن فإنّ عدم العرض على النيابة العمومية بالطور الأصلي لم يترتب عنه أيّ ضرر فقد كانت حقوق الأطراف محفوظة هذا فضلا على أنّ النيابة حضرت بهذا الطور وأبدت رأيها في الموضوع وهي لا تتجزأ وبالتالي أضحى المطعن غير وجيه ويتجه رده [...] ».

7-17- إثارة المحكمة لنص قانوني من تلقاء نفسها لا يخرق مبدأ الحياد

قرار تعقيبي عدد 67493.2018 بتاريخ 11 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث أنّ الفصل 12 من م. م. م. ت. يتعلق حصريا بوسائل الإثبات التي ليس على المحكمة التدخل فيها إيجابيا سواء بالتكوين أو الإحضار أو الإتمام بل عليها أن تكون محايدة في خصوصها.

وحيث لا يمكن الفصل في النزاع إلّا بقول ما يقتضيه القانون فيه وهو من أوكد الواجبات المحمولة على المحكمة التي يتمثل دورها في التثبت من الأسانيد الواقعية والقانونية للطرفين وما يخوله القانون فيها سواء استنادا إلى قواعد تمسك بها الطرفان أو إلى غيرها شريطة ألا يكون المشرع قد منع عليها صراحة إثارتها من تلقاء نفسها مثلما هو الشأن مثلا بالنسبة إلى الفصل 385 من م. ا. ع. الذي منع على المحكمة إثارة مسألة سقوط الدعوى بمرور الزمن من تلقاء نفسها أو بالنسبة إلى الفصل 483 من نفس المجلة الذي حجر عليها الاحتجاج باتصال القضاء وطالما أنّ تطبيق القانون لا يعتبر من قبيل وسائل الإثبات باعتباره أمرا يحتمه الفصل في النزاع وتعليل الأحكام وتسبيبها وطالما أنّ المشرع لم يمنع على المحكمة إثارة الفصل 305 من م. ح. ع. من تلقاء نفسها فإنّه لا يمكن أن ينسب لمحكمة القرار المطعون فيه أيّ مساس بمبدإ الحياد أحرى وإنّ نظرها اقتصر على ما وقع الاستئناف في شأنه وما أثاره المستأنف نفسه المعقب الآن من دفوعات وما نعاه على الحكم المطعون فيه استئنافيا.

وحيث سبق للطاعن الدفع بالحياد عن مبدإ الحياد بالطور الاستئنافي والمأخوذ من رفض دعواه ابتدائيا دون التثبت من سوء نية الغير من عدمه لارتباط عدم الاحتجاج بالترسيم بحسن النية تطبيقا لأحكام الفصل 305 من م. ح. ع. وقد ردت محكمة الحكم المنتقد على جميع دفوعاته وأسّست قضاءها على ما له أصل ثابت بالأوراق وبناء على ما ثبت لديها من سبق ترسيم المعقب ضدهم للعقود المطلوب إبطالها والتشطيب على الترسيمات المتعلقة بها بالرسمين

العقاريين عدد 7010زغوان وعدد 7012 زغوان وعدم قيام ينهض على سوء نيتهم المدعى بها مما يتجه معه رد المطعن الأول لعدم وجاهة ما انبنى عليه ».

7-18- سلطة المحكمة في تقدير توجيه اليمين الحاسمة

قرار تعقيبي عدد 63127.2018 بتاريخ 23 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد المعز العروسي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

« [...]حيث نسب الطاعن للقرار المنتقد هضم حقوق الدفاع لعدم الاستجابة لطلب توجيه اليمين الحاسمة.

وحيث وخلافا لما دفع به الطاعن فإنّ المشرع وإن أجاز بالفصل 497 من م.ا.ع. توجيه اليمين الحاسمة في كل دعوى وفي كل درجة من درجات التقاضي فإنّ للمحكمة حق النظر المطلق في صحة توجيهها من عدمه فلها سلطة التحقق من توفر شروط توجيهها ولها أن تمنع توجيهها إذا كانت غير منتجة في النزاع أو غير متعلقة بشخص من وجهت إليه أو أنّ من أراد توجيهها كان متعسفا في استعمال حقه في توجيهها كل ذلك شريطة التعليل وقد بينت محكمة القرار المنتقد عدم جدية طلب توجيه اليمين الحاسمة من الطاعن من جهة لعدم احتكامه لليمين أثناء التحرير عليه من القاضي المقرّر ومن جهة لقيام ما يكفي لديها من عناصر الإثبات بما يجعل توجيه اليمين غير منتج وعللت قرارها تعليلا مستساغا لا خرق فيه للقانون بما يتعين معه رد المطعن [...]».

7-19- التنفيذ

7-19-1-حجية محاضر عدول التنفيذ

قرار تعقيبي عدد 75894.2019 بتاريخ 16 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

« 1- عن المطعنين لترابطهما واتحاد القول فيهما :

حيث أسس المعقب طعنه على أنّ الإعلام بالحكم الابتدائي باطل وأنّ التنصيصات التي أوردها العدل المنفذ بالمحضر غير صحيحة ومنه يبقى أجل الطعن مفتوحا.

وحيث أنّ المحاضر التي يحررها عدول التنفيذ من الحجج الرسمية التي لا تقبل الطعن إلّا بالزور وهذه الحجية تنسحب على الأمور التي أشهد بها المأمور العمومي الذي حرر المحضر على أنّها وقعت بمحضره وفيما هو مندرج ضمن مهامه وفي دائرة عمله وعليه فإنّ ما يسجله العدل المنفذ في أنه تنقل إلى عنوان المراد تبليغه محضر الإعلام بالحكم الابتدائي الطاعن الآن في نزاع الحال وأنّه وجد مساكنه المعرف بهويته وأنّه سلمه محضر الإعلام تكون حجة رسمية لا تقبل الطعن إلّا بالزور على خلاف البيانات أو التنصيصات التي يتلقاها العدل المنفذ وفي صورة الحال يتبين من محضر الإعلام الحكم أنّ عدل التنفيذ محرره تنقل إلى عنوان الطاعن الآن الكائن ببوعوان جندوبة وأنّه لم يجد المعني بالتبليغ ووجد ابنه المميز والمساكن له ع. م. وفق بطاقة تعريفه ذات العدد المذكور بالمحضر وعليه فإنّ ما حرره عدل التنفيذ في هذا الخصوص يكتسب حجية ما لم يثبت عكسها من خلال الطعن فيها بالزور وهو ما لم يتوفر في نزاع الحال طبق ما انتهت إليه عن صواب محكمة الحكم المطعون فيه ولا مجال لسماع البينة لمخالفة ما شهدت به الحجة الرسمية مثلما يدفع به الطاعن وقد تحققت محكمة القرار المنتقد من سلامة إجراءات التبليغ في إطار ما لها من صلاحيات في مراقبة صحة الإجراءات ومدى مطابقتها للأوضاع القانونية واستخلصت مطابقة محضر الإعلام بالحكم للصيغ الشكلية والموضوعية التي أوردها المشرع بما يجعله منتجا لآثاره القانونية وعاملا في حساب بداية أجل الطعن ورتبت النتيجة القانونية السليمة بأن أقرّت سقوط الاستئناف لوقوعه خارج الأجل القانوني وهو توجه سليم منها مؤسس على ما له أصل ثابت بالملف وتعين لذلك ردّ المطاعن ».

7-19-2- أعمال التنفيذ تتصل بالنظام العام - التنفيذ لا يكون إلا بطلب من له حق التنفيذ

قرار تعقيبي عدد 78144 بتاريخ 02 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدة عربية الطويهري

والسيد وليد بن جديدية بحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

« [...]عن الفرع الثاني من المطعن الأول والفرع الثاني من المطعن الثاني لارتباطهما ووحدة القول في شأنهما:

حيث نعى البنك المعقب على الحكم المطعون فيه خرقه لأحكام الفصول 11 و731 و732 م ت واستبعاده لأحكام الفصول 11 و731 و732 م ت ولتقرير مراقبي الحسابات.

وحيث أن ما يكونه الشخص لنفسه بنفسه من حجج ومؤيدات يكون قاصرا عن ترتيب حقوق لصالحه أو تخليصه من التزامات سابقة لأنها لا تصلح قانونا كحجة لفائدته فلا يكون الشخص من محض ما يصدر عنه حجج لنفسه. هذا فضلا على أنّ إثبات وقوع التنفيذ الفعلي للحكم التجاري عدد 35239 لا يكون إلا بمقتضى محضر في وقوعه يحرره عدل التنفيذ الحامل للنسخة التنفيذية من الحكم وأن ما جاء بتقرير مراقبي الحسابات من ثبوت وقوع تنفيذ الحكم المذكور لا يلزم المحكمة في شيء ولا يدخل في صلاحيات مراقبي الحسابات ما يخرج عن اختصاصهم من المسائل القانونية البحتة المتعلقة بإجراءات التنفيذ وطرقه أو معاينته ومراقبته أحرى وأن تكليف مراقبي الحسابات كان بطلب من البنك نفسه وأن الكشوفات البنكية المحتج بها كوّنها البنك المعقب لنفسه بنفسه لترتيب حق لصالحه فيما احتج به على خصيمته وفي مخالفة للقاعدة الأصولية المنصوص عليها بالفصل 548 من م. ا. ع. ولقواعد وإجراءات التنفيذ.

عن الفرعين الثالث والرابع من المطعن الأول والفرعين الأول والرابع من المطعن الثاني وعن المطاعن الثالث والخامس والسادس لارتباطها ووحدة القول في شأنها:

حيث لمّا كان الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة فإن تنفيذه يعد تجسيدا لعمل القاضي على أرض الواقع كما أن الفائدة الحقيقية من اللجوء إلى القضاء ورفع الدعوى القضائية وصدور حكم بشأنها تتوقف في النهاية على الآثار القانونية الناتجة عن الحكم ومدى تجسيده على الصعيد الواقعي فإذا كان الحكم فصلا قانونيّا للنزاع فإن التنفيذ تثبيت إجباري لهذا الفصل في الواقع إذ لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له فمقتضى الحق نفوذه، من ذلك كانت أهمية طرق التنفيذ وهي

الطرق التي يتبعها الدائن لتنفيذ السند التنفيذي بالوسائل القانونية وتكمن قانونية الطرق في أنها تباشر بواسطة مأمور عمومي وهو عدل التنفيذ المكلف بالتنفيذ وتحت رقابة القاضي المختص.

وحيث أنه ولما كانت القواعد المتعلقة بإجراءات التنفيذ قواعد آمرة تتسم في أغلبها بطابعها الشكلي فهي تلزم الأطراف لاتصالها بالنظام العام وعليه فلا يمكن مخالفة أحكامها ولا يكون التأويل فيها إلا ضيقا.

وحيث تقتضي المبادئ العامة لإجراءات التنفيذ في المادة المدنية والتجارية أن لا يباشر أعمال التنفيذ من بدايتها إلى نهايتها إلا عدل التنفيذ طبقا لمقتضيات الفصل 5 من م. م. م. ت. والقانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995.

أما بخصوص موضوع التنفيذ فلا يكون التنفيذ إلا بحسب سند التنفيذ أي ينفذ الحكم طبق نصه.

وحيث ثبت بالرجوع إلى الحكم التجاري عدد 35239 الصادر في 19 أفريل 2016 المتنازع في وقوع تنفيذه أنه قضى لفائدة المعقب ضدها الآن بإبطال عمليات الاستخلاص المدرجة من قبل البنك في 12 جوان 2014 المقدرة بـ327,287 991 1 دينارا وألزام المعقب الآن بإعادة تنزيل المبلغ المذكور بالحساب الجاري.

وحيث يؤخذ من منطوق الحكم المذكور أن تنفيذه يدخله تحت طائلة الفصل 300 من م. م. م. ت. القاضي نصه بأنه «إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ التزام بإتمام عمل واستحال عليه ذلك أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل فإن العدل المنفذ يثبت ذلك في محضر ويحيل القائم بالتتبع على القيام لدى المحكمة ذات النظر بما سمح به القانون».

وحيث أن عدل التنفيذ المقصود بالفصل المذكور إنّما هو عدل التنفيذ الحامل للسند التنفيذي والمكلف بإجراءات التنفيذ من قبل المحكوم لفائدته ولا يمكن بحال أن يقع تكليفه من قبل المحكوم ضده ولو كان الحكم يقتضي قيام المحكوم عليه بعمل فالتنفيذ لا يكون إلا بطلب من له حق التنفيذ وليس بطلب من يجب عليه التنفيذ ويستوي في ذلك أن يكون محل الالتزام موضوع التنفيذ إعطاء شيء أو الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.

وحيث أنّ تولّي المعقب المحكوم عليه تكليف عدل التنفيذ بسعي منه لمعاينة الحساب الجاري للمعقب ضدها وتحرير محضر في ذلك وإعلام المحكوم لفائدتها به لا يعتبر تنفيذا ولا يقوم مقامه إذ ليس لعدل التنفيذ غير الحامل للسند التنفيذي مباشرة أعمال التنفيذ وأنّ ما اعتبره البنك تنفيذا كان مخالفا للقانون والقواعد الإجرائية التي نظمها المشرع بالفصل 5 والفصل 285 وما بعده من م. م. م. ت. والقانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 والتي ارتآها المشرع لعدم تعسف الأطراف وكذلك المكلفون بالتنفيذ في اختيارهم لإجراء دون آخر وحماية الحق الأصلي وليكون منهج الحق واضحا فيطمئن المحكوم لفائدته على حقه.

وحيث أنّ ما دفع به المعقب من وقوع التنفيذ للحكم التجاري 35239 يتعارض مع ما أثبتته جملة الأوراق المظروفة بالملف والتي تبين من خلالها لمحكمة الحكم المنتقد صاحبة النظر في الموازنة بين المؤيدات المعروضة وترجيحها عدم تنفيذ الحكم التجاري المشار إليه طبق ما يقتضيه القانون لاسيما وأن عدل التنفيذ المكلف بأعمال التنفيذ من قبل المحكوم لفائدتها الأستاذ مجدي الخصخوصي أكّد عدم وقوع التنفيذ وأنّ ما تمسكت به المعقبة من إذعان للحكم 35239 لم يكن حقيقيا وفعليا وإنّما صوريا وهذا ما يؤخذ من تقرير عدل التنفيذ مجدي الخصخوصي المؤرخ في 26 أوت 2016 ولا تثريب بالتالي على محكمة الحكم المنتقد في ما انتهت إليه طالما لم يحرر عدل التنفيذ المكلف والمباشر للتنفيذ محضرا في وقوع التنفيذ.

وحيث أنه وخلافا لما جاء بمستندات التعقيب فإن ما اعتبره المعقب من تزيد محكمة الحكم المنتقد وإفراطها في السلطة بتغييرها لطبيعة الحكم موضوع التنفيذ وإضافة شرط ثالث وهو تمتع المعقب ضدها بالأموال موضوع الحكم التجاري المطعون فيه كان نتاجا لتحليلها للمفهوم القانوني الصحيح للتنفيذ في قضية الحال فإذا كان الحكم قد ألزم المعقبة بإعادة تنزيل الأموال الواقع إبطال عملية سحبها فإن النتيجة القانونية لعملية التنزيل تكون بالضرورة تمتع المعقب ضدها بموضوعها فالغاية من التنفيذ هي توصل المحكوم لفائدتها بالحق موضوع الحكم سند التنفيذ وبالتالي فإن ما عللت به محكمة الاستئناف حكمها لم يكن مبنيا على تزيدها بإضافة شرط ثالث للتنفيذ ولا يعتبر تغييرا منها

لطبيعة الدعوى وليس في تعليلها لوجهة نظرها وتحليلها للمعروض عليها أيّ إفراط في السلطة.

وحيث أنه ومن جهة أخرى فإن المحكمة تولت الرد على جميع الدفوعات المثارة لديها بما رأته مناسبا في تحليل متناسق مؤدٍّ إلى حسن قضائها تعليلا وتسبيبا ودون هضم لحقوق الدفاع أو تحريف للوقائع أو إفراط في السلطة واتجه لذلك رد جميع المطاعن المثارة في هذا الخصوص وبجميع فروعها.

عن الفرع الثالث من المطعن الثاني والمطعن الرابع:

حيث أنّ الموازنة بين الاختبارات وترجيحها أو استبعادها وعدم الأخذ بها مسألة خاضعة لمطلق اجتهاد محكمة الموضوع التي لها سلطة تقدير الدليل ووجاهته ومطلق اعتماده أو استبعاده متى رأت ضرورة لذلك وأن اعتمادها لتقرير الاختبار المحرر من قبل الخبير السيد ر.م. واستبعادها لتقرير الاختبار المحرر من قبل السيد م.ف كان معللا تعليلا مستساغا بما ثبت لديها من خلال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في القضية عدد 15336 لتاريخ 29 جانفي 2019 القاضي «بإيقاف الخبير المذكور (م.ف. عن المباشرة لمدة ثلاثة أشهر لثبوت انتهائه إلى نتيجة مخالفة للواقع في إطار إنجازه المأمورية المناطة بعهدته والتي حرر في شأنها الاختبار المستند إليه من قبل المطعون ضده» فكان بذلك حكمها سليم المبنى واقعا وقانونا ولم تأت مستندات الطعن بما يوهنه واتجه رد ما أثير بخصوص تقارير الاختبار المعروضة على محكمة الحكم المنتقد من جدل».

8ـ العقـل

8-1-العقل العقارية

8-1-1-بيع العقار بواسطة عدل تنفيذ لا يمكن فيه للمدين أن يقوم بدعوى معارضة

قرارعدد 62382 بتاريخ 02 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدين نجلاء المصمودي ومحمد المعز العروسي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث نظم المشرع التونسي إجراءات البيع الجبري للعقارات سواء كانت مرسمة بالسجل العقاري أو غير مسجلة صلب أحكام خاصة بمجلة المرافعات وذلك ضمن الفصول من 410 إلى 462 وتجدر الإشارة أنّ المشرع عمد إلى جعل عملية تبتيت العقار خلافا للمنقول تقع بين أيدي القضاء وذلك لما يمثله العقار من أهمية في البلاد من حيث القيمة المادية والاقتصادية لذلك تعرضت الفصول المذكورة إلى جميع المراحل التي يمر بها البيع الجبري للعقار سواء كانت الإجراءات السابقة والممهدة لعملية البيع من محضر الإنذار الذي يقوم مقام العقلة العقارية بالنسبة للعقارات المرسمة أو محضر العقلة التنفيذية بالنسبة للعقارات غير المسجلة وكراس الشروط ومحاضر التعليق والإشهار إلى جلسة التبتيت والمزايدة وإرساء البيع على أحد المزايدين ودفع الثمن وقد سعى المشرع صلب هذه الفصول إلى حماية حق الدائن وكذلك حق المدين إذ خول لهذا الأخير من خلال الفصلين 437 و438 من م. م. ت. القيام بدعوى معارضة إذا تبين له وجود خلل في إجراءات العقلة العقارية سواء كان هذا الخلل يهم الشكل أو حتى يهم الأصل كالدفع مثلا بعدم المديونية تجاه الدائن لكن ومع ذلك جاء الفصل 450 من م. م. ت. باستثناء لجميع تلك الإجراءات وذلك في الصورة التي تكون فيها قيمة العقار المراد تبتيته أقلّ من سبعة آلاف دينار 7000.000د إذ في هذه الحالة تتمّ عقلة وبيع العقار بالمزاد طبق إجراءات بيع المنقول أي بواسطة عدل منفذ لا يمكن فيها للمدين الذي ينازع في العقلة أن يقوم بدعوى معارضة على معنى الفصلين 437 و438 من م. م. ت. بما أنّ البيع لن يتم تحت إشراف المحكمة وعليه لا يجد الفصلان المذكوران مجالا للانطباق ولا يمكن أن يكونا سندا لإثارة اعتراض على عملية تبتيت العقار الواقعة بواسطة عدل تنفيذ.

وحيث وبالرجوع إلى ملف القضية والحكم المطعون فيه ورغم أنّ العقار المفوت فيه بموجب البيع الجبري الراجع بالملك في الأصل للمعقب قد تم على معنى الفصل 450 من م. م. ت. أي بواسطة عدل منفذ وليس بواسطة المحكمة اعتبرت محكمة القرار المنتقد صلب مستنداتها وتسبيبها لقرارها القاضي بتقرير حكم البداية أنّ بيع العقار تمّ بالمزاد وتحت رقابة دائرة البيوعات العقارية وبالتالي لا يحق للمعقب الآن إلّا القيام بدعوى معارضة على معنى الفصلين 437 و438 من م. م. ت. للطعن في إجراءات العقلة وإبطالها ولا القيام بالقضية الراهنة

والتفتت عن جميع الدفوعات القانونية المثارة من المستأنفة في خصوص صحة محضر الإعلام سند العقلة هذا فضلا عن خرقها لأحكام الفصلين 437 و438 من م. م. م. ت. مما يجعل حكمها ضعيف التعليل ومحرفا للوقائع فضلا عن خرقه للقانون فيكون عرضة للنقض لا محالة ».

8-1-2- دعوى إبطال حكم التبتيت مخوَّلة لمن تضرر من حكم التبتيت لأسباب لاحقة له

قرار تعقيبي عدد 65310 بتاريخ 30/ 10/ 2019 صادر عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة الكاتبة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث تعلق الإشكال القانوني المطروح إن كانت المدينة التي كانت طرفا في حكم التبتيت تدفع ببطلانه على معنى مقتضيات الفصل 427 من م. م. م. ت. بناء على استحقاقها للعقار الواقع التفويت فيه بموجب التبتيت للغير ولبطلان إجراء العقلة العقارية بما أنها أجريت على أساس أن العقار المعقول عقار غير مسجل.

وحيث تجدر الإشارة أنّ حكم التبتيت يمتاز بطبيعة خاصة إذ يمثل آخر المراحل في التنفيذ على مكاسب المدين قصد تمكين الدائن من استخلاص دينه فهو ليس بالحكم الذي تتولى بموجبه المحكمة المتعهدة بالنظر في فصل المنازعات والخصومات القضائية المعروضة عليها بل إجراء تنفيذي يتم عن طريقه بيع عقار المدين لفائدة أحد المزايدين تحت إشراف ومراقبة القضاء وهو ما دفع الفقهاء إلى اعتباره عقدا قضائيّا خاصة أنّ المشرع التونسي منع وحجر الطعن فيه بأيّ وجه من وجوه الطعن العادية إلّا عبر الإبطال (فصل 427 من م. م. م. ت.) إذا تعلق الأمر بخلل شاب أعمال التبتيت أو الأعمال اللاحقة أو إذا ادعى الغير استحقاقه للعقار الواقع تبتيته أمّا إذا تعلق الأمر بإخلالات شابت إجراءات العقلة العقارية فتكون مناط دعوى معارضة على معنى الفصلين 437 و438 من م. م. م. ت.

وحيث وبالرجوع إلى ملف القضية ولئن دفعت الطاعنة بمسألة استحقاقها للعقار الواقع تبتيته فلقد فوتت على نفسها الدفع به بعدم رفعها لدعوى معارضة

ولا يصح لها إثارته بعد البتة نظرا لكونها لسيت لها صفة الغير الذي تسلطت العقلة على أملاكه بل هي المدين الأصلي أولا وقد شملتها إجراءات التبتيت ثانيا ووفقا لأحكام الفصلين 439 و462 من م. م. م. ت. فإنّ دعوى الاستحقاق يثيرها الغير الذي ليست له صفة المدين ولا المسؤول بالتنفيذ ويدعي ملكية المعقول وبما أنّ الطاعنة تحمل صفة المدينة الأصلية وكانت طرفا في العقلة ليس لها التمتع بأوجه الحماية التي خولها الفصل 427 من م. م. م. ت. فدعوى الإبطال مخولة لمن تضرر من حكم التبتيت ولأسباب لاحقة له ولا تثار على أساس الاستحقاق ممّن له صفة المدين وكان حاضر في العقلة.

وحيث في خصوص الدفع المتعلق باختلال إجراءات العقلة العقارية لمخالفتها لمقتضيات الفصل 453 من م. م. م. ت. بما أنّها أجريت على أساس أنّ العقار المعقول هو عقار غير مسجل في حين أنّه مرسم بدفاتر الملكية العقارية ففضلا على أنّه لا شيء بملف القضية يستشف منه أنّ العقار المذكور هو عقار مسجل إذ حتى سند تملك الطاعنة لم يتضمن أيّة إشارة إلى كون مشتراها عقار مرسم أو جزء من رسم عقاري فإنّ الدفع المذكور يكون موضوع دعوى معارضة على معنى الفصلين 437 و438 من م. م. م. ت. بما أنّ الطعن يتعلق بإجراء يسبق عملية التبتيت ويهم الإجراءات التحضيرية الممهدة لعملية بيع العقار جبريا عبر عقلته ومنع المدين وحائزه من التصرف فيه إلى حين التنفيذ وبالتالي على من يدفع بوجود إخلالات قانونية في عملية عقلة العقار ومخالفة الإجراءات الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية أن يثير ذلك قبل جلسة البتة أمام الدائرة المتعهدة بالإشراف على عملية بيع العقار في إطار دعوى معارضة مناط الفصلين المشار إليهما ولا ينتظر تبتيت العقار ومصادقة المحكمة ومعاينتها للبيع لفائدة آخر مزايد ليطعن في صحة إجراءات التبتيت عبر الطعن بالإبطال في الحكم الصادر في الغرض إذ يعدّ قد فوّت على نفسه حقه في وضع حدّ لإجراءات التبتيت وإبطال عملية التبتيت عبر تقاعسه في القيام بدعوى معارضة فإثارة مسألة مخالفة الفصل 453 من م. م. م. ت. الذي يفرض طريقة معينة عند عقلة عقار مسجل تختلف عن عقلة العقار غير المسجل لا يمكن إثارتها إلّا في إطار دعوى معارضة وليس في إطار قضية في إبطال حكم التبتيت طالما أنّ إجراءات العقلة العقارية سابقة في التوقيت لأعمال التبتيت ويعد كل طرف له علاقة بالموضوع

على علم بالمسألة ولا يحق له تبعا لذلك إلّا الدفع بها في نطاق دعوى معارضة مثلما سبق الإشارة إلى ذلك.

وحيث تكون محكمة القرار المنتقد قد أحسنت تطبيق القانون وأسّست حكمها ممّا له أصل ثابت من أوراق الملف لما لم تستجب لطلب الطاعنة الآن في إبطال حكم التبتيت عـ20247ـدد بعد أن ثبت لها عدم صحة المطاعن المتمسك بها من قبل المستأنفة».

8-1-3-الاختصاص الترابي في دعوى إبطال البتة

قرار تعقيبي عدد59516 بتاريخ 05 فيفري 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني بحضور المدعي العام السيدة اسمهان الحبيب وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«حيث لا جدال أن حكم التبتيت غير قابل لأيّ وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب عملا بمقتضيات الفصل 427 من م. م. م. ت. في فقرته الثانية إلّا أنّه ورغم هذا التحصين الذي اعترى حكم التبتيت فقد وضع ذات الفصل 427 في فقرته الثالثة استثناء تعلق بجواز القيام ببطلان البتة أمام المحكمة الابتدائية وذلك مع مراعاة أحكام الفصل 438 من م. م. م. ت. الذي أوجب تقديم وفصل أوجه البطلان سواء من حيث الشكل أو الأصل والمرفوعة ضد إجراءات العقلة العقارية وفقا للصيغ وفي الآجال الواردة بالفصل 437 من م. م. م. ت. والتي يجب تقديمها قبل عشرة أيام من تاريخ انعقاد جلسة التبتيت والبت فيها قبل تاريخ البتة مع استثناء مطالب استحقاق العقارات المجراة عليها العقلة التي لا تخضع للآجال المذكورة بصريح أحكام الفصل 439 من نفس المجلة.

وحيث يستنتج من الفصول المشار إليها أعلاه أنّ المشرع فرق بين الدعوى الرامية إلى إبطال البتة وبقية الدعاوى السابقة للبتة وهي الدعاوى العارضة مناط الفصول من 433 إلى 438 من م. م. م. ت. وذلك على مستوى الإجراءات والآجال ففي حين اقتصر صلب الفقرة الثالثة من الفصل427 من م. م. م. ت. على التنصيص على أنّ المحكمة الابتدائية هي المختصة بالنظر في دعاوى إبطال

البتة فقد نص صراحة صلب الفصل 423 على أن البتة تقع بجلسة العقلات العقارية بالمحكمة الابتدائية لمكان العقار.

وحيث خلافا لما ورد بمستندات التعقيب فإنّ إرادة المشرع كانت واضحة في اعتبار أنّ الدعوى الرامية إلى بطلان البتة العقارية هي دعوى أصلية ترفع أمام قضاء الأصل وفق الصيغ والآجال الواردة بالفصل 30 وما بعده من م. م. م. ت. المتعلقة بقواعد الاختصاص الترابي والفصل 70 وما بعده المتعلقة بإجراءات رفع الدعوى واستدعاء الخصوم ولو كانت إرادته خلاف ذلك لنص عليه صراحة مثلما فعل في الفصل 423 سالف الذكر.

وحيث يتدعم هذا الموقف بما ورد صراحة صلب الفصل 441 من م. م. م. ت. الذي نصّ على أنّ «دائرة العقلات العقارية التي يجب أن تجرى أمامها البتة تختص وحدها بالنظر في جميع الدعاوى العارضة المنصوص عليها بالفصول 433 إلى 438 و440 « دون أن يشير إلى دعوى بطلان البتة التي أقصاها المشرع من اختصاص دائرة العقلات العقارية بالمحكمة الابتدائية لمكان العقار.

وحيث علاوة على ما تقدم ورغم أنّ دعوى بطلان البتة العقارية هي دعوى يكون موضوعها البيع الجبري للعقار فإنها تبقى خارجة أيضا عن مناط الفصل 38 من م. م. م. ت. الذي نص على الدعاوى التي ترفع أمام المحكمة التي بدائرتها العقار على سبيل الحصر وهي الدعاوى الشخصية التي يقع القيام بها بمناسبة الأضرار التي تلحق العين والدعاوى الحوزية والاستحقاقية ولم يشر لا من قريب ولا من بعيد إلى الدعاوى المتعلقة ببطلان البتة العقارية.

وحيث بناء على ما سلف بسطه يكون من المتعين الرجوع إلى القاعدة الإجرائية الأصلية في تحديد مرجع النظر الترابي للمحكمة الابتدائية المشار إليها بالفقرة الثالثة من الفصل427 من م.م.م. ت والتي تستند إلى مقر المطلوب إعمالا للفصل 30 م.م.م.ت القاضي بأنّ «المطلوب شخصا كان أو ذاتا معنوية تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقره الأصلي أو مقره المختار وفي حال تعدد المطلوبين فالطالب مخير في رفع نازلته لحاكم الجهة التي بها مقرّ أحدهم».

وحيث طالما اعتبرت محكمة القرار المنتقد أنّ الاختصاص الترابي غير منعقد لمحكمة منوبة باعتبارها المحكمة غير التابع لها أيّ مقر من مقرات المطلوبين إبّان الدفع أمامها بعدم الاختصاص الترابي قبل الخوض في أصل النزاع فإنّها تكون قد أصابت المرمى لتماشي ذلك وأحكام الفصل 427 من م. م. م. ت. الأمر الذي يكون معه هذا المطعن غير قائم على أسانيد قانونية سليمة ويتعين رده».

8-1-4-عدم قابلية حكم التبتيت للطعن بالتعقيب

قرار تعقيبي عدد 65270.2018 بتاريخ 08 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

»حيث من المسلم به أنّ القاعدة العامة في القانون التونسي تقتضي أن كل حكم صادر بين خصمين اثنين أو أكثر يكون خاضعا بالضرورة لمبدأ التقاضي على درجتين أي أنه يقع النظر في موضوعه من طرف محكمتي الدرجة الأولى والثانية فضلا على إمكانية الطعن فيه بالتعقيب أمام محكمة القانون عندما يصبح الحكم نهائي الدرجة وذلك في صورة توفر حالة من الحالات المنصوص عليها حصرا بالفصل 175 من م. م. م. ت. إلّا أنّ هذا المبدأ العام له بعض الاستثناءات منها الاستثناء المتعلق بمادة البيوعات العقارية.

وحيث اقتضى الفصل 427 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أنّه «تقرر المحكمة نتيجة التبتيت بمحضر يصاغ في الشكل العادي للأحكام ويكون هذا المحضر غير قابل لأيّ وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب ولا يجوز إلّا القيام ببطلان البتة أمام المحكمة الابتدائية وذلك مع مراعاة أحكام الفصل 438 من م. م. م. ت. ».

وحيث يتبين من خلال قراءة الفصل المذكور أن المشرع التونسي كان واضحا وصريحا حين نص على أن حكم البتة العقارية هو حكم غير قابل لأيّ وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب.

وحيث وعلى فرض أنّه اعترت حكم البتة بعض الإخلالات فإنه يبقى قابلا للحكم فيه ببطلان البتة أمام المحكمة الابتدائية المختصة في صورة ثبوت توفر وجه من أوجه البطلان الشكلية أو الموضوعية لإجراءات العقلة العقارية مناط الفصل 438 والتي ترفع أمام قضاء الأصل وفق الصيغ والآجال الواردة بالفصل 70 من م. م. م. ت. بعد صدور حكم التبتيت.

وحيث لما كانت الدعوى الماثلة في طلب إبطال تبتيت فإنّ ذلك من شأنه أن يعيب الطعن برمته من الوجهة الشكلية عملا بصريح أحكام الفصل 427 من م. م. م. ت. المشار إليه أعلاه.

وحيث أنّ المسقطات كلها وجوبية تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها عملا بأحكام الفصل 13 من م. م. م. ت.

وحيث يتعين تأسيسا على ما تقدم الحكم برفض مطلب التعقيب شكلا».

8-2-العقلة التوقيفية

8-2-1- مفهوم العذر الشرعي

قرار تعقيبي عدد 57119 بتاريخ 11 فيفري 2019 صادر عن الدائرة المدنية السابعة والثلاثين برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.

«حيث اقتضى الفصل 337 من م. م. م. ت. أنّه «يجب على المعقول تحت يده أن يتولى في أجل أقصاه يوم جلسة المرافعة تقديم تصريح كتابي إلى كاتب المحكمة المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل في ذلك أو بالجلسة نفسها...»

وحيث كان ثابتا أنّ المعقول تحت يده البنك العربي لتونس لم يدل لمحكمة البداية بتصريح كتابي على معنى الفصل متقدم الذكر وتولى تدارك ذلك بالطور الاستئنافي.

وحيث اقتضى الفصل 339 من م. م. م. ت. أنّه: «للمعقول تحت يده إن كان له عذر شرعي أن يقدم تصريحه أو يتلافى ما به من نقص أو يضيف الأوراق المؤيدة له ما دامت القضية منشورة أمام محكمة الدرجة الثانية إلى تاريخ ختم المرافعة..»

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ التصريح المقدم من البنك العربي لتونس مقبول طالما توفّر في جانبه عذر شرعي يتمثل في عدم ثبوت تواطئه مع المستأنف ضدهم المعقول عنهم.

وحيث أنّ تقدير محكمة القرار المطعون فيه كان متماهيا مع ما استقر عليه فقه القضاء في هذا الصدد إذ عرّف العذر الشرعي بكونه يتمثل في عدم ثبوت تواطُؤ المعقول تحت يده مع المعقول عنه المدين الأصلي وبالتالي حسن نيته في كونه لم يقصد بتأخيره في الإدلاء بتصريحه إخفاء ما تحت يده من أموال أو منقولات راجعة للمعقول عنه أو التنقيص منها بتقديم تصريح كاذب أو الإغفال عن التصريح تماما (قرار تعقيبي مدني عدد 5673 صادر بتاريخ 02/ 11/ 2006 وعدد 46922 صادر بتاريخ 01/ 10/ 2018) وبالتالي فإنّه طالما لم يثبت بصفة قاطعة تواطؤ البنك المعقول تحت يده مع المدينين المعقول عنهم فإنّه لا تثريب على ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه من قبول قيامه بالتصريح بالطور الثاني.

وحيث كان تعليل محكمة الأصل مستساغا بما يكون النعي عليها بخرق القانون في هذا الصدد مردودا وتعين معه رفض هذا المطعن».

8-2-2- عدم تقديم تصريح يوجب اعتبار المعقول تحت يده مدينا لا أكثر ولا أقل

قرار تعقيبي عدد 67688 بتاريخ 09 جانفي 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث دفع الطاعن أنّه وبصفته معقولا تحت يده فقد كان قدم منذ الطور الابتدائي تصريحا سلبيا تضمن خطأ ماديا في المبلغ وطالب لدى الطور الاستئنافي تمكينه من تلافي ذلك الخطأ وتصحيحه إلّا أنّ محكمة القرار المطعون فيه تجاهلت طلبه دون تعليل بما يجعل حكمها مخالفا للقانون وهاضما لحق الدفاع.

وحيث أوجب المشرع على المعقول تحت يده أن يتولى في أجل أقصاه يوم جلسة المرافعة تقديم تصريح كتابي إلى كاتب المحكمة المتعهدة بقضية تصحيح

العقلة مقابل وصل في ذلك أو بالجلسة نفسها وعليه أن يقدم تصريحه ولو لم يكن مدينا للمعقول عنه عملا بأحكام الفصلين 337 و338 من م. م. م. ت. كما خول المشرع بمقتضى الفصل 339 من نفس المجلة للمعقول تحت يده تقديم تصريحه أو تلافي النقص الحاصل في تصريحه الأصلي إلى تاريخ ختم المرافعة لدى محكمة الدرجة الثانية شريطة أن يبيّن العذر الشرعي الذي عاقه عن ذلك.

وحيث ثبت بالرجوع إلى أوراق الملف أنّ الطاعن الآن لم يقدم تصريحا كتابيا كيفما يفرضه عليه القانون لا سلبيا ولا إيجابيا سواء لدى الطور الابتدائي أو الطور الاستئنافي وهو ما عاينته محكمة الحكم المطعون فيه عن صواب التي ثبت لديها خلو الملف من التصريح السلبي المدعى به من قبل المستأنف لديها والمتضمن أنّ مبلغ الدين في إطار العقلة كان في حدود 250 د وتكون بذلك قد أحسنت تطبيق مقتضيات الفصل 341 من م. م. م. ت. حينما اعتبرته مدينا لا أكثر ولا أقل للدائنة العاقلة كيفما انتهت إليه محكمة البداية وتعين لذلك رد المطعن المثار لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا».

8-2-3-عقلة توقيفية مؤسسة على فاتورة-البت في ثبوت الدين

قرار تعقيبي بتاريخ 30 سبتمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري بحضور المدعي العام السيد عادل بن سالم وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث اقتضى الفصل 330 فقرة 1 من م. م. م. ت. أنّ «لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين كل في حدود نظره عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يفي بخلاص الدين المطلوب من المبالغ المالية والمنقولات التي يملكها هذا المدين أو يستحقها ولو كان استحقاقه لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط. ولا حاجة لاستئذان القاضي إذا كان بيد الدائن حكم ولو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ.»

وحيث انتهت محكمة القرار المنتقد إلى أنه من غير الجائز للطاعنة المطالبة بدينها -موضوع الفاتورة المظروفة بالملف- في إطار دعوى أداء وتصحيح عقلة توقيفية في ظل وجود منازعة جدية في الدين تستند إلى كون المعقول عنها

المعقب ضدها الآن لم تنفذ التزاماتها التعاقدية على الوجه الأكمل وأضافت أنّ دفع الدائنة بأحكام الفصل 1.5.2 من العقد الرابط بين الطرفين لا يستقيم باعتبار هذا الفصل هو مجرد شكلية محاسبية.

وحيث احتدم الخلاف بين طرفي التداعي حول مدى اعتبار الدين المضمن بالفاتورة سند الدعوى من قبيل الديون التي تصح المطالبة بها في مثل إطار النزاع الحالي الذي تأسّس في منطلقه على إذن على العريضة في إجراء عقلة توقيفية على معنى الفصل 330 من م. م. ت. الذي أشار إلى ضرورة أن يكون الدين ثابتا.

وحيث أنّ المقصود بعبارة دين ثابت الواردة بمطلع الفقرة الأولى من الفصل 330 المذكور هو الدين الذي يلوح من خلال ظاهر المؤيدات أنّه ثابت وليس الدين المقطوع بصحته وذلك تيسيرا على الدائن المحتمل انقضاء دينه وعدم تفويت الفرصة عليه، على أن يبقى أمر البت في صحّة الدين من اختصاص المحكمة المتعهدة بطلب تصحيح العقلة ما لم يكن الدين موثقا بحكم قضائي (قرار تعقيبي مدني عدد 1889 مؤرخ في 20/ 09/ 2004 وعدد 31829 بتاريخ 04/ 10/ 2016 وعدد 48497 بتاريخ 30/ 01/ 2018)

وحيث لا أساس للقول بأنّ وجود منازعة في الدين يفضي بالضرورة إلى رفع يد المحكمة المتعهدة بالنظر تأسيسا على الفصل 330 من م. م. ت. الذي تعلق بشروط استصدار الإذن على العريضة سند العقلة ذلك أنّ تبني هذا الموقف يفرغ الدعوى من محتواها، هذا فضلا على أنّ الفصل 335 من م. م. ت. أشار صراحة إلى أنّه في صورة ما إذا كانت العقلة بإذن القاضي فإنه « يقع البت بحكم واحد في طلب الأداء وفي صحة إجراءات العقلة ». وعليه فإنّه يظل محمولا على المحكمة النظر في مدى جدية المنازعة المثارة من المعقول عنه إذ أنّ مجرد وجود منازعة لا يفضي بالضرورة إلى رفض فرع الأداء ومن هذا المنطلق يكون على المحكمة تمحيص الدفوع وترتيب الأثر القانوني عليها.

وحيث ثبت بمراجعة القرار المنتقد أنّ المحكمة اعتبرت أنّ الفاتورة المدلى بها من المعقبة غير كافية لإثبات الدين وأكّدت أنّ الفصل 1.5.2 من العقد هو مجرد شكلية محاسبية.

وحيث أنّ محكمة الأصل ولئن كانت ذات سلطان في تقدير الأدلة والترجيح بينها إلّا أنّ ذلك يقتضي منها أن تقرأ الدليل قراءة صحيحة فلا تنحرف به عن معناه ولا تُخرجه عن نطاقه ومرماه فتجعله مبيّنا لوقائع غير صحيحة.

وحيث أنّ القول بأنّ الفصل 1.5.2 من العقد ينص على مجرد شكلية محاسبية لا سند له من عبارات ذلك الفصل الذي تعرض لشروط خلاص الفاتورات وتاريخ اعتبارها واجبة الأداء والاعتراض على المبالغ المضمن بها وعليه فإنه كان على المحكمة تناول الدفوعات المثارة في مواجهة طلب الأداء في ضوء المعطيات الثابتة المتوفرة بالملف دون تحريف أو ضعف فمجرد المنازعة في المديونية لا تفضي إلى رفض طلب الأداء إذا ما ثبت بعد التحري والتمحيص أنّ تلك المنازعة غير جدية.

وحيث ومن جهة أخرى فإنّ قول المحكمة بأنّه يتعذر عليها إجراء أعمال استقرائية طالما أنّ العقلة تضبطها آجال استثنائية يعد قولا غير مبرر قانونا ضرورة أنّ الآجال الخاصة في دعاوى الأداء وتصحيح العقلة تتعلق بإجراءات رفع الدعوى لا غير ولا تتعداه، بمعنى أنّ النظر في الدعوى غير مرتبط بآجال خاصة وعليه كان هذا التعليل منطويا على ضعف في التعليل.

وحيث أخطأت محكمة القرار المنتقد في تقدير الأدلة المعروضة عليها والاجتهاد في فحصها وسبر ما اشتملت عليه من العناصر وهو ما أورث قضاءها ضعفا في التعليل وخرقا للقانون واتجه لذلك نقضه».

8-2-4- عدم أحقية المعقول تحت يده طرح دينه عند التصريح

قرار تعقيبي مدني عدد 77477 صادر بتاريخ 13 نوفمبر 2019 عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث نظمت مجلة المرافعات المدنية والتجارية إجراءات ضرب العقلة التوقيفية من قبل الدائن على أموال مدينه بين يدي الغير المعقول تحت يده وألزمت كل طرف مشارك في العقلة باحترام الموجبات المحمولة عليه بمقتضى الفصول القانونية التي تعرضت للمسألة وفي هذا الإطار جاء الفصل 337 من

م. م. م. ت. ليبين الإجراءات الواجب اتخاذها من قبل المعقول تحت يده الذي ضربت العقلة بين يديه إذ يجب عليه في هذه الحالة تقديم تصريح كتابي في أجل أقصاه يوم جلسة المرافعة يتضمن سبب وجود المال المضروب عليه العقلة والراجع للمدين المعقول عنه بين يديه ومقداره والعقل التوقيفية الأخرى التي سبق إجراؤها إن وجدت والاعتراضات الواقعة على معنى الفصل 313 من نفس المجلة وإن كان المال المعقول دينا قد انقضى فبيان أسباب ذلك.

وحيث أن وجود عقل أخرى على نفس المبلغ المعقول لا يعفي المعقول تحت يده من واجب تقديم تصريحه الكتابي بذكر المبلغ الموجود بين يديه والعقل السابقة وتقديمه لتصريح سلبي أو مخالف للواقع يعد تعديا منه وخرقا لمقتضيات الفصول 313 و333 و337 من م. م. م. ت. حتى وإن كان للمعقول تحت يده صفة الدائن فتعدد الدائنين العاقلين لا يسمح له بطرح المبالغ المستحقة من قبله أو من قبل من تولى ضرب عقلة بتاريخ أسبق للعقلة موضوع النزاع بل يتجه في هذه الصورة تطبيق مقتضيات الفصل 347 من م. م. م. ت. عند عدم كفاية المال المعقول وذلك بإبرام اتفاق بين جميع الدائنين والمدين على كيفية توزيع ذلك المال أو بالالتجاء إلى المحكمة للقيام بذلك في صورة فشل الاتفاق أما أن ينتصب المعقول تحت يده لوحده ويتولى تقسيم المال المعقول وطرح ما يستحقه وما يستحقّ غيره من الدائنين أو أن يقدم تصريحا سلبيا فذلك يعد لا محالة مخالفا للقانون وخرقا لأحكام الفصول القانونية المشار إليها آنفا.

وحيث تكون محكمة القرار المنتقد قد أحسنت تطبيق القانون وأسست حكمها على ما له أصل ثابت من أوراق الملف لما اعتبرت عدم أحقية الطاعن المعقول تحت يده في تقديم تصريح سلبي للمحكمة على أساس وجود عقلة سابقة على نفس المبالغ وقررت حكم محكمة البداية الملزم له بتسليم المبالغ الموجودة بين يديه مع مراعاة أحكام الفصل 347 من م. م. م. ت. وعليه اتجه رد هذا المطعن المتمسك به من المعقب لعدم وجاهته».

9ـ استعجالي

9-1- التثبت من مدى قيام علاقة تسويغية فيه مساس بالأصل

قرار تعقيبي عدد 64442.2018 بتاريخ 29 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

«عن المطعنين لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما:

حيث من المسلم به واعتمادا على مقتضيات الفصل 201 من م. م. م. ت. أن القاضي الاستعجالي بقراراته الوقتية التي لا تمس أصل النزاع لا يتدخل إلا للبت في الحق الثابت ظاهريا وغير المتنازع في شأنه دون البحث حول إرادة الطرفين.

وحيث بالرجوع إلى أوراق قضية الحال ومؤيداتها يتبين أنّ تصريحات الطرفين كانت متضاربة فيما بينها ففي حين تمسكت المعقبة الآن بانعدام أيّ علاقة تربطها بالمعقب ضده في خصوص المحل الكائن بالطابق الأرضي من العمارة الكائنة بنهج كولونيا عدد 23 تونس الراجع لها بالملكية تمسك المعقب ضده بصفته كمتسوغ لهذا المحل منذ 2013 وممارسته لنشاطه التجاري به مدليا في الغرض بنسخة من مضمون سجله التجاري تبين من ظاهرها أنّه يمارس نشاطه التجاري بذات عنوان المحل المذكور أعلاه كما تبين بالاطلاع على محضر الاستجواب المجرى بطلب من المعقبة الآن أنّ المعقب ضده كان تمسك منذ استجوابه بتاريخ 22 مارس 2017 وقبل رفع قضية الحال ضده بنفس تصريحاته الحالية مؤكدا على أنّ العلاقة التسويغية الرابطة بينه وبين المعقبة هي علاقة شفاهية مستمرة في الزمن منذ أواخر سنة 2013.

وحيث استنادا إلى ما تقدم بسطه يتبين ومثلما ذهبت إليه محكمة الدرجة الثانية أنّ التثبت من مدى قيام علاقة تسويغية بين طرفي النزاع بخصوص المحل موضوع التداعي أضحى محل نزاع جدي يجعل المطلب الحالي لا يدخل تحت طائلة أحكام الفصل201 من م. م. م. ت. لمساسه بالأصل لما يتطلبه الأمر من إجراء أبحاث واستقراءات لا يستوعبها القضاء الاستعجالي.

وحيث أضحى الخدش في الحكم المعقب على أساس مخالفته أحكام الفصل 201 من م. م. م. ت. فضلا عن ضعف تعليله غير مبرر واقعا وقانونا وكان القرار المنتقد معللا سليما وبصفة يتجلى منها حسن تطبيق القانون وتعين لذلك رد المطعنين لعدم وجاهتهما ورفض التعقيب أصلا.

وحيث أخفقت المعقبة في طلبها واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفها عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

9-2- الأحكام الاستعجالية وقتية ولا تحوز قوّة الأمر المقضي به

قرار تعقيبي عدد 64685.2018 بتاريخ 09 أكتوبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«عن المطعنين لترابطهما ووحدة القول فيهما :

حيث تعلقت المسألة القانونية المطروحة بمدى جواز التمسك باتصال القضاء بالموضوع أمام القضاء الأصلي بناء على سابقية النظر من قبل القضاء الاستعجالي.

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أنّه من غير الجائز على المدعية في الأصل الطاعنة الآن قيامها أمام القضاء الأصلي في طلب انفساخ عقد الإيجار المالي لسابقية طرح نفس النزاع أمام القضاء الاستعجالي الذي بت صلب القرار التعقيبي عـ52575ـدد الصادر بتاريخ 27/ 10/ 2010 في عدم أحقية المستأنفة الاستناد إلى أحكام الفصل 7 من عقد الإيجار المالي للمطالبة بانفساخ العقد في حين اعتبرت الطاعنة أنّ القضاء الاستعجالي المذكور لم يبت في مسألة الانفساخ وبالتالي لا يمكن الاستناد إليه لردّ الدعوى الأصلية هذا فضلا على كونه قضاء وقتيا لا ينظر في أصل النزاع ولا يمكن أن يمثل قرينة اتصال قضاء.

وحيث من المستقر عليه فقها وقضاءً أنّ الأحكام الصادرة من القاضي الاستعجالي هي أحكام وقتية ولا تحوز قوة الأمر المقضي فيما قضت به لأنّها لا تهدف إلّا لحفظ الحقوق بصفة مؤقتة ولا تقضي في أصل الحق وعليه فهي لا تلزم محكمة الموضوع عند الفصل في أصل النزاع بالأخذ بالأسباب التي استند

إليها القاضي الاستعجالي في الحكم بالإجراء الوقتي سيما إذا كانت هذه الأحكام قاضية برفض المطلب كيفما هو الشأن في قضية الحال فالقرار الاستعجالي التعقيبي عـ52575ـدد الذي أسّست عليه محكمة الحكم المطعون فيه حكمها فضلا عن صبغته الوقتية فهو قد قضى برفض المطلب وعليه فهو لا يلزم المدعية في الأصل الطاعنة الآن في شيء ولا يمثل اتصال قضاء ولا يمنعها ذلك من القيام مجددا أمام القضاء الأصلي وتكون محكمة الحكم المطعون فيه حينما ارتأت خلاف ذلك قد أورثت قضاءها مخالفة لأحكام الفصل 481 من م. ا. ع. و201 من م. م. م. ت..

وحيث ومن جهة أخرى فقد اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه وأنّ إيداع مورث المعقب ضدهم لمبلغ (2.692 028 د) بحسات الطاعنة بعنوان خلاص أقساط الإيجار المطلوبة يبرّر الحكم بعدم سماع دعواها الرامية إلى انفساخ العقد وهو ما يشكل في جانبها مخالفة للفصلين 242 و274 من م. ا. ع. ضرورة أنّ طرفي النزاع اتفقا صلب الفصل 7 من الشروط العامة من عقد الإيجار المالي على أنّ العقد ينفسخ بصفة آلية في حالة عدم احترام شروطه من قبل المستأجر وخاصة عدم خلاص أقساط الإيجار أو جزء منها بعد ثمانية أيام من تنبيه يوجه للمستأجر المالي بواسطة رسالة مضمونة الوصول وهو ما يستخلص منه أنّ هذا الفسخ الاتفاقي هو فسخ حتمي آلي ولا يمكن الاجتهاد في تقريره وتكتفي المحكمة بمعاينته وعليه فإن محكمة الحكم المطعون فيه وحينما اجتهدت في ذلك واعتبرت أنّ الخلاص اللاحق لأقساط الإيجار يترتب عنه زوال الفسخ تكون قد نالت من إرادة الطرفين باستخلاص أمور لم يقع الاتفاق عليها بينهما وهو ما يجعل قرارها عرضة للنقض مع الإحالة ».

9-3- سلطة القاضي في تقدير شروط التقاضي الاستعجالي

قرار تعقيبي عدد 71539 بتاريخ 23 أفريل 2019 صادر عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة هاجر المحرزي وعضوية المستشارين السيدة ماجدة الرياحي والسيدة سامية القطاري بمحضر المدعي العمومي السيدة منى السنوسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة راضية همادي.

«حيث يقتضي الفصل 201 من م. م. م. ت. أنّه: «يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكّدة بدون مساس بالأصل.»

وحيث أنّ مؤسسة القضاء الاستعجالي شرعت لحماية الحقوق بصفة مؤقتة بشرط التأكّد وعدم المساس بالأصل وتفريعا على ذلك فإنّ ما يستنتجه القاضي الاستعجالي من توفر شروط الفصل 201 السالف تضمين نصه في المطلب من عدم ذلك يعد مسألة من اختصاصه ولا رقابة عليه في ذلك بشرط التعليل السليم والمستمد ممّا له أصل ثابت بالملف.

وحيث ثبت رجوعا إلى ظاهر أوراق الملف ومستندات القرار المنتقد أنّ المحكمة اعتبرت عن صواب أنّ المطلب لا تتوفر فيه شروط الفصل 201 السالف تضمين أحكامه بالنظر إلى أنّ المعقب استند تدليلا على توفر شرط التأكّد إلى تقرير اختبار محرر بطلب منه بواسطة مكتب دراسات للتمسك بأنّ العقارات مهددة بالانهيار وأنّ حياة شاغليها في خطر وفي مقابل ذلك تمسكت المعقب ضدها بأنّ شرط التأكد غير متوفر ولا ضرورة لإخلاء العقارات للقيام بالإصلاحات اللازمة لإمكانية إتمامها دون إخراج الشاغلين مستندة في ذلك إلى تقرير اختبار محرر بموجب إذن على عريضة بواسطة ثلاثة خبراء حققوا إمكانية إتمام الإصلاحات التي لا تهدد بالانهيار دون إخلاء العقارات وأنّ البت فيما إذا كان شرط التأكد متوفّرا من عدمه يتوقف على إتمام أعمال استقرائية وأبحاث تهدف إلى ترجيح أحد الموقفين وهو ما يفضي بداهة إلى تخلف الشرط الثاني الوارد به الفصل 201 من م. م. م. ت. ألا وهو شرط عدم المساس بالأصل ضرورة أنّ الأعمال الاستقرائية والأبحاث الواجب إتمامها للبت في المطلب الحالي هي من صميم اختصاص قضاء الأصل ويضيق عنها مجال قضاء العجلة بحكم طبيعة أحكامه الوقتية الهادفة إلى درء الأخطار الثابتة التي لا تحتمل التأخير والتي لا تمس بأصل الحقوق ولا تقطع فيها الأمر المتخلف في مطلب الحال.

وحيث وترتيبا على ما سبق فإنّ محكمة القرار المطعون فيه لما اعتبرت أنّ شروط الفصل 201 غير متوفرة في المطلب الحالي أحسنت التقدير وطبقت القانون تطبيقا سليما ينم عن فهم صحيح له فجاء قرارها سليم المبنى قانونا

ومعللا تعليلا مستساغا دون هضم ولا تحريف ولم تأت مستندات الطعن بأيّ دفع من شأنه الخدش فيه فأحرز على جميع مقوماته وتعين رفض الطعن أصلا.

وحيث لم يكسب الطاعن من طعنه واتجه تخطيته بالمال المؤمن عملا بالفصل 184 من م. م. م. ت.».

10 ـ تحكيم

10-1- بداية احتساب أجل البت في الخصومة التحكيمية

قرار تعقيبي عدد 65971.2018 صادر بتاريخ 4 ديسمبر 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعى العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث تأسّس المطعن على أنّ القرار صدر خارج الأجل الوارد بالفصل 24 من مجلة التحكيم.

وحيث اقتضى الفصل 24 من مجلة التحكيم بأنّه إذا لم يقع تحديد أجل للبت في الخصومة وجب البت فيها في أسـرع وقت وعلى كل حال في ظرف لا يتجاوز ستة أشهر.

وحيث يستبان بالرجوع إلى أوراق الملف والقرار المطعون فيه أنّ الطاعنة الآن كانت تمسكت أمام محكمة القرار المنتقد بطلب إبطال القرار التحكيمي المخدوش فيه لأحكام الفصل 24 من مجلة التحكيم على اعتبار أنّ المحكم قبل مهمته بتاريخ 05/ 04/ 2016 وأصدر قراره في 26/ 10/ 2016 واعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ المحكم لم يخرج عن الأجل المحدد لأنّ المعقب في بداية احتساب الأجل لا يعتدّ فيه بالأمور الشكلية التحضيرية وإنّما من تاريخ القبول الفعلي وقد عللت قضاءها في هذا الخصوص بقولها بأنّه وخلافا لما تمسك به نائب طالبة الإبطال فإنّ قبول المحكم للمحكمة كان في 17/ 05/ 2016 باعتبار تاريخ القبول الفعلي للمهمة التحكيمية.

وحيث من الثابت أنّ قبول المهمة النهائية بالتحكيم ومباشرة الأعمال فيه لا تكون خلال الجلسيات التحضيرية والتمهيدية فهي جلسات شكلية لعقد جلسة

المواجهة في التحكيم بين الأطراف المتنازعة ولا يمكن اعتبارها قبولا نهائيا للمهمة طالما أنّ القبول يظل معلقا على توفر شرطين معا وهما :

أولا: أن يقدم المدعي نسخة من عريضة الدعوى الرسمية وما يفيد تبليغ نسخة من العريضة والمؤيدات إلى المدعى عليه.

وثانيا : يجب على كل طرف أن يدفع تسبقة أجرة ومصاريف التحكيم وهو ما تأكدت منه محكمة الحكم المطعون فيه قولا بأنّ حضور المحكمين جلسات تحضيرية للاتفاق على الأجرة وآجال تقديم العريضة قبول شكلي يمهد للقبول الفعلي الذي يحتسب من تاريخ الشروع في العمل الفعلي بعد تقديم عريضة الدعوى من طالب التحكيم وإتمام خلاص أجرة أعضاء الهيئة والمصاريف المتفق عليها وكانت على صواب في ذلك، فالجلسة الأخيرة المنعقدة يوم 17/ 5/ 2016 إثر استكمال الأطراف لإجراءات تقديم العريضة والرد عليها ودفع المصاريف هو تاريخ قبول الهيئة بمهمتها بصفة نهائية وشروعهم في المهمة بصفة فعلية وقانونية طبق ما عللت به محكمة الحكم المطعون فيه قرارها وكان تعليلها سليما بما يتجه معه ردّ المطعن».

10-2- امتداد الشرط التحكيمي

10-2-1 امتداد الشرط التحكيمي إلى الغير-التكييف-تدويل التحكيم

قرار تعقيبي عدد 67386.2018 صادر بتاريخ 25/ 12/ 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجلاء المصمودي والسيد محمد معز العروسي بحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«عن المطعن الأوّل المتعلق بخرق القانون والخطأ في تأويله والتناقض في التعليل: (الفصول 1 و6 و24 و42 و48 و78 من مجلة التحكيم والفصل 123 من م. م. م. ت.:

حيث تضمن المطعن أن محكمة القرار المطعون فيه وإن أحسنت تبنّي مسألة إمكانية امتداد الشرط التحكيمي إلا أنها أولا أخطأت في تطبيقه وذلك في خصوص صفة الغير لدى الشركات الإماراتية فقد وردت نظرية الامتداد في مجال الإجراءات وتهدف للاحتجاج بالشرط التحكيمي على الغير وأن محكمة

الحكم المطعون فيه لما اعتبرت أن الامتداد على الشريك الإستراتيجي ينم على خلط بين شخصية الشركاء والشخصية المعنوية للشركة تكون قد جانبت الصواب لأن الامتداد في النزاع له أثر إجرائي لا غير وهو التوسيع في نطاق الخصومة وأن المقاربة في تفعيل امتداد الشرط من عدمه هو البحث ليس عن صفة من وقع عليه – الشركات الإماراتية- وإنما هو البحث في مدى علمها كغير وتدخلها فعليا في إبرام وتنفيذ العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي وهو شريك إستراتيجي وله صفة الغير بالنسبة إلى عقد التوزيع وقد اعتبر القرار التحكيمي أنه من الجائز التوسع في الشرط التحكيمي على أحد الشركاء الإستراتجيين لعلمه بالشرط التحكيمي ودوره الفاعل والمؤثر واعتبره امتدادا إجرائيا للشرط التحكيمي وثانيا فقد أخطأت محكمة القرار المطعون فيه في تأويل إرادة الأطراف التي اتفقت على الشرط التحكيمي فقد اتفق الأطراف بالفصل 22 من العقد على اللجوء لرئيس محكمة الاستئناف لتعيين المحكمين وهو ما يعني اختيارهم التحكيم الدولي وتطبيق إجراءاته وهي إرادة الأطراف التي لا تترك مجالا للتفسير وهو ما حرّفه القرار المطعون فيه لما اعتبر التحكيم له صبغة داخلية وثالثا فقد أخطأت محكمة القرار المطعون فيه في تكييف التحكيم بناء على الخطأ في تطبيق القانون بشأن امتداد الشرط التحكيمي ذلك أن القرار التحكيمي أسس لتكييف التحكيم بأنه دولي بناء على سحب الشرط على الشركات الإماراتية التي يوجد مقرها خارج التراب التونسي وبناء على تعيين المحكم الأستاذ الرواتبي من طرف وكيل رئيس محكمة الاستئناف بتونس زيادة على اتفاق الأطراف على أن يتم التعيين من طرف محكمة الاستئناف وقد أخطأ القرار المطعون فيه في وصف القرار التحكيمي في أنه داخلي وخرق بذلك الفصول 42 و48 و78 من مجلة التحكيم.

وحيث على خلاف ما ورد بالفرع الأول من المطعن الأول فقبول مبدأ الامتداد وعدم تفعيله على الشريك الإستراتيجي لا يمثل تناقضا فمن جهة يقوم مبدأ الامتداد على اجتهاد قضائي في النظام القانوني التونسي وبشروط يستخلص منها القاضي إمكانية تفعيل الشرط التحكيمي على أطراف لم تمض عليه وقد مارست المحكمة اجتهادها في ذلك واستخلصت عن صواب أن وجود شريك إستراتيجي ضمن المساهمين في الشركة المعقب ضدها اتصالات تونس لا يعطيه استقلالية عن الذات المعنوية التي لها هياكلها التي تسيّرها وتضع لها

طرق وأهداف وإجراءات نشاطها التجاري والاقتصادي وهي على صواب في ذلك فالشريك رغم موقعه لا يمكنه أن يجد صفة مستقلة عن الشركة ولا يمكن أن يأخذ صفة الغير فكل شريك معني بالشركة وطرف فيها وينخرط فيها وهي في صورة الحال شركة خفية الاسم حتى وإن كان لهذا الشريك تأثير في اتخاذ بعض القرارات فهو يكون ضمن هياكلها القانونية والقرار الذي يتم اتخاذه يلزم الشركة وليس الشريك لأن الشركة خفية الاسم تسيّرها هياكلها وتحت مسؤوليتها وعليه فلا سند لامتداد الشرط التحكيمي على الشريك بدعوى أنه غير بالنسبة إلى عقد التوزيع ذلك أنه من أوكد شروط سحب الشرط التحكيمي على الغير إثبات أن ذلك الغير قد تصرف فعلا كطرف اقتصادي فاعل ومعني بصورة شخصية ومباشرة بالعملية التعاقدية المتضمنة للشرط التحكيمي فقانونا يتم سحب الشرط التحكيمي على الغير متى تبين أن ذلك الغير أصبح طرفا فعليا في العقد ولا بدّ أن يكون ذلك الغير معنيّا بصورة مباشرة في العملية التعاقدية، فدور الشريك فيما تخوّل له الشراكة في رأسمال من المشاركة في مداولات مجلس الإدارة والجلسة العامة للمساهمين على الصعيد الداخلي ودون القيام بأي عمل أو تصرف مباشر مع الغير يبرر امتداد الشرط التحكيمي عليه وهي صورة الحال فالشركات الإماراتية هي شريك في رأسمال المعقب ضدها يحاول ككل شريك التأثير داخل هياكلها دون الأخذ بزمامها أو قيادتها طالما أن نسبة مساهمتها (35٪) لا تخوّل لها ذلك وعليه وفي غياب الفعل الاقتصادي المباشر والمشاركة الشخصية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية فإنه ينعدم كل مبرر لسحب الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية خاصة وكما هو في النزاع الحالي ليس لها أية مسؤولية في عدم تنفيذ عقد التوزيع وفق ما تضمنه القرار التحكيمي الذي ولئن أقر الامتداد فقد اعتبره إجرائيا فقط ولم يحمل الشركات الإماراتية المعنية بالامتداد أية مسؤولية عن عدم تنفيذ عقد التوزيع فقد كانت المحكمة على صواب لما أسست موقفها على عدم تطبيق الامتداد.

وحيث وبالنسبة إلى الفرعين الثاني والثالث من المطعن الأول فمن الملاحظ أن جنسية الأطراف لا تأثير لها على دولية التحكيم وفق الفصل 48 من مجلة التحكيم فالأطراف الإماراتية التي شملها امتداد الشرط التحكيمي من طرف الهيئة التحكيمية لا يمكن أن يكون معيارا في دولية التحكيم فدولية التحكيم لا

تثبت إلا وفق المعايير التي ضبطها الفصل المذكور وبالأخص محل عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن إبرامها بدولتين مختلفتين أو أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية وعلى هذا الأساس فإن اتفاق الأطراف المتعاقدة في عقد التوزيع على تعيين رئيس محكمة الاستئناف بتونس لتسمية المحكم أو أحدهم لا يستشف منه دولية التحكيم متى غابت عناصر الدولية وفق الفصل 48 من مجلة التحكيم.

وحيث وبناء على ما سبق فلا يمكن الاستناد على تحديد الطرف الذي يعين المحكمين أو أحدهم وهو رئيس محكمة الاستئناف للقول بتدويل التحكيم وأن قيامه بالتعيين لا يمكن أيضا أن يكون معيارا في تدويل التحكيم لأنه من طبيعته سلطة تعيين بموجب اتفاق الأطراف، ولا يعني ذلك انصراف إرادة المتعاقدين (شركتي اتصالات تونس وديستريكوم) إلى تدويل التحكيم فهو إجراء اختياري متفق عليه بين الطرفين يتمثل في إسناد الاختصاص بتعيين محكم إلى السيد رئيس محكمة الاستئناف بتونس باعتباره كما سبق ذكره سلطة تعيين.

وحيث وخلافا أيضا لما ورد بالمطعن فإن الفصل 48 من م ت ينص على أن التحكيم يكون دوليا «إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاقية التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة».

ويتبين من صياغة الفصل المذكور أن إرادة تدويل التحكيم من قبل الأطراف لا بدّ أن تكون صريحة بمعنى واضحة ولا لبس فيها من جهة، ولا تنبني على الاستنتاج وأن تتعلق بموضوع اتفاقية التحكيم وهي في قضية الحال بتوزيع علامة «عليسة» في أكثر من دولة واحدة وهو ما لم يتضمنه اتفاق الطرفين صراحة ولم يكن المطعن بناء على ما سبق بسطه وجيها ويتجه ردّه.

عن المطعنين الثاني والثالث المتعلقين بالتناقض في المستندات وضعف التعليل الموجبين للنقض طبق أحكام الفصلين 123 و175 منم. م. م. ت.:

حيث ورد بالمطعن أن الحكم المطعون فيه أقر إمكانية تمديد الشرط التحكيمي على الغير الأجنبي عن التعاقد في صورة ثبوت أن هذا الغير قد ساهم بطريقة ما خلال مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدت إلى إبرام العقد في تحديد مضمونه إلا أنه رفض سحب الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية وبالتالي فقد وقع الحكم المطعون فيه في التناقض بين أجزائه كما أنه أهمل البحث في

مدى توفر شروط سحب الشرط التحكيمي على الغير في قضية الحال وهو ضعف ووهن في القرار المطعون فيه يوجب نقضه إلا أنه خلافا لذلك فقد تضمن القرار المطعون فيه أن المشرع التونسي لم ينظم مسألة امتداد الشرط التحكيمي للغير الذي لم يوقع عليه وإنما هي نتاج تطور فقه قضائي دولي تبنّاه كذلك فقه القضاء التونسي وأنه من الثابت أن عقد التوزيع المتضمن للشرط التحكيمي أساس دعوى الحال قد أبرم بين كل من شركة اتصالات تونس من جهة أولى بوصفها شركة خفية الاسم يتكون رأسمالها من مساهمة الدولة التونسية في حدود نسبة 65 بالمائة من الأسهم ومساهمة الشركات الإماراتية في حدود نسبة 35 بالمائة وشركة ديستريكوم من جهة ثانية –الطاعنة– كما أنه من الثابت أنّ كلّا من طرفي العقد المشار إليهما هي شركة مستقلة بذاتها وقد تبين من القرار التحكيمي أن التمديد كان لفائدة شركة هي من بين أحد المساهمين في رأسمال شركة اتصالات تونس الطرف الأول في عقد التوزيع وقد كانت المحكمة على صواب في عدم سحب الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية بوصفها شريكا إستراتيجيا في الشركة المعاقدة مثلما تدفع به الطاعنة لأن شركة اتصالات تونس تسيرها القوانين ونظامها الأساسي وأن مشاركة الشركات الإماراتية سواء في المفاوضات السابقة لعقد التوزيع أساس القيام أو في إبرام ملحقه بواسطة ممثلها في مجلس الإدارة لا يجعلها طرفا مستقلا بذاته في العقد المذكور فشركة اتصالات تونس هي الطرف الوحيد في العقد ومنه لا يصح سحب الشرط التحكيمي على الشريك سيما في الشركات التي ليس للشريك فيها سوى مسؤولية محدودة وعليه لا يمكن الحديث عن تناقض في القرار المطعون فيه فهو أقر مبدأ امتداد الشرط التحكيمي وأنه عند تنزيله في النزاع محل نظرها لم تتبين لها شروط تفعيله انطلاقا من صفة الشركات الإماراتية في أنها شريك من شركاء الشركة المتعاقدة.

وحيث أن امتداد الشرط التحكيمي على الشركات الإماراتية بصفتها شريكا لا يؤول لتدويل النزاع التحكيمي وقد اعتبرت محكمة القرار المنتقد عن صواب أن «موقف هيئة التحكيم تأسس على استنتاج الإرادة الضمنية للأطراف من خلال اختيارهم لإجراءات معينة إلا أن هذا الموقف لا يمكن مجاراته ضرورة أن مسألة تحديد الاختصاص لا بد أن تبنى على اليقين وأن لا تتحدد بالاستنتاج المبني على الظن. «ذلك أن الفصل 48 من م ت ينص على أن التحكيم يكون دوليا «إذا اتفق

الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاقية التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة»، ويتبين من صياغة الفصل المذكور أن إرادة تدويل التحكيم من قبل الأطراف لا بدّ أن تكون صريحة بمعنى واضحة ولا لبس فيها من جهة، وأن تتعلق بموضوع اتفاقية التحكيم أي في قضية الحال بتوزيع علامة «عليسة» في أكثر من دولة واحدة من جهة أخرى، في حين ثبت أن اتفاق الطرفين لم يتضمن أي اتفاق صريح على توزيع علامة «عليسة» بأكثر من دولة.

وحيث اعتبرت الطاعنة أيضا أن القرار الاستئنافي انبنى على خطأ في تطبيق القانون وفي إعمال معايير الفصل 48 من مجلة التحكيم لاستخلاص الصبغة الداخلية للتحكيم وخلافا لذلك فقد أصابت محكمة القرار المنتقد في تطبيق المعايير الواردة بالفصل 48 من مجلة التحكيم الذي يجعل التحكيم دوليا من خلال توفر جملة من المعايير وهي المعيار الترابي الذي هو معيار أساسي لتكييف التحكيم أنه دولي وهو يعني حسب صريح أحكام الفقرة أ من الفصل 48 من مجلة التحكيم أن يكون «محل عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن انعقادها واقعا في دولتين مختلفتين» ولا عبرة في النزاع الحالي بمقر الشركات الإماراتية وباعتبار أن المعقب ضدها شركة اتصالات تونس وهي الخصم الوحيد للطاعنة وهي التي وجهت عليها طلباتها وهي شركة تونسية الجنسية ومقيمة بالتراب التونسي زيادة عن كون تدويل التحكيم على أساس المقر الاجتماعي للشركات الإماراتية الكائن بدبي لا يعتد به لأن العبرة قانونا هي بمقر عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن انعقادها مثلما نصت على ذلك صراحة أحكام الفصل 48 متقدم الذكر وأن شركة اتصالات تونس التي هي شركة تونسية مقيمة، تسدي خدماتها لحرفائها حصريّا بالبلاد التونسية.

وحيث وفي غياب صفة الطرف في اتفاقية التحكيم زمن انعقادها بالنسبة إلى الشركات الإماراتية فإنه يستحيل القول بتوفر معيار الفقرة الأولى من الفصل 48 من مجلة التحكيم وهو ما أقرته عن صواب محكمة الاستئناف ولا تثريب عليها في ذلك في اعتبار القرار التحكيمي قد خرق أحكام الفصل المذكور، ومعيار مكان التحكيم فقد اعتبر المشرع بالفقرة الثانية من الفصل 48 من مجلة التحكيم أن التحكيم يكون دوليا إذا كان مكان التحكيم واقعا خارج الدولة التي فيها محل عمل الأطراف ولا خلاف أن جميع إجراءات التحكيم جدّت بالبلاد التونسية وأن

مقر الهيئة كائن كذلك بها بما يعني عدم توفر المعيار الثاني للقول بالصبغة الدولية للتحكيم وكذلك معيار مكان تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد فهو يخص نزاعا في تنفيذ عقد توزيع لعلامة «عليسة» بالبلاد التونسية مثلما يتحقق من العبارات الصريحة لعقد التوزيع الذي نصّ صلب الفصل 2.1 منه على أن صاحب العلامة يكلف الموزع بحق توزيع العلامة للحرفاء بالإقليم، وقد تضمن الفصل 1.1 من العقد تعريف الإقليم بأنه التراب التونسي وهو اتجار وتوزيع علامة «عليسة» حصريا داخل التراب التونسي مثلما ينتفي معه معيار التجارة الدولية مناط الفقرة الأخيرة من الفصل 48 من م ت وتنتفي كذلك الصبغة الدولية للتحكيم وقد كان القرار المطعون فيه على صواب لما استنتج أنه «بات ثابتا عدم صحة توفر أي من معايير التدويل المعتمدة من هيئة التحكيم أو حتى باقي المعايير الأخرى المبينة بالفصل 48 من م ت كالمعيار الموضوعي طالما لم يتعلق موضوع العقد بالتجارة الدولية فإن التحكيم الراهن يكون له صبغة داخلية صرفة».

وحيث لم تكن المطاعن بناء على ما سبق وجيهة ويتجه ردها ورفض مطلب التعقيب أصلا».

10-2-2- امتداد الشرط التحكيمي في تجمّع الشركات-الاعتراف بالحكم التحكيمي- نطاق الإكساء بالصبغة التنفيذية-الإجراءات الأساسية في التحكيم.

قرار تعقيبي عدد 79920 صادر بتاريخ 11/ 12/ 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد المعز العروسي بحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«عن المطعن الأول المتعلق بخرق أحكام الفصل 175 سادسا من م. م. م. ت. بمقولة إنّ القرار المعقب قضى بما لم يطلبه الخصوم

حيث تأسس المطعن على أحكام الفصل 175 سادسا على أساس أن القرار المعقب قد قضى بقبول طلب إكساء القرار التحكمي الدولي عدد 21999/ ASM /JPA الصادر عن غرفة التجارة الدولية بواسطة المحكم المنفرد السيد أرميندو ريبيارو منداس بتاريخ 11 أوت 2017 والملحق التكميلي به الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2017 بالصيغة التنفيذية وهو ما طلبه المدعون في الأصل

– المعقب ضدهم – ولم يكن طلبهم في الاعتراف بالحكم التحكيمي حال أن الإذن بالتنفيذ l'exéquatur الذي يرمي إلى الحصول على إذن من القضاء الوطني لتنفيذ الحكم وتتبع مكاسب المدين يختلف عن الاعتراف reconnaissance des jugements الذي لا يستهدف سوى تخويل طالبه الاحتجاج والمعارضة بالحكم أمام القاضي الوطني.

وحيث وفي خصوص المصطلحات فإن الاعتراف بالحكم التحكيمي يختلف عن طلب تنفيذه فالأول يرجى منه البحث عن حجية الحكم كأثر دولي كالاحتجاج به مثلا للدفع باتصال القضاء بينما طلب الإذن بالتنفيذ يستهدف تنفيذ الحكم التحكيمي أي جعله قابلا للتنفيذ الجبري وأما من حيث تنظيمه قانونيا في التشريع الوطني فمن الجدير البيان أن المشرع التونسي لم يفرد الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها بأحكام منفصلة بل جعل الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه مسألتين متلازمتين مرتبطتين بنفس الشروط باعتبار أنّ الإذن بالتنفيذ يقتضي الاعتراف بالحكم التحكيمي في المنظومة القانونية التونسية وقد نظم المشرع مسألة الاعتراف والإذن بتنفيذ الحكم التحكيمي تحت نفس العنوان بالقسم الثامن من الباب الثالث من مجلة التحكيم «الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها» وفي نفس الفصول إذ جاء بالفصل 79 من المجلة التحكيم أنه: « مع مراعاة قواعد التعامل بالمثل، تخضع لأحكام هذا القسم الأحكام التحكيمية الأجنبية كما تخضع لها الأحكام الصادرة في مجال التحكيم الدولي بصرف النظر عن البلد الذي صدرت فيه، وذلك لغاية الاعتراف والتنفيذ في تونس».

وحيث أن المشرع كذلك لم يفرد الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها بشروط مختلفة بل نصّ على الحالات التي يجوز فيها رفض الاعتراف أو التنفيذ بالفصل 81 من مجلة التحكيم دون تمييز.

وحيث أن القرار المطعون فيه قد قضى بالإذن بتنفيذ القرار التحكيمي طبقا للطلب مثلما يتبين من عنوانه «قرار في مادة إكساء القرارات التحكيمية الدولية بالقبول « ومن منطوقه «قضت المحكمة بإكساء القرار التحكيمي الدولي... بصيغة الاعتراف». وقد ثبت من خلال أسانيد الحكم المطعون فيه أن المحكمة أكدت بأن الطلب قد تحوّز على مقوماته الشكلية والجوهرية « المكفولة قانونا

المسوغة للاعتراف به وإكسائه بالصيغة التنفيذية المخولة له الولوج للنظام القانوني الوطني واتجه إلى الاستجابة له ».

وحيث أن قبول الإكساء مثلما استقرّ عليه جريان عمل فقه القضاء هو الصياغة الدالة على الإذن بالتنفيذ وما الإشارة إلى الاعتراف بالحكم التحكيمي وإكسائه بالصيغة التنفيذية في الآن نفسه إلا تأكيد على أثر قبول الحكم التحكيمي الدولي في المنظومة القانونية التونسية بما في ذلك إمكانية تنفيذه بالطرق القانونية.

زيادة عن كون عبارة «الإكساء» لم يرد ذكرها بمجلة التحكيم (سواء في الباب المتعلق بالتحكيم الداخلي أو الدولي) وهي عبارة مستعارة من أحكام مجلة القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية وخاصة الفصل 12 من تلك المجلة الذي تضمن أنه: «يؤذن بتنفيذ الأحكام وكذلك القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة وتكسى بالصيغة التنفيذية متى سلمت من الموانع المنصوص عليها بالفصل 11 من هذه المجلة».

وحيث أن تجاوز طلبات الخصوم على معنى الفقرة السادسة من الفصل 175 من م. م. م. ت. يتمثل في النظر في مسائل لم تعرض على القاضي والقضاء لأحد الأطراف بحقوق أكثر من تلك التي طالب بها والنظر في دفوع لم يتمسك بها يعتبر خرقا للإجراءات الأساسية وهي غير صورة الحال ذلك أنّ تضمين منطوق الحكم إكساء القرار التحكيمي بصيغة الاعتراف لا تمثل تعدّيا على حقوق الطاعن أو المعقب ضدّهم لأن الاعتراف لا يزيد ولا ينقص في الحق في التنفيذ بموجب الإكساء فالإكساء بالصيغة التنفيذية يحتوي في ذاته على الاعتراف فلا يمكن إكساء قرار تحكيمي غير معترف به في النظام القانوني التونسي وبذلك فإن تضمين منطوق الحكم « صيغة الاعتراف « إلى جانب الإكساء لا يشكل تضاربا في مرمى الحكم وغايته ولا تمثل حكما بغير ما طلب في قضية الحال ولا تجاوزا للطلبات أو تحريفا للوقائع ولا للمهمة المنوطة بعهدة القضاء. كما أن تجاوز طلبات الأطراف الموجبة لإبطال القرار التحكيمي تتمثّل على سبيل الذكر في الحكم بفسخ عقد والحال أن الأطراف لم يطلبوا ذلك أو الحكم بالتعويض بمبالغ أكثر ممّا طلبه الأطراف أو الحكم بالصلح في غياب طلب صريح من الأطراف كما لا

يعدّ تجاوزا من الهيئة التحكيمية في تطبيق القواعد الواجبة على أصل النزاع ولا في تحديد القواعد المنطبقة عليه.

وحيث لا وجاهة تبعا لذلك للقول بالحكم بما لم يطلبه الخصوم وتحريف الوقائع بما يتجه معه رد هذا المطعن.

عن المطعن الثاني المتعلق بسوء تعليل وخرق الفصول 1 و3 و6 والفصل 81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم

حيث تأسّس هذا المطعن على مقولة إنّ القرار المعقب قد جانب الصواب حين رفضت محكمة الاستئناف دفع الطاعن المتعلق بخرق الحكم التحكيمي لأحكام الفصل 81 فقرة (ج) باعتبار أنه شمل المعقب الذي لم يكن طرفا في الاتفاق على التحكيم وقد دفع بعدم أحقية إدخاله في اتفاقية التحكيم التي لم يرتضِها ولم يقبلها وإنّ محكمة الحكم المطعون لما قبلت بمد الشرط التحكمي تكون قد خرقت الفصول 1 و3 و6 والفصل 81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم.

وحيث كانت بيّنت محكمة الحكم المطعون فيه في هذه المسألة بأنّ الدفع بمخالفة الشرط التحكيمي الذي لم يكن المعقب طرفا فيه أن هيئة التحكيم تنظر في مسألة الاختصاص إجراء وموضوعا طبقا للقواعد القانونية والإجرائية التي تم اختيارها من الأطراف صلب الشرط التحكيمي وليس بالرجوع إلى القانون التونسي الموضوعي والإجرائي. وقد ثبت أنّ أطراف اتفاقية التحكيم قد عينوا القانون الإسباني كقانون منطبق على موضوع الخلافات التي قد تنشأ بينهم وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس لتنظيم سير الإجراءات التحكيمية ولذلك فإن ما انتهى إليه القرار المطعون فيه بخصوص اختصاص المحكم بناء على أحكام القانون الإسباني موضوعا وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس هو من الإجراءات التي لا يمكن أن يكون محلّ رقابة من طرف محكمة الإكساء باعتبار أن نظرها لا يشمل مراقبة سلامة تطبيق القانون الأجنبي من طرف هيئة التحكيم عملا بأحكام الفصل 81 من مجلة التحكيم وإنما مدى احترام شكليات المواجهة واحترام حق الدفاع كما بيّنت المحكمة أن تطبيق الحكم التحكيمي نظرية التوسّع في الشرط التحكيمي لا يتعارض مع القانون التونسي الذي لا يتضمن في أحكامه ما يمنع صراحة هذا الامتداد ويتماشى مع التوجه الفقهي وفقه القضائي في تونس

الذي كرس إمكانية التوسع في الشرط التحكيمي ليشمل أطرافا لم تمض على العقد المتضمن للشرط التحكيمي ولكنها تداخلت في أعمال إبرامه أو تنفيذه أو فسخه ليعتبر تصرفها قبولا ضمنيا بالشرط التحكيمي. وقد كانت على صواب في ذلك خلافا لما ورد بالمطعن لأنه وإن كان المشرع التونسي لم ينظم مسألة امتداد الشرط التحكيمي للغير الذي لم يوقع عليه وأنه نتاج تطور فقه قضائي دولي وتونسي للحدّ من مبدأ المفعول النسبي لاتفاقيات التحكيم وليضع حلولا حيال تدخل بعض الأطراف في اتفاقية التحكيم إبراما وتنفيذا دون أن تكون قد أمضت على الاتفاقية أو على الشرط وهو تكريس لقاعدة التمديد في الشرط التحكيمي على الغير مطلقا الأجنبي عن التعاقد كلما ثبت من الظروف المحيطة بالعقد أن الغير قد ساهم في التفاوض الذي أدى إلى إبرام اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تضمن الشرط وتحديد مضمونه وضبط الصلاحيات المخولة لطرفيه أو أنه ساهم في تنفيذه بما يجيز مدّ الشرط التحكيمي عليه دون التوقف على الإمضاء.

وحيث لا تثريب على هذا التحليل السليم للمسألة القانونية المطروحة إذ أن نظرية امتداد الشرط التحكيمي أخذت فعلا بتطوّر فقه القضاء الوطني والدولي وأعمال الفقه في مجال التحكيم الدولي وسواء تعلق النزاع بتجمع شركات أو خارج هذه الصورة، بما أضفى على الحل المعتمد الاستقرار والتواتر والثبات تماما كما ذكّر به القرار المطعون فيه الآن وذلك سواء فيما تعلق بتأصيل النظرية وبيان منهجها (التأويل الموضوعي لإرادة الأطراف المبرمة لاتفاق التحكيم) أو فيما تعلق بمجال انطباقها (تجمع شركات أو على الغير المطلق) أو في ما تعلق بالشروط المبيحة للاحتجاج بالشرط على الغير مطلقا الأجنبي عن التعاقد (مساهمته في مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدّت إلى إبرام العقد المتضمن للشرط التحكيمي وتحديد مضمونه وضبط الصلوحيات المخولة لطرفيه) أي بعبارة واضحة ثبوت علم الغير المطلق بوجود الشرط التحكيمي ومضمونه، أو فيما تعلق بأساس النظرية وتأصيلها (إعمال نظرية الظاهر وحماية مصلحة الغير).

وحيث تبنّى فقه القضاء التونسي مسألة مدّ الشرط التحكيمي في تجمع الشركات وغيرها وهناك استقرار نظرية الامتداد وطنيا ودوليا قضاء وفقها وممارسة تحكيمية، تتجه الإشارة أولا وبالذات إلى القرارين الصادرين عن

محكمة الاستئناف بتونس عدد 13421 و14752 الصادرين في نفس اليوم، 8 مارس 2011 ورأت فيها تلك المحكمة ما يلي : «وحيث إن اشتراط المشرع شكلية الكتابة لإثبات وجود الشرط التحكيمي لا يتعارض مع فكرة أن تنسحب آثاره على غير الأطراف المتعاقدة أو الممضية على الشرط المذكور متى تبين من خلال معطيات ثابتة ووقائع دامغة أن الطرف المحتج ضده بمضمون ذلك الشرط كان عالما به» (القرار الاستئنافي التحكيمي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 14752 بتاريخ 8 مارس 2011).

«وحيث وخلافا لما تسمك به نائب طالبة الإبطال فإنه يتبين بالاطلاع على مظروفات الملف أن منوبته تدخلت بصفة مباشرة وإيجابية أثناء المفاوضات التي سبقت إمضاء العقد وتقدمت بعدة مقترحات تم أخذها بعين الاعتبار في صياغته النهائية الأمر الذي يجعلها عالمة بوجود الشرط التحكيمي، وهو ما انتهت إليه هيئة التحكيم بقولها «إنّ الأطراف التي وقع إدخالها بصفتها مدعى عليها هي أطراف في العقد وهي تعرف الشرط التحكيمي وقد وافقت عليه ضمنيا بواسطة منسقها المشترك محامي المجموعة الطاعن صراحة لهذا الغرض» (القرار الاستئنافي التحكيمي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 14752 بتاريخ 8 مارس 2011).

كما تتجه الإشارة إلى القرار التعقيبي عدد 2014/ 12318 بتاريخ 5 جوان 2014 (قضية جاست اوتال كومبني) والذي بينت فيه محكمة القانون أنه ولئن كان المبدأ العام في اتفاقية التحكيم أنها تنطبق على أطرافها دون الغير فإن إمكانية التوسع لانسحاب اتفاقية التحكيم على الغير بوجه عام واردة في بعض الصور من خلال البحث في إرادة الأطراف عند إبرام اتفاقية التحكيم كالبحث في مدى تدخل الغير في تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه «فهي (الشركة الغير) تكون تعلم بالعقد وناقشت بنوده ورضيت به لأنها تدخلت في محتواه وأملت توجهاتها». وأما دوليا فالنظرية ثابتة منذ سنوات طويلة في التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي والقضاء المقارن فقد بدأت النظرية مع القرار المبدئي Dow Chemical (قرار Isover Saint-Gobain /Dow Chemical الصادر عن الغرفة التجارية الدولية تحت عدد 4131 في 23 سبتمبر 1982(Rev. Ab. 1984, p. 137)

« La clause compromissoire…, doit lier les autres sociétés qui par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant les dites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées au véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui peuvent en découler ».

وحيث بيّنت محكمة الحكم المطعون فيه زيادة عما سبق أن الأمر لا يتعلق بـ«غير» عن الشرط التحكيمي وإنما بأطراف لم تمض على الشرط التحكيمي («parties non signataires de la convention d'arbitrage») «باعتبار علم الطاعن بالشرط وتدخله فيه إنشاء وتنفيذا للالتزامات العقدية الأصلية المدرجة فيه وقبوله ضمنا له وتأثيره فيه إيجابا سواء في الشرط التحكيمي أو العقد موضوع النزاع وقد قام المحكم في قضية الحال بتعليل حكمه مدّ الشرط التحكيمي إلى المعقب الآن استنادا إلى الفقه وفقه القضاء الإسباني والمقارن وما توفر لديه في ماديات الملف والأعمال الاستقرائية التي قام بها مستندا في ذلك إلى الفقه وفقه القضاء فقد بيّن موقف الفقه بالإشارة إلى مؤلف الفقيهين السويسريين Poudret وBesson اللذيْن أكدا أنه كثيرا ما يقع التوسّع في الشرط التحكيمي ليشمل الغير الذي لم يكن طرفا في العقد بناء على قبوله الضمني بالشرط التحكيمي وينطبق ذلك في الشركات التجارية بناء على أنّ مبدأ خرق حجاب الشركة (piercing the corporate veil) ومبدأ الألتر إيقو (alter ego) والإستوبال (estoppel) يكون منطبقا ويقع الالتجاء إليه في صور التعسّف الواضح والغشّ « in cases of manifest abuse, ie fraud » خاصة وأن مبدأ خرق حجاب الشركة «levantamiento del velo societario» تم قبوله في إسبانيا في التحكيم الدولي وهو القانون الذي ينطبق في النزاع الحالي وفي قضايا تحكيمية لغرفة التجارة الدولية مثلما بيّنه الفقه الإسباني من ذلك :

Merino Merchan and Chillon Medina, Tratado de Derecho Arbitral 3rd edition ,Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp, 1288-1299 ; Vulliemin, « La extension de la clausula arbitral a treceros.Clausula arbitral vs. Convenio arbitral ? », Spain Arbitration Review, n°5/2009, pp.3.ff).

ويتبناه فقه القضاء الإسباني بقرارات صادرة عن المحاكم الإسبانية التي قبلت مبدأ خرق حجاب الشركة و«الإستوبال» للتوسع في الشرط التحكيمي ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة مقاطعة مدريد تحت عدد 2010/ 227 بتاريخ 15 أكتوبر 2010 وقرار المحكمة العليا بفلنسيا عدد 2015/ 13 بتاريخ 5 ماي 2015.

وحيث انتهى القرار المطعون فيه إلى تفعيل شرط امتداد التحكيم بناء على ما انتهى إليه المحكم الذي استنتج أنّه خلال السنوات الثلاث من مدة اتفاقية الاستشارات في جربة عمل الطاعن الان كالمستشار الوحيد والفعلي وأنّ شركتي باست للاستثمارات وباست إنفستمنت قروب كانتا أداة فوترة فقط وأن سلوكه منذ عام 2013 يدلّ على أنه المالك الحقيقي لشركتيه المطلوبتين الأولى والثانية وأن الطريقة التي تصرف بها قد أجازت له اعتباره بأنه الشريك التعاقدي الحقيقي للمطالبين ولا يمكن أن يختفي وراء الشركات التي استخدمها لتحقيق عمولته.

وحيث ولئن كان دور محكمة الإكساء لا يشمل مراقبة صحة تطبيق القانون من قبل هيئة التحكيم، فإن المحكمة قد تأكدت من سلامة التعليل بخصوص مدّ الشرط التحكيمي إلى المعقب بما توفر في ماديات الملف من تداخل المعقب بصفته الشخصية عند إمضاء العقد وتنفيذه والاستفادة منه والتأثير فيه وهو استلم بصورة شخصية ثلاثة شيكات على سبيل الوديعة قصد خلاص صاحب الأرض التي كان المعقب ضدهم يعتزمون شراءها لإنجاز المشروع ثم وعند عدم تحقق البيع قام بإرجاع شيكين ولم يرجع الشيك الثالث بقيمة مليونين ومائة ألف دينار (2.100.000) بدعوى أنه يمثل مقابل أتعابه (بصفته الشخصية) في مساعدة المعقب ضدهم حال أن عقد المساعدة قد أبرم مع شركته وليس معه شخصيا.

وحيث من المعلوم قانونا أن أهم أثر تحدثه اتفاقية التحكيم بأنها كأي عقد آخر هي إنشاء رابطة بين طرفين يتولد عنها لكليهما حقوق وواجبات ولا يكون لأحدهما غيرهما دائن ومدين إلّا أنّ الرابطة تلك تنشِئ التزامات موضوعية وإجرائية بعينها يمكن أن تمتد آثارها إلى غيرهما سواء عند إنشاء الاتفاق أو عند تنفيذه كما يمكن أن تنشأ صفة إجرائية لطرفي الاتفاق أو للغير بحسب الحالات سواء أكان غير إجرائي أو لاحقا متأخرا نتيجة تنفيذ العقد أو عند إنشائه وهو ما

يحصل عند توسع أثر اتفاقية التحكيم لوجود تحكيم متعدد الأطراف أو عند تداخل أطراف في تنفيذه

عن المطعن الثالث المتعلق بتحريف الوقائع وخرق الفصول 13 و81 من مجلة التحكيم و105 من الدستور

حيث تضمن هذا المطعن بأن محكمة القرار المطعون فيه قد حرّفت الوقائع وخالفت القانون لما قضت برفض دفعه المتعلق بخرق الحكم التحكيمي لحقوق الدفاع والنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص باعتبار أن المعقب قد حرم من الدفاع عن نفسه في القضية التحكيمية. إلاّ أنه وخلافا لما ورد بالمطعن، فإنه يتبيّن أن محكمة الحكم المطعون فيه تولت مراجعة سرد الحكم التحكيمي للوقائع والإجراءات وثبت لها أن المعقب قد تم استدعاؤه لحضور إجراءات التحكيم ودعوته لإنابة محام عنه والجواب عن الدعوى وإبداء ما له من دفوع إلا أنه لم يجب عن ذلك على أساس عدم جواز امتداد الشرط التحكيمي لشخصه ولا يمكن للتشبث بالصمت الإجرائي أو الموقف السلبي أن يمثل هضما لحقوق الدفاع وخرقا لمبدأ المواجهة طالما ثبت الاستدعاء كما يجب للغرض ذلك أنّ مبدأ الـمواجهة بين الـخصوم يقتضي الاستدعاء للحضور يتم تبليغه للمطلوب في شخصه في مقره الأصلي أو المختار وتوجيه الدعوى عليه وهو ما جرى عليه العمل في الدعوى التحكيمية فتم إبلاغ الطاعن ومن معه ودعوتهما للجواب وإبداء ما لهما من أوجه فيه وهو صنف من الإقرار فالتزام الصمت أمام القضاء – الوظيفي أو الخاص – يعتبر اعترافا بصحة الدعوى على معنى الفصل 429 من م. ا. ع. ومن الثابت من خلال سرد المحكم لإجراءات الدعوى التحكيمية أنه قد تم إعلام الطاعن برفع المعقب ضدهم لقضية تحكيمية من طرف غرفة التجارة الدولية تتعلق به شخصيا وبشركتي باست للاستثمارات وباست كونسلتينق وأنه بتاريخ 29 ماي 2017 راسل هذا الغرفة التجارية الدولية والمحكم بوصفه وكيل شركة باست للاستثمارات معلما إياهما بأن المحامي كارلوس ريفادولا لم يعد يمثل شركة باست للاستثمارات وأنه يتعين إعلامه شخصيا بجميع الإجراءات التحكيمية بعنوان مكتبه بتونس وأنه بتاريخ 27 جويلية 2016 قام محامي شركة باست للاستثمارات بتقديم مراسلة صادرة عن الطاعن يؤكد فيها عدم حاجته إلى أن يتلقّى شخصيا نسخة من رد المدعي عليها شركة باست للاستثمارات وبأنه لن

يكون طرفا في القضية التحكيمية باعتبار أنه لم يكن طرفا في أيّ شرط تحكيمي وعليه فإن دفعه بهضم المحكم لحقّه في الدفاع غير وجيه

وحيث يتضح مما سبق أن هذا المطعن جاء فاقدا لأيّ أساس واقعي وقانوني مما يتجه معه طلب رده.

عن المطعن الرابع المتعلق بخرق الفصل 123 من م. م. م. ت. بسبب تحريف الوقائع

حيث عرض الطاعن في هذا المطعن بتحريف محكمة الحكم المطعون فيه للوقائع بخصوص طلب المعقب ضدهم في عريضة الدعوى وبخصوص مسألة عدم إدراج المعقب ضمن قائمة الشهود وأنه خلافا لذلك ووفق ما تمّ بيانه في تناول المطعن الأول فإن محكمة الاستئناف لم تحرف طلبات المعقب ضدهم وأنّ اختلاف الصيغة المستعملة في منطوق الحكم لا يشكل تحريفا للطلبات خاصة وأن القرار قد نصّ صراحة صلب مستندات المحكمة أنه يتجه القضاء بـ«إكساء الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية» ووفقا لما تم بيانه في المطعن الأول وأما بخصوص مسألة عدم إدراج المعقب ضمن قائمة الشهود ، فإن محكمة الحكم بيّنت أنّ عدم إدراج المعقب كشاهد كان مرده موقف المدعى عليهم الذين لم يطلبوا سماع المعقب كشاهد خلال جلسة المرافعة ويتجه بناء على ما سبق ردّ هذا المطعن.

عن المطعن الخامس المتعلق بخرق الفصل 81 من مجلة التحكيم نتيجة تناقض أجزاء القرار المطعون فيه طبق الفصل 175 من م. م. م. ت.

حيث تمسك المعقب صلب هذا المطعن بتناقض أجزاء القرار المطعون فيه نتيجة اعتبار أن الطاعن ليس طرفا في النزاع التحكيمي من جهة ثم اعتباره ملزما بالخلاص من جهة أخرى. وهو دفع غير وجيه باعتبار أنّ محكمة الحكم المطعون فيه لم تعتبر أن المعقب ليس طرفا في النزاع التحكيمي ولم تقض بإلزامه بالأداء لأن ذلك خارج عنها بصفتها محكمة إكساء لا غير وقد كان المركز القانوني للمعقب في النزاع التحكيمي موضوع تعليل صلب الحكم التحكيمي وكذلك صلب القرار المطعون فيه المعقب وأن إعادة مناقشة في الأصل لا ترمي سوى إلى مناقشة اجتهاد الهيئة التحكيمية وحكمها في موضوع النزاع التحكيمي

المتعلق بطلب أداء المال وهو أمر خارج عن إطار دعوى الإكساء بالصيغة التنفيذية ولا يمكن أن يكون من باب أولى وأحرى من أنظار محكمة القانون مما يتجه معه طلب ردّ هذا المطعن.

عن المطعن السادس المتعلّق بخرق الفصول 81 م ت و4 و117 م ش ت

حيث انبنى هذا المطعن على مخالفة القرار المطعون فيه للفصول 81 م ت و4 و117 م ش ت نتيجة الخلط بين صفة المعقب الشخصية وصفته كممثل قانوني للشركة المدعى عليها. وهو في الحقيقة غير وجيه لكونه أولا يرمي إلى الخوض في أصل النزاع التحكيمي الذي هو من أنظار هيئة التحكيم على ضوء القانون الإسباني المنطبق على النزاع وليس من أنظار محكمة الإكساء فالرقابة التي تجريها محكمة الاستئناف في إطار قضايا الإكساء لا تشمل مراقبة مدى صحة تطبيق القانون من طرف هيئة التحكيم وهو القانون الإسباني في النزاع الحالي ولا مجال تبعا له بأن يدفع الطاعن بمخالفة الحكم التحكيمي أو القرار المطعون فيه لأحكام الفصلين 4 و117 من مجلة الشركات التجارية لعدم انطباقها على موضوع قضية الحال زيادة عن كون إجراء رقابة على الحكم التحكيمي الأجنبي في إطار المنظومة القانونية التونسية ينحصر في الحالات التي نص عليها الفصل 81 من مجلة التحكيم ولا يمكن التوسع في ذلك للدفع بمخالفة القانون الموضوعي أو الإجرائي التونسي طالما أن الحكم التحكيمي لا يتعارض مع أحكام القانون التونسي التي تهم النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص وكان بالتالي التمسك بأحكام الفصلين 4 و117 من مجلة الشركات التجارية في غير محله وثانيا فإنه لا يصح للمحامي أن يتمسك بصفته ممثلا قانونيا لشركة تجارية بالشكل ولا بصفته وكيلا للشركة التجارية لأن الفصل 23 من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 / 8/ 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة يمنع ذلك صراحة».

10-2-3- تجمع الشركات وتحمّلها لدين موضوع قرار تحكيمي

قرار تعقيبي عدد 68750 بتاريخ 15 ماي 2019 صادر عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة

نجوى الغربي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة راضية همادي.

«حيث تضمن الفصل 476 من م ش ت أنه لا يمكن لدائن إحدى الشركات المنتمية إلى تجمع شركات المطالبة بديونه إلا من الشركة المدينة له ويمكن مطالبة شركة أخرى عضو في نفس تجمع الشركات أو مطالبتها معا على وجه التضامن في الحالات التالية:

-إذ أثبت أن شركة من الشركات تصرفت بما من شأنه الإيهام بأنها مساهمة في تعهدات الشركة المدينة المنتمية إلى تجمع الشركات

-عندما تكون الشركة الأم أو إحدى الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات قد تدخلت عن قصد في نشاط الشركة المدينة في معاملاتها مع الغير.

وحيث يمكن تعريف تجمع الشركات بكونه تجمع مجموعة من الذوات المعنوية المستقلة قانونا عن بعضها البعض يجمعها رابط مالي ومصالح اقتصادية تؤدي إلى تكامل أنشطتها طبق سياسة تجارية موحدة وقد نص الفصل 461 من م ش ت في هذا الخصوص «أنّ تجمّع الشركات هو مجموعة من الشركات لكلّ واحدة منها شخصيتها القانونية تكون مرتبطة بمصالح مشتركة...» وعلى هذا الأساس يقوم تجمع الشركات على الارتباط بينها بمقتضى مصالح مشتركة مع وجود روابط في رأس المال لكن مع محافظة كل شركة على استغلال شخصيتها القانونية بما أنه لا يتولد عن الترابط ذات معنوية جديدة وهي وضعية تفرع ثنائي يقوم على الوحدة الاقتصادية وعلى الاستقلالية القانونية.

وحيث تعلق الإشكال القانوني المطروح في النزاع الحالي بإثبات مدى انطباق صورة الضمان المنصوص عليها بالفصل 476 من م ش ت على المعقب ضدها لتحميلها بدين شركة أخرى منتمية للتجمع وبمدى اعتبار التحويلات البنكية التي قامت بها سنة 2010 لفائدة الطاعنة لخلاص دين بذمة المدينة الأصلية شركة «بلوماران» حجة على التضامن في الدين.

حيث نظم المشرع التونسي تجمع الشركات بمقتضى القانون عـ117ـدد لسنة 2001 الصادر بتاريخ 06/ 12/ 2001 المتعلق بإتمام مجلة الشركات التجارية والذي اقتضى إضافة عنوان سادس إلى الكتاب الخامس من المجلة المذكورة يكون عنوانه تجمع الشركات ويتضمن الفصول من 461 إلى 479.

وحيث عرف الفصل 461 من م ش ت تجمع الشركات أو ما يعبر عنه باللغة الفرنسية «Groupe de Sociétés » بكونه مجموعة الشركات لكل واحدة منها شخصيتها القانونية تكون مرتبطة بمصالح مشتركة وتمسكها إحداها وتسمى «الشركة الأم» بقية الشركات تحت نفوذها القانوني أو الفعلي وتمارس عليها رقابتها بشكل يؤدي إلى وحدة القرار ويجب أن تكون الشركة الأم مساهمة مباشرة أو بصفة غير مباشرة في رأس مال كل شركة من الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات وتعتبر شركة فرعية كل شركة يرجع أكثر من ٪50 من رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة للشركة الأم وذلك دون اعتبار الأسهم التي لا تمنع حاملها حق الاقتراع ولا يتمتع تجمع الشركات بالشخصية القانونية.

وحيث يؤخذ من ذلك أن تجمع الشركات يرتكز على خصائص ومميزات بعينها تجعله يختلف عن تجمع المصالح الاقتصادية وعن اندماج الشركات فهو تجمع ينشأ بين أعضائه يتكون من مجموعة من الشركات ترتبط فيما بينها بمقتضى مصالح مشتركة ولا يعني ذلك بالضرورة أن تمارس جميع الشركات الأعضاء في التجمع نفس النشاط الاقتصادي أو أن تكون أنشطتها متضاربة أو متكاملة كما توجد بينها روابط رأس مال تتمثل في مسك إحدى الشركات لمساهمات في الشركات المنتمية إلى التجمع بشكل مباشر أو غير مباشر مع احتفاظ كل واحدة منها بكيانها القانوني وبشخصيتها القانونية فلا يتولد عن الترابط القائم بينها مهما كان نوعه بعث ذات معنوية جديدة ذلك أن نظام التجمع هو حالة واقعية تترتب عنها التزامات وقيود قانونية.

وحيث أنّ إثبات انتماء الشركة المعقب ضدها إلى تجمع شركات تبقى مسألة واقعية تختص بها محاكم الأصل وتدخل في نطاق الصلاحيات المخولة لها قانونا في فهم وقائع الدعوى وتقدير أدلتها واستخلاص النتائج منها وقد تبين لمحكمة الحكم المطعون فيه عدم وجود أيّة منازعة في قيام تجمع شركات ولا نزاع فيه وانتماء المعقب ضدها إليه وهي مسألة ثابتة من خلال مسك المعقب ضدها لجزء كبير وهام من رأس مال الشركة المدينة المحكوم ضدها بموجب القرار التحكيمي زيادة عن اتحاد إدارة التسيير من خلال إدارة الشركتين من طرف نفس المسيرين ومن خلال تولي المعقب ضدها خلاص جزء من دين متخلد بذمة المدينة الأصلية لفائدة الطاعنة بموجب تحويلات بنكية منذ سنة 2010

وهي نقاط أثارتها الطاعنة أمام محكمة الاستئناف وذكرتها هذه الأخيرة من بين المستندات ولكنها لم تجب عنها مكتفية أن الفصل 476 من م ش ت يمنع القيام ضد المعقب ضدها بوصفها شركة متضامنة مع الشركة المدينة إلا في إطار دعوى أصلية يتم مناقشة الالتزام الأصلي خلالها أو في إطار دعوى ضد الشركة المدينة الأصلية والمعقب ضدها لإلزامها بالتضامن.

***حول تحمل المعقب ضدها بدين الشركة المدينة الأصلية موضوع القرار التحكيمي:**

وحيث ولئن وضع المشرع قاعدة عامة مفادها استقلالية الذمم المالية للشركات المنتمية إلى تجمع الشركات بما مفاده أن معاملات إحداها مع الغير لا تترتب عنها نتائج على الذمة المالية للبقية ولا يمكن لدائني إحدى الشركات المنتمية إلى التجمع المطالبة بديونهم إلا من الشركة المدينة إلا أن المشرع وضع في نفس الوقت استثناء لهذه القاعدة بأن أقر التضامن بين شركات التجمع وذلك مراعاة منه لمصلحة الغير الدائن الذي يتعامل مع تلك الشركة عن حسن النية والتي تقتضي تمكينه من حماية قانونية ناجعة وتصدٍّ منه في آن واحد لكلّ تفصٍّ من الشركة المنتمية أو الشركة الأم من تعهداتها القانونية والتعاقدية فخول من أجل ذلك لكل دائن في إحدى الشركات المنتمية إلى تجمع شركات من مطالبة شركة أخرى عضو في نفس التجمع رغم أنها غير مدينة له أو مطالبتهما معا على وجه التضامن وفقا للحالتين المنصوص عليهما بالفصل 476 من م ش ت بعد أن يثبت أن شركة من الشركات المنتمية قد تصرفت بما من شأنه أن يبعث على الاعتقاد بأنها مساهمة في تعهدات الشركة المدينة المنتمية إلى تجمع الشركات هذا وهي مسألة لم تحسن محكمة الحكم المطعون فيه التعامل معه واستخلاص النتيجة القانونية المستوجبة رغم الدفع لديها بوحدة المسيرين من جهة وبحصول خلاص دين المحكوم ضدها من طرف المعقب ضدها لفائدة الطاعنة من جهة ثانية ويندرج ذلك ضمن الصورة الأولى الواردة بالفصل 476 من م ش ت ويؤسس لقيام حالة من حالات التضامن على معنى الفصل المذكور وهو دليل على أن المعقب ضدها مساهمة في تعهدات الشركة المدينة والأصلية وتكون بذلك محكمة القرار المنتقد قد أساءت تطبيق الفصل 476 من م ش ت التي ولئن لم تثر أيّ إشكال بشأن ثبوت تجمع الشركات فإنها لم تحسن تفعيل مقتضيات الفصل

المذكور لما ربطت مطالبة المعقب ضدها من قبل المعقبة بالقيام عليها بالتضامن مع المدينة الأصلية أو أن يكون القيام أصالة قبل الحصول على الحكم التحكيمي وهو حصر لإمكانية القيام لا يتطابق مع أحكام الفصل 186 من م. ا. ع. الذي جاء به أن مطالبة أحد المدينين المتضامنين لا تنسحب على الباقين منهم ولكن لا تمنع من إجراء ذلك معهم أي بمطالبتهم مباشرة بقضية مستقلة بتحمل الدين المحكوم به إذ أن المطالبة بأداء معين الدين على معنى الفصل 476 من م ش ت يظل ممكنا في إطار دعوى جديدة وذلك بالتصريح باعتبار المقام ضده متضامنا في الدين موضوع الحكم الصادر ضد إحدى المدينين المتضامنين وإلزامه بأداء تلك الصفة ولا مانع في ذلك قانونا خلافا لما انتهى إليه القرار المطعون فيه.

وحيث أن الصيغة في طلب تحميل المعقب ضدها بالدين المحكوم به على المدينة الأصلية على قاعدة التضامن وفق مقتضيات الفصل 476 من م ش ت لا يخرق مبدأ المواجهة وفق ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه لأن التضامن قانوني وله الصبغة الملزمة كلما توفرت شروطه والتي تتمثل بالأساس في التدخل في الإدارة ومن خلال خاصة سبق خلاص دين المدينة الأصلية من طرف المعقب ضدها أي الإيفاء بالتعهدات المالية المحمولة على المدينة الأصلية في وضعيات أخرى.

وحيث تكون محكمة الحكم المطعون فيه قد أساءت تطبيق وتأويل النص القانوني (الفصل 476 م ش ت) لما اعتبرت عدم أحقية المعقبة في القيام على المعقبة ضدها بوصفها ضامنة للشركة المدينة الأصلية الصادر ضدها قرار تحكيمي إلزمها بالأداء مما يتعين معه نقض الحكم المنتقد».

10-3 ـ الأثر السلبي للشرط التحكيمي

10ـ3ـ1ـ الأثر السلبي للشرط التحكيمي المضمَّن بوثيقة الشحن سند عقد النقل البحري-حجية وثيقة الشحن

قرار تعقيبي عدد 63671 صادر بتاريخ 16 جانفي 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين آسيا العياري ونجلاء المصمودي وبحضور ممثل الادعاء العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني

«حيث دفع الطاعن باختصاص القضاء العدلي بالنظر في النزاع الحالي على اعتبار أنّ وثيقة الشحن سند الدعوى لم تتضمن شرطا تحكيميا وأنّ محكمة الحكم المطعون فيه وحينما صرحت بثبوت هذا الشرط واعتبرت أنّ النزاع خارج عن اختصاصها تكون قد خالفت أحكام الفصول 171 و209 و213 من م ت ب كما خالفت المادة 22 من اتفاقية هامبورغ والفصلين 1 و6 من مجلة التحكيم...

وحيث نظمت معاهدة هامبورغ المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع بحرا إمكانية وكيفية فض النزاعات بواسطة التحكيم صلب المادة 22 منها إذ اقتضت أنّه «يجوز للطرفين باتفاق مثبت كتابة على أن يحال إلى التحكيم أيّ نزاع قد ينشأ فيما يتعلق بنقل بضائع بموجب هذه الاتفاقية» وهو ما يستخلص معه أنّ الاتفاق حول شرط تحكيمي لا يكون بالإيحاء والاستنتاج بل يجب أن يكون مكتوبا بطريقة صريحة وواضحة كما تضمنت الفقرة 2 من المادة المذكورة أنّه إذا تضمنت مشارطة الإيجار نصا على إحالة المنازعات الناشئة بموجبها إلى التحكيم وصدر سند الشحن استنادا إلى مشارطة الإيجار دون أن تتضمن ملاحظة خاصة تفيد أنّ هذا النص ملزم لحامل سند الشحن لا يجوز للناقل الاحتجاج بهذا النص تجاه حامل السند الحائز له عن حسن نية وهو ما يفهم منه أنه يشترط لكي يكون الشرط التحكيمي المدرج بمشارطة الإيجار ملزما للمرسل إليه أن يقع التنصيص على ذلك صراحة بسند الشحن (عقد النقل) ويقتضي ذلك من محاكم الأصل التثبت من مدى توفر الشروط المذكورة بالمادة 22 من معاهدة هامبورغ صلب وثيقة الشحن أي اختيار أطراف التحكيم لحسم النزاع والتعبير عن إرادتهم في تحكيم التحكيم بصفة صريحة وكاشفة لإرادتهم وهو ما تخلت عنه محكمة الحكم المطعون فيه إذ ورغم المنازعة الجدية للمستأنف ضده لديها (المعقب الآن) في خصوص عدم وجود شرط تحكيمي ملزم له صلب وثيقة الشحن إلّا أنّها استنتجت بناء على قراءة عكسية لأحكام الفقرة الثانية من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ أنّ الإيحاء أو الإشارة للشرط التحكيمي الوارد بمشارطة الإيجار ينسحب على المعقب الآن ويكون ملزما له لثبوت قبوله الصريح بالعمل به والحال أنّه لم يثبت من وثيقة الشحن وجود تنصيص كتابي ضمنها مفادها وجود شرط تحكيمي مدرج بمشارطة الإيجار وأنّ هذا الشرط ملزم للمرسل إليه وتكون بذلك وحينما اعتبرت أنّها غير مختصة حكميا للنظر في الدعوى لثبوت

الشرط التحكيمي قد أساءت تأويل وتطبيق أحكام اتفاقية هامبورغ فجاء قرارها خارقا للقانون وضعيف التعليل بما يجعله مستهدفا للنقض».

10-3-2- الأثر السلبي للشرط التحكيمي-إخراج النزاع عن أنظار القضاء الرسمي-البت في الاختصاص مسألة أولية.

قرار تعقيبي عدد 65311 بتاريخ 25 نوفمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وعربية الطويهري وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«حيث لما كان الشرط التحكيمي كما عرّفه الفصل 3 من مجلة التحكيم التزام أطراف عقد بإخضاع النزاعات التي قد تتولد عن ذلك العقد للتحكيم أي لطريقة خاصة لفصل ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه من قبل هيئة تحكيم، فإنّ ثبوت وقوع الاتفاق على تضمين مثل هذا الشرط بالعقد يجعل النزاعات المشمولة به خارجة عن أنظار قضاء الدولة - كل ذلك - ما لم يتبين بطلان هذا الشرط.

وحيث ثبت رجوعا إلى اتفاقية إحالة الأسهم وتحديدا البند 15 منها أنّ أطرافها اتفقوا على أنّ كلّ نزاع متصل بتأويلها أو صحتها أو تنفيذها يقع فضه بطريق التحكيم طبق نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية وبواسطة ثلاثة محكمين.

وحيث احتدم الخلاف بين طرفي التداعي حول مدى اعتبار النزاع الراهن مشمولا بالشرط التحكيمي المضمن باتفاقية إحالة الأسهم والمبين أعلاه، وهي مسألة قدرت محكمة القرار المطعون فيه أنّها حَرِيَّة بالرد قولا إنّ سند الأمر بالدفع المطعون فيه أمامها إنّما هو عدد 33 كمبيالة متضمنة لشرط تعاقدي مفاده رجوع النزاعات التي يمكن أن تنجرّ عنها للمحاكم العدلية المختصة وهي بنود متعارضة مع بنود الاتفاقية وتسبق عليها.

وحيث يقتضي النظر في وجاهة ما تم نعيه على تعليل محكمة الحكم المطعون فيه الوقوف على جملة من المعطيات أولها أنّ اتفاقية إحالة الأسهم التي تضمنت الشرط التحكيمي المتمسك به من قبل المعقبة شملت من ضمن الأطراف الممضين عليها والمعنيين بها طرفي التداعي الراهن وثانيها أنّ البند 3

ب فقرة أخيرة أشار إلى أنّ مديونية شركة ايماريس المعدني التونسي- المعقبة الآن- (حسب تسميتها السابقة) سلمت لشركة ميركال المعقب ضدها الان عدد 38 كمبيالة تحل حسب الآجال المضبوطة بجدول مرفق بها وأنّه لا خلاف في أنّ الكمبيالات سند الأمر بالدفع هي من ضمن تلك السندات وهو ما يفضي بالضرورة إلى اعتبار أنّ الكمبيالات سند التداعي الراهن مشمولة بمقتضيات اتفاقية إحالة الأسهم بما يجعل القول بعدم جواز سحب مقتضيات الاتفاقية عليها فاقدا لما يسنده .

وحيث ومن جهة أخرى فإنّ ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من أنّ الكمبيالات تضمنت بنود خاصة متعارضة مع الشرط التحكيمي المضمن بالاتفاقية باعتبارها أحالت النظر في النزاعات الناشئة عن الكمبيالات إلى المحاكم العدلية المختصة، لا سند له بالرجوع إلى ما تم تضمينه صراحة بالكمبيالات حيث نُصّ بكل سند منها على «أنّ النزاعات التي يمكن أن تنجر عن هذه الكمبيالة ترجع بالنظر إلى المحاكم المختصة « وهو ما لا يعدّ مناقضا لما تضمنته الاتفاقية ضرورة أنّ الإشارة إلى «المحاكم المختصة « لا تعني بالضرورة المحاكم العدلية كيفما ذهبت إليه محكمة القرار المطعون فيه ولا يعد تنازلا أو رجوعا في الشرط التحكيمي.

وحيث أنّ التعليل الذي انتهجته محكمة القرار المطعون فيه لاعتبار النزاع خارجا عن مقتضيات ما تم الاتفاق عليه بالشرط التحكيمي لم يراع صريح ما ورد بالاتفاقية التي تولدت عنها المديونية التي جسمتها الكمبيالات سند الأمر بالدفع كما أساء تقدير التنصيص المضمن بالكمبيالات بخصوص ضبط مرجع النظر وخرج عن فحواه وحمّله معاني لم تتضمنها عباراته وهو ما يجعل ما خلصت إليه المحكمة في هذا الصدد غير سليم ويجعل قضاءها تبعا لذلك في مرمى النقض.

وحيث أنّ نقض الحكم المنتقد للسبب المشروح أعلاه يغني عن التصدي للمطعن المتعلق بهضم حقوق الدفاع ومخالفة مقتضيات الفصل 60 من م. م. م. ت.ضرورة أنّه يتعين ابتداء إعادة النظر في مسألة أولية تتصل بالاختصاص بالنظر في النزاع».

11ـ قانون دولي خاص

11-1- محكمة الضرورة في صورة إلى استحالة ممارسة الحق في التقاضي

قرار تعقيبي عدد 69462.2018 بتاريخ 08 ماي 2019 صادر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة راضية همادي.

«حيث تعهدت محكمة الحكم المطعون فيه بموجب القرار التعقيبي عدد 2017/ 46284 الصادر بتاريخ 21/ 06/ 2017 والقاضي بالنقض والإحالة.

وحيث اقتضى الفصل 191 من م. م. م. ت. أنّ القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض والإحالة يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض.

وحيث تسلط النقض سند تعهد محكمة الحكم المطعون فيه على عدم تناول محكمة الحكم المنقوض للدفع بتخلي القاضي الفرنسي عن النزاع لسبق التعهد من القاضي التونسي رغم تأثير الدفع المذكور على وجه الفصل في النزاع.

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أنّ قرار التخلي الصادر عن القاضي الأجنبي لا يقيد القاضي التونسي ولا يجعله مختصا بالنظر مستندة إلى أنّ الاختصاص مقيد بالقواعد الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص وأنّ تخلي القاضي الفرنسي عن النظر لا يمنع من إعادة تعهده بالنزاع من جديد وانتهت إلى إقرار حكم البداية القاضي برفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي وكان قرارها مناط الطعن الحالي.

وحيث يطرح النزاع من خلال المطاعن المثارة والأسانيد التي انبنى عليها القرار المنتقد مسألة مدى إلزامية قرار التخلي لسبق التعهد الصادر عن المحاكم الأجنبية للقاضي التونسي ومدى تأثير ذلك على قواعد الاختصاص الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص فهل أنّ قرار التخلي الصادر عن القاضي الفرنسي (في نزاع الحال) يجعل من القاضي التونسي متعهدا بالنظر دون رجوع لقواعد الاختصاص المعتمدة في الحالات العادية ؟

وحيث أنّ القرار الذي تصدره المحاكم الأجنبية بالتخلي عن النظر في النزاع المطروح أمامها بين طرفين هو قرار ملزم للقاضي الأجنبي مصدره بما يحول دون إمكانية تعهده بالنزاع من جديد فهو قد تم رفع يده عن النظر بما يؤدي إلى استحالة اللجوء إلى القضاء الأجنبي من جديد خلافا لما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه فلا يمكن للمتقاضي تتبع إجراءات المطالبة بالحق لدى البلاد الأجنبية بعد سبق تخلي القاضي الأجنبي عن النظر فهل أنّ ذلك يؤول إلى اختصاص المحاكم التونسية بالنزاع ؟

وحيث أنه من المعلوم أنّ قواعد اختصاص المحاكم التونسية بالنزاع الدولي حددها الفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص استنادا لمعيار مقر إقامة المطلوب فتختص المحاكم التونسية بالنزاع الدولي متى كان مقر المطلوب بالبلاد التونسية عملا بالفصل 3 المذكور كما تختص أيضا إذا قبل المطلوب الذي لا يوجد مقره بالبلاد التونسية بالتقاضي لديها عملا بأحكام الفصل 4 من مجلة القانون الدولي ويكون بذلك اختصاص القاضي التونسي بالنزاع الدولي محددا بمقر إقامة المطلوب أو بقبوله التقاضي أمام المحاكم التونسية في غياب معيار مقر الإقامة بالبلاد التونسية وفق موجبات الفصلين 3 و4 المذكورين أعلاه ولا يوجد من بين قواعد الاختصاص للمحاكم التونسية الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص حالة الاختصاص بمجرد أنّ المحكمة الأجنبية تكون غير مختصة بالنزاع.

وحيث أنّ قواعد اختصاص المحاكم التونسية لا تتوفر في نزاع الحال فالمطلوبة (المعقب ضدها) لا تقيم بالبلاد التونسية بما يجعل الفصل 3 غير منطبق على النزاع كما أنّه سبق لها الدفع بعدم الاختصاص الحكمي أمام القاضي التونسي وبالتالي لم تقبل بالتقاضي لدى المحاكم التونسية بما يقصي معيار الاختصاص الوارد بالفصل 4 المذكور أعلاه بما يعني غياب معيار إسناد الاختصاص للقاضي التونسي بالنزاع وكانت محكمة الحكم المطعون فيه على صواب حين اعتبرت عدم توفر معيار إسناد الاختصاص للمحاكم التونسية وفق قواعد الاختصاص الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص غير أنّ المتقاضي (الطاعن في نزاع الحال) يجد نفسه في وضعية نزاع لا يوجد قاضي يختص بالنظر فيه بما يؤدي إلى استحالة ممارسة حق أساسي Droit Fondamental وهو الحق

في التقاضي والذي تتضمنه النصوص الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وهو حق اللجوء إلى القضاء

Droit d'accès à La justice ويتمثل هذا الحق الأساسي في تمكين كل فرد من طرح نزاعه على القضاء بما يستوجب اعتماد مفهوم محكمة الضرورة For de nécessité كمعيار للتعهد بالنزاع باعتبار أنّ القاضي يستلهم القاعدة القانونية كلما دعت الضرورة إلى ذلك وهي الحالة التي يعبر عنها بحالة محكمة الضرورة أي أنّها حالة استثنائية تفرض العدول عن اعتماد القواعد القانونية المنطبقة في الحالات العادية لغاية المحافظة على مصلحة مشروعة وهي حالة لم يأت بها المشرع وإنما أقرها فقه القضاء من ذلك القرار التعقيبي عدد 32561 بتاريخ 21/ 05/ 2009 فهي مسألة غير مشرعة قانونا وإنما نشأت عن دور القاضي في وضع الحلول اللازمة لوضعية يكون فيها المتقاضي أمام استحالة التقاضي لدى المحاكم الأجنبية والمحاكم التونسية فتكون الاستحالة إمّا واقعية قائمة على سبب واقعي كعدم إمكانية الولوج للقضاء الأجنبي بالنظر للوضع الأمني (مثل حالة الحرب في سوريا) وإمّا استحالة قانونية وهي تلك القائمة على سبب قانوني يمنع المتقاضي من الولوج للمحاكم الأجنبية وهو ما يقتضيه الفصل 100 من مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية وهي الاستحالة القانونية فرفض التعهد يجعل القاضي أمام وضع نكران العدالة فغياب سند تشريعي يؤسس للاختصاص الدولي للمحاكم التونسية واستحالة رفع الدعوى أمام المحكمة الأجنبية ينتج عنه خطر على حق المدعي (الطاعن في قضية الحال) في اللجوء إلى المحاكم ويتمثل الضرر في عدم وجود قاضٍ يختص بالطلب ووجود نزاع سلبي بين المحاكم الأجنبية والمحاكم التونسية هو ضرر للمتقاضي وأمام عدم وجود الوسائل المباحة في درء الضرر وإتاحة اللجوء إلى المحاكم لذلك فإنه يتعين قبول الاختصاص لدفع الضرر في عدم وجود قاضٍ لتعذر تفعيل الوسائل الممكنة في ذلك وتقدير الضرورة من طرف القاضي تكون بثبوت التعذر واستمرار ذلك بما ولّد ضرورة إيجاد قاضٍ للبت في النزاع فطالما رفضت المحكمة الأجنبية التعهد فإنه لا يمكن للقاضي التونسي رفض النظر في النزاع لأنّ ذلك يؤدي إلى حالة نكران العدالة فدور القاضي هو وضع الحلول التي ترتكز عليها المراكز القانونية.

وحيث وترتيبا عما سبق بيانه فإنّ محكمة الحكم المطعون فيه قد أصابت حين فعلت قواعد الاختصاص الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص وتبينت غياب معيار إسناد اختصاص المحاكم التونسية بالنزاع طبق القواعد المذكورة لكنها جانبت الصواب حين أغفلت حالة الضرورة أمام رفض المحكمة الأجنبية التعهد بالنزاع لأنّ المتقاضي (الطاعن) في وضعية استحالة اللجوء إلى القضاء وهي وضعية ضرورة تؤسس لاختصاص القاضي التونسي بالنزاع لا على أساس قواعد الاختصاص الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص وإنّما على أساس ضرورة التعهد والتي تقدر بالنظر إلى استحالة رفع الدعوى أمام المحاكم الأجنبية وهي مسألة غفلت عنها محكمة الحكم المطعون فيه بما يعرض قضاءها للنقض».

11-2- دعاوى أداء الديون ليست من الدعاوى المُتعلّقة بالتركة في مفهوم القانون الدولي الخاص

قرار تعقيبي عدد 66748 بتاريخ 2 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش ووليد بن جديدية وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

«عن المطعن المأخوذ من خرق الفصل 6 من م. ق. د. خ.

حيث نعى المعقبون على محكمة القرار المنتقد خرقها الفصل 6 من م. ق. د. خ. ضرورة أنها انتهت إلى كون المحاكم التونسية غير مختصة بالنزاع المعروض عليها حال أنّ الكتب سند القيام يتعلق بدين تخلد بذمة المرحوم ك. ز. زاد ولا علاقة له بالمعقب ضدها الأولى التي لم تجمعها أية معاملة مع مورثهم بما يسمح بانعقاد الاختصاص لفائدتها.

وحيث اقتضى الفصل 6 من م. ق. د. خ. أنه «كما تنظر المحاكم التونسية...3- إذا تعلقت الدعوى بتركة افتتحت بالبلاد التونسية...».

و حيث أن الدعاوى المتعلقة بالتركة على معنى الفصل 6 يقصد بها الدعاوى المتصلة بقسمتها أو إدارتها أو تصفيتها وفق ما استقر عليه فقه قضاء هاته المحكمة منذ القرار المبدئي عدد 2830 الصادر بتاريخ 7/ 12/ 2006 (قضية النعاس نشرية محكمة التعقيب لسنة 2006 القسم المدني ص.283) وعليه فإنّ باقي

الدعاوى التي لا يكون مناطها ما أشير إليه حصرا لا تدخل في زمرة دعاوى التركة من ذلك الدعوى التي تستهدف إثبات نسب أحد الورثة أو نفيه وكذلك الدعوى التي تستهدف إبطال عقود تممها المورث في مرض موته (حكم ابتدائي عدد 9296 صادر بتاريخ 21/ 2/ 2000 / قرار استئنافي عدد 78272 صادر بتاريخ 10/ 4/ 2002) والدعاوى المرفوعة من الدائنين في المطالبة باقتضاء الديون المتخلدة بذمة المورث.

وحيث أن الدعوى موضوع التداعي الحالي تستهدف إلزام المدعى عليهما بأداء الدين المتخلد بذمة مورث المطلوبة الأولى موضوع كتب الاعتراف بدين المؤرخ في 24/ 9/ 2004 وهي من الدعاوى التي تخرج عن زمرة القضايا المتعلقة بالتركة المبينة بالفصل 6 من م. ق. د. خ. لكونها تستهدف أداء دين تخلد بذمة الهالك بما يجعل ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد سليم المبنى ويقوم على سند صحيح ولا ينبني على خرق للفصل 6 من م. ق. د. خ.

عن المطعن المأخوذ من خرق الفصل 3 من م. ق. د. خ.:

حيث نعى المعقبون على محكمة القرار المنتقد خرقها الفصل 3 من م. ق. د. خ. ضرورة أن الدعوى تستهدف إلزام المطلوبين بأداء الدين المتخلد بذمة مورثهم وطالما أنهم ممثلون من طرف المصفي السيد عياض اللومي الكائن مقره بتونس فإنّ المحاكم التونسية تكون مختصة دوليا للبت في النزاع تطبيقا للفصل 3 المشار إليه.

وحيث وخلافا لذلك فإنّه لم يسبق للمعقبين الاستناد أمام محكمتي الموضوع إلى الفصل 3 في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية للبت في النزاع الحالي وعليه فإنّه لا يسوغ الاحتجاج بالفصل المذكور لأول مرة أمام هاته المحكمة طالما أن الفصل الثالث لا يتعلق بحالات «الاختصاص الدولي «الحصري» أو «المطلق» للمحاكم التونسية على معنى الفصل 8 من م. ق. د. خ. وإنما تعلق بحالة من حالات «الاختصاص الممكن» للمحاكم التونسية وعليه فإنه لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة التعقيب وفق ما استقر عليه الفقه (علي المزغني القانون الدولي الخاص ص.381 وما بعدها / محمد العربي هاشم

دروس في القانون الدولي الخاص ص 133 وما بعدها) وفقه القضاء (قرار عدد 59172/ 2018 صادر عن محكمة التعقيب في 2731/ 5/ 2018).

وحيث أنّ القواعد التي تضبط الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية لا يمكن اعتبارها تدخل جميعها في زمرة قواعد الاختصاص الحكمي للمحاكم وإنما يتعلق البعض منها بقواعد اختصاص مطلق ينعقد بموجبها «الاختصاص حصرا « للمحاكم التونسية دون سواها على اعتبار أن المجالات المتصلة بها تتصل بالسيادة أو بمصالح حيوية لا يمكن إسناد وجه الاختصاص فيها لغير المحاكم الوطنية و«قواعد اختصاص ممكن» يمكن على أساسها أن ينعقد الاختصاص لفائدة المحاكم التونسية كما يمكن أن ينعقد الاختصاص لغيرها من المحاكم الأجنبية بدليل أن المشرع قد مكن الأطراف في بعض الحالات من الاتفاق على إسناد الاختصاص لمحكمة أجنبية وهو إسناد ما كان ليسمح به لو تعلق الأمر بقواعد اختصاص حكمي حيث تضمن الفصل 5 من م. ق. د. خ. أنه « تنظر المحاكم التونسية أيضا...2- إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد نفذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية **إلا إذا تضمن العقد اتفاقا على اختصاص محكمة أجنبية**...» كما خول للأطراف تعيين المحاكم التونسية كمحاكم مختصة وهو ما يعبر عنه بالامتداد الإرادي للاختصاص القضائي للمحاكم التونسية (la clause prorogative de compétence juridictionnelle) وأسند لها كذلك الاختصاص في صورة قبول المطلوب التقاضي لديها ما لم يتعلق النزاع بحق عيني يتعلق بعقار كائن خارج البلاد التونسية وفق ما نص عليه الفصل 4 من م. ق. د. خ. الذي جاء به أنه « **تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها**...» كما أوجب إثارة الدفع المتعلق بعدم اختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل وفق ما ينص عليه الفصل 10 من م. ق. د. خ. الذي جاء به أنه « **يجب إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم قبل الخوض في الأصل**».

وحيث أن هذا الدفع في غير طريقه وتعين الالتفات عنه.

عن المطعن المأخوذ من ضعف التعليل:

حيث تمسك المعقبون بأن محكمة القرار المنتقد لم تؤول كتب الاعتراف بالدين والمتضمن أنّ الدين المستوجب دفعه ناجم عن معاملات بين مورثي الطرفين وهو ما يشكل قصورا في التسبيب موجبا للنقض.

وحيث وفضلا عن أن هذا الدفع يستهدف مناقشة محكمة الموضوع في اجتهادها الذي لا رقابة عليه من هاته المحكمة طالما أنّه استند إلى ما له أصل ثابت بالملف فقد ثبت أن محكمة القرار المنتقد قد عللت رأيها بكل وضوح واعتبرت أنّ الكتب سند القيام يمثل التزاما أحادي الجانب التزم ضمنه منشئه بخلاص مبلغ مالي لفائدة الغير ولا يمكن أن يتصل بالنزاعات المتعلقة بالتركة الأمر الذي يخرجه عن ولاية القضاء التونسي تطبيقا للفصل 6 من م. ق. د. خ. بما يجعل هذا الدفع حريّا بالرد.

وحيث أخفق المعقبون في طعنهم واتجه حجز معلوم الخطية المؤمن من طرفهم عملا بأحكام الفصل 184 من م. م. م. ت.».

11-3- طبيعة الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية-الاختصاص الممكن في القانون الدولي الخاص-الاختصاص الدولي في عقود التوزيع

قرار تعقيبي عدد 77286 مؤرخ في 01/ 07/ 2020 صادر عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجلاء المصمودي والسيد محمد المعز العروسي وبحضور المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

«حيث تثير مسألة الاختصاص الدولي للمحاكم عديد الإشكالات القانونية خاصة بالنسبة إلى الاختصاص الممكن فإذا كانت الاختصاصات الحصرية محددة صلب مجلة القانون الدولي الخاص ولا يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها لتعلقها بالنظام العام وارتباطها بسيادة الدولة فإنه بالنسبة إلى الاختصاص الممكن فإن المشرع قد نظّره على مبادئ الاختصاص الترابي الداخلي ولذلك يجيز للأطراف قبول حسم الخصومة القائمة بينهما تبعا لمصلحة الأطراف وهو لا يهم النظام العام إذ جاء بالفصل 10 من م. ق. د. خ. أنه يجب إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل.

وحيث يقتضي الفصل المذكور أنه على الطرف الذي يرغب في المنازعة في اختصاص المحكمة أن يثير هذا الدفع قبل كل جواب في الأصل لأن الجواب في الأصل غير المسبوق بإثارة الدفع بعدم الاختصاص يعد قبولا بالتقاضي أمام المحاكم التونسية وهو ما يؤكد أنه باستثناء الاختصاصات الحصرية للمحاكم التونسية التي حدّدتها مجلة القانون الدولي الخاص والتي تهم النظام العام فإن ما عداها تهم مصلحة الأطراف ويندرج في الاختصاص الممكن.

وحيث تطرح الطبيعة القانونية للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم مسألة تكييفه إن كان حكميا أم ترابيا؟ غير أنه في الحقيقة لا يصح مثل هذا التصنيف في الاختصاص القضائي الدولي فهو في الواقع إسناد اختصاص لنظام قضائي فهو يسند لمحاكم دولة ما ويكتفي بذكر الدولة التي تختص محاكمها بالنزاع دون بيان الاختصاص النوعي أي المحكمة التي تنظر في النزاع الذي يتحدد رجوعا إلى النظام القانوني والإجرائي للدولة المختصة بالنزاع فمتى تحدّد الاختصاص الدولي لمحكمة ما فإن النزاع يخضع للنظام الإجرائي للدعوى لقانون تلك الدولة.

وحيث نظم المشرع التونسي الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية بالفصول من 3 إلى 10 من م ق د خ ويثير الفصلان 8 و10 مسألة تعلقها بالنظام العام بالنظر لما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه وما ورد بالمطاعن بما يتجه معه توضيح مناط كل فصل فمقتضيات الفصل 8 هي فعلا من النظام العام لأنه يحدد اختصاص المحاكم التونسية دون سواها كلما استهدفت الإجراءات ما ليس موجودا بتونس وهو ما يمكن تسميته بأنه نظام قضائي دولي إقصائي، استئثاري لأنه نظام قضائي واحد دون غيره في صنف النزاعات التي عددها والتي في جميعها لها ارتباط بالسيادة وأما الفصل 10 فإنه يتناول وجوب إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في أصل النزاع فالأول – الفصل 8- يتعلق بالنظام العام والثاني - الفصل 10- لا يهم النظام العام وقواعده غير آمرة ومنه دعوى التعويض ودعوى المسؤولية المدنية.

وحيث بناء على ما سبق فإن القواعد التي تضبط الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية لا يمكن اعتبارها تدخل جميعها في زمرة قواعد الاختصاص الحصري

للمحاكم وإنما يتعلق البعض منها بقواعد اختصاص مطلق ينعقد بموجبها «الاختصاص حصرا» للمحاكم التونسية دون سواها على اعتبار أن المجالات المتصلة بها تتصل بالسيادة أو بمصالح حيوية لا يمكن إسناد وجه الاختصاص فيها لغير المحاكم الوطنية و«قواعد اختصاص ممكن» يمكن على أساسها أن ينعقد الاختصاص لفائدة المحاكم التونسية كما يمكن أن ينعقد الاختصاص لغيرها من المحاكم الأجنبية بدليل أن المشرع قد مكن الأطراف في بعض الحالات من الاتفاق على إسناد الاختصاص لمحكمة أجنبية وهو إسناد ما كان ليسمح به لو تعلق الأمر بقواعد اختصاص حصري حيث تضمن الفصل 5 من م. ق. د. خ. أنه «تنظر المحاكم التونسية أيضا.. 2- إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد نفذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية إلا إذا تضمن العقد اتفاقا على اختصاص محكمة أجنبية...» كما خول للأطراف تعيين المحاكم التونسية كمحاكم مختصة وهو ما يعبر عنه بالامتداد الإرادي للاختصاص القضائي للمحاكم التونسية (la clause prorogative de compétence jusridictionnelle) وأسند لها كذلك الاختصاص في صورة قبول المطلوب التقاضي لديها ما لم يتعلق النزاع بحق عيني يتعلق بعقار كائن خارج البلاد التونسية وفق ما نص عليه الفصل 4 من م. ق. د. خ. الذي جاء به أنه «تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها..» كما أوجب إثارة الدفع المتعلق بعدم اختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل وفق ما ينص عليه الفصل 10 من م. ق. د. خ. الذي جاء به أنه «يجب إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم قبل الخوض في الأصل».

وحيث ورجوعا إلى وقائع النزاع يتبين أن المعقب ضدها الأولى قد أثارت الدفع بعدم اختصاص المحاكم التونسية بناء على الفواتير التي تثبت المعاملة وقد ورد بها أن الاختصاص تم إسناده للمحاكم السويسرية.

وحيث تعلق الإشكال القانوني المطروح إن كان ما ورد بالشروط العامة بفاتورات الشراء والفصل 10 من الكتب السري في خصوص الشرط المتعلق باختصاص المحاكم السويسرية فيما قد ينشأ من نزاعات بين الطاعنة والمعقب ضدها الأولى أم إنّ محاكم تونس تبقى مختصة لفض النزاعات القائمة بين الطرفين نظرا لخصوصية العلاقة القائمة بينهما والتي لا تقتصر على مجرد

عمليات بيع وشراء موضوع الفاتورات المستند إليها من المعقب ضدها طالما أنّ تنفيذ الاتفاق القائم بين الطرفين تم بالبلاد التونسية.

وحيث لا جدال من أن تحديد مسألة الاختصاص طبق مجلة القانون الدولي الخاص يتطلب تحديد طبيعة العلاقة التي تربط الطاعنة والمعقب ضدها الأولى خاصة أن هذه الأخيرة أجنبية ومقرها خارج التراب التونسي (الشركة المعقب ضدها الأولى سويسرية ومقرها سويسرا) وتنفيذ الاتفاق الرابط بينهما تمّ بتونس.

وحيث وبالرجوع إلى ملف القضية يتضح أنّ الطرفيْن اتفقا شفاهيا على تمكين الطاعنة من توزيع منتوجات المعقب ضدها الأولى بالبلاد التونسية وتسويقها للغير مقابل عمولة تتحصل عليها المعقبة وهو ما يعبّر عنه قانونا بعقد التوزيع والتمثيل ويطرح التساؤل حول طبيعة هذا العقد الشفاهي الرابط بين الطرفين إن كان حصريا أو دون ذلك لما له من تأثير في تحديد اختصاص المحاكم الوطنية بفض الخصومة من عدمه.

وحيث يتجه الإشارة إلى أن الحصرية تتطلب تقيد الموزع بتوزيع منتوجات المنتج دون غيرها من المنتوجات المنافسة فيصبح اسم الموزع مرتبطا باسم المنتوج وهي بمثابة علاقة تبعية اقتصادية تشكل من خلال تحالف عناصر ينشأ عن اجتماعها وضع المؤسسة الاقتصادية المكلفة بالتوزيع في منزلة التابع للمؤسسة المزودة مما يؤثر على نشاط وأرباح الأولى بالذكر وتتمثل هذه العناصر في السمعة التي تحظى بها علامة المزود وفي أهمية نصيبها في السوق وفي مدى تأثيرها في رقم المعاملات الجملي للمؤسسة الموزعة ويتمثل العنصر الأخير في صعوبة تزود الموزع بمواد أو خدمات مشابهة من أي جهة أخرى فهي حالة خضوع مفروضة وليست وليدة اختيار إرادي من الموزع.

وحيث تمثل العلامات التجارية الراجعة للمعقب ضدها الأولى أكثر من ٪88 من رقم معاملات المعقبة بما يستنتج منه علاقة التبعية الاقتصادية بينهما في ظل ضخامة مخطط الاستثمار المبرمج بينهما.

وحيث يستروح من ذلك أنه ولئن لم يقع إبرام عقد كتابي بين الطاعنة والمعقب ضدها الأولى فإن العلاقة القائمة بينهما تتعلق بعقد تمثيل وتوزيع حصري لمنتوجات المعقب ضدها الأولى بتونس من قبل المعقبة وهي علاقة

لا تقتصر على جملة الفاتورات المستند إليها من قبل المطلوبة في الأصل إلى جانب بنود الكتب السري المبرم بينهما المتعلق بالمحافظة على ما يقع تداوله من معلومات ذات طابع تجاري والتي اعتمدتها محكمة القرار المنتقد لتعتبر أنّ الطرفيْن اختارا اللجوء إلى المحاكم السويسرية عند نشوب نزاع قضائي بينهما مثلما يسمح به بذلك الفصل 5 ثانيا من م. ق. د. خ. المشار إليه آنفا بل علاقة مركبة ومتشعبة تشتمل على عديد العمليات والعناصر المتعلقة بترويج سلع المعقب ضدها الأولى بالبلاد التونسية وكيفية تسويغها وليست مجرد عمليات بيع وشراء لمجموعة من السلع والمنتوجات موضوع الفاتورات المؤسس عليها رأي محكمة القرار المطعون فيه وعليه لا يمكن اعتماد تلك الفاتورات والكتب السّري للقول بأنّ الطرفيْن اختارا الالتجاء إلى المحاكم السويسرية مثلما ذهبت محكمة الحكم المنتقد إذ في غياب كتب يقرّ من خلاله الخصمان بتعيين المحاكم السويسرية لفض جميع النزاعات التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذ عقد التوزيع الحصري الرابط بينهما تبقى المحاكم التونسية مختصة بالنظر في تلك النزاعات طالما أن تنفيذ الاتفاق تم بالبلاد التونسية عملا بأحكام الفصل 5 ثانيا من م. ق. د. خ.

وحيث وفضلا عن ذلك فلقد اقتضى الفصل 4 من نفس المجلة أنه تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عيّنها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية.

وحيث يفهم من الفصل المذكور أن قبول المطلوب بالتقاضي أمام المحاكم التونسية وجوابه عن الدعوى المرفوعة ضده يجعل من تلك المحاكم مختصة للبت في الخصومة بين الطرف التونسي والطرف الأجنبي حتى وإن لم تكن المحاكم التونسية هي المختصة في الأصل بالبت في النزاع.

وحيث وبالرجوع إلى أوراق القضية يتضح أن المعقب ضدها الأولى قبلت بالتقاضي أمام الهيئات القضائية التونسية سواء أمام مجلس المنافسة (الذي يعد هيئة قضائية لتوفر جميع مكونات المجلس القضائي فيه بتوفر مبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ حق الدفاع وجميع إجراءات التقاضي وإصداره لأحكام ملزمة وقابلة للتنفيذ وخضوعها للطعن بالاستئناف والتعقيب لدى المحكمة الإدارية) إذ

قامت المعقب ضدها بالجواب عن العريضة المقدمة من الطاعنة الآن ضدها ولم تثر مسألة الاختصاص (حكم ابتدائي استعجالي عدد 143029 وحكم ابتدائي عدد 154004) وتولت الطعن بالاستئناف في الحكم الاستعجالي أمام الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الإدارية ولم تثر مسألة الاختصاص صلب القضية عدد 210485 وهو ما يستشف قبولها بالتقاضي أمام المحاكم التونسية ولا يمكنها التراجع الآن بمناسبة التداعي الراهن والدفع باختصاص المحاكم السويسرية.

وحيث يستروح من كل ما سبق بسطه أن محكمة القرار المنتقد لم تتمعن وتدقق في طبيعة العلاقة الرابطة بين المعقبة والمعقب ضدها الأولى وفق ما توفر لها بأوراق القضية من مؤيدات وحجج مما منعها من استخلاص النتيجة القانونية السليمة في خصوص مسألة اختصاص المحاكم التونسية للنظر في النزاع وهو ما جعل حكمها يتسم بخرق القانون وتحديدا الفصلين 5 ثانيا و4 من م. ق. د. خ. وضعف التعليل ويكون عرضة للنقض لا محالة».

12ـ قانون جزائي وإجراءات جزائية

12-1- قانون جزائي

12-1-1-إثبات جريمة استهلاك مادة مخدرة

قرار تعقيبي عدد 74424 بتاريخ 29 جانفي 2019 صادر عن الدائرة السادسة والعشرين برئاسة السيد منجي شلغوم وعضوية مستشاريها السيدين عبد القادر غزال وحمادي الرحماني بمحضر المدعي العام السيد محمد الزواوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الهمامي.

«حيث يستوجب لقيام جريمة استهلاك مادة مخدرة ثبوت تناول المتهم للمادة المخدرة بواسطة التحليل المخبري الثبوت العلمي القاطع الذي يؤكد وجود المادة المخدرة بسوائله ويجزم بوقوع ذلك في خصوص الوقائع موضوع التتبع، وفي غياب التحليل المخبري الجازم بنوعية المادة المستهلكة وشمولها بالمنع والتجريم تكون الجريمة منتفية وفاقدة لمقوماتها القانونية.

وحيث لم يتأسس الادعاء باستهلاك المتهم المعقب للمادة المخدرة على أي قرينة أولية أو حجة جدية تنسب له ذلك لتكون الإحالة من أصلها فاقدة لكل موجب أو مُسوّغ واقعي وقانوني خصوصا وأن الملف خلا مما يشير إلى استهلاكه

كخلو شهادة المتهم محمد خليل بن حسين – الذي شهد ضده في خصوص جريمة الإحالة بنية الاتجار في المادة المخدرة– من أيّ إشارة لاستهلاكه المادة المخدرة، فضلا عن تعذر إجراء التحاليل المخبرية اللازمة على سوائله التي تقطع في تأكيد استهلاكه من عدمه في الحيز الزمني المشمول بالتتبع لا في المطلق أو في حيز زمني بعيد مثلما ورد بمستندات الطعن ترتيبا على إقرار المتهم لاستهلاك يعود لسنين طويلة، لتكون محكمة القرار المنتقد لما أكدت انتفاء الجريمة ورأت عدم لزوم اللجوء للتحليل المخبري لتباعد المدة واستحالة التوصل لنتيجة علمية قد أحسنت تطبيق القانون وجاء قرارها متجها واقعا وقانونا، ليغدو الطعن في غير طريقه وحريا بالرفض ».

12ـ1ـ2ـ الجريمة المثارة – أعمال الوساطة في جرائم المخدّرات هي المشاركة طبق المجلة الجزائية

قرار تعقيبي عدد 74137 بتاريخ 27 فيفري 2019 صادر عن الدائرة التاسعة برئاسة السيد ماهر كنو وعضوية المستشارين السيدين منذر الهذيلي وتوفيق السويدي بمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتب الجلسة السيدة منيرة المانعي.

«*عن المطاعن المثارة من نواب المعقبين في خصوص اعتبار الأفعال موضوع قضية الحال من قبيل الجريمة المثارة:

حيث أنّ واجب مكافحة الجريمة بجمع أدلتها والبحث عن مرتكبيها وتقديمهم للمحاكم المحمول على الضابطة العدلية بمقتضى الفصل 9 من م إ ج يجب أن يكون مطابقا للقانون وبخاصة في حالات التلبس غير أنه لا تثريب على مأموري الضابطة العدلية من اتّخاذ سبل التخفي وانتحال الصفات والتنكر لضبط المجرمين متلبسين بالجريمة التي يقترفونها لأن ذلك لا يعد تحريضا منهم للجناة مادامت إرادة هؤلاء حرة وغير معدومة.

وحيث أنّ الإثارة هنا تعني التحريض والإقناع على اقتراف ممنوع بخلق فكرة الجريمة في ذهن المتهم وحثه على ارتكابها بمختلف الوسائل كالإغراء بجني الربح والمنفعة وتزيينها في ذهنه بصورة تدفعه نحوها مرغما إرغاما ماديا أو نفسيا وهذا سلوك غير مشروع لا يجب أن يسلكه المكلفون بإنفاذ القانون أما إذا تعلق

الأمر بالسعي للإيقاع بالجاني الذي اعتملت فكرة الجريمة في ذهنه بإرادة حرة وباشر اختيارا منه ارتكابها من خلال حثه من قبل أعوان الضابطة العدلية على الظهور للتعرف عليه وضبطه متلبسا فإن هذا يعد من الطرق المشروعة في إدراك التلبس بالجريمة لعدم تدخل الباحث في توجيه ركنيها المادي والمعنوي.

وحيث أنّ القول بتوفر حالة التلبس أو عدم توفرها من المسائل الموضوعية التي تستقل بها محكمة الموضوع دون معقب عليها ما دامت قد أقامت قضاءها على تسبيب سائغ.

وحيث أجابت محكمة القرار المطعون فيه على الدفع المثار بهذا الخصوص وانتهت إلى رده بمقولة إنّ المسائل الإجرائية قد اتّصل بها القضاء بموجب قرار دائرة الاتّهام غير أنه وعلى كل حال وإن كان يجوز إثارة هذا الدفع في كل طور لتعلقه بمصلحة المتهم الشرعية وتبطل كل الأعمال المنافية لها إعمالا لأحكام الفصل 199 من م إ ج فإنه لم ينهض من أوراق الملف ما يفيد المساس بتلك المصلحة بتحريض الباحث للمعقبين ودفعهم إلى ارتكاب ما نسب إليهم من أفعال مجرمة على اعتبار أنّ الركن المعنوي للجريمة قد توفر في أذهانهم قبل تدخل الباحث للقيام بالضبط فالمعقب حكيم الذي كان يبحث عن مشترٍ للمادة المخدرة التي كان متحوزا بها حتى أنه وافق دون تردد على بيعها وعرض أن يحضر المشتري إليه للغرض وعند رفض الأخير التحول إليه قبل التوجه إليه ومعه المادة المعروضة للبيع فضلا على قبول المعقبين بسام ومحمد التوسط دون ضغط أو تردد بين البائع والمشترين المفترضين مع علمهما المسبق بطبيعة العملية وموضوعها وتعود البائع على ذلك النشاط من غير أن يتدخل الباحث في إرادتهما الحرة وإنما اقتصر دور أعوانه على انتحال صفة المستهلك حتى يأنس الجناة لهم ويأمنوا جانبهم فكان عملهم ذاك من باب مسايرة الجناة بقصد ضبط الجريمة التي كان يقترفونها بإرادة حرة وهذا لا يجافي القانون ما دامت إرادة المعقبين على النحو المذكور غير معدومة بما لا يسوغ معه الحديث عن جريمة مثارة في قضية الحال.

وحيث بات الطعن المثار بهذا الخصوص غير حري بالقبول واتّجه الالتفات عنه للأسباب السالف شرحها.

*** عن المطاعن المثارة من نائبي المعقبين محمد وبسام في شأن عدم قيام جريمة التوسط لغياب تحقيق المنفعة المادية:**

وحيث اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه أنّ المعقبين محمد وبسام قد قاما بربط الصلة والتنسيق بين البائع والمشترين المفترضين بقصد تحقيق ربح مادي من وراء تلك العملية.

وحيث أن دفع المعقبين بعدم توفر نية تحقيق الربح المادي من وراء التوسط يدخل في باب مناقشة المحكمة في فهمها للوقائع وتقديرها للأدلة وهو جدل موضوعي مجاله محكمة الموضوع.

وحيث وعلى فرض اعتبار هذا الطعن يرمي في جوهره إلى القول بوجود خطأ في الوصف القانوني للأفعال فإنه لا ضير في التذكير على سبيل الجدل القانوني أن الوساطة تعني قيام الوسيط مع علمه بالمقصد بربط الصلة بين طرفي التعامل بمساعدتهما على الأعمال التمهيدية أو التنفيذية لارتكاب الجريمة وإن التكييف القانوني لأعمال الوساطة بهذا المفهوم هو المشاركة طبق الفقرة 3 من الفصل 32 من المجلة الجزائية التي نصت على أنه « يعد مشاركا ويعاقب بصفته تلك الشخص الذي مع علمه بالمقصد المذكور أعان فاعل الجريمة على الأعمال التحضيرية أو المسهلة لارتكابها أو الأعمال التي وقعت بها الجريمة فعلا...» وبهذا المعنى فإن الوسيط وإن لم يسع لتحقيق ربح مادي لنفسه فهو يعتبر شريكا لأنه يستمد صفته الإجرامية من الفاعل الأصلي بما يجعل النقاش متعلقا بصحة إسباغ الوصف القانوني على الأفعال المنسوبة للمعقبين المذكورين ولما كان الأمر كذلك وجب التنبيه إلى أن عقوبة الجريمة الواقع مؤاخذة المعقبين من أجلها هي عين العقوبة المقررة لو تم توصيف تلك الأفعال من قبيل المشاركة ومعلوم أنه لا يجوز طلب نقض حكم بعلة وجود خطأ في الوصف الذي أعطاه الحكم للجريمة إذا كانت العقوبة المسلطة هي عين العقوبة المنصوص عليها بالقانون المنطبق على الجريمة تطبيقا لأحكام الفصل 271 من م إ ج ومن باب أولى فلا يجوز أن يكون الخطأ في الوصف مع توفر الشروط المبينة بالفصل المذكور سندا للنقض.

وحيث بات هذا الطعن بناءعلى ما سبق غير وجيه وحريا بالردّ».

12ـ1ـ3ـ القصد الجنائي الخاص في جريمة القتل

قرار تعقيبي عدد 86952 بتاريخ 19 جوان 2019 صادر عن الدائرة التاسعة برئاسة السيد عبد المجيد بوريقة وعضوية المستشارين السيدين منذر الهذيلي وتوفيق السويدي بمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتب الجلسة السيدة منيرة المانعي.

«حيث أن تعليل الأحكام وتسبيبها أمر واجب لصحتها وقد أوجب الفصل 168 م إ ج أن يشتمل الحكم على المستندات الواقعية والقانونية والعلة في ذلك هي تمكين كل من يطلع عليه من الوقوف على أنّ ما انتهت إليه المحكمة فيه قدر لا بأس به من الصواب والمعقولية والمنطق وأقرب ما يكون إلى الحق والإنصاف ومطابقة الواقع وكذلك تمكين محكمة التعقيب من معرفة ما إذا كان قاضي الموضوع قد فصل في جميع المسائل محل نظره دون تحريف واستخلص النتيجة القانونية السليمة من الوقائع المعروضة عليه كل ذلك بصورة يكون معها الحكم مكتفيا بذاته في وقائعه شاملا لجميع العناصر التي تدل على سلامته وصحته فلا يضطر من يطّلع عليه إلى الاعتماد على أية وثيقة أخرى خارجة عنه لفهم النزاع ووجه الفصل فيه.

وحيث أن النتيجة التي تتوصل إليها المحكمة في حكمها لا تكون سليمة إذا ما شاب تسببَ الحكم تحريف للوقائع.

وحيث رجوعا إلى لائحة القرار المطعون فيه يتبين أنّ المحكمة التي أصدرته وبعد استعراضها للوقائع بصورة مجملة أوردت بتسبيب قرارها أن المتهم قد « **اعترف بتوليه قتل الهالك** وفقا للصورة المبينة بالوقائع « واعتبرت الإدانة ثابتة **باعترافه الصريح** المعزز بنتيجة التقرير الطبي والمحجوز وبتصريحات الشهود ولم تأت على الركن القصدي للجريمة ولو بالدلالة فيما أوردته من وقائع ولم تجب عن الدفع الجوهري المثار أمامها والمتعلق بالمسؤولية الناقصة للأطفال الذين سنهم بين 13 سنة و15 سنة وفقا لأحكام الفصل 68 من مجلة حماية الطفولة.

وحيث أن ذلك التسبيب ينطوي على تحريف صارخ للوقائع ذلك أن الطفل المتهم لم يعترف مطلقا بالقتل إذ بمراجعة أقواله لدى الباحث المناب يتضح أنه

صرح بأنه لم يكن لديه نية إلحاق الأذى بالهالك وإنما كان يقصد تخويفه ثم وعند استنطاقه تحقيقا صرح أنه لم يتخيّر مكان الإصابة وكانت غايته إدخال الخوف على الهالك ردّا لاعتباره كما صرّح في جلسة أمام محكمة البداية أنه أشهر السكين في وجه الهالك قصد تخويفه وتشابك معه وطعنه أثناء التشابك دون أن تكون له نية إزهاق روحه.

وحيث وخلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المطعون فيه فإن القاتل لا يعتبر كذلك (أي لا يعتبر قاتلا) ولا مرتكبا لجريمة القتل إلا إذا صدر عنه الفعل بقصد القتل بمعنى أنه لا يكفي أن يرتكب الفعل المادي الذي نتج عنه الموت ولا يكفي أيضا أن تكون لدى الجاني نية الإضرار بالمجني عليه بل يجب مع كل ذلك أن يكون لديه قصد القتل أي نية إزهاق الروح إذ بدون هذا **القصد الخاص** يتحول تكييف الفعل إلى وصف قانوني آخر قد يكون الجرح المفضي إلى الموت بدون قصد القتل مناط الفصل 208 م ج ويصير القصد هنا قصدا احتماليا وهو نية ثانوية غير مؤكدة اختلجت في نفس الجاني الذي كان يتوقع أن فعله قد يتعدى الغرض الذي نواه بالذات إلى غرض آخر لم ينوه أصلا فيمضي مع ذلك في تنفيذ الفعل فيصيب به الغرض غير المقصود ويسأل في هذه الحالة عن النتائج الطبيعية التي كان يمكن أو كان يجب عليه أن يتوقعها.

وحيث طالما انتهت محكمة القرار المنتقد إلى مؤاخذة الطفل المتهم دون أن تتطرق إلى القصد الجنائي الخاص الذي يفترضه القانون ضمنا لقيام جريمة الفصل 205 م ج والمتمثل في انصراف نية الجاني نحو إزهاق الروح والحرص على تحقيق تلك النتيجة فإن النعي عليها بتحريف الوقائع ومخالفة أحكام الفصل 168 م إ ج يكون سديدا وحريا بالقبول.

وحيث فضلا على ذلك فإن الطفل المتهم كان قبل ثلاثة أشهر من الواقعة يتمتع بقرينة قانونية غير قابلة للدحض على عدم قدرته على خرق القوانين الجزائية ثم أضحت تلك القرينة بسيطة في تاريخ الواقعة بحكم سنه في تاريخها (ثلاثة عشر عاما وثلاثة أشهر) إعمالا في ذلك لأحكام الفصل 68 من مجلة حماية الطفل الواقع الدفع به أمام محكمة القرار المطعون فيه وقد كان على تلك المحكمة الوقوف عند تلك المسألة الجوهرية وهي حالة الإدراك الضعيف للأطفال الذين

تتراوح أعمارهم بين 13 سنة و15 سنة التي يتدرج فيه الطفل من الإدراك الضعيف إلى الإدراك المتطور بحسب ما يفهم من الفصل 68 المشار إليه بحكم أنه لم يمر عليه من الزمن والتجربة في الحياة ما يكفيه لتقدير نتائج أفعاله حق قدرها وفهم مواقفه إزاء القانون كما كان عليها قول قولها في أثر تلك الحالة على إرادة الجاني ومن ثمّ على الركن القصدي للجريمة علما وأن الإرادة تختلف عن القصد إذ قد توجد في أحوال ينعدم فيها القصد كما لو جرح الجاني المجني عليه فقتله دون أن يكون غرضه تحقيق تلك النتيجة فلا يقال أنه فعل ما فعله عن غير إرادة لأن الفعل الذي أتاه حصل بإرادته أما الشيء الذي لم يحصل بإرادته فهو النتيجة التي ترتبت عن ذلك الفعل وهي الموت.

وحيث وبناء على ما تقدم فإن النعي على محكمة القرار المطعون فيه بمخالفة الفصل 68 من مجلة حماية الطفل وضعف التعليل يكون وجيها أيضا الأمر الذي يتعين معه لذلك السبب ولجميع الأسباب السالف شرحها قبول الطعن تصريحا بنقض القرار المطعون فيه مع الإحالة والإعفاء من الخطية».

12ـ1ـ4ـ يجب أن يكون الحكم مكتفيا بذاته ولا يضطر من يطّلع عليه إلى الاعتماد على أية وثيقة أخرى خارجة عنه لفهم النزاع ووجه الفصل فيه.

قرار تعقيبي عدد 70352 بتاريخ 3 جويلية 2019 صادر عن الدائرة التاسعة برئاسة السيد عبد المجيد بوريقة وعضوية المستشارين السيدين منذر الهذيلي وتوفيق السويدي بمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.

«حيث أوجب الفصل 168 من م إ ج أن يذكر بكل حكم المستندات الواقعية والقانونية ولو في صورة الحكم بالبراءة ونص الحكم القاضي بالعقاب أو بالبراءة والنصوص الزجرية الواقع تطبيقها.

وحيث يتضح من صيغة النص المذكور أن الحكم يجب أن يكون مكتفيا بذاته في وقائعه شاملا لجميع العناصر التي تدل على سلامته وصحته فلا يضطر من يطّلع عليه إلى الاعتماد على أية وثيقة أخرى خارجة عنه لفهم النزاع ووجه الفصل فيه خاصة إذا اقتضى الأمر الاحتجاج به في خصومة معينة أو الدفع باتصال القضاء أو غيره وبشكل يمكّن محكمة القانون من بسط رقابتها على سلامة الحكم وما

إذا كان قاضي الموضوع قد فصل في جميع المسائل محل نظره دون تحريف واستخلص النتيجة القانونية السليمة من الوقائع المعروضة عليه.

وحيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتضح أنه انطلق بتحريف للوقائع حينما اعتبر أن المجلس تعهد بموجب إحالة من النيابة حالة أن التعهد كان بمقتضى قرار في ختم البحث صادر عن قاضي التحقيق وغفل عن المستندات الواقعية وانتهى مباشرة إلى المستندات القانونية واعتبر مباشرة الأفعال المنسوبة للمتهمين من قبيل جناية الفصل 283 م ج دون بيان لكيفية استخلاصه لتلك النتيجة القانونية ولم يعلل بذلك ما انتهى إليه صلب منطوق الحكم في خرق صارخ لأحكام الفصل 168 من م إ ج ومساس واضح بأحد شروط المحاكمة العادلة بما يجب على هذه المحكمة وإعمالا لمقتضيات الفصلين 168 و269 م إ ج نقضه لهذا السبب ».

12ـ1ـ5ـ الأمر الطارئ الذي ينفي الركن القصدي للجريمة

قرار تعقيبي عدد78151 بتاريخ 23 أكتوبر 2009 صادر الدائرة التاسعة برئاسة السيد عبد المجيد بوريقة وعضوية المستشارين السيدين منذر الهذيلي وتوفيق السويدي بمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.

«حيث اعتبر المعقب أنّ سرقة السيارة الموضوعة تحت نظام توقيف توظيف المعلوم تعود إلى فعل المعقب ضده بتقصيره في حفظها ولا يمكن بأي حال أن تدخل تحت طائلة القوة القاهرة أو الأمر الطارئ أو فعل الأمير مناط أحكام الفصل 283 من م ا ع ذلك أنه لم يفعل كل ما بوسعه لتفادي الضرر وكان باستطاعته دفع تلك الحادثة لو فعل كل ما يلزم لتفادي السرقة.

وحيث رجوعا لما له أصل ثابت بالملف يتبين وأن المعقب ركن سيارته أمام شاطئ البحر ونزل ليستحم بعد أن أحكم غلقها فوقعت سرقتها منه بكل وثائقها وكذلك وثائقه الشخصية وقد آل الأمر إلى نشر قضية تحقيقية في الغرض انتهت بالحفظ لعدم التوصل لمعرفة الجاني.

وحيث أنّ الالتزامات المتعهد بها المعقب ضده بوصفه منتفعا بالامتياز الديواني ليست من قبيل الالتزام ببذل نتيجة وإنما هي التزام ببذل عناية والتي

يثبت عدم الوفاء بها بإثبات تقصير الملتزم من خلال تقييم سلوكه وطريقة تصرفه وقت التنفيذ وبيان الإهمال واللامبالاة وعدم الاحتياط وهي مسألة واقعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي عادة ما يعتمد فيها على معيار رب الأسرة الصالح.

وحيث أثبت المعقب ضده أنّ تلف الشيء موضوع الالتزام كان بفعل خارج عن إرادته ولا يد له فيه ولم يثبت لمحكمة القرار المطعون حصول ذلك التلف بتقصير بيّن منه أو إهمال مما جعلها تنزل ذلك منزل الأمر الطارئ الذي ينفي الركن القصدي للجريمة في جانب المعقب ضده وقد كان كل ذلك منها بتعليل مستساغ في نطاق سلطتها التقديرية في فهم الوقائع وتقدير الأدلة واستخلاص النتائج القانونية السليمة منها فجاء قرارها مسببا تسبيبا سليما لا خدش فيه ولم تأت مستندات الطعن بما يوهنه في شيء مما يتعين معه ردها تصريحا برفض الطعن أصلا ».

12-1-6- التزوج قبل فكّ عصمة الزواج السابق

قرار تعقيبي عدد 66226 بتاريخ 17 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة السادسة والعشرين برئاسة السيد المنجي شلغوم وعضوية مستشاريها السيدين عبد القادر غزال وحمادي الرحماني بمحضر المدعي العام السيد عبد الرحمان بن الحاج جلول وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة هاجر السلطاني.

« [...] **عن المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصل 168 م إج:**

حيث أنّ تعليل الأحكام وتسبيبها هو من الأمور اللازمة لصحتها لذا وجب أن يكون مستوعبا لكل عناصر القضية الواقعية منها والقانونية وأن يناقش على حد سواء قرائن الإدانة والبراءة وأن يوازن بينها قبل استخلاص النتائج المنطقية والقانونية والترجيح، كما وجب أن يكون دالا على ثبوت الجريمة أو نفيها على المظنون فيه بأدلة قاطعة مستمدة ممّا له أصل ثابت بالملف وفقا لما نصت عليه الفقرة الرابعة من الفصل 168 من مجلة الإجراءات الجزائية.

وحيث جاء القرار المطعون فيه مقتضبا خاليا من التعليل، مُكتفيا بتأكيد ثبوت إدانة المتهمة استنادا إلى مجرد وجود عقد زواج بين الشاكي والمتهمة دون التحقق من صحته وإبرامه وفق الصيغ القانونية وتوافقا مع قواعد النظام العام خصوصا

وقد تم إبرامه بالخارج لدى محكمة شرعية بدبي، ودون التعرض لأركان جريمة الفصل 18 م أ ش وفحوى ركنها المادي والقصدي، ودون التحقق من مدى انطباقها على الأفعال المنسوبة للمتهمة، ودون بيان عناصر الإدانة وأدلتها، ودون مناقشة قرائن البراءة ودفوعات المتهمة بخصوص سعيها الحثيث والخائب لفك الرابطة الزوجية الأولى وعدم حصولها على التأشيرة للسفر إلى دبي وعدم حصولها على مُثبتات هوية الشاكي في ظل إغلاق سفارة بلده سوريا وإعلامها من وزارة الخارجية التونسية بعدم معرفتهم شيئا عنه وعدم قانونية شهادة الزواج لعدم المصادقة عليها بالقنصلية التونسية بدبي تبعا لتخلف الشاكي عن الإدلاء بشهادة في العزوبية، وخلو مضمون ولادة المتهمة من تنصيص على زواجها، وغيرها من الدفوعات التي تستوجب النقاش والرد والتمحيص والترجيح لارتباطها الوثيق بأركان جريمة الفصل 18 م أ ش قياما وانتفاء، ولمّا لم تتعرض لكل ذلك وتناقشه يكون قرارها ضعيف التعليل وهاضما لحقوق الدفاع بما يوجب نقضه وإحالة القضية على محكمة الأصل لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى.

وحيث يتجه إعفاء الطاعنة من الخطية عملا بالفصل 263 م إ ج»..

12-1-7- التحريض على التكفير أو الدعوة إليه

قرار تعقيبي عدد بتاريخ 31 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة السادسة والعشرين برئاسة السيد المنجي شلغوم وعضوية مستشاريها السيدين إبراهيم الحرباوي وحمادي الرحماني بمحضر المدعي العام السيد عبد الرحمان بن الحاج جلول وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة هاجر السلطاني.

«عن المطعن الوحيد:

حيث أنّ تعليل الأحكام وتسبيبها هو من الأمور اللازمة لصحتها لذا وجب أن يكون مستوعبا لكل عناصر القضية الواقعية منها والقانونية وأن يناقش على حد سواء قرائن الإدانة والبراءة وأن يوازن بينها قبل استخلاص النتائج المنطقية والقانونية والترجيح، كما وجب أن يكون دالا على ثبوت الجريمة أو نفيها على المظنون فيه بدلالات قاطعة مستمدة مما له أصل ثابت بالملف دون تحريف للوقائع أو خرق للقانون.

وحيث خلافا لما ورد بمذكرة الطعن، فقد عللت محكمة القرار المطعون فيه حكمها القاضي ببراءة المتهم التعليل الكافي والسليم واقعا وقانونا تبعا لانتفاء أركان جرائم نص الإحالة لكون ما نُسِب للمتهم – وبقطع النظر عن صحته – يدخل في باب النصح والتوجيه دون التحريض أو التكفير والدعوة إليه، كما يدخل في باب الانتقاد المشروع والجائز لسلوكيات وتصرفات بعض الأئمة باعتباره من مشمولات الخطاب الوعظي الإرشادي لمن يتقلد الإمامة ويعتلي المنابر الدينية والذي لا يكتسي صبغة إجرامية، فضلا عن اتصاف تصريحات الشهود سند الادّعاء أصلا بالعمومية وانعدام الدقة التي تحول دون الجزم بصحتها وسياقها ومقاصدها ومُوجباتها وذلك في غياب مكافحة بينهم وبين المتهم رغم استدعائهم للغرض دون جدوى، وقد توصلت المحكمة استنادا لكل ذلك وإلى اجتهادها المطلق وتقديرها الحر للأدلة إلى النتيجة القانونية المنطقية والصحيحة.

وحيث كان المطعن فاقدا لمستند قانوني صحيح وتعين رده.

وحيث ومن جهة أخرى فقد أحرز الحكم المنتقد على جميع مقوماته القانونية ولم يلاحظ أيّ خلل إجرائي يوجب نقضه لفائدة النظام العام عملا بأحكام الفصل 269 م ا ج ».

12-2- إجراءات جزائية

12-2-1- محكمة الإحالة غير مُقيّدة بمناط النقض إذا تعلق بمسائل واقعية

صدر هذا القرار بحجرة الشورى في 8 جانفي 2019 عن الدائرة السادسة والعشرين برئاسة رئيسها السيد المنجي شلغوم وعضوية المستشارين السيدين عبد القادر غزال وحمادي الرحماني بمحضر المدعي العام السيد محمد الزواوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الهمامي.

«عن المطعن المتعلق بالخطأ في تطبيق القانون وضعف التعليل

حيث ينعى الطاعن على محكمة القرار المنتقد امتناعها من اتباع موقف محكمة التعقيب الذي دعاها إلى مكاتبة مصالح الديوانة للاستيضاح حول دخول الشاحنتين محل النزاع البلاد التونسية ومطالبة المتهم بالإدلاء بما يفيد خروجهما من القطر الإيطالي.

وحيث ولئن كانت محكمة الإحالة لدى نظرها مجددا في القضية مُقيّدة بِما تسلّط عليه النقض طبق ما يقتضيه الفصل 269 فقرة أولى م إ ج بما يُوجب عليها تناول نفس المسائل التي شملها النقض دون إغفالها أو تجاوزها أو تعديها إلى غيرها، إلا أنها تظل غير مُلزمة باتباع موقف محكمة التعقيب بحذافيره خصوصا إذا تعلق بمسائل واقعية ترجع لصميم اجتهاد وتقدير محاكم الأصل.

وحيث تعلق النقض في المناسبة الأولى بضعف التعليل وارتأت محكمة التعقيب أن توجه محكمة الإحالة إلى مكاتبة مصالح الديوانة للاستيضاح حول دخول الشاحنتين محل النزاع البلاد التونسية ومطالبة المتهم بالإدلاء بما يفيد عدم خروجهما من القطر الإيطالي، وقد تقيّدت محكمة الإحالة بمناط النقض في عنوانه المتصل **بضعف التعليل**، فعللت هذه المرة حكمها تعليلا مفصلا ومستفيضا بأن أبرزت في نفس الوقت وبإسهاب ودقة قرائن الإدانة وأكدت قصورها عن تأكيد رواية الشاكي قبل دحضها بأدلة البراءة، وأكدت استنادا لروايتي الشاكي والمتهم وبقية مظروفات الملف الصبغة المدنية للنزاع وغياب الحجج القاطعة على استعمال المتهم لطرق احتيالية وانتفاء أركان جريمة التحيل في جانبه، بما يعد من جانبها (المحكمة) **تقيُّدا بمناط النقض** بما يُغنيها عن بقية الأعمال الاستقرائية المشار إليها من محكمة النقض باعتبارها مجرد توجيهات تهم مسائل واقعية يرجع تقدير جدواها إلى محكمة الأصل دون رقابة عليها من محكمة القانون، فضلا على أن تلك الأعمال المطلوبة هي أعمال استقرائية لا تعد من صميم عمل المحكمة وإنما تلجأ إليها المحكمة بصفة تكميلية واستيفائية لإتمام ما نقص من أبحاث كلما رأت محكمة الأصل ذلك وفقا لاجتهادها وتكوينا لقناعتها، ولما لم تجد محكمة القرار المنتقد – وفقا لتقديرها الحر واجتهادها – وجها لمكاتبة إدارة الديوانة أو مطالبة المتهم بتقديم ما يفيد عدم خروج الشاحنتين من البلاد الإيطالية، فإن ذلك لا يعدّ في جانبها خروجا عن مناط النقض أو ضعفا في التعليل أو خرقا لموجبات الفصلين 269 و273 م إ ج، ولا وجه قانونا لإلزامها بذلك أو إلغاء حكمها في ذلك الخصوص طالما كان معللا تعليلا سليما ومستساغا مستمدا من حجج ومسببات أخرى مقنعة ولها أصل ثابت بملف القضية.

وحيث كانت المطاعن فاقدة لمستند قانوني صحيح وتعين ردها».

12ـ2ـ2ـ تأخذ الأحكام وصفها الصحيح من الواقع والقانون وليس من وصف المحكمة

قرار تعقيبي عدد 74137 بتاريخ 27 فيفري 2019 صادر عن الدائرة التاسعة برئاسة السيد ماهر كنو وعضوية المستشارين السيدين منذر الهذيلي وتوفيق السويدي بمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتب الجلسة السيدة منيرة المانعي.

« [...] عن بقية المطاعن المثارة:

حيث اعتبر الأستاذ... نائب المعقب حكيم أن محكمة القرار المطعون فيه أغفلت البحث عن الدفع المتعلق بعدم صحة رفض محكمة البداية للاعتراض المرفوع من قبل منوبه شكلا رغم الدفع بأنّ وصف الحكم المعترض عليه هو في الواقع غيابي لا كما وصفته المحكمة حضوريا بالاعتبار لكونه لم يكلف الأستاذ... بنيابته في القضية الجنائية ولا علم له بالتالي بتلك القضية.

وحيث خلافا لما دفع به لسان دفاع المعقب المذكور فإنه من المعلوم أنّ الأحكام تأخذ وصفها الصحيح من الواقع والقانون وليس من الوصف الذي تعطيه المحكمة لها وقد وصفت محكمة البداية حكمها عدد 605 حضوريا بالاعتبار في حق المتهم حكيم بناء على أنه كان على علم بالجلسة بعد أن أناب عنه محاميا وطلب في حقه التأخير للترافع وإن القول بعدم إنابة المحامي المذكور ظل مجردا عن كل دليل فالتفتت عنه المحكمة عند الاعتراض ورفضته شكلا وهو ما ذهبت إليه محكمة القرار المطعون فيه التي لم يكن من اللازم عليها أن تتعرض إليه مجددا بوجه صريح طالما افتقر ذلك الدفع إلى الجدية والدليل وإنما كان منها ذلك على وجه الدلالة حين خوضها في الأصل مباشرة في تبنّ صريح منها لموقف محكمة البداية بهذا الخصوص ولا تثريب عليها في ذلك طالما ظلّ الدفع مفتقرا للحجة ومجردا عن الدليل.

وحيث ومهما يكن من أمر وعلى سبيل الافتراض جدلا أن الحكم الابتدائي القاضي برفض الاعتراض شكلا قد كان باطلا فإن محكمة الاستئناف تتعهد بالأصل وتبت فيه إعمالا لأحكام الفقرة 2 من الفصل 218 من م إ ج التي نصت

على أنه «إذا كان الحكم قابلا للإبطال فإن محكمة الاستئناف تتعهد بالأصل وتبت فيه» .

وحيث كان المطعن المذكور غير حري بالقبول لعدم وجاهته واتجه الالتفات عنه .

وحيث أن القول بضعف تعليل محكمة القرار المطعون فيه لحكمها وتغييبها لدفوعات المتهمين في غير طريقه ضرورة وأنها عللت حكمها تعليلا سائغا مؤديا إلى النتيجة التي انتهت إليها ولم تخلّ بموجبات الفصل 168 من م إ ج فضلا على أنها أجابت على الدفوعات الجوهرية المثارة أمامها والتي لها تأثير على وجه الفصل ولم يكن لزاما عليها الجواب عن غيرها بما يتجه ردّ الدفوعات المثارة بهذا الخصوص لعدم وجاهتها

وحيث يتحصحص ممّا سلف بسطه أن الطعون المرفوعة قد أضحت حرية بالرفض أصلا واتجه التصريح برفضها من هذه الناحية وحجز معلوم الخطايا المؤمنة من الطاعنين».

12-2-3- طبيعة قرارات الحفظ الصادرة عن أعضاء النيابة العمومية

قرار تعقيبي عدد 75888 بتاريخ 22 ماي2019 صادرعن الدائرة التاسعة برئاسة لسيد عبد المجيد بوريقة وعضوية المستشارين السيدين ماهر كنو وتوفيق السويدي بمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتب الجلسة السيدة منيرة المانعي

«حيث أنّ قرارات الحفظ الصادرة عن أعضاء النيابة العمومية لها صبغة وقتية أي كان سبب الحفظ ويجوز مراجعتها والرجوع فيها طالما لم ينقض الأمد القانوني المسقط لحق التتبع على اعتبار وأن تلك القرارت هي امتناع مؤقت عن تحريك الدعوى العمومية له أسبابه وقت اتّخاذه وهي وإن كانت غير قابلة للطعن فإنها لا تعد قرارات إدارية وإنما قرارات قضائية وقتية لصدورها عن أعضاء من السلطة القضائية تأصيلا في ذلك لأحكام الفصل 115 من دستور 27/ 1/ 2014 الذي نص على أن النيابة العمومية جزء من القضاء العدلي وتشملها الضمانات المكفولة له بالدستور ذلك أن رئاسة وزير العدل لأعضاء النيابة العمومية لا يضفي على تلك القرارات الصبغة الإدارية ضرورة وأن رئاسته وإن كانت إدارية محضة فإنه لا

يترتب عليها أيّ أثر قضائي. فإذا امتنع الوكيل العام أو وكيل الجمهورية مثلا إثارة الدعوى العمومية أو من حفظ شكاية أو الرجوع في قرار الحفظ رغم التعليمات الكتابية الصادرة له من الوزير فلا يستطيع هذا الأخير أن يثيرها بنفسه أو يرجع في قرار الحفظ لأنه لا يملك مباشرة الدعوى العمومية وكل ما يستطيعه هو اتّباع الإجراءات التأديبية ضدهم وفقا لما يخوله له القانون. أمّا رئاسة النيابة العمومية بشكلها الهرمي ما بعد الوزير (الوكيل العام ، وكيل الجمهورية ومساعدوه) فهي رئاسة قضائية بالأساس تمكن الرئيس من رفع الدعوى العمومية التي لم يرفعها مرؤوسه ومباشرة التتبع والرجوع في قرارات الحفظ .

وحيث ولئن كان قرار الحفظ خاضعا للسلطة التقديرية لعضو النيابة العمومية فإنّ إمكانية الانحراف بتلك السلطة أمر وارد جدا إما بالتعسف في استعمالها أو بسوء في التقدير لمآل الشكاية أو المحضر ناتج عن خطأ غير مقصود أو عدم تنبه ولذلك وفي ظل وجود مبدأ عدم مسؤولية أعضاء النيابة العمومية عن أعمالهم فقد جعل المشرع آلية لحماية الأفراد ومن ورائهم الهيئة الاجتماعية من سوء استعمال النيابة العمومية لسلطتها المطلقة في تقدير مآل الشكاوى بأن خول في صورة حفظها للمتضرر الذي يرى أن حقوقه قد انتهكت إمكانية إثارة الدعوى العامة على مسؤوليته الشخصية طبقا لما اقتضاه الفصل 36 من م إ ج كما أحاط هذه الإمكانية بجملة من الإجراءات مناط الفصل 38 وما بعده من نفس المجلة منعا للإفراط في الدعاوى الباطلة .

وحيث بقراءة الفصل 36 المذكور نجده لا يحول دون قيام وكيل الجمهورية بالرجوع في قرار الحفظ الذي اتّخذه وأن القول بخلاف ذلك كما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد هو قول بالمنع وتحميل للنص ما لا يحتمله وإنّه لا منع إلّا بنصّ صريح ثم إنّ توجّه المشرع واضح الدلالة في الصبغة الوقتية لقرارات الحفظ عامة سواء كانت صادرة عن النيابة العمومية أو قلم التحقيق أو دائرة الاتّهام ولا أدل على ذلك من سنّه لأحكام الفصل 121 من م إ ج .

وحيث رجوعا لما له أصل ثابت بأوراق الملف وتحديدا إلى قرار الحفظ المتخذ من ممثل النيابة العمومية بالمهدية بتاريخ 29/ 4/ 2014 نجده قد تضمن حرفيا « تحفظ مؤقتا لعدم وجود جريمة » أي أن ممثل النيابة قد أضفى الصفة

الوقتية صراحة على قراره باستعمال عبارة « مؤقتا « لأن عدم تحريكه للدعوى العمومية كان له أسبابه وقت اتّخاذه وهي غياب وتغييب كل دليل على وجود فعل إجرامي.أما وقد تبين له لاحقا بناء على تظلم ورثة الهالك ما يبرر التحري حول تلك الأدلة ثم توفرها بعد الإذن بإجراء التحريات فإن رجوعه في الحفظ كان سليما من الناحية القانونية خاصة وأنّ الأمد القانوني المسقط لحق التتبع لم ينقض بعد .

وحيث أن ما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد قد انطوى على تأويل غير سليم لأحكام الفصل 36 من م إ ج أوقعها في الخطأ في تطبيق القانون الذي هو من موجبات النقض إعمالا لأحكام الفصل 258 من م إ ج فاستحقّ قرارها النقض للأسباب السالف شرحها مع الإحالة ».

12ـ2ـ4ـ استبعاده الصّلح مع الإدارة دون السعي في الوقوف على حقيقته – رفض الاعتراض شكلا لسقوط العقاب بمرور الزمن

قرار تعقيبي عدد 72093 بتاريخ 12 جوان 2019 صادر عن الدائرة التاسعة برئاسة السيد عبد المجيد بوريقة وعضوية المستشارين السيدين منذر الهذيلي وتوفيق السويدي بمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد جلال الدين العنتير.

« حيث نعى الطاعن على محكمة القرار المطعون فيه خرق أحكام الفصل 4 من م إ ج وتحريف الوقائع باستبعاد كتب الصلح واعتباره غير متعلق بموضوع قضية الحال.

وحيث اقتضى الفصل 143 من م إ ج في فقرته الأخيرة أن رئيس المحكمة يختم المرافعة عندما يتبين للمحكمة أن القضية توضحت بشكل كاف وللمحكمة أن تكلف أحد أعضائها بإجراء بحث تكميلي وفي هذه الصورة تؤخر بقية المرافعة إلى أجل مسمى.

وحيث رجوعا إلى أوراق الملف يتبين أن المعقب حضر بكافة الجلسات ورفع بجلسة 4/ 10/ 2017 عريضة صلح وتوالى نشر القضية إلى جلسة يوم 10/ 1/ 2018 فحضرها المتهم ورفع كتب الصلح مع الإدارة ووصل الخلاص كما حضر بنفس الجلسة ممثل الإدارة غير أنّ المحكمة وبعد حجز القضية

للمفاوضة والتصريح بالحكم أصدرت حكمها بإقرار الحكم الابتدائي مستبعدة كتب الصلح المدلى به معللة ذلك بأنه لا يتعلق مرجعه بواقعة الحال كيفما يتضح من التنصيصات المضمنة به.

وحيث كانت محكمة الموضوع والأمر على ما ذكر مطالبة عملا بالفصل 143 المذكور بعرض كتب الصلح على ممثل الإدارة للمصادقة عليه أو رفضه وبيان أسباب ذلك أو تعيين أحد المستشارين لإتمام الأبحاث الضرورية بمراسلة الإدارة لمعرفة إن كان الصلح متعلقا بنفس محضر قضية الحال أو غيره من المحاضر أو استدعاء المتهم ومجابهته بكون ذلك الكتب غير متعلق بذات القضية أما وأنها تسلمت كتب الصلح وقضت مباشرة باستبعاده دون السعي في الوقوف على حقيقته وتعليل موقفها تعليلا كافيا فإنها بذلك تكون قد هضمت حق الدفاع وخرقت أحكام الفصل سالف الذكر خاصة وأن الإدارة قد وقفت على الخطأ المادي التي وقعت فيه وتداركت الأمر ببيان وجه الصواب صلب المكتوب الموجه منها إلى النيابة العمومية والمظروف بالملف.

وحيث أضحى الطعن في طريقه واتجه قبوله تصريحا بنقض القرار المطعون فيه لهذا السبب.

وحيث ومن جهة أخرى فقد اقتضى الفصل 269 من م إ ج « تنظر محكمة التعقيب في حدود المطاعن المثارة إلا إذا كان موضوع الحكم غير قابل للتجزئة ويجب عليها أن تثير من تلقاء نفسها عند الاقتضاء المطاعن المتعلقة بالنظام العام».

حيث بمراجعة أوراق القضية يتضح أنّ الحكم الابتدائي عدد 13576 صدر بتاريخ 24/ 6/ 2008 **غيابيا** في حق المعقب ضده الآن فقام بالاعتراض عليه بتاريخ 8/ 4/ 2016 وعينت القضية الاعتراضية تحت عدد 500 لجلسة يوم 3/ 5/ 2016 وبها حضر المتهم وتم قبول اعتراضه من الناحية الشكلية وتأخرت لجلسة 31/ 5/ 2016 وبها بتت محكمة البداية في الأصل بإدانة المتهم وتخطيته طبق طلبات الإدارة وحذف العقاب البدني فاستأنفه المتهم ورسمت القضية لدى محكمة الاستئناف بسيدي بوزيد تحت عدد 449 وتم الحكم فيها بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي إدانة وعقابا.

وحيث اقتضى الفصل 176 من م إ ج « إذا لم يبلغ الإعلام للشخص نفسه أو لم يتبين من أعمال تنفيذ الحكم أن المظنون فيه حصل له العلم به يمكن قبول الاعتراض إلى انقضاء أجل سقوط العقاب».

وحيث رجوعا إلى مظروفات الملف يتضح بالاطلاع على الإعلام بالحكم الغيابي عدد 13576 الصادر بتاريخ 24/ 6/ 2008 أنه وقع الإعلام به لشخص عمدة المكان بتاريخ 12/ 9/ 2008 في حين أنّ الاعتراض عليه وقع بتاريخ 8/ 4/ 2016 بما يكون قد مرّ على ضرورة تنفيذه ما يقارب الثماني سنوات وأنّ الأحكام في مادة الجنح تسقط بمضي خمسة أعوام ويجري أجل السقوط من يوم الإعلام بالحكم الغيابي إذا لم يقع ذلك الإعلام للمحكوم عليه نفسه كما هو الشأن في قضية الحال تطبيقا للفصل 349 من م إ ج وعليه فإن قبول اعتراض المتهم من قبل محكمة البداية والبت في الأصل فيه مخالفة لمقتضيات الفصل 176 المذكور وكان عليها رفضه شكلا لسقوط العقاب بمرور الزمن ومن بعدها محكمة القرار المطعون فيه التي تغاضت عن التثبت في الأمور الإجرائية وبتّت في الأصل رغم أنّ المفعول الانتقالي للاستئناف يقتضي منها مراقبة كلّ الإجراءات والمسقطات.

وحيث أخطأت محكمة الحكم المطعون فيه في تطبيق القانون وخرقت أحكاما تمس بالإجراءات الأساسية فجاء حكمها باطلا إعمالا لأحكام الفصل 199 من م إ ج واتجه نقضه لهذا السبب أيضا.

وحيث طالما كان الطعن وجيها للأسباب السالف شرحها فإنه يتعين قبوله تصريحا بنقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة.

وحيث يتجه إعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه طبق الفصل 263 من م إ ج».

12ـ2ـ5ـ القيام على المسؤولية الخاصة ـ اتصال القضاء بالوصف القانوني للأفعال

قرار تعقيبي عدد 70352 بتاريخ 3 جويلية 2019 صادر عن الدائرة التاسعة برئاسة السيد عبد المجيد بوريقة وعضوية المستشارين السيدين منذر الهذيلي

وتوفيق السويدي بمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.

«[...]وحيث وفضلا عن السبب السالف بيانه فإنه بمراجعة مظروفات الملف يتبين أن الشاكية قامت على المسؤولية الخاصة طبق الفصل 36 م إ ج في طلب تتبع المشتكى بهما من أجل التحيل وتعهد قاضي التحقيق بالبحث في الموضوع وانتهى إلى إعتبار الأفعال من قبيل تلك التهمة ووجهها على المظنون فيهما ووقع إعلام المذكورة بالقرار فلم تطعن فيه بوصفها قائمة بالتتبع ولا النيابة العمومية بما يكون معه الوصف القانوني لتلك الأفعال قد اتّصل به القضاء ولم يعد لمحكمة القرار المطعون فيه بناء على ذلك الحق في أن تغيير الوصف من جنحة إلى جناية بما يمس من مصلحة المتهم الشرعية وإن كان لها أن تغير الوصف فإلى جريمة يكون فيها العقاب إلى ما دون العقاب الوارد بنص الإحالة أو في نفس الدرجة بالنظر إلى أن تعهد المجلس لم يكن بموجب إحالة مباشرة من النيابة العمومية حتى يقال إنّ المحكمة تتعهد بالأفعال والوقائع ولا تتقيد بنص الإحالة وإنما كانت إثارة الدعوى العمومية في إطار القيام على المسؤولية الخاصة على مقتضى الفصل 36 م إ ج بقرار اتّصل القضاء بوصفه القانوني أمّا وأنها تخلت عن القضية للصبغة الجنائية ففي ذلك مساس بمصلحة المتهم الشرعية وخرق لقاعدة اتّصال القضاء الأمر الذي يتجه معه التصريح بقبول الطعن أصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الإحالة

وحيث يتعيّن إعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه عملا بالفصل 263 من م إ ج. ».

12ـ2ـ6ـ عدم إمضاء النيابة العمومية أمام كاتب المحكمة على مطلب استئنافه يجعل طعنه مرفوضا شكلا ولا يصحّحه إمضاؤه على ظهر ملف القضية أو بطرة محضر الجلسة

قرار تعقيبي عدد83731 بتاريخ 11 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة التاسعة برئاسة السيد عبد المجيد بوريقة وعضوية المستشارين السيدين منذر الهذيلي وتوفيق السويدي بمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.

«وحيث وبغض النظر عن وجاهة المطاعن المثارة من عدمها فقد أوجب الفصل 269 م إ ج على محكمة التعقيب أن تثير من تلقاء نفسها عند الاقتضاء المطاعن المتعلقة بالنظام العام.

وحيث أنّ إجراءات الطعن هي من الإجراءات الأساسية ولها لذلك صلة وثيقة بتنظيم مرفق العدالة وهي بهذا المعنى تعدّ متصلة بالنظام العام.

وحيث ورجوعا إلى أوراق الملف تبيّن أنّ كتابة محكمة الاستئناف بقفصة تلقّت استئناف النيابة العمومية طعنا في الحكم الجنائي الابتدائي عدد 6452 الصادر بتاريخ 7/ 3/ 2018 وتم تسجيله كتابة دون أن يتولى ممثل النيابة العمومية الإمضاء أسفله ودون التنصيص صلبه على السبب الذي حال دونه والإمضاء وهو ما يمثل خرقا للإجراء المنصوص عليه صلب الفصل 212 م إ ج.

وحيث نص الفصل 212 م إ ج أنه « يقدم مطلب الاستئناف إلى كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم بتصريح شفاهي يسجل كتابة في الحين وإما بإعلام كتابي وعلى الطاعن أن يمضي وإذا امتنع عن الإمضاء أو كان غير قادر على ذلك ينص على ذلك».

وحيث يؤخذ من ذلك أن المشرع أوجب على المستأنف كائنا من كان أو نائبه تقديم مطلب استئنافه الشفوي أو الكتابي إلى كتابة المحكمة والإمضاء عليه ويكون هو الدليل القانوني الذي تلجأ إليه المحكمة للتثبت من تقديم طلب الطعن من قبل صاحب الشأن والتأكد من صحة تاريخ ترسيمه دفعا لكل جدل يمكن أن يثار في ذلك، ويعد هذا الإجراء من الإجراءات الأساسية التي يترتب على خرقها بطلان الطعن تطبيقا للفصل 199 من م إ ج. وعليه فطالما لم يمض ممثل النيابة العمومية أمام كاتب المحكمة على مطلب استئنافه فإنّ طعنه مرفوض شكلا ولا يصحّحه إمضاؤه على ظهر ملف القضية أو بطرة محضر الجلسة باعتبار أنه لم يتم أمام الجهة المكلفة بموجب القانون بتلقي مطالب الاستئناف.

وحيث وبقطع النظر عن مستندات الطعن فإن محكمة القرار المنتقد أوكل لها المشرع ممارسة رقابتها بوصفها درجة ثانية للتقاضي على شكليات الطعن قبل الأصل إلا أنها تغافلت عن مراقبة إجراء أساسي سطره القانون ولم تمارس دورها الرقابي وبتت في الأصل قبل التثبت في شكليات الاستئناف فأساءت بذلك تطبيق

الفصل 212 م إ ج وجاء قرارها خارقا للقانون ومستوجبا للنقض الأمر الذي يتعين معه والحالة على ما ذكر الأمر التصريح بقبول الطعن أصلا ونقض القرار المطعون فيه وإرجاع الملف لمحكمة الاستئناف بقفصة للنظر فيه بهيئة أخرى.

وحيث يتجه إعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه عملا بالفصل 263 م إ ج. ».

12ـ2ـ7ـ عدم جواز قبول القيام بالحق الشخصي عند تعهد قلم التحقيق بموجب الفصل 31 من م. إ. ج.

قرار تعقيبي عدد 84720 بتاريخ 25 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة التاسعة برئاسة السيد عبد المجيد بوريقة وعضوية المستشارين السيدين منذر الهذيلي وتوفيق السويدي وبمحضر المدعي العام السيد رياض الغربي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.

«حيث كان تعهد قلم التحقيق بالبحث استنادا إلى أحكام الفصل 31 من م إ ج الذي نص على أنه « لوكيل الجمهورية إزاء شكاية لم تبلغ حد الكفاية من التعليل أو التبرير أن يطلب إجراء بحث مؤقت ضدّ مجهول بواسطة حاكم التحقيق **إلى أن توجه تهم أو تصدر عند الاقتضاء طلبات ضدّ شخص معين** «

وحيث رغم عدم توجيه تهم أو صدور طلبات ضد شخص معين إلى غاية استيفاء الأبحاث فقد تقدّم المتضررون من وفاة الهالك المرحوم إسكندر منصر بمطلب في القيام بالحق الشخصي وتمّ إجابة طلبهم من قاضي التحقيق فاتّخذوا بذلك مركزا كان المرتكز للطعن أمام دائرة الاتهام ثم أمام محكمة التعقيب

وحيث أنّ القائم بالحق الشخصي في القانون التونسي هو المتضرر الذي له صفة المدعي المدني لطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه من الجريمة وهو بذلك الطرف المتدخل بدعواه المدنية في النزاع الجزائي بالتبعية انضماما إلى الدعوى العمومية المرفوعة من قبل النيابة العمومية (الفصول 7-37-39 م إ ج)

وحيث أجاز القانون التونسي أن يكون القائم بالحق الشخصي أيضا هو المثير للدعوى العمومية بغاية ضمان حقوقه المدنية والحصول على تعويض الضرر الحاصل له من الجريمة وهذا امتياز استثنائي خصه به المشرع فجعله في مكانة مساوية للنيابة العمومية وذلك حين خول له القيام على المسؤولية الشخصية عند

حفظ القضية من طرف وكيل الجمهورية لأسباب واقعية أو قانونية (الفصلان 2 – 36 م إ ج)

وحيث أنّ الطاعنين ليسوا في وضعية القائمين على المسؤولية الشخصية على معنى الفصلين 2 – 36 م إ ج ولا هم كذلك في وضعية القائمين بالحق الشخصي على معنى الفصول 7–37–39 م إ ج على اعتبار أنّ تعهّد قاضي التحقيق كان استنادا إلى أحكام الفصل 31 م إ ج ولم توجه تهم في القضية أو طلبات ضد شخص معين يمكن على أساسها القيام بالحق الشخصي بمعنى أن مركزهم القانوني لم يتعدّ مركز الشهود في القضية وأن تمكين قلم التحقيق لهم من القيام لا به يعمل ولا عليه يعول لخرقه للقانون وللقواعد الإجرائية الأساسية وهو باطل على معنى أحكام الفصل 199 م إ ج ضرورة وأن الدعوى العمومية لم تقع إثارتها بعد بتوجيه تهم معينة ضد شخص معلوم أو حتى ضد كل من عسى أن يكشف عنه البحث خاصة وأن مآل الشكاية في الصورة الواردة بالفصل 31 م إ ج يقرره وكيل الجمهورية وليس قاضي التحقيق.

وحيث يتضح ممّا تقدّم أنّ الطاعنين لم يكتسبوا **منطلقا** صفة القائم بالحق الشخصي وفق ما تقتضيه أحكام القانون حتى يكون لهم مركز قانوني يخوّل لهم ممارسة الطعن في مختلف القرارات الصادرة في القضية

وحيث وطالما لم يكن للطاعنين مركز قانوني صحيح في القضية فلا صفة لهم في الطعن اعتمادا على أحكام الفصل 19 من م م م ت ضرورة وأن من شروط قبول الطعن توفّر الصفة في الطاعن

وحيث وفضلا عن ذلك وعلى فرض القول بجواز قبول القيام بالحق الشخصي عند تعهد قلم التحقيق بموجب الفصل 31 م إ ج فإن الفصل 260 من نفس المجلة خول للقائم بالحق الشخصي قبول مطلب تعقيبه بانفراده إذا كان قرار دائرة الاتهام قاضيا بأن لا وجه للتتبع وهو ما يعني بالضرورة حصول توجيه تهم خاصة وأنّ دائرة الاتهام يطلق عليها دائرة تحقيق التهم باعتبارها مكتب تحقيق من درجة عليا علما وأنّ قاضي التحقيق ملزم حين ختم أبحاثه أن يتضمن قراره البتّ في جميع المتهمين وفي كل ما نسب إليهم من تهم بصريح الفصل 104 م إ ج الأمر الذي لا يتوفر عند التعهد على معنى الفصل 31 م إ ج

وحيث يتحصحص ممّا سبق انعدام الصفة في الطاعنين الأمر الذي يتعين معه التصريح برفض طعنهم شكلا

وحيث يتجه حجز معلوم الخطية المؤمن عملا بالفصل 263 م إ ج.».

12ـ2ـ8ـ تعويض قاضي التحقيق المتعهد بغيره من القضاة في حالة الضرورة أو الغياب أو التعذر يجب أن يكون بقرار من رئيس المحكمة.

قرار تعقيبي عدد 83127 بتاريخ 17 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة السادسة والعشرين برئاسة السيد المنجي شلغوم وعضوية مستشاريها السيدين عبد القادر غزال وحمادي الرحماني بمحضر المدعي العام السيد عبد الرحمان بن الحاج جلول وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة هاجر السلطاني.

«عن المطعن الوحيد:

حيث طعن الوكيل العام في القرار المنتقد ناعيا عليه مخالفة أحكام الفصلين 48 و51 م إ ج دون بيان مكمن المخالفة تحديدا ودون صياغة مطعن واضح في ذلك الخصوص يكون أساسا لتعهد محكم القانون وحريا بنظرها وبتها في الموضوع... ليكون مفتقدا للجدية حقيقا بالرفض.

وحيث وبصرف النظر عن المكمن الدقيق للطعن – فقد نص الفصل 48 م إ ج على أنه «يقوم بوظائف التحقيق حاكم معين بأمر، وعند **الضرورة** يعين مؤقتا أحد الحكام بقرار للقيام بالوظائف المذكورة أو لإجراء البحث في قضايا معينة.

وفي حال **غياب** صاحب الوظيف أو عند **تعذر** الحضور عليه مؤقتا فإنه يُعوض في القضايا المتأكدة **بأحد قضاة المحكمة يعينه الرئيس**».

وحيث اقتضى الفصل 49 م إ ج أنه «إذا كان بالمحكمة عدة حكام تحقيق فإن وكيل الجمهورية يعين لكل قضية الحاكم المكلف بالبحث فيها».

وحيث نص الفصل 51 م إ ج «أنه «تعهد القضية بصفة لا رجوع فيها لحاكم التحقيق بمقتضى قرار في إجراء بحث.»

وحيث يُفهم من النصوص مجتمعة أن تعهيد قاضي التحقيق أو مكتب التحقيق **بدءا وبصفة أصلية** في قضية ما بموجب قرار فتح بحث يكون أساسا من خصائص وكيل الجمهورية مبدئيا، غير أنّ حالات **التعذر** على قاضي التحقيق مواصلة النظر في القضية **كالضرورة والاستحالة والغياب والشغور... وغيرها من الحالات الاستثنائية كالنقلة أو الترقية** تستوجب **قرارا من رئيس المحكمة** في تعويضه أو في إنابة غيره.

وحيث يتبين كذلك من قراءة مُنسّقة للفصول الوارد ذكرها أن تعهيد قاضي التحقيق بمكتب معين بالبحث في قضية إنما هو تعهيد نهائي لا يجوز الرجوع فيه مبدئيا ولا يمكن سحب القضية لاحقا من القاضي أو المكتب المتعهد سلفا دون

موجب قانوني وذلك حفاظا على استقلالية القرار القضائي وتفاديا لتوجيهه أو الالتفاف عليه، وكذلك ضمانا لتطبيق قاعدة **تعهد القاضي الطبيعي المنتصب سلفا** للنظر في القضايا التي تُعهد إليه بناء على معايير موضوعية ومجردة وغير شخصية يمكن مراقبة احترامها وغير مستندة إلى أيّ اعتبارات غير مشروعة.

وحيث ولئن أقر الفصل 48 م إج جواز تعويض قاضي التحقيق المتعهد بغيره من القضاة في حالة الضرورة أو الغياب أو التعذر مثل حالة نقلة القاضي من المحكمة أو ترقيته، إلا أنه اشترط في كل الأحوال أن يقع ذلك التعويض بموجب **قرار من رئيس المحكمة**.

وحيث بالرجوع لقضية الحال يتضح أن القضية كانت منشورة بمكتب قاضي التحقيق بالمكتب 10 زهير بن عبد الله وقد باشر أعماله بها إلى تاريخ 12 جوان 2013 قبل أن ينقطع عمله عنها دون سبب معروف أو مذكور بالملف سوى ما ورد بالقرار التعقيبي عدد 57711 بتاريخ 17/ 4/ 2018 من نقلته إلى خطة مساعد وكيل عام لدى محكمة الاستئناف بتونس بموجب الحركة القضائية 2013 وبقاء المكتب شاغرا، وقد استأنف أعمال التحقيق في ذات القضية منذ تاريخ 12 نوفمبر قاضي التحقيق بالمكتب 31 سامي بن سعيدان وأصدر قرار ختم البحث فيها دون صدور قرار في تكليفه من رئيس المحكمة، ليكون تعهده بالقضية ومباشرة الأبحاث فيها واقعا دون سند قانوني ومخالفا لأحكام الفصلين 48 و51 م إج ويجعل جميع أعماله في تلك القضية وخاصة قرار ختم البحث الصادر عنه باطلا قانونا.

وحيث – ومع ذلك – فقد سبق للدائرة الجنائية الابتدائية أن أصدرت بجلسة يوم 4/ 6/ 2015 حكما تحضيريا في مطالبة النيابة العمومية بالإدلاء بأسباب إحالة الملف التحقيقي من المكتب التحقيقي عدد 10 إلى مكتب التحقيق عدد 31 غير أنه لم يقع تنفيذ الحكم التحضيري، كما لم يقع الإدلاء بتلك الأسباب بالطور الاستئنافي من قبل الوكالة العامة بما يؤكد غياب قرار في التكليف وانتفاء سبب قانوني يُجيز سحب القضية من المكتب عدد 10 وتعهيد قاضي التحقيق بالمكتب عدد 31 بها وذلك خلافا لما تقتضيه أحكام الفصلين 48 و51 م إج بما يجعل القرار المنتقد الذي أقر بطلان الإجراءات استنادا لأحكام الفصل 51 م إج في طريقه ولو مع إغفاله أحكام الفصل 48 م إج طالما انتهى إلى نتيجة قانونية سليمة.

وحيث في جميع الأحوال، فإن النيابة العمومية التي تقاعست بالطور الابتدائي ودون سبب أو عذر في تنفيذ الحكم التحضيري القاضي بإدلائها بأسباب إحالة القضية التحقيقية من المكتب عدد 10 إلى المكتب عدد 31، ثم تخلفت عن تدارك ذلك بالطور الاستئنافي بالبحث مجددا عن تلك الأسباب وقد كان ذلك بإمكانها،

ليس لها أن تبني طعنها على خطأ محكمة القرار المنتقد أو ترميها بمخالفة القانون وقد كان التقصير في جانبها لا في جانب المحكمة.

وحيث كان المطعن فاقدا لسنده القانوني الصحيح وتعين رده».

12-2-9- ضم العقاب لا يشترط التعليل

قرار تعقيبي عدد 85771-85834 بتاريخ 17 ديسمبر 2019 صادر عن الدائرة السادسة والعشرين برئاسة السيد المنجي شلغوم وعضوية مستشاريها السيدين عبد القادر غزال وحمادي الرحماني وبمحضر المدعي العام السيد عبد الرحمان بن الحاج جلول وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة هاجر السلطاني.

«عن المطعن المتعلق بسوء تطبيق القانون وخصوصا الفصل 56 م ج :

حيث نص الفصل 56 م ج أنّ «كلّ إنسان ارتكب عدة جرائم متباينة يعاقب لأجل كل واحدة بانفرادها ولا تضم العقوبات لبعضها إلا إذا حكم الحاكم بخلاف ذلك...».

وحيث خول الفصل المذكور للمحكمة ضمّ العقاب في الجرائم المتباينة دون أن يشترط تعليله خلافا لما اقتضاه بالفصل 53 م ج في خصوص التخفيف في الجرائم المتواردة، معتبرا أنّ مسألة ضم العقاب مسألة موضوعية تخضع لمحض اجتهاد محكمة الموضوع وتقديرها المطلق دون حاجة لتبرير موقفها ودون رقابة عليها من محكمة التعقيب.

وحيث وبقطع النظر عن ذلك فقد تبنت محكمة القرار المنتقد جملة مستندات الحكم الابتدائي الذي أقرته والذي تضمن تبريرا للعقاب المسلط وللضم المقرر استنادا إلى ارتكاب الجرائم من نفس المتهمين وبنفس الوسائل المعتمدة وبنفس الأسلوب ولنفس الغايات أخذا بعين الاعتبار لقيمة المبالغ المستولى عليها، ليكون قرارها متضمنا للتعليل ولو لم يشترطه الفصل 56 م ج بما يجعل المطعن في غير طريقه.

وحيث غدا الطعن غير ذي وجاهة وتعيّن ردّه».

طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 42979 ـ إجراءات مدنية: الإختصاص الحكمي في قضايا إبطال العقود

«في حصر المسألة الخلافية:

حيث انحصرت المسألة محل الخلاف بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة في خصوص مرجع النظر الحكمي في دعاوى إبطال العقود؛ هل يتحدد بالقيمة المالية المضمنة بالعقد؟ أم أن الإبطال عنصر اعتباري غير معين القيمة؟ وهل تندرج دعاوى الإبطال ضمن الدعاوى غير المقدرة المنصوص عليها بالفصل 22 من م م م ت؟ أم ضمن الدعاوى الشخصية المؤسسة على التزام تعاقدي مقدر؟

حيث اعتبرت محكمة التعقيب أن مرجع النظر الحكمي يتحدد بالرجوع لطبيعة الدعوى ومقدار المال المطلوب فيها، وأن دعوى إبطال البيع لا تتعلق بأداء مقدار مالي معين فيعتمد لذلك المعيار الأول وهو طبيعة الدعوى، وأن طلب إبطال عقد البيع هو طلب غير مقدر بطبيعته لأن الإبطال غير مقدر وهو يتسلط على عمل قانوني غير مقدر بطبيعته، ولا يمكن القول بأنه ممكن التقدير بالرجوع لقيمة المتعاقد عليه لاختلاف الأمرين. واعتبرت لذلك دعوى إبطال عقد البيع دعوى غير مقدرة وراجعة بذلك إلى الاختصاص المطلق للمحكمة الابتدائية.

واعتبرت محكمة الأصل ابتدائية سوسة 2 كمحكمة إحالة، من جهتها، باعتبار عدم إثارة المسألة لدى محكمة الأصل في الطور الأول، أن تقدير دعوى إبطال عقد البيع يُرجع فيها إلى قيمة الحق المثبت بالعقد باعتبارها دعوى شخصية ويحدّد مرجع النظر فيها على ضوء الأهمية المالية لا بالنظر إلى العنصر الاعتباري فيها، إذ لا تفكيك بينهما. واعتبرت الدعوى بذلك من اختصاص محكمة البداية محكمة الناحية التي قضت فيها بالنظر إلى القيمة المالية المضمنة بعقد البيع موضوع الدعوى في مجال اختصاصها.

وبناء على الموقفين المبينين لمحكمتي الأصل والقانون، نكون إزاء اعتبارات ثلاث تحكم المسألة: وهي طبيعة الدعوى ومقدار المال المطلوب وقيمة الحق

المتنازع فيه. فكيف يكون تحديد مرجع النظر وإعمال تلك الاعتبارات التي اقتضاها المشرع تطبيقا على دعوى إبطال العقود؟

وهو ما سيكون محل إبداء رأينا في المسألة القانونية الخلافية المذكورة.

حيث نصت أحكام الفصل 21 من م. م. م. ت. في باب كيفية ضبط مرجع النظر على معياري طبيعة الدعوى ومقدار الطلب وهذا الأخير يحدّد مرجع النظر الحكمي وكذلك درجة الحكم.

فالنظر إلى طبيعة الدعوى يحيل إلى أحكام الفصل 20 من م. م. م. ت. الذي حدّد أربعة أصناف وهي الدعوى الشخصية والدعوى المتعلقة بمنقول والدعوى الاستحقاقية العينية والدعوى المختلطة وألحق المشرع هذه الاخيرة بالدعوى الشخصية متى كان الحق العيني غير محل نزاع، وبالمفهوم العكسي تلحق بالدعوى العينية إذا كان متنازعا فيه، فتكون الأصناف في النهاية ثلاثة أصناف، ويبقى الرابع قابلا للاندماج ضمن أحد الصنفين الشخصي أو العيني.

وأما النظر إلى مقدار الطلب فهو يحيل: أولا إلى أحكام الفصول 24 وما بعده من م. م. م. ت. المتعلقة بكيفية ضبط واحتساب مقدار الطلب المعين لمرجع النظر الحكمي في خصوص الطلبات المحررة في مبالغ مالية معينة. وثانيا إلى أحكام الفصلين 22 و23 من م. م. م. ت. المخصصة لأحكام قيمة المتنازع فيه.

فيكون بذلك معيار مقدار الطلب على نوعين: نوع يُنظر فيه إلى المقدار المالي المحرر في الطلبات، ونوع حيث تكون الطلبات لا تتعلق بمبالغ مالية مضبوطة فيُنظر فيه إلى قيمة الشيء المتنازع فيه، وهو المعيار الذي اقتضاه المشرع ضمن أحكام الفصلين 22 و23 المذكورين.

ومعيار قيمة الشيء المتنازع فيه يشتمل على حالتين، فإما أن تكون تلك القيمة غير معينة ولا يمكن تعيينها وهو مجال الدعوى غير المقدرة طبق الفصل 22، وإما أن تكون غير معنية ولكن يمكن تعيينها فتعتمد حينئذ قيمة الشيء يوم رفع الدعوى طبق الفصل 23.

ونضيف إلى ذلك حالة ثالثة منصوص عليها ضمنيا بالمفهوم العكسي بالفصل 23 من م. م. م. ت. وهي حالة قيمة الشيء المتنازع فيه معينة بين الطرفين. فهي ليست طلبا ماليا إلا أن القيمة معينة ومعلومة ولا نزاع فيها بين الطرفين وهي حال تكون المنازعة متعلقة بما هو مُقيّم ومحدد القيمة مسبقا بين الطرفين (ودون أي منازعة) على غرار قيمة الكراء السنوي.

فيحتوي بذلك معيار مقدار الطلب على أحوال أربعة ، حالة أولى تكون الطلبات محررة في مبالغ مالية مضبوطة وهي الأبسط وقد وضع المشرع ضوابط تحديد مقدار الطلب فيها، أما بقية الحالات يرجع فيها إلى قيمة الشيء المتنازع فيه. فإما أن تكون غير معينة ولا يمكن تعيينها فنكون بذلك إزاء الدعوى غير المقدرة La demande indéterminée مناط الفصل 22، وإما أن تكون غير معينة ولكن يمكن تعيينها فيُرجع إلى قيمة الشيء المتنازع فيه يوم رفع الدعوى، وإما أن تكون معينة ضمنيا اعتمادا على قيمة الشيء المتنازع فيه والمعلومة من الطرفين دون منازعة في ذلك طبقا للتحليل الآنف لأحكام الفصل 23 من م. م. م. ت.

وقد جاء بالقرار التعقيبي عدد 17215 الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 2002 أن الدعوى غير المقدرة هي الدعوى التي لا يمكن فيها تعيين الشيء المتنازع فيه عملا بأحكام الفصل 22 من م. م. م. ت.، أما إذا كانت قيمة الشيء غير معينة ولكن يمكن تعيينها فإن مرجع النظر يتحدد بمقتضى المال المطلوب بعد تعيينه عملا بالفصلين 21 و22 من م. م. م. ت.

كما جاء بالقرار التعقيبي عدد 31536 الصادر بتاريخ 27 أفريل 2004 أن العبرة عند تعيين مرجع النظر الحكمي ليس في كون الدعوى عند انطلاقها تكون مقدرة أم لا وإنما في كونها غير ممكنة التقدير وفي هذه الحالة تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في الدعوى. وتشمل الدعاوى غير القابلة للتقدير الدعاوي المتعلقة بالحقوق الشخصية والعائلية والمتعلقة بالحالة الشخصية والطلاق ودعاوى التفليس أو المطالبة بإلزام المطلوب بعمل والدعاوى العينية العقارية. وفي ذلك تعريف لاصطلاح الدعوى غير المقدرة مع تحديد المنظور إليه عند تحديد مرجع النظر وهو كون الدعوى ممكنة التقدير أم لا، وهو مجال الفصل

23 من م م م ت ضرورة أن حالتي الدعوى المقدرة مناط الفصل 24 وما بعده، والدعوى غير ممكنة التقدير، مناط الفصل 22، واضحتين ولا يستوجبان نظر».

وأما معنى قيمة الشيء المتنازع فيه فهو ينبغي أن ينصرف إلى قيمة المنازعة لا إلى قيمة الأشياء في حد ذاتها، إذ قد تتعدد فصول الدعوى ولكن ينصرف النظر فيها إلى قيمة النزاع في حد ذاته La valeur en litige.

وبذلك فإن المعيار الأول والأساسي في تحديد مرجع النظر الحكمي هو طبيعة الدعوى وإلى جانبه معيار أهمية المنازعة وقيمة المصالح المتنازع عليها وهي تحوي ضمنها معيارين جزئيين هما مقدار الطلب وقيمة الشيء المتنازع فيه، وهي معايير متلازمة طبق صيغة الفصل 21 من م م م ت إذ استعمل المشرع حرف العطف «و» وهو يفيد العطف والمشاركة في الحكم دون التخيير كما لو استعمل حرف العطف «أو» وذلك على خلاف ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في قرار النقض حيث اعتمدت طبيعة الدعوى وأهملت مقدار الطلب.

ولذلك فإن الفصل 21 من م. م. ت. وضع القاعدة والفصلين 22 و23 فصّلا القول في مقدار الطلب المعيار الثاني ووضعا معالم ضبطه.

ويستخلص من ذلك أن إرادة المشرع اتجهت إلى اعتبار معيار مقدار الطلب كمعيار أساسي في تحديد مرجع النظر الحكمي بالتنصيص عليه في قاعدة الفصل 21 كما اتجهت إرادته خاصة إلى تعيين وتقدير الدعوى في جل الحالات، وذلك بتفصيل القول في قيمة الشيء المتنازع فيه والميل إلى إمكان تعيينه، وبالتنصيص على ضوابط تحديد تلك القيمة، من ذلك الدعاوى المتعلقة بالكراء، وكذلك إلحاق الدعوى المختلطة بالدعوى الشخصية إذا كان الحق العيني غير داخل في المنازعة. وتبقى لذلك الدعوى غير المقدرة استثناء واضطرارا هي حالة تكون الطلبات غير محررة في مبالغ مالية مع استحالة تقدير قيمة الشيء المتنازع فيه على غرار دعاوى الالتزام بعمل. أي التي يرمي إلى طلب الإلتزام بعمل أو تنفيذ عمل.

ويكون بذلك توجه المشرع إلى اعتبار التقدير أصلا وما خالفه استثناء. وقد وسع مجال قاعدة التقدير بأن أطلق يد المحكمة في السعي لتقدير الدعوى بطلب أو حتى بدون طلب فلا تعتد بالوصف الذي ألحقه المدعي وإنما بالقيمة الحقيقية.

وغني عن القول أن مجال التقدير والتعيين هو الدعاوى الشخصية، والدعاوى المتعلقة بمنقول، والدعاوى المختلطة التي يكون الحق العيني فيها لا نزاع فيه. وهو ما يؤكد تلازم المعيارين (طبيعة الدعوى ومقدار الطلب) وتشمل الدعوى الشخصية ما تأسس على التزام شخصي مصدره القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة مثلما جاء بأحكام الفصل 20 من م. م. م. ت. وهو ما يشمل جل الدعاوى بما يؤكد اتجاه نية المشرع إلى تقدير الدعاوى بما يضمن حسن سير القضاء، ويحقق ويحفظ النظام العام القضائي كما يضمن احترام قواعد مرجع النظر الحكمي ويحقق تبسيط اجراءات تعهيد المحاكم بتسهيل إجراءات التقاضي وتقريب القضاء من المتقاضين وتحقيق الاستقرار والتوازن القضائي ضرورة أن توسيع قاعدة التقدير يوسع مجال نظر قضاء الناحية.

وحيث لا مانع تبعا لذلك أن تكون الدعوى ذات صبغة شخصية مؤسسة على التزام مصدره العقد، ومقدرة بناء على قيمة الشيء المتنازع فيه المعين بالعقد.

وحيث أن دعوى الإبطال تتعلق بالتزام شخصي ولا تتعلق بالمنازعة في حق عقاري وما انتقال الملكية بموجب العقد إلا أثر من آثاره وليس عنصر من مكوناته.

ولذلك فإن دعوى الإبطال غير منشئة لحق لطالبه باعتبار أن حقه أنشأه العقد، وإنما هي مقررة له ولوضع ثابت سابق للدعوى، وترمي لمعاينة الإبطال والتصريح به. وتكون بذلك قيمة الشيء المتنازع فيه هي قيمة العقد محل الطلب لتسلط مفعول الحكم عليه.

ودعوى إبطال عقد بيع عقار هي لذلك دعوى بطبيعتها شخصية، ومقدار الطلب فيها معين بقيمة المبيع الواردة بالعقد، ويتحدد بذلك مرجع النظر فيها حكميا، وهو القول الذي استقر عليه غالب فقه القضاء ودرج عليه عمل قضائنا وتواتر من ذلك قرار الدوائر المجتمعة عدد 3784 الصادر بتاريخ 10 مارس

1980. ولا وجه لذلك للاستناد إلى الدعاوى غير المقدرة أو إلى الدعاوى حيث قيمة الشيء المتنازع فيه غير معينة.

أما القول بكونها غير مقدرة وغير ممكنة التقدير، وهي مؤسسة على حق اعتباري لا يمكن تقديره فهو قول ضعيف فضلا على مخالفته لما جاء في النصوص المبسوطة آنفا، ولما ترمي إليه إرادة المشرع فيها، ولمقصد حفظ النظام العام القضائي وتحقيق استقراره وتوازنه.

وذلك خلافا لموقف فقه القضاء الفرنسي الذي كان متشددا فلا يعتبر قيمة المبيع في تقدير الدعوى، إلا أنه يتناقض بقبول التقدير في دعاوى التعويض عن الضرر المعنوي حتى إن كان الطلب تحرر فيها بالفرنك الرمزي والحال أن الضرر المعنوي هو حقيقة من الطلبات التي تبقى في جوهرها غير مقدرة وغير قابلة للتقدير. وهو لذلك موقف غير مؤثر خصوصا إزاء توجه المشرع التونسي إلى اعتبار التقدير أصلا مثلما سبق بيانه.

وحيث بناء على ما وقع عرضه، يكون قضاء محكمة الأصل بأن دعوى إبطال عقد بيع عقار يرجع فيها إلى قيمة الحق المثبت بالعقد باعتبارها دعوى شخصية وأن محكمة الناحية كانت لذلك مختصة بالنظر في الدعوى حكميا اعتبارا إلى قيمة الثمن المضمنة بالعقد متجها وغير مخالف لأحكام الفصول 20 و21 و22 و23 من م. م. م. ت. بما يجعل الطعن في ذلك من جديد غير مؤسس ومردود.

لـــذا، وبناء على ما تقدم بيانه نطلب من جناب الدوائر مجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز.

وحـــــرر بتاريخ 18 جانفي 2019

المدعي العام سارة بوطبة»

طلبات الإدعاء العام في القضية عدد42913 – مدني: حجية الجزائي على المدني

«عن المطعن الأول والثالث لارتباطهما واتحاد القول فيهما:

حيث ولئن كانت محكمة الأصل تملك مطلق الحرية في تقدير الأدلة واستخلاص النتائج القانونية منها دون رقابة عليها من محكمة التعقيب، مادام رأيها معللا تعليلا مستساغا مستمد مما له أصل ثابت بالأوراق دون خطإ أو تحريف يتماشى والنتيجة التي آل إليها، إلا أن محكمة الحكم المطعون فيه لما انتهت إلى أن مورث المستأنفين المعقبين الآن كان قادما من مسلك ترابي ثم انعرج فجأة في اتجاه سائق الشاحنة المؤمنة لدى المستأنف ضدها المعقب ضدها الآن وبالتالي تنطبق على صورة الحادث الحالة 16 من جدول تحديد المسؤوليات التي يستغرق فيها الهالك كامل المسؤولية تكون قد حرفت الوقائع ضرورة أن كلا السائقين كانا يسلكان مسلكا ترابيا وذلك حسب ما يثبته محضر البحث الجزائي والمثال التقريبي للحادث فإن الطريق المعبدة التي كان يسلكها مؤمن المعقب ضدها انتهت قبل نقطة الاصطدام مما يجعل تطبيق الحالة 16 من جدول تحديد المسؤوليات على واقعة الحال يشكل تحريفا للوقائع وخرقا للقانون يتجه معه قبول هذا المطعن.

عن المطعن الثاني المتعلق بمخالفة قاعدة حجية الجزائي على المدني:

حيث اعتبرت محكمة التعقيب صلب قرارها عدد 27876 الصادر بتاريخ 21/ 6/ 2013 أنه ولئن اقتضى الفصل 123 من م ت أنه يحرم سائق العربة ذات محرك كليا أو جزئيا من التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور حسب نسبة المسؤولية المحمولة عليه في الحادث وفقا للمقاييس المبينة في جدول تحديد المسؤوليات الملحق بهذا القانون، فإن ذلك لا يعفي من اعتماد الأحكام الجزائية القاضية بالإدانة معتبرة أن ما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد في خصوص استبعادها للحكم الجناحي القاضي بإدانة المعقب ضدها اعتمادا على أحكام الفصلين 121 و123 من م ت مجانب للصواب ذلك أن الفقرة الثالثة من الفصل 121 المذكور إنما يتعلق بالتعويض عن الأضرار اللاحقة

بالأشخاص في حوادث المرور في حين تتعلق الفقرة الأولى من الفصل 123 بتحديد المسؤوليات في الحادث مؤكدة أن اعتماد ما ينتهي إليه الحكم الجزائي لا يتعارض ومقتضيات الفصلين المذكورين وهو ما يجعل قضاء محكمة القرار المطعون فيه قاصر التعليل ومخالفا للقانون.

وحيث اعتبرت محكمة الإحالة صلب قرارها عدد 58948 الصادر عنها بتاريخ 5/ 1/ 2015 أن المشرع اعتمد صلب قانون أوت 2005 على صور وقواعد مضبوطة لتحديد مسؤولية سائق العربة صلب الفصل 123 ولو تم اعتماد الحكم الجزائي كأساس للقيام بدعوى الحال لحصل تضارب بينه وبين أحكام الفصل 123 من م ت.

وحيث يتحصحص من هذين الموقفين أن الإشكال المطروح على نظر الدوائر المجتمعة يتمثل في حسم الخلاف القائم بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة في مسألة قانونية تتمحور حول مدى حجية الحكم الجزائي البات القاضي بثبوت المسؤولية الجزائية والإدانة على القاضي المدني المتعهد بالنظر في المسؤولية المدنية وفق أحكام الفصلين 121 و123 من م. ت.

وحيث لا خلاف أن المشرع التونسي تبنى عموما مبدأ إخضاع القاضي المدني إلى ما تم الحكم به جزائيا عند الإدانة أما عند البراءة فإن ذات القاضي المدني يسترجع حريته في تكييف الوقائع ويستمد هذا المبدأ أساسه من أحكام المسؤولية الجزائية عموما ومن الفصل 101 من م. إ. ع. خصوصا. وهذا المبدأ مؤسس على تفادي التضارب بين الأحكام وعلوية القضاء الجزائي لارتباطه بالنظام العام فضلا على ضمانات الوصول للحقيقة المتوفرة للقضاء الجزائي. إلا أن هذا المبدأ استبعده المشرع عند سنه للقانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15/ 8/ 2005 الذي قام على فكرة أساسية ألا وهي ضمان التعويض للمتضررين من حوادث الطرقات. فطالما أن الضرر ثابت يكون التعويض، وذلك بقطع النظر إن كان الفعل الضار معاقب عليه جزائيا أم لا مع الأخذ بعين الاعتبار مدى مساهمة المتضرر في وقوع الحادث. فأولوية التعويض أقصت مبدأ حجية الجزائي على المدني. فمثلا إذا أخذنا الحالة السادسة من جدول تحديد المسؤوليات فإن مجرد

تجاوز السائق لمحور المعبد يؤدي إلى تحميله كامل المسؤولية بقطع النظر عن ماديات الحادث وظروفه في حين أن القاضي الجزائي وعند تحديده للمسؤولية الجزائية يأخذ بعين الاعتبار عديد الظروف المحيطة بالحادث منها السرعة والانتباه والقدرة على تفادي الحادث والرؤية وحالة الطريق وغيرها من العناصر التقديرية الأخرى. وعليه فإنه لا حجية للحكم الجزائي سواء كان قاضيا بالإدانة أو بالبراءة على القاضي المدني في مادة حوادث المرور باعتبار أن المشرع تبنى في قانون التأمين ضد حوادث المرور نظرية التعويض الآلي مع الأخذ بعين الاعتبار نسبة مساهمة المتضرر في وقوع الحادث وقد ضبط ذلك ضمن جدول بياني يحدد صور الحوادث وتحديد من يتحمل مسؤولية ذلك الحادث بقطع النظر إن كانت تلك الصورة تعكس الحقيقة الواقعية لحيثيات الحادث من عدمه على خلاف المسؤولية الجزائية التي تدخل فيها جميع المعطيات الحافة بالحادث.

ويتدعم هذا الموقف من خلال الاختلاف بين الخطأين مفهوما. إذ يُعرّف الخطأ المدني بكونه ترك ما وجب فعله أو وفعل ما وجب تركه. أمّا الخطأ الجزائي فهو تقصير يتمثّل في اتّجاه الإرادة إلى القيام بسلوك مخالف للقانون الجنائي دون نيّة الإضرار أو إحداث النتيجة الإجراميّة.

ورغم أن المشرّع عدد بالفصول 217 من م. ج إلى 225 من نفس المجلة التصرّفات التي يمكن أن تُصنف كأخطاء جزائية مستعملا في ذلك مصطلحات عامّة (القصور، عدم الاحتياط، الإهمال، عدم مراعاة القوانين) مما يجعل كلّ خطأ مهما كانت درجته يدخل ضمن تصنيف الخطأ الجزائي مما أدّى إلى اتّساع المفهوم وتداخله مع الخطأ المدني وكان هذا أحد الأسس التي قامت عليها الالاا قيام نظريّة وحدة الخطأين. لكن هذه المماثلة بين الخطأ الجزائي والخطأ المدني تنعكس سلبا على عمل القاضي المدني فتجعله مقيّدا في دعوى التّعويض عند وجود إدانة جزائيّة كما تؤثّر سلبا على القاضي الجزائي وتجعله يميل للإدانة حتى لا يحرم المتضرّر من التّعويض وربما هنا تهتز الثقة في القضاء أكثر مما تهتز عند مناقضة حكم مدني لحكم جزائي ولعلنا نعثر في المسؤوليّة الطبّية خير مثال على

مساوئ وحدة الخطأين فأحيانا تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب على خطأ بسيط لأن ضمير القاضي مصوب نحو عدم حرمان المتضرر من التّعويض.

إن ملخص قضية الحال المعروضة على محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة تتلخص في أنه إذا طبقنا الفصل 123 من م. ت. فإن المسؤولية مشتركة بين مرتكبي الحادث أما إذا طبقنا نظرية حجية المقضي به جزائيا على القضاء المدني فإن النتيجة ستؤول إلى تحمل المدان جزائيا كامل مسؤولية الحادث بقطع النظر عن مدى مساهمة الضحية فيه.

إن التخلّي عن نظرية حجية الحكم الجزائي على المدني في قضايا حوادث المرور هو الرأي الصائب قانونا لعدّة اعتبارات؛ أوّلها أنّ هذه الحجية لا أساس تشريعي صريح وواضح لها في حين أننا إزاء نص قانوني واضح وصريح من استتباعات تطبيقه فصل الخطأ الجزائي عن الخطأ المدني ألا وهو الفصل 123 المذكور. وثانيها أن الخطأ الجزائي يخضع لمبدأ شرعيّة الجرائم والعقوبات فيؤوّل تأويلا مضيّقا بينما يُسأل الشّخص مدنيا عن جميع أفعاله التي يترتّب عنها ضرر للغير ممّا يجعل الخطأ المدني أوسع مجالا من الخطأ الجزائي. وثالثها أن الخطأ المدني يختلف عن الخطأ الجزائي من حيث كيفيّة التقدير. إذ يقدّر الخطأ المدني حسب معيار موضوعي ينطلق من مقارنة سلوك المتسبّب في الضّرر بسلوك ربّ الأسرة الصالح أي الشّخص العادي الذي يتميّز بدرجة من اليقظة والاحتياط بينما يكون تقدير الخطأ الجزائي وفق المعيار الشخصي. فالخطأ الجزائي كمفهوم مشبع بالذاتية لا يمكن فصله عن شخصيّة الفاعل التي يتداخل فيها تكوينه وتربيته ومحيطه وظروفه المادية والنفسية. فالجزم بالخطأ الجزائي يقوم على المقارنة بين سلوك الشّخص نفسه وبين ما كان ينبغي أن يفعله على ضوء ظروفه الخاصّة. وهذا المفهوم يجد تأصيله في مبدأ هامّ يحكم المادّة الجزائيّة هو مبدأ تفريد العقوبة فيقدّر الخطأ الجزائي من خلال المحيط النّفسي للمتهم الذي أرتكبت فيه الجريمة بينما يخضع الخطأ المدني لمعيار موضوعي الذي هو سلوك رب الأسرة المعتني بشؤونه والذي لا يمكن الأخذ به عند تقدير الخطأ الجزائي لأنّ هذا الأخير لا يمكن تقديره بصفة مستقلّة عن فاعله وحالته

النفسيّة. وبناء على ذلك تتجلّى ضرورة وجود تفاوت في تقدير الخطأين على المستوى المدني والجزائي.

إنّ التخلّي عن نظريّة وحدة الخطأين الذي سيؤدي إلى استبعاد قاعدة حجيّة الأمر المقضي به جزائيّا على القضاء المدني ينسجم مع مبدإ الكرامة الركن الركين في الدستور الذي من تجلياته الحق في التقاضي والحق في التعويض وهي من الحقوق الجوهرية التي يحمل القضاء على ضمانها ولا يمكن للقضاء أن يضمنها إلا إذا استرجع حريته باسترجاع كامل سلطته على النزاع المنشور أمامه.

وعليه فإن محكمة الإحالة تكون قد أحسنت تطبيق القانون ما يتجه معه رفض هذا المطعن.

لذا، يطلب المدعي العام قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بصفاقس للنظر فيه بهيئة أخرى.

محمد الرمضاني

حرر في 18/ 11/ 2019»

طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 55210 – مرور: المرافق وتعدد الوسائل المشاركة في الحادث

«في تعهد الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب:

حيث اقتضت أحكام الفصل 191 من م. م. م. ت. أن «القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا

رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيئا للفصل واذا رأت إرجاع القضية فإن قرارها يكون واجب الإتباع من طرف محكمة الاحالة».

الإشكال القانوني:

حيث تعلق الخلاف القانوني بين القرار التعقيبي القاضي بالنقض والإحالة وقرار محكمة الإحالة بصورة اصطدام و سيلتي نقل وعدم وجود تامين للوسيلة التي يركبها المتضرر كمرافق: فهل يجوز له حصر قيامه ضد شركة التامين التي تؤمن مسؤولية سائق الوسيلة الثانية المشاركة في الحادث والحصول على تعويض كامل للاضرار اللاحقة به بقطع النظر عن تحديد السائق المتسبب في الحادث و بيان نسبة مسؤوليته في وقوعه استنادا الى قاعدة التعويض الآلي للمتضررين مناط الفصل 122 من مجلة التأمين أو اعتبار أن دعوى المتضرر المرافق إنما تخضع في حالة تصادم عربتين إلى احكام الفصل 123 من المجلة المذكورة بما يقتضيه ذلك من ضرورة إدخال المكلف العام بنزاعات الدولة في حق صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور وتوجيه طلباته ضد هذا الأخير بمعية شركة التامين التي تغطي مسؤولية سائق الوسيلة الثانية وتكون المحكمة عندئذ مطالبة بالبت في مسؤولية الحادث بغاية التوصل لتحميلها بأكملها على أحد السائقين أو توزيعهما عليهما بنسب محددة وترتيب الآثار القانونية لذلك بخصوص بيان الطرف المطالب بدفع التعويضات و تحديد سقفها؟

النقاش والرأي القانوني

حيث اعتمد المشرع التونسي بموجب القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 والمتعلق بإدراج عنوان خامس بمجلة التأمين يخص تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك و نظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور مفهوما جديدا للمسؤولية في مادة التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص إثر حوادث المرور متجاوزا المفاهيم التقليدية المنصوص عليها بمجلة الإلتزامات و العقود فيما يتعلق بالمسؤولية الشخصية التي تجد مبناها في الخطأ مناط الفصل 83 من المجلة المذكورة أو التي تهم المسؤولية الشيئية التي ينظمها الفصل 96 من

نفس المجلة. فأرسى صلب الفصل 122 من مجلة التأمين نظاما للمسؤولية الموضوعية اقتداء بالتشريع الأنقلوساكسوني و تحديدا التشريع الأمريكي الذي يعتمد مؤسسة No Fault responsability فأضحى مبنى التعويض عن حوادث المرور هو الضمان لا الخطأ[1]. فالمتضرر يتمتع بموجب الفصل 122 المذكور بقرينة التعويض الآلي دون البحث عن مدى مساهمته في الحادث باستثناء حالتي إلحاق الضرر بنفسه أو الخطأ الفادح غير المبرر. فالذي يتحمل المسؤولية هو الشخص الذي ارتكب الخطأ وإنّ هذا القول يتعلق بكل شخص تضرر في حادث عندما لا يكون سائقا لعربة برية ذات محرك كحالة المترجل بالطريق العام أو وضعية راكب الدراجة الهوائية. لكن إذا كان المتضرر سائقا لإحدى وسيلتي (وسائل)النقل المشاركة في الحادث فيصبح الأمر مختلفا، إذ يجد الفصل 123 مجالا للانطباق الذي ينص على انه: «يحرم سائق العربة البرية ذات محرك كليا أو جزئيا و كذلك من يؤول اليهم الحق عند الوفاة من التعويض عن الاضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور حسب نسبة المسؤولية المحمولة في الحادث...».

وقد يتبادر إلى الذهن وضعية المتضرر الذي لا يكون سائقا لاحدى وسائل النقل المشاركة في الحادث بل مجرد مرافق على متن إحداها، هنا جاء الفصل 149 وما بعده من مجلة التأمين ليحدد الطرف المعني بتقديم مطلب التسوية الصلحية في حالة تعدد المؤمنين للعربات المشاركة في الحادث وأحال إلى أحكام اتفاقية التعويض لحساب الغير والتي تخول بفصلها السادس للمتضرر المرافق توجيه دعواه على مؤمن العربة التي يركبها غير أن الأمر ليس بالضرورة بهذه السهولة إذ قد يتفطن المتضرر إلى أن العربة التي يمتطيها لم تكن مؤمنة زمن الحادث أو تعلقت بها إحدى حالات انعدام التأمين أو استثناءات الضمان (الفصل 172 من م ت) لذلك فقد يفضل استبعاد اجراءات القيام على المكلف العام بنزاعات الدولة في حق صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور وما سيتتبعه ذلك من تمسك هذا الأخير بمختلف الدفوعات الشكلية (اجراءات تقديم مطلب

(١)

التعويض مناط الفصل 173 من م ت) والأصلية وتوجيه دعواه ضد شركة التأمين التي تغطي مسؤولية سائق الوسيلة الثانية المشاركة في الحادث، فهل أن هذا متاح له قانونا؟

في هذا المجال لا بد من التذكير بأن عقد التأمين قد شرع لكي «يغطي المسؤولية المدنية لمبرمه ومالك العربة وكل شخص يتولى حفظها أو سياقتها ...». و ذلك حسبما اقتضته أحكام الفصل 110 من م. ت. في فقرته الثالثة. وعليه فلا يجوز للمتضرر المرافق مطالبة شركة التامين الثانية إلا في حدود نسبة مسؤولية سائق السيارة التي تؤمنها ولا مجال له للتمسك في هذا الشأن بحقه في الحصول على تعويض كامل استنادا الى أحكام الفصل 122 من م. ت. ذلك أنه في حالة تصادم عربتين أو اكثر واختيار المتضرر المرافق توجيه دعواه على شركة التأمين التي تغطي المسؤولية المدنية لسائق الوسيلة الثانية فإن الفصل المنطبق هو الفصل 123 من المجلة المذكورة وعلى المحكمة البت في المسؤولية وتحديد نسبة كل طرف في تحملها وترتيب الآثار الثانونية اللازمة. هذا وقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 30456 الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 2008 أنه طالما ثبت أن المتضرر من حادث مرور لم يوجه دعواه ضد مؤمن العربة التي يؤمنها الملزم بتقديم عرض التسوية الصلحة وبتسديد التعويض المستحق وإنما وجهها ضد مؤمنة السيارة المشاركة في الحادث والتي لا تتوفر فيها صفة المطالبة بالتعويض فان اجراءات القيام تكون مختلة».

خلاصة للقول أنه بالنسبة للمتضرر المرافق إن أراد الحصول على تعويض كامل في حالة تصادم عربتين أو اكثر إلا القيام:

1/ إما ضد مؤمن العربة التي يركبها (الفصل 149 وما بعده من م ت والفصل 6 من اتفاقية التعويض لحساب الغير).

2/ وفي صورة ما إذا كانت العربة التي يركبها غير مؤمنة أو تعلقت بها إحدى حالات انعدام التأمين أو استثناءات الضمان إلا القيام ضد المكلف العام بنزاعات الدولة في حق صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور وأيضا شركة التأمين المؤمنة للعربة الثانية المشاركة في الحادث وذلك بغاية الحصول على

تعويض كامل للأضرار اللاحقة به وهو تقريبا نفس التمشي الذي توخته محكمة التعقيب صلب قرارها عدد 2014/ 16011 القاضي بالنقض والإحالة ورفضت محكمة الإحالة السير عنه.

وعليه ترتيبا على كل ذلك فإن الإدعاء العام يطلب من الدوائر المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإرجاع ملف القضية لمحكمة الإستئناف بصفاقس لإعادة النظر فيه مجددا بهيئة أخرى طالما أن الموضوع غير مهيئ للفصل وإعفاء الطاعنة من الخطية و إرجاع المال المؤمن إليها.

حرر في 08/ 10/ 2019

المدعي العام

حسن الحاج عبد الله»

طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 425 – عقاري: تعقيب حكم عقاري

«حيث تبين من حيثيات القرار المطعون فيه بالخطأ البين عدد 55128 بتاريخ 2/ 7/ 2018 أن الدائرة التي اصدرته قررت رفض مطلب التعقيب شكلا لتخلف الطاعن عن تبليغ عريضة الطعن للمعقب ضدها طبقا لأحكام الفصل 357 ثالثا من م ح ع.

وحيث اقتضى الفصل 357 المذكور أنه على الطاعن خلال أجل لا يتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ تسليم نسخة الحكم العقاري على الوجه المذكور أن يقدم لكتابة محكمة التعقيب ما يأتي وإلا سقط طعنه أولا: .... ثانيا: .... ثالثا: ما يفيد تبليغ عريضة الطعن وأسبابه إلى المعقب ضده المحكوم له بالتسجيل أو خلفائه بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة عدل منفذ.

وحيث وخلافا لما تمسك به نائب طالب تصحيح الخطأ البين وبالرجوع إلى كشف المؤيدات المقدم من قبل الأستاذ م. ز. في إطار القضية التعقيبية

عدد 55128 والمضمن بتاريخ 11/ 12/ 2017 تضمن وأن من بين المؤيدات المقدمة تحت عدد 4 أصل مطلب التعقيب المؤرخ في 12/ 09/ 2017 في حين أنه بالإطلاع على محضر تبليغ مستندات التعقيب المضاف بنفس التاريخ والمجرى بواسطة عدل التنفيذ بتونس الأستاذة أ. ب. بتاريخ 30/ 11/ 2017 حسب محضرها عدد 12121 تبين أنه وقع تبليغ المعقب ضدها بموجب ذلك المحضر جملة من المؤيدات من بينها نسخة من وصل تسجيل مطلب تعقيب مؤرخ في 12/ 09/ 2017.

وحيث دأبت المحكمة العقارية و بمناسبة تلقيها لمطالب الطعن بالتعقيب في مطالب التسجيل طبقا لأحكام القانون عدد 67 سنة 2008 المؤرخ في 3/ 11/ 2008 على تسليم نائب المعقب وصلا في تسجيل مطلب التعقيب تطبيقا لأحكام الفقرة الخامسة من الفصل 357 ثالثا من م. ح. ع. الذي أوجب على الكاتب عند تلقي مطلب التعقيب أن يوقعها وينص على تاريخ تقديمها و يقيدها حالا بدفتر خاص معد للغرض ويسلم وصلا فيها متضمنا تاريخ تقديمها.

وحيث وجب المشرع على الطاعن تبليغ المعقب ضده نسخة من عريضة الطعن وليس نسخة من الوصل في تسجيل مطلب التعقيب باعتبارهما وثيقتين مختلفتين. فالعريضة يحررها نائب المعقب ويقدمها لكتابة المحكمة التي اصدرت الحكم ويقع تضمينها بدفتر خاص في حين أن وصل تسجيل مطلب التعقيب هي وثيقة يسلمها كاتب المحكمة الذي تلقى عريضة الطعن لإثبات حصول ذلك الطعن وحيث أورد الفصل 192 م م م ت ثلاث صور للخطأ البين منها صورة الرفض شكلا المبني على غلط واضح الواقع تعريفه بكونه الغلط الناتج عن حالة الغفلة والسهو وما شاكل ذلك من حالات الإشتباه وعدم التركيز والذي لا يمكن أن يكون محل اختلاف بين اثنين لشدة الوضوح.

وحيث وبإنزال الأحكام السالفة البيان على صورة الحال يتبين وأن القرار القاضي برفض مطلب التعقيب شكلا مبناه اجتهاد المحكمة في تحديد ما يترتب قانونا إذا تخلف الطاعن عن تبليغ عريضة الطعن للمعقب ضده التي أوجب المشرع تقديمها الى كتابة محكمة التعقيب في الأجل القانوني. وبالتالي وبقطع

النظر عن مدى سلامة رأيها فإن مناقشتها فيما ذهبت إليه واختصت به في نطاق اجتهادها وسلطتها التقديرية في فهم النصوص القانونية وتطبيقها واستخلاص النتائج القانونية منها لا يندرج ضمن صور الخطأ البين المنصوص عليها حصر بالفصل 192 من م م م ت.

لذا ولهاته الاسباب؛

فإن الإدعاء العام يطلب من الدوائر المجتمعة قبول المطلب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

حرر بتونس في 4/ 01/ 2019.

شكري الدردوري

المدعي العام

لدى محكمة التعقيب»

طلبات الإدعاء العام في القضية عدد94564 – -94861 94887 – -94898 قانون جزائي: تدليس عملة أجنبية

«حيث استندت دائرة الإتهام لتأسيس قرارها القاضي بتوجيه تهمة إدخال عملات أجنبية مدلسه والمشاركة في وضعها وعرضها إلى اتجاه نية المتهمين إلى إعادة تداول تلك العملة بالسوق بعد أن يقع تدليسها إلى الأورو وذلك حسب اعتراف المتهمين بحثا وتحقيقا وبالمحجوز.

وحيث ولئن أخضع المشرع المادة الجزائية إلى مبدأ الإثبات الحر والذي يخول للقاضي اعتماد جميع وسائل الإثبات ثم يتولى على ضوء ما توفر له الحكم حسب وجدانه المطلق إلا أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن قرارات دائرة الاتهام لا تحرز على قوتها وسلامتها من كل ضعف أو خدش إلا إذا كانت معللة تعليلا سليما وذلك ببيان جميع العناصر الواقعية والقانونية بما له أصل ثابت بالملف سواء المتعلقة منها بثبوت التهمة أو نفيها دون تحريف أو تناقض أو تخمين.

وحيث اقتضى الفصل 187 م ج مؤاخذة كل من يدّلس أو يغير العملات الأجنبية أو يشارك في وضع أو عرض أو إدخال عملات أجنبية مدّلسة أو مغيرة.

وحيث تقتضي جريمة الحال لقيامها أن تكون العملة الاجنبية الواقع عرضها أو وضعها أو إدخالها مدلسة وأن مناط التجريم هو حماية الثقة في الأوراق النقدية الأجنبية المتداولة.

وحيث وعلى خلاف ما ذهبت إليه المحكمة فإن العملة الواقع سحبها من التداول تفقد صفة العملة وتصبح مجرد أوراق لا قيمة لها سوى من الناحية التاريخية وبذلك فإن التعامل فيها يصبح خارجا عن مناط التجريم.

وحيث وبالإضافة إلى ذلك فقد أكدت معاينة البنك المركزي لتلك الأوراق أنها صحيحة من حيث الأصل إلا أنها فاقدة للقيمة الإبرائية لوقوع سحبها من التداول. وتأسيسا عليه فإن ذلك لا يعني البتة أنها مدلسة أو مغيرة.

وحيث أضحى بذلك احد أركان التهمة غير متوفر في قضية الحال.

وحيث أن القول بكون التعامل في تلك الأوراق هو بهدف تزييفها إلى العملة الاوروبية هو في غير طريقه باعتبار أن ذلك انبنى على مجرد ظنون وتخمين في غياب حجز آلات أو أدوات تفيد فعلا شروع المتهمين في عملية التغيير المشار إليها وأن مجرد النية وعلى الفرض من حصولها لدى المظنون فيهم لا يمكن أن تكون محل مؤاخذة.

وحيث أن المحكمة ولما قضت على النحو السالف بيانه فإنها تكون والحال ما ذكر قد أوهنت قرارها بضعف في التعليل وتكون بذلك قد خرقت أحكام الفصل 187 من م. ج. المشار إليه وأضحى بذلك حريا بالنقض.

وحيث اقتضى الفصل 270 من م. ا. ج. إذا لم يكن الطعن مقدما من ممّثل النيابة العمومية فلا ينقض الحكم إلا بالنسبة إلى من قدم الطعن ما لم تكن الأوجه التي بني عليها النقض تتصل بغيره ممن شملتهم القضي،ة وفي هذه الحالة يُحكم بالنقض بالنسبة إليهم أيضا ولو لم يقدموا طعنا.

وحيث وطالما أن النقض تسلط على أصل التهمة إضافة إلى وجود ترابط في الأفعال بين المظنون فيهم فإنه يتجه سحب النقض على غير الطاعنين المشار إليهما.

لذا ولهذه الأسباب؛

فإن الادعاء العام يطلب من جناب الدائرة رفض مطلب التعقيب المقدم من م. م. شكلا وقبول باقي المطالب من هذه الناحية وفي الأصل بنقض القرار المطعون فيه والإحالة.

حرر في 1/ 11/ 2019

المدعي العام

نبيل غرس الله»

طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 01201 ـ تعديل بين الحكام: تحديد الاختصاص الموضوعي للمحاكم العسكرية

«حيث تبين من الاطلاع على أوراق القضية أن وقائعها تتمثل في تولي المتهمين المدنيين م. م. وم. ز. بمعية آخرين ظلوا مجهولين بتاريخ 18/ 12/ 2017 و حوالي الساعة التاسعة ليلا على مقربة من القاعدة العسكرية بباجة، تولوا اعتراض طريق المتضررين الثلاثة وهم الجنود س. ق. وع. ع. و ص. ت. اللذين كانوا مرتدين لأزيائهم المدنية بصدد الإلتحاق بعملهم بالقاعدة المذكورة، ودون سابق معرفة أو أسباب واضحة، اعتدوا على اثنين منهم بالعنف بواسطة سلاح أبيض ورشقهم بالحجارة متسببين لهما في أضرار بدنية استوجبت الإسعاف و الراحة و العلاج.

و حيث و بعد التأمل في الحكمين الصادرين بعدم الاختصاص واللذين اتصل بهما القضاء تبين أن الحكم الأول رأى عدم اختصاصه بناء على ما ثبت من أوراق الملف من أن العسكريين المتضررين كانوا مباشرين لعملهم بتاريخ الواقعة و

بصدد العودة إلى مقر عملهم بالثكنة العسكرية بباجة الأمر الذي يجعل المحكمة العسكرية هي المختصة بناء على الفقرة السابعة من الفصل 5 من جهة المرافعات و العقوبات العسكرية.

و أن الحكم الثاني قضى بالتخلي بناء على أن الاعتداء الصادر عن المتهمين قد حصل لما كان المتضرران مرتديين للزّيّ المدني و قبل انتهاء ، حصتهما و لم يكونا مباشرين لعملهما، مما يجعل من المحاكم العدلية هي المختصة بناء على أحكام الفصل 5 من مجلة المرافعات و العقوبات العسكرية.

و حيث أنه و لحسم النزاع المتعلق بمرجع النظر فإنه لا بد من الرجوع إلى الأحكام القانونية المنظمة لقواعد الاختصاص الحكمي و ذلك ما إذا كانت وقائع قضية الحال راجعة بالاختصاص إلى القضاء العدلي الذي هو الأصل، أم إلى القضاء العسكري الذي هو الاستثناء، و ذلك باعتماد صفات المتهمين والمتضررين وظروف الواقعة.

و حيث نص الفصل 5 من مجلة المرافعات و العقوبات العسكرية في الحالة السابعة منه على ما يلي:

«**تختص المحاكم العسكرية في :**

1-...

.

.

7- **جرائم الحق العام المرتكبة ضد العسكريين أثناء مباشرتهم للخدمة أو بمناسبتها.**»

و حيث يتبين من النص المذكور أن جرائم الحق العام المرتكبة من مدنيين وضد عسكريين، كما هو الحال في قضية الحال، لا ترجع بالنظر إلى المحاكم العسكرية ولا تدخل ضمن اختصاصها الحكمي إلا بتحقق أحد شرطين اثنين وهما أن تكون حاصلة أثناء مباشرتهم للخدمة أو بمناسبتها.

وحيث و لئن كان شرط حصول الجريمة أثناء مباشرة المعتدى عليهم للخدمة غير مطروح في قضية الحال لكونها حصلت قبل انتهاء حصة راحتهم وخارج الثكنة العسكرية ، فإن الشرط الثاني وهو أن تكون الجريمة قد تسلطت على العسكريين بمناسبته الخدمة هو الذي قد يستوجب الوقوف عنده حتى يستبين الأمر بشأنه.

وحيث أن ظاهر عبارة «بمناسبتها» ، أي بمناسبة الخدمة، الواردة بالحالة السابعة من الفصل 5 من مجلة المرافعات و العقوبات العسكرية قد ينصرف بالذهن إلى المفهوم اللغوي العام للعبارة الذي مقتضاه أن الظرف الذي حصلت فيه الجريمة ما كان ليكون للعسكري المتضرر أن يكون متواجدا فيه لولا خدمته العسكرية، وهو فهم من شأنه أن يؤدي إلى امتداد اختصاص القضاء العسكري إلى جل ما قد يتسلط على العسكريين من جرائم حتى ولو كانت في أمكنة مخصصة للتجارة أو للترفيه وخارج أوقات العمل، في حين أن الغاية من العبارة المذكورة، وهي «بمناسبتها» الواردة بالحالة السابقة من الفصل المذكور إنما تقتضي فهما، بوصفها استثناء، على النحو الضيق و الدقيق الذي يقتضيه الاستثناء، وهو أن الجرائم الواقعة ضد العسكريين ترجع بالنظر حكميا إلى القضاء العسكري متى كانت أسباب و دوافع و ملابسات ارتكابها مرتبطة بخدمة المعتدى عليه العسكرية، بحيث لم تكن لتتسلّط عليه لولا خدمته و مهامه العسكرية. وهو أمر بديهي إذ أن الصفة العسكرية، في هاته الصورة، قد أضحت مرتبطة بالجريمة فضلا على أن البحث فيها من طرف القضاء العسكري هو أنفع و أولى لما له من إمكانية معرفة خفايا مهامّ العسكري المعتدى عليه، مع ضمان الحفاظ ،في نفس الوقت، على ما قد يحصل الإطلاع عليه من أسرار عسكرية.

و حيث و على ذلك الأساس، وطالما أن الأفعال موضوع التتبع التي تسلطت على العسكريين المتضررين، لم تكن حاصلة أثناء مباشرتهم لخدمتهم العسكرية، لا ارتباط لها بتلك الخدمة، فإنها لا ترجع بالنظر إلى القضاء العسكري، و بات الاختصاص بالنظر فيها راجعا في رأينا إلى القضاء العدلي.

و حيث ترتب عن ذلك وجوب إبطال قرار ختم البحث عـ2019/ 05/ 3ـدد الصادر في 30/ 01/ 2019 عن السيد قاضي التحقيق الأول بالمحكمة الابتدائية بباجة، إحالة الملف على وكالة الجمهورية لدى المحكمة المذكورة لمواصلة البحث التحقيقي.

لهاته الأسباب؛

فإن الإدعاء العام يطلب من جناب الدائرة قبول مطلب التعديل شكلا و أصلا و إبطال قرار ختم البحث عـ2019/ 05/ 3ـددالصادر في 30/ 01/ 2019 عن السيد قاضي التحقيق الأول بالمحكمة الابتدائية بباجة، إحالة الملف على وكالة الجمهورية لدى المحكمة المذكورة لمواصلة البحث التحقيقي.

المنتصر بن صفطه

و حرر في 26/ 11/ 2019»

طلبات الإدعاء العام في القضية عدد 424 ـ خطأ بيّن: التبليغ بمقر المحامي

«حيث يعيب الطاعن على القرار المخدوش فيه الوقوع في الخطأ البين لما قضى برفض مطلب التعقيب شكلا استنادا إلى وقوع تبليغ مستندات التعقيب لمن لا صفة له وهو محامي المعقب ضده، والحال أن هذا الأخير هو الذي نابه في الطور الإستئنافي ثم قام بالإعلام بالحكم الاستئنافي في حق منوبه وتعيين عنوانه فيه، ولم يتضمن الحكم الإستئنافي لعنوان المستأنف ضده (المعقب ضده) إضافة إلى أنه وقع تبليغ مستندات التعقيب إلى المحامي المذكور ولم يرفض تسليمها بما يعني أنه واصل التصرف في حق منوبه بما يجعل إجراءات التبليغ سليمة ويطلب لذلك قبول تصحيح الخطأ البين وإبطال القرار المطعون فيه والإذن بإعادة نشر القضية.

وحيث اقتضت أحكام الفصل 191 من م. م. م. ت. أنه يعتبر الخطأ بينا:

1/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

2/ متى شارك في القرار من سبق له النظر في الموضوع.

وحيث ينضوي مطلب الحال تحت الصورة الأولى الواردة بالفصل المذكور، وهي انبناء قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

وحيث استقر فقه قضاء الدوائر المجتمعة أن الخطأ البين هو الذي يجمع عليه كل ذي مسكة من عقل سليم أنه من قبيل الغلط. وينحصر أساسا في الأغلاط المادية الناتجة عن السهو أو الغفلة وما شاكلهما وكانت سبب القضاء بالرفض شكلا.

وحيث تبين بالرجوع إلى القرار الإستئنافي الصادر بين الطرفين بتاريخ 13 جوان 2017 عن استئناف القصرين أنه لم يقع التنصيص على عنوان المستأنف ضده بل ذكر مباشرة أن نائبه الأستاذ أ. م. المحامي بالقصرين.

كما تبين أن الأستاذ أ. م. تولى توجيه محضر الإعلام بالحكم المذكور إلى المعقبة وذلك في حق منوبه المستأنف ضده م. س. ودون ذكر عنوانه بل ذكر عنوان مكتبه، والذي بناء عليه تولت المعقبة الطعن في الحكم المذكور، وتولت لذلك توجيه مستندات التعقيب إلى الأستاذ أ. م. كمحل مخابرة للمعقب ضده وقد تسلم المحامي محضر التبليغ مع ما صاحبه، وهو ما اعتبرته المحكمة خللا إجرائيا وتبليغ لمن لا صفة له في القبول.

وحيث أن قضاء المحكمة على ذلك النحو يكون غلطا واضحا بينا باعتبار أن الحكم المطعون فيه لم يتضمن عنوان المستأنف ضده وأن التبليغ إلى محاميه الذي تسلم النظير كان بناء على تولي المستأنف ضده ذات الإعلام بالحكم دون تضمين عنوانه من جديد بل تضمين محضر الإعلام عنوان محاميه فقط بما يجعل قرينة الفصل 68 من م. م. م. ت. قائمة في حق المعقب ضده ومكتب محاميه بناء عليه محل مخابرة له ضمنيا، وهي وإن كانت قرينة بسيطة إلا أنه لم يتضمن الملف ما يدحضها.

وتبعا لذلك يكون قرار الرفض شكلا قد انبنى على غلط واضح وخطأ بين من المحكمة مما يستوجب تلافيه وتصحيحه والإذن بمواصلة النظر في القضية في الأصل من طرف الدائرة المتعهدة.

لـــــذا، نطلب من جناب الدوائر المجتمعة قبول مطلب التصحيح شكلا وأصلا وإبطال القرار المطعون فيه والإذن بإرجاع القضية إلى الدائرة المتعهدة لمواصلة النظر في الأصل مع الإعفاء.

وحـــــرر في 18 جانفي 2019

المدعي العام سارة بوطبة»

طلبات الإدعاء العام في القضية 92431 92569 92713 92785 – قانون جزائي: مفهوم العصابة

«عن مجمل المطاعن لاتحاد القول فيها:

حيث استند الطعن في قضية الحال حول مدى وقوع الجرم المقترف من المتهم في إطار عصابة من عدمه وأن الحكم المنتقد لما قضى بثبوت تهمة الإنخراط في عصابة كان في غير طريقه .

وحيث اقتضى الفصل 6 من قانون 18/ 5/ 1992 مؤاخذة كل من كون أو أدار أو انخرط أو شارك في إحدى العصابات سواء كانت موجودة داخل البلاد أو خارجها لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون داخل البلاد أو كان يعمل لحسابها أو يتعاون معها بأي طريقة قانونية ولو بدون مقابل.

وحيث لم يعرّف القانون المشار إليه مفهوم العصابة وقد استقر فقه القضاء على أن العصابة هي تنظيم يتكون من أكثر من شخصين تحت إشراف شخص معين ويوزعون الأدوار فيما بينهم توزيعا دقيقا.

وحيث أن تقدير مدى وقوع الفعل في عصابة من عدمه هو أمر موضوعي راجع نظرها إلى محكمة الموضوع ولا سلطان لمحكمة التعقيب عليها بشرط تعليل رأيها تعليلا مستساغا بما له أصل ثابت بالملف دون تحريف للوقائع طبق احكام الفصلين 150 و168 م ا ج.

وحيث أن القول بوجود عصابة لا يقتضي بالضرورة أن يتم كشف كافة افرادها وبيان كافة المخططات التي تقوم بها وإنما يجوز أن يبقى بعض عناصرها أو قياداتها أو أعمالها مخفية ولا يتوصل البحث عن الكشف عنها كليا باعتبار أن من كنه مفهوم العصابة تستر بعض أفرادها ضمن هويات مزيفة وتستر من وقع الكشف عنه عن باقي الأفراد. فالعبرة إذن هو في طريقة العمل الإجرامي؛ إما فردي أو جماعي منظم.

وحيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتضح أن المحكمة استعرضت جميع الوقائع ووقفت على جملة السماعات ثم وازنت بين أدلة البراءة وأدلة الإدانة

وعللت رأيها تعليلا مستساغا كما يجب دون تحريف للوقائع أو خرق للقانون مستندة في ثبوت تهمة العصابة إلى وجود مجموعة أحد أطرافها في الخارج وهو المدعو ف. ع. وهو صاحب المادة ومن يتكفل بإرسالها مستغلا في ذلك المدعو ف. ف. والذي ثبت جهله. وبوصول المادة إلى تونس يتلقاها المتهم ن. وح. ويتم التصرف فيها بالبيع بكميات هامة. ومن بين المشترين المتهمة ر. إضافة إلى آخرين لم يقع الكشف عليهم إضافة إلى أن المحكمة استندت إلى معطى هام في الملف وهو أن كمية المادة المخدرة كانت في حجم هام وقد تعددت العمليات وهي قرينة قوية على أن هذا الجرم لم يكن مجرد عمل فردي أو ثنائي بقدر ما هو عمل في إطار شبكي منظم عبر الدول.

وحيث وعلى خلاف ما تمسك به الأستاذ ش. ع. في مستندات طعنه فإن تبرئة المتهم ف. من الجرم المنسوب إليه لا تأثير له على قيام التهمة في حق البقية طالما لم تقم الحجة الكافية على علمه بأن المادة التي يتولى نقلها هي مادة مخدرة والحال ثبت العلم في حق المعقبين بكون ما قدما لتسلمه هي تلك المادة.

وحيث إن النتيجة المتوصل إليها انبت والحال ما ذكر على اجتهاد محض.

وحيث أضحى بذلك المطعن المثار من المعقب في غير طريقه لكونه كان يرمي إلى مناقشة فهم محكمة الأصل للوقائع وتقدير وسائل الاثبات واستخلاص النتيجة القانونية وهو أمر خارج عن نطاق هذه المحكمة باعتبارها محكمة قانون ولا تنقض اجتهاد باجتهاد طالما جاء مؤسسا على ما له أصل ثابت بالملف واتجه والحال ما ذكر ردّ هذا المطعن.

لذا ولهذه الأسباب؛

فإن الإدعاء العام يطلب من جناب الدائرة قبول مطالب التعقيب شكلا ورفضها أصلا والحجز.

حرر في 3/ 2/ 2020

المدعي العام

نبيل غرس الله»

الجمهورية التونسية

محكمة التعقيب

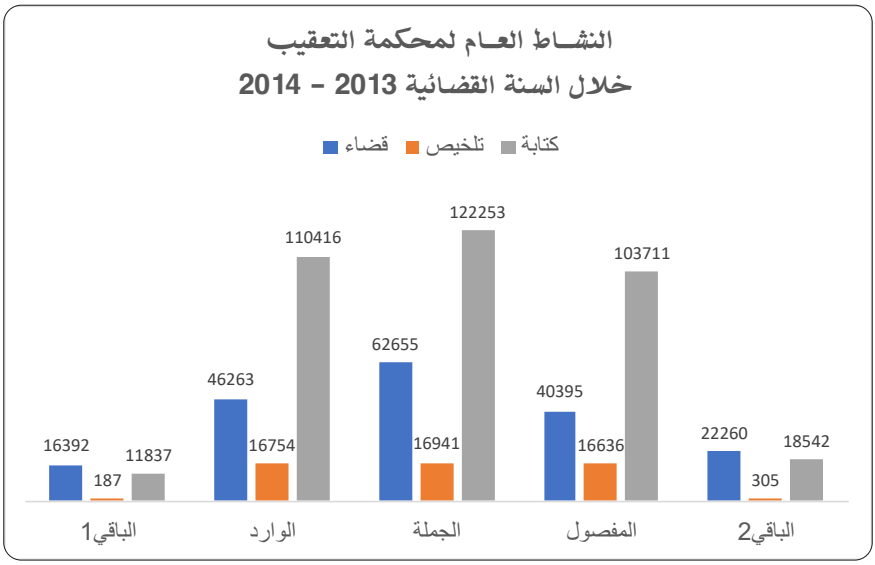
العدل أساس العمران

الكتاب الرابع

معطيات إحصائية

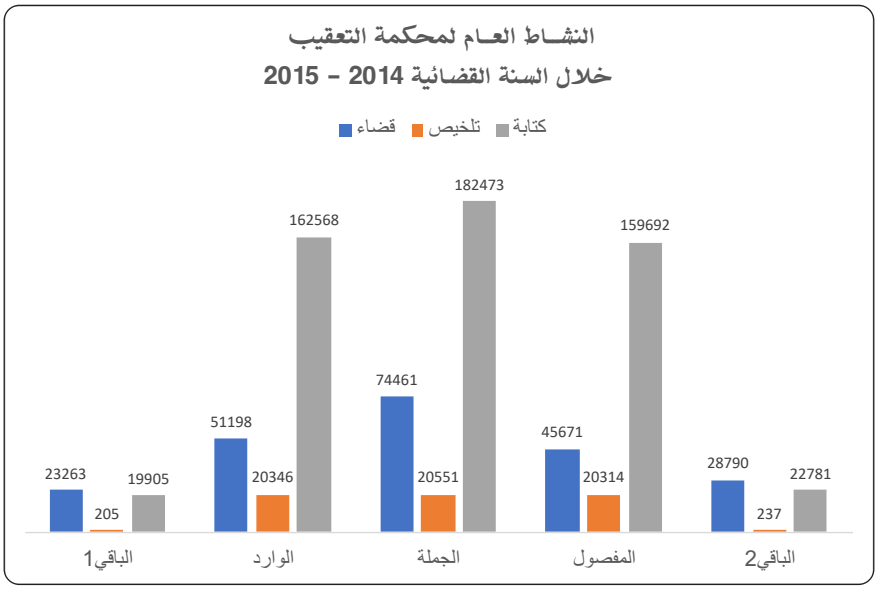
النشـاط العـام لمحكمة التعقيب
خلال السنة القضائية 2013 ـ 2014

النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
قضاء	16392	46263	62655	40395	22260
تلخيص	187	16754	16941	16636	305
كتابة	11837	110416	122253	103711	18542



النشـاط العـام لمحكمة التعقيب
خلال السنة القضائية 2014 ـ 2015

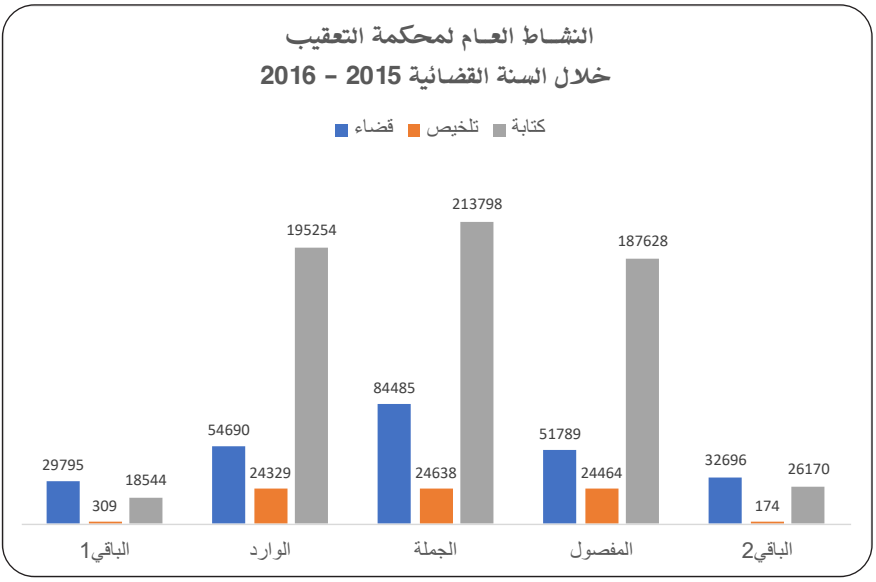
النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
قضاء	23263	51198	74461	45671	28790
تلخيص	205	20346	20551	20314	237
كتابة	19905	162568	182473	159692	22781



النشـاط العـام لمحكمة التعقيب

خلال السنة القضائية 2015 ـ 2016

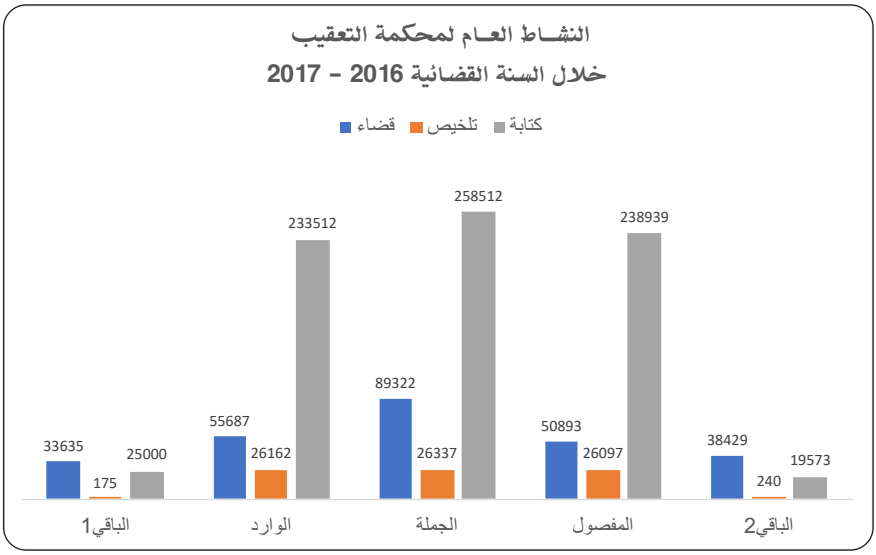
النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
قضاء	29795	54690	84485	51789	32696
تلخيص	309	24329	24638	24464	174
كتابة	18544	195254	213798	187628	26170



النشـاط العـام لمحكمة التعقيب

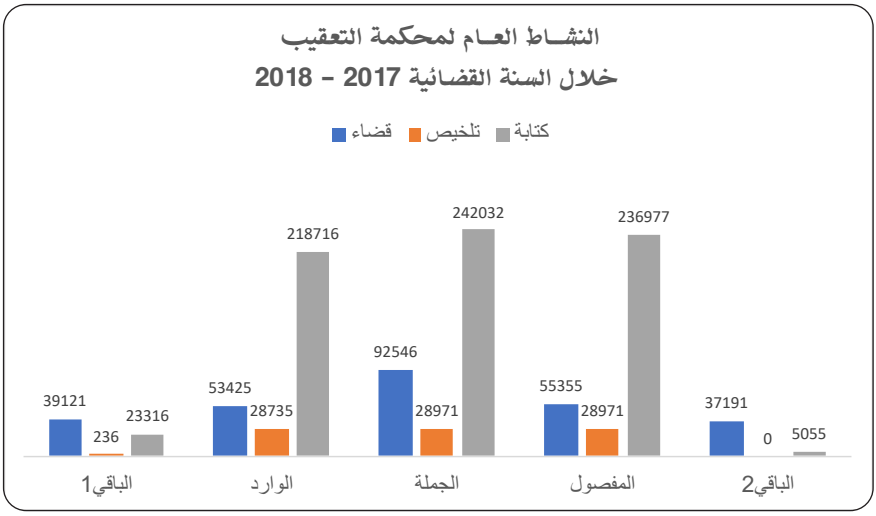
خلال السنة القضائية 2016 ـ 2017

النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
قضاء	33635	55687	89322	50893	38429
تلخيص	175	26162	26337	26097	240
كتابة	25000	233512	258512	238939	19573



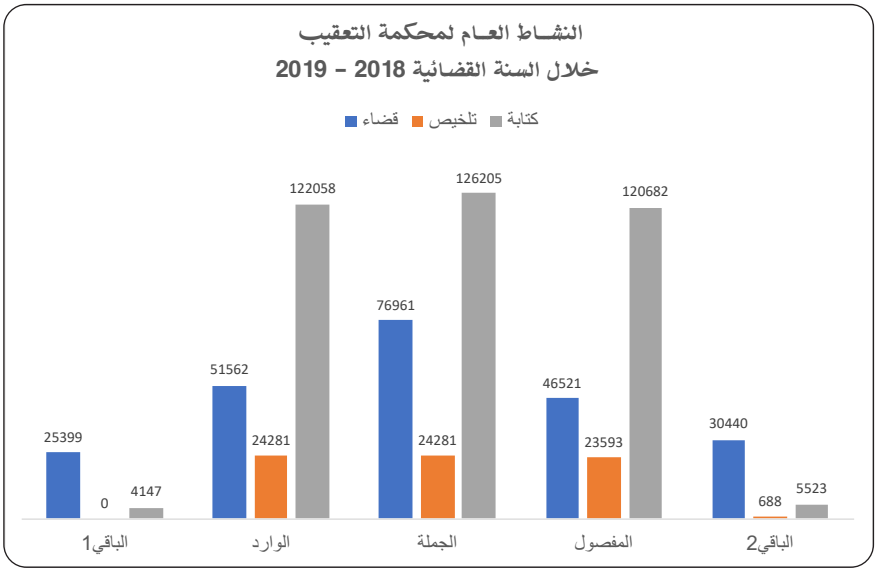
النشـاط العـام لمحكمة التعقيب
خلال السنة القضائية 2017 ـ 2018

النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
قضاء	39121	53425	92546	55355	37191
تلخيص	236	28735	28971	28971	0
كتابة	23316	218716	242032	236977	5055



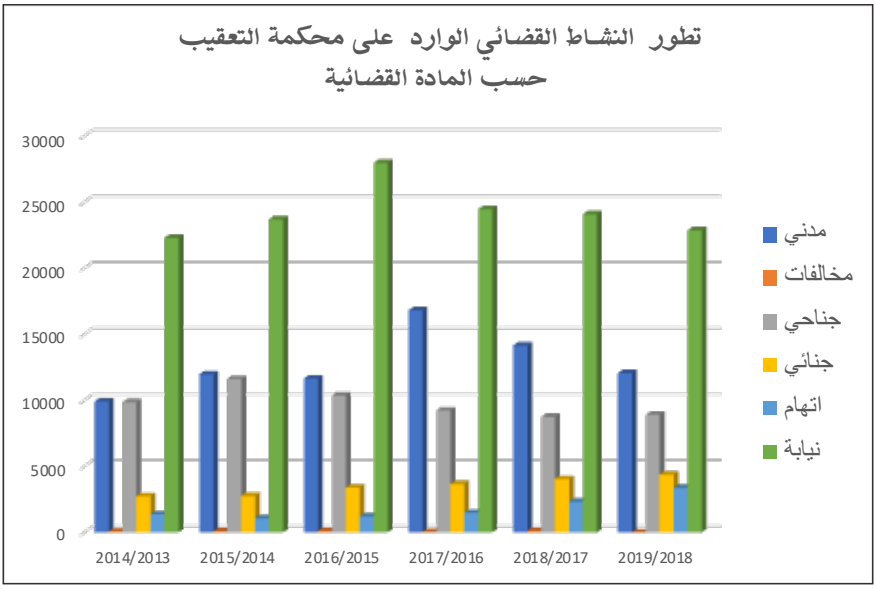
النشـاط العـام لمحكمة التعقيب
خلال السنة القضائية 2018 ـ 2019

النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
قضاء	25399	51562	76961	46521	30440
تلخيص	0	24281	24281	23593	688
كتابة	4147	122058	126205	120682	5523



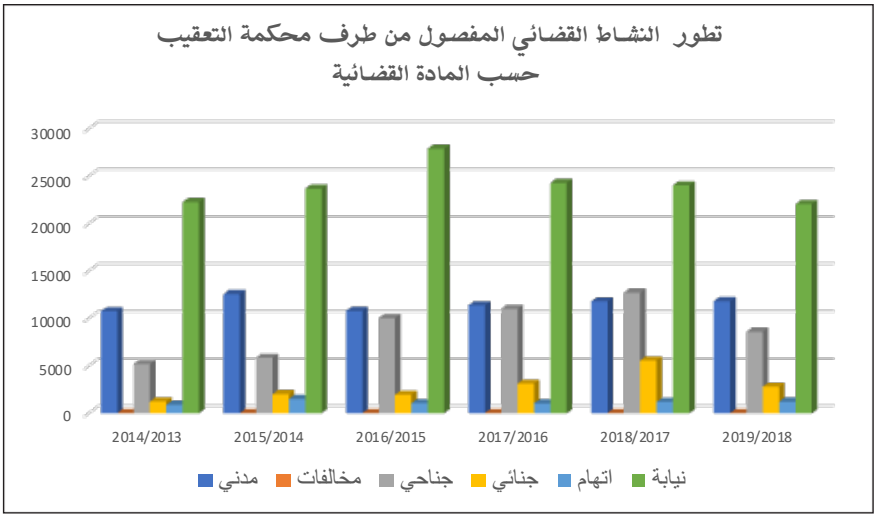
تطور النشاط القضائي الوارد على محكمة التعقيب
حسب المادة القضائية

السنة القضائية	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
مدني	9916	11966	11647	16813	14137	12046
مخالفات	81	87	109	41	108	7
جناحي	9851	11605	10366	9222	8731	8898
جنائي	2749	2766	3391	3661	4041	4390
اتهام	1375	1076	1205	1481	2327	3365
نيابة	22291	23698	27972	24469	24081	22856
المجموع	**46263**	**51198**	**54690**	**55687**	**53425**	**51562**



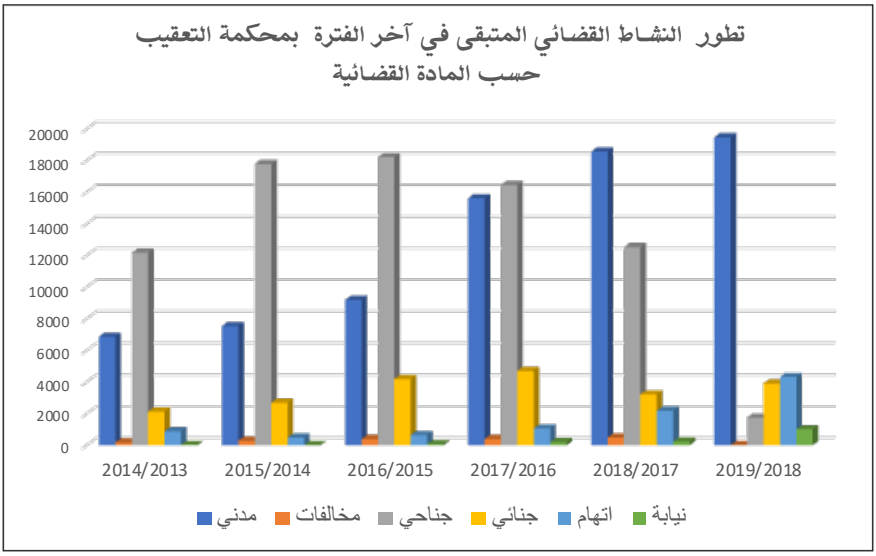
تطور النشاط القضائي المفصول من طرف محكمة التعقيب حسب المادة القضائية

السنة القضائية	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
مدني	10762	12563	10799	11390	11797	11818
مخالفات	20	23	10	15	22	17
جناحي	5196	5859	10050	11010	12720	8594
جنائي	1253	2017	1956	3137	5572	2797
اتهام	894	1511	1069	1049	1208	1234
نيابة	22270	23698	27905	24292	24036	22061
المجموع	**40395**	**45671**	**51789**	**50893**	**55355**	**46521**



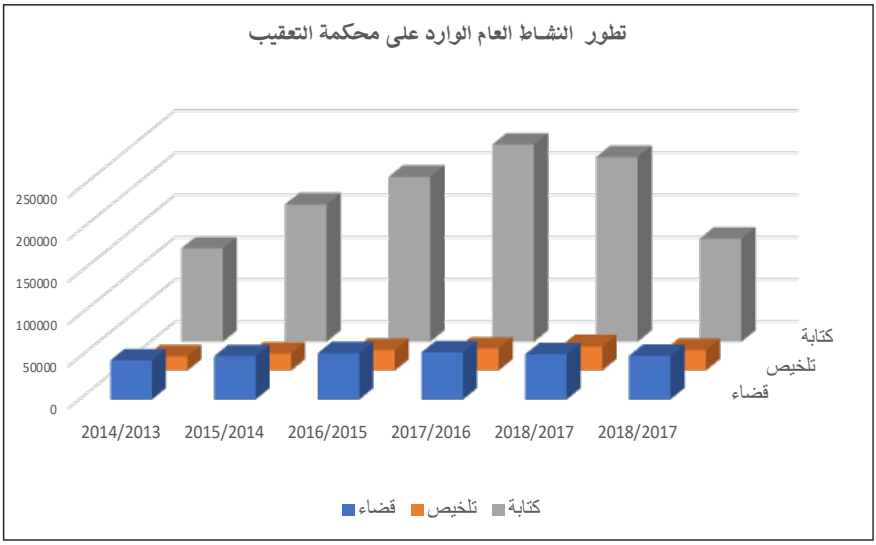
تطور النشـاط القضـائي المتبقى في آخر الفترة بمحكمة التعقيب حسب المادة القضـائية

السنة القضائية	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
مدني	6852	7534	9193	15618	18564	19466
مخالفات	183	296	394	395	481	0
جناحي	12185	17780	18215	16456	12524	1747
جنائي	2131	2693	4188	4702	3215	3908
اتهام	888	487	638	1061	2180	4311
نيابة	21	0	68	197	227	1008
المجموع	**22260**	**28790**	**32696**	**38429**	**37191**	**30440**



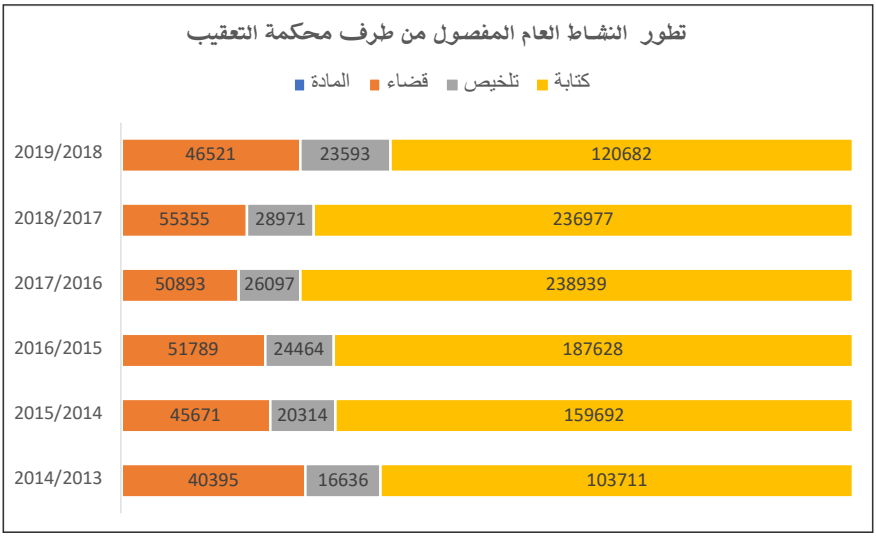
تطور النشـاط العام الوارد على محكمة التعقيب

السنة القضائية / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2018/2017
قضاء	46263	51198	54690	55687	53425	51562
تلخيص	16754	20346	24329	26162	28735	24281
كتابة	110416	162568	195254	233512	218716	122058



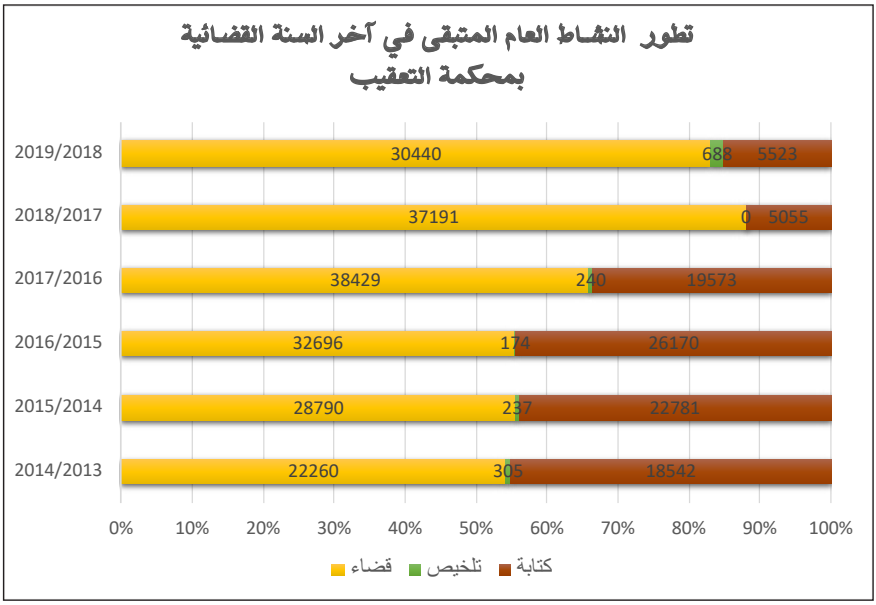
تطور النشـاط العام المفصول من طرف محكمة التعقيب

السنة القضائية / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
قضاء	40395	45671	51789	50893	55355	46521
تلخيص	16636	20314	24464	26097	28971	23593
كتابة	103711	159692	187628	238939	236977	120682



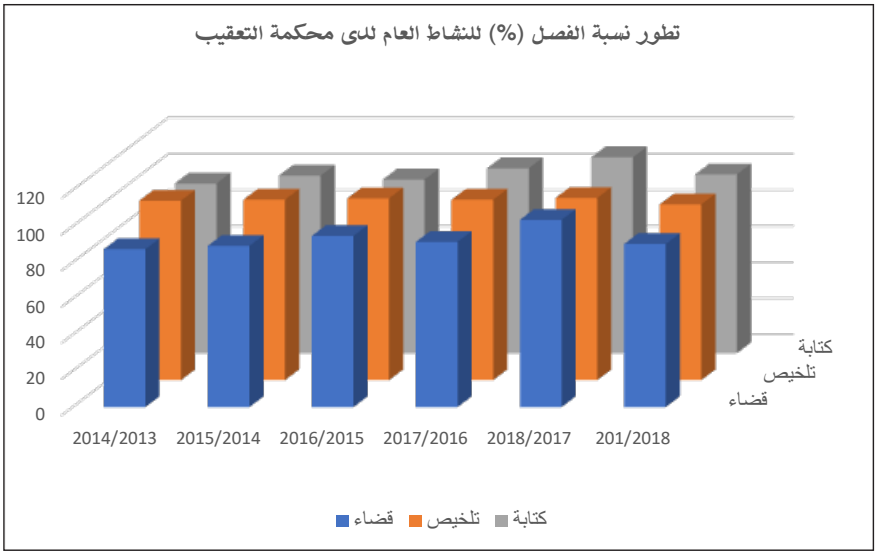
تطور النشاط العام المتبقى في آخر السنة القضائية بمحكمة التعقيب

السنة القضائية / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
قضاء	22260	28790	32696	38429	37191	30440
تلخيص	305	237	174	240	0	688
كتابة	18542	22781	26170	19573	5055	5523



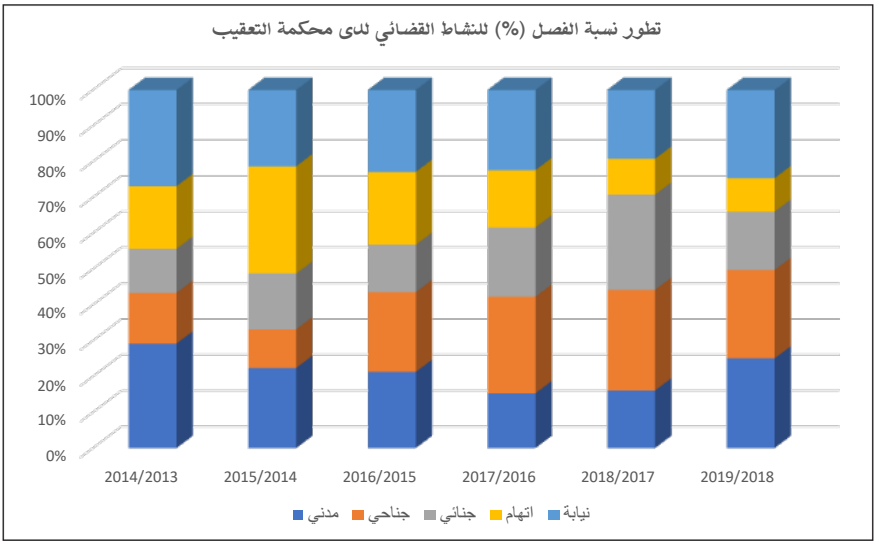
تطور نسبة الفصل (%) للنشاط العام لدى محكمة التعقيب

السنة القضائية	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
قضاء	87,3	89,2	94,7	91,4	103,6	90,2
تلخيص	99,3	99,8	100,6	99,8	100,8	97,2
كتابة	93,9	98,2	96,1	102,3	108,3	98,9



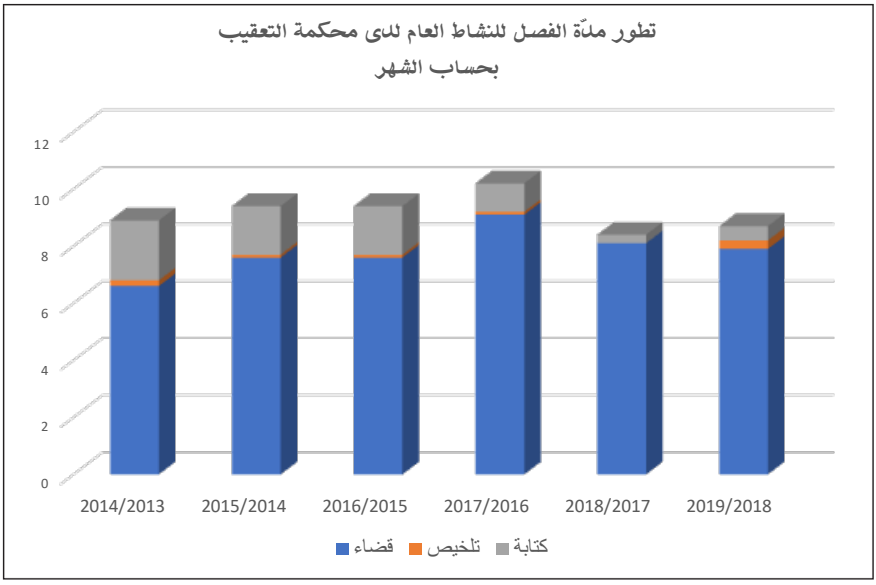
تطور نسبة الفصل (%) للنشاط القضائي لدى محكمة التعقيب

السنة القضائية	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
مدني	108,5	105,0	92,7	67,7	83,4	98,1
جناحي	52,7	50,5	97,0	119,4	145,7	96,7
جنائي	45,6	72,9	57,7	85,7	137,9	63,7
اتهام	65,0	140,4	88,7	70,8	51,9	36,7
نيابة	99,9	100,0	99,8	99,3	99,8	96,5
المجموع	87,3	89,2	94,7	91,4	103,6	90,2



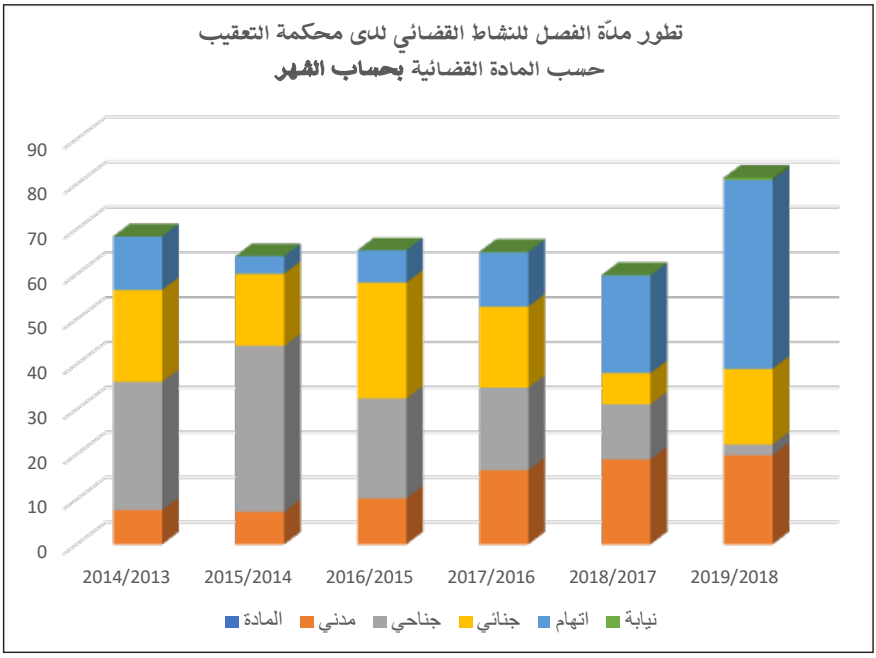
تطور مدّة الفصل للنشاط العام لدى محكمة التعقيب
(بحساب الشهر)

السنة القضائية / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
قضاء	6,6	7,6	7,6	9,1	8,1	7,9
تلخيص	0,2	0,1	0,1	0,1	0,0	0,3
كتابة	2,1	1,7	1,7	1,0	0,3	0,5



تطور مدّة الفصل للنشاط القضائي لدى محكمة التعقيب
حسب المادة القضائية (بحساب الشهر)

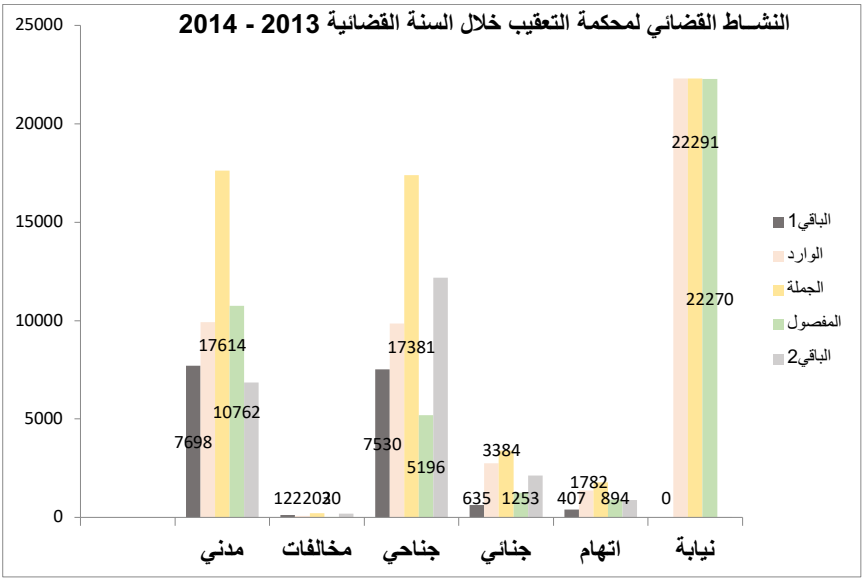
السنة القضائية / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
مدني	7,6	7,2	10,2	16,5	18,9	19,8
جناحي	28,5	36,9	22,2	18,3	12,2	2,4
جنائي	20,4	16	25,7	18	6,9	16,8
اتهام	11,9	3,9	7,2	12,1	21,7	41,9
نيابة	0,01	0	0,02	0,1	0,1	0,5
المجموع	6,6	7,6	7,6	9,1	8,1	7,9



النشاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية

2013 - 2014

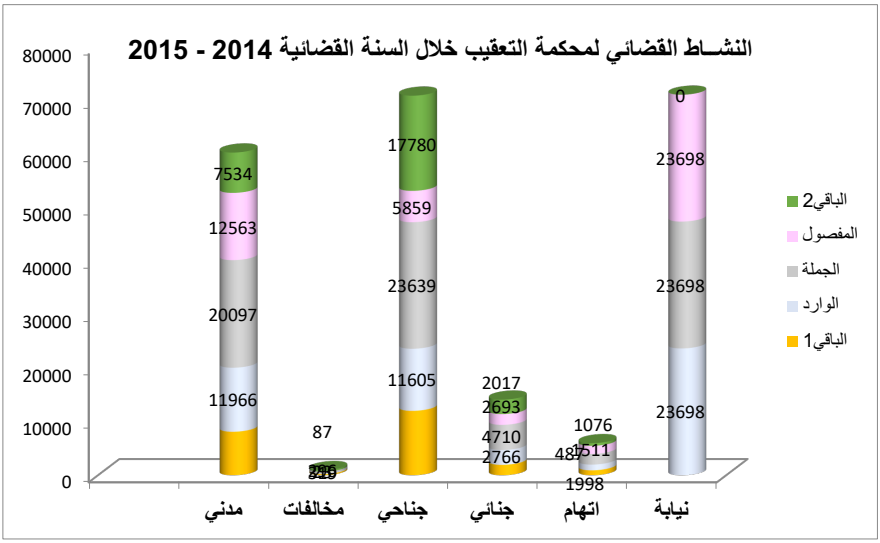
النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
مدني	7698	9916	17614	10762	6852
مخالفات	122	81	203	20	183
جناحي	7530	9851	17381	5196	12185
جنائي	635	2749	3384	1253	2131
اتهام	407	1375	1782	894	888
نيابة	0	22291	22291	22270	21
المجموع	16392	46263	62655	40395	22260



النشاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية

2015 . 2014

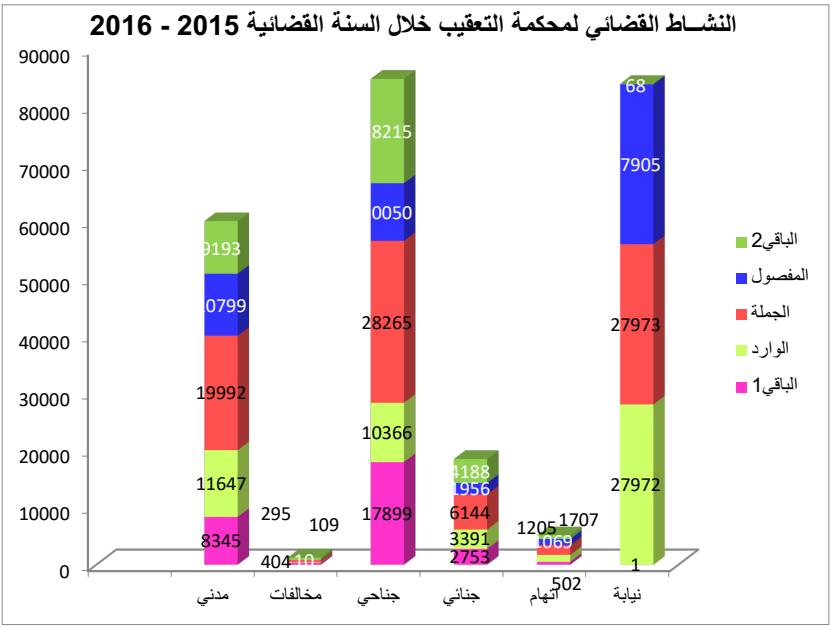
النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
مدني	8131	11966	20097	12563	7534
مخالفات	232	87	319	23	296
جناحي	12034	11605	23639	5859	17780
جنائي	1944	2766	4710	2017	2693
اتهام	922	1076	1998	1511	487
نيابة	0	23698	23698	23698	0
المجموع	**23263**	**51198**	**74461**	**45671**	**28790**



النشاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية

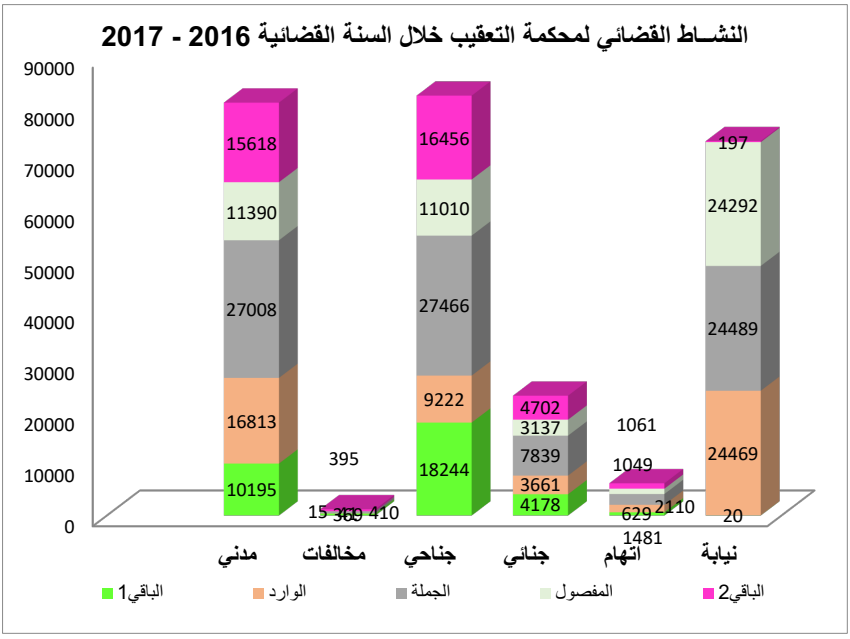
2016 - 2015

النشاط / المادة	الباقي 1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي 2
مدني	8131	11966	20097	12563	7534
مخالفات	232	87	319	23	296
جناحي	12034	11605	23639	5859	17780
جنائي	1944	2766	4710	2017	2693
اتهام	922	1076	1998	1511	487
نيابة	0	23698	23698	23698	0
المجموع	**23263**	**51198**	**74461**	**45671**	**28790**



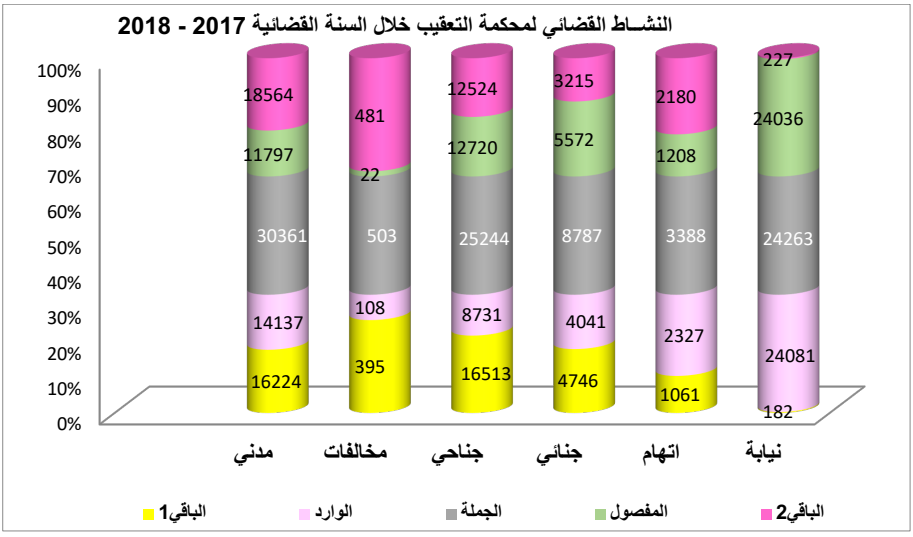
النشــاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية 2016 ـ 2017

النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
مدني	10195	16813	27008	11390	15618
مخالفات	369	41	410	15	395
جناحي	18244	9222	27466	11010	16456
جنائي	4178	3661	7839	3137	4702
اتهام	629	1481	2110	1049	1061
نيابة	20	24469	24489	24292	197
المجموع	33635	55687	89322	50893	38429



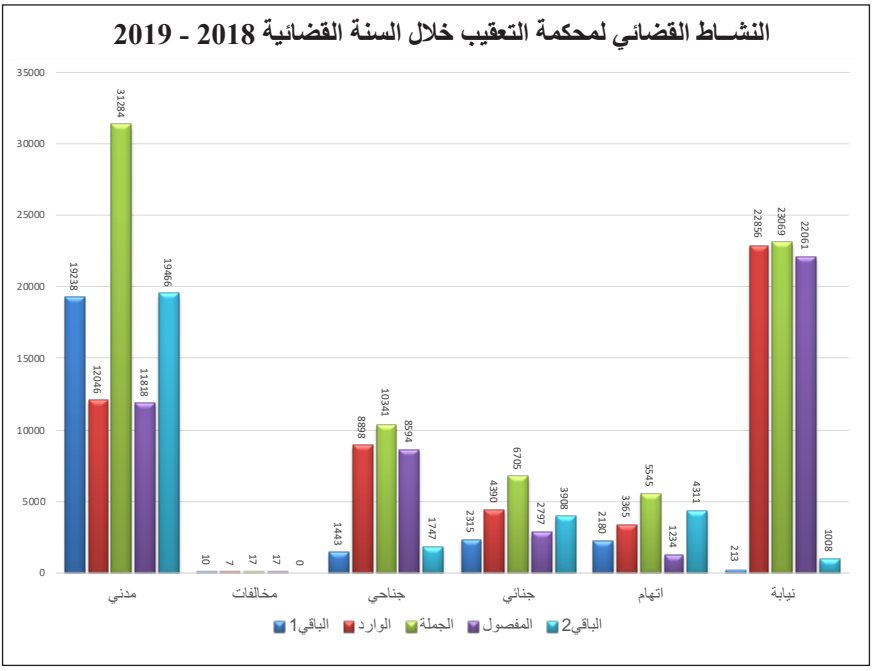
النشــاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية 2017 ـ 2018

النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
مدني	16224	14137	30361	11797	18564
مخالفات	395	108	503	22	481
جناحي	16513	8731	25244	12720	12524
جنائي	4746	4041	8787	5572	3215
اتهام	1061	2327	3388	1208	2180
نيابة	182	24081	24263	24036	227
المجموع	39121	53425	92546	55355	37191



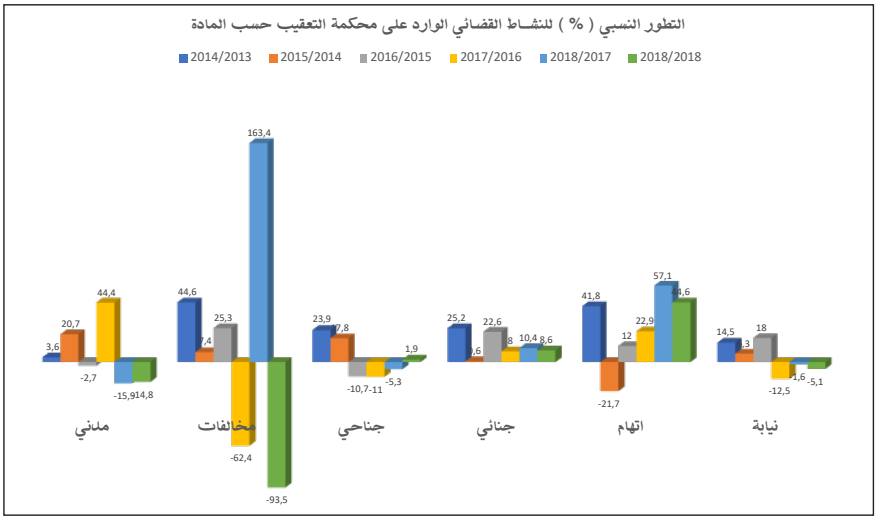
النشــاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية 2018 ـ 2019

النشاط / المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
مدني	19238	12046	31284	11818	19466
مخالفات	10	7	17	17	0
جناحي	1443	8898	10341	8594	1747
جنائي	2315	4390	6705	2797	3908
اتهام	2180	3365	5545	1234	4311
نيابة	213	22856	23069	22061	1008
المجموع	25399	51562	76961	46521	30440



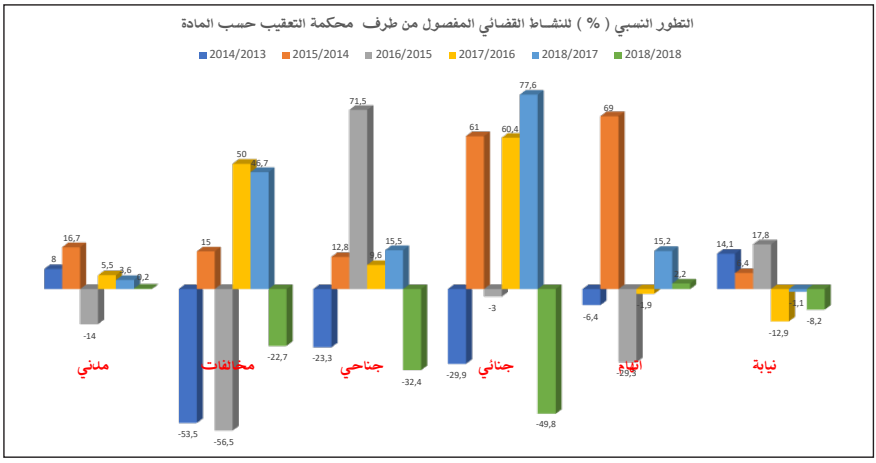
التطور النسبي (%) للنشـاط القضائي الوارد على محكمة التعقيب حسب المادة

السنة / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2018/2018
مدني	3,6	20,7	-2,7	44,4	-15,9	-14,8
مخالفات	44,6	7,4	25,3	-62,4	163,4	-93,5
جناحي	23,9	17,8	-10,7	-11,0	-5,3	1,9
جنائي	25,2	0,6	22,6	8,0	10,4	8,6
اتهام	41,8	-21,7	12,0	22,9	57,1	44,6
نيابة	14,5	6,3	18,0	-12,5	-1,6	-5,1
المجموع	15,1	10,7	6,8	1,8	-4,1	-3,5



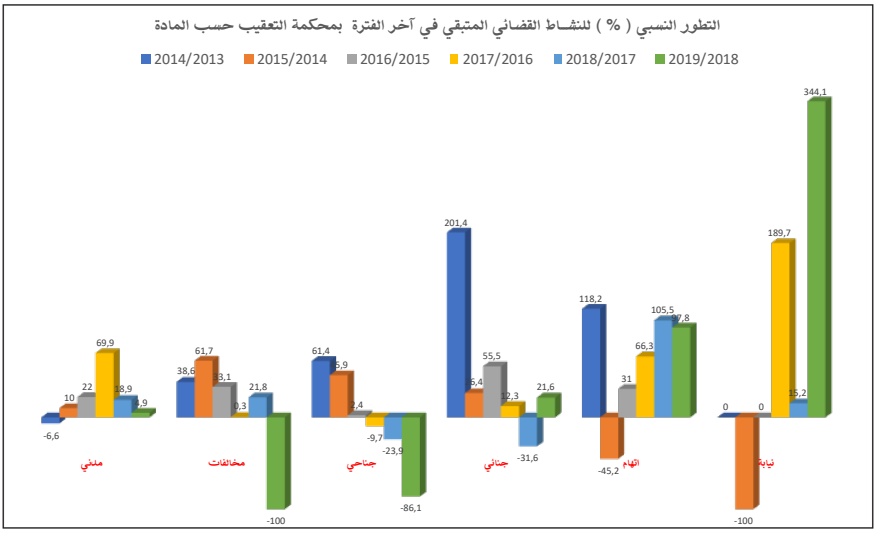
التطور النسبي (%) للنشـاط القضائي المفصول من طرف محكمة التعقيب حسب المادة

السنة / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2018/2018
مدني	8,0	16,7	-14,0	5,5	3,6	0,2
مخالفات	-53,5	15,0	-56,5	50,0	46,7	-22,7
جناحي	-23,3	12,8	71,5	9,6	15,5	-32,4
جنائي	-29,9	61,0	-3,0	60,4	77,6	-49,8
اتهام	-6,4	69,0	-29,3	-1,9	15,2	2,2
نيابة	14,1	6,4	17,8	-12,9	-1,1	-8,2
المجموع	3,4	13,1	13,4	-1,7	8,8	-16,0



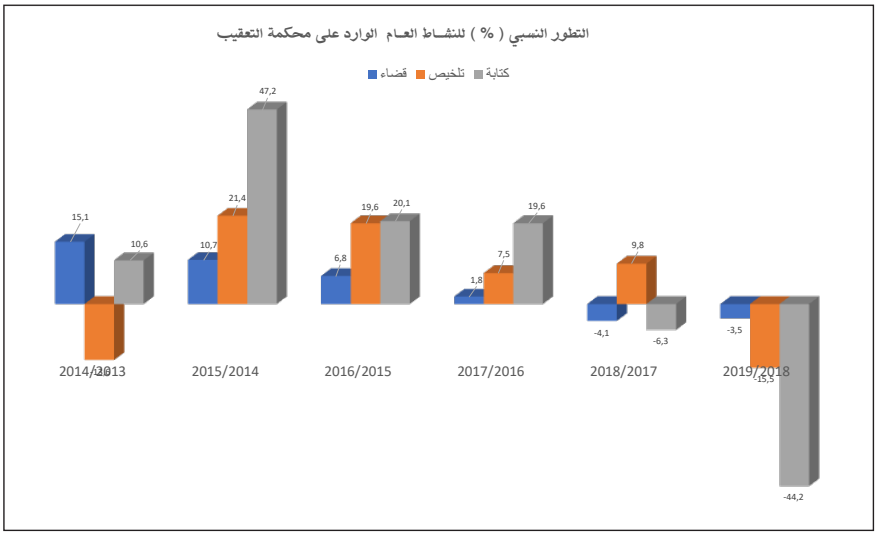
التطور النسبي (%) للنشـاط القضائي المتبقي في آخر الفترة بمحكمة التعقيب حسب المادة

السنة / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
مدني	-6,6	10,0	22,0	69,9	18,9	4,9
مخالفات	38,6	61,7	33,1	0,3	21,8	-100,0
جناحي	61,4	45,9	2,4	-9,7	-23,9	-86,1
جنائي	201,4	26,4	55,5	12,3	-31,6	21,6
اتهام	118,2	-45,2	31,0	66,3	105,5	97,8
نيابة	...	-100,0	...	189,7	15,2	344,1
المجموع	38,0	29,3	13,6	17,5	-3,2	-18,2



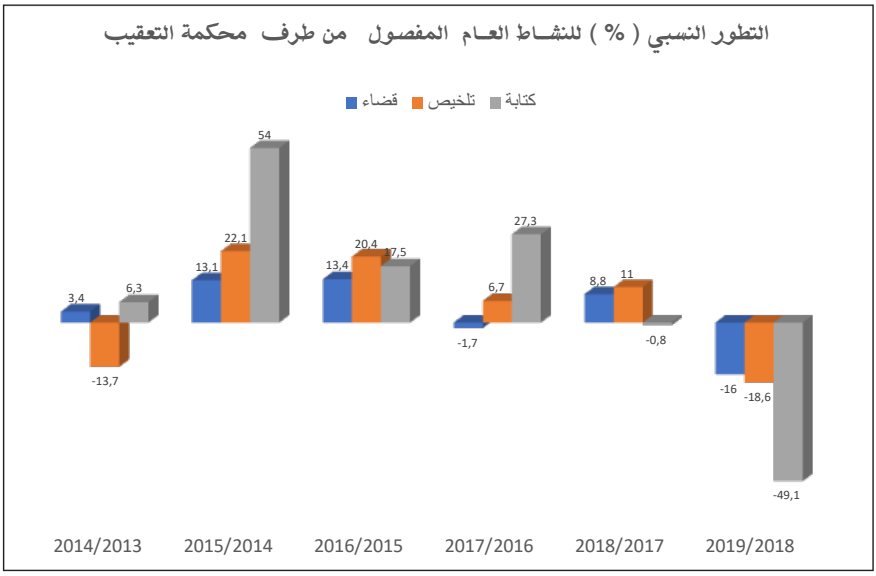
التطور النسبي (%) للنشـاط العـام الوارد على محكمة التعقيب

السنة القضائية / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
قضاء	15,1	10,7	6,8	1,8	-4,1	-3,5
تلخيص	-13,6	21,4	19,6	7,5	9,8	-15,5
كتابة	10,6	47,2	20,1	19,6	-6,3	-44,2



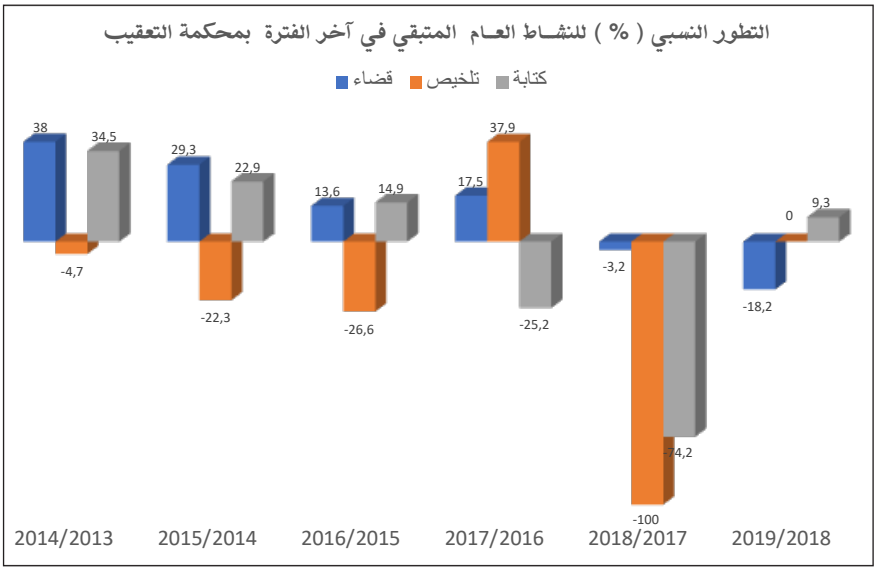
التطور النسبي (%) للنشـاط العـام المفصول من طرف محكمة التعقيب

السنة القضائية / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
قضاء	3,4	13,1	13,4	-1,7	8,8	-16,0
تلخيص	-13,7	22,1	20,4	6,7	11,0	-18,6
كتابة	6,3	54,0	17,5	27,3	-0,8	-49,1



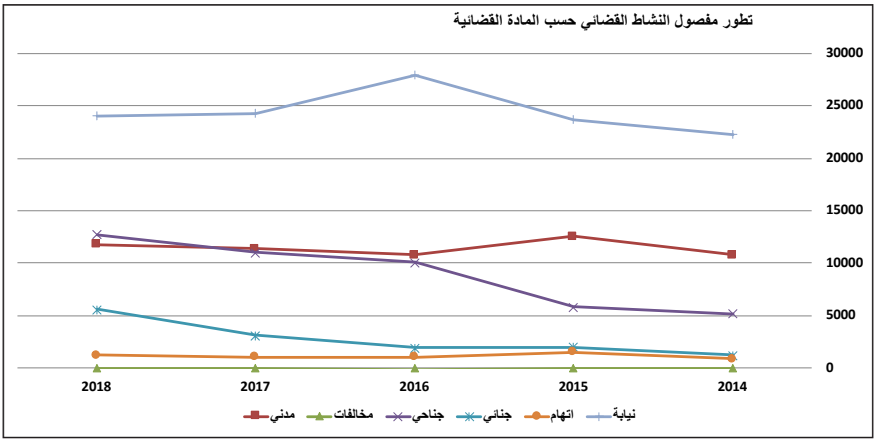
التطور النسبي (%) للنشـاط العـام المتبقي في آخر الفترة بمحكمة التعقيب

السنة القضائية / المادة	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018
قضاء	38,0	29,3	13,6	17,5	-3,2	-18,2
تلخيص	-4,7	-22,3	-26,6	37,9	-100,0	...
كتابة	34,5	22,9	14,9	-25,2	-74,2	9,3



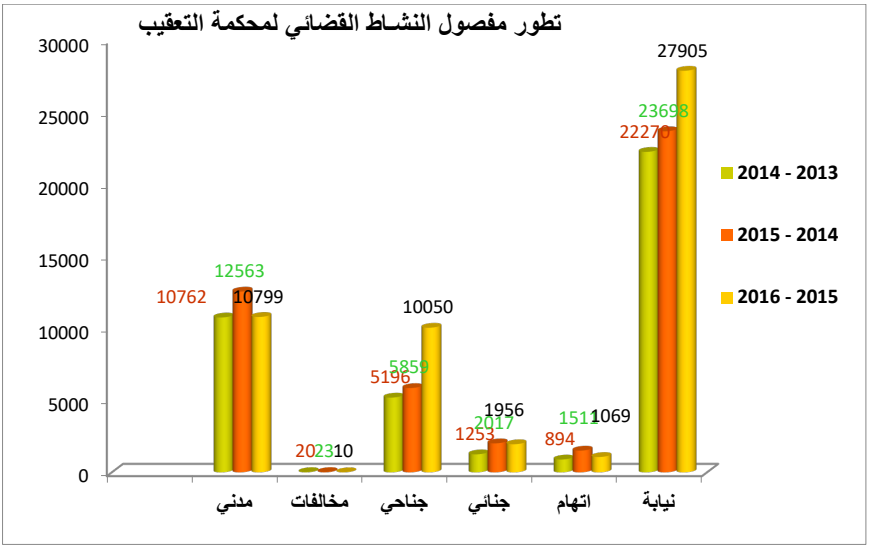
تطور مفصول النشاط القضائي لمحكمة التعقيب

قضاء	2014	2015	2016	2017	2018	2019
مدني	10762	12563	10799	11390	11797	11818
مخالفات	20	23	10	15	22	17
جناحي	5196	5859	10050	11010	12720	8594
جنائي	1253	2017	1956	3137	5572	2797
اتهام	894	1511	1069	1049	1208	1234
نيابة	22270	23698	27905	24292	24036	22061



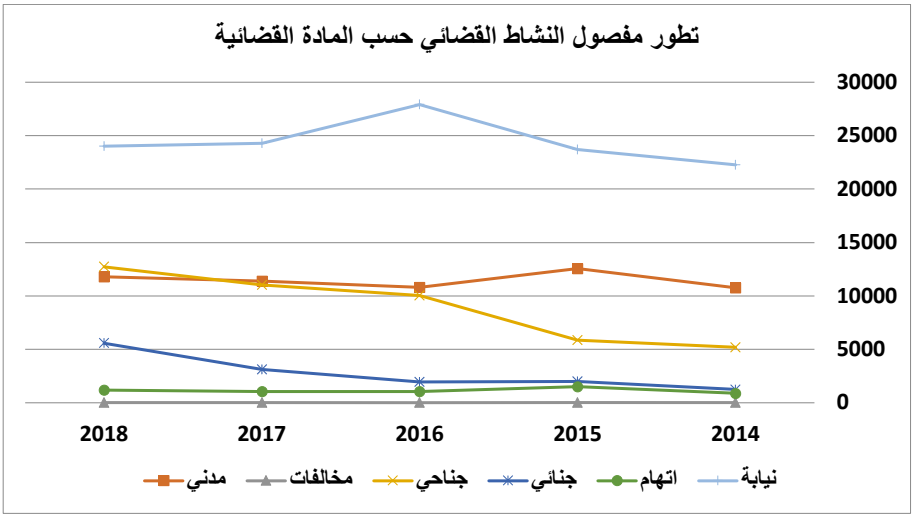
تطور مفصول النشاط القضائي لمحكمة التعقيب

السنة القضائية / المادة	2014 - 2013	2015 - 2014	2016 - 2015
مدني	10762	12563	10799
مخالفات	20	23	10
جناحي	5196	5859	10050
جنائي	1253	2017	1956
اتهام	894	1511	1069
نيابة	22270	23698	27905
المجموع	40395	45671	51789



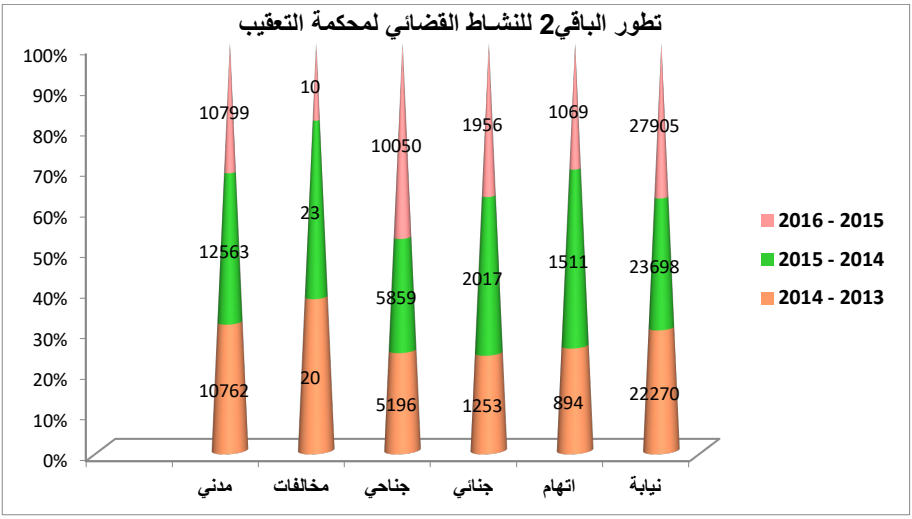
تطور مفصول النشاط القضائي لمحكمة التعقيب

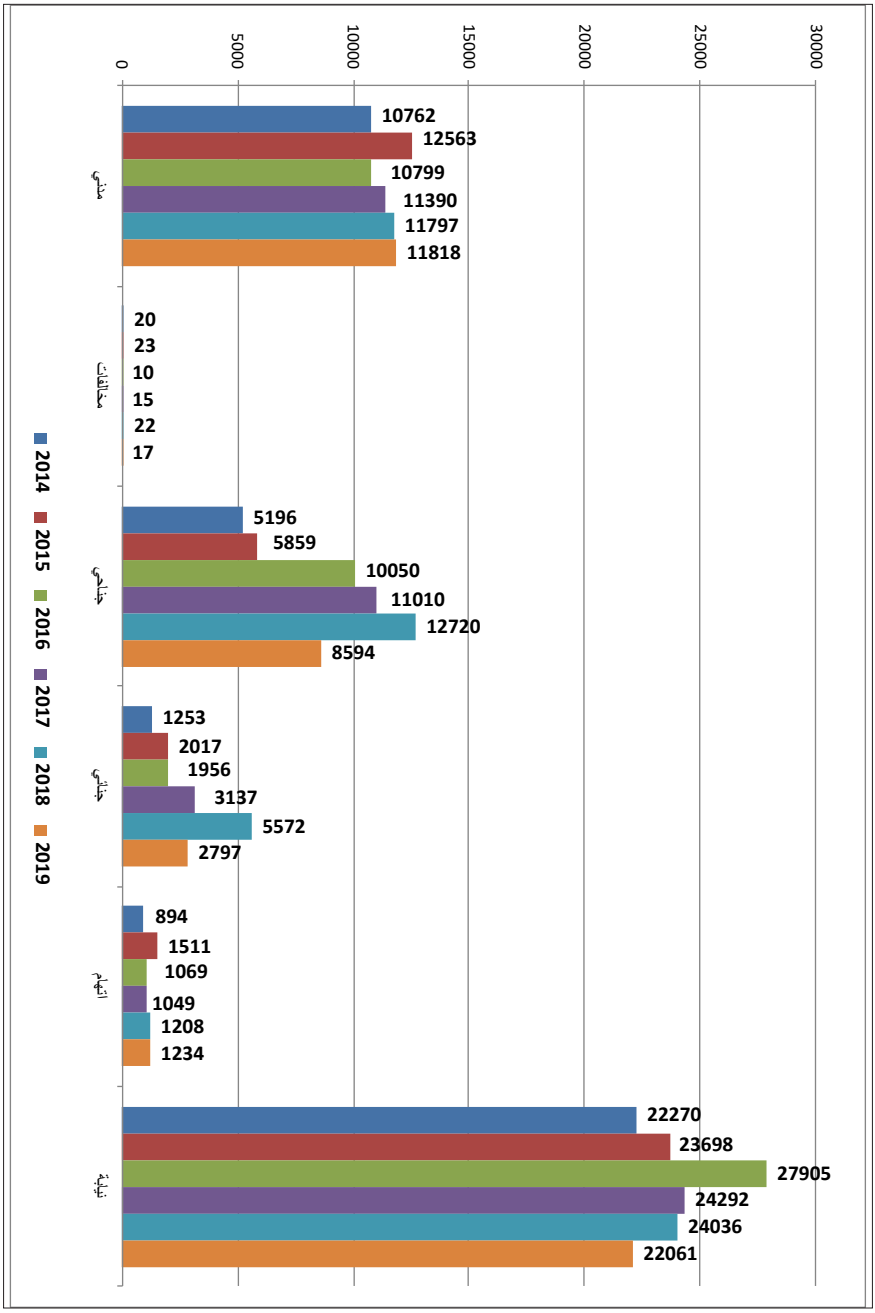
قضاء	2014	2015	2016	2017	2018	
مدني	10762	12563	10799	11390	11797	
مخالفات	20	23	10	15	22	
جناحي	5196	5859	10050	11010	12720	
جنائي	1253	2017	1956	3137	5572	
اتهام	894	1511	1069	1049	1208	
نيابة	22270	23698	27905	24292	24036	



تطور الباقي 2 للنشـاط القضـائي لمحكمة التعقيب

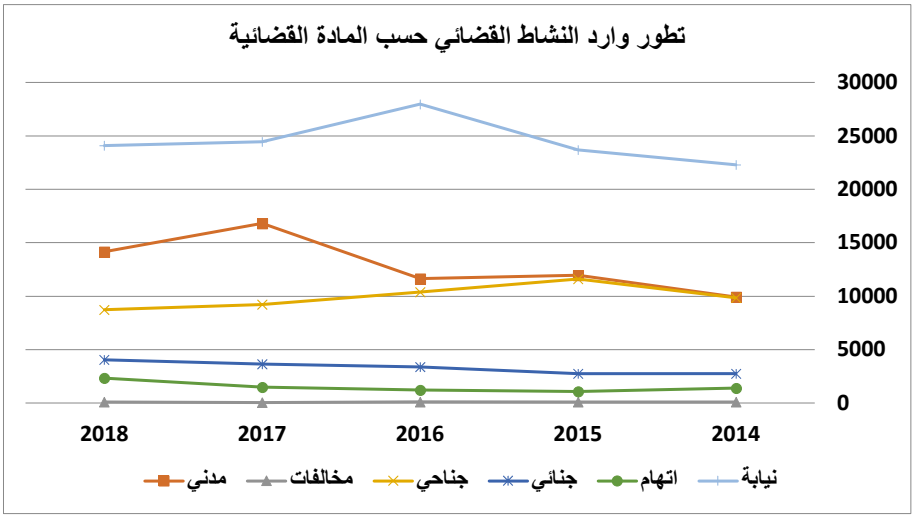
السنة القضائية / المادة	2014 - 2013	2015 - 2014	2016 - 2015
مدني	10762	12563	10799
مخالفات	20	23	10
جناحي	5196	5859	10050
جنائي	1253	2017	1956
اتهام	894	1511	1069
نيابة	22270	23698	27905
المجموع	40395	45671	51789



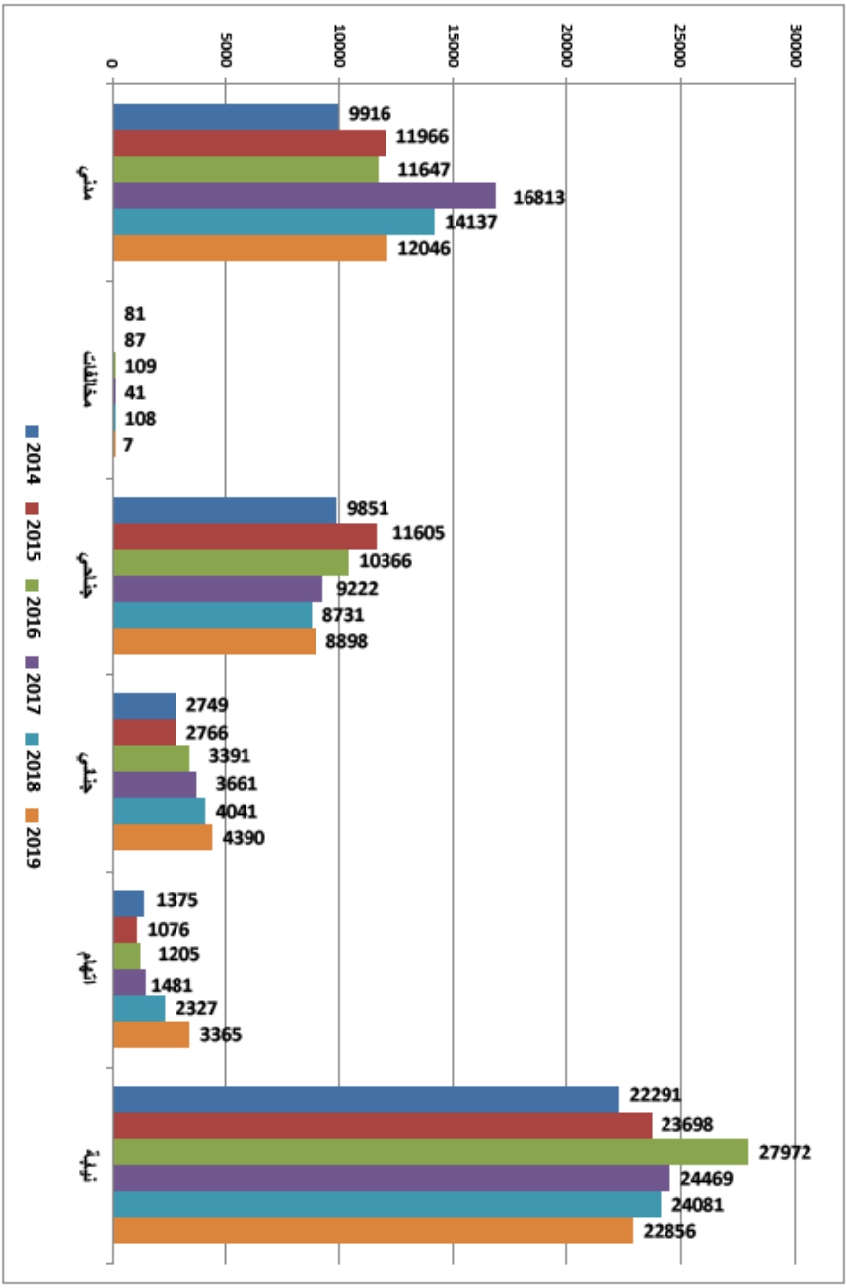

30000
25000
20000
15000
10000
5000
0
10762
12563
10799
11390
11797
11818
مدني
20
23
10
15
22
17
مخالفات
5196
5859
10050
11010
12720
8594
جناحي
1253
2017
1956
3137
5572
2797
جنائي
894
1511
1069
1049
1208
1234
التهام
22270
23698
27905
24292
24036
22061
نيابة
2014
2015
2016
2017
2018
2019

تطور وارد النشاط القضائي حسب المادة القضائية

قضاء	2014	2015	2016	2017	2018
مدني	6852	7534	9193	15618	18564
مخالفات	183	296	394	395	481
جناحي	12185	17780	18215	16456	12524
جنائي	2131	2693	4188	4702	3215
اتهام	888	487	638	1061	2180
نيابة	21	0	68	197	227

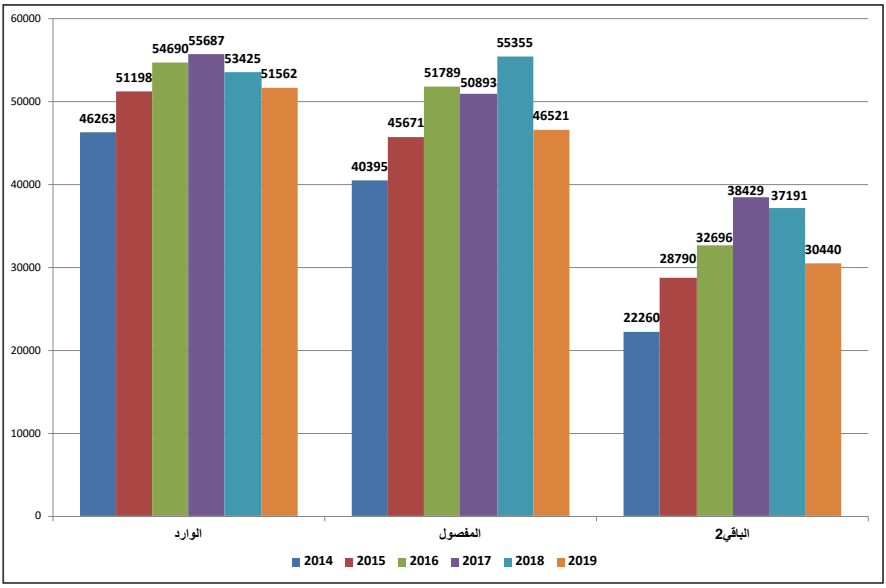


تطور وارد النشاط القضائي لمحكمة التعقيب



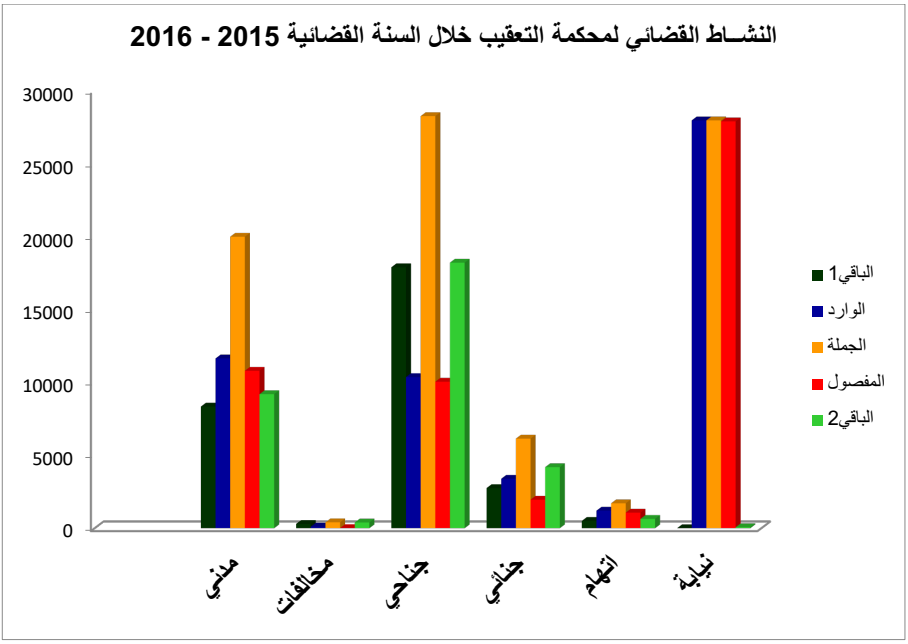
تطور النشاط القضائي لمحكمة التعقيب

قضاء	2014	2015	2016	2017	2018	2019
الوارد	46263	51198	54690	55687	53425	51562
المفصول	40395	45671	51789	50893	55355	46521
الباقي2	22260	28790	32696	38429	37191	30440



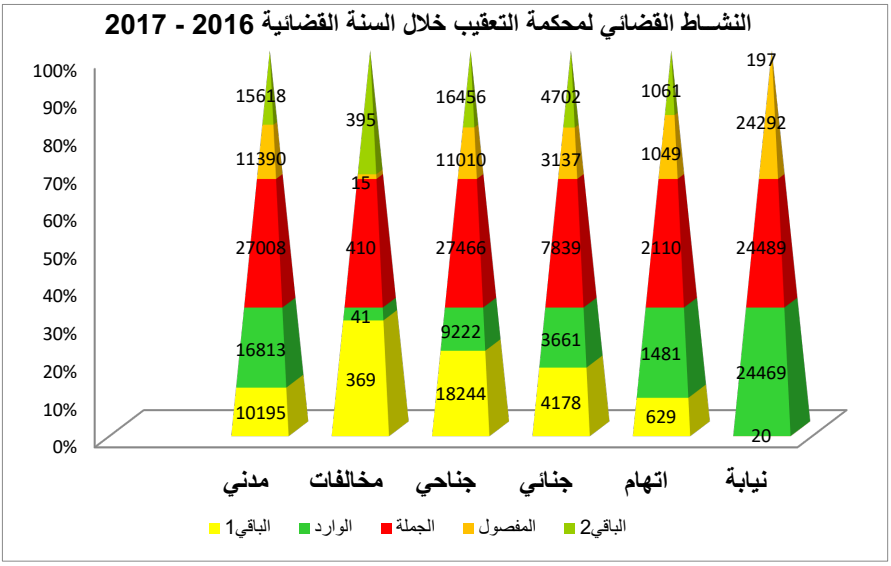
النشــاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية 2015 ـ 2016

النشاط	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
مدني	8345	11647	19992	10799	9193
مخالفات	295	109	404	10	394
جناحي	17899	10366	28265	10050	18215
جنائي	2753	3391	6144	1956	4188
اتهام	502	1205	1707	1069	638
نيابة	1	27972	27973	27905	68
المجموع	29795	54690	84485	51789	32696



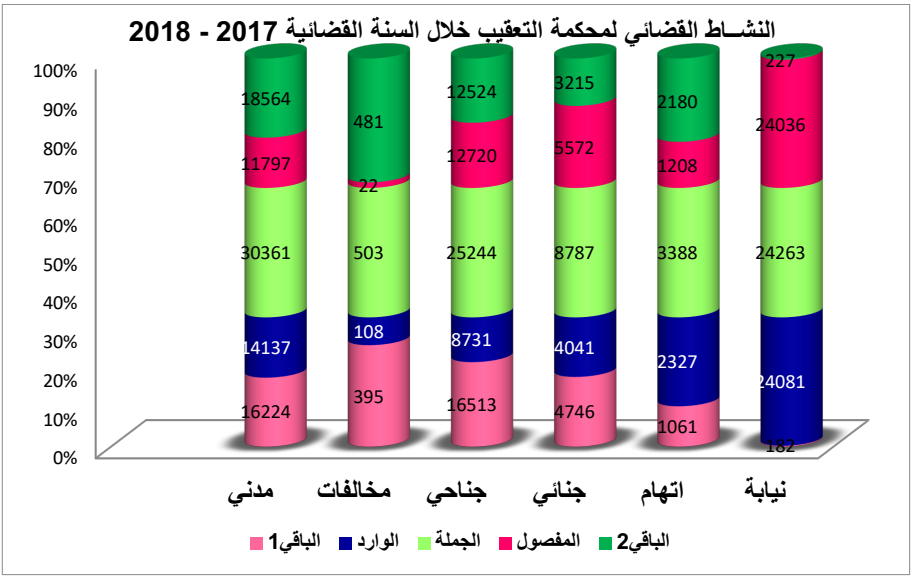
النشــاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية 2016 ـ 2017

النشاط	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
مدني	10195	16813	27008	11390	15618
مخالفات	369	41	410	15	395
جناحي	18244	9222	27466	11010	16456
جنائي	4178	3661	7839	3137	4702
اتهام	629	1481	2110	1049	1061
نيابة	20	24469	24489	24292	197
المجموع	33635	55687	89322	50893	38429



النشــاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية 2017 ـ 2018

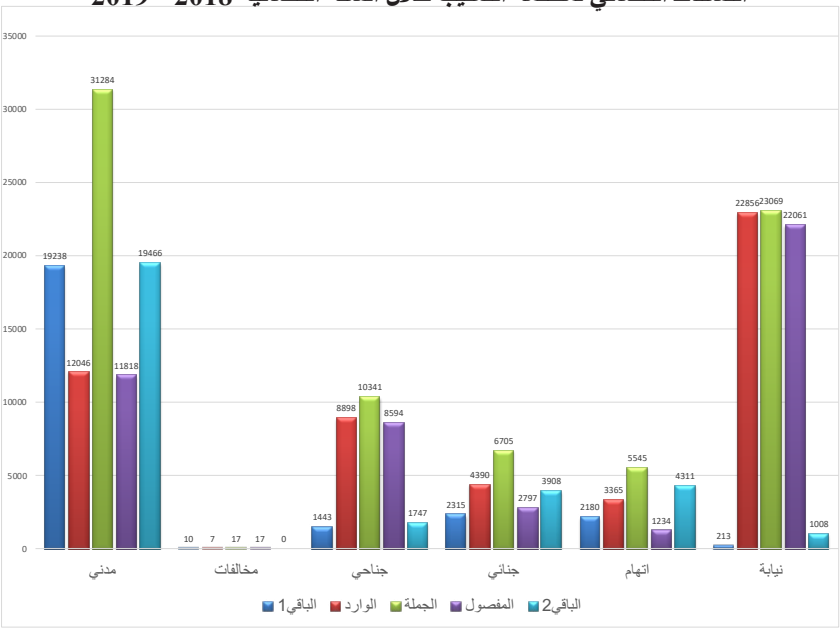
النشاط	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
مدني	16224	14137	30361	11797	18564
مخالفات	395	108	503	22	481
جناحي	16513	8731	25244	12720	12524
جنائي	4746	4041	8787	5572	3215
اتهام	1061	2327	3388	1208	2180
نيابة	182	24081	24263	24036	227
المجموع	39121	53425	92546	55355	37191



النشــاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية 2018 ـ 2019

النشاط	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2
مدني	19238	12046	31284	11818	19466
مخالفات	10	7	17	17	0
جناحي	1443	8898	10341	8594	1747
جنائي	2315	4390	6705	2797	3908
اتهام	2180	3365	5545	1234	4311
نيابة	213	22856	23069	22061	1008
المجموع	25399	51562	76961	46521	30440

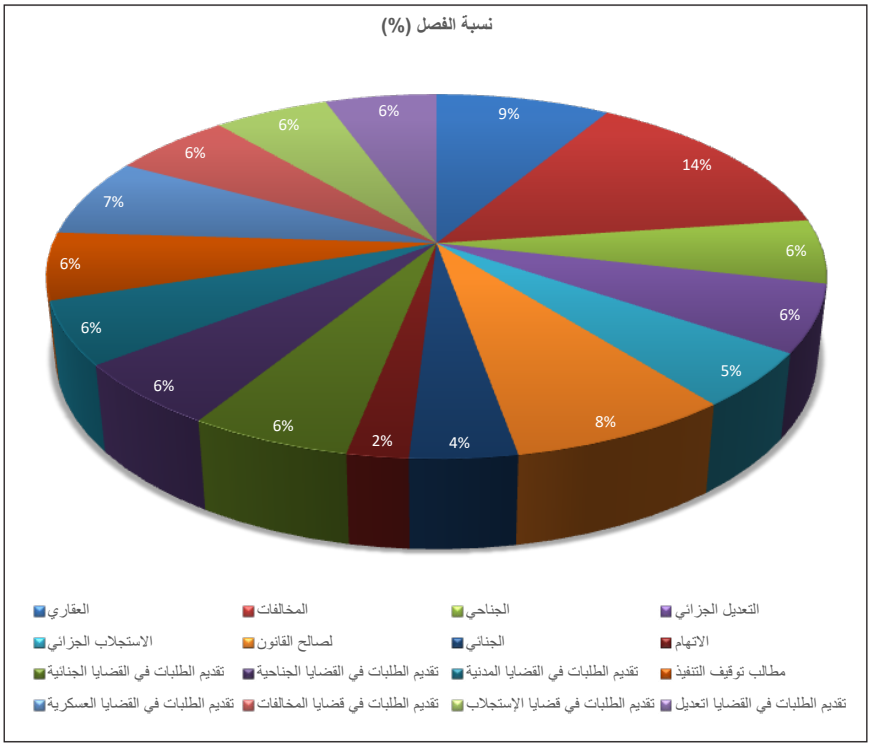
النشــاط القضائي لمحكمة التعقيب خلال السنة القضائية 2018 - 2019

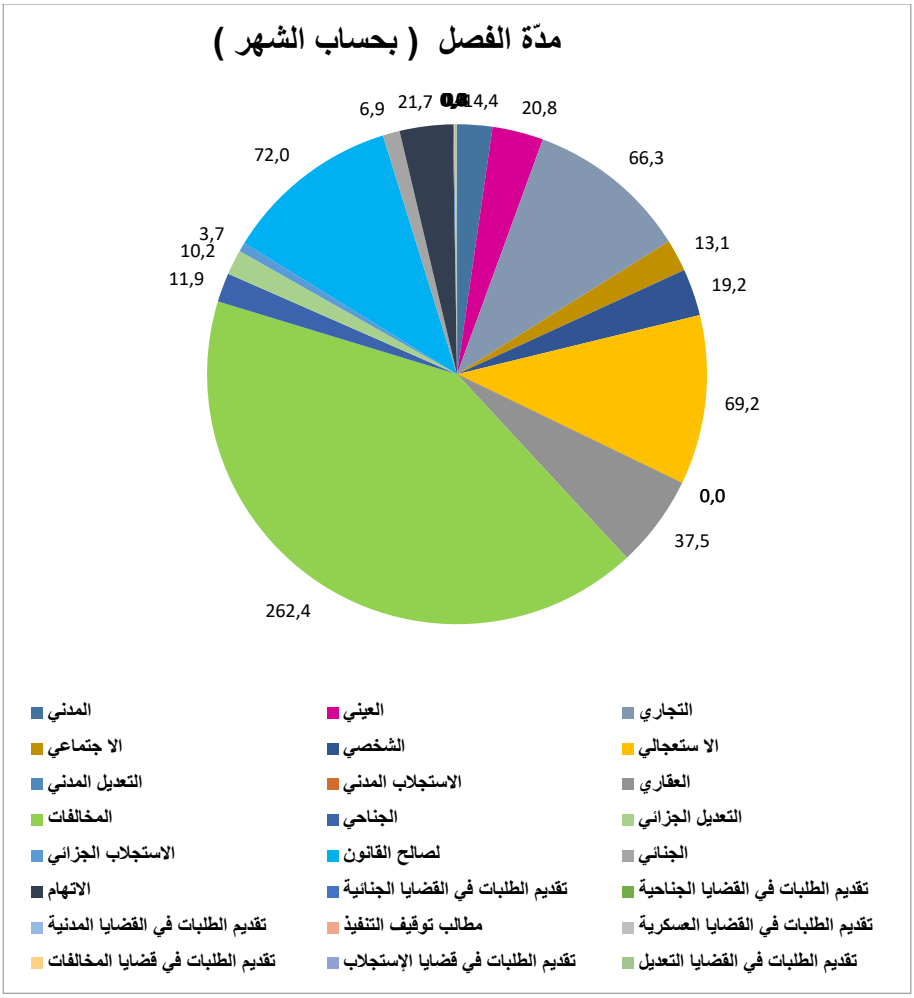


نسبة الفصل ومدّة فصل النشاط القضائي
حسب المادة لدى محكمة التعقيب
خلال السنة القضائية 2018 ـ 2019

المادة	نسبة الفصل (٪)	مدّة الفصل (بحساب الشهر)
المدني	84,8	17,5
العيني	112,8	23,9
التجاري	97,6	80,2
الاجتماعي	129,2	10,6
الشخصي	108,0	17,2
الاستعجالي	98,9	70,7
التعديل المدني	100,0	0,0
الاستجلاب المدني	...	...
العقاري	146,6	24,1
المخالفات	242,9	0,0
الجناحي	96,7	2,4
التعديل الجزائي	101,5	1,6
الاستجلاب الجزائي	83,0	3,9
لصالح القانون	133,3	0,0
الجنائي	63,7	16,8
الاتهام	36,7	41,9
تقديم الطلبات في القضايا الجنائية	96,9	0,6

المادة	نسبة الفصل (٪)	مدّة الفصل (بحساب الشهر)
تقديم الطلبات في القضايا الجناحية	96,4	0,5
تقديم الطلبات في القضايا المدنية	94,7	0,7
مطالب توقيف التنفيذ	101,7	0,0
تقديم الطلبات في القضايا العسكرية	118,9	0,0
تقديم الطلبات في قضايا المخالفات	100,0	0,0
تقديم الطلبات في قضايا الإستجلاب	96,6	0,7
تقديم الطلبات في القضايا التعديل	93,8	1,3

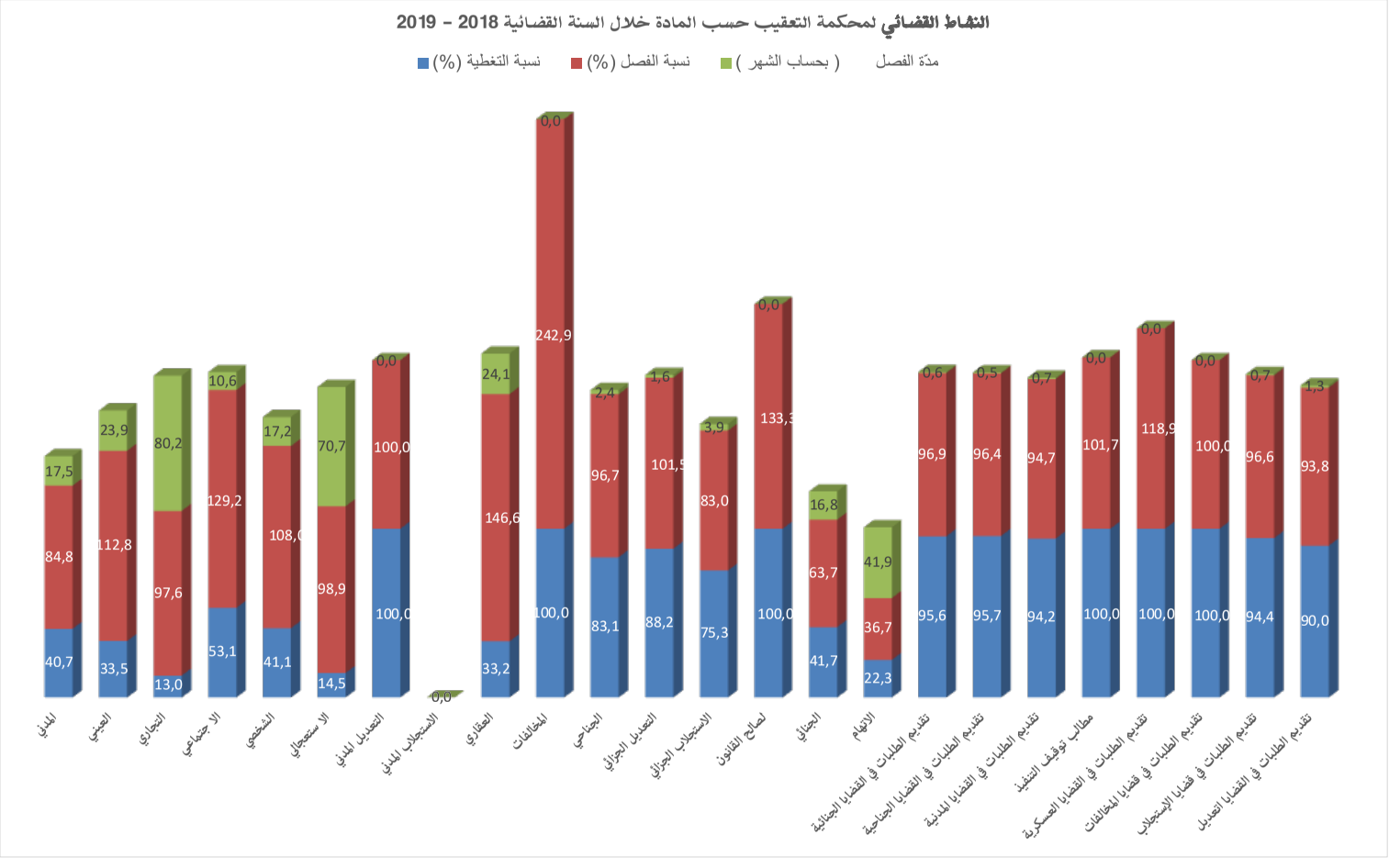



مدّة الفصل (بحساب الشهر)
14,4
20,8
66,3
13,1
19,2
69,2
0,0
37,5
262,4
11,9
10,2
3,7
72,0
6,9
21,7
المدني
العيني
التجاري
الا جتماعي
الشخصي
الا ستعجالي
التعديل المدني
الاستجلاب المدني
العقاري
المخالفات
الجناحي
التعديل الجزائي
الاستجلاب الجزائي
لصالح القانون
الجنائي
الاتهام
تقديم الطلبات في القضايا الجنائية
تقديم الطلبات في القضايا الجناحية
تقديم الطلبات في القضايا المدنية
مطالب توقيف التنفيذ
تقديم الطلبات في القضايا العسكرية
تقديم الطلبات في قضايا المخالفات
تقديم الطلبات في قضايا الإستجلاب
تقديم الطلبات في القضايا التعديل

النشاط القضائي لمحكمة التعقيب حسب المادة خلال السنة القضائية 2017 ـ 2018

المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2	نسبة التغطية (٪)	نسبة الفصل (٪)	مدّة الفصل (بحساب الشهر)
المدني	8588	7920	16508	6720	9788	40,7	84,8	17,5
العيني	185	78	263	88	175	33,5	112,8	23,9
التجاري	1378	212	1590	207	1383	13,0	97,6	80,2
الا جتماعي	2749	1919	4668	2479	2189	53,1	129,2	10,6
الشخصي	1157	710	1867	767	1100	41,1	108,0	17,2
الا ستعجالي	2583	444	3027	439	2588	14,5	98,9	70,7
التعديل المدني	0	1	1	1	0	100,0	100,0	0,0
الاستجلاب المدني	0	0	0	0	0	...	...	...
العقاري	2598	762	3360	1117	2243	33,2	146,6	24,1
المخالفات	10	7	17	17	0	100,0	242,9	0,0
الجناحي	1423	8741	10164	8450	1714	83,1	96,7	2,4
التعديل الجزائي	10	66	76	67	9	88,2	101,5	1,6
الاستجلاب الجزائي	9	88	97	73	24	75,3	83,0	3,9
لصالح القانون	1	3	4	4	0	100,0	133,3	0,0

المادة	الباقي1	الوارد	الجملة	المفصول	الباقي2	نسبة التغطية (٪)	نسبة الفصل (٪)	مدّة الفصل (بحساب الشهر)
الجنائي	2315	4390	6705	2797	3908	41,7	63,7	16,8
الاتهام	2180	3365	5545	1234	4311	22,3	36,7	41,9
تقديم الطلبات في القضايا الجنائية	53	4000	4053	3874	179	95,6	96,9	0,6
تقديم الطلبات في القضايا الجناحية	58	7910	7968	7629	339	95,7	96,4	0,5
تقديم الطلبات في القضايا المدنية	45	8215	8260	7780	480	94,2	94,7	0,7
مطالب توقيف التنفيذ	39	2267	2306	2306	0	100,0	101,7	0,0
تقديم الطلبات في القضايا العسكرية	14	74	88	88	0	100,0	118,9	0,0
تقديم الطلبات في قضايا المخالفات	0	254	254	254	0	100,0	100,0	0,0
تقديم الطلبات في قضايا الإستجلاب	2	88	90	85	5	94,4	96,6	0,7
تقديم الطلبات في القضايا اتعديل	2	48	50	45	5	90,0	93,8	1,3
المجموع	25399	51562	76961	46521	30440	60,4	90,2	7,9


النشاط القضائي لمحكمة التعقيب حسب المادة خلال السنة القضائية 2018 - 2019
مدّة الفصل
(بحساب الشهر)
نسبة الفصل (%)
نسبة التغطية (%)
المدني
العيني
التجاري
الا جتماعي
الشخصي
الا ستعجالي
التعديل المدني
الاستجلاب المدني
العقاري
المخالفات
الجناحي
التعديل الجزائي
الاستجلاب الجزائي
لصالح القانون
المحالي
الاتهام
تقديم الطلبات في القضايا الجنائية
تقديم الطلبات في القضايا الجناحية
تقديم الطلبات في القضايا المدنية
مطالب توقيف التنفيذ
تقديم الطلبات في القضايا العسكرية
تقديم الطلبات في قضايا المخالفات
تقديم الطلبات في قضايا الإستجلاب
تقديم الطلبات في القضايا التعديل