

**الجمهورية التونسية**  
**محكمة التعقيب**  
**القضية عدد 38085د**

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم مع بطاقة خلاص المعاليم القانونية في 10/05/2016 من طرف الأستاذ "ه.ر" المحامي لدى التعقيب.

**في حق: "ق.س".**

**ضد 1- "ع.م" محاميه الأستاذ "ن.د.ج".**

**2- "ش.ب" لا نائب له.**

طعنا في الحكم النهائي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في القضية عدد 76288 بتاريخ 30/06/2015 والقاضي نصه " قضت المحكمة نهائيا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي ...".

وعلى تقرير مستندات التعقيب المبلغ منه نظير للمعقب ضده بتاريخ 31/05/2016

والمقدم إلى كتابة المحكمة في 06/06/2016 صحبة نسخة من الحكم المعقب.

وبعد الاطلاع على القرار الصادر بتاريخ 15/3/2017 بهذه المحكمة والقاضي بإحالة ملف القضية على السيد الرئيس الأول للنظر في إمكانية عرض القضية على الدوائر المجتمعة.

وبعد الاطلاع على القرار الصادر عن السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب المؤرخ في 26/04/2016 المتضمن دعوة الدوائر المجتمعة للنظر في المسألة القانونية محل الخلاف وعرض ملف القضية على السيد وكيل الدولة العام لتقديم ملحوظاته.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة المحرر بتاريخ 2/6/2017 الرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى والاعفاء.

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل في كافة الإجراءات المجرأة في القضية

**من حيث الشكل:**

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع الشروط والصيغ القانونية الواردة بالفصل 175 وما بعد من م م م ت كما استوفت الإحالة على الدوائر المجتمعة شروطها وفقا لأحكام الفصل 191 من م م م ت لأن الخلاف بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة يندرج في اختصاص الدوائر المجتمعة المؤهلة لحسمه في إطار الفصل 191 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ويتجه معه قبوله شكلا.

#### **من حيث الأصل:**

**حيث تفيد وقائع القضية** كما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي إنبنى عليها قيام المدعي في الأصل المعقب الآن لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضا أنه استصدر حكم استئنافي عن محكمة الاستئناف بنابل في القضية عدد 6200 بتاريخ 2005/02/18 يقضى نهائيا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد باعتباره متمتعا بحق الأولوية في الشراء واحلاله محل المدعى عليه الأول "ش. ب.ح" (المعقب ضده الأول الآن) في عقد البيع المؤرخ في 18 سبتمبر 2002 وقد تم اعلام المعقب ضده به في 2005/04/01. وقد تعلق النزاع في القضية المشار إليها بالعقار المسمى "م.ب" موضوع الرسم عدد 13254 الكائن بالمروج 2. إلا أنه تبين أن المعقب ضده عمد أثناء التقاضي الى انجاز وعد بيع لفائدة المدعى عليه الثاني "ع.م" (المعقب ضده الثاني) فيما يتعلق بكامل العقار وذلك بموجب كتب خطي مؤرخ في 2003/3/27 ومسجل في 2004/09/03 ثم عمد الى التقويت النهائي فيه بتاريخ 8 مارس 2005. وقد وقع اعلام المدعي في الأصل بانتقال الملكية. لذلك أسس الدعوى على أحكام الفصول 64 و67 و576 من م م ع المتعلقة ببيع ملك الغير وطلب الحكم بإبطال العقد المبرم بين المعقب ضدهما الأول والثاني المتعلق بالعقار المسمى "م.ب" موضوع الرسم العقاري عدد 13254 بن عروس.

**وبعد استيفاء الاجراءات أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 58018 بتاريخ 2006/01/17 بعدم سماع الدعوى وإبقاء مصاريفها محمولة على القائم بها.**

**وحيث استأنفه المدعي في الأصل** فقضت محكمة الاستئناف بتونس صلب قرارها عدد 52638 الصادر بتاريخ 2007/11/08 بإقرار الحكم الابتدائي وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه وتغريمه للمستأنف ضده "ع.م" بمائتي دينار عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.

**وحيث تعقبه الطاعن فقررت محكمة التعقيب صلب قرارها عدد 26228 الصادر بتاريخ 2009/01/26 النقض مع الإحالة بناء على انه تبين من الإطلاع على اسانيد القرار المطعون فيه انه قطع بان المعقب ضده لم يكن عن سوء نية لما اتم شراء عقار النزاع وذلك بعد ان عجز المعقب عن إثبات سوء النية، ورغم إدلائه للمحكمة بما يثبت وجود تتبع جزائي ضد المشتري والبائع والمطالبة بإيقاف النظر ريثما يتم البت جزائيا، وان الفقرة الثانية من الفصل 7 من مجلة الإجراءات الجزائية اقتضت انه يمكن القيام بالدعوى المدنية في آن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى المحكمة المدنية وفي هذه الصورة يتوقف النظر فيها إلى ان يقضى بوجه بات في الدعوى العمومية التي وقعت إثارتها. وعليه فان عدم الإستجابة لطلب ايقاف النظر إلى حين البت في الدعوى العمومية، فيه مخالفة من قبل محكمة القرار المنتقد لأحكام الفصل 7 المذكور. كما استند النقض الى انه خلافا لما تمسكت به محكمة القرار المنتقد، فإن احكام الفصلين 337 و 305 من مجلة الحقوق العينية لا تنطبق على طبيعة النزاع الحالي حيث انه مؤسس على حق الأولوية في الشراء صادر به حكم بات لفائدة المعقب وضد المعقب ضدهما ولا وجه قانونا للدفع بترسيم حق الملكية بإدارة الملكية العقارية من قبل المعقب ضده وتمتعه تبعا لذلك بحصانة قانونية، إضافة إلى ان المعقب لم يطالب بالتشطيب على عقد البيع من الرسم العقاري، كما ان الفصل 337 م ح ع ينطبق على الترسيم الحاصل بموجب حكم تسجيل، واضحى التعليل من قبل محكمة القرار المنتقد بالفصلين 305 و 337 م ح ع غير وجيه قانونا ومتسما بسوء التأويل للفصول القانونية مما يجعله معرضا للنقض.**

**وحيث اعيد نشر القضية من جديد امام محكمة الاستئناف بتونس التي أصدرت قرارها عدد 24420 في 2012/01/17 والقاضي بقبول الاستئناف الاصيل والعرضي شكلا وفي الاصل بإقرار الحكم الابتدائي وتخطية المستأنف بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه وتغريمه لفائدة المستأنف ضده "ع.م" بستمائة دينار (600,000 د) لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة معدلة عن الطور الاستئنافي والتعقيقي على معني الاستئناف العرضي.**

**فتعقبه المحكوم ضده (الطاعن الان) فأصدرت محكمة التعقيب قرارها ع-74684.2012 عدد بتاريخ 2013-11-28 بقبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف**

بتونس للنظر فيها من جديد بهيئة اخرى واعفاء الطاعن من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه، بناء على انه تبين ان محكمة الحكم المطعون فيه قد اخضعت النزاع لمقتضيات الفصلين 303 و305 من م.ح.ع. والحال ان ارادة القائم بالدعوى لم تتصرف الى الترسيم بل الى الصك في حد ذاته، وأن المشرع قد فرق في التفويطات والتصرفات التي موضوعها يتعلق بالعقارات المسجلة بين الصك موضوع الحق وترسيمه بالسجل العقاري وافر بإمكانية ابطال كليهما بدليل ان مجلة الحقوق العينية ولئن اعتبرت العقد كسبب من اسباب كسب الملكية الا ان مجلة الالتزامات والعقود تكفلت بتنظيم تلك العقود، وأن محكمة الحكم المطعون فيه قد حادت عن طبيعة النزاع المطروح عليها والذي يرمي الى ابطال كتب وعد البيع والذي يمثل دعوى مستقلة عن ابطال ترسيم ذلك الكتب ولم تخض في النزاع على اساس مقومات العقد الذي تمسك المدعي في الاصل ببطلانه لتعلق موضوعه بعقار على ملكه وهو بالتالي عاريا من ركن من اركانه الجوهرية. وكان على المحكمة وضع النزاع في ذلك الإطار والبت فيه وفق الحدود المرسومة له. كما انه ومع تجاوز ما سبق فان محكمة الحكم المطعون فيه لما استندت الى احكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية اعتمادا على معيار نشأة الحق كشرط محدد في العقارات المسجلة والحال انه وعلى خلاف ذلك فانه ليست كل العقارات المسجلة خاضعة للمفعول المنشئ اذ ان الرسوم العقارية الخاضعة للمفعول المنشئ هي التي اقيمت بناء على احكام التسجيل الصادرة بعد دخول القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10/04/2001 في حين ان الرسوم العقارية المقامة قبل ذلك التاريخ هي رسوم غير خاضعة لذلك المفعول. وما دامت محكمة الموضوع والحالة تلك قد اقرت بخضوع العقار موضوع الكتب لذلك المفعول دون تثبتها من حالة الرسم خاصة وان نسخة الرسم المضافة ليس بها ما يحمل على التسليم بتلك النتيجة لأنها كانت خالية من التنصيص على الحكم العقاري الذي اقيم بموجبه ذلك الرسم وتاريخه حتى يتسنى للمحكمة مراقبة مدى خضوع ذلك العقار للمفعول المنشئ من عدمه طبق ما يقتضيه القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20/04/1998، كل ذلك اورث حكمها مخالفة للقانون. فضلا على أن محكمة الحكم المطعون فيه استخلصت انتفاء سوء النية لدى المعقب ضده وعدم جدوى انتظار التتبع الجزائي تبعا لذلك كان مرده احتكامها لمقتضيات الفصل 305 من م ح ع الامر

الذي يجعل من تعليلها في الغرض وتبعاً لذلك قد انبنى على مخالفة للقانون بالخروج عن طبيعة النزاع.

**وحيث وبإعادة نشر القضية** امام محكمة الاستئناف بتونس وبعد استيفاء الإجراءات قضت على النحو المبين بالطالع إستناداً لأحكام الفصول 305 و308 و361 و365 و368 باعتبار المشتري حسن النية والمدعي في الأصل لم يسجل قيداً احتياطياً على الرسم العقاري.

**فتعقبه المحكوم ضده ناعياً عليه :**

**\* مخالفة الفصل 303 من مجلة الحقوق العينية** بمقولة ان الطلب في كل اطوار التقاضي لم يكن في ابطال الترسيم او التشطيب عليه، وانما اقتصر على ابطال العقد استناداً الى مجلة الالتزامات والعقود. وقد سبق لمحكمة التعقيب في قرارها عدد 74684 الصادر بتاريخ 2013/11/28 ان اشارت لهذا المعطى قولا "ان المشرع قد فرق في التفويطات والتصرفات التي موضوعها يتعلق بالعقارات المسجلة وبين الصك موضوع الحق وترسيمه بالسجل العقاري وافر بإمكانية ابطال كليهما بدليل ان مجلة الحقوق العينية ولئن اعتبرت العقد كسبب من اسباب كسب الملكية الا ان مجلة الالتزامات والعقود تكفلت بتنظيم تلك العقود، " فتكون "محكمة الحكم المطعون فيه قد حادت عن طبيعة النزاع المطروح عليها والذي يرمي الى ابطال كتب وعد البيع الذي يمثل دعوى مستقلة عن ابطال ترسيم ذلك الكتب ولم تخض في النزاع على اساس مقومات العقد الذي تمسك المدعي في الاصل ببطلانه لتعلق موضوعه بعقار على ملكه وهو بالتالي عارياً من ركن من اركانه الجوهرية، وكان على المحكمة وضع النزاع في ذلك الاطار والبت فيه وفق الحدود المرسومة له ".

كما ان محكمة الحكم المنتقد عللت وجهة نظرها بالقول ان " النظام القانوني للعقارات المسجلة المعتمد عند التعامل معها يقتضي وجوباً ان تخضع العقارات المسجلة للقواعد الواردة بالكتاب الاول من مجلة الحقوق العينية طبقاً لما نص عليه الفصل 303 من مجلة الحقوق العينية"، بمعنى انه يفهم من تعليل محكمتي الإحالة الأولى والثانية ان الفصل 303 المشار اليه حين اعتبر "العقارات المسجلة تخضع للقواعد الواردة بالكتاب الأول وكذلك للأحكام التالية " ألغى جميع الاحكام الخارجية عن مجلة الحقوق العينية. وهو تأويل خاطئ للفصل 303 لكون ما نص عليه هذا الفصل لا يعد الغاء لكل تشريع اخر، والا لتضمن الفصل المذكور ان العقارات المسجلة لا تخضع الا لقواعد الكتاب الأول،

خاصة وان "نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عباراته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون" عملا بالفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود، واعتبارا كذلك وان القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12/02/1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية تضمن بفصله الثاني حصرا للنصوص الواقع الغاؤها.

**\* مخالفة الفصل 305 من م ح ع** بمقولة ان الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية نص على ان " 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 "، حال انه كان على محكمة الحكم المنتقد الوقوف على الرسم وتحديد ان كان خاضعا للمفعول المنشئ للترسيم من عدمه، فضلا على ان الفصل المذكور لا يتعلق الا بإبطال الترسيم وليس العقد منشأ الحق.

**\* ضعف التعليل** بمقولة ان المعقب جوبه بمقتضيات الفصل 365 من مجلة الحقوق العينية حال ان الفصل المذكور لا ينطبق على واقع الحال باعتبار انه غير شامل لدعوى تتعلق بممارسة حق الأولوية في الشراء تاسيسا على القانون عدد 39 لسنة 1978 المؤرخ في 07/06/1978، وعليه فان اشتراط محكمة الأصل تقييد القضية تقييدا تحفظيا مخالف نص الفصل 365 المشار اليه.

## المحكمة

حيث تأسس طلب النقض والاحالة 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 فان 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 وانه تفعيلاً للفصول 305 و 358 و 361 و 365 و 368 و 370 من نفس المجلة واستناداً الى عدم تقييد الطاعن لدعوى ممارسة حق الأولوية في الشراء التي اوجبها الفصل 368 على عكس ما تمسك به الطاعن الآن وثبوت حسن نية المشتري المعقب ضده الأول وصفة الغيرية التي يتمتع بها في مواجهة القرار الاستثنائي غير البات والقاضي بإحلال المعقب محله في الشراء، كل تلك القرائن تجعل طلب الابطال في غير طريقه فتكون محكمة الحكم المطعون فيه قد احسنت تطبيق القانون بما يتجه معه رد المطاعن لعدم وجاهتها.

وحيث أن البحث في صبغة العقار إن كان خاضعاً للمفعول المنشئ للترسيم من عدمه لا تكتسي أية جدوى في النزاع الحالي فالأمر لا يتعلق بمدى نشأة الحق من عدمه أو بمفعوله الإحتجاجي وإنما في سلامة الشراء من عدمه بناء على الشروط الواردة 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 أن الاشكال القانوني يتعلق بمدى صحة عقد البيع المبرم من المالك الذي صدر فيه حكم لفائدة المتسوغ بحق الأولوية في الشراء؟  
فهل أن البيع اللاحق للقرار المنشئ لحق الأولوية في الشراء يعتبر بيعاً لملك الغير واعتباره باطلاً من عدمه؟**

وحيث يتجه بدءاً 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 الحالي تضح أنه غير خاضع للمفعول المنشئ للترسيم على معنى القانون ع-91 دد لسنة 2000 المؤرخ في 2000/10/31 المتعلق بتطبيق المفعول المنشئ للترسيم الذي حدد الفصل الأول منه مجال انطباقه على الرسوم العقارية المحدثة تنفيذاً للأحكام الصادرة بالتسجيل ابتداء من دخول القانون ع-30 دد لسنة 1998 المؤرخ في 20 أبريل 1998 حيز التنفيذ وكذلك على الرسوم التي تم تحيينها، وذلك طبقاً لما جاء ببيانات الرسم العقاري من عدم تنصيب إدارة الملكية العقارية على خضوع الرسم للمفعول المنشئ للترسيم، بما يجعل انتقال الملكية تتم بمجرد التعاقد وفي صورة الحال فإنه بصور القرار الاستثنائي القاضي باعتبار المعقب متمتعاً

بحق الاولوية في الشراء واحلاله محل المعقب ضده الأول (البائع في قضية الحال) في عقد البيع المؤرخ في 18 سبتمبر 2002، مما يجعل دعوى الحال الرامية إلى إبطال بيع ملك الغير في طريقها- مبدئيا- طالما أن القرار الاستئنافي أسبق تاريخا (2005/2/18) من عقد البيع (2005/3/8) 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

وحيث 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 م.أ.ع .

وحيث يعد عقد بيع ملك الغير على معنى الفصل 576 م أ ع عقد صحيح لا يترتب آثاره ويتوقف على إجازة المالك. فالأثر الأصلي والنوعي للإجازة هو نفاذ التفويت أي جعله ينتج أثره العيني. فهذا البيع هو تصرف منتج لآثاره الشخصية ولا ينقصه إلا الأثر العيني الذي يلحق بالإجازة، وهو أثر نوعي مميز لكل تفويت حسب طبيعته، ويتعلق 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.أ.ع / 203 م.ج.ع و بالتالي فإن جزاء التفويت ليس في نظرية البطلان لأن حالاتها لا تستوعبه و إنما 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 أفريل 2013) – وغيره من قرارات الدوائر – "إن الاشكال 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 انه "يجوز بيع ملك الغير اذا اجازه المالك او صار المبيع ملكا



للبيع. فان لم يجزه المالك جاز للمشتري ان يطلب فسخ البيع وعلى البائع  
الخسارة ان لم يعلم المشتري رتب الشراء ان البائع فضولي وليس لهذا  
البائع ان يعارض ببطالان البيع بدعوى انه فضولي".

وحيث يؤخذ من عبارات هذا النص ان مجال تطبيقه ينحصر في صورة  
تسلط البيع على شيء مملوك لغير البائع ومتى حصل ذلك فان العقد لا  
يحمل في طياته بذور البطالان المطلق اذ انه انعقد صحيحا لتوفر عناصر  
الانعقاد والصحة فيه كما ان أثره في حق المتعاقدين قائم لكن ينقصه  
عنصر النفاذ وهو الملك باعتباره الشرط الأساسي في جانب البائع مما  
يجعل نفاذه بالنسبة للمالك الحقيقي موقوفا على اجازته فان اجازة المالك  
نفذ واذا تخلفت الاجازة انعدم ... وهو ما تدعم أيضا بعدة قرارات  
تعقيبية (غير منشورة) ومنها قراراتين تعقيبيتين مدني عدد 76095  
مؤرخ في 12 ديسمبر 2013. وعدد 7775 مؤرخ في 6 مارس 2014.

وحيث بتطبيق الحلول القانونية السابقة على معطيات قضية الحال  
يطرح السؤال عن مدى أحقية المعقب في التمسك ببطالان عقد البيع بعد  
أن صدر لفائده حكم استئنافي عن محكمة الاستئناف بنابل في القضية  
عدد 6200 بتاريخ 2005/02/18 يقضى باعتباره متمتعاً بحق الأولوية  
في الشراء واحلاله محل المعقب ضده الثاني الآن "ش.ب.ح" في عقد  
البيع المؤرخ في 18 سبتمبر 2002 الذي تم اعلامه المعقب به في  
2005/04/01.

وحيث تعلق النزاع في قضية الحال بالعقار المسمى "م.ب" موضوع  
الرسم عدد 13254 الكائن بالمروج 2. وقد تبين أن المعقب ضده عمد  
أثناء التقاضي الى انجاز وعد بيع لفائدة المعقب ضده الأول "ع.م" فيما  
يتعلق بكامل العقار وذلك بموجب كتب خطي مسجل في 2004/09/03  
ثم عمد الى التقويت النهائي فيه بتاريخ 8 مارس 2005. وقد وقع اعلام  
المعقب بانتقال الملكية، لذلك طلب الحكم بإبطال العقد المبرم بين المعقب  
ضدهما الأول والثاني. وقد تمسك الطاعن بعدم مشروعية سبب العقد  
وغياب محله في غير طريقه لأن :

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

- وأن موضوع البيع بين المعقب ضدهما لا يعتبر بأي حال ملكا للغير،  
إذ أن الأحكام في مادة الأولوية في الشراء هي احكام منشئة للحق وليست  
كاشفة له، سيما إذا علمنا أنها تُغيّر في المركز القانوني للمستفيد من

الحكم الصادر فيها من مكتري 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 للانتزاع من أجل المصلحة العامة. وعليه فإن محل وموضوع العقد يبقى موجودا وقائما رغم صدور التنبيه للمالك الأصلي ورغم توخي سبل التقاضي بينهما إثر ذلك.

وحيث أن التمسك ببطلان عقد البيع المؤرخ في 8 مارس 2005 في غير طريقه طبقا لما سلف شرحه وتعين 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 2005/2/18 تاريخ صدور القرار الاستئنافي عدد 6200 أي بتاريخ سابق عن تاريخ شراء هذا الأخير في 2005/3/5. وبالتالي يتنازع مشتريان حول نفس العقار المسجل الغير خاضع للمفعول المنشئ للرسم، فلمن الأسبقية؟

وحيث إقتضى 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 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 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 وينبغي على مفهوم ذاتي وآخر موضوعي. ويتأسس المفهوم الذاتي على عنصر الجهل بالعيب في صفة المعاهد أو في ذات المبيع ، فكما تعامل الغير مع متعاقد سنده عقد باطل وكان عالما بذلك، تنتفي 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 الإطلاع على الترسيمات الواردة بالسجل العقاري. وقد إقتضى الفصل 305 فقرة 3 م.ح.ع. أن " إبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي إكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية، واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل".

وحيث طالما أن شراء المعقب ضده الأول وترسيمه بالسجل العقاري بتاريخ كان فيه العقار خاليا من تقييد أو اعتراض ودون أن يكون مثقلا بأي حق عيني أو أي حقوق يمكن معارضة الغير حسن النية بها، فإن المعقب ضده يعد عن حسن نية 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، فإنه يمكن تقييد قيда احتياطيا برسم الملكية الدعاوى الرامية إلى استصدار حكم ببطالان الحقوق العينية المرسمة أو ابطالها أو فسخها أو الرجوع فيها أو إدخال تعديلات على الترسيمات الواقعة بموجب نقل بالوفاة أو ابطال التشطيب أو القيام بالشفعة أو إصلاح الترسيم أو التشطيب أو الدعاوى الرامية إلى ممارسة حق الأولوية في الشراء مثلما هو الأمر في قضية الحال عملا بأحكام الفصل 365 م ح ع.

وحيث إعمالا للقاعدة المذكورة، فإنه إذا لم يسبق تقييد الدعاوى قيда احتياطيا فإن الحكم الصادر فيها لا يكون له أي مفعول إزاء الغير وذلك ما نصت عليه صراحة أحكام الفصل 368 م ح ع، ذلك أن 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 فإن 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 ان تنتج في صورة الحكم لصالح دعواه، وطالما أن شراء المعقب ضده الاول كان بالإعتماد على الترسيمات وبناء على توفر حسن نية المشتري فإنه لا يمكن مجابته بالحكم الاستثنائي 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 الى النتيجة الصحيحة فإنها لم توفق في تعليل قرارها ولذلك يتعين تأييد نتيجة ما توصلت اليه مع اعتماد أسانيد هذه المحكمة .

وحيث يتجه لما سبق رد الطعن وتخطئة الطاعن بالمال المؤمن

ولهذه الأسباب

قررت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

وصدر هذا القرار عن الدوائر المجتمعة بحجرة الشورى يوم الخميس 14 فيفري 2019 برئاسة السيد الطيب راشد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب وعضوية رؤساء الدوائر السادة: نازك كادة - كمال مصطفى العلاني- نعيمة رحيم- المنصف الكشو-كوثر السعدي- لطيفة البغدادي- سارة العياري- ماهر كنو -سلوى النهدي- ماجدة بن غربية- ماهر كريشان-منيرة النحالي- محمد عماد بن عبد الجليل- جلال الدين بوكثيف- وسيلة التليلي- روضة أوبيش-آسيا العياري- حياة البصلي- عبلة بن شعبان- جلييلة نصر الله -حاتم بن عجال – المنجي شلغوم-عبد الباسط الخالدي- عادل الاندلسي- رياض الامام- رياض الموحلي- جمال المستيري- لمياء الحمامي-زهرة السلامي-محمد كمال دويك .

والمستشارون السادة:أنور المليح- فاخر بركات- زينب لغوغ -رجاء بوسمة- حاتم بن جماعة- بديع بن عباس- عفاف عالشيخ- راضية المنتصر- نجيب العرعوري- وريدة الغربي- مفيدة المداغي- سامية القطاري- رؤوف ملكي- سميرة الحويوي- ريم منية البحري- عبد الرزاق الباهوري- منير وردليتو- هنده العلاقي- احمد الغالي- صالحة النحالي- محمد الورهاني- ابراهيم الغرياني-امال العرفاوي- فاتن خير الله- نجلاء المصمودي- عادل الاخضر- بسمة بودن- هالة البجار- سهام الشاهد- بسمة العبساوي.

وبمحضر السيد شكري التريكي مساعد وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عفاف الحاجي.

