الجمهـــوريـــة التونسيـــة

وزارة العدل **الحمـــد لله**

محكمـــــة التعقيـــب

عدد القضية 78105

جلسة : 2021-03-09

<u>مذكرة في إمكانية تعهد الدوائر المجتمعة</u>

أصـــدرت محكمة التعقيـب القرار الآتي :

بعـــد الاطـــلاع علـــى مطلـــب التعقيـــب المقـــدم فـــي 2019-06-19 تحـــت عدد 797 من طرف الأستاذ "ع.خ." المحامي لدى التعقيب

نيابـــة عـــن : ورثـــة المرحـــوم "ح.الـــق." وهـــم ارملتـــه "الـــص. ح." وأبنـــاؤه الرشـــداء منهـــا وهـــم "أ." و"ر." و"ص." المعينـــين محـــل مخـــابرتهم لـــدى محاميهم الأستاذ "ع.خ." الكائن مكتبه ...

ضدّ :

1 / ورثـــة "الـــح. الـــج." وهـــم : ارملتـــه "د. الـــغ." وابنـــاؤه "ول." و"مـــح." و"مر." القاطنين : ... ينوبهم الاستاذان" ز.الم." و "م.الت."

2 / وورثـــــة "ع.ب." وورثـــــة ابنـــــه "ل.م." وهـــــم : "آ.م." و "أم." و "س." و"لم." و"يس." أبناء "ع.م." القاطنين ...

طعنـــا فـــي القـــرار الاســـتئنافي عـــدد 4526 الصـــادر بتـــاريخ 23 مـــاي 2019 عـــن المحكمـــة الابتدائيـــة بقرمباليـــة بوصـــفها محكمـــة اســـتئناف لأحكـــام محـــاكم النـــواحي التابعـــة لهـــا بـــالنظر والقاضـــي نهائيـــا بقبـــول الاســـتئناف الاصـــلي و الاســـتئنافين العرضـــيين شـــكلا وفـــي الأصـــل بـــإقرار الحكـــم الابتـــدائي المطعـــون فيـــه واجـــراء العمـــل بـــه وتخطيـــة المســـتأنفين بالمـــال المـــؤمن وحمـــل

المصاريف القانونية عليهم وتغريمهم بالتضامن فيما بينهم لفائدة المستأنف ضدهم ورثة ***** سوية بينهم بأربعمائة دينار (400.000د) لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وبمثلها لفائدة المستأنف ضدهم ورثة "ع." و"ل." سوية بينهم.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدهم بواسطة عدل التنفيذ الأستاذة "و. م." حسب محضرها عدد 3645 بتاريخ 12-07-2019 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 15-07-2019 حسب مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرتي الرد على مستندات التعقيب المقدمتين في 30 و31 جويلية 2019 من الاستاذين "ز.الم." و "م. الت." والراميتين الى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا ان استقام شكلا.

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

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح علنا بما يلي:

<u>من حيث الشكل:</u>

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه و صيغه القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل ***** مورث (المعقب ضدهم أولا) لدى محكمة ناحية منزل بوزلفة بواسطة محاميه عارضا أن المرحوم "ع.م. " باع بصفته وكيلا عن المرحوم "ح. الج." لفائدة ابنه "ل. م." جميع حقوق موكله في المغارسة في العقار موضوع الرسم العقاري ***** بموجب حجة عادلة مؤرخة في 2004/08/03، وقد توفي الموكل "ح. الج." في 2004/10/22 وأحاط بارثه شقيقته "ف." وبتاريخ 2009/05/14 توفي الوكيل **** وأحاط بارثه زوجته "آ." وأبناؤه الرشداء المعقب ضدهم ثانيا وبتاريخ 2009/10/10 توفي المستفيد من حجة إحالة حقوق المغارسة "ل.م." وأحاط بارثه والدته "آ." واخوته وفي الأثناء وهبت المرأة "ف. الج." للعارض جميع حق رقبة ما تملك من منابات مشاعة في العقار موضوع الرسم العقاري عدد الراجعة لها بالإرث وذلك بموجب حجة عادلة مؤرخة في 2007/07/27 مسجلة في 2010/02/10 وبتاريخ 2010/03/18 توفيت الواهبة "ف." فالتحق حق الاستغلال بالرقبة لفائدة العارض وأنه بالتمعن في كتب إحالة حقوق المغارسة المحررة بالحجة العادلة في 2004/08/03 اتضح أنها انعقدت بين الهالك "ع.م" بصفته وكيلا عن مورث "ف.الج." لفائدة ابنه **** وبذلك فهي مخالفة للفصول 549 و567 و570 من م ا ع طالبا الحكم بابطالها.

وحيث وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 5949 بتاريخ 2013/03/29 يقضي ابتدائيا بإبطال حجة إحالة حقوق المغارسة المحررة بواسطة عدل اشهاد "ع.ب." وجليسه بتاريخ 2004/08/03 والمسجلة بسليمان في 2004/08/10 بوصل عدد

M018461 وحمل المصاريف القانونية على المدعى عليه وقبول الدعوى المعارضة شكلا ورفضها أصلا.

فاستأنفه الدخلاء ورثة المرحوم **** وأصدرت المحكمة الابتدائية بقرمبالية بوصفها محكمة استئناف لأحكام النواحي التابعة لها قرارها عدد 2205 بتاريخ 2014/06/12 يقضي بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا برفض الدعوى واعفاء المستأنفين من الخطية وارجاع معلومها المؤمن إليهم وإلزام المستأنف ضدهم بأن يؤدوا للمستأنفين سوية بينهم مبلغ 300 دينار لقاء أتعاب التقاضي وأجرة محاماة معدلة عن هذا الطور وحمل المصاريف القانونية عليهم ورفض الاستئناف العرضي موضوعا.

فتعقبه ورثة المدعي في الأصل بواسطة محاميهم الأستاذ "ب. ح." ناسبين له خرق القانون وانعدام التعليل وتحريف الوقائع و صدر القرار التعقيبي عدد 20404 بتاريخ 2015/11/04 بالنقض والاحالة بناءا على أن التحجير الوارد بالفصل 549 من م ا ع ينسحب على الوكيل بما يجعل عقد بيع حقوق المغارسة غير نافذ في حق الموكل خاصة وأنه لم يقع المصادقة عليه.

وبموجب طلب إعادة النشر أصدرت المحكمة الابتدائية بقرمبالية بوصفها محكمة استئناف لأحكام النواحي التابعة لها قرارها عدد 3173 بتاريخ 2016/06/06 القاضي بقبول الاستئناف شكلا ورفضه أصلا واقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به طبق نصه وتخطية المستأنفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليهم.

فتعقبه الدخلاء ورثة حسن القربي بواسطة محاميهم الأستاذ " الس." وتبعا لذلك أصدرت محكمة التعقيب قرارها عدد 44292 بتاريخ 2017-11-02 قاضي بالنقض مع الإحالة على أساس أن تحجير أن يعقد

المتصرف بالنيابة عن غيره ليس مقصورا على المقدم والمدير المنصوص عليهما بالفصل 549 من م ا ع بل يمتد حكمه حتى إلى الوكيل الاتفاقي باعتبار أن اضافة أداة التشبيه ككلمتي المقدم والمدير ليست على وجه الحصر والاستبعاد وإنما على سبيل الذكر مثلما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه عن صواب كما يؤخذ من الفصل 549 من م ا ع أنه يحجر على شخص الوكيل المتعاقد مع نفسه ولو بواسطة سواء كانت هذه الواسطة ضمن الأشخاص الذين شملهم الفصل 570 من م ا ع أو من غيرهم وعلى المحكمة إذا أسند العقد للغير لا لشخص الوكيل أن تتثبت إن كان العقد في حقيقة الأمر والواقع مسندا إلى شخص الوكيل فمجرد وجود قرابة ولو كانت متينة بين شخص الوكيل وشخص من اسند له العقد لا تكفي لقيام الوساطة مثلما جرى عليه نزاع الحال فحجة إحالة حقوق المغارسة التي أبرمها مورث المعقب بصفته وكيلا كانت لفائدة ابنه "ل."، وما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه من اعتبار الوكيل قد تعاقد لنفسه بواسطة بما يؤدي إلى فساد العقد لا سند له ضرورة أن مقتضيات الفصل 570 من م ا ع هي مقتضيات خاصة بأحكام الفصول 566 و567 و568 و568 من م ا ع دون غيرها ولا يمكن أن تنصرف لغير الصور التي وردت بها ووضعت من أجلها كما أن الوكيل المستفيد من الاحالة يعتبر غيرا لتمتعه بشخصية مستقلة ولاستقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للأب وبالتالي لا مجال للقول بأن الوكيل عقد لنفسه ولا ينطبق عليه الفصل 549 من م ا ع.

وحيث أعيد نشر القضية بسعي من المستأنفين ورثة المرحوم "ح.الق." وتبعا لذلك صدر القرار الاستئنافي عدد 4526 المبين بالطالع مؤكدا على انه ومما لا شك فيه فان تحجير ان يعقد المتصرف بالنيابة عن غيره لنفسه بواسطة ليس مقصورا على المقدم والمدير بل يمتد حكمه الى الوكيل اعتبارا لكون اضافة اداة التشبيه التبغيضية كالمقدم والمدير الواردة

بالفصل 549 لم تكن على وجه الحصر وانما على سبيل الذكر لا غير بما يستنتج منه تباعا وان ذلك التحجير انما هو تحجير شامل لكل النواب الوارد ذكرهم بالنص او غيرهم من المتشبهين بهم ولعل الوكيل اهمهم ولا خلاف بذلك على انسحاب التحجير الوارد بالفصل 549 عليه وأضافت أنه لا ريب في توفر حالة تعاقد الوكيل مع نفسه بواسطة عند بيع الوكيل مورث المستأنفين حقوق المغارسة موضوع الحجة المراد ابطالها لابنه لشدة القرابة الرابطة بين المتعاقدين وتلاقي مصلحتهما وتماهيها ويكون ذلك البيع تجاوزا لحدود الوكالة في تعارض صريح مع طبيعة ذلك العقد ولا يكون صحيحا الا اذا اقره الموكل وهو ما لم يتوفر في قضية الحال لثبوت المنازعة من قبل الأخير ومن بعده ورثته في ذلك العقد وترتيبا على ما ذكر وعملا بالقاعدة القائلة بان ما بني على باطل فهو باطل فان البيع الصادر من مورث المستافين بوصفه وكيلا لفائدة ابنه انما يكون مرميا لا محالة بالبطلان وذلك لثبوت تولي عقد الوكيل لنفسه بواسطة مناط احكام الفصل 549 من م اع .

فتعقبه المستأنفون وورد بمستندات طعنهم بعد استعراض وقائع القضية واجراءاتها نعيهم على القرار المطعون فيه ما يلي:

<u>المطاعن المأخوذة من خرق أحكام الفصول 549 و 566 و 567 و568 و570 1.427, 420, 540, 536, 534,532 , 1155,1119, 1104 من مجلة الالتزامات والعقود</u>

قولا أن محكمة الحكم المنتقد استندت لتعزيز رأيها المتعنت عن قرار محكمة النقض الى قرار تعقيبي رقم 44867 صادر عن هذه المحكمة بتاريخ 6/2/1995 اجتثت منه فقرة أخرجتها من سياقها بقولها حرفيا:" انه ورد بالقرار التعقيبي انه يؤخذ من الفصل 549 من م اع أنه يحجر على شخص الوكيل التعاقد مع نفسه ولو بواسطة سواء كانت هذه الواسطة ضمن الأشخاص اللذين شملهم الفصل 570 من م اع من نفس المجلة أو

من غيرهم .. ". وبالرجوع الى القرار التعقيبي المذكور يتضح أن المحكمة وقفت عند ويل للمصلين وأخذت بصدر الحيثية التي تتناسب واتجاهها عن قصد او عن غير قصد وتكون بذلك قد حرفت مستندات القرار التعقيبي المستشهد به والذي قضى بخلاف لما تراءى لمحكمة الحكم المنتقد وان مجرد وجود قرابة ولو كانت متينة بين شخص الوكيل وشخص من اسند له العقد لا تكفي لقيام الوساطة اذ ان القرائن لا يجوز اعتمادها الا اذا كانت قوية منضبطة ومتظافرة حسب أحكام الفصل 486 من م اع و ان ما ذهبت اليه محكمة القرار المنتقد من ان زوجة الوكيل تعد على معنى الفصل 570 من م اع واسطة تؤدي مباشرة الى فساد العقد لا سند له ضرورة أن مقتضيات الفصل 570 هي مقتضيات خاصة لا يمكن أن تنصرف لغير الصور التي وردت بها ووضعت من اجلها كما ان اعتبار الزوجة على هذا النحو يتناقض وأحكام الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية التي أفردت لها ذمة مالية خاصة فالمسالة القانونية المطروحة والتي حسمت فيها محكمة النقض ما قبل الإحالة تتمثل فيما إذا كان الوكيل الذي يبيع لابنه يعتبر قد تعاقد لنفسه على معنى الفصل 549 من م اع وأن مقتضيات الفصل 570 من م اع هي مقتضيات خاصة لأحكام الفصول 566 و 567 و 568 و 569 من م اع دون غيرها ولا يمكن أن تنصرف لغير الصور التي وردت بها ووضعت من اجلها على سبيل الحصر كما أن المستفيد من الإحالة يعتبر غيرا لتمتعه بشخصية مستقلة واستقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للأب وبالتالي لا مجال للقول بان الوكيل عقد لنفسه ويستخلص من القرار المذكور انه ليست هناك قرينة قانونية بل أن هذا التصرف جائز والأصل أنه صحيح بدليل أن المشرع استعمل صيغة النفي عند صياغته للفصل 549 من م اع أي أن بيعه وبصفة عامة تصرفه يكون صحيحا الا اذا اثبت من له مصلحة أن شراء الوكيل كان لخاصة نفسه أي أن تطبيق الفصل 549 من م اع تدرس

بشأنه النزاعات المطروحة حالة بحالة خاضعة للإثبات على معنى أحكام الفصلين 420 و 427 من م اع ورغم أن نص الفصل 549 لا يرتب البطلان ولكن اذا كانت الحالة قد ثبتت انها منعقدة لخاصة نفس الوكيل فإننا نحيل وقائع القضية اذا طالها ذلك الخلل الى الفصل 539 من نفس م اع الذي نص حرفيا أنه: " اذا صرح القانون بالنهي عن شيء معين كان إتيانه باطلا لا ينبني عليه شيء وخلاصة القول أن الحالة تكون قابلة للإبطال متى ثبت أن التصرف كان لخاصة نفس الوكيل وهو ما لم يثبت في قضية الحال و أن قرار الحكم المطعون فيه يجرنا الى استقراء الفصول 549 و 566 و 567 و 568 و 569 من م اع المتعلقة بالوكالة وإجراء مقارنات بينها للوقوف على التفسير ومعلوم قانونا انه يصح أن يصدر التعاقد من الشخص صاحب الشأن في التصرف، يصح الصحيح لتلك الفصول وميدان تطبيقها أن يصدر كذلك من شخص ينوب عنه في ابرام التصرف، وهذه النيابة في التعاقد وهي قيام شخص يقال له نائبا أو وكيلا بإبرام تصرف قانوني باسم شخص آخر ولحسابه يقال له موكل او أصيل بحيث ينتج التصرف آثاره مباشرة في ذمة الموكل ومعلوم قانونا أن النيابة قد تكون قانونية إذا تعلقت بقصر او محجور عليها غائب او الولي أو الوسيط او الوصي والساندیك والحارس القضائي ... وفي هذه الحالة يحدد القانون نطاق سلطة النائب وقد تكون النيابة اتفاقية وتقع عادة عندما يكون شخص بعيدا عن موطنه او آن ظروف ومشاغله لا تسمح له بإبرام التصرف وان لا يكون على خبرة بموضوع التصرف فينيب غيره وهنا الاتفاق هو الذي يحدد نطاق سلطة النائب كما في الوكالة ونحن في قضية الحال أمام وكالة اتفاقية قد حدد طرفاها سلطة الوكيل وانجز الوكيل المهمة طبق نصها دون مخالفة او مجاوزة لما وكل عليه وبالرجوع الى مؤسسة الوكالة فان الأصل أن النيابة تجوز في كل تصرف قانوني ويستثنى من ذلك فقط التصرفات التي تعتبر أعمالا شخصية بمعني يجب أن تصدر من

صاحب الشأن شخصيا كحلف اليمين او التوقيع ولو أن بعض فقهاء القانون والقضاء ذهبوا إلى اعتبار أن هذه الاستثناءات يمكن أن يسند بشأنها توكيل خاص فيما عدا ذلك فان الاستثناءات الواردة على الوكالة تعلقت بالوكيل على الخصام والمحصورة صلب الفصول 566 و 567 و 570 من م اع ويفهم من الفصل 549 من م اع أن تعاقد الشخص مع نفسه بأن العقد الذي يتم عن طريق الجمع بين صفتين في شخص واحد بحيث يقوم هذا الشخص بدور الطرفين فيصدر تعبيرين عن إرادة متقابلين في شانه مصالحهما المتضاربة ويتحقق هذا التعاقد في صورتين الصورة الأولى : يكون للشخص فيها سلطة إبرام تصرف معين لحساب شخص آخر فيقوم هو نفسه ولحسابه بدور المتعاقد الآخر فهو حينئذ متعاقد مع نفسه أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره ومثل ذلك أن يوكل شخصا أخر في بيع شيء فيشتريه هو وهذه الحالة لا تنطبق على قضية الحال أما الصورة الثانية : نجد فيها شخصين لهما مصالح متضاربة في خصوص تصرف معين كالبيع مثلا فينوب عنهما في إبرام هذا التصرف شخص واحد، فهذا يتعاقد مع نفسه نائبا عن الطرفين ومثل ذلك أن يوكل شخص من أحد الطرفين في بيع شيء معين ويوكله الطرف الآخر في شراء هذا الشيء فالصورة إذا تظهر خارجيا وباطنيا أن نفس الشخص له توكيلين فهو نائب كبائع ونائب كمشتري فابرم البيع لحسابه بما أنه نائب عن البائع في البيع ووكيل عن المشتري في الشراء ففي كلتا الحالتين يبدو وكان الشخص يتعاقد مع نفسه ومن هنا جاءت التسمية وما يمكن ملاحظته هو أن هذه المسالة لا نجدها بصورة مباشرة في الفصول المتعلقة بتنظيم عقد الوكالة في العنوان السابع في الوكالة انطلاقا من الفصل 1104 من م اع إلى منتهاها في الفصل 1171 والتي بين فيها المشرع كيفية انعقاد الوكالة وأركانها وشروطها وآثارها وانتهاءها اذ تعد هذه المواد قواعد عامة في شان الوكالة ولم تتضمن مجموع تلك الفصول اي تحجير او منع وبالتالي

فـــان المبـــدأ أن العقـــود التـــي يبرمهـــا الوكيـــل تعتبـــر صـــحيحة ومطابقـــة للقـــانون وجـــائزة مـــا دامـــت اســـتوفت شـــروطها القانونيـــة وكـــذلك هـــذه الصـــورة ليســـت مطابقـــة علـــى قضـــية الحـــال وأضـــاف المشـــرع صـــورة ثالثـــة تحســـبا للتحايـــل علـــى القـــانون بـــان يقـــوم الوكيـــل بالشـــراء باســـم مســـتعار والحقيقـــة أن ذلـــك الشـــراء هـــو لخاصـــة نفســـه وهـــذا هـــو المعنـــى المقصـــود مـــن طـــرف المشـــرع بمصـــطلح " الواســـطة " فـــاذا المشـــرع استشـــرف هـــذه الفرضـــية أن يتـــولى الوكيـــل اللجـــوء الـــى شـــخص آخـــر ليمثلـــه ليســـتتر وراءه كمشـــتري فيكـــون شـــراءه فـــي البـــاطن لفائـــدة النائـــب نفســـه أي أن هـــذا الاســـم المســـتعار كـــان وجـــوده بالعقـــد مجـــرد شـــكلية للإيهـــام بهـــا وهـــذه الشـــكلية هـــي مـــا يعبـــر عنهـــا المشـــرع بالواســـطة. والســـؤال المطـــروح إذا كيـــف يمكـــن معرفـــة فيمـــا إذا كـــان ذلـــك الشـــخص تقمـــص ثـــوب الوكيـــل باطنيـــا وظاهريـــا ليتمتـــع بـــالبيع الموكـــول عليـــه لخاصـــة نفســـه، والجـــواب علـــى ذلـــك هـــو أن المســـالة تخضـــع للإثبـــات وطالمـــا آنهـــا واقعـــة قانونيـــة فـــيمكن إثبـــات ذلـــك بجميـــع وســـائل الإثبـــات علـــى معنـــى أحكـــام الفصـــل 427 مـــن م اع ويتضـــح إذا أن المقصـــود بالواســـطة لـــم يكـــن القصـــد منهـــا مـــن طـــرف المشـــرع علاقـــة القرابـــة ســـواء كانـــت متينـــة او لا ولـــم تكـــن علاقـــة البنـــوة كمـــا لا تشـــمل الأشـــخاص المشـــمولين بالفصـــول مـــن 566 إلـــى 570 مـــن م اع وعلـــى خـــلاف مـــا تـــراءى لمحكمـــة الحكـــم المنتقـــد فـــان الفصـــل 549 م اع لا يشـــوبه اي غمـــوض ولا وجـــود لفـــراغ تشـــريعي ولا يســـتدعي اعمـــال قواعـــد القيـــاس للبحـــث عـــن مقصـــد المشـــرع وان اقتصـــار المشـــرع علـــى اســـتعمال مصـــطلح " وســـاطة " دون ذكـــر وتعـــداد أشـــخاص مـــا معينـــين بلفـــظ الوســـاطة تنفـــي وجـــود القرينـــة القانونيـــة فـــالنص إذا لـــم يوضـــع لمنـــع التصـــرفات بـــين أطـــراف القرابـــة والمصـــاهرة وإنمـــا هـــؤلاء وضـــعت لهـــم نصـــوص خاصـــة بهـــم الحـــالات معينـــة متـــى تـــوفرت شـــروطها صـــار العمـــل بـــالتحجير فهـــو إذا وضـــع التحجيـــر علـــى الوكيـــل بالتصـــرف لخاصـــة نفســـه مباشـــرة وكـــذلك لصـــد الطـــرق الاحتياليـــة علـــى القـــانون باســـتعمال اســـم مســـتعار

كان يختار شخصا آخر للتعاقد معه ليبدو في الظاهر هو عقدا صحيحا ولكن في الباطن والواقع فان ذلك الشخص كان اسما مستعارا وكان الشراء لفائدة الوكيل وهذه هي حالة البطلان المتحدث عنها متى ثبت ذلك فالمسالة اذا تخضع للإثبات، أي أن المشرع أوكل إثبات في ما اذا كان تعاقد الوكيل مع الغير مجرد شخص مستعار (وساطة) أم لا، وهي مسالة موضوعية خاصة للإثبات قضاة الأصل في ما يقدمه الخصوم من إثباتات على وقوع الإحالة لشخص الوكيل ام لا فالمقصود ليس الوساطة في حد ذاتها التي ذهبت محكمة الحكم المنتقد تبحث عنها بالقياس بعلة أن هناك فراغ تشريعي وهذا القول ادى بها إلى استعمال القياس في غير محله وعلى غير ما تقتضيه القواعد المسطرة وهو موقف تجاوزت فيه المحكمة حد سلطتها وخرقت القانون. فالسؤال المطروح أمام محكمة الموضوع هل أن الوسيط (أي كان) كان مجرد اسم مستعار مجرد سرا مر منه الوكيل للوصول الى مبتغاه، أم أن الشخص الذي تعاقد معه الوكيل لم يثبت لديها أنه شخص مستعار وانه فعلا هذا الشخص انتفع من الإحالة، وهذا أصبح يتعلق فاذا كان النص صريحا سليما واضحا فلا مجال للاجتهاد فيه ووضع تفسير له يتجاوز معناه باثبات واقعة الوساطة الحقيقي الذي سنه المشرع من اجله بتعلة وجود فراغ تشريعي مما ادى الى تحريفه والخروج عن علته والمصلحة التي أراد المشرع حمايتها فالقياس هو اعطاء حالة غير منصوص على حكمها حكم حالة أخرى ورد نص يحكمها التماثل العلة بين الحالتين. فوقائع قضية الحال قد شملها النص الذي تعرض إلى الحالات والأوضاع التي تنشا عن العلاقة بين الوكيل والموكل وهو نص توقع منه المشرع تصرفات الوكيل إزاء موكله وهي الأوضاع التي قد تستجد في المستقبل وهي الثلاث حالات سالفة الذكر فالمشرع لم يسكت عن هذه الوضعية، وإنما قصر فهم محكمة الحكم المطعون فيه أدى بها الى تجاوزها لسلطتها وخرقها للقانون ومعلوم قانونا

أن من بين شروط اللجوء الى القياس واستعماله أن لا يكون حكم الأصل مما يثبت استثناء عن الأصل والقواعد العامة لان القياس للتوسع، ولا يجوز التوسيع فيما جاء على سبيل الاستثناء، وغالبا أن الاستثناءات من الأصول تكون للضرورة والضرورات تقدر بقدرها وبالرجوع إلى محكمة الحكم المنتقد يتضح انها تركت الفصل 549 م اع بعلة أنه نص غامض يستدعي التفسير وانتهت الى انه قاصر عن حل الإشكالية المطروحة أمامها بمعنى ان هناك فراغ تشريعي حينها التجأت إلى استعمال القياس باستجلاب النصوص الخاصة وهي من الفصل 566 الى الفصل 570 من م اع وأجرت بها قياسا ثم استوخت من هذا الفرع حكما على الأصل اي الفصل 549 من م اع وتكون بذلك المحكمة قد قامت بقياس نص خاص على حكم أصلي او قاعدة عامة أصولية من مبدا عام بدليل وروده في الفرع الثاني في بعض قواعد عامة تتعلق بالقانون وهذه تعتبر مخالفة صارخة وفادحة لمبادئ القياس في القانون المدني وقواعده وتقنياته المسطرة بالفصول 535 و 536 و 540 من م اع ثم ان الشرط الثاني في تقنية القياس لم يتوفر وهو شروط حكم الفرع اي ان تتوفر في الفرع علة حكم الأصل وسنرى لاحقا أن علة الفصول 566 من م اع وما بعده ليست علة الفصل 549 من نفس م اع وأن ما ذهبت إليه محكمة الحكم المنتقد من أن الوكيل قد تجاوز حدود وكالته عندما باع لابنه لوجود تضارب في المصالح فان هذا الاجتهاد مردود عليه ولا سند له قانوني ومسالة تضارب المصالح ليست مطروحة في وقائع قضية الحال ومسالة تجاوز الوكالة لا تطرح إلا إذا تجاوز الوكيل المهمة المسندة إليه من طرف الموكل وخالفها ومثل ذلك أن يسند له توكيل في كراء عقار وقبض معاليم كرائه فيتولى بيع ذلك العقار كمثل أن يسند له توكيل في بيع عقار بثمن قدره كذا فيبيعه بثمن اقل من الثمن المأذون به وعليه طلبوا قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل النظر في إمكانية إحالة القضية على الدوائر المجتمعة

وبصورة احتياطية نقض الحكم المطعون فيه وارجاع القضية للمحكمة التي أصدرته للنظر فيه بهيئة اخرى.

وحيث جوابا على مستندات التعقيب لاحظ نائب المعقب ضدهم الأستاذ " ز.الم." أنه وعلى خلاف ما تمسك به الطاعنون فانه يؤخذ من أحكام الفصل 549 م ا ع أن المشرع قد حجر على المتصرف بالنيابة أن يعقد لنفسه ولو بواسطة، وأورد على سبيل الذكر لا الحصر والاستيعاب المقدم والمدير ولا جدال في أن مقتضيات الفصل 549 تنسحب على قائمة طويلة تشمل كل من يتصرف بالنيابة عن غيره وأنه من ضمن هذه القائمة الوكيل الإتفاقي الذي ليس له التعاقد مع نفسه ولو بواسطة لما يمثله ذلك من تضارب المصالح من شأنه أن يتهدد مصالح الموكل وفي ذلك مخالفة لمقتضيات الفصل 1119 ولا جدال في أن تعاقد الوكيل مع نفسه هو تجاوز لحدود وكالته لا يلزم الموكل طبق مقتضيات الفصل 5 15 1 وتأسيسا على ما تقدم فإن قيام المدعو **** بالبيع بصفته وكيلا عن المدعو ***** لفائدة ابنه ***** الذي باع بدوره حقوقه في المغارسة إلى المرحوم *** جميع حقوق موكله في المغارسة في العقار موضوع الرسم العقاري ع **** هو تعاقد لنفسه بواسطة ابنه يكون معه قد تجاوز حدود وكالته على معنى مقتضيات الفصل 1155 م.إ. ع ضرورة أن إرادة الموكل لا ترمي إلى تعاقد الوكيل مع نفسه لما في ذلك من تضارب في المصالح ولو كان الأمر خلاف ذلك فإنه لا حاجة لعقد الوكالة ولكان الموكل قد أبرم مباشرة عقد البيع مع الوكيل وحافظ على حقوقه من الضياع والتلاشي، ولا يكون البيع المذكور صحيحا إلا إذا أقره الموكل وطالما أن ذلك لم يحصل لا منه ولا من ورثته **** فإن عقد البيع موضوع الحجة العادلة المؤرخة في 03/08/2004 باطل بطلانا مطلقا وعليه فإن البيع الصادر من "ل.ع."

منا لفائدة "ح. الق." بدوره يكون باطل بطلانا مطلقا وأضاف أنه بالاطلاع على كل الوثائق المظروفة بالملف يتضح جليا توفر قرائن قوية ومتظافرة تمس من الطبيعة القانونية للوكالة وتؤدي إلى بطلان عقد إحالة حقوق المغارسة وتتمثل هذه القرائن في وجود تضارب في المصالح من شأنه أن يحجر على الوكيل التعاقد مع ابنه هناك تجاوز حدود الوكالة من شأنه أن يؤدي إلى بطلان عقد إحالة حقوق المغارسة عدم خلاص من البيع بحضور عدلي إشهاد وبالتالي تكون عملية البيع عملية بيضاء بين الوكيل وابنه. وجود بينة تؤكد عدم خلاص ثمن البيع عدم مصادقة الموكل على عقد الإحالة وقد توفي بعد شهرين ونيف من تاريخ عقد الإحالة و أن هذه القرائن قوية منتظمة ومتظافرة ويترتب عنها عدم صحة كتب الإحالة الذي تم بهذا الحكم ولاحظ من جهة أخرى أن المدعون في الأصل المعقب ضدهم الآن ورثة " **** " استندوا في طلب لإبطال الكتب المذكور على أحكام الفصل 549 م اع الذي ورد به " من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه بواسطة" ومما لا شك فيه فإن تحجير أن يعقد المتصرف بالنيابة عن غيره لنفسه بواسطة ليس مقصورا على المقدم والمدير بل يمتد حكمه إلى الوكيل اعتبارا لكون إضافة أداة التشبيه التبغيضية كالمقدم والمدير الواردة بالفصل 549 لم تكن على وجه الحصر وإنا على سبيل الذكر لا غير بما يستنتج منه تباعا وأن ذلك التحجير انما هو تحجير شامل بكل النواب الوارد ذكرهم بالنص أو غيرهم من المشتبهين بهم ولعل الوكيل أهمهم ولا خلاف بذلك على انسحاب التحجير الوارد بالفصل 549 عليه وقد ثبت أن مورث المعقب ضدهم " ع. م." قد تولى وبصفته وكيلا عن المتوفي " ح.الج." احالة وبيع حقوق المغارسة الراجعة بالملكية للمذكور أخيرا في الرسم العقاري عدد **** المسمي " ** " لفائدة ابنه المدعو " ل. م." وأن تحجير تعاقد الوكيل مع نفسه لما في ذلك من تعارض في

المصالح كما انحصر نزاع الحال في مدى اعتبار تعاقد الوكيل مورث المستأنف ضدهم " ورثة ع. م." بيعا لفائدة ابنه المدعو " ل.م." بوصفه مشتر منضويا تحت طائلة تعاقد الوكيل مع نفسه بواسطة من عدم ذلك وتمحيصا في أحكام الفصل 549 م.ا. ع سند القيام بدعوى الحال والوارد تحت عنوان " في بعض قواعد عامة تتعلق بالقانون" ولئن نص المشرع صراحة على تحجير تعاقد الوكيل مع نفسه ولو بواسطة إلا أنه لم يتول تعريف عبارة الواسطة كالتنصيص على قائمة حصرية فيها وغاب بذلك النص القانوني الصريح في تعريف الأشخاص المشمولين بذلك التحجير فاتحا بذلك أمام المحكمة المتعهدة بالنظر في النزاع بابا البحث عن مدلول عبارة " أن يعقد لنفسه بواسطة" وذلك بتطبيق قواعد التفسير والتأويل الذي نص عليها المشرع في الباب الثاني من م.ا.ع وتحديدا في الفرع الثاني تحت عنوان " في بعض القواعد المتعلقة بالقانون وأن عدم تعريف الواسطة ضمن أحكام الفصل 549 وما من م.ا. ع يجعل هاته المحكمة وأمام الفراغ التشريعي في الصورة المعروضة عليها تكون ملزمة باستخلاص الحل القانوني وذلك باعتمادها على القياس المماثل وفي موضع مماثل عرق المشرع التونسي مفهوم الواسطة بكونه" ازواج الأشخاص المذكورين بالفصل 566 و 567 و 568 و وأولادهم وان كانوا رشداء طبق ما جاء بالفصل 570 من م.ا. ع وذلك قصد قائمة الأشخاص المذكورين بالفصل 569 من الشراء بأنفسهم أو بواسطة أولادهم أو أزواجهم للأموال منع المأمورين ببيعها وأعمالا لقاعدة القياس فإن المقصود بالمنع المسلط على الوكيل أن يعقد لنفسه ولو بواسطة ينسحب وجوبا على الأزواج والأولاد ورجوعا لمظروفات الملف فقد ثبت وأن عقد أحالة المغارسة موضوع طلب الأبطال قد انعقد بين الوكيل بوصفه بائعا وابنه " ل." بوصفه مشتر وهو ما يعتبر منعقدا لشخص الوكيل ذاته لكون علاقة القرابة بين البائع والمشتري تعد دليلا قويا على الوساطة في

انسجام مع الأحكام الخاصة الواردة بالفصل 570 الواقع القياس عليه وانتهى الى أن مستندات المعقبين لم تأت بما من شانه أن يوهن مستندات الحكم المطعون فيه وعليه طلب رفض التعقيب أصلا إن كان مقبول شكلا.

وحيث أضاف الأستاذ "م.الت." نائب المعقب ضدهم أنه وعلى خلاف ما تمسك به الطاعنون فان حجة إحالة حقوق المغارسة موضوع طلب الإبطال قد انعقدت بين المرحوم "ع. م." بصفته وكيلا عن المرحوم "ح.الج." لفائدة ابنه المرحوم "ل. م." و لم يقدم المعقبين أية حجة تفيد دفع المستفيد بحجة الإحالة المرحوم "ل.م." للثمن موضوع الحجة المطعون فيها بالإبطال إلى والده المرحوم ******* أو إلى موكل هذا الأخير المرحوم ***** وهذا يؤكد بصفة لا مجال للشك فيها أن الوكيل قد تعاقد في حقيقة الأمر لفائدة نفسه و أن المستفيد بحجة الإحالة لا يستحوذ على الثمن المضمن بحجة الإحالة إذ كان في تاريخها عاطلا عن العمل بعد أن تعلقت به العديد من قضايا الشيكات بدون رصيد فكيف له أن يوفر المال لدفع ثمن الإحالة و أن الثمن المضمن بحجة إحالة حقوق المغارسة المؤرخة في 03/08/04 20 قدره ستة آلاف دينار وقد تولى المرحوم **** التفويت في نفس هذه الحقوق إلى مورث المعقبين المرحوم ***** ثمن قدره عشرون ألف دينار بموجب كتب خطي مؤرخ في 23/06/09 20 و من غير المنطقي أن يتضاعف ثمن إحالة نفس العقار أربعة أضعاف كاملة في ظرف خمس سنوات فقط وهذا دليل آخر أن الثمن المضمن بالحجة المطعون فيها بالإبطال كان ثمنا صوريا لم يقع دفعه بتاتا لا للوكيل الذي كان في حقيقة الأمر يتعاقد مع نفسه ولكن بواسطة ابنه ولا للموكل الذي كان جاهلا لهذا التعاقد البتة وتم تقديم شهادات كتابية متلقاة بموجب حجة عادلة مؤرخة في 23/04/2014 من كل من المدعو أمير بن "ع.م."و"عب."و"عل." وجميعهم أقارب المستفيد من الحجة موضوع طلب الإبطال والأول شقيقا

لـــه يؤكـــد جمـــيعهم صـــلبها أن عمليـــة الإحالـــة كانـــت صـــورية دون دفـــع أي ثمـــن لأي كـــان و أن المرحـــوم "ل.م." لـــم يتحـــوز بتاتـــا بالعقـــار موضـــوع حجـــة الإحالـــة كمـــا أن المرحـــوم ورثتـــه مـــن بعـــده لـــم يتحـــوزوا أبـــدا بمحـــل النـــزاع وإن كـــانوا قـــد حـــاولوا اقتحامـــه عنـــوة العديـــد مـــن المـــرات إلا أنهـــم لـــم يفلحـــوا فـــي ذلـــك أبـــدا إذ تصـــدت لهـــم المرحومـــة "ف. الـــج." فـــي قـــائم حياتهـــا ثـــم فـــي مرحلـــة ثانيـــة المرحـــوم "الـــح. الـــج." وقـــد ســـبق تقـــديم شـــهادة كتابيـــة مـــن عـــدد الأجـــوار تـــم تلقيهـــا بواســـطة حجـــة عادلـــة مؤرخـــة فـــي 16/03/2016 تؤكـــد أن لا أحـــد مـــن المعقبـــين قـــد ســـبق لـــه أن تحـــوز بالعقـــار موضـــوع النـــزاع وأن كـــل محـــاولاتهم فـــي كـــان ســـبيل ذلـــك قـــد بـــاءت بالفشـــل وانتهـــى بـــدوره الـــى أن مســـتندات المعقبـــين لـــم تـــأت بمـــا مـــن شـــانه أن يـــوهن مســـتندات الحكـــم المطعون فيه وعليه طلب رفض التعقيب أصلا إن كان مقبول شكلا.

الدائرة

حيـــث اقتضـــى الفصـــل 191 م م م ت ان "القـــرار الـــذي تصـــدره محكمـــة التعقيـــب بـــالنقض يرجـــع الطـــرفين للحالـــة التـــي كانـــا عليهـــا قبـــل الحكـــم المنقـــوض فـــي خصـــوص مـــا تســـلط عليـــه الـــنقض وإذا كـــان الـــنقض مـــع الإحالـــة علـــى محكمـــة أخـــرى وحكمـــت هـــذه بمـــا يخـــالف ذلـــك ووقـــع الطعـــن فـــي هـــذا الحكـــم بـــنفس الســـبب الـــذي وقـــع الـــنقض مـــن أجلـــه أولا فـــإن محكمـــة التعقيـــب متألفـــة مـــن دوائرهـــا المجتمعـــة تتـــولى النظـــر فـــي خصـــوص المســـألة القانونيـــة الواقـــع مخالفتهـــا مـــن دائـــرة الإحالـــة وإذا رأت الـــنقض فإنهـــا تبـــت فـــي الموضـــوع إن كـــان مهيـــأ للفصـــل وإذا رأت إرجـــاع القضـــية فـــإن قرارهـــا يكـــون واجـــب الاتبـــاع من طرف محكمة الإحالة ".

وحيـــث اتضـــح مـــن القـــرار التعقيبـــي عـــدد 44292 الصـــادر بتـــاريخ 2017/11/02 ان المحكمـــة واســـتنادا الـــى مقتضـــيات الفصـــلين 549 و570 مـــن م ا ع اعتبـــرت أن مجـــرد وجـــود قرابـــة ولـــو كانـــت متينـــة بـــين

شخص الوكيل وشخص من اسند له العقد لا تكفي لقيام الوساطة مؤكدة على أن ما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه من اعتبار الوكيل قد تعاقد لنفسه بواسطة حين أبرم حجة إحالة حقوق المغارسة لفائدة ابنه بما يؤدي إلى فساد العقد لا سند له بحجة أن مقتضيات الفصل 570 من م.ا.ع هي مقتضيات خاصة بأحكام الفصول 566 و567 و568 و568 من م ا ع دون غيرها ولا يمكن أن تنصرف لغير الصور التي وردت بها ووضعت من أجلها مضيفة من جهة أخرى أن الوكيل المستفيد من الاحالة يعتبر غيرا لتمتعه بشخصية مستقلة ولاستقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للأب وبالتالي لا مجال للقول بأن الوكيل عقد لنفسه ولا ينطبق عليه الفصل 549 من م ا ع وإن محكمة الحكم المطعون فيه حين فعّلت أحكام الفصل 570 من م ا ع واعتبرت أن حجة الاحالة التي أبرمها الوكيل في حق موكله لفائدة ابنه واقعة في حقيقة الأمر لنفسه بواسطة تكون قد جانبت الصواب وأخطأت في تطبيق القانون .

الا ان محكمة الإحالة خالفتها الرأي في ذات المسالة واعتبرت بقرارها الصادر في القضية عدد 4526 ان بيع الوكيل مورث المعقبين الآن حقوق المغارسة موضوع الحجة المراد ابطالها لابنه ينضوي تحت طائلة الفصل 549 م ا ع المتعلق بحالة تعاقد الوكيل مع نفسه بواسطة معللة رأيها ذاك بشدة القرابة الرابطة بين المتعاقدين وتلاقي مصلحتهما معتبرة أن هذا النوع من البيع فيه تجاوز لحدود الوكالة وهو يتعارض مع طبيعة هذا العقد الذي لا يكون صحيحا الا اذا اقره الموكل وهو ما لم يتوفر في قضية الحال لثبوت المنازعة من قبل هذا الأخير ومن بعده ورثته واضافت محكمة الاستئناف انه وعملا بالقاعدة القائلة بان ما بني على باطل فهو باطل فان البيع الصادر من مورث المعقبين بوصفه وكيلا لفائدة ابنه لطفي باطل لثبوت تولي عقد الوكيل لنفسه بواسطة مناط احكام

الفصل 549 من م اع مخالفة بذلك رأي محكمة التعقيب المضمن بالقرار سند تعهدها.

وحيث أعيد الطعن بالتعقيب بناء على مخالفة قرار محكمة الإحالة لأحكام الفصول 549 و 566 و 567 و 568 و 570 1.427, 420, 540, 536, 534, 532, 1155, 1119, 1104 من مجلة الالتزامات والعقود

وحيث ولئن اتفقت محكمة الإحالة مع محكمة التعقيب في اعتبار أن مقتضيات الفصل 549 م ا ع تنسحب أيضا على الوكيل إضافة الى المقدم والمدير فان الخلاف بقي قائما بينهما في خصوص مسألة قانونية يستدعي حلها الاجابة عن جملة التساؤلات الآتية :

- هل يجوز للوكيل أن يتعاقد مع ابنه بأن يحيل له حقوق مغارسة في حق موكله ؟
- وهل أن هذا التعاقد ينضوي في اطار الفصل 549 م ا ع ؟
- وهل يعتبر في هذه الحالة قد تعاقد لخاصة نفسه ؟
- والى أي مدى تعتبر علاقة القرابة المتينة الرابطة بين الطرفين (الأب وابنه) صورة مشمولة بعبارة "واسطة " المنصوص عليها بالفصل المتقدم الذكر ؟

-وهل ان المشرع من خلال استعماله لهذه العبارة قصد الأبناء والازواج مثلما هو الحال في تعريف الواسطة الوارد بالفصل 570 م.ا.ع ؟

- أم أنه وطالما لم يحل الفصل 570 صراحة الى احكام الفصل549 لا يمكن ان يفهم منه ان المقصود بالواسطة هم الأزواج والابناء؟

وحيث يتبين من خلال الاشكاليات القانونية المذكورة توفر شروط تعهد محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة عملا بالفصل 191 م م م ت وذلك للنظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من محكمة الاحالة .

صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ **09 مارس 2021** عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين المتركبة من رئيستها **السيدة لمياء الحمامي** وعضوية المستشارتين **السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني** وبحضور المدعي العام **السيد توفيق السبعي** وبمساعدة كاتبة الجلسة **السيدة عائدة الحلواني .**

وحرر في تاريخه