

الجمهورية التونسية  
وزارة العدل  
محكمة التعقيب

\*ع2016.38180دد القضية

تاريخه: 2017/04/11

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 13 ماي 2016 تحت  
ع4991دد من الأستاذ "ع.ع" المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن: 1/"ا.ع".

2/"ع.ع".

ضد: 1/"ه.ب".

2/"س.ب"

محاميهما الأستاذ "ص.خ".

3/"ا.ص".

طعنا في القرار الاستئنافي المدني ع22630دد الصادر بتاريخ 11  
نوفمبر 2015 عن محكمة الاستئناف بنابل والقاضي: "قضت المحكمة بقبول  
الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي مع تعديله وذلك برفض  
الدعوى وإعفاء المستأنفين من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليهما وحمل  
المصاريف القانونية .

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل

التنفيذ الأستاذ "ع.ج" حسب محضره ع18882دد بتاريخ 18 ماي 2016 .

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة

في 26 ماي 2016 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 09 جوان 2016 من الاستاذ "ص.خ" نيابة عن المعقب ضدهما "ه" و"س" والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب شكلا.

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

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

### من حيث الشكل:

حيث تأسست الدعوى على طلب كل من "ا.ع" و "ع.ع" بإبطال كتب الاعتراف بدين وعقد الرهن المؤسس عليه باعتبارهما اشتريا العقار موضوع عقد الرهن بموجب الشفعة قبل إبرام العقدين المذكورين وحيث ان حلول الشفيعين في المنابات المشفوع فيها محل المشتري يكون انصافا بينهما قانونا وبالتالي فإن كل شفيع بإمكانه المطالبة منفردا بالدعوى في حدود مناباته الراجعة له بموجب الشفعة مما يجعل دعوى الحال تتجزأ وبالتالي فإنه يقبل الطعن من أي من الأطراف ان كان الطعن متعلقا بسبب يخصه شخصيا عملا باحكام الفصل 179 م م ت.

وحيث ولئن طعن كل من "ا.ع" و "ع.ع" في القرار الاستئنافي بالتعقيب وثبت ان "ع.ع" كان متوفيا زمن قيامه بالمطلب المذكور فإن مطلبه فقط يكون مرفوضا شكلا للقيام به من طرف ميت ولا يمكن تصحيح ذلك الخلل لانعدام صفة القيام لديه طبق احكام الفصل 19 من م م ت واتجه رفض مطلب تعقيبه شكلا.

وحيث طالما كانت الدعوى تتجزأ حسبما تم بسطه اعلاه فإن قيام "ا.ع" يبقى صحيحا ويتجه قبوله من هذه الناحية عملا باحكام الفصلين 175 و 179 م م ت.

## من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعيان في الأصل (المعقبان الان) امام المحكمة الابتدائية بقرمبالية عارضين ان المدعى عليهما المعقب ضد هما الآن "ه" و "س.ب" بمعية كل من "ع" و "ر.ب" تولوا شراء جميع المنابات الشائعة الراجعة للمستحقين "ح" و "ق" و "م" و "ح" ابناء "ع.ع" ووالدتهم "ز.س" في العقار موضوع الرسم العقاري ع33806دد نابل وكذلك في العقار موضوع الرسم العقاري ع34072دد نابل وذلك العقد المسجل بالقباضة المالية في 17 مارس 2005 والمرسم بالسجل العقاري في 26 مارس 2005 وقد تولى المدعيان القيام بإجراءات الشفعة في المبيع وصدر لفائدتها الحكم في القضية ع7553دد بتاريخ 06 مارس 2006 قاضيا بصحة إجراءات الشفعة و إحلالهما محل المشتريين فاستأنفه المدعى عليهم في قضية الشفعة "ع" و"ه" و"ر" و"س" وأثناء نشر القضية الاستئنافية عمد المدعى عليهما "ه" و"س" ابرام كتب اعتراف بدين بمبلغ ثلاثين الف دينار لفائدة المدعى عليه الثالث "ا.ص" مسجل بتاريخ 15 مارس 2008 ثم ابرما معه عقد رهن عقاري تسلط على منابتهما المشاعة التي آلت اليهما بموجب العقد موضوع قضية الشفعة وقاما بترسيم ذلك الرهن بالسجلين العقاريين بتاريخ 02 افريل 2008 وتمسك بان كتب الاعتراف بالدين باطل لوجود علاقة قرابة بين المدعى عليهم وسكناهم بمكان واحد مما يدل على وجود تواطئ بينهم بخصوص عملية القرض لغاية ابرام عقد الرهن وان المدعى عليه الثالث لم يثبت انه كان لديه زمن ابرام العقد مبلغ القرض او انه بسحبه من رصيده كما ان المدعى عليهما المقترضين لم يثبتا انهما تسلما المبلغ فعليا مما يكون دليلا قاطعا على صورية كتب الاعتراف بالدين ويكون بالتالي فاقد للسبب والمحل على معنى الفصول 62 وما بعده و67 وما بعده م ا ع مضييفا ان كتب الرهن العقاري بدوره باطلا لتاسيسه على كتب اعتراف بدين ثبت بطلانه وتطبيقا

لمقتضيات الفصل 114 م ح ع الذي ينص على انه لا تمضي على الشفيع عمليات التفويت التي قام به المشتري قبل انقضاء اجل القيام بالشفعة وان ما قاما به يعد تحيلا على القانون وانه ليس للمطلوبين الحق في التصرف في المنابات المشاعة موضوع قضية الشفعة وان توظيف رهن عقاري على المنابات المشاعة تعتبر من غلة تلك المنابات التي هي من حق الشفيع دون المشتري طبق احكام الفصل 113 م ح ع وان صورية الدين والالتجاء الى عملية الراهن العقاري انما هو لغاية الاضرار بمصالح منوبيه كدائنين وعملا باحكام الفصل 306 م ا ع طلبا الحكم بابطال كتب الاعتراف بالدين وابطال عقد الرهن العقاري والاذن للسيد حافظ الملكية العقارية بالتشطيب على مضمون الكتب من السجلين العقاريين .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت المحكمة الابتدائية بقرمبالية حكمها ع-33252دد بتاريخ 29 جوان 2009 قاضيا بعدم سماع الدعوى الاصلية وابقاء مصاريفها محمولة على القائمين بها وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الأصل بتغريم المدعيين للمدعى عليهما الهادي وسالم بمائتي دينار (200د000) لقاء أتعاب التقاضي وأجور المحاماة استنادا الى ان إبرام المدعى عليهما كتب الاعتراف بالدين وعقد الرهن لا يحرم المدعيين من الوصول الى حقوقهما طالما ان قضية الشفعة سند الدعوى لا يزال موضوع استئناف وان انطلاق حقوق الشفيع تكون بصدور حكم بات الرهن ليس من عمليات التفويت وبالتالي فإن الفصل 114 م ح ع لا ينطبق كما انه لم يثبت أي فعل يستفاد منه نيّة الإضرار بحقوق المدعين وأضحت بذلك الشروط المنصوص عليها بالفصل 306 م ا ع غير متوفرة والدعوى فاقدة لأسانيدھا القانونية والواقعية .

فاستأنفه المدعيان في الأصل "ا.خ" و "ع.ع" امام محكمة الاستئناف بنابل التي أصدرت قرارها ع-14066دد بتاريخ 11 جانفي 2012 قاضيا نهائيا بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل باقرار الحكم الابتدائي وتخطية المستأنفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهما وتغريمهما لفائدة

المستأنف ضدهما "ه" و"س" باربعمئة دينار (400-000) لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة بناء على عدم توفر صفة الدائن في القائمين بالدعوى بوصفهما شفيعين بموجب حكم ابتدائي جاء لفائدتهما مما يجعل تاسيس الدعوى على أحكام الفصل 306 م ا ع في غير طريقه لعدم توفر شرطه الأساسي.

فتعقبه المستأنفان ناعين عليه هضم حقوق الدفاع وضعف التعليل والخطا في تطبيق القانون:

فأصدرت محكمة التعقيب قرارها عد79049دد بتاريخ 12 مارس 2014 قاضيا بقبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بنابل لاعادة النظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنين من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليهما على اساس ان نائب المستانفين تمسك ضمن مستندات طعنه بصورية عقد الاعتراف بالدين وبتواطئ المستانف ضدهم للاضرار بمصالح منوبيه وبتثقل منابتهما المشاعة التي آلت اليهما بموجب الشفعة برهن عقاري تساوي قيمته ثمن تلك المنابات بما يجعلهما مطالبين بخلص ذلك المبلغ وطلب الحكم بابطاله وبصفة عرضية التحرير على المستانف ضدهم ومطالبتهم بالاداء بالوثائق المثبتة لتسلم مبلغ القرض بصفة فعلية وفي ماذا تم صرفه ورغم اهمية ما اثاره المستانفان فإن محكمة القرار المطعون فيه لم تجب عن هذا الدفع وفي ذلك هضما لحقوق الدفاع يعرض حكمها للنقض مضيفة ان صفة الدائن التي اقتضاها الفصل 306 م ا ع لا تقتصر على الدائن بمبلغ مالي وانما هي اهم واوسع وتشمل جميع الحقوق الراجعة للدائنين والتي ابرم في شأنها المدين عقودا وتغريرا او تدليسا بغاية الاضرار بهم والمعقب ضدهما الاول والثاني ملزمين بمقتضى احكام الفصل 113 م ح ع من وقت القيام بدعوى الشفعة بعدم التصرف في غلة المشفوع فيه وقيام المعقب ضدهما بتثقل المنابات المشاعة برهن عقاري يعد تصرفا في غلة المشفوع فيه ويجعلهما بمثابة المدين الذي ابرم عقودا في شأنه ويجيز لدائنيه الطعن فيه طبق احكام الفصل 306 م ح ع وتكون بذلك محكمة القرار المطعون فيه لما نفت صفة الدائنين على

الطاعنين ورفضت قيامهما بالدعوى البليانية قد اخطات بتطبيق الفصل 306 م ا ع والفصل 113 م ح ع وعرضت حكمها للنقض.

فاعيد نشر القضية امام محكمة الاستئناف بنابل التي اصدرت قرارها المضمن نصه بالطالع عد22630دد بتاريخ 11 نوفمبر 2015 استنادا على ان الدعوى البليانية تشترط لقيامها توفر شرطين اولهما ثبوت الضرر للدائن وثانيهما بروزنية التغير والتدليس في جانب المدين وفي هذه الصورة يتعين على الدائن اثبات وجود الدين من جهة وعسر المدين من جهة اخرى وانه على فرض التسليم بوجود الدين فإن الضرر لا تكتمل جوانبه الا بإثبات عسر المدين وان العقد موضوع طلب الإبطال يتمثل في عقد رهن وبناء على ذلك فهو لا ينتج اثاره الا متى عجز المدين عن الوفاء بما عليه طبق احكام الفصل 201 م ح ع وطالما لم يثبت ما تولد عسر المدين وصيرورته غير قادر على خلاص مبلغ القرض فإن الحديث عن تضرر الشفيع من ضرب رهن على المنايات موضوع الشفاعة يكون في غير اوانه لعدم تحقق الضرر وتكون الدعوى البليانية سابقة لاوانها لعدم ثبوت الضرر في جانب الدائن وبقائه ضررا متحملا.

فتعقبه المستانفان المدعيان في الاصل بواسطة محاميها وطالما ثبت رفض مطلب تعقيب المستانف "ع.ع" فإن المطاعن لا تخص الا المعقب "ا.ع".

### **المطعن الاول : ضعف التعليل:**

بمقولة ان اثبات عسر المدين التي اسست عليه محكمة القرار المطعون فيه قرارها يكون باثبات ان ليس لديه مال او ممتلكات تفي بخلاص الدين وهو ما يؤدي في الواقع الى اثبات امر سلبي وذلك مستحيل كما هو معلوم فقها وقضاء وينتج في ذلك ان ينقلب عبء الاثبات عن مثل تلك الحالة فيكون عندها متوجبا على المدين اثبات انه يتوفر لديه ما يكفي من الأموال او العقارات لخلاص مبلغ الدين ويتبين عندئذ ان محكمة الاستئناف لما حملت ضمنا المعقبين عبء إثبات عسر المدين والحال ان الاثبات السلبي مستحيل تكون قد صيرت قضاءها ضعيف التعليل .

## المطعن الثاني : تحريف الوقائع وخرق القانون وهضم حقوق الدفاع:

بمقولة ان محكمة الاستئناف مضت في التركيز على شروط الفصل 306 م ا ع وكان الدعوى قد تأسست على ذلك النص القانوني دون سواء وان حقيقة الامر ان الدعوى كما يتضح من عريضتها والتقارير التي تلتها والملاحظات الكتابية لدى الطور الاستئنافي قد تأسست في الواقع على عدة اسباب من بينها بطلان كتب القرض والرهن باعتبارهما صوريين ويفتقران للسبب والمحل وان كتب الرهن قد تسلط على غلة العقار التي هي من حق الشفيع كما ان الكتبيين قد ابرما تحايلا بالتواطئ بين جميع المعقب ضدهم للإضرار بحقوق المعقبين وذلك استنادا الى الفصول 62 وما بعده و67 وما تبعه م ا ع و113 و114 م ح ع وكذلك الى القاعدة القانونية العامة التي تقتضي بان التحايل يفسد كل شيء وان اقتصار القرار المعقب على النظر في الدعوى البليانية وكانها السبب الوحيد الذي تأسست عليه الدعوى وإهمال التعرض الى بقية الأسباب يعد تحريفا للوقائع.

مضيفا انه بالرغم مما ورد بالقرار التعقيبي سند الإحالة فإن القرار المعقب أهمل تماما تلك الدفوعات ولم يرد عليها ولم يقع التعرض أصلا الى صورية عقد الاعتراف بالدين ولا الى تواطئ حملة المعقب ضدهم للإضرار بمصالح منوبه سيما وجود قرابة بين جميعهم كما لم يقع التحرير على المعقب ضده الثالث حول كيفية حصوله على مبلغ القرض المزعوم ولا على المعقب ضدهما الاول والثاني حول اوجه صرف مبلغ القرض وتجاهلت محكمة الاستئناف حيثيات القرار التعقيبي التي تاسس عليهما نقض القرار الاستئنافي الاول وتكون بذلك وقعت في نفس الخطا وهضمت حقوق الدفاع.

مضيفا ان المعقب ضده الثالث وهو خال المعقب ضدهما الاول والثاني وجميعهم يقطنون بنفس المنطقة ولا احد من بينهم اثبت حقيقة علاقة المديونية ولا ما يفيد قبض المبلغ المشار اليه بكتب الاعتراف بالدين بصورة فعلية ولا ما يفيد سبب ذلك الدين ما يدل على صورية كتب الاعتراف بالدين الذي يكون باطلا لانعدام السبب والمحل عملا بالفصول 62 وما بعده و67 وما بعده م ا ع وانه لا

جدال ان كتب الاعتراف بالدين ابرم تحايلا على مصالح منوبه بغاية ترسيم رهن عقاري بالمبلغ المضمن بذلك الكتب على المنابات المشاعة من العقار موضوع الشفعة وان ذلك التصرف يعد تحايلا على القانون بوجه التحديد على الفصل 114 م ح ع وقد اقتضى المبدأ القانوني العام ان التحايل يفسد كل شيء بما يجعل كتب الاعتراف بالدين الصوري باطلا وكذلك الشأن بالنسبة لكتب الرهن العقاري الذي تأسس عليه مضيئا ان الفصل 113 م ح ع اقتضى ان غلة المشفوع فيه للمنتشري الى وقت القيام بدعوى الشفعة بما يعني انه منذ القيام بتلك الدعوى تصبح الغلة من حق القائم باجراءات الشفعة وان توظيف رهن عقاري على المنابات المشاعة موضوع الشفعة يعتبر من غلة تلك المنابات التي هي من حق الشفيع دون المشتري ويكون بالتالي ذلك الاجراء باطلا وقد اثبتت جملة تلك الدفوعات لدى محكمة الاصل لكنها لم تجب عنها بما يشكل هضما لحقوق الدفاع وخرقا للفصول 62 و67 وما بعدها من م ا ع والفصلين 113 و114 م ح ع بما يعد افراطا في السلطة على معنى الفصل 175 م م ت طالبا نقض القرار المطعون فيه وحيث رد نائب المعقب ضد هما الاول والثاني ان المعقب علي خليل عنتر توفي منذ 25 مارس 2016 قبل تقديم مطلب التعقيب طالبا رفض مطلب التعقيب شكلا .

## المحكمة

### عن المطعن الماخوذ من تحريف الوقائع :

حيث تمسك الطاعن بانه لم يؤسس طلبه ابطال كتب الاعتراف بالدين وعقد الرهن على احكام الفصل 306 م ا ع فقط بل انه استند الى مخالفة احكام الفصلين 62 و67 م ا ع والفصلين 113 و114 م ح ع والى صوريه الكتبيين. وحيث ان القيام بالدعاوى مهما كان سنده يقتضي توفر الصفة والمصلحة لذلك.

وحيث لا صفة ولا مصلحة للمعقب في طلب ابطال كتب الاعتراف بالدين المبرم بين المعقب ضد هما باعتباره لا يمس من حقوقه ولا يترتب عنه اثرا تجاهه

مما يجعل طلبه فاقدا للصفة وللمصلحة ومخالفا بذلك احكام الفصل 19 م م م ت واتجه لذلك رده.

وحيث وبخصوص عقد الرهن فإنه لا يمكن للمعقب الطعن بصوريته لان العقود تكون صورية إذا غيّرت او نقضت مفاعيل عقد ظاهر بعقد اتفق الطرفان على ان يبقى سرا بينهما فالصورية إذا هي وضع قائم على عمل ظاهر يلجا اليه الطرفان ليسترا عملا آخر اراداه حقيقة وبالتالي فإنه للاحتجاج بصورية عقد الرهن يستوجب وجود عقد آخر خفي مكتوب وهو غير صورة الحال.

### **عن المطعنين الماخوذين من خرق القانون وضعف التعليل:**

حيث ان التصرف المضر بالطالب في الأصل هو عقد الرهن الذي وظف على عقار عاد له بالملك بموجب حكم الشفعة ضمنا لدين يناهز قيمته. وحيث اجاز المشرع صلب الفصل 306 م 1 ع للدائن الطعن في حق نفسه في العقود التي تممها مدينه بانه تممها للاضرار بحقوقه تغريرا وتديسا. وحيث يؤخذ من الفصل المذكور وجوب توفر عدة شروط للطعن في تصرفات المدين عن طريق الدعوى البليانية وتتمثل في قيام حق الدائن وثبوت دينه ووجود تصرف قانوني صادر عن المدين لاحق لوجود الدين وان يكون ذلك التصرف حائلا دون استيفاء الدين وصدر بنية الاضرار بالدائن من خلال حرمانه من استيفاء دينه وان يثبت تواطئ طرفي العقد موضوع طلب الابطال وعسر المدين.

وحيث وتطبيقا لاحكام الفصل 113 م ح ع الذي اقتضى ان غلة المشفوع فيه للشفيع من وقت القيام بدعوى الشفعة ولا تاثير لاستئناف الحكم الابتدائي على ذلك المبدأ فإن دين الشفيع المعقب الان يصبح ثابتا من وقت قيامه بدعوى الشفعة باستحقاقه لغلة المشفوع فيه.

وحيث ان الرهن العقاري يضع حق الملكية ذاته ضمانا لخلاص دين معين وهو بذلك تصرف يقيد حق الملكية، فيحول دون حق المالك في استغلال عقاره واستعماله .

وحيث ابرم الرهن موضوع دعوى الحال اثناء الطور الاستثنائي لقضية الشفعة أي في زمن كان حق المعقب في الشفعة قائما بقيامه بالدعوى عملا باحكام الفصل 113 م ح ع وبصدور حكم ابتدائي لفائدته وهو ما يفيد ان الرهن ابرم بنية حرمان الشفيع من حقه في استغلال المشفوع فيه اخرى بنية تقييد حق الشفيع في الملكية.

وحيث ان التواطئ بين الدائن الراهن والمدين المرتهن ثابت بعلاقة القرابة من الدرجة الثانية التي تجمعهما والتي تؤكد علم الدائن المرتهن بحقوق الشفيع. وحيث ان اعسار المدين في الدعوى البليانية هو ان لا يكون له اموال تكفي للوفاء بحق الدائن وإذا كان يتمثل في تنفيذ التزام محمول عليه بموجب اتفاق او حكم فإن عسر المدين يتمثل في عدم قدرته على التنفيذ نتيجة التصرف المطعون فيه .

وحيث لما كان التزام المدين بموجب حكم الشفعة هو التخلي عن حق ملكية المشفوع فيه بجميع عناصره لفائدة الشفيع فإن عقد الرهن الذي ابرمه يحول دون ذلك لانه يمنع هذا الاخير من حقه في الاستغلال والتصرف في العقار المشفوع فيه وبالتالي يجعل المدين في حالة اعسار عن تنفيذ التزامه.

وحيث يؤخذ مما سلف بسطه ان محكمة القرار المنتقد لما قضت بعدم ثبوت عسر المدين قد اساءت تطبيق احكام الفصل 306 م ا ع فالعسر كشرط للابطال يقدر بالنسبة للوفاء بحقوق الدائن القائم بالدعوى البليانية فيعوق استيفاءها ولا يقدر بالنسبة للدين موضوع التصرف المطعون فيه فعقد الرهن يقيد حق ملكية الشفيع ويضر به سواء وفي المشفوع فيه بالدين موضوع الرهن او عجز عن ذلك عند حلول اجله .

وحيث والحالة ما ذكر تكون محكمة القرار المنتقد لما قضت على النحو السالف قد اساءت تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض.

## لهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب تعقيب "ا.ع" شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه في حقه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بنايل لاعادة النظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفائه من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه ورفض مطلب تعقيب "ع.ع" شكلا وحجز معلوم الخطية المؤمن في حقه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الثلاثاء 11 افريل 2017 عن الدائرة المدنية الثانية المترتبة من رئيسها السيدة رجاء الشواشي وعضوية المستشارين زكية الماجري وسنية الدبابي وبحضور المدعي العام السيدة لطفية العرفاوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة آمال بن نصر .

وحرر في تاريخه