

## آجال القيام بالشفعة حسب الفصل 115 (جديد) م.ح.ع : صعوبات تتنوع وتتواصل

بقلم الأستاذ محمد كمال شرف الدين  
المحامي لدى التعقيب

1- إن الشفعة كانت وما تزال مصدر صعوبات وأولوية تتنوع وتتكاثر لتجعل من دعوى الشفعة امتحانا صعبا للمتقاضي الذي يواجه كثرة التنقيحات التشريعية وكذلك نتائج التباين في فقه القضاء. فلئن استقرت بعض المسائل على حلول تبدو اليوم متواترة ومطمئنة، فإن تغيير صياغات الفصل 115 المتعلق بتحديد آجال الشفعة عديد المرّات في السنوات الأخيرة كان سببا لظهور تأويلات متعددة تمثل اليوم علامة فارقة تمتاز بها دعاوى الشفعة.

### مسائل بدت تتمتع بالإستقرار :

2- **طبيعة الأجل :** لا يحوم شكّ في أن أجل القيام بالشفعة هو أجل سقوط (forclusion) لا أجل تقادم (prescription) لأنه من مواعيد التقاضي ولعلّ العنوان الذي ورد تحته الفصل 115 يؤكد على هذه الطبيعة القانونية للأجل باستعمال عبارة "سقوط الشفعة". وقد كرّس فقه قضاء محكمة التعقيب وصف أجل دعوى الشفعة بأجل سقوط بوجه صريح، من ذلك مثلا ما ورد بالقرار التعقيبي المدني عدد 5085 الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 1982، النشربة 1982، ص. 241 : "أجل القيام بالشفعة لا تُعمل فيه قواعد الإستثناء بالقطع والتعليق وبذلك فإن عدم الحكم بالشفعة لمن فاتته ذلك الأجل لا مطعن فيه... فهو أجل "غير قابل للقطع أو التعليق"... إذ لا توافق ولا شبه بين مبنى الأجل المقرر بالفصل 115 م.ح.ع وبين الفصلين 384 و 396 م.ا.ع لإنعدام النص القانوني الذي يسمح بتطبيق قواعد

التعليق أو القطع في سياق عبارة الفصل 115" (حول التفرقة بين آجال السقوط وآجال التقادم فقهيًا، يراجع بالخصوص دراسة :

- Michel VASSEUR, Délais préfixes, délais de prescription, délais de procédure Rev. Trim. Dr. Civ. 1950, p. 459.)

وقد بينت محكمة التعقيب كذلك بأن آجال الشفعة تعتمد في احتسابها أحكام الفصل 141 من مجلة الإلتزامات والعقود ولا تحسب بالأشهر المعلومة (قرار تعقيبي مدني عدد 11284 مؤرخ في 7 جانفي 2002 النشوية 2002، ص. 335).

### 3- عدم الإعتداد بواقعة العلم بالبيع : استقر فقه القضاء على عدم

الإعتداد بواقعة العلم بالبيع من طرف الشفيع ذلك أن كلّ الصياغات التي عرفها الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية لم تستأنس بهذه الواقعة. (في هذا الإتجاه يُراجع مثلا القرار التعقيبي المدني عدد 6989 المؤرخ في 9 مارس 1983، نشوية 1982، ج1، ص. 249 : "حصول العلم من عموم الناس غير الإعلام الحاصل من شخص لآخر طبق القانون ففي صورة قيام المشتري بإعلام من يخشى منه القيام بالشفعة فيما اشتراه من العقار المشترك يسقط حق القيام بمضي ثمانية أيام وفي الصورة الأولى اي صورة حصول العلم من العموم فإنها لا يعتد بها ويسقط حق القيام بمضي ستة أشهر من تاريخ البيع حصل العلم أو لم يحصل، فالشفيع الذي علم وحده بالبيع وقام بدعواه قبل انقضاء الستة أشهر يكون قيامه صحيحا فالحكم بعدم سماع دعواه يكون خارقا للقانون ومستوجبا للنقض." ؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 10783 المؤرخ في 26 مارس 1985، منشور أيضا ب.م.ق.ت عدد 7 لسنة 1986، ص. 78. : "علم الشفيع لا يعني عن الإعلام بالبيع من طرف المشتري إذ أن حق الشفيع في القيام بدعوى الشفعة يسقط بعد مضي ثمانية أيام من وقوع الإعلام لا من وقوع العلم بالبيع".

#### 4- الصبغة الإستثنائية لأحكام الشفعة وآجالها : لا يثور الشك

في أنّ الشفعة تمثل قيّداً من القيود المسلّطة على حقّ الملكية فهي قيد على سلطة المالك في حرية التصرف في ملكيته باختيار معاقده. ولما كانت هذه الصبغة الإستثنائية محل اتفاق فلا عجب أن يتم الإستناد إليها لمعارضة كلّ تأويل يتضمن توسيعاً في شروطها أو إجراءاتها عملاً بالقاعدة الكلية التي أوردها الفصل 540 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي تضمن أن "ما به قيد أو إستثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدّة وصورة" وهي قراءة استقرّ عليها فقه القضاء. (من ذلك مثلاً : القرار التعقيبي المدني عدد 146، مؤرخ في 4 ماي 1976، نشرية 1976، ج.2، ص. 52 : "حق الشفعة إجراء استثنائي يتحتم احترام آجاله بدون توسع"؛ القرار التعقيبي المدني عدد 2895 المؤرخ في 25 ديسمبر 1979، مجلة القضاء والتشريع، 1981، عدد 1، ص.3. 97 : "أحكام الشفعة احكام استثنائية وردت قيّداً لحرية الشخص في التعاقد مع من يشاء، إن ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية وغيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة (فصل 540 من مجلة الإلتزامات والعقود) ؛ القرار التعقيبي مدني عدد 20580 مؤرخ في 14 فيفري 2003، نشرية 2003، ج. 1، ص. 348 ؛ القرار التعقيبي المدني عدد 34540 مؤرخ في 27 ديسمبر 1994، نشرية 1994، ص. 234 : "الشفعة حق سمح به القانون عن حدود معينة وهي استثناء للقواعد العامة المتعلقة بحرية التملك والتعاقد ويتحتم احترام أحكامها الواردة بالفصل 103 إلى 115 من مجلة الحقوق العينية ولا يمكن تجاوزها أو التوسع فيها لتعلقها بالنظام العام" ؛ القرار التعقيبي المدني عدد 44843 مؤرخ في 19 نوفمبر 1996، نشرية 1996، ج. 2، ص. 351 : "حق الشفعة هو حق استثنائي أجازته نصوص معينة في آحاد مضبوطة مما يجعل إجراءاتها ماسة بالنظام العام ويمكن للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها" ؛ القرار التعقيبي المدني عدد 52702 مؤرخ في 13 أبريل 1998، نشرية 1998، ج.2، ص. 346 : "إن الشفعة قيد على حرية التعاقد وهي حق استثنائي سمح به القانون في حدود معينة ولا يُمكن التوسع فيه

ولا تجاوز أحكامه" ؛ القرار التعقيبي المدني عدد 59319 مؤرخ في 12 فيفري 1999،  
نشرية 1999، ج.2، ص. 252 : "الشفعة هي من الدعاوى العينية الراجعة  
بالاختصاص للمحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه. والشفعة وإن  
اقتضاها القانون وأقر العمل بها إلا أنها تبقى استثناء للقواعد العامة المتعلقة بحرية  
التملك والتعاقد بدليل أن المشرع نظم إجراءاتها وضيق في آجالها وهو ما يوجب مراعاة  
الأحكام المنظمة لها فلا يسوغ تجاوزها أو التوسع فيها لتعلقها بالنظام العام".

ورغم أن هذا الإستقرار يتسم بتقيده بالصيغة الإستثنائية للشفعة، فإن محكمة  
التعقيب اعتبر أن هذه الصيغة لا تمنع القاضي من الإعتداد بمراد واضع النصّ : "لئن  
كان القانون المنظم لحق الشفعة هو قانون خاص لا يجوز للمحكمة التوسع فيه إلا  
أنه غير محجر عليها الإتهداء بروح التشريع ومقاصده وأن تتلافى ما قد يظهر من  
ثغرات في أحكامه عن طريق القياس أو القواعد القانونية العمومية" (القرار التعقيبي  
المدني عدد 11284 مؤرخ في 7 جانفي 2002، نشرية 2002، ج.2، ص. 335).

**5-الطبيعية القانونية للشفعة :** لم يستعمل المشرع في مجلة الحقوق  
العينية عبارة "حق الشفعة" لأنه يعتبر أنّ الشفعة دعوى وليس حقاً ورغم تردّد  
فقه القضاء الذي وصف أحيانا الشفعة بأنها "حق مشروع" (القرار التعقيبي المدني عدد  
5961، مؤرخ في 16 جويلية 1968، نشرية 1968، ص. 67) "وحق سمح به  
القانون" (القرار التعقيبي المدني عدد 34540، مؤرخ في 27 ديسمبر 1997، نشرية  
1997، ج.1، ص. 234)، فإن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب آثرت سنة 1992  
وصف الشفعة بأنها سبب من أسباب كسب الملكية يستطيع بواسطتها الشفيع  
اكتساب الملكية بإرادة منفردة (القرار التعقيبي المدني عدد 10488، مؤرخ في 7  
جانفي 1992، المجلة القانونية التونسية 1992، ص. 135 مع ملاحظات الأستاذ  
محمد كمال شرف الدين)، وواضح من الإشارة إلى أسباب كسب الملكية أن الدوائر  
المجتمعة تعتبر أن دعوى الشفعة تحقق سببا من أسباب كسب الملكية وهو مفعول

القانون طبق عبارات الفصل 22 من مجلة الحقوق العينية. ولكنّ الإشارة إلى الإرادة المنفردة للشفيع تُوحى من جهة أخرى بأنّ للتصرّف الأحادي والتعبير عن الإرادة من الشفيع دور في تحقيق الشفعة. ويترتب عن هذا الوصف من وجهة تطبيق الآجال المنصوص عليها بالفصل 115 من مجلة الحقوق العينية اعتبار أنّ الشفيع الذي بادر بعرض ثمن المبيع والمصاريف على المشتري "يكون أنشأ حقه في الشفعة ويكون إعلانه من قبل المشتري بعد ذلك لا أثر له في تحديد أجل القيام بالشفعة بثمانية أيام ويبقى تبعا لذلك أجل الشفعة ستة أشهر" (قرار محكمة الإستئناف بتونس الدائرة الثامنة عدد 28356 المؤرخ في 25 مارس 1996 المجلة القانونية التونسية 1996، ص. 345 مع ملاحظات الأستاذ محمد كمال شرف الدين، المؤيدة للحلّ المتبع اعتمادا بالخصوص على مبدأ عدم تجزئة الإجراءات بعد انطلاقها وهو ما يبرّر عدم معارضة الشفيع بإعلام لاحق عن تاريخ تعبيره عن إرادته في ممارسة دعوى الشفعة فيبقى خاضعا لأجل الستة أشهر ولا يُفرض عليه أجل الثمانية أيام باعتبار الصيغة القديمة للفصل 115 من مجلة الحقوق العينية).

**6- مفهوم القيام :** اختلفت المحاكم في تحديد تاريخ القيام بالدعوى فهل هو تاريخ توجيه الإستدعاء أم تاريخ نشر الدعوى أم تاريخ الجلسة الأولى ؟ **حسم قرار الدوائر المجتمعة، عام 1982، هذا الجدل بالإنحياز لتاريخ توجيه الإستدعاء إلى المطلوب اعتدادا بأحكام الفصلين 43 و 69 من م.م.م.ت (قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 3237 مؤرخ في 24 ديسمبر 1982، المجلة القانونية التونسية 1984، ص. 609 مع ملاحظات الاستاذ محمد كمال شرف الدين).**

7- إنّ الإستقرار الذي يشوب نسبيا المسائل المعروضة آنفا لا يمكن أن يحجب الصعوبات التأويلية الجدّية التي ترافق منذ 1965 إلى الآن تطبيق أحكام الفصل 115 م.ح.ع في صياغاته المتغيرة. فلئن بدت بعض الصعوبات تتدثر وتزول (I) فإن الصياغة الأخيرة للفصل 115 أفرزت منذ 2006، صعوبات جديدة ومغايرة (II).

## I- صعوبات بدأت تزول

8- اقترن تطبيق الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية بظهور صعوبات منذ صياغته الأصلية (أ). ثم تغيرت هذه الصعوبات لتظهر في أشكال جديدة بعد تنقيح 1992 (ب).

### أ- الصعوبات الناتجة عن صياغة الأصلية :

9- نص الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية في صياغته الأصلية لسنة 1965 على ما يلي : "يسقط حق الشفيع في القيام بدعوى الشفعة بعد مضي ثمانية أيام من إعلانه بالشراء من طرف المشتري مع بيان الثمن والمصاريف.

وعلى كل حال فإن حق القيام يسقط بمضي ستة أشهر من يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ".

10- ولعلّ أهمّ تباين أفرزه تأويل أحكام الفصل المذكور في السنوات التي تلت ظهوره هو التباين في تفسير عبارة "يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ" خاصة بالنسبة لكتائب البيع الخطيّة إذ انقسم فقه القضاء إلى ثلاث تيارات.

11- قرن التّيار الأوّل ولعلّه الغالب، بين أحكام الفصل 115 وأحكام الفصل 450 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي يحدّد الحالات التي يكتسب فيها الكتب الخطّي تاريخاً ثابتاً تُجاه الغير ومنها بالخصوص تاريخ التعريف بإمضاء الأطراف من قبل ضابط الحالة المدنية. ونلّف في القرار التعقيبي المدني عدد 20092 المؤرخ في 24 جانفي 1989 (نشرية 1989، ص. 11) تأصيلاً مستقيماً لهذا الخيار إذ ورد بالقرار ما يلي : "إن التنصيص على عبارة ستة أشهر من وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ

بالفصل 115 المذكور يُشير إلى الفصل 450 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي ضبط الصور التي يكون فيها تاريخ العقد غير الرسم ثابتا، وهو تنصيص "يدلّ على رغبة المشرع في عدم ترك المشتري مستهدفا لتشهيات الشفيع بالقيام بالشفعة متى يشاء وبالخصوص عند عدم التسجيل أو عدم ترسيم عقد البيع إدارة الملكية العقارية كي لا تبقى مصالح الناس معطّلة وهو لذلك ضبط بداية القيام بالشفعة في الصورة الثانية كما ذكر". ومن القرارات ما اعتبر الفصل 450 المذكور فصلا خاصا بمسألة ثبوت التاريخ بيّر تقديمه على كل فصل آخر (من القرارات التي آثرت تطبيق أحكام الفصل 450 بالضميمة مع أحكام الفصل 115 م.ح.ع.، انظر مثلا : قرار تعقيبي مدني عدد 1906 مؤرخ في 10 أكتوبر 1978، نشرية 1978، ج. 2، 82 ؛ قرار تعقيبي مدني عدد 7017 مؤرخ في 6 أبريل 1982، نشرية 1982، ج. 2، ص. 358 ؛ قرار تعقيبي مدني عدد 5085 مؤرخ في 16 أكتوبر 1982، نشرية 1982، ج. 4، ص. 241 ؛ قرار تعقيبي مدني عدد 3065 مؤرخ في 20 جانفي 1981، النشرية 1981، ج. 1، ص. 22). واستبعد هذا الإتجاه حصر التاريخ الثابت للكتب الخطّي في إجراء التسجيل الجبائي فحسب باعتبار أن الفصل 450 لم يحصر المفهوم في ذلك الإجراء (في هذا الإتجاه، القرار التعقيبي المدني عدد 13114 المؤرخ في 6 مارس 1986، م.ق.ت، عدد 2 لسنة 1988، ص. 47 : "اقتضى الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية أن حق الشريك في الأخذ بالشفعة إذا لم يقع إعلامه بالبيع يسقط بمضي ستة أشهر من تاريخ يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ أي بأية وسيلة من الوسائل المنصوص عليها بالفصل 450 من مجلة الإلتزامات والعقود بدون تخصيص بالتسجيل لعموم النص". ؛ القرار التعقيبي المدني عدد 26370 مؤرخ في 21 جانفي 1992، نشرية 1992، ص. 213 : "إن حق الشفعة لا يسلط إلاّ على الحقوق العقارية ومع ذلك فإن ممارسته تكون حسبما اقتضاه الفصل 115 من م.ح.ع في بحر ستة أشهر وفي أثناء التاريخ الثابت للعقد وليس تاريخ تسجيل العقد مثلما اقتضاه الفصل 581 من م.ا.ع وهو يختلف بحسب ما إذا كان العقد محررا

بحجة رسمية أو غير رسمية فالحجة الرسمية المحررة على معنى الفصل 442 من م.ا.ع تعد ثابتة التاريخ منذ تاريخ تحريرها أما الحجة غير الرسمية فالتواريخ المعتبرة لها قد حددها الفصل 450 من نفس المجلة. "؛ القرار التعقيبي المدني عدد 28232 مؤرخ في 16 فيفري 1993، نشرية 1993، ص. 231 : "يؤخذ من منطوق الفصلين 115 من م.ح.ع و450 من م.ا.ع أن حق الشفيع في القيام بالدعوى إذا لم يقع إعلامه بالبيع يسقط بعد مضي ستة أشهر من يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ. وإن التواريخ المشار إليها بالفصل 450 اعتبرها المشرع تواريخ ثابتة وحجة على الغير وإن التمسك بإحداها لا يتعارض في الحجية القانونية مع التمسك بغيرها من بقية التواريخ الأخرى وإن تاريخ الكتب يكون ثابتا بصورة من الصور المنصوص عليها بالفصل 450 من م.ا.ع والعبرة تكون للأسبق تاريخا" ؛ وفي نفس الإتجاه انظر أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 45405 المؤرخ في 15 أفريل 1997، نشرية 1997، ج.2 ص. 359). كما أن هذا الإتجاه أقصى صراحة وبعد المقارنة كل مرجعية لتاريخ الترسيم بالسجل العقاري (من ذلك مثلا ما ورد بالقرار التعقيبي المدني عدد 34888 المؤرخ في 21 فيفري 1995، نشرية 1995، ص.333 : "إن مقررات الفقرة الثانية من الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية (قبل تنقيحه بالقانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992) واضحة وصريحة في اعتماد أن بداية جريان أجل الستة أشهر يعتبر من تاريخ الكتب الثابت التاريخ وهو تقدير قانوني حاسم لكل خلاف وتأويل ولا يلتفت عند حساب ذلك الأجل إلا للتاريخ الثابت للكتب دون اعتبار لتاريخ الترسيم أو الإدراج بالسجل وهو ما يستخلص من عبارات النص القانوني الملمع إليه ضرورة أن الشفعة باعتبارها حقا استثنائية فقد قيدها المشرع بشروط وآجال محددة واستثنائية لم يركزها على الإشهار ولم يراع فيها الغير ومن هذا الوجه فلا مجال لمقارنتها وتشبيهها بغيرها من العقود التي أوقف حجتها على الترسيم بالسجل العقاري إشهارا لها وحماية لحقوق الغير لمن لم يشملها العقد".

12- وظهر في الآن ذاته تيار ثان وكان أضعف، يقرن بين أحكام الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية ومقتضيات الفصل 581 من مجلة الإلتزامات والعقود الخاص بعقد بيع العقار. وتأسس هذا التيار على أن أحكام الفصل 581 المذكور ليست عامة كأحكام الفصل 450 بل هي أحكام خاصة بعقد بيع العقار الذي يُجيز لوحده الشفعة مما يجعلها أحكاماً تُقدم على الأحكام العامة (في هذا الإتجاه أورد القرار التعقيبي المدني عدد 11647 المؤرخ في 10 مارس 1975، نشرية 1975، ج.1، ص. 138، ما يلي : "إن بيع العقارات والحقوق العينية لا يمكن أن يكون ثابت التاريخ وحجة على الغير إلا من تاريخ تسجيله ولا تعارض بين الفصلين 581 و450 إلتزامات لأن هذا الفصل عام وشامل لجميع البيوعات بأنواعها بخلاف الفصل 581 فهو خاص بالبيوعات العقارية ولذا فإن البيع موضوع النزاع لا يكون حجة على الغير إلا من تاريخ تسجيله. إن الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية لما اعتبر بداية أجل الستة أشهر للقيام بالشفعة من يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ بالتسجيل قد قصد إحاطة عقود البيع بوسيلة خاصة من وسائل الإثبات التي لا تقبل أي نزاع عند الإحتجاج بها لأن مبدأ التسجيل المنصوص عليه بالفصل 581 مدني إنما هو مبدأ قار واجب الإلتباع مراعاة لأهمية بيع العقار." ؛ وفي هذا الإتجاه، يُراجع أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 10495 مؤرخ في 13 جانفي 1976، نشرية 1976، ج.1، ص.15. وبعد الإحالة قرار محكمة الإستئناف بصفاقس، قرار مدني عدد 3347 مؤرخ في 14 أفريل 1977، مجلة القضاء والتشريع 1973، عدد 9، ص. 125. والقرار التعقيبي المدني عدد 7961 مؤرخ في 19 أفريل 1983، نشرية 1983، ج.2 ص 205 والمنشور أيضا ب.م. ق.ت عدد 6 لسنة 1984 ص. 85 : "الشفعة لا تكون إلا في بيع العقار وبيعه جاء بضبطه الفصل 581 مدني الذي أوجب ثبوت تاريخه بيوم تسجيله حتى يكون حجة من ذلك التاريخ دون سواء مثل تاريخ التعريف بامضاء المتعاقدين على كتب البيع وبذلك فالحكم الذي اعتمد التاريخ الأخير واعتمد فيه الفصل 450 مدني دون الفصل 581 المذكور والفصل 115 عيني استوجب النقض

من أجل ذلك" ؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 1339، مؤرخ في 29 جانفي 2001، م.ق.ت عدد 10 لسنة 2001، ص. 141 : "إن حق القيام بالشفعة يسقط بمضي ستة أشهر من يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ. إن ثبوت تاريخ بيع العقار لا يبتدئ من تاريخ التعريف بالإمضاء وإنما من تاريخ تسجيل الكتب ضرورة أنه لا يجوز الإحتجاج بالعقد على الغير إلا إذا كان مسجلا عملا بأحكام الفصل 581 من م.ا.ع" ؛ ومثله القرار التعقيبي المدني عدد 7748 المؤرخ في 21 مارس 1983، نشرية 1983، ج.1، ص. 222.

13- واعتمادا على ما معيار الإحتجاج بالعقد وبالحقّ إزاء الغير، ظهر تيار ثالث غير منتشر قرن أحكام الفصل 115 بأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية ليُعلن أنّ بداية أجل الستة أشهر هو تاريخ ترسيم العقد بالسجل العقاري اعتدادا بأحكام الفقرة الأولى من الفصل 305 التي كانت تنصّ على أنّ "كلّ حقّ عيني لا يُعارض بالغير إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم" (من هذا الإتجاه، يُراجع القرار التعقيبي المدني عدد 1241 المؤرخ في 28 أفريل 1960، مجلة القضاء والتشريع 1960، عدد 2، ص. 29 ؛ القرار التعقيبي المدني عدد 6922 المؤرخ في 8 ديسمبر 1982، نشرية 1982، ج.4، ص. 251 ؛ وحكم المحكمة المدنية ببنزرت، حكم مدني صادر في 14 جانفي 1953 المجلة القانونية التونسية، 1953، ص. 88 باللغة الفرنسية).

14- وحدث أن تم تطبيق الحلول الثلاثة المذكورة على التوالي في نزاع واحد (راجع ملحوظاتي حول القرار التعقيبي عدد 7961 الصادر في 19 أفريل 1983، المنشورة بالمجلة القانونية التونسية لسنة 1984، ص. 602 والقرار الإستئنافي الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس تحت عدد 60020 في 9 مارس 1985 غير منشور والقرار التعقيبي عدد 13114 الصادر في 6 مارس 1986 المجلة القانونية التونسية لسنة 1987، ص. 413).

15- واستقر فقه القضاء على النحو المذكور على تباين أضحى معلوما وينتظر تدخل المشرع لتجاوزه. ومن الطريف أن يرد استعراض مفصل لهذا التباين في القرار التعقيبي المدني عدد 3990، المؤرخ في 16 جانفي 2001، ن.2001، ج2، ص.176 الذي لخص المسألة، على النحو الآتي : "إن عبارة كتب ثابت التاريخ الواردة بالفصل 115 من م.ح.ع لا تثير أي إشكال متى كان البيع بين الشريك البائع والمشتري واقعا بموجب حجة عادلة إذ يعتبر التاريخ ثابت منذ تحرير الحجة ولا يهم بعد ذلك معرفة تاريخ التسجيل لتحديد تاريخ بداية سريان أجل القيام بالشفعة إذ الإختلاف الحاصل في فقه القضاء يتعلق بتحديد مدلول عبارة كتب ثابت التاريخ عندما يتم البيع بكتب خطي وقد ظهرت ثلاثة مواقف الأول اعتبر أن الكتب يكون ثابت التاريخ في وقت التعريف بالإمضاء عليه والموقف الثاني وهو الأكثر رسوخا في فقه القضاء يرجع للفصل 581 من م.ا.ع باعتباره نص خاص ببيع العقارات ويعتبر بداية سريان أجل القيام بالشفعة تاريخ التسجيل بالقبضة المالية أم الموقف الثالث وهو الأقل رسوخا فإنه يعتبر تاريخ الترسيم بدفتر خانة بالنسبة للعقارات المسجلة".

16- وفي رأبي فإن معيار تغليب النصّ الخاص على النص العام غير مُجد. فالفصل 450 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي كان يميل إليه التيار الأغلب، هو في الآن ذاته نصّ خاص وذلك من زاوية مفهوم ثبوت التاريخ في الكتب الخطّي ونصّ عام وذلك من زاوية مجاله الذي يمتدّ إلى كلّ الكتائب الخطية دون حصر لموضوعها في حين أن أحكام الفصلين 581 من نفس المجلة و305 من مجلة الحقوق العينية هي أحكام خاصة من حيث موضوعها ولكنها لا تتضمن صلة بمفهوم ثبوت التاريخ باعتبارها متصلة بآليات الإشهار. أمّا من الناحية العملية فإن مصلحة الشفيع المشروعة كانت تفرض استبعاد تطبيق أحكام الفصل 450 م.ا.ع لأنها لا تبيح له الحصول على نسخة من عقد البيع موضوع الشفعة على عكس شكلية التسجيل الجبائي أو الترسيم العقاري. كلّ ذلك كان مدعاة لتدخل المشرّع.

## ب- الصعوبات الناتجة عن صياغة 1992 :

17- نصّ الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية بعد تنقيحه بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 : "يسقط حق الشفيع في القيام بدعوى الشفعة بعد مضي شهر من إعلانه بالشراء من طرف المشتري مع بيان الثمن والمصاريف.

وفي صورة عدم الإعلام فإن حق القيام يسقط بمضي ستة أشهر من يوم ترسيم العقد بالسجل العقاري بالنسبة للعقارات المسجلة ومن يوم تسجيل العقد بالقبضة المالية بالنسبة للعقارات غير المسجلة".

18- فسعي لتفادي الصعوبات الإجرائية المتصلة بآجال الشفعة تدخل المشرع بمناسبة صدور قوانين 4 ماي 1992 وخاصة منها القانون عدد 46 لسنة 1992 المنقح لبعض أحكام مجلة الحقوق العينية ومنها أحكام الفصل 115 والقانون عدد 46 المنقح للفصل 581 من مجلة الإلتزامات والعقود، ليعتمد الحلول الآتية :

- أولا : التمديد في أجل الثمانية أيام المنصوص عليه بالفقرة الأولى من الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية إلى أجل شهر، وفي هذا التمديد في الأجل في صورة الإعلام تيسير للشفعة لأنّ أجل الثمانية أيام هو في الواقع شبه تعجيزي.

- ثانيا : التنقيح بالفقرة الثانية من الفصل المذكور على أن حق القيام بالشفعة يسقط "في صورة عدم الإعلام"... "بمضي ستة أشهر من يوم ترسيم العقد بالسجل العقاري بالنسبة للعقارات المسجلة ومن يوم تسجيل العقد بالقبضة المالية بالنسبة للعقارات غير المسجلة".

- ثالثا : تنقيح أحكام الفصل 581 من مجلة الإلتزامات والعقود لجعلها تتلائم مع التفرقة بين نظام العقار المسجل ونظام العقار غير المسجل.

19- وواضح أن الحلّ الخاص بأجل السنة أشهر يفترض تطبيقا عاديا لإجراءات الترسيم وهو منطلق احتساب الأجل. واعتبارا لوضعية الرسوم المجمدة وصعوبة الحصول على ترسيم الحقوق العينية المتعلقة بها، تم ربط دخول الحلول الجديدة حيز التنفيذ بانتهاء الأجل الممنوح لتحيين الرسوم وتخليصها من الجمود وهو ما كان في سنة 1992 مقدرا بثلاث سنوات. ففي انتظار ذلك لم تتمتع الصياغة الجديدة المتضمنة للحلول التشريعية المستحدثة بالإلزامية والنفاز الحيني مما جعلها تبدو كمقتضيات هي أقرب إلى الأحكام التشريعية التأويلية التي من شأنها أن تساعد القاضي على معرفة إرادة المشرع والإتجاه الذي اختاره. وواضح أن المشرع استبعد ربط الأجل بأحكام الفصل 450 من مجلة الإلتزامات والعقود ليقيم الصلة مع شكلية التسجيل على معنى المفصل 581 من نفس المجلة والترسيم على معنى الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية.

20- ورغم وضوح هذه الخيارات فإن الموقف القضائي المؤسس على تطبيق أحكام الفصل 115 عيني بالضميمة مع أحكام الفصل 450 المذكور، بقي صامدا لا يتأثر بالصياغة الجديدة ولم يزل يلقي صدى إيجابيا في بعض قرارات محكمة التعقيب فقد تبناه صراحة وبشكل مفاجئ القرار عدد 36860 الصادر بتاريخ 10 ماي 1994 (قرار تم نشره بالعربية في المجلة القانونية التونسية لسنة 1994، ص. 255 مع ملاحظات الأستاذ محمد كمال شرف الدين) ليعلن أن "الفصل 450 من مجلة الإلتزامات والعقود هو المعتمد قانونا في احتساب الأجل المنصوص عليه في الفقرة الثانية من الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية" مؤيدا بذلك ما ذهب إليه محكمة الإستئناف في تفضيل تاريخ التعريف بالإمضاء لدى البلدية". ويتأسس هذا الإصرار على نزعة نحو التقيد بحلّ بدأ أنسب مع الصبغة الإستثنائية لدعوى الشفعة. وسعيا لتجاوز هذا التباين في فقه القضاء تدخل المشرع من جديد لإعادة صياغة الأحكام الخاصة بضبط آجال القيام بالشفعة.

## II - صعوبات بدأت تظهر — ر بعد 2006

21- أصبح الفصل 115 (جديد) من مجلة الحقوق العينية، بموجب التنقيح المنجز بالقانون عدد 29 لسنة 2006 المؤرخ في 15 ماي 2006، يحمل المضمون الآتي : "يجب على المشتري إعلام الشفيع بالشراء بواسطة محل تنفيذ مع بيان الثمن والمصاريف. ويسقط حق القيام بدعوى الشفعة بعد مضي شهر من تاريخ محضر إعلامه.

وفي صورة تعذر الإعلام فإن القيام بدعوى الشفعة يسقط بمضي ستة أشهر من يوم ترسيم العقد بالسجل العقاري بالنسبة للعقارات المسجلة الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم ومن يوم تسجيل العقد بالقبضة المالية بالنسبة للعقارات المسجلة غير الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم أو العقارات غير المسجلة".

22- ففي سنة 2006 وأمام كثرة النزاعات المتعلقة بالصعوبات التأويلية الناشئة عن تطبيق الأحكام المتعلقة بآجال الشفعة، تدخل المشرع مرة أخرى لتنقيح الفصل 115 معللاً تدخله كما يلي : "قد لوحظ تعمّد بعض المشتريين التكتّم عن شراءاتهم وعدم الإعلام بها لغاية حرمان من له الحقّ في الشفعة من القيام بالإجراءات اللازمة لذلك وممارسة دعواه في الآجال القانونية وبالتالي تنظيم سقوط حق الشفيع في أخذ العقار بالشفعة.

واعتباراً لخطورة هذه الوضعية على حقوق المشاركين في الملك وضمائنا لتحقيق هذه المؤسسة الأهداف التي شرّعت من أجلها باعتبارها سبباً من أسباب الملكية...، اتجه مراجعة أحكام الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية. وتم ذلك باعتماد أمرين :

1- إقرار مبدأ وجوبية إعلام الشفيع من قبل المشتري بالشراء

2- عدم اعتبار المشتري معفى من واجب الإعلام إلا في صورة تعذر ذلك عليه وهو نظام يبرره قيام بعض الصعوبات في تبليغ الإعلام إلى الشفيع من ذلك عدم معرفة عنوانه أو تواجده قانونا في حالة فقدان وغيرها من حالات التعذر التي تبقى خاضعة لاجتهاد القاضي ويمكن للمشتري إثباتها بسائر وسائل الإثبات باعتبارها واقعة قانونية". (مداولات مجلس النواب جلسة 2 ماي 2006، المداولات عدد 20، ص. 842 وما بعدها).

23- وواضح من الصياغة الجديدة أن المشرع فرض مبدئيا على المشتري **إلتزاما قانونيا** جديدا بإعلام الشفيع بالشراء محافظا على أجل الشهر في هذه الصورة ثم إنه وسّع في الأجل إلى ستة أشهر مع تغيير نقطة بداية نظام الإحتساب للأجل في الصورة التي يتعذر فيها على المشتري تحمّل الواجب الجديد بالإعلام. وسرعان ما أفرزت هذه الخيارات صعوبات جديدة أضافت إلى التعقيدات القديمة، صعوبات جديدة بانّت في فقه القضاء وحدّت من نجاعة الحلول المستحدثة. وهي صعوبات تهم بالخصوص مسألتين الأولى تتصل بتحديد الرسوم العقارية الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتسجيل (أ) والثانية تتعلق بشروط تطبيق الفقرة الثانية من الفصل 115 جديد م.ح.ع. (ب).

### **أ- تحديد الرسوم الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتسجيل**

24- لا تثير الفقرة الأولى صعوبات كبيرة في أعمالها وتطبيقها. لكن أحكام الفقرة الثانية هي التي بيّنت الصعوبات التطبيقية للحول المعتمدة. ومن هذه الصعوبات مسألة تحديد العقارات المسجلة الخاضعة للمفعول المنشئ للتسجيل. فالمشرع أعاد مبدأ المفعول المنشئ للتسجيل إلى المنظومة التشريعية بموجب قوانين 4 ماي 1992 المنقحة لمجلة الحقوق العينية (خاصة الفصل 305) ومجلة الإلتزامات والعقود (الفصل 581) ومجلة الأحوال الشخصية (الفصل 204). لكن هذه القوانين الثلاثة أجلت نفاذ المبدأ إلى سنة

1995 ثم بعد ذلك إلى سنة 1998، وهو تأجيل أدخل الإرتباك في الممارسة التطبيقية بخصوص معيار تحديد العقارات المسجلة الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم. وحسما لكل نزاع أثر المشرع التدخل بموجب القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 المتعلق بتطبيق المفعول المنشئ للترسيم على بعض الرسوم العقارية لتجاوز هذه الصعوبات بالقول بأن المبدأ يسري على "الرسوم العقارية المحدثة تنفيذا للأحكام الصادرة بالتسجيل ابتداء من دخول القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أبريل 1998 المتعلق بالتمديد في مفعول الأحكام الإنتقالية المرتبطة لتحيين الرسوم العقارية حيز التنفيذ وكذلك على الرسوم التي تمّ تحيينها". وبدا التحديد واضحا، فالمبدأ يشمل صنفين من الرسوم هي أولا الرسوم الجديدة المحدثة بعد أبريل 1998 تنفيذا لحكم بالتسجيل وهي ثانيا الرسوم المحينة. ولما لم تكن سارية في تاريخ النصّ الجديد (أكتوبر 2000)، إلا أحكام قانون 27 أبريل 1992 الضابطة لقواعد التحيين (لم تظهر مقتضيات التحيين الجديدة إلا لاحقا بموجب القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أبريل 2001)، فقد ذهب رأي إلى سحب مبدأ المفعول المنشئ على الرسوم المحينة طبقا لقانون 1992. وبذلك أضفي الغموض والإضطراب على مسألة مناط الرسوم العقارية الخاضعة للمبدأ. ولم يكن في الحقيقة هذا الرأي مطابقا لإرادة المشرع.

25- لكن حصل "تسرّب" لكلّ الصعوبات المتصلة بمفهوم المفعول المنشئ، لنظام احتساب آجال الشفعة بسبب الربط الحاصل بين المسألتين بموجب التنقيح المدخل سنة 2006 على أحكام الفصل 115 م.ح.ع فانقلت بالتالي إلى مؤسسة الشفعة، كلّ النقاشات حول مبدأ المفعول المنشئ للترسيم، وهو ما زاد الأمر تعقيدا.

26- بيّن المشرّع في القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أبريل 2001 والمتعلق بتحيين الرسوم العقارية أن الرسوم التي تمّ تحيينها هي الرسوم التي يتمّ تحيينها طبق أحكامه. ويعني ذلك أن ما تمّ تحيينه على ضوء قانون 27 أبريل

1992 لم يكن في الحقيقة تحيينا نهائيا. ويترتب عن ذلك أيضا أن الرسم الذي تمّ "تحيينه" سابقا يُمكن أن يُعاد تحيينه طبق القانون عدد 34 لسنة 2001. ويترتب عن ذلك أن الإشارة إلى الرسوم المحينة التي يسري عليها مبدأ المفعول المنشئ هي إشارة إلى الرسوم المحينة طبق قانون 2001 لا طبق قانون 1992. ويتأسس هذا التفسير على أحكام الفصلين 3 و23 من قانون 2001 الذين ربطا بين نفاذ مبدأ المفعول المنشئ للترسيم على الرسم العقاري وقرار ختم التحيين. وتأكيدا لذلك وجه السيد رئيس المحكمة العقارية إلى السادة قضاة المحكمة العقارية مذكرة حول تفسير أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 في باب اختصاص المحكمة في مجال التحيين، تشير إلى أن "... الرسوم العقارية المشمولة بالمفعول المنشئ للترسيم هي الرسوم العقارية المحدثة تنفيذا للأحكام الصادرة بالتسجيل بعد دخول قانون 20 أبريل 1998 حيز التنفيذ وكذلك الرسوم التي تم تحيينها طبق القانون الجديد المتعلق بتحيين الرسوم العقارية". ويستند هذا التفسير كذلك إلى مداوات مجلس النواب المتعلقة سواء بقانون 31 أكتوبر 2000 أو بقانون 10 أبريل 2001، وهي مداوات ترفع أي غموض عن مناط نفاذ المبدأ الجديد من حيث الرسوم المعنية لأنها تبين الارتباط الوثيق بين أحكام القانونين.

27- وتؤجبت هذه القراءة السليمة بصدور قرار الدوائر المجتمعة عدد 2001-11342 بتاريخ 27 فيفري 2003 الذي أعلنت فيه محكمة التعقيب بوضوح ودقة أن مبدأ المفعول المنشئ للترسيم كيفما حدده القانون عدد 46 لسنة 1992 والقانون عدد 30 لسنة 1998 والقانون عدد 91 لسنة 2000 "لا ينطبق إلا على الرسوم العقارية المحدثة تنفيذا للأحكام الصادرة بالتسجيل ابتداء من تاريخ دخول القانون الأول (وتقصد القانون عدد 30 لسنة 1998) حيز التنفيذ أو الرسوم التي تم تحيينها" (تعلق القرار بصعوبة متصلة بتطبيق الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية). ثم أكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 1785/2006 الصادر في 2006/10/31 هذا التأويل إذ عاب قرارها على محكمة الاستئناف اعتبار دعوى الشفعة في آجالها بناء

على أحكام الفصل 115 جديد والحال "أنه يتبين من مظاهرات الملف أن الرسم العقاري موضوع الشفعة غير خاضع لمبدأ المفعول المنشئ للتسجيل طالما أن الفصل الوحيد من القانون عدد 91 المؤرخ في 31/10/2000 نص على أن أحكام الفصل الثاني (المنقحة للفصل 115 قديم) لا تسري إلا على الرسوم المنشئة للتسجيل وهي الرسوم المحدثة تنفيذاً للأحكام الصادرة بالتسجيل ابتداءً من دخول القانون عدد 30 المؤرخ في 20 أبريل 1998 حيز التنفيذ أو الرسوم التي تم تحيينها وقد أكدت الدوائر المجتمعة لهذه المحكمة هذا التوجه بقرار عدد 11342 المؤرخة في 27 فيفري 2003"، في هذا الإتجاه الصحيح، انظر مثلاً القرار التعقيبي المدني عدد 20397/20712 المؤرخ في 18 نوفمبر 2008، نشرية 2008، ج.2، ص. 337 والذي تضمن ما يلي : "إن المفعول المنشئ للتسجيل لا ينطبق إلا على الرسوم العقارية المحدثة تنفيذاً للأحكام الصادرة بالتسجيل ابتداءً من تاريخ دخول القانون عدد 30 لسنة 1998 حيز التنفيذ والرسوم التي تم تحيينها طبق أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001."

28- وقد أجمع شراح القانون من السادة القضاة ومن الأساتذة الجامعيين في دراسات عديدة نُشرت في مؤلف أصدرته الجمعية التونسية للقانون العقاري تعليقا على الإصلاح العقاري من خلال قوانين 2000 و 2001 على أن كلمة الرسوم المحينة في قانون 31 أكتوبر 2000 إنما تعني الرسوم المحينة بحسب نظام التحيين الجديد لسنة 2001.

### **ب- شرط تطبيق أحكام الفقرة الثانية من الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية بعد 2006 :**

29- أبرز التطبيق القضائي للفقرة الثانية م الفصل 115 م.ح.ع في صياغته الحالية انقساماً في اجتهاد المحاكم. إذ ذهب رأي أول إلى القول بأن المشرع حمل المشتري واجبا جديداً وهو الإعلام بالشراء ورتب عن ذلك أن المشتري الذي لا يُثبت

حالة تعذر القيام بالإعلام، التي هي شرط لتطبيق الفقرة الثانية من الفصل 115 من مجلة الحقوق العينية، غير محقّ في التمسك بتطبيق أجل الستة أشهر إذ أن الأجل يبقى مفتوحا. وفي هذا كتب القاضي الفاضل علي كحلون ما يلي : "إذ لم يسع المشتري إلى إعلام الشفيع طبق الإجراءات القانونية فلا يعتد بآثار غياب الإعلام وهو السقوط بأجل ستة أشهر إلا إذا قامت حالة التعذر لسبب من الأسباب الواقعية كما في صورة غيبة الشفيع أو عدم التوصل لمعرفة عنوانه، ففي هذه الصورة فقط يكون أجل السقوط ستة أشهر من تاريخ تسجيل العقد بالقباضة المالية بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة. وذلك على شرط أن يثبت المشتري حالة التعذر بجميع الوسائل لتعلق الإثبات بواقعة قانونية، وعادة ما يكون ذلك بواسطة محضر عدل التنفيذ الذي يؤخذ منه غيبة الشفيع أو عدم معرفة عنوانه وغير ذلك من الصور وإذا لم يثبت المشتري حالة التعذر خلال نشر الدعوى يبقى الأجل مفتوحا، وذلك هو التنقيح الذي أراده المشرع سنة 2006". (علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس 2010، ص 234). ويعني ذلك، بعبارات أخرى، أن المشتري يتحمل عبء إثبات سبب عدم قيامه بالإعلام طبق ما يوجبه عليه القانون. فإن حقق ذلك وبيّن سببا مشروعاً لعدم الإعلام جاز تطبيق أحكام الفقرة الثانية من الفصل 115 عيني وإن اكتفى بملاحظة عدم وقوع الإعلام، اعتبرت المحكمة أن الفقرة لا يمكن تطبيقها لانعدام الشرط في ذلك بما تصير أجل الشفعة مفتوحا.

30- ونجد صدى لهذا الرأي في فقه قضاء محاكم الأصل (من ذلك، حكم المحكمة الابتدائية بأريانة، الدائرة المدنية الأولى، قضية عدد 20323، صادر بتاريخ 17 أكتوبر 2011، حكم غير منشور ملحق بهذه الدراسة، الذي ورد فيه : "وحيث وخلافا لما تمسك به نائب المطلوب فإن صورة دعوى الحال لا تقيدتها الآجال المنصوص عليها بالفصل 115 من م.ح.ع باعتبار أنه وبصفه مشتري للعقار كان من واجبه وعملا بالفصل 115 من م.ح.ع إعلام الشفيع بشرائه بواسطة عدل تنفيذ مع

بيان الثمن والمصاريف ولم يثبت من خلال مظروفات الملف بما يفيد قيام المطلوب بالإعلام. وحيث ومن جهة ثانية جاء ملف الدعوى خلوا مما يثبت معه تعذر الإعلام على المشتري ولا يجوز معه اعتباره ذي عذر لعدم الإعلام وتطبيق أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 115 من م.ح.ع. وحيث أضفت أحكام الفصل 115 من م.ح.ع صيغة وجوبية للإعلام لإحتساب أجل الستة أشهر لقيام الشفيع بعرض المال وتأمينه. وحيث وطالما لم يدل المطلوب بما يفيد تعذر الإعلام عليه فإن أجل الإحتساب يبقى مفتوحا وباتت دعوى الحال في طريقها، واتجه القضاء بصحة إجراءات الشفيعه وبإحلال المدعي بوصفه شفيعا محل المطلوب في جميع المنابات المشفوعة والمذكورة سلفا كالإذن لحافظ الملكية العقارية بالتنصيص على ذلك بالرسم العقاري عدد 89487".

كما نجد له صدى في القرار التعقيبي الصادر سنة 2011 عن الدائرة 11 المدنية تحت عدد 47561.2010 بتاريخ 25 أبريل 2011 : "...حيث أن الفصل 115 من م.ح.ع المنقح بمقتضى القانون عدد 29 لسنة 2006 قد أقر مبدأ وجوبية إعلام الشفيع من طرف المشتري بالشراء بواسطة عدل منفذ مع بيان الثمن والمصاريف وقد وردت عبارات هذا الفصل بصيغة الإلزام إذ نصت على أنه "يجب على المشتري إعلام الشفيع بالشراء..." وبالتالي فإن الإعلام أصبح إجراء وجوبيا محمولا على المشتري لتحويل الشفيع من ممارسة حقه في الشفعة بعد أن كان اختياريا كما أورد المشرع صلب الفصل 115 المذكور صيغة محددة بذاتها للإعلام وهي طريقة التبليغ بواسطة عدل منفذ. وحيث أن قول محكمة الحكم المطعون فيه بسقوط حق المعقب في القيام بدعوى الشفعة بناء على انقضاء الآجال القانونية لممارسة ذلك الحق اعتمادا على الفقرة الأخيرة من الفصل 115 جديد من م.ح.ع رغم ثبوت عدم إعلام المشتريين للمعقب بالشراء وعدم إثبات حالة التعذر المنصوص عليها بالفصل المذكور في غير طريقه ضرورة أن التعذر هو واقعة قانونية يجوز للمشتري إثباتها بجميع الوسائل. وحيث تبعا لذلك فإنه لا بد من إثبات وجود استحالة حقيقية حالت دون قيام المشتريين بواجب الإعلام بواسطة عدل منفذ المحمول عليهما قانونا لتفعيل الفقرة الأخيرة من

الفصل 115 وفي غياب ذلك فإنه يسقط العمل بالأجل المنصوص عليه بالفقرة المذكورة. وحيث إن تعليل المحكمة جاء مجملا وغير واضح كما أن المحكمة لم تناقش الدفع المتعلق بواقعة التعذر ولم تسع في البحث حول المسألة المذكورة ولم تولها ما يجب من البحث والإستقراء مما يورث قضاءها قصورا في التعليل وخرقا للقانون بصورة تعرضه للنقض مع الإحالة" (قرار غير منشور ملحق بهذه الدراسة).

31- وعلى عكس ذلك، رأت بعض المحاكم أن القول بأنّ عدم إثبات المشتري لسبب وجيه ومشروع يببر تخلفه عن إعلام الشفيع (كإثبات إستحالة معرفة هوية وعدد الشركاء أو عناوينهم) لا يحرمه من تطبيق أحكام الفقرة الثانية ولا يجعل الأجل في دعوى الشفعة مفتوحا لأن في ذلك توسيعا للأجل بما يجعلها تناقض الصبغة الإستثنائية للدعوى ومخالفة للقاعدة الكلية الواردة بالفصل 540 من مجلة الإلتزامات والعقود. (من ذلك مثلا الحكم المدني الصادر عن المحكمة الابتدائية بمنوبة، عدد 4758 بتاريخ 05 جوان 2012 : "...وحيث لا جدال بين طرفي النزاع في أن العقار موضوع الرسم العقاري عدد 10787 منوبة هو استخراج من الرسم العقاري الأصلي 94514 أريانة وأنه غير خاضع لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم. وحيث اقتضى الفصل 115 م.ح.ع أنه في صورة تعذر الإعلام فإن القيام بدعوى الشفعة يسقط بمضي ستة أشهر من تاريخ تسجيل العقد بالقباضة المالية بالنسبة للعقارات المسجلة غير الخاضعة للمفعول المنشئ أو العقارات غير المسجلة. وحيث أنه وخلافا لما ذهب إليه نائب المدعي فلا حاجة لوجود ما يثبت الإعلام لإثبات تعذره ضرورة أن الفقرة الثانية من الفصل 115 م.ح.ع وردت مطلقة وكحل نهائي سواء في حالة تعذر الإعلام إن وجد أو في صورة انعدام وجوده مطلقا. وحيث أن ممارسة حق الشفعة هو استثناء لحق الملكية ولا يجوز التوسع فيه.

وحيث أن قيام المدعي بعد مرور سنة وأشهر من تاريخ تسجيل العقد بالقباضة المالية باعتبار أن الأمر يتعلق بعقار مسجل غير خاضع لمبدأ المفعول المنشئ

للترسيم بجعل حقه في القيام بدعوى الشفعة قد سقط." (غير منشور، ملحق بهذه الدراسة).

32- ويبدو مما سبق عرضه أن فقه القضاء بدأ يستقر على تباين جديد يمس من استقرار الوضعيات ويُدخل الإضطراب على ممارسة دعوى الشفعة لعدم معرفة نظام احتساب آجالها وتأثرها بعدم الإعلام بالبيع. وربما كان من المتجه تحميل البائع واجب التنصيص بعقد البيع على الشركاء المتمتعين بحق القيام بدعوى الشفعة حتى يكون الإلتزام القانوني بالإعلام بالبيع المحمول على البائع إلتزاما معقولا وقابلا للتنفيذ بيسر.

الأستاذ محمد كمال شرف الدين

نوفمبر 2012

• الملاحق : 3 قرارات قضائية غير منشورة.