

الجمهورية التونسية

وزارة العدل

محكمة التعقيب

الحمد لله وحده،

القضية عدد 52935

تاريخ القرار 13 جوان 2018

اصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 04 جويلية 2017 عدد 5962 من طرف الاستاذ "ل.ب" المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن:

"ع.ك.ب.س" محل مخابراته بمكتب محاميه الاستاذ "ل.ب" المحامي لدى التعقيب الكائن ب
**** نابل.

ضد :

1-"ع.ق.ب" القاظن ب **** الهوارية. نائبه الاستاذ "ب.ث" المحامي لدى التعقيب.

2-"م.ن.ب.س" القاظن ب **** الهوارية.

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 25508 عن محكمة الاستئناف بنابل بتاريخ 15 ماي 2017 والقاضي نصح "نهائيا بقبول الاستئناف الاصيل والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بعدم سماع الدعوى وإعفاء الطاعنين من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن اليهما وتغريم المستأنف ضده لفانديهما ب400 دينار لقاء اتعاب تقاضي أجرة محاماة و حمل المصاريف القانونية عليه وبرفض الاستئناف العرضي موضوعا."

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ "ن.ب.ع" حسب محضره عدد 56124 بتاريخ 19 جويلية 2017.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة بتاريخ 27 جويلية 2017 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة بتاريخ 16 اوت 2017 من الاستاذ "ب.ب" في حق المعقب ضده عبد القادر بالغالي الرامية الى طلب التعقيب اصلا متى قبل شكلا.

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

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغته القانونية طبق احكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية .

من حيث الاصل:

حيث تنفيذ وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها المدعي في الاصل والمعقب الان لدى المحكمة الابتدائية بنابل عارضا ان المدعى عليه المعقب ضده الان قد تولى شراء جميع المنايات الراجعة لكل من "م.ب.ع" وأشقائه "س" و"ا" و"ه" و"ط" و"س" ووالدته "ف.ن" في العقار موضوع الرسم العقاري عدد **** نابل وقدرها 4637.812 جزء بثمان جملي قدره خمسة آلاف دينار وقد رغب المدعي في ممارسة حقه في الشفعة فتولى عرض الثمن والمصاريف على المطلوب إلا انه رفض فتولى تامين المبلغ بصندوق الودائع والأمانات وطلب على ذلك الاساس الحكم بصحة اجراءات الشفعة وإحلاله

محل المدعى عليه في التملك بالمنابات المبيعة موضوع عقد البيع المحرر بالحجة العادلة بواسطة العدلين "ك.ع" وجلسه بتاريخ 2014/10/28 الخالص معلوم نقلها بالقباضة المالية بقلبية في 2014/12/02 كالزام المدعى عليه بان يؤدي اليه الف دينار اجرة محاماة و 142.977 د اجرة محضر عرض مال وحمل المصاريف القانونية عليه مع الاذن بالنفاد العاجل كالإذن للمدير الجهوي للملكية العقارية بالتنصيص على ذلك وباعتبار المدعى عليه تولى تطيب الشفعة مع الدخيل المتعين سحب الحكم عليه.

وحيث وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية الحكم عدد 1040 بتاريخ 2015 /12/17 والقاضي "ابتدائيا بصحة اجراءات الشفعة وإحلال المدعي محل المدعى عليه في المشتري موضوع عقد البيع المحرر في 2014/10/28 والمسجل بالقباضة المالية بقلبية في 2014/12/02 وصل عدد *** موضوع الرسم العقاري عدد *** نابل والإذن للمدعى عليه بسحب المال المؤمن لفائدته حسب الوصل عدد *** المؤرخ في 2015/02/09 والمضمن به مبلغ قدره ثلاثمائة دينار 300 لقاء اتعاب التقاضي وإشراف المحاماة ومائة واثنتان واربعون دينارا ومليمات 979 (142.979 د) لقاء معلوم محضر عرض المال الشفعة عدد 52991 بتاريخ 2015/02/02 ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك كرفض الادخال شكلا."

وحيث استأنف المدعى عليه البائع والدخيل المشتري الحكم المذكور ناعيا على الحكم الابتدائي مخالفة القانون قولا انه سبق وان تم تطيب الشفعة لفائدة المستأنف الثاني "م.ن.ب.س" المالك بالعقار و الذي عبر عن رغبته في ممارسة الشفعة فتولى المستأنف الاول ابرام كتب تطيب الشفعة بتاريخ 2015/01/07 في حين وجه المستأنف ضده محضر عرض مال تعبيراً منه عن رغبته في ممارسة الشفعة بتاريخ 2015/02/02 الذي انطلقاً منه اكتسب المستأنف ضده صفة الشفيع وليس قبلها وهي التي تجعل من عمليات التفويت لا تمضي في حقه عملاً بأحكام الفصل 114 من م ح ع وهو ما يجعل حالة تزام

الشفعاء غير متوفرة كما ذهبت اليه محكمة البداية و بالتالي لا مجال لتطبيق احكام الفصل 109 من م ح ع لان النص يتحدث عن الشفيع لا الشريك .

وحيث اصدرت محكمة الاستئناف القرار المشار اليه بالطالع عددا وتاريخا ونصا استنادا الى ان تولي المستأنف ضده عرض ثمن المبيع ومصاريف تحرير العقد وتسجيله على المستأنف "ع.ق.ب" تعبيرا منه عن رغبته في ممارسة حقه في الشفعة بعد مرور اكثر من عشرين يوم على توليه تطيب الشفعة لفائدة المستأنف "م.ن.ب.س" مما يجعل رفض المشتري قبول المال المعروض عليه جائزا قانونا لانعدام موضوع الشفعة بعد ابرام عقد تطيب الشفعة رضائيا. ما يجعل ما ذهبت اليه محكمة البداية بأننا في حالة تزام الشركاء على معنى الفصل 109 من م ح ع و ان عقد تطيب الشفعة يعد من قبيل عمليات التفويت التي لا تمضي على الشفيع طبق احكام الفصل 114 من م ح ع يكون في غير طريقه واقعا وقانونا لان الشريك لا يكتسب صفة الشفيع إلا من تاريخ تعبيره عن رغبته في ممارسة الشفعة لان النص صريح ويتحدث عن الشفيع لا الشريك و طالما ان عقد تطيب الشفعة تم بتاريخ سابق لمحضر عرض المال فان العقد يكون صحيحا .

وحيث طعن المستأنف ضده "ع.ك.ب.س" في القرار المذكور بواسطة نائبه الذي تمسك صلب مستندات التعقيب بالمطاعن التالية:

مستندات التعقيب

المطعن الاول: ضعف التعليل: اقضاء محكمة الاستئناف للمعيار القانوني الوارد بالفصل 109 من م ح ع المتعلق بترتيب الشفعاء واعتماد معيار اعتباطي غير قانوني لفض مشكلة تعددهم يؤدي الى استحالة وجود تزام لإنبائه على قاعدة من كان اسرع.

قولا ان محكمة الاستئناف اعتبرت ان الشفيع لا يكتسب صفته تلك إلا من يوم اعلان رغبته في ممارسة الشفعة ومادام لم يعلن عن تلك الرغبة فهو شريك في الملك وليس شفيعا خاصة وان النص القانوني صريح و يتحدث عن الشفيع وليس عن الشريك وقد تم ابرام عقد تطيب

الشفعة قبل ان يكتسب المدعي صفة الشفيع وبالتالي لا ينطبق عليه الفصل 114 من م ح ع كما انه لا مجال لتطبيق الفصل 109 من م ح ع لان حالة التزامم تفترض توفر عدة شفعاء و ليس شركاء فقط .

و قد تمسك المعقب ضده انه ابرم عقدي تطيبب الشفعة مع احد الشركاء في الملك وهو المدعو "م.ن.ب.س" وبالتالي لم يعد لدعوى الحال اي موضوع.

وانه خلافا لما تمسك به المعقب ضده فقد وضع المشرع ترتيبا للشفعاء اذا ما تعددوا وذلك بالفصل 109 من م ح ع وان النزاع في قضية الحال يتعلق بملك شائع طبقا للفقرة الثالثة من الفصل المذكور و ذلك حسب ما يتبين من شهادة ملكية العقار موضوع الرسم العقاري عدد **** نابل ان المعقب يملك النصيب الاوفر 45747.463 جزءا من تجزئة العقار الى تجزئة كامل العقار الى 172488 جزء بينما يملك المدعو "ن.ب.س" 5100.711 جزءا وبذلك فان المعقب يجب ان يقدم على المعقب ضده "ن.ب.س" في ممارسة حق الشفعة.

وقد اقتضت احكام الفصل 114 انه لا تمضي على الشفيع عملية التفويت الواقعة اثناء اجال الشفعة .

وانه وخلافا لما تمسكت به محكمة الاستئناف فان النص القانوني يتحدث على الشريك وليس على الشفيع .فقد عرف المشرع الشفعة بأنها حلول الشريك في التملك بمبيع شريكه طبق الفصل 103 من م ح ع .

و لم ترد عبارة الشفيع إلا بداية من الفصل 109 ح ع الذي نص على قاعدة التزامم اذا تعدد الشفعاء وبالتالي فان التفريق بين الشريك والشفيع هو تفريق مصطنع باعتبار ان الشفيع هو شريك بالضرورة وان كل شريك هو شفيع محتمل مادام اجل القيام بالشفعة مازال قائما.

المطعن الثاني:سوء تأويل القانون

قولا ان محكمة الاستئناف اعتبرت ان الامر لا يتعلق بحالة تعدد الشفعاء باعتبار ان احد الشركاء قد قام بإبرام عقد تطيب شفعة مع المشفوع عليه.

وانه خلافا لما ذهب اليه محكمة الاستئناف فان الامر يتعلق بتعدد الشفعاء في عقد واحد

و قد استعمل المشرع عبارة التفويت في الفصل 114 ح ع لتشمل جميع عمليات انتقال الملكية و لم يخص صورة واحدة حرصا منه على حماية الشفيع وتجنب عمليات التحايل على القانون.

وقد اعتبرت محكمة الاستئناف ان عبارة التفويت لا تشمل عملية تطيب الشفعة. وان هذا التأويل يحمل تحريفا للقانون ضرورة ان التفويت يعني نقل الملكية بكل الطرق الممكنة.

وان المشرع لم يفرق بين الشفعة الرضائية والشفعة القضائية و لا يجوز فيها التفريق ويكون المعقب هو صاحب الترتيب الاول و هو ما يعني وجاهة دعواه.

وقد جاءت عبارة المشرع واضحة وصريحة في ان حق القيام بالشفعة ينطلق في صور عدم الاعلام بالشراء من يوم تسجيل العقد بالسجل العقاري او تسجيله بالقباضة المالية.

ولم ينص المشرع بتاتا بان تطيب الشفعة رضائيا يحرم باقي الشركاء من ممارسة حقهم في الشفعة بل ان المشرع تفتن لهذه الوضعية و حدد كيفية تجاوزها بالفصل 109 ح ع المتعلق بتزاحم الشفعاء.

وقد اكدت محكمة التعقيب "ان بيع الشريك منابه الشائع في العقار المشترك الى اجنبي عن الشركاء ينشا عنه مباشرة وبقوة القانون حق شريكه او شركائه في الحلول عن طريق الشفعة محل المشتري في التملك بذلك المناب مقابل عرض كامل الثمن ومصاريف العقد او تأمينها على ذمته في صورة امتناعه عن قبضها و لا ينقضي هذا الحق الا بانقضاء اجل الشفعة اوتنازل الشفيع عنه صراحة." ق ت صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 1350 بتاريخ

2002/04/25

وان قواعد الشفعة من قبيل القواعد الاجرائية التي لا يمكن التوسع فيها نظرا لصبغتها الاستثنائية وبالتالي لا يمكن حرمان الراغب من اتمام اجراءات الشفعة من حقه بزعم ان غيره سبقه في ذلك لان الامر لا يتعلق بسباق وإنما باحترام اجراءات معينة وإذا تعدد الراغبون في الشفعة يقع ترتيبهم طبقا لأحكام الفصل 109 من م ح ع و ليس على اساس السرعة في اتمام الاجراءات مثلما يحاول المعقب ضدهما الايهام به.

المطعن الثالث: هضم حق الدفاع

قولاً انه تم تكريس مؤسسة الشفعة منذ القدم في الفقه الاسلامي ثم في القانون التونسي لإخراج الغريب وحصر الملكية في الشركاء الموجودين.

و قد زعم الشريك "م.ن.ب.س" انه مارس شفعة رضائية مع المشتري "ع.ق.ب".

وان من يمارس الشفعة يكون حريصاً على عدم تفويت العقار لشخص اجنبي ليس مالكا فيه.

و لم يكن الشريك المذكور حريصاً على اخراج الاجنبي مثلما اراد الايهام بذلك بل عمد الى التفويت في نسبة كبيرة من مناباته الى نفس الشخص الاجنبي الذي كتب معه عقد الشفعة وذلك بمقتضى الحجة العادلة من توثيق عدلي الاشهاد "ج.ب" وجليسه بتاريخ 2016/11/10 و المسجلة بالقباضة المالية بالهوارية في 2016/11/14 و قد باشر منوبه فيها اجراءات الشفعة.

وقد بات واضحاً ان عقد الشفعة الرضائي لم يكن إلا عقداً سورياً الغاية منه حرمان المعقب من ممارسة الشفعة وليس ابقاء العقار بأيدي الشركاء.

المطعن الرابع: خرق احكام الفصل 109 من م ح ع

قولاً ان محكمة التعقيب في قرارها المدني عدد 58165 المؤرخ في 2013/03/13 اعتبرت ان الترتيب الوارد بالفصل 109 من م ح ع هو ترتيب اراده المشرع ان يكون تفاضلياً فأقست بذلك قاعدة الترتيب الزمني وأقرت قاعدة الترتيب التفاضلي مؤكدة نفس

الاتجاه وتمسكة بالفصل 109 من م ح ع باعتباره الفصل المنطبق لفض الخلاف بين الشفيح بالتقاضي والشفيح بالتراضي.

وان النزاع تعلق في موضوع القضية محل نظر محكمة التعقيب بخلاف بين شفيح بالتراضي وشفيح بالتقاضي مثلما هو الامر في قضية الحال.

الرد على مستندات التعقيب

حيث لاحظ المعقب ضده ان وضعية قضية الحال لا تتعلق بحالة تعدد شفعاء الذين عبروا عن ممارسة حقهم في ممارسة حق الشفعة في ان واحد وقد سبق وان قام احد الشركاء "م.ن.ب.س" بتطبيب الشفعة وديا مع منوبه "ع.ق.ب" بموجب الكتب المحرر بالحجة العادلة في 2015/01/07 وان منوبه اجاب عارض الشفعة انه لم يعد مالكا بالعقار بموجب تطبيب الشفعة لفائدة المدعو "م.ن.ب.س" المالك الشريك في العقار. و قد نص الفصل 107 من م ح ع انه لا شفعة لشريك على شريكه و قد بات الشريك الذي انتقل له المبيع بموجب تطبيب الشفعة "م.ن.ب.س" مالكا للأجزاء موضوع دعوى الشفعة وهو مالكا وشريكا وعبر عن رغبته في ممارسة حق الشفعة قبل المعقب وكان له ذلك بصفة ودية قبل تعبير المعقب على رغبته في ممارسة حقه في الشفعة .

وقد اجاب المشتري انه لم يعد مالكا بموجب تطبيب الشفعة وديا مع منوبه الدخيل قبل القيام بإجراءات الشفعة.

و انه يتبين من محضر عرض المال ان المدعي في الاصل المعقب الان مارس حقه في الشفعة بتاريخ 2015/02/02 بموجب محضر عرض مال الشفعة حسب الرقم عدد 52991.

وان عقد تطبيب الشفعة كان في 2015/01/07 و ان المدعي في الاصل لم يكتسب بعد صفة الشفيح ضرورة ان تلك الصفة تكتسب من يوم الاعلان عن الرغبة في ممارسة حقه في الشفعة وقبل ذلك تبقى له صفة المالك في العقار فحسب مثل بقية المالكين الشركاء.

وان ابرام عقد تطيبب الشفعة قبل ان يكتسب المدعي صفة الشفيع اي قبل ان يعرب عن رغبته في ممارسة حق الشفعة لا ينطبق عليه الفصل 114 من م ح ع وهو ما ذهبت اليه محكمة التعقيب في قرارها عدد 70402/ 2012 بتاريخ 2013/04/26.

المحكمة

عن جملة المطاعن لترابطها واتحاد القول فيها.

حيث تمثلت المسألة الخلافية في قضية الحال في خصوص مناط انطباق احكام الفصل 109 من م ح ع من حيث المقصود بالشفعاء و مفهوم التزام كما يتناول الخلاف مجال انطباق احكام الفصل 114 من م ح ع حول المقصود بعمليات التفويت هل المقصود بها تلك المبرمة لفائدة الشخص الاجنبي الغير مالك في العقار المشترك ام تشمل ايضا تلك المبرمة لفائدة الشريك.

حيث وفي خصوص المسألة الاولى المتعلقة بتحديد صاحب الحق في المطالبة بالترتيب الوارد بالفصل 109 من م ح ع فقد نصت احكام الفصل المذكور انه اذا تعدد الشفعاء و هو ما يعني ان صفة الشفيع هي التي يتولد منها الحق لصاحبها في المطالبة باعمال الترتيب الوارد بالفصل المذكور .

وحيث نص الفصل 103 من م ح ع في تعريفه للشفعة بانها حلول الشريك محل المشتري في التملك بمبيع شريكه وبناء على هذا التعريف فان حق الشريك في الحلول محل المشتري يتكون بمجرد وقوع البيع من احد الشركاء لأجنبي ويصبح بالتالي الشريك شفيعا بالضرورة وعليه فان ما ذهبت اليه محكمة الحكم المطعون فيه ان صفة الشفيع لا تتوفر للشريك الا عند شروعه في ممارسة اجراءات الشفعة هو قول غير مؤسس قانونا و فيه خرق لاحكام الفصل 103 المشار اليه ضرورة ان ممارسة اجراءات الشفعة هي نتيجة اكتسابه الحق في الشفعة و بالتالي صفة الشفيع ولا يمكن ان تكون سبب اكتسابه لتلك الصفة.

وحيث وطالما ان كل شريك له طبق الفصل 103 من م ح ع الحق في الشفعة فان المسألة تطرح في حالة تعدد الشركاء وبالتالي تزامهم في الانتفاع بحق الحلول محل المشتري الاجنبي في الملك المشترك كما هو الحال في دعوى الحال تتمثل في كيفية الانتفاع بهذا الحق فهل يعتمد في ذلك قاعدة الاسبق في ممارسة الحق بحيث ان الاسبق في التاريخ يتقدم على بقية الشفعاء و يسقط بالتالي حق هؤلاء في ممارسة الشفعة لانتهاء موضوعها بموجب عقد البيع الحاصل للشفيع الذي مارسها بتاريخ اسبق عن بقية الشفعاء .

وحيث يتضح بالرجوع لأحكام الفصل 109 من م ح ع ان المشرع كان واضحا في استبعاد معيار الزمن لحل اشكالية التزام اذ يؤخذ من عبارته الصريحة ان المشرع عين مراتب الشفعاء طبق ترتيب تفضلي يعتمد فيه اولا على قاعدة الملكية وطريقة انجراها للورثة اولا وعلى توزيع الانصبة بين الشركاء ثانيا فيقدم صاحب النصيب الاوفر على صاحب النصيب الاقل دون ان ينص الفصل على مسالة الاسبقية في ممارسة حق الشفعة بأي وجه كانت سوى بعرض مال الشفعة او بإبرام عقد رضائي في الغرض من قبل احد الشركاء مع المشتري وهو ما يعبر عنه تطيبب الشفعة كما هو الشأن في قضية الحال او حتى بموجب حكم قضائي قاض بإلزام الشريك بالحلول محل المشتري مما يجعل ما انتهت اليه المحكمة الحكم المطعون فيه من اعتماد معيار الاسبقية في ممارسة الشفعة و القول بسقوط حق بقية الشفعاء في ممارسة حقهم في الشفعة رغم ان اجال الشفعة مازالت قائمة فيه تحميل النص القانوني ما لا يحتمل وإفراغه من جدواه و من الغرض الذي شرع من اجله وتكون بذلك قد خالفت القواعد الخاصة في ترتيب الشفعاء و خرقت الفصل 109 من م ح ع مما يتعين نقض قرارها من هذه الناحية.

وحيث و بخصوص مناط انطباق الفصل 114 من م ح ع فانه يؤخذ من هذا الفصل انه جعل التفويطات التي يبرمها المشتري خلال سريان اجال الشفعة غير نافذة في حق الشفيع دون ان يخص ذلك بالتفويطات الحاصلة لفائدة المشتري الاجنبي مما تكون معه عبارات النص مطلقة وتنطبق بالتالي ايضا على تلك الحاصلة لفائدة الشريك ولا تكون بالتالي نافذة في حق

الشريك الشفيح سيما ان ممارسة الحق في الترتيب التفاضلي طبق الفصل 109 من م ح ع تقتضي حتما انتفاع الشريك بقاعدة الفصل 114 المذكور لحمايته من تصرفات بقية الشفعاء التي تستهدف حقه في التقدم عليهم طبق قواعد الترتيب التفاضلي المشار اليها اعلاه . و بالتالي فان اعتبار محكمة الحكم المطعون فيه ان عقد تطيبب الشفعة الذي ابرمه المشتري مع الشفيح لا تشمله احكام الفصل 114 من م ح ع باعتبار التفويت حاصل لشريك هو من قبيل تضيق في مقصود نص قانوني جاء مطلقا و في ذلك مخالفة لقاعدة الفصل 532 من م ح ع الذي اقتضت انه اذا جاءت عبارة القانون مطلقة يجب ان تؤخذ على اطلاقها الامر الذي يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه مع الاحالة.

لذا ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الاصل بنقض القرار المطعون فيه وإرجاع القضية الى المحكمة الاستئناف بنابل لتتظر فيها بهيئة اخرى وبإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن اليه.

صدر هذا القرار عن الدائرة السابعة المجتمعة بحجرة الشورى يوم الاربعاء 13 جوان 2018 برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وإيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيد شكري الدردوري وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة امال بن نصر.

حرر في تاريخه