الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل **الحمــد لله**

محكمــة التعقيــب

***ع31430.2015دد القضيــة**

تاريخــه :2016/02/24

أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 5209 والمقدم بتاريخ 2015/11/4 من طرف الاستاذ "س. ب. ش" المحامي لدى التعقيب.

في حــق: "ع. ب. م. ط. ب. ي. ت".

محاميه الاستاذ "ح. ع".

طعنا في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بالكاف تحت عدد 35442 بتاريخ 11 جوان 2015 والقاضي : نهائيا بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بصحة اجراءات الشفعة واحلال موكلة المستانف المسماة "ف. ب. ح. ق. م" محل المستانف ضده في التملك بالمبيع الماثل في المنابات المشاعة من العقار موضوع الرسم العقاري عدد ..... موضوع عقد البيع المبرم بين هذا الاخير والمسماة "ع. ب. ع. ب. ع. ف" بموجب عقد البيع المحرر بواسطة الاستاذ "ح. ن" المحامي والمسجل بالقباضة المالية بالدهماني في 25 مارس 2013 وتغريم المستانف ضده لفائدة المستانف بثلاثمائة دينار لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة عن هذا الطور واعفاء المستانف من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه وحمل المصاريف القانونية على المستانف ضده ورفض الاستئناف العرضي اصلا.

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة للمعقب ضده بتاريخ 2015/11/18.

وبعد الاطلاع على جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 من م م م ت تقديمها.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية الكتابية

وبعد الاطلاع على القرار المنتقد وعلى كافة اوراق القضية.

وبعد المفاوضة طبق القانون صرح بما يلي:

من حيث الشكـل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونية لذلك فهو حري بالقبول شكلا .

من حيث الاصـل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها القرار المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل (المعقب ضده الان) لدى محكمة الدرجة الاولى عارضا ان موكلته شريكة في ملكية العقار المشاع موضوع الرسم العقاري عدد ..... وقد تولت المرأة "ع. ف" احدى الشريكات في العقار المذكور التفويت في مناباتها بالبيع لفائدة المدعى عليه (المعقب حاليا) بثمن قدره (5000.000د) وذلك بموجب الكتب الخطي المحرر من الاستاذ "ح. ن" المحامي بتاريخ 18 مارس 2013 المعرف بالامضاء عليه بتاريخ 21 ماري 2013 والمسجل بالقباضة المالية الدهماني في 25 مارس 2013 والمرسم بالسجل العقاري بتاريخ 30 ماي 2013 وقد تولت موكلة العارض ممارسة حق الشفعة بخصوص شراء المدعى عليه لتلك المنابات وللغرض تولى المدعى في حقها عرض قيمة المبيع مع المصاريف القانونية بواسطة عدل المنفذ "ع. ي" بتاريخ 17 اوت 2013 تحت عدد 15970 لكن تم رفض العرض مما اضطر المدعي الى تامين المال المعروض على ذمة المشتري بالقباضة المالية بالكاف حسب الوصل المؤرخ في 28 اوت 2013 واستنادا لما ذكر طلب نائب المدعي القضاء بصحة اجراءات الشفعة واخلال المقام في حقها محل المدعى عليه فيما اشتراه وتغريمه لفائدة المدعي بخمسمائة دينار لقاء كلف تقاضي واجرة محاماة.

وحيث بعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت المحكمة الابتدائية بالكاف حكمها عدد 3140 بتاريخ 2 جوان 2014 والقاضي ابتدائيا برفض الدعوى وابقاء مصاريفها القانونية محمولة على القائم بها وتغريمه عرضيا لفائدة المدعى عليه بمائتي دينار لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة.

وحيث استانف المدعى في الاصل في حق موكلته الحكم المذكور طالبا نقضه والقضاء من جديد لصالح الدعوى

وحيث اصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها المضمن نصه بباب الاجراءات

وحيث تعقبه المستانف ضده ناعيا عليه بعد استعراض وقائع القضية واجراءاتها ما يلي :

- المطعن الاول:

مخالفة الفصل 111 من مجلة الحقوق العينية:

قولا ان الفصل المذكور الزم الراغب في الشفعة بعرض الثمن والمصاريف وقد كانت عباراته واضحة وبالتالي تعصمه من الشرح والتاويل عملا باحكام الفصل 532 من م ا ع القائل بان النص القانوني لا يتحمل الا المعنى الذي تقتضيه عبارته وبالتالي فان كلمة "مصاريف" الواردة بالفصل 111 الانف الذكر لا تتحمل غير معنى المال المبذول دون زيادة ولا نقصان حسب المؤيدات المقدمة وان كانت على خلاف الحقيقة والواقع يظل طالب الشفعة ملزما بالاثبات كما انه لا يعذر بجهله للمصروف ولا باخلال الشاري بواجب الاعلام علما ان هذا القول له اصل في مؤسسة الشفعة ذات الصيغة الاستثنائية الخارقة لقاعدة حرية التعاقد والناسفة لحق التملك طالما تحرم المشتري مما اشتري ومن اجل ذلك استقر الراي على ان الشفعة من اخطر المؤسسات القانونية وهو ما اوجب الجد عند الاخذ بها واستوجب من طالبها العناية والحذر والدقة في إتمام موجباتها خاصة وان الاجل المحدد لها على غاية الوسع ويتيح كل حظوظ الفوز بها غير ان المعقب ضده لم يقم ادنى دليل على انه اجتهد في السعي لمعرفة اجر التحرير حيث كان ممكنا الالتجاء الى محضر استجواب المحرر والى الاذن له على العريضة او تسعير هيأة المحامين وقد ادلى المعقب بوصل من محرر العقد به (450.000د) اجرة عن التحرير لكن الشفيع عرض مبلغا اقل مخالفا بذلك احكام الفصل 111 من م ح ع وهو ما يجيز اسقاط الشفعة خاصة وان العبرة ليست في الاجتهاد لتحديد الاجر كما جاء في قرار الاستئناف بل في الاجتهاد في السعي لمعرفة الاجر وهو ما كان منه الملف خليا.

-المطعن الثاني:

*** الافراط في السلطة وضعف التعليل:**

بمقولة ان الحكم الابتدائي راعى الفصل 111 حق رعايته بالقول ان المدعي قدر المصروف جزافا والحال ان غاية الفصل المذكور هي عرض المال المدفوع فعلا لكن محكمة القرار المنتقد نقضت هذا الحكم المؤسس على القانون وذلك بناء على الاجتهاد مع انه معلوما ان الاجتهاد لا ينقض ما قرره القانون وقد اكد المشرع صلب الفصل 111 لزوم عرض او

تامين المصروف لا اكثر ولا اقل بقطع النظر عن المنفعة او عن الضرر التي قد تحصل للمشفوع عنه وبذلك تكون محكمة القرار المنتقد قد افرطت في السلطة.

وعلاوة على ذلك فان الفصل 115 من م ح ع لم يرسم جزاء عند اخلال المشتري بواجب الاعلام ولم يخول للشفيع عرض وتامين الثمن والمصاريف كما يحلو له حسب تقديره ورغبته وهو ما يوجب على الراغب في الشفعة ان يبذل كل الجهد لمعرفة المصاريف المسددة فضلا ذلك ان التعلل بعدم اعلامه لا يبرر التقاعس عن البحث فيها من طالب الشفعة ذلك ان الاخير في الذكر هو المدعي وبالتالي من واجبه اثبات ما يدعى ومن ثمة تكون محكمة القرار المنتقد قد خالفت الفصل 111 من م ح ع بقولها ان الشفيع غير ملزم بالبحث طالما ان الاعلام بالشراء في تفاصيله انما دعوة وتيسير للشفيع فمثل ذلك القول مخالف لروح الشفعة ولصبغتها الاستثنائية التي تحتم التضييق والشدة وليس التيسير والتجاوز واستنادا لما ذكر طلب نائب المعقب قبول الطعن شكلا واصلا.

وحيث اجاب عن ذلك الاستاذ "ح. ع" بما يلي :

*** عن المطعن الماخوذ من مخالفة الفصل 111 من م ح ع :**

بمقولة ان الشفعة ليست خطيرة على حرية التعامل ولا هي شديدة الوقع عليه بل هي تقييد للتعاقد في حالات اذا ما اجتمعت اسبابها أي انها مجرد خيار وهي ليست بالقدسية ولا بالالزامية التي يريدها لها الطاعن وكونها استثنائية حين تدخلها في نطاق المعاملات فهي تشترك في ذلك مع رخص اخرى قانونية منها حق الاولية في الشراء وحق اسقاط الحق الممنوح للدولة او لمن له بعض مالها من امتياز في التعاقد مع الغير وطالما كان الامر كذلك فان المحكمة تستطيع ازاءها وفي نطاق بحثها عن معنى التشريع وروح النص تفعيل قواعد الاجتهاد اذا ما ظهرت لذلك ضرورة (كما في قضية الحال) خلاف ما ينكره عليها الطعن واستنادا لما ذكر ووفقا لمالها من حق في فهم نص القانون اعملت محكمة القرار المنتقد اجتهادها في مسالتين : تتعلق اولادها بالصورة التي يعرض فيها الشفيع اكثر من المصاريف المبذولة فيما تتعلق الثانية بالصورة التي يدفع فيها الشفيع اقل مما بذل لقاء تلك المصاريف بالنسبة للحالة الاولى وهي متعلقة بمصاريف العقد ما عدى تحريره فان الطاعن يعيب على المعقب ضده عرضه ثم تامينه لمبلغ عشرة دنانير كلفة التعريف بالامضاء على العقد بينما نظير ذلك الحقيقي خمسمائة مليم .

وقد اجابت المحكمة عن هذا الماخذ بمقولة: "أن تامين مبالغ زائدة عن الواجب تامينه ليس من شانه ان يؤدي الى الاخلال باجراءات الشفعة طالما ان ذلك لا يؤدي الى الاضرار بالمشفوع عنه وانما يعد ذلك في منفعته ان شاء قبله وان شاء رده." فالغاية اذن هي ان لا يتضرر الشاري في ممارسة الشفعة ضده اضافة الى انتزاع المبيع من يده وهو ما يستشف من الفصل 113 من م ح ع الذي مكنه من غلة المشفوع فيه الى وقت القيام بالدعوى ومن استرداد المصاريف الضرورية والتحسينية.هذا كما ان الزيادة في عرض المصاريف او تامينها على النحو لسالف الذكر قد تبررها ظروف التعاقد فبالنسبة للكتب الخطي يمكن ان يكون في عدد غير معلوم من النظائر ويختلف معلوم التعريف بالامضاء حسب عدد النسخ والنتيجة ان الزيادة في عرض المصاريف لا يخل باجراءات الشفعة وعلى هذا الراي استقر فقه القضاء.

اما بالنسبة للحالة الثانية والمتعلقة بعرض اقل من المصروف الذي يدعيه الشاري لتحرير العقد فقد اجابت عليه محكمة القرار المنتقد كذلك بما هو مطابق للقانون اذ جاء بمستندات قرارها انه ما دام لم يضبط العقد مصروفا تحريره وما دام ان المشفوع عنه اخل بواجب اعلام الشفيع بالشراء بواسطة عدل تنفيذ مع بيان الثمن والمصاريف طبقا لاحكام الفصل 115 من م ح ع فانه لم يكن من مانع ولا من خيار للشفيع في ان يجتهد في تقدير مصروف العقد المحرر من قبل محام ويقع ذلك بالتنظير باجرة غيره من محرري العقود وقد عرض المعقب ضده مبلغ اربعمائة دينار بعنوان اجرة تحرير العقد الذي حدد فيه الثمن بخمسة الاف دينار وقدم تاييدا لذلك وصلا مسلما من المحامي محرر العقد في بيع مماثل قدرت اجرته بمائتين وخمسين دينارا .

وهنا لابد من التذكير انه ما كان على الشفيع ان يسعى لدى محرر العقد لمعرفة حقيقة اجرته لانه من الممكن ان يغالي في ذلك لمنعه من الاخذ بحقه في الشفعة .

*** عن المطعن الماخوذ من الافراط في السلطة وضعف التعليل:**

بمقولة ان هذا المطعن هو تقريبا اعادة لسابقه وبالتالي فان المحكمة ليست ممنوعة من اعمال قواعد الاجتهاد لفهم احكام الشفعة بينما جاء الفصل 115 من م ح ع في صيغة آمرة ليطلب من المشتري اعلام الشفيع بالثمن والمصاريف وجزاء الاخلال بهذا الاعلام ان يجتهد الشفيع ومن بعده المحكمة في تقدير تلك المصاريف حسب الضوابط القانونية (اجرة عدول

الاشهاد) التي لم تـخرج عنها مـحكمة القرار المنتقد وعليه انتهى لطلب رفض مطلب التعقيب اصلا .

الـــمحكمة

*** عن الـمطعنين معا لتداخلهما ووحدة الـقول فيهما:**

حيث نعى الطاعن على مـحكمة القرار المنتقد مـخالفة الفصل 111 من مـجلة الـحقوق العينية والافراط في السلطة وضعف التعليل على اعتبار ان عدم صحة المبالغ التي تم تامينها بعنوان مصاريف العقد الـمشفوع فيه من شانه ان يؤدي الى بطلان اجراءات الشفعة وذلك خلافا لـما ذهبت اليه الـمحكمة الـمذكورة مبررا موقفه هذا بان الشفعة كمؤسسة استثنائية وما تكرسه من خرق لقاعدة حرية التعاقد ومساس بـحق الملكية فان احكامها غير قابلة للتاويل والتوسع في معانيها.

وحيث خلافا لما ذكر فانه يتجه التذكير انه من المقر فقها وقضاء انه ولئن كان القانون المنظم لحق الشفعة هو قانون خاص لا يجوز للمحكمة التوسع فيه الا انه غير محجر عليها الاهتداء بروح التشريع ومقاصده حتى تتلافى ما قد يظهر من ثغرات في احكامه عن طريق القياس او القواعد القانونية العامة خاصة وان لاشيء بتلك الاحكام يمنع صراحة ذلك.

وحيث تعلق الاشكال القانوني المطروح في قضية الحال بمدى تاثير عدم دقة المبالغ المعروضة او المؤمنة بعنوان المصاريف المبذولة بمناسبة العقد على صحة اجراءات الشفعة.

وحيث في هذا الاطار طرح الطاعن على محكمة القرار المنتقد مسالة اولى تتمثل في ان الشفيع عرض عليه وامن بعنوان كلفة التعريف بالامضاء على العقد مبلغا اكثر مما بلغه اما الـمسالة الثانية فتتمثل في ان الـمبلغ الذي امنه بعنوان مصاريف تـحرير العقد تقل عن الـمبلغ المبذول حقيقة بذلك العنوان واستنادا لـما ذكر ولـمقتضيات الفصل 111 من مـجلة الـحقوق العينية تـمسك ببطلان اجراءات الشفعة.

وحيث ووفقا لمالها من حق في تكييف الوقائع وتنـزيل النص القانوني الـملائم عليها وفهم مقصد الـمشرع منه اعملت مـحكمة القرار الـمطعون فيه كمحكمة موضوع اجتهادها في الـمسالتين الـمذكورتين بما هو صائب ضرورة ان تامين مبالغ زائدة عن القدر الواجب تامينه ليس من شانه ان يؤدي الى الاخلال باجراءات الشفعة طالـما ان ذلك لا يؤدي الى الاضرار

بالمشفوع عنه وهو ما كرسه المشرع صلب القاعدة الاصولية مناط الفصل 541 من مجلة الالتزامات والعقود التي جاء بها ما يلي :" اذا احوجت الضرورة لتاويل القانون جاز التيسير في شدته ولا يكون التاويل داعيا لزيادة التضييق ابدا".

وحيث علاوة على ذلك وبخصوص ما دفع به الطاعن بشان مصاريف تحرير العقد من ان الشفيع امن مقابل ذلك مبالغ تقل عن المبلغ المبذول حقيقة فقد تبين ان العقد المشفوع فيه لم يتضمن قيمة المبلغ المبذول لقاءها كما ان تلك المصاريف ليست محددة ومعلومة لدى الشفيع كما ان الاخير في الذكر لا يمكن له معرفتها وتحديد قيمتها ذلك انها غير مضبوطة بلوائح او قوانين وتبعا لذلك فان امكانية علمه بها تبقى رهينة قيام المشفوع عنه بواجبه المحمول عليه بمقتضى الفصل 115 من م ح ع والمتمثل في وجوبية اعلام الشفيع بالشراء بواسطة عدل تنفيذ مع بيان الثمن والمصاريف.

وحيث طالما اخل الطاعن بوصفه مشفوع عنه بواجبه المذكور ولم يتمكن المعقب ضده من معرفة حقيقة قيمة تلك المصاريف بسبب خلو العقد من أي تنصيص بشانها فانه لا يمكن تحميل الاخير في الذكر تبعة ذلك باعتبار ان الامر يتعلق بخلل خارج عن نطاقه مثلما سلف شرحه.

وحيث تفريعا على ذلك فان الشفيع أي المعقب ضده لا يكون ملزما بالبحث عن حقيقة تلك المصاريف وانما له ان يجتهد في تقديرها وتامينها اخذا بالشفعة كما في صورة قضية الحال اذ انه اجتهد بشانها اعتمادا على ما يقبضه محررو مثل تلك العقود ومنهم عدول الاشهاد وبتالي فان ما قام به المعقب ضده من تامين مبلغ بذلك العنوان اقل من المبلغ المبذول حقيقة ليس من شانه ان يمس من سلامة اجراءات الشفقة وصحتها.

وحيث ان القول بخلاف ذلك وبتحميل الشفيع باعتباره المدعى في دعوى الشفعة عبء اثبات حقيقة المصاريف غير مستساغ قانونا لتعارضه مع قواعد الاثبات ومع مقتضيات الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية كما ان هذا القول من شانه القضاء على مؤسسة الشفعة اذ يجعل الحق في ممارسة الشفعة رهين ارادة محرر العقد المشفوع فيه وكذلك ارادة المشفوع عنه والذين يمكنهما السعي بكل السبل الى اخفاء القيمة الحقيقية لمصاريف تحرير العقد للنيل من سلامة اجراءات الشفعة والاضرار بحقوق الشفيع وامكانية تفويت الاجال القانونية عليه في الاخذ بها .

وحيث كان القرار المنتقد والحالة تلك سليم المبنى واقعا وقانونا ومعللا تعليلا مستساغا

مستمدا مـما له اصل ثابت بـمظروفات الـملف ولم تات الـمستندات بـما يوهنه وتعين بالتالي رفض الطعن.

لــذا ولهـذه الاسباب

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

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 24 فيفري 2016 عن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيدة الهام البناني وعضوية المستشارتين السيدتين نجوى الملولي وليلى الجميل وبمحضر المدعي العام السيد منذر بالفقي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد احمد عبيد.

وحــرر في تاريخه