الهــيئة الوطنيــة للمحــاميـن بتونس

الفرع الجهوي بتونس

محاضرة ختم التمرين:

ملــكية الأجنبي للعــقار غــير الفــلاحــي.

الاستاذ المحاضر:

الأستاذة نجاة الدردوري

الاستاذ المشرف على التمرين:

الأستاذ لطفي الهيف.

الاستاذ المؤطر:

الأستاذ هشام الحجري.

السنة القضائية 2010-2011

الإهـــداء:

باسم الحب اذا كان الحب من القلب
باسم القلب اذا كان القلب من الروح
باسم الروح اذا كانت الروح من عند الله

بسم الله الرحمان الرحيم

اهدي هذا العمل المتواضع:

إلى أغلى الناس والدي ووالدتي رمز العطاء والمحبة أطال الله عمرهما

إلى زوجي العزيز

إلى إخوتي الأحباء

إلى مثلي الأعلى في مهنة المحاماة أستاذي الفاضل المشرف على تمريني الأستاذ لطفي الهيف

واشكر الاستاذ هشام الحجري لحسن تاطيره لي في انجاز هذا العمل

الى كافة زملائي وزميلاتي

المقدمة

يعتبر حق ملكية العقارات من اخطر الحقوق التي يمكن أن تمنحها الدولة لفائدة الأجنبي باعتبار وان العقار يمثل جزءا من الإقليم الذي تبسط عليها الدولة سيادتها. فالتجارب التاريخية أثبتت أن النواة الأولى للاحتلال هي امتلاك العقارات واكبر دليل على ذلك ما وقع بتونس قبل انتصاب الحماية.فبينما يعد الأجنبي في كل دولة في مركز أدنى من مركز الوطني كان هذا الوضع مقلوبا في تونس بفعل نظام الامتيازات التي فرضته الدول الأجنبية في إطار اتفاقيات أبرمتها مع الدولة العثمانية والتي تضمنت إقرار حق الإقامة بالنسبة لغير المسلمين في البلدان الإسلامية وكذلك حقهم في امتلاك العقارات. وبإصدار قانون عهد الأمان في 10سبتمبر1857 تدعمت تلك المبادرات بصفة قانونية ،حيث اقر في فصله 11 أن الأجانب لهم نفس حقوق سكان البلاد (1).

ومنذ انتصاب الحماية سعت سلطة الاحتلال إلى تشجيع رؤوس الأموال الفرنسية على امتلاك الأراضي الفلاحية وغير الفلاحية وتشييد البناءات داخل المدن التي أحدثها بغية تدعيم الاستعمار التوطيني الذي امتاز به نمط الاستعمار الفرنسي عن غيره من أنواع الاستعمار.

وغداة الاستقلال وجدت الدولة التونسية نفسها مكبلة بنظام قانوني لم تساهم في وضعه (2) مكن الأجانب من اكتساب حقوق فردية من أهمها ملكية العقارات التي من الواجب اتخاذ حل سريع في شانها حتى تكتمل سيادة الدولة.

إلا انه مع مرور السنوات واستقرار سياسة البلاد تطور موقف المشرع التونسي بخصوص الملكية العقارية للأجنبي الذي حاول من خلاله التوفيق بين ضرورة محافظة الدولة على عقاراتها بوصفها تمثل الإقليم الذي تمارس عليه سيادتها وضمان الحقوق العقارية للأجنبي التي أوجدها القانون الدولي والتي من أهمها المساواة بين المواطن وغير المواطن في حرية التملك في حدود القانون واحترام مبدأ الحقوق المكتسبة للأجنبي.

وقد اختلف موقف المشرع إزاء أملاك الأجانب العقارية باختلاف نوع العقارات، حيث أولى العقارات الفلاحية الاهتمام الأكبر مقارنة مع الأملاك العقارية غير الفلاحية. وهكذا نرى أن المشرع قد صب اهتمامه بالعقارات الفلاحية باعتبار أن نشاط البلاد الاقتصادي يقوم على الفلاحة والحال أن أهم الأراضي وأخصبها كانت بأيدي الأجانب. مما اوجب على الدولة اتخاذ حل سريع إزاء هذه الوضعية التي تمس من سيادة البلاد يتمثل في اتخاذ قرار تأميم الأراضي الفلاحية بمقتضى القانون التاريخي عدد 5 لسنة 64 المؤرخ في 12 ماي 1964 القاضي بتأميم الأراضي الفلاحية الواقعة على ملك الأجنبي مقابل تعويض، وهو نفس التاريخ التي أبرمت فيه معاهدة "باردو" المتعلقة بانتصاب الحماية بتونس. وان اختيار ذلك التاريخ لإصدار قانون التأميم يعتبر رمز لإسترجاع السيادة التونسية حتى انه يطلق عليه تاريخ الجلاء الزراعي.

---

(1) عبد الفتاح عمر وقيس سعيد: نصوص ووثائق سياسية تونسية (دستور 1961).

(2)Hatem Khotrane :le sort juridique des immeubles appartenant à des Français au Maghreb RTD 1986 P181.

وفي نفس هذا الإطار، منع المشرع بصفة صريحة صلب الفصل الأول من قانون التأميم على الأجنبي من امتلاك الأراضي الفلاحية ما عدا الحالة الاستثنائية التي أوجدها المشرع صلب قانون 22 سبتمبر 1969 المتعلق بإصلاح الأوضاع الفلاحية والمنقح لقانون 12 ماي 1964 (1) والتي مكنت الأشخاص الماديين من ذوي الجنسية الأجنبية من ابتياع قطعة ارض أو عدة قطع معينة قصد وضع إقامتهم بها على شرط أن يقع الترخيص لهم في ذلك بمقتضى أمر.ففيما عدا هذه الحالة الاستثنائية التي جاءت مشروطة لايمكن للأجنبي بحال من الأحوال امتلاك العقارات الفلاحية.

وقد اشترط المشرع الترخيص الإداري في العمليات العقارية المتعلقة بالأراضي الفلاحية المنصوص عليه صلب أمر 4 جوان 1957 قبل اتخاذ قرار التأميم المذكور آنفا في المقابل تم تحرير العمليات المتعلقة بالعقارات غير الفلاحية في بداية الأمر من كل رقابة ووقعت معاملة الأجنبي مثل التونسي بخصوص العمليات العقارية المبرمة من طرفه أو لحسابه دون قيد أو شرط .إلى حين صدور مرسوم 8 سبتمبر 1961 المنقح لأمر 4 جوان 1957 الذي عمم وجوب الحصول على رخصة الوالي على العمليات المتعلقة بجميع أنواع العقارات بما في ذلك العقارات غير الفلاحية وذلك بغية مراقبة الرصيد العقاري التونسي وعرقلة العمليات العقارية غير الفلاحية لفائدة الأجنبي التي لها خطورة على سيادة البلاد، وقد ازدادت هذه الغاية وضوحا خاصة بعد صدور المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977 (2) الذي أعفى التونسيين من رخصة الوالي في العمليات العقارية المبرمة بينهم.

ثم تتالت القوانين المنظمة لملكية الأجنبي للعقارات غير الفلاحية في تونس التي لم تحرم الأجنبي من ملكية تلك العقارات لكنها أضفت عليها شكلية التراخيص الإدارية التي تمكنها من مراقبة العمليات التي يكون احد أطرافها أجنبيا بما في ذلك العمليات الواقعة على ملك الأجنبي لما يتلاءم وسياستها الداخلية.

وقد أبرمت الحكومة التونسية عدة اتفاقيات ثنائية مع كل من حكومات البلدان الليبية (3) والجزائرية (4) والمغربية (5) والنيجيرية (6) ،عرفت بمعاهدات الإقامة أو الاستيطان والتي أقرت بمقتضاها لرعايا هذه البلدان التمتع بنفس حقوق المواطن التونسي في العديد من المجالات الاقتصادية والاجتماعية بما في ذلك ملكية العقارات. وقد أثار تطبيق هذه الاتفاقيات العديد من المشاكل المتعلقة خاصة بشرط المعاملة بالمثل. حيث اتضح ان التونسيين المقيمين بتلك الدول لا يعاملون بنفس ما يعامل به رعاياهم في تونس مما ادى بالدولة التونسية الى معاملة رعايا تلك البلدان معاملة الاجنبي .

---

(1) انظر الفصل الأول من قانون عدد 56 لسنة 1969 مؤرخ في 22 سبتمبر 1969 المتعلق بإصلاح الأوضاع الفلاحية الرائد الرسمي عدد 37 صادر بتاريخ 23 سبتمبر 1969 ص 1217

(2)المصادق عليه بالقانون عدد 64 لسنة 1977 المؤرخ في 26 اكتوبر 1977

(3) الاتفاقية المبرمة بطرابلس في 14 جوان 1961 والمصادق عليها بالقانون عدد 1 لسنة 1962 المؤرخ في 9 جانفي 1962 والتي وقع نشرها بموجب الأمر عدد 1322 المؤرخ في 25 جوان 1965 (الرائد الرسمي عدد 34 الصادر في 29 جوان 1965)

(4)الاتفاقية المبرمة بمدينة الجزائر في 26 جويلية 1963 المصادق عليها بالقانون عدد 34 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966 .

(5) الاتفاقية المبرمة بمدينة تونس في 9 ديسمبر 1964 المصادق عليها بالقانون عدد 35 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966 والمنشورة بموجب الأمر عدد 317 المؤرخ في 20 جوان 1973 (الرائد الرسمي المؤرخ في 29 جوان 1973)

(6) الاتفاقية المبرمة بتونس في 18 أكتوبر 1966 المصادق عليها بالقانون عدد 14 لسنة 1967 المؤرخ في 10 افريل 1967 .

بالاضافة إلى صدور القانون عدد 40 لسنة 2005 المؤرخ في 11 ماي 2005 المتعلق بإتمام الأمر المؤرخ في 4جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية،وقد نقح هذا القانون الفصل 7 من الأمر المذكور ليضيف إليه الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والمتعلقة بإلغاء رخصة الوالي بالنسبة للاجانب في بعض العمليات العقارية بالمناطق الصناعية والسياحية (1) وذلك تكريسا لتبني مبادئ الليبيرالية الاقتصادية التي تقوم على الاستثمار الحر تشجيعا لاستجلاب المستثمر الأجنبي وسعيا لنمو اقتصادي وطني أمام اشتداد المنافسة بين الأسواق العالمية في عصر العولمة.

ورغم أن هذا النوع من العمليات العقارية الخاصة بالمناطق الصناعية والسياحية تدخل تحت طائلة العقار غير الفلاحي إلا أنها لن تكون جوهر المحاضرة نظرا لطابعها الخاص.

وبعد التعرض إلى الجوانب التاريخية التي خصت بامتلاك الأجانب للعقارات التونسية واهم الحلول التي أوجدها المشرع لتحديد الملكية العقارية للأجنبي في تونس لابد من التعرض إلى مفهومين أساسين حتى يستقيم بحثنا يتمثلان في مفهوم الأجنبي من ناحية ومفهوم العقار غير الفلاحي من ناحية أخرى.

وقبل محاولة تعريف الأجنبي والعقار،لابد أن نشير أن حق الملكيّة هو من الحقوق المضمونة دستوريّا بالقانون التونسي، فهو " الحق الذي يخوّل صاحب الشيء وحده استعماله واستغلاله والتفويت فيه " حسب الفصل 17 من مجلة الحقوق العينيّة، وتجدر الإشارة هنا أن هذه المجلّة جعلت من حق الملكيّة وظيفة اجتماعية وهو ما يكرّسه الفصل 14 من الدستور إذ ينصّ "حق الملكيّة مضمون ويمارس في حدود القانون".

ويمكن تعريف الأجنبي بأنه كل شخص لا يحمل الجنسيّة التونسية بقطع النظر عن كونه مقيما بالتراب التونسي أو لا وسواء كان شخصا طبيعيّا أو شخصا معنويّا.

أمّا بالنسبة إلى الشخص الطبيعي الأجنبي فيمكن تحديده من خلال الرجوع إلى أحكام الجنسيّة التونسية، إمّا أصالة أو عن طريق اكتسابها أو بانتمائها أو حالات فقدانها أو إسقاطها وسحبها (2).

وبالتالي ومن خلال أحكام مجلّة الجنسية فإن كل شخص لا يحمل الجنسيّة التونسية يعتبر أجنبيّا بما في ذلك الشخص فاقد الجنسيّة أي الذي لا يحمل الجنسيّة التونسية أو غيرها من الجنسيّات الأجنبيّة وفي نفس الإطار تطرح مسألة إزدواجيّة الجنسيّة ففي عديد الحالات تجد شخصا متمتعا بجنسيّتين الأولى تونسية والثانية أجنبيّة، فهل يمكن اعتباره أجنبيّا ؟ أجاب الفصل 30 من مجلّة الجنسيّة التونسية عن هذا الإشكال مؤكدا أنه : " لا يمكن للتونسي أن يفقد الجنسيّة التونسيّة إلا بأمر وفي حالة اكتساب جنسيّة أجنبيّة من طرف تونسي بمحض إختياره يمكن سحب الجنسيّة التونسية منه بأمر ويحرّر من تابعيته لتونس من تاريخ الأمر المذكور" وبالتالي فإن الحصول على جنسيّة أجنبيّة بالنسبة إلى التونسي لا يفقده بصفة آليّة الجنسيّة التونسية ما لم يصدر أمر بسحبها منه.

أمّا بالنسبة للأجنبي الذي تحصل على الجنسيّة التونسية فإنّه يعامل كالتونسي، فيكفي الإستظهار بشهادة تثبت الجنسيّة التونسية لإعفائه من الخضوع للأحكام الخاصّة بالأجانب.

---

(1)عبد الرحمان الحديري" رخصة الوالي في العمليات العقارية في المناطق الصناعية والسياحية" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون البيئة والتعمير،كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس لسنة 2006-2007 ص 10.

(2) أنظر الفصول 6 إلى 23 مجلة الجنسية التونسية.

وفي خصوص إثبات الجنسيّة فإنه لا يمكن أن يكون، حسب محكمة التعقيب، إلا بواسطة شهادة الجنسيّة ([1]) كما نصّ الفصل 59 من مجلّة الجنسيّة فيما يخصّ عبء الإثبات في مادّة الجنسيّة يكون على من يدّعي أنه تونسي أوأجنبي سواء بطريق القيام بدعوى أصليّة أو عن طريق الدّفع أثناء نشر قضيّة ويتمّ إثبات الجنسيّة بشهادة الجنسيّة المسلّمة من المصالح المختصة ([2]).

هذا ما يخصّ مفهوم الأجنبي عندما يكون شخصا طبيعيّا، أمّا بالنسبة إلى الشخص الأجنبي المعنوي فإن تحديد مفهومه يمكن أن نستشفه بالرّجوع إلى المرسوم المؤرّخ في 30 أوت 1961 المتعلق بشروط ممارسة بعض أنواع النشاط التجاري ([3]) الذي حدّد مجموعة من المعايير لابد من توفرّها جميعا لاعتبار الشخص المعنوي تونسيّا وإذا تخلّف أحدها اعتبر الشخص المعنوي أجنبيّا فقد نصّ الفصل 3 من مرسوم 1961 ما يلي:

" الأشخاص المعنويّة تكون لهم الجنسيّة التونسيّة إذا توفّرت فيهم الشروط الآتية :

1- أن يقع تأسيسها طبق القوانين الجاري بها العمل وأن تكون مقرّها الرّسمي بالبلاد التونسية.
2- أن تشمل رأس مالها لحدّ خمسين في المائة على الأقل على أسهم إسميّة يمسكها أشخاص ماديّون أو معنويّون تونسيون.
3- أن يتألف مجلس الإدارة أو المجلس المكلّف بالتصرّف أو الرقابة من أغلبيّة أشخاص ماديين لم الجنسيّة التونسية.
4- أن يقوم بالرئاسة أو الإدارة العامّة أو التصّرف أشخاص ماديّون لهم الجنسيّة التونسية. وبالنسبة إلى الشركات خفيّة الإسم وفي حالة الفصل بين مهام رئيس مجلس الإدارة ومهام المدير العام فإن المدير العام يجب أن يكون مقيما على معنى تراتيب الصرف الجاري بها العمل "

كما نصّ نفس الفصل في فقرته الأخيرة أنه " تعتبر أيضا تونسية الشركات الكائن مقرّها الرئيسي بالبلاد التونسية والتي تكون فيها للدولة أو للجماعات العموميّة المحليّة مشاركة في رأس مالها بصورة مباشرة أو غير مباشرة ".

ومن خلال هذه الشروط يتبيّن أن الجنسيّة الأجنبيّة للشخص المعنوي تتحدّد بالإعتماد أساسا على نسبة مشاركة الأشخاص المساهمين وكذلك على أساس المقرّ الرئيسي إلى جانب إعتماد جنسيّة الأشخاص المكوّنين لمجلس الإدارة.

أمّا في خصوص تحديد مفهوم العقارات غير الفلاحية هي كل العقارات التي تدخل في دائرة مثال التهيئة العمرانية ومثال التهيئة السياحية كذلك العقارات التي تدخل في المناطق الصناعية.

وبالرجوع إلى أحكام مجلّة الحقوق العينيّة يتبيّن لنا أن العقار يكون إمّا طبيعيّا أو تبعيا أو حكميّا ([4]) ولقد عرّف المشرّع العقار صلب الفصل 3 من مجلّة الحقوق العينيّة على النحو التالي " العقار هو كل شيء ثابت في مكانه لا يكمن نقله منه دون تلف " إلا أن هذا التعريف لا ينطبق سوى على العقارات الطبيعية وتعتبر عقارات طبيعية حسب الفصل 5 من مجلة الحقوق العينية الأراضي والمباني والنباتات ما دامت متصلّة بالأراضي والمباني المتممة لها وبحكم إندماجها في النباتات المغروسة فإن الصابة على سوقها والثمار في أصولها هي أيضا من العقارات الطبيعية حسب ما جاء به الفصل 7 من مجلّة الحقوق العينيّة فالعقارات بطبيعتها هي الأراضي بسطحها

---

[1]- قرار تعقيبي مدني عدد 8964 مؤرخ في 1959/9/22 م.ق.ت لسنة 1960 عدد 3 ص 24
[2]- الفصل 63 من مجلة الجنسية التونسية
[3]- المرسوم عدد 14 لسنة 1961 المؤرخ في 1961/8/30 المتعلق ببيان شروط ممارسة بعض أنواع من النشاط التجاري والمصادق عليه بالقانون عدد 46 لسنة 1961 المؤرخ في 6 نوفمبر 1961 والمنقح بالقانون عدد 48 لسنة 1985 المؤرخ في 1985/8/11.
[4]- الفصل 4 من مجلة الحقوق العينية

وما يقام فوق سطحها من مبان أو ما يثبت من أشجار وكذلك ما يوجد بباطنها عدا الكنوز التي تعدّ منقولات والمناجم والمقاطع لخضوعها إلى قوانين خاصّة ([5])

والعقارات التبعية فقد نصّ عليها الفصل 11 من مجلة الحقوق العينية وهي الحقوق العينيّة العقاريّة والدعاوى المتعلقة بها.

أمّا العقارات الحكميّة فهي في الحقيقة وبذاتها أشياء منقولة، غير أن المشرّع إفترض حكميّا أنها عقارات وقد أورد المشرّع نوعين من العقارات الحكميّة يتمثل النوع الأول في مجموع الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء المرصودة لخدمة الأرض مما يجعل هذا النوع من العقارات يتعلق بالعقارات الفلاحية (الفصل 9 من مجلة الحقوق العينية).

أمّا النوع الثاني من العقارات الحكميّة فهي تتمثل في اعتبار منقولات ملتحمة بالعقار بشكل يتعذر معه فصلها عنه دون إفسادها (الفصل 10 من مجلة الحقوق العينية).

كما أنّ العقارات بصفة عـامة يمكن تصنيفها إلى عقارات فلاحيّة وعقارات غير فلاحية. وقد بدأت تظهر مع مرور السنوات أهمية هذا الرصيد العقاري بسبب المشاكل التي أصبح يطرحها حيث ماانفكت حالة تلك العقارات تتدهور لحالة الإهمال التي كانت عليها من قبل مالكيها الأجانب الذين غادروا اغلبهم البلاد وكذلك من قبل شاغليها بسبب وضعيتهم غير المستقرة بتلك العقارات التي دخلوها في ظروف غامضة. كما انه مع اشتداد أزمة السكن في فترة السبعينات وجد بعض المضاربين المجال خصبا لاستغلال تلك العقارات أما بوجه الشراء أو التصرف من المالكين الأصليين على حساب الشاغل الذي ينتمي عادة الى طبقة اجتماعية ضعيفة. مما جعل المشرع يتدخل للمحافظة على تلك العقارات باعتبارها ثروة قائمة فوق التراب التونسي ولحماية المصلحة الخاصة لهؤلاء الشاغلين بتدعيم وضعيتهم المادية بتلك العقارات عن طريق إصدار نصوص قانونية تمكنهم من حق البقاء بتلك العقارات وحق الأولوية في شرائها .كما عهدت للدولة الإشراف على إدارة تلك العقارات ومراقبة التفويت فيها للحد من أعمال المضاربين كذلك وفي نفس هذا الإطار أيضا أبرمت الحكومة التونسية عدة اتفاقيات ثنائية مع الحكومة الفرنسية تضمنت كيفية تصفية العقارات غير الفلاحية ذات الصبغة الاجتماعية المكتسبة من قبل الرعايا الفرنسيين أثناء الاستعمار وذلك بتعهد الدولة التونسية بشراء العقارات ذات الصبغة الاجتماعية في محاولة منها لتصفية الوضعية العقارية لتلك الأملاك بصفة نهائية اعتمادا على الطريقة التعاقدية التي لا تمس من حقوق الأجنبي المكتسبة لإعادة التفويت فيها لشاغليها بغاية الاستقرار فيها بصفة نهائية.

وعموما ونظرا للأهمية الكبيرة التي أصبحت تكتسيها العقارات الأجنبية المبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956 على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي فقد أعارها المشرع التونسي الكثير من الاهتمام في السنوات الأخيرة من خلال إصداره ترسانة من النصوص القانونية لتنظيم التعامل مع هذه العقارات في إطار إيجاد معادلة بين حقوق الأجنبي المكتسبة والمواطن.

ولنا أن نتساءل في هذا السياق عن أهم عناصر النظام القانوني العام لملكية الأجنبي للعقار غير الفلاحي في التشريع التونسي؟

نظرا لتشعب القوانين المتعلقة بأملاك الأجانب فإننا يمكننا التطرق في جزء أول إلى عنصر التملك لندرس في جزء ثان عنصر التصرف.

---

[1]- محمّد كمال شرف الدين : "دروس في قانون الأموال" كلية الحقوق والعلوم السياسية.

-الجزء الأول: عنصر التملك:

يعتبر المشرع التونسي متسامحا وإنسانيا فيما يتعلق بتنظيمه لملكية الأجنبي للعقارات غير الفلاحية الكائنة بالبلاد التونسية ، فمنذ الاستقلال لم يمنع المشرع الأجنبي من ملكية العقارات غير الفلاحية كذلك لم يعمد إلى المساس بحقوقه العقارية المكتسبة قبل الاستقلال.

غير انه وتماشيا مع قواعد القانون الدولي الذي يعطي كامل الحرية للدولة في تنظيم حقوق الأجنبي لما يتلاءم وظروفها الداخلية ، فقد خص المشرع التصرفات القانونية المتعلقة بأملاك الأجنبي بنصوص تشريعية تميزه عن المواطن التونسي نظرا لأهمية العقار ومساسه بسيادة البلاد وذلك عن طّــريق إضفاء شكلية الرخصة الإداريــة (الفصل الأول) فهو ترخيص مبني على سلطة تقديرية (الفصل الثاني).

-الفصل الأول: إضفاء شكلية الرخصة الإدارية:

فرض أمر 4 جوان 1957 شكلية الرخصة الإدارية على كل من التونسيين والأجانب على حد السواء وذلك لان اشتراط هذه الرخصة كان له هدفان: هدف ظاهر يتمثل في حمالة الرصيد العقاري، وهدف خفي لكنه أساسي وهو عرقلة انتقال ملكية العقارات التونسية إلى الأجانب بطريقة غير مباشرة وذلك بفرض منح الترخيص الإداري (1).

وتجدر الإشارة إلى أن تركيز المشرع التونسي على جنسية الأطراف المتعاقدة في العمليات العقارية كان واضحا منذ صدور قرار 5 جوان 1957 (2) الذي ينص على أن مطلب رخصة الوالي يجب أن يكون محررا ومتضمنا التنصيصات التالية:

اسماء المتعاقدين وأقاربهم وتاريخ ولادتهم ومكانها ومقرهم وصناعتهم وجنسيتهم وكذلك صلة القرابة أو المصاهرة التي تربط بينهم والصفة التي دعت كلا من المتعاقدين للتعاقد وكذلك اسم زوج المشتري عند الاقتضاء لقبه وتاريخ ولادته ومكانها وجنسيته وكذلك نظام حياتهما الزوجية..."إن تنصيص المشرع على تضمين مطلب الرخصة جنسية زوج المشتري وبيان نظام حياتهما الزوجية يدل على حرصه على التثبت من أن العملية العقارية المطلوب الترخيص فيها لا تنتقل ،بطريقة غير مباشرة، الملكية العقارية الخاصة بها إلى الأجانب فمثلا إذا كانت زوجة المشتري التونسي أجنبية وكان الزوجان قد اختار نظام الاشتراك في المكاسب فان العقار غير الفلاحي ،محل العملية العقارية، يصبح ملكا لكل من المشتري وزوجته الأجنبية. وعلى هذا الأساس فان التونسي وان كان مبدئيا معفيا من الرخصة الإدارية إذا كان قرينه أجنبيا واختار نظام الاشتراك في الأملاك(3) يكون من المنطقي مطالبته بهذه الرخصة حتى لا يفلت القرين الأجنبي من المراقبة الإدارية. إلا انه لا وجود لنص قانوني يفرض الرخصة الإدارية على التونسي في هذه الحالة وهو ما يمثل فراغا تشريعيا يجدر بالمشرع تجاوزه خاصة وانه كان حريصا على نجاعة هذه الرخصة من خلال تحديد العمليات العقارية الخاضعة للترخيص (المبحث أول) وإقرار جزاء الإخلال بهذا الترخيص (المبحث الثاني).

---

(1)EZZeddine ARFAOUI, « l'autorisation de gouverneur dans le contrat de vente immobiliére »,mémoire pour le D.E.S droit privé,1976,Tunis,p 15.

(2) قرار مؤرخ في 5 جوان 1957 يتعلق بتعيين موجبات الرخصة المتعلقة بالعمليات العقارية ،الرائد الرسمي الصادر في 7 جوان 1957.

(3)القانون عدد 91 لسنة 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الملاك بين الزوجين الرائد الرسمي عدد 91 بتاريخ 13 نوفمبر 1998، ص 2284.

-المبحث الأول: تحديد العمليات العقارية الخاضعة للترخيص:

بالرجوع إلى أمر 4 جوان 1957 يتبين وان فصله الأول عدد العمليات التي تستوجب الترخيص المسبق من الوالي لصحة إبرامه .لكن عند التطبيق، طرحت أمام كل من القضاء والإدارة عمليات لم ينص المشرع على وجوب الترخيص فيها مسبقا لصحة ابرامها وهو ما حدا بفقه القضاء و الادارة إلى الاجتهاد وإعطاء بعض الحلول في شان هذه العمليات التي سكت عنها المشرع. وعلى هذا الأساس سنقف عند العمليات المنصوص عليها صراحة (الفقرة الأولى) لنتعرض بعد ذلك للعمليات التي افرزها الواقع (الفقرة الثانية).

-الفقرة الأولى: العمليات المنصوص عليها صراحة

إن العمليات العقارية الخاضعة لرخصة الوالي ،كما بينها المشرع صراحة، فهي الإحالة وإنشاء الإنزال وإنشاء حقوق الارتفاق والمساهمة في شركة والقسمة والرهن والتسويغ.

1/ الإحالة:

فرض المشرع صراحة رخصة الوالي على جميع الإحالات العقارية سواء كانت بعوض مثل البيع أو المعاوضة أو مجانا مثل الهبة وسواء تعلقت بكامل حق الملكية أو بحق الانتفاع فقط كما أكد المشرع على أن الإحالة يجب أن تكون بين الأحياء وبالتالي لا تفرض الرخصة على الإحالات الناتجة عن ميراث آو شابهه.

2/ إنشاء الإنزال:

فرض المشرع الحصول على رخصة الوالي كلما تعلقت العملية بتكوين إنزال .والإنزال حسب ما اقتضاه الفصل 954 من مجلة الالتزامات والعقود هو "عقد يحيل به المالك او ناظر الوقف حوز العقار والتصرف فيه إلى الأبد على أن يلتزم له المستنزل بأداء مبلغ معين سنوي أو شهري لا يتغير..." ويفسر إخضاع عقد الإنزال إلى المراقبة الإدارية بالخطورة التي مثلها خلال فترة الحماية حيث تمكن العديد من الأجانب من امتلاك عقارات بتونس من خلال ترسيم عقد الإنزال. لكن يلاحظ أن الفصل 191 من م ح ع (1) منع إنشاء الإنزال إذ جاء فيه ما يلي" يحجر ابتداء من تاريخ إجراء العمل بهذه المجلة إنشاء الإجارة الطويلة وتجديد عقودها الجارية وكذلك إنشاء حق الهواء"أو الإنزال أو الكردار."
وهكذا يصبح إخضاع هذه العملية إلى رخصة الوالي دون جدوى لذلك كان على المشرع الغاؤها من أمر 4 جوان 1957.

---

(1) مجلة الحقوق العينية الصادرة بمقتضى القانون عدد5 لسنة 1965 المؤرخ في 1965/02/12 .

3/ إنشاء حقوق الارتفاق:

فرض المشرع الرخصة الإدارية على العمليات المتعلقة بتكوين الحقوق الموظفة على العقار أي العمليات المنشئة لحقوق الارتفاق. وبالرجوع إلى الفصل 166 من ح ع يتبين وان حقوق ارتفاق تنشا إما عن الوضعية الطبيعية للاماكن وإما عن القانون وإما عن اتفاقات بين مالكي العقارات. فهل الرخصة الإدارية تشمل هذه الأصناف الثلاث من حقوق الارتفاق ؟

يرى الأستاذ الحبيب الشطي (1) أن حقوق الارتفاق التي اشترط المشرع لصحتها الحصول على رخصة الوالي هي حقوق الارتفاق التي يحدثها الإنسان (2)أي تلك الناتجة عن اتفاقات بين مالكي العقارات. وهكذا فان حقوق الارتفاق الناتجة عن طبيعة الأماكن آو الناتجة عن القانون لا تحتاج إلى ترخيص لأنها تنشأ بطبيعتها أو بقوة القانون دون أن يستوجب ذلك اتفاقا بين الأطراف.

4/ المساهمة في رأس مال الشركات بعقارات:

يلاحظ أن المشرع أورد عبارة الشركات على إطلاقها دون تخصيص لذلك فانه تطبيقا للفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود (3) تكون المساهمة خاضعة للرخصة مهما كان شكل الشركة المساهم في رأس مالها سواء إن كانت مدنية أو تجارية. كمان المشرع لم يحدد طريقة المساهمة الخاضعة للترخيص الإداري وتبعا لذلك يكون هذا الترخيص واجبا مهما كانت طريقة المساهمة سواء عند تأسيس الشركة آو بمناسبة الترفيع في رأس مالها أو بمقتضى ادماج آو غير ذلك من طرق المساهمة.

5/القسمة:

تدخل في هذا الصنف من العمليات قسمة أموال الشركة إذا كان من بين هذه الأموال عقارا أو أكثر .كما يدخل ضمن هذا الصنف من العمليات التخفيض في رأس مال الشركة بإخراج شريك منها وتمييزه بعقار معين مقابل حصصه أو أسهمه التي انخفض رأس المال بقيمتها. وأخير إن إحالة جميع الحصص أو الأسهم المكونة لرأس مال شركة إلى شريك واحد تخضع إلى الرخصة الإدارية إذ ينجر عن هذه العملية تمليك ذلك الشريك الوحيد بكل ما للشركة من عقارات ومنقولات وهو أمر يقتضي مراقبة خاصة إذا كان الشريك أجنبيا.

6/ الرهن:

يعرف الفصل 201 من م ح ع الرهن بأنه" عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئا منقولا أو عقارا أو حقا مجردا لضمان الوفاء بالتزام ويخول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه". يتضح من خلال هذا التعريف أن الرهن قد يمكن المستفيد منه من امتلاك الشيء المرهون و هو ما يفسر تعداده من قبل المشرع ضمن العمليات الخاضعة لرخصة الوالي. وللإشارة فانه منذ صدور قانون 15 جويلية 1963 المنقح لأمر 4 جوان 1957 حذف رهن الانتفاع من قائمة العمليات الخاضعة للرخصة الإدارية وأصبح الرهن العقاري فقط خاضعا لهذه الرخصة وذلك انسجاما مع القانون عدد 1 لسنة 1958 المؤرخ في 1958/02/28 الذي حجر التعامل برهن الانتفاع.

---

(1) الأستاذ الحبيب الشطي: "ميدان رخصة الوالي" م ق ت عدد 1 لسنة 1991، ص 33.

(2) تراجع الفصول من 180 الى 183 من م ح ع.

(3) ينص الفصل 533 من م ا ع على انه"إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها".

7/ التسويغ:

حصر المشرع ميدان تطبيق أمر 1957 في الحقوق العينية مستثنيا بذلك الحقوق الشخصية من المراقبة الإدارية ما عدى تلك المنجرة عن الاكرية. وفي البداية فرض أمر 1957 الرخصة على التسويغات التي تتجاوز مدتها تسع سنوات ثم نقح هذا الأمر بالقانون المؤرخ في 19 جوان 1959 (1) فانخفضت مدة التسويغ إلى سنتين وهي نفس المدة التي اقرها بعد ذلك مرسوم 8 أوت 1961 وقانون 15 جويلية 1963.

ويلاحظ أن عبارة الاكرية التي أوردها المشرع جاءت مطلقة وتبعا لذلك يكون كل عقد تسويغ تفوق مدته عامين خاضعا للرخصة الإدارية وذلك سواء كان ذا طبيعة مدنية أو تجارية .وقد أقرت محكمة التعقيب التونسية هذا الاتجاه في قرار لها صادر في 6 فيفري 1969 (2).

لكن رغم حرص المشرع صلب أمر 4 جوان 1957 والنصوص المتممة والمنقحة له على الإحاطة بالعمليات التي من شانها تمكن الأجنبي من امتلاك العقارات الواقعة بالبلاد التونسية ،عرضت على المحاكم العدلية عمليات عقارية لم يرد ذكرها بالنصوص القانونية على الأقل بصفة صريحة وهذه العمليات افرزها الواقع(الفقرة الثانية). كما أفرز العمل الإداري جدلا حول مدى وجوبية الرخصة بالنسبة لإحالات الأسهم والحصص بالشركات غير المدنية.

-الفقرة الثانية: العمليات التي افرزها الواقع:

إلى جانب العمليات السابقة الذكر التي نص المشرع صراحة على وجوب الرخصة لصحتها عرضت على المحاكم العدلية عمليات أخرى لم يذكرها المشرع على الأقل بصورة صريحة وأمام هذا الصمت التشريعي اجتهدت المحاكم المذكورة لتقر وجوب الرخصة لصحة بعض العمليات وعدم وجوبها لصحة البعض الآخر.

1/ عقد الوصية:

طرحت على القضاء مسالة وجوب رخصة الوالي لصحة عقد الوصية واعتبرت محكمة التعقيب التونسية في مرحلة أولى في قرار أصدرته بتاريخ 28 ديسمبر 1971 (3) أن الرخصة المذكورة لازمة لصحة عقد الوصية إذ جاء في احدى حيثياتها ما يلي" وحيث أن الحكم المطعون فيه علل قضاءه بان التحصيل على الرخصة يصبح معه عقد الوصية نافذا ومعمولا به وهذا تعليل صحيح وقانوني وكاف لتبرير قضاءه."
إلا أننا نرى أن محكمة التعقيب لم تصب في رأيها لتضاربه مع ماهية عقد الوصية الذي عرفه المشرع بالفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية بكونه " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة " ومنطوق الفصل 1 من أمر 4 جوان 1957 الذي قصد عقود المعاوضة التي لا يمكن إبرامها إلا بين الأحياء لذلك تخرج كل العقود الأخرى مثل الوصية العادية والوصية الواجبة والميراث عن ميدان رخصة الوالي باستثناء الهبة التي أخضعها المشرع للرخصة وذلك في نطاق الإحالة بعنوان مجاني.

---

(1) القانون عدد 68 لسنة 1959 المؤرخ في 1959/06/19 المتعلق بالعمليات العقارية في الاراضي الفلاحية، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ23و1959/06/26

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 66440 المؤرخ في 1969/02/06،م.ق.ت 1970،عدد7،ص660 ورد باحد حيثياتها "وحيث يؤخذ من مطلق عبارة الفصل الأول من المتقدم أن ترخيص الوالي في صورة الكراء الذي يتجاوز مدته عامين واجب سواءا كان كان موضوعه مدنيا أو تجاريا وسواء تم باتفاق الطرفين أو بأمر المحاكم.

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 8271 مؤرخ في 1971/12/28 (غير منشور).

2/عقد الوعد بالبيع:

طرح أمام المحاكم التونسية تساؤل حول مدى وجوبية رخصة الوالي لصحة الوعد بالبيع. وتقتضي الإجابة عن هذا التساؤل التمييز بين صنفين من الوعود وهما الوعد بالبيع من جانب واحد والوعد بالبيع من جانبين.

اعتبرت محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر في 5 افريل 1965 أن الرخصة المنصوص عليها بالفصل 2 من أمر 1957 لا تهم إلا عقود البيع لأنها عقود ناقلة للملكية وبما أن الوعد بالبيع من جانب واحد ليس تصرفا ناقلا للملكية فان الرخصة الإدارية ليس لازمة لإبرامه .وقد استقر فقه القضاء التونسي على عدم إخضاع الوعد بالبيع من جانب واحد إلى رخصة الوالي وذلك بعد التثبت من التكييف القانوني للعملية (1).

لكن هل اعتمدت المحاكم التونسية نفس الحل بالنسبة إلى الوعد بالبيع من جانبين؟

تبنت محكمة التعقيب قرار بتاريخ 30 جانفي 1976 (2) أكدت فيه وان الوعد المتبادل بالبيع والشراء والمتوقف انجازه على رخصة الوالي هو عقد صحيح ملزم للطرفين وان موضوعه حق شخصي وهو الالتزام بالقيام بعمل لاحق عيني يتمثل في انتقال الملكية وبالتالي فالوعد بالبيع من جانبين هو عقد غير ناقل للملكية ولا يشترط لصحته الحصول على رخصة الوالي.

3/ الأعمال القضائية:

إذا كان فقه القضاء قد اقر عدم وجوب الرخصة لصحة كل من الوصية والوعد بالبيع فانه اوجب الحصول المسبق على هذه الرخصة لصحة بعض الأعمال القضائية المتمثلة في دعاوى إتمام البيع ودعاوي القسمة ودعاوي الشفعة. فقد أصدرت محكمة التعقيب عدة قرارات فرضت فيها الترخيص المسبق من والي المكان لصحة صدور الأحكام في مثل الدعاوي محتجة في ذلك بان هذه الأحكام ناقلة للملكية بين الأحياء وبالتالي فهي خاضعة لأمر 1957 والنصوص التي نقحته أو وسعت ميدان انطباقه.

4/إحالة الأسهم والحصص في الشركات المدنية والتجارية:

إلى جانب هذه العمليات التي عرضت أمام المحاكم التونسية اشترطت الإدارة هذه الرخصة لصحة جميع إحالات الأسهم والحصص في الشركات المدنية والتجارية كلما كانت هذه الشركات مالكة لعقار وكان احد أطراف عملية الإحالة اجنبيا وقد أثار هذا الموقف احتجاج المتعاملين مع الإدارة الذين رأوا فيه مخالفة لإرادة المشرع وقد تدعم هذا الموقف بمقتضى مكتوب صادر عن الوزارة الأولى مؤرخ في 10 أوت 1984 نص على وجوب الرخصة في مثل هذه الإحالات لأنها ترمي في نهاية الأمر إلى مراوغة التشريع المتعلق بأملاك الجانب.

إن غاية المشرع من خلال فرض رخصة الوالي على جميع العمليات التي تعرضنا إليها كلما كان احد أطرافها أجنبيا هي حماية الرصيد العقاري التونسي وعرقلة انتقاله إلى الأجانب لكن نظرا إلى نزوع الأفراد إلى عدم احترام القانون طالما أن ذلك لا يعرضهم للعقاب، نظم المشرع جزاء الإخلال برخصة الوالي ضمانا لنجاعة هذه الشكلية.

---

(1)قرار تعقيبي مدني عدد 243 مؤرخ في 1976/04/20 ، ن.م .ت 1976،القسم المدني ج 1 ن ص9.

(2)قرار الدوائر المجتمعة عدد 12082 مؤرخ في 1976/01/30 ،م.ق.ت،1976 ،عدد2،ص37.

-المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالترخيص:

إن نجاعة الرخصة الإدارية في حماية الرصيد العقاري غير الفلاحي بتونس تقتضي فرض هذه الرخصة على جميع العمليات الناقلة للملكية العقارية وهو ما سعى المشرع إلى تحقيقه. إلا أن تدخل الإدارة في العمليات الناقلة للملكية يعتبر من أكثر القيود الواردة على حق الملكية إثارة لاحتجاج الأفراد وهنا يبرز دور القاضي المدني في فرض احترام الرخصة الإدارية وذلك بإقرار البطلان المطلق (الفقرة الأولى) كلما لم يقع التنصيص على هذه الرخصة صلب العقد .كما أن المشرع زيادة في ضمان احترام الرخصة الإدارية ،نص على جملة من العقوبات التكميلية (الفقرة الثانية).

-الفقرة الأولى: البطلان المطلق:

إن التعرض للبطلان المطلق كجزاء اقره المشرع لكل عملية من العمليات السابقة الذكر كلما لم تتضمن تنصيصا على الرخصة الإدارية، يقتضي التفريق بين الكتائب الرسمية (أ) والكتائب الخطية(ب).

أ/ الكتائب الرسمية:

اعتبرت محكمة التعقيب التونسية في قرار لها صادر بتاريخ 15 جويلية 1969 أن الرخصة الإدارية شرط تعليقي وأخضعت تبعا لذلك الأعمال المقيدة بدفتر مسودات العدول إلى نظام الالتزامات المبرمة وفق هذه الصيغة. إلا أن محكمة التعقيب أبدت موقفا مخالفا في قرار صادر بتاريخ 25 جوان 1981 عندما اعتبرت العمل المقيد بدفتر المسودات عقدا صحيحا إلا انه موقوف. وينتمي مفهوم العقد الموقوف إلى نظرية البطلان في الفقه الإسلامي ويعرف بأنه " العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه، ولكن نقصه احد عنصري النفاذ، وهما الملك والأهلية. فإذا صدر العقد عن ناقص الأهلية فانه يكون موقوفا على إجازته من طرف الولي. فإذا أجيز نفذ وإذا تخلفت الإجازة انعدم .وكذلك تصرف الفضولي في ملك غيره فنفاذه موقوف على إجازة المالك له".

فالعقد الموقوف هو عقد صحيح إلا أن نفاذه لا يكون مباشرة اثر تكوينه. وعلى هذا الأساس اعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن الالتزام المبرم قبل الحصول على الرخصة الإدارية هو التزام صحيح إلا انه موقوف على الحصول على الرخصة. وبالرغم من أن بعض الفقهاء رأوا أن هذا الموقف غير وجيه باعتبار وان القول بان العمل المقيد بدفتر مسودات العدول يعتبرا عقدا موقوفا من شانه أن يبقي الأطراف ملتزمين بصورة ابدية الى غاية الحصول على الرخصة الادارية، فان محكمة التعقيب ضلت متمسكة بموقفها هذا إذ أصدرت دوائرها المجمعة قرار بتاريخ 23 ديسمبر 1983 (1) أقرت فيه من جديد أن التصرف القانوني المقيد بدفتر مسودات العدول هو عقد موقوف محتجة بذلك بان المشرع لم يحدد أجلا معينا ينتهي عنده العقد المحرر من العدول بدفتر المسودات كما انه لم يقدر تاريخا مضبوطا أو محددا للإحراز على الترخيص الإداري بالموافقة.

لكن هل يرتب التصرف القانوني المقيد بدفتر مسودات العدول آثاره على الغير؟

تعدد طرح هذا التساؤل أمام المحاكم التونسية بمناسبة ممارسة حق الشفعة من طرف الشركاء أو لدى القيام بدعوى استحقاقية وقد استقر فقد القضاء على اعتبار أن عقود التفويت بالبيع في عقارات والمقيدة بدفتر المسودات تبقى موقوفة على شرط تحصيل على رخصة الولاية وطالما لم ترد تلك الرخصة فان هذه العقود لا تنتقل بها الملكية إلى المشتري وتبعا لذلك تكون دعاوى الشفعة أو الاستحقاق المرفوعة سابقة لأوانها.

---

(1)تعقيب الدوائر المجتمعة،قرار تعقيبي مدني عدد8054 صادر بتاريخ 1983/12/23،ن م ت1985،ج1،ص253.

لكن يلاحظ وان الفصل 133 من مجلة الالتزامات والعقود ينص على ما يلي " اذا حصل الشرط استند عمله إلى يوم التزام إن تبين من اتفاق المتعاقدين أو من نوع الالتزام ما يدل على أن المراد من الشرط عمله من ذلك اليوم" فهل يكون للتحصيل على الرخصة الإدارية أثرا رجعيا فترتب آثارها منذ تحرير العقد المقيد بدفتر مسودات العدول؟

سعت المحاكم التونسية بدافع تحقيق العدالة إلى التخفيف من صرامة رجعية الرخصة الإدارية وذلك باعتبار أن الأجل الممنوح للغير لممارسة حقه لا يبدأ إلا من تاريخ التنصيص على رخصة الولاية صلب رسم البيع بدفتر العدول (1) أو على الأقل منذ تاريخ الحصول على الرخصة الإدارية (2).

ب/ الكتائب الخطية:

إذا كان الفصل 3 من أمر 4 جوان 1957 المتعلق بالأعمال المقيدة بدفتر مسودات العدول قد انطوى على بعض الغموض فاسحا مجالا واسعا لاجتهاد القضاة، فان الفصل 2 من هذا الأمر المتعلق بالكتائب الخطية جاء أكثر وضوحا إذ نص على أن "كل عقد أو إعلام في إجراء إحدى العمليات المشار إليها بالفصل الأول يجب أن ينص على عدد الرخصة المسلمة من الولي وعلى تاريخها والا فان العقد أو الإعلام باطلان". وأضاف الفصل انه "يقع الحكم بالبطلان بطلب من النيابة العمومية أو من الطرفين أو من كل من يهمه الأمر."

يستنتج من خلال هذا التوسيع في دائرة الأشخاص الذين يمكنهم القيام بدعوى البطلان أن المشرع قصد تسليط البطلان المطلق على الكتائب الخطية الخالية من التنصيص على رخصة الوالي.

طرح هذا التساؤل أمام محكمة التعقيب التونسية فاعتبرت في قرار لها صادر بتاريخ 23 نوفمبر 1978 أن البطلان المسلط على العقد غير المرخص فيه والخاضع لأمر 4 جوان 1957 يتسلط على الكتب دون أصل المعاملة كلما كان الكتب غير لازم لوجود العقد ولصحته مثل التسويغ .أما إذا كان الكتب ضروريا لصحة العقد فان البطلان يتسلط على الكتب واصل المعاملة.

إذا فالجزاء الأساسي للإخلال بالترخيص الإداري في العمليات الناقلة للملكية العقارية التي يكون احد طرفيها أجنبيا هو البطلان المطلق، لكن رغم صرامة هذا الجزاء المدني فان المشرع حرص على ضمان فاعلية اكبر للرخصة الإدارية من خلال العقوبات التكميلية (الفقرة الثانية)التي فرضها.

---

(1) محكمة الاستئناف بسوسة، قرار مدني عدد3029 بتاريخ 1972/01/20 ،م.ق.ت 1973،ص791.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 3736 بتاريخ 1982/02/02 ،ن.م.ت 1982 ،ج 1 ،ص 268.

الفقرة الثانية:العقوبات التكميلية

لم يكتف المشرع بتسليط البطلان المطلق على العقود الخالية من التنصيص على رخصة الولاية بل اقر بمقتضى الفصلين الثاني والخامس من أمر 4 جوان 1957 عقوبات تكميلية مدنية متمثلة في استحالة تسجيل وترسيم العقد (أ)وعقوبات جزائية(ب).

أ- عقوبات تكميلية مدنية :استحالة تسجيل وترسيم العقد:

لقد اقر المشرع البطلان المطلق للعقود الخالية من التنصيص على رخصة الوالي ،لكن البطلان بطبيعته يقتضى تدخل القضاء للتصريح به. كما أن رفع الدعوى يكون رهين تدخل احد الأطراف المنصوص عليهم بالفصل 2 من أمر 4 جوان 1957 وعادة لا ترفع الدعوى إلا في حالة نشوب نزاع وفي ما عدى ذلك يمكن للأطراف التصرف بمقتضى العقد وهو ما قد يسمح للأجنبي بامتلاك عقار غير فلاحي بمقتضى عقد باطل لخلوه من رخصة الولاية.

إلا أن المشرع لم يكن بغافل عن محدودية جزاء البطلان المطلق لذلك نص صلب الفصل 2 من أمر 1957 على استحالة تسجيل العقد الخالي من الرخصة أو ترسيمه كجزاء مدني تدعيمي. فمن المعلوم وان العقود الناقلة للملكية العقارية تخضع لإجراءات خاصة حتى تتمكن الأطراف المتعاقدة من الاحتجاج بها إزاء الغير.

وتعد شكلية التسجيل شكلية اشهارية كافية إذا تعلق موضوع العقد بعقار غير مسجل (1) وهي ضرورية لكنها غير كافية إذا كان العقار مسجلا بدفتر الملكية العقارية إذ لابد زيادة على التسجيل من ترسيم العقد بالدفتر المذكور.

لكن رغم نجاعة هذا الجزاء كشف التطبيق عن ثغرات حدت من جدواه فقد نص الفصل 2 من أمر 4 جوان 1957 على انه إذا لم يقع التنصيص على الرخصة لا يمكن إجراء عملية التسجيل أو الترسيم بالدفتر العقاري دون أن يحدد السلطة المختصة في تنفيذ هذا الجزاء. وفي هذا السياق يرى البعض وان قابض التسجيل مؤهل للقيام بمراقبة شكلية العقود في حين يقوم على عاتق حافظ الملكية العقارية واجب مراقبة أصل الحق وصحة الصك المراد ترسيمه(2).

لكن رغم الثغرات التي افرزها التطبيق يبقى منع تسجيل وترسيم العقود المخالفة لأحكام أمر 4 جوان 1957 جزاء ناجعا خاصة وان المشرع اقر إلى جانبه عقوبات جزائية.

ب- العقوبات الجزائية:

من المتعارف عليه أن الهدف من إقرار العقوبات الجزائية بصفة عامة يتمثل في منع حدوث الجرائم أو ردعها إن ارتكبت، لكن قد يعمد المشرع أحيانا إلى إقرار عقوبات جزائية تدعيما لجزاء مدني يسلطه على عمل قانوني معين .ويلاحظ في هذا الإطار أن ظاهرة تدخل العقوبات الجزائية في المادة المدنية ما انفكت تتأكد خاصة في مجال تكوين العقود (3).

---

(1) Hedi Chamli, « Droit de timbre et d'enregistrement »,tunis 1984

(2)الأستاذ محمد كمال شرف الدين"جزاء غياب الرخصة الإدارية في العمليات العقارية"، م .ق.ت1990،ص47.

(3)rogre OTTENHOF « le droit penal et formation du contrat civil ».thése Rennes L.G.D.J 1970.

وقد نص المشرع صلب الفصل5 من أمر 4 جوان 1957 على انه" يعاقب كل طرف في عقد من العقود المبينة بالفصل الأول وقع إجراؤه مخالفة لأحكام الفصل الأول المذكور وكذلك يعاقب كل شخص شارك في ذلك العقد أو سهل إتمامه بخطية تتراوح من فرنكات24000 إلى فرنكات240000".

وأضاف المشرع في الفقرة الثانية من نفس الفصل انه" يكون العقاب بالسجن من شهر واحد إلى عام واحد وبالخطية من فرنكات24000 إلى فرنكات 240000 إذا وقع التحصيل على الرخصة بواسطة إعلام غير صحيح أو بتداخل شخص من الأشخاص أو بواسطة أية حيلة كانت".

ويلاحظ أن المشرع لم يكتف بإقرار عقوبات جزائية في صورة إبرام تصرفات قانونية دون التنصيص على رخصة الولاية بل نص كذلك على عقوبات زجرية في حالة الحصول على الرخصة بطريقة غير سليمة وتقوم هذه الجريمة مثلا عندما يقع إخفاء الجنسية الأجنبية لأحد أطراف العقد حتى يقع التفصي من شكلية الرخصة الإدارية.

هكذا فان تعدد أنواع الجزاء المسلطة على الأعمال القانونية الخالية من التنصيص على الرخصة الادارية بطرق غير شرعية أو التي تم فيها الحصول على الرخصة بطرق غير شرعية من ناحية، وامتداد العقوبات الزجرية إلى المتعاقدين والمشاركين وكل من ساهم في القيام بهذه الأعمال من ناحية أخرى يبرز حرص المشرع الشديد على ضمان التحصيل على الرخصة الإدارية بالطرق السليمة وذلك حتى لا يفلت الأجانب من المراقبة الإدارية المفروضة عليهم في تملكهم للعقارات غير الفلاحية الواقعة بالبلاد التونسية وما يلاحظ في هذا الشأن هو أن المشرع منح للإدارة سلطة تقديرية لممارسة هذه المراقبة**(الفصل الثاني).**

- الفصل الثاني: ترخيص مبني على سلطة تقديرية:

ضبط المشرّع التونسي إجراءات التحصيل على الرخصة الإدارية بمقتضى قرار صادر في 5 جوان 1957 وقد اقتضى الفصل الأول من هذا القرار" أن الرخصة... يطلبها المتعاقد أو المتعاقدون المكتسبون للعقار أو الحقوق العقارية أو الحقوق العقارية أو المتسوغون كما يطلبها وكيلهم." وإذا تم اعتماد التأويل الضيق لهذا الفصل يكون المكتسب للعقار أو للحقوق العقارية هو المطالب بالتحصيل على الرخصة الإدارية. لكن جرى عمل الإدارة على عدم النظر في مطالب الترخيص إلا إذا كان ممضيا من طرف كلا المتعاقدين. وعندما يكون المطلب مقدما من قبل المحامي أو العدول فان الإدارة تنظر فيه حتى وان كان غير ممضي من طرف المتعاقدين فإمضاء المحامي أو العدول يكون كافيا باعتبارهم وكلاء المتعاقدين. ويحتوي مطلب الترخيص على جملة من التنصيصات الوجوبية حول الحالة المدنية للمتعاقدين وصلة القرابة أو المصاهرة التي تربط بينهم وجنسيتهم والصفة التي دعت كلا من المتعاقدين للتقاعد. كما يجب التنصيص صلب المطلب على نوع العملية المراد إبرامها وتعيين العقار أو الحقوق العقارية موضوع هذه العملية وكذلك تحديد مساحة العقار. وينص المشتري أيضا على أن العقار مسجل أو لا وإذا كان كذلك ينص على رسم العقار. أما الثمن المتفق عليه لإجراء العملية موضوع الترخيص فلم يفرض المشرع التنصيص عليه لكن جرى عمل الإدارة على المطالبة بذلك باعتبار الثمن عنصرا أساسيا في اتفاق الأطراف. وبمجرد الاتصال بمطلب الترخيص، المتضمن للتنصيصات السابقة الذكر، تضع به الإدارة طابعها المؤرخ وتسلم فيه توصيلا يتضمن تاريخ ترسيم المطلب بالدفتر وعدده. فلا يمكن إذا للأجنبي امتلاك عقار غير فلاحي بتونس قبل تقديم مطلب في الحصول على ترخيص بذلك وشرط أن يلقى مطلبه القبول لدى السلطة المختصة. فالترخيص الذي فرضه أمر 4 جوان 1957 يجب أن يكون مسبقا (المبحث الأول) كـما أن الإدارة فـــي اتخاذها لقرار منح الرخصة أو رفضــها تتمتع بسلطة تقديرية واســعة (المبحث الثاني).

-المبحث الأول:ترخيص مسبق:

إن اشتراط شكلية الرخصة الإدارية المسبقة كلما أراد الأجنبي امتلاك عقار غير فلاحي يحد من حرية الأطراف المتعاقدة إذ يجعل من الإدارة طرفا ثالثا في العقد (فقرة أولى) كما انه يؤدي إلى تراجع دور القاضي المدني في حماية النظام العام (الفقرة الثانية).

-الفقرة الأولى: الإدارة طرف ثالث في العقد:

نص الفصل 2 من أمر 4 جوان 1957 على أن "كل عقد أو إعلام في إجراء إحدى العمليات المشار إليها بالفصل الأول يجب ان ينص على عدد الرخصة المسلمة من الوالي وعلى تاريخها وإلا فان العقد أو الإعلام باطلان..." .ان اشتراط المشرّع التنصيص على رخصة الوالي صلب العقد يعني انه اقتضى التحصيل على هذه الرخصة قبل إبرام العقد. وان اشتراط التحصيل المسبق على رخصة الوالي يجعل من الإدارة طرفا ثالثا في العملية العقارية وبذلك تكون شكلية الرخصة الإدارية التي فرضها أمر 1957 قد فاقت كل الشكليات التي تعود المشرع اتخاذها كاستثناءات لمبدأ رضائية العقود. وما هذا الترخيص المسبق الا تعبير عن رضا الإدارة الضروري والوجوبي (1) وهو ما جعل الأستاذ محمد كمال شرف الدين (2) يعتبر التحصيل على الرخصة الإدارية بمثابة الركن الجوهري "الخامس" (الفصل2 م ا ع عدد اركان العقد فحصرها في الأهلية والرضا والمحل والسب) لتكوين العقود الخاضعة لهذه الرخصة ،وفي نفس السياق يلاحظ الأستاذ André TRASBOT (3) إن الإدارة لم تعد طرفا ثالثا في العقد فحسب بل أصبح دورها يفوق دور الأطراف في تكوين العقد فإبرام العقد من عدمه يبقى رهين قرار الإدارة وحدها وهو ما يمثل قلبا حقيقيا للمبادىء اللّيبراليّة التي تقوم عليها النظرية التعاقدية. وقد كرّست محكمة التعقيب التونسية هذا الاتجاه معتبرة رخصة الوالي شرطا أساسيا لا بد من توفره قبل إبرام العقد وإلا فهو باطل ولا يصحّحه التحصيل على الرّخصة لاحقا (4). وهكذا فان المشرع بمقتضى الفصل 3 من أمر 4 جوان 1957 يمكن الأطراف المتعاقدة من احترام شكلية الرخصة الإدارية وفي نفس الوقت يوفر لهم أساسا قانونيا جديا لاتفاقهم الأولي يضمن عدم تخلي احد الطرفين عن التزاماته. ويتبين مما تقدم انه امتلاك الأجنبي لعقار غير فلاحي يرتبط بشكلية جوهرية تتمثل في الموافقة المسبقة لإدارة معينة على العملية المراد إبرامها لكن ماهي الإدارة المختصة لمنح هذه الموافقة أو رفضها؟

ان العمليات الناقلة لملكية العقارات غير الفلاحية إلى الأجانب لا تكون صحيحة إلا إذا رخص فيها مسبقا الوالي الكائن بدائرته هذه العقارات. لكن ، تكريسا للامركزية، يوجه مطلب الترخيص إلى مفوض الوالي في الدائرة المختصة ترابيا وإذا كانت العملية المراد الترخيص فيها لا تكتسي أهمية خاصة، كان لا تكون متعلقة بمساحة شاسعة، يتخذ هذا الأخير قرار الترخيص من عدمه. ويقدم المفوض إلى الوالي في نهاية كل شهر قائمة في العمليات التي قام بترخيصها وتجدر الإشارة إلى أن فرض المشرع للترخيص الإداري المسبق لصحة العمليات الناقلة لملكية العقارات غير الفلاحية إلى الأجانب أدى إلى تراجع دور القاضي المدني (الفقرة الثانية) في مراقبة مطابقة هذه العمليات للنظام العام.

---

(1) Mohamed Kamel charfeddine « les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière ».,thèse, Tunis, 1993 p60.

(2) الأستاذ محمد كمال شرف الدين ،"جزاء غياب الرخصة الإدارية في العمليات العقارية" م ت ق،1990،ص 40"

(3) André TRASBOT , « validité ou nullité des opérations immobilières entre vifs sans autorisation préfectorale »,J.C.P.,1942,I n°284.

(4) انظر: قرار تعقيبي مدني عدد 2119 مؤرخ في 19 جانفي 1961 ، م .ق.ت.1961، ص31 .

الفقرة الثانية: تراجع دور القاضي في العقد:

يمثل العقد في القانون التونسي، كما سبقت الإشارة شريعة الطرفين وتبعا لذلك لا يتدخل المشرع على مستوى تكوينه بصفة آمرة إلا استثنائيا وعند حدوث ذلك يكون القاضي المدني هو المكلف بفرض احترام النصوص الآمرة منعا للإخلال بالنظام العام. وتكون هذه المراقبة بصفة لاحقة لتكوين العقد في حالات تجاوز القانون أو إخلال احد الطرفين بواجباته ولا يكون للإدارة دور في هذا المجال. لكن هذا التكريس الواسع لمبدأ سلطان الإدارة لا يلمس على مستوى إبرام العمليات الناقلة لملكية العقارات غير الفلاحية إلى الأجانب .فاشترط المشرع التونسي للترخيص الإداري المسبق لصحة هذه العمليات منح الإدارة حق مراقبة العقود في مرحلة تكوينها وهو ما يسمح لها بالتدخل في جزء هام من وظيفة القاضي المدني المتمثلة في حماية النظام العام.

وان تدخل الإدارة منذ تكوين العقد من شانه أن يغير التصور التقليدي لدور القاضي المدني في المادة التعاقدية، فالإدارة هي التي تتكفل بمراقبة مطابقة العمليات الناقلة لملكية العقارات غير الفلاحية للأجانب للنظام العام باعتبارها السلطة المختصة بالترخيص في هذه العمليات وهكذا فان الإدارة تعوض القاضي المدني في مراقبة احترام التصرفات القانونية للنظام العام وذلك بالترخيص في هذه التصرفات كلما كانت محترمة له ورفض الترخيص فيها كلما كانت مخالفة لهذا النظام وبالتالي يستحيل على الأطراف قانونا إبرامها.

يلاحظ في هذا الإطار أن المشرع، بفرضه للرخصة الإدارية المسبقة لا يسمح للإدارة بتعويض القاضي المدني في وظيفته التقليدية فحسب بل منحها دورا أهم باعتبار أن المراقبة الإدارية المسبقة تبدو أكثر نجاعة من المراقبة القضائية اللاحقة. فمن الأجدى أن يقع رفض تكوين العقد الذي به خلل منذ البداية على أن ينشا ويحدث آثاره ثم يقوم القاضي بإقرار بطلانه (1).

يمكن تبرير اشتراط المشرع للرخصة الإدارية المسبقة بالنسبة للعمليات المذكورة وتراجع دور القاضي المدني لفائدة الإدارة بالرجوع الى نظرية النظام العام. ويشير الأستاذ "قاستان"(2) في هذا الإطار إلى أن مفهوم النظام العام يختلف اختلافا كبيرا حسب صنف الحقوق التي يريد المشرع حمايتها. فإذا كانت الحقوق الفردية تحتل المرتبة الأولى يكون النظام العام ظاهرة ثانوية تبين الخطوط العريضة التي يجب احترامها من طرف المتعاقدين وتكون مراقبة احترام الأطراف للنظام العام في هذه الحالة لاحقة لتكوين العقد وذلك عن طريق القضاء في حالة نشوب نزاع. أما إذا كانت المصلحة العامة هي التي تحتل المرتبة الأساسية فان النظام العام يصبح الإطار الذي تتحرك فيه مختلف المؤسسات القانونية.

ويتمثل النظام العام الذي يحرص المشرع التونسي على حمايته من خلال فرض الرخصة الإدارية المسبقة في الرصيد العقاري غير الفلاحي فإذا لم تكن تشمل هذه الرخصة في البداية "سوى العقارات أو الحقوق العقارية الكائنة بالبلاد التونسية والمتعلقة بالأراضي الصالحة للفلاحة وكذلك الأراضي غير المبنية وغير المقسمة" (3) فان مرسوم 8 اوت 1961 فرض رخصة الوالي على جميع العقارات والحقوق العقارية الكائنة بالبلاد التونسية"**مهما كانت غاية استعمالها"** (4). لكن منذ صدور قانون 12 ماي 1964 لم يعد من حق الأجانب امتلاك العقارات الفلاحية إلا بصفة استثنائية بأمر من رئيس الجمهورية وشرط توفر النية لدى الأجنبي في بناء مسكن على الأرض التي يريد امتلاكها (5).

---

(1) Mohamed Kamel charfeddine, thése précitée ,n°73,P.63.

(2) Jacques GHESTIN, « l'ordre public, notion à contenu variable en droit pive francais » Travaux du C.N.R.L ,Bruxelles,1984,P 77 et suiv,pricipalement p.82.

(3)الفصل الاول من امر 4جوان 1957.

(4)الفصل الاول من مرسوم 8 اوت 1961.

(5)الفقرة الثانية من الفصل الاول من قانون 22 ديسمبر 1969 .

وعلى هذا الأساس يمكن القول انه منذ 1964 أصبح النظام العام الذي يبرر تدخل الإدارة في تكوين العقد يتمثل في حماية الرصيد العقاري غير الفلاحي ومنع انتقاله إلى الأجانب كلما كان في ذلك مساس بسيادة الدولة التونسية فالحفاظ على الرصيد العقاري غير الفلاحي يمثل مصلحة عامة للبلاد تفوق كل الاعتبارات الفردية لذلك لا يمكن الاكتفاء بالمراقبة القضائية اللاحقة لتكوين العقد والتي تكون رهينة نشوب نزاع بين الاطراف المتعاقدة،خاصة وان اغلب الحركات الاستعمارية قد سلكت سياسة الاستيطان من خلال تشجيع الأجانب على امتلاك العقارات غير الفلاحية الواقعة بالمستعمرات وما الاستيطان الاسرائيلي في فلسطين الا اكبر شاهد على ذلك.

لكن تجدر الإشارة إلى أن تدخل الإدارة في العمليات الناقلة للملكية العقارية يعتبر من أكثر القيود الواردة على حق الملكية إثارة للاحتجاج الأفراد وهنا يبرز دور القاضي المدني في فرض احترام الرخصة صلب العقد. ولعل ما يجعل الأجنبي يحاول الإفلات من رخصة الوالي هو ما يتمتع به هذا الأخير من سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ قراره (المبحث الثاني).

المبحث الثاني: سلطة تقديرية واسعة للإدارة:

يتمتع الوالي بسلطة تقديرية واسعة في خصوص ترخيصه للعمليات الناقلة لملكية العقارات غير الفلاحية إلى الأجانب إذ له حرية لاتخاذ القرار (الفقرة الأولى) إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة فالسلطة التقديرية للإدارة يمكن أن تخضع إلى الرقابة القضائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حرية الإدارة في اتخاذ القرار:

اقتضى الفصل 3 من قرار 5 جوان 1957 انه :"... **ويقرر الوالي هل يمنح الرخصة أو يفرضها وعند الاقتضاء يعلم صاحب المطلب بأنه يوقف النظر فيه إلى ان يجري بحثه وفي جميع الحالات يجب على الوالي أن يعلم بما قرره في اجل أقصاه خمسة عشر يوما ابتداء من قبول المطلب."** ويتبين من خلال هذا الفصل أن الوالي يتمتع بحرية واسعة في اتخاذ قراره سواء كان بمنح الرخصة لو برفضها .كما يمكن للوالي، قبل اتخاذه هذا القرار، إجراء الأبحاث التي يراها ضرورية وذلك بعد إعلام صاحب المطلب بإيقاف النظر فيه إلى حين الانتهاء من بحثه هذا فضلا عن انه لا وجود لأي تنصيص، سواء صلب أمر 4 جوان 1957 أو قرار 5 جوان 1957 ، على وجوب تعليل الوالي لقراره خاصة عند رفضه منح الرخصة.

لكن تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية لا يعني السماح لها بخرق المشروعية ، فالسلطة التقديرية تنصب على جانب الملائمة فقط حيث تمنح الإدارة حرية الاختيار أو حرية القرار في اتجاه دون آخر. ويقتضي مبدأ المشروعية أن تتخذ الإدارة قرارها في إطار احترام قواعد الاختصاص حتى لا يكون القرار الإداري صادرا عن سلطة غير مختصة. كما أن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة لا تعفيها من واجب احترام الإجراءات والصيغ الشكلية المفروضة عند اتخاذها لقرار لها هذا فضلا عن أن الإدارة وان كانت تتمتع بسلطة تقديرية لا بد أن تؤسس قرارها على معطيات قانونية وواقعية صحيحة وان يكون الهدف من وراء القرار المتخذ هو المصلحة العامة ويشير الأستاذ توفيق بوعشبة (1) في هذا الإطار إلى أن فلسفة السلطة التقديرية تقوم على المزج بين ضرورة منح الإدارة بعض الحرية في مجالات أو إزاء حالات أو مسائل معيّنة ،وضرورة ربط هذه الحرّية بما يقتضيه مبدأ المشروعيّة خصوصا إزاء جوانب معيّنة مما تتخذه الإدارة من قرارات أو إجراءات.

---

(1)الأستاذ توفيق بوعشبة،"مبادئ القانون الإداري التونسي: التنظيم الإداري، النشاط الإداري،القضاء الإداري"، المدرسة القومية للإدارة،1995 مركز البحوث والدراسات الإدارية،تونس، ص163 .

لكن الإدارة، في ما هي مؤهلة لاتخاذه من قرارات أو إجراءات، وان كانت تتمتع في اغلب الأحيان بسلطة تقديرية فإنها تمارس في بعض الحالات اختصاصا مقيّدا. وتكون الإدارة في حالة اختصاص مقيد أو سلطة مقيدة عندما تكون ملزمة ، إزاء مسالة معينة ، باتخاذ قرارها في اتجاه معين أو انجاز عمل ما في اتجاه معين أو على نحو معين طبقا لما يفرضه التشريع(1). فالإدارة تكون في حالة اختصاص مقيد عندما تفرض عليها النصوص القانونية وبصورة مسبقة التصرف في اتجاه معين أو على نحو معين، فهي لا تملك في هذه الحالة سلطة أو حرية التقدير بل عليها أن تتخذ القرار وان تنجز العمل المطلوب منها دون أن تكون حرة في تقدير مدى ملائمة اتخاذ القرار أو انجاز العمل المطلوب.

ويمكن تبرير هذه الحرية الممنوحة للوالي في هذا المجال بقصور السلطة الإدارية المقيدة عن تحقيق المراقبة المطلوبة من وراء اشتراط الرخصة. فالسلطة التقديرية التي يتمتع بها الوالي تجعله يمنح الرخصة كلما تبين له،من المعطيات المضمنة بمطلب ترخيص ومن نتيجة الأبحاث التي يمكن له ان يجريها، العقار موضوع العملية المراد الترخيص فيها إلى الأجنبي لا يشكل خطورة على الرصيد العقاري الوطني وعلى سيادة الدولة. وإذا قدر الوالي أن العملية العقارية المطلوب الترخيص فيها تنطوي على مساس بالنظام العام فله مطلق الحرية في رفض منح الرخصة.

لكن اذا كان الوالي حرا في اتخاذ قراره فهو ملزم بإعلام المعني بالأمر بهذا القرار في اجل خمسة عشر يوما على أقصى تقدير ابتداء من تسلم المطلب. كما يلاحظ فقهاء القانون الإداري أن طبيعة الإدارة وطبيعة الأعمال المنوطة بعهدتها تتطلب ان تكون الإدارة بالنسبة لكل مسالة من المسائل مزودة بقدر من السلطة التقديرية وبقدر من السلطة المقيدة المعبر عنها بالاختصاص المقيد. فالإدارة حتى وان كان القانون قد منحها سلطة تقديرية في شان مسائل معينة فان بعض جوانب سلطتها يبقى تحت سلطان الاختصاص المقيد خاصة من حيث السلطة الإدارية المختصة باتخاذ القرار ومن حيث الأسباب التي يبنى عليها القرار والهدف الذي يبتغيه القرار. هذا فضلا عن أن تمتع الإدارة بسلطة تقديرية لا يعني خروج قرارتها عن طائلة الرقابة القضائية إذ يبقى القاضي الإداري هو المحدد لمدى السلطة التقديرية للإدارة .وعلى أساس ما تقدم يمكن القول أن الوالي وان كان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في خصوص الترخيص للأجانب في امتلاك العقارات غير الفلاحية فان هذه السلطة ليست مطلقة بل تخضع لرقابة القضاء الإداري (الفقرة الثانية).

---

(1)الأستاذ توفيق بوعشبة، المرجع السابق ،ص163.

الفقرة الثانية:الرقابة القضائية على سلطة الادارة:

ان السلطة التقديرية التي يمنحها القانون للإدارة في مسائل أو حالات معينة قد تهدد حقوق الأفراد وحرياتهم لما يمكن أن تسمح به من انحراف وتعسف وخروج عن مقتضيات المشروعية لذلك استقر الفقه على ضرورة إخضاع السلطة التقديرية لرقابة القاضي الإداري.

وقد أقرت المحكمة الإدارية بتونس، منذ العهد الأول لإحداثها، مبدأ المراقبة القضائية للسلطة التقديرية للإدارة معتبرة أن هذه المراقبة يقتضيها حسن تطبيق القانون (1) إلا أن القاضي الإداري لا يمكنه بسط رقابته على جانب الملاءمة ،باعتباره جوهر السلطة التقديرية، بل يقتصر على مراقبة مشروعية ما تتخذه الإدارة من قرارات أو إجراءات ، فالقاضي الإداري يمارس ما يطلق عليه بالرقابة الدّنيا contrôle minimum (2). على أساس ما تقدم يكون دور القاضي الإداري، عند نظره في الطعن الموجه ضد قرار إداري متخذ على أساس تمتع الإدارة بسلطة تقديرية، مقتصرا على تبين ما إذا كان القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص أو عيب في الشكل أو بخطأ في تفسير القانون أو بعيب الانحراف بالسلطة. كما يتبين القاضي الإداري ما إذا لم يكن القرار المطعون فيه مبنيا على خطا فادح في التقدير erreur manifeste d'appréciation (3).

وقد أقرت المحكمة الإدارية التونسية حقها في مراقبة خطا الإدارة الفادح في التقدير حتى وان كانت تتمتع بسلطة تقديرية واسعة وذلك في قرار لخوة ضد وزير النقل والمواصلات (4) حيث اعتبرت المحكمة أن لها أن تراقب تقدير الإدارة للأفعال المعابة على الموظف والتي اعتبرتها-الإدارة- خطا جسيما يترتب عنه توقيفه الفوري تطبيقا للنظام القانوني للوظيفة العمومية.

وقد استقر فقه قضاء المحكمة الإدارية (5) على هذا الموقف حيث دأبت في قراراتها اللاحقة على إلغاء القرارات التي اتخذتها الإدارة على أساس خاطأ فادح في التقدير.

لكن تجدر الإشارة إلى أن القرارات التي تم اعتمادها للاستدلال على موقف فقه القضاء الإداري من الرقابة القضائية للسلطة التقديرية للإدارة تتعلق بالوظيفة العمومية لا برخصة الوالي وذلك لأنه على حد علمنا، لم تعرض أمام المحكمة الإدارية دعاوى إلغاء في خصوص هذه الرّخصة. وفي ظل غياب فقه قضاء إداري يوضح أبعاد الرقابة القضائية التي يمكن أن تسلط على قرار الوالي في المادة العقارية يمكن ان نقيس على موقف المحكمة الإدارية بالنسبة للوظيفة العمومية. وما يبرر عملية القياس هذه هو أن الإدارة في كلا المجالين – مجال الوظيفة العمومية ومجال رخصة الوالي- تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اتخاذها لقرارها.

---

(1) المحكمة الإدارية، محمد الأخوة ضد وزير النقل والمواصلات، قرار عدد 44 بتاريخ 24 فيفري 1976 مجموعة الاحكام االصادرة عن المحكمة الإدارية أثناء أعوام 1975-1976-1977، المطبعة الرسمية، تونس 1979، ص.39 وما بعدها.

(2) الأستاذ توفيق بوعشبة، المرجع السابق، ص 165 .

(3) الأستاذ توفيق بوعشبة، المرجع السابق، ص 165 .

(4) قرار مؤرخ في 24 فيفري 1976، المرجع السابق.

(5) المحكمة الإدارية،صالح بن عبد الله ضد وزير التربية القومية، قرار عدد 214 بتاريخ غرة ديسمبر 1977، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية أثناء أعوام 1975-1976-1977 المطبعة الرسمية، تونس، 1979 ص .182.
المحكمة الإدارية، علي الشماخي ضد وزير التربية القومية ، قرار عدد 342 بتاريخ 27 ديسمبر 1978 ، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية سنة 1978، المطبعة الرسمية، تونس،1980 ،ص . 239 وما بعدها.
المحكمة الإدارية، دوس ضد وزير التربية القومية ، 26 ماي 1982 (غير منشور).

وتجدر الإشارة إلى أن رقابة القاضي الإداري يمكن أن تمتد إلى مطالبة الإدارة بتعليل قراراتها التي اتخذتها على أساس سلطتها التقديرية. وفي هذا السياق اقر مجلس الدولة الفرنسي أن رفض الإدارة تعليل أعمالها يحمل القاضي الإداري على الأخذ بعين الاعتبار حجج المعنيين بهذه الأعمال. أما المحكمة الإدارية التونسية فقد استقر فقه قضائها على تبني نفس الموقف خاصة وان قانون 3 جوان 1996 (1) يكرّس نفس الاتجاه إذ اقتضى الفصل 45 (جديد) من هذا القانون ما يلي:" ويعتبر عدم رد الإدارة على عريضة الدعوى في مادة تجاوز السلطة بعد انقضاء اجل التنبيه تسليما منها بصحة ما ورد بالدعوى، ما لم يكن بالملف ما يخالفها."

فالسلطة التقديرية التي يتمتع بها الوالي عند تقريره منح الرخصة أو رفضها ليست مطلقة بل هي خاضعة لرقابة القاضي الإداري الذي يمكنه التثبت من مشروعية القرار المطعون فيه كما يمكنه مطالبة الإدارة بتعليل قرارها.

لكن يلاحظ في السنوات الأخيرة تعدد عمليات التفويت في العقارات غير الفلاحية إلى الأجانب ولعل ذلك جاء في سياق سياسة العولمة التي تنتهجها بلادنا والتي تقتضي توفير أرضية ملائمة للمستثمرين الأجانب. إلا أن تواتر ترخيص الوالي لعمليات التفويت في العقارات غير الفلاحية إلى الأجانب قد يؤدي إلى اتساع الرصيد العقاري للأجانب بتونس وهو ما من شانه أن يطرح مسألة سيادة الدولة التونسية على إقليمها خاصة وان بعض الأجانب أصبحوا يمتلكون عقارات ذات صبغة صناعية وتجارية لها وزنها في الاقتصاد الوطني.

---

(1)قانون عدد 39 لسنة 1996 مؤرخ في 3 جوان 1996 منقح للقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية، الرائد الرسمي عدد 47 بتاريخ 11 جوان 1996 ، ص .1214 وما بعدها.

الجزء الثاني: عنصر التصرف:

إن الملاحظة الأولى التي يجب الوقوف عندها هي ضرورة التفريق بين الأجنبي في عقاره الذي بناه أو اكتسبه قبل غرة جانفي 1956 وتصرفه في عقاره الذي بناه او اكتسبه بعد هذا التاريخ. فبالنسبة للحالة الثانية يمارس الأجنبي سلطاته كمالك للعقار على قدم المساواة مع المالكين التونسيين أما بالنسبة للحالة الأولى، التي ستكون موضوع التحليل في هذا الفصل، فقد اصدر المشرع التونسي قانون 27 جوان 1983 لينظم تصرف الأجانب في العاقرات التي اكتسبوها أو بنوها قبل غرة جانفي 1956.

إلا أن شرعية ممارسة الدولة لاختصاصها الترابي إزاء الأجانب تبقى رهينة شروط ثلاثة (1) أولها أن تستند الإجراءات المتخذة تجاه الأجانب إلى أسباب متعلقة بتحقيق الصّالح العامّ فلا تكون وسيلة ضغط سياسي ضدّ الدّولة التي يحمل الأجانب جنسيتها. ويتمثل ثاني هذه الشروط في أن لا تتخذ الإجراءات المذكورة على أساس التفرقة بين المواطنين والأجانب. أمّا الشرط الثالث فيتمثل في تعويض عاجل ومناسب وفعلي تمنحه الدولة للأجانب الذين شملتهم الإجراءات المتخذة خاصة في حالة الانتزاع. وقد راعت الدولة التونسية الشروط المذكورة عند ضبطها للنظام القانوني للأملاك التي اكتسبها الأجانب على ترابها خلال فترة الحماية.

وكما سبقت الإشارة، فرّق المشرّع التونسي بين العقارات الفلاحية والعقارات غير الفلاحية فاصدر في شان الصنف الأول قانون 12 ماي 1964 القاضي بإحالة الأراضي الفلاحية الواقعة على ملك الأجانب إلى الأملاك الخاصة للدولة، أمّا العقارات غير الفلاحية التي بناها الأجانب أو اكتسبوها قبل غرة جانفي 1956 فقد ضبط قانون 27 جوان 1983 شروط التصرف فيها وحدوده.

وعلى هذا الأساس جعل قانون 1983 تصرف الأجانب في عقاراتهم التي بنوها أو اكتسبوها قبل غرة جانفي 1956 تصرفا مشروطا (الفصل الأول) ومحدودا (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تصرّف مشروط:

إن كل عقار يكون مبنيا أو مكتسبا قبل غرة جانفي 1956 من طرف أجنبي يخضع لأحكام قانون 27 جوان 1983 فيكون تصرف الأجنبي فيه مشروطا سواء تعلق الأمر بالتفويت في العقار (المبحث الأول) أو بإدارتـــه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التفويت في العقار:

اخضع قانون 27 جوان 1983 التفويت في العقارات التي بناها الأجانب أو اكتسبوها قبل غرة جانفي 1956 إلى رقابة إدارية مزدوجة (الفقرة الأولى) ومنح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: رقابة إدارية مزدوجة:

اقتضى الفصل 2 من قانون 27 جوان 1983 انه" يجب لصحة العمليات المشار إليها بالأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 **وجميع النصوص التي تمّمته أو نقّحته والمتعلقة بالعقارات التي يشملها الفصل الأول من هذا القانون، أن يرخص فيها مسبقا من وزير الإسكان وذلك علاوة على الترخيص الوارد بالأمر المذكور وحسب نفس الشروط المبينة به..."**

فالمشرع اشترط لصحة العمليات الناقلة لملكية العقارات المبينة أو المكتسبة من الأجانب قبل غرة جانفي 1956 الحصول المسبق على رخصتي الوالي ووزير الإسكان. وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى انه منذ صدور قانون 3 فيفري 1992 (2) حلت محل رخصة وزير الإسكان رخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية.

---

(1)Alland DENIS, « Droit international public »,P.U.F,2000,P 679

(2)القانون عدد 20 لسنة 1992 المؤرخ في 3 فيفري 1992 المتعلق بإحالة بعض صلاحيات وزير التجهيز والإسكان المنصوص عليها بالتشريع الخاص بأملاك الأجانب إلى وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية، الرائد الرسمي عدد 9 بتاريخ 7 فيفري 1992، ص 182.

ويلاحظ أن المشرع عندما ذكر أمر 1957 بالفصل 2 من قانون 1983 قصد التأكيد على أن الأجنبي الذي يرغب في التفويت في عقاره لا يزال مطالبا بالحصول على رخصة الوالي. لكن حصول الأجنبي على الرخصة المذكورة أصبح غير كافيا لصحة عملية التفويت التي يكون محلها عقارا مبنيا أو مكتسبا من الأجنبي قبل غرة جانفي 1956 اذ لا بد من الحصول أيضا على رخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية.

وبحثا عن نجاعة اكبر للرقابة الإدارية المزدوجة التي فرضها قانون 27 جوان 1983 لم يكتف المشرع بالبطلان المطلق كجزاء مدني للإفلات من الرقابة المذكورة بل عمد إلى تدعيمه بعقوبات جزائية .فقد تعرض الفصل 9 من قانون 1983 إلى العقوبات الجزائية التي تسلط عل المخالف لأحكام القانون المذكور وأحال في خصوص مخالفة أحكام رخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية إلى الفصل 5 من أمر 4 جوان 1957.

وعلى هذا الأساس، إذا تم إبرام عقد التفويت في عقار غير فلاحي على ملك أجنبي، بناء أو اكتسبه قبل غرة جانفي 1956، خلافا لأحكام الفصل 2 من قانون 1983 يعاقب بخطية تتراوح بين24دينار و 240 دينار **"كل طرف في العقد"** و**"كل شخص شارك في ذلك العقد أو سهّل إتمامه."** ا ذا ما عمد الراغب في الحصول على الرخصة الإدارية إلى إعطاء معلومات كاذبة أو تحصل عل الرخصة بناءا على تداخل شخص من الأشخاص أو بواسطة أي حيلة كانت فانه يستهدف إلى العقاب بالسجن لمدة تتراوح بين شهر واحد وعام واحد وبخطية من 24 دينار إلى 240 دينار.

لكن اقتضى الفصل 2 من قانون 1983 في فقرته الثالثة انه :" وتعفى من كل ترخيص مسبق العمليات العقارية الورادة بالفصل الأول من هذا القانون إذا كانت لفائدة الدولة أو البلديات أو مجالس الولايات أو كل مؤسسة عمومية معينة لهذا الغرض من وزير الإسكان." (1)

ويفسر هذا الإعفاء بان الدولة والجماعات العمومية جهوية كانت أو محلية والمؤسسات العمومية ليست في حاجة لأي ترخيص مسبق طالما أنها إدارة وطالما أن الغاية من وضع الرخصة هي مراقبة انتقال الثروة العقارية ومقاومة المضاربات التي لاتستهدف بالمرة أعمال الإدارة.

ويلاحظ أن هؤلاء الأشخاص مذكورين على سبيل الحصر فإذا لم يكن التفويت في عقار الأجنبي لفائدة احدهم وجب التقدم بمطلب لدى كل من الولي ووزير أملاك الدولة والشؤون العقارية للترخيص في هذا التفويت ويبقى قرار الترخيص خاضعا للسلطة التقديرية لكلا الإدارتين.

<u>الفقرة الثانية:سلطة تقديرية واسعة للإدارة:</u>

بالرجوع إلى أحكام الفصل 2 من قانون 27جوان 1983 يتضح أن المشرع اخضع رخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية إلى نفس شروط وإجراءات رخصة الوالي وتبعا لذلك يتمتع الوزير المذكور، شان الوالي، بسلطة تقديرية واسعة في خصوص تقرير الترخيص من عدمه في العمليات العقارية موضوع قانون 1983 .

ومما يؤكد تمتع وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية بهذه السلطة التقديرية انه لا وجود أي تنصيص صلب قانون 1983 يفرض على الوزير المذكور تعليل قراره. ويلاحظ في هذا السياق أن من مبادئ القانون الإداري التونسي أن لا تكون الإدارة مجبرة على تعليل قرارها إلا إذا وجد نص يقضي بذلك (2).

إلا أن الفصل 2 (مكرر) من قانون 1983 اقتضى أن " **لاتسند لنفس الشخص ولقرينه ولأبنائه القصر سوى رخصة واحدة باسم احدهم."**

---

(1)منذ صدور قانون 3 فيفري 1992،كل مؤسسة عمومية معينة لهذا الغرض من وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية.

(2)الأستاذ توفيق بوعشبة، المرجع السابق،ص 239 .

وقد فسر وزير الإسكان (1) حصر إمكانية الترخيص على مستوى العائلة الواحدة بما أسفر عنه التطبيق من تجمّع عدة أملاك للأجانب في يد عائلة واحدة وهو ما يعد عائقا يحول دون تحقيق البعد الاجتماعي للقانون ودون ضمان فرص تكافؤ بين المتسوغين والشاغلين عن حسن نية بصرف النظر عن الشرائح الاجتماعية التي ينتمون إليها.إلا أن الفصل 2 (مكرر) من قانون 1983 وضع استثناءا لذلك إذ جاء به ما يلي :**"غير انه في صورة وجود عقد كراء يرجع تاريخه لما قبل قانون 27 جوان 1983 باسم احد الزوجين الذي لم يتمتع بالرخصة الأنفة الذكر فانه يمكن منح هذا الأخير رخصة خاصة به."**

وقد سبقت الإشارة إلى انه على الوالي إعلام المعني بالأمر بما قرره في اجل أقصاه 15 يوما منذ قبول المطلب (2) أما بالنسبة لرخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية فان قانون 1983 (3) اوجب على الوزير المذكور الإجابة على المطلب في اجل ثلاثة أشهر من تاريخ إيداعه. فإذا أجاب وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية بالرفض هل يمكنه التراجع في ذلك الرفض ومنح الرخصة خارج اجل الثلاثة لشهر المذكورة؟ يرى جانب من الفقه (4) انه لا مانع من ذلك لان المشرع لم يرتب جزاءا عن الترخيص خارج اجل الثلاثة أشهر وان هذا الترخيص يجعل الطرفين المتعاقدين على التزامهما ولو انه حصل رفض لمطلب الترخيص في البداية. ويؤسس هذا الجانب من الفقه موقفه على اعتبار أن الرخصة الإدارية تمثل شرط صحة فقط لا ركنا جوهريا للعقد لذلك تعتبر إرادة الطرفين لا زلت قائمة يوم ورود الترخيص و لا عبرة بالرفض الواقع في الأول. وقد كرس فقه القضاء التونسي نفس الموقف إذ أقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب (5) انه حتى في حالة رفض الإدارة منح الترخيص في المرة الأولى ثم الحصول عليه بعد ذلك لا يبطل العقد المحرر بدفتر مسودات العدول.وتجدر الإشارة إلى أن محكمة التعقيب عبرت عن هذا الموقف في خصوص رخصة الوالي ويمكن افتراض موقف مماثل بالنسبة لرخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية باعتبار أن قانون 1983 أحال في خصوص شروط هذه الرخصة إلى أمر 4 جوان 1957 المنظم لرخصة الوالي. لكن هذا الموقف الذي دافع عنه جانب من الفقه وأقرته محكمة التعقيب التونسية بدوائرها المجتمعة يعتبر مدعاة للنقد فالحصول المسبق على كل من رخصة الوالي ورخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية لا يمثل شرط صحة بالنسبة للعقد وإنما ركنا جوهريا " خامسا" يترتب على عدم توفره البطلان المطلق (6).

كما أن القول بإمكانية تراجع وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية أو الوالي ومنح الرخصة خارج الآجال القانونية يترتب عنه إبقاء طرفي العقد ملتزمين بصورة أبدية إلى حين الحصول على الترخيص الإداري وهو ما لا يبدو مقبولا. فعلى الإدارة اتخاذ قرارها النهائي سواء بالترخيص سواء بالترخيص أو بالرفض خلال الآجال التي حددها القانون، لكن قد تمضى الآجال القانونية ولا تصدر عن الإدارة أية إجابة عن مطلب الترخيص فهل يعتبر ذلك رفضا أو ترخيصا ضمنيا؟

---

(1) مداولات مجلس النواب الرائد الرسمي عدد 38 بتاريخ 30 جويلية 1991،ص.2410.

(2)الفصل 3 من قرار 5 جوان 1957 المتعلق بتعيين موجبات الرخصة بالعمليات العقارية، الرائد الرسمي الصادر في 7 جوان 1957.

(3) الفصل 2 من قانون 27 جوان 1983.

(4)الأستاذ الطيب اللومي،"التطور التشريعي حول الأملاك العقارية للأجانب بتونس"م ق ت 1984 ص.22 وما بعدها.

(5) تعقيب الدائر المجتمعة قرار مدني عدد 8054 بتاريخ 23 ديسمبر 1983ن المرجع السابق، ص 253.

(6)الأستاذ محمد كمال شرف الدين،"جزاء غياب الرخصة الإدارية في العمليات"، المرجع السابق، ص4.

لايمكن اعتبار عدم إجابة الوالي أو وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية عن المطلب المودع لديه، رغم مضي الآجال القانونية للإجابة، ترخيصا ضمنيا للعملية العقارية المراد إبرامها بل رفضا ضمنيا لذلك الترخيص. وأمام رفض الإدارة منح الترخيص سواء بصفة صريحة او ضمنية يطرح التساؤل هل ان السلطة التقديرية التي تتمتع بها تعفي قرارها من الرقابة القضائية؟

خلافا لرخصة الوالي، عبرت المحكمة الإدارية التونسية عن موقفها إزاء الرقابة القضائية لقرارات وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية وذلك في أكثر من مناسبة .فقد أكدت في قرار لها صادر تحت عدد 1480 بتاريخ 24 جوان 1988 (1) انه من المسلم به فقها وقضاء أن الإدارة لا تكون ملزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا نص قانون على خلاف ذلك، لكن إذا أفصحت عن أسباب قرارها من تلقاء نفسها فان هذه الأسباب تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مدى مطابقتها لقانون واثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها قرار الإدارة.

إلا أن تدخل المحكمة الإدارية لم يقتصر على مراقبة شرعية قرارات رفض الترخيص الصادر عن أملاك الدولة والشؤون العقارية بل بسطت أيضا رقابتها على قرارات الوزير المذكور المانحة للترخيص.
فقد اقتضت المحكمة الإدارية في قرارها عدد 1351 بتاريخ 3 نوفمبر 1989 (2) ما يلي:**"وحيث أن وزير التجهيز والإسكان وقد أناط به القانون الترخيص مسبقا بإبرام العمليات العقارية – في نطاق نما تقدم- إنما يمارس في هذا الأساس مراقبة مركزية دعت إليها اعتبارات تهم الصالح العام ومن أهدافها تامين مصالح المتسوغين والشاغلين عن حسن نية وتلافي المضاربات والمزايدات حماية لحقوق المالكين والمتسوغين."**

وعلى هذا الأساس اعتبرت المحكمة الإدارية ان قرار الوزير المانح للترخيص دون مراعاة لحقوق كل من المالكين والمتسوغين والشاغلين عن حسن نية يكون مشوبا **" بعيب مخالفة القانون الأمر الذي يتعين معه الحكم بإلغائه."**

يستنتج مما تقدم أن الأجنبي إذا أراد التفويت في عقاره غير الفلاحي الذي بناه أو اكتسبه قبل غرة جانفي 1956 عليه الحصول مسبقا على رخصتي الوالي ووزير أملاك الدولة والشؤون العقارية.
أما إذا لم يرغب المالك الأجنبي في بيع عقاره الذي بناه أو اكتسبه قبل غرة جانفي 1956 فعليه إدارته (المبحث الثاني)وفقا لشروط ومقتضيات قانون 27 جوان 1983 .

---

(1) المحكمة الإدارية، نور الدين الشابي ضد وزير التجهيز والإسكان قرار عدد 1480 بتاريخ 24 جوان 1988، قرارات وفقه المحكمة الإدارية من 1988 إلى 1990 ، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1995 ص 73 وما بعدها.

(2)المحكمة الإدارية، محمد الشريف ومن معه ضد وزير التجهيز والإسكان قرار عدد 1351 بتاريخ 3 نوفمبر 1989، المرجع السابق، ص 224 وما بعدها.

المبحث الثاني:إدارة العقار:

استعمل المشرع عبارة **"التصرف"** بالفصل 5 من قانون 27 جوان 1983 إلا انه يبدو واضحا من الفصل المذكور ومن الفصول التي تلته أن المشرع قصد التصرف بوجه الإدارة فقط لا بوجه التفويت.
وقد اقتضى الفصل 5 من قانون 1983 أن تعهد إدارة أملاك الأجانب موضوع القانون المذكور إلى وكيل عقاري (الفقرة الأولى) لكن يتمتع وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية بصلاحيات واسعة لإدارة عقارات الأجانب وذلك في صور حددها القانون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:تكليف وكيل عقاري:

بالرجوع إلى أحكام الفصل 5 من قانون 27 جوان 1983 يتضح أن إدارة العقارات غير الفلاحية التي بناها الأجانب أو اكتسبوها قبل غرة جانفي 1956 يجب أن تعهد إلى وكيل عقاري. والمقصود بالإدارة هو القيام بالتسويغ أو الالتجاء للمحاكم أو قبض معينات الكراء أو مقابل الأشغال وصرف ما ينبغي صرفه منه للصيانة. فليس من صلاحيات الوكيل العقاري التصرف بوجه التفويت وتغيير الوضع الملكي للعقار بل له مجرد الإدارة والإشراف.
اوجب المشرع تكليف وكيل عقاري لإدارة أملاك الأجنبي."...**كلما لم يتول المالك المقيم بالبلاد التونسية التصرف فيها بنفسه."** أما إذا كان الأجنبي، وان كان مقيما بالبلاد التونسية، لا يتصرف في عقاره بصفة مباشرة كأن كان يديره بواسطة وكيل عقاري أو حتى بواسطة وكيل خاص فانه يعتبر بمثابة الأجنبي المقيم خارج تراب الجمهورية التونسية الذي يخضع لأحكام خاصة ضبطها قانون 27 جوان 1983.
وتجدر الإشارة إلى أن الوكيل العقاري الذي خوّل له القانون إدارة عقارات الأجانب موضوع قانون 1983 هو من كان متحصلا على رخصة في تعاطي مهنة الوكيل العقاري وفق أحكام القانون عدد 55 لسنة 1981 المؤرخ في 23 جوان1981 المنظم لمهنة الوكيل العقاري (1) كما انه على الوكيل المذكور أن يتحصل زيادة على ذلك على ترخيص من وزير أملاك الدولة يخول له إدارة العقارات غير الفلاحية الواقعة على ملك الأجانب بالتراب التونسي والمبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956. وقد فرض المشرع على مالكي العقارات المذكورة أو وكلائهم وعلى كل من يتصرف في هذه العقارات بأي وجه كان ان يقوموا بتسوية وضعيتهم في شان موضوع التصرف وذلك خلال اجل ثلاثة أشهر من تاريخ نشر قانون 27 جوان 1983(2).
وحتى يقوم الوكلاء العقاريّون بإدارة العقارات على أحسن وجه فتتحقق غاية المشرع من وراء تكليفهم بهذه المهمة ويتم إنقاذ الرصيد الذي خلقه الأجانب من الخراب، فرض عليهم المشرع تقديم كشف مفصل ومصحوب بالمؤيدات اللازمة إلى وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية حول العقارات التي يديرونها وذلك كل ثلاثة أشهر.
وقد خص المشرع الوكلاء العقاريين بعقوبات صارمة نص عليها الفصل 9 من قانون 27 جوان 1983 في صورة مخالفتهم لأحكام القانون المذكور.فإذا خالف الوكيل العقاري أحكام الفصلين 5 و 6 من قانون 1983، المتعلقة بالتصرف وبالكشف الذي يجب عليه تقديمه إلى وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية، فانه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين 16 يوما و6 أشهر وبخطية تتروا ح بين 300 دينار و 1000 دينار. كما تغلق الوكالة العقارية بصفة مؤقتة أو نهائية حسب الأحوال. ويلاحظ في هذا السياق أن القاضي لا يمكنه التخفيف من العقوبات المنصوص عليها بالفصل 9 من قانون 1983 إذ اقتضى الفصل المذكور انه"... **لا ينطبق الفصل 53 من المجلة الجنائية على الجرائم المقررة بهذا الفصل."**

---

(1) الرائد الرسمي عدد44 بتاريخ 26 جوان 19814 ص 1615.
(2) الفقرة الأخيرة من الفصل 5 من قانون 27 جوان 1983.

زيادة على العقوبات الجزائية والإدارية المذكورة آنفا، يستهدف الوكيل العقاري لسحب رخصة التصرف الممنوحة له من وزير املاك الدولة والشؤون العقار ية فيفقد الصفة للتصرف في عقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956.

منح قانون 27 جوان 1983 صلاحيات واسعة لوزير أملاك الدولة والشؤون العقارية لمراقبة حسن إدارة عقارات الأجانب من طرف الوكلاء العقاريين ويمكن أن تمتد هذه الصلاحيات لتصل إلى حد التداخل المباشر في إدارة هذه العقارات.(الفقرة الثانية)

الفقرة الثانية: تدخل وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية:

منح المشرع من خلال الفصل 7 من قانون 27 جوان 1983 لوزير الإسكان ومن بعده وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية (1) صلاحيات واسعة للتصرف في عقارات الأجانب. فإذا كان المالك الأجنبي غير مقيم بالبلاد التونسية أو كان مقيما بالتراب لكنه لا يتصرف في عقاره بنفسه ولم يحترم أحكام الفصل 5 من قانون 1983، وذلك بعدم إناطة إدارة أملاكه العقارية بعهدة وكيل عقاري مرخص له من طرف وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية، فان لهذا الأخير حق التصرف في تلك العقارات اما مباشرة أو عن طريق أي إدارة أو هيكل عمومي أو وكيل عقاري يختاره. وتكون هذه الإدارة على حساب المالك وتحت مسؤوليته وتبعا لذلك يبقى الحفظ القانوني للعقار لمالكه الأجنبي فهو مسؤول عما قد ينشا عن إدارة العقار من أضرار للغير مثلا أو ما يتطلبه العقار من نفقات أو أداء مترتب عليه.

ويلاحظ أن المشرع حدد لوزير أملاك الدولة والشؤون العقارية وجه التصرف الذي يمكنه ممارسته وهو التسويغ دون غيره من أوجه التصرف الأخرى فلا يمكنه مثلا التفويت في العقارات الواقعة على ملك الأجانب. وقد خول الفصل 7 من قانون 27 جوان 1983 لوزير أملاك الدولة والشؤون العقارية الحق في تسويغ العقار الشاغر ولو كان الذي يديره هو المالك نفسه المقيم بالبلاد التونسية وغاية المشرّع من ذلك هي وضع حد للتهرب الأجنبي من تسويغ عقاره للغير دون موجب طالما أن البلاد تعرف أزمة سكن.

كما يمكن لوزير أملاك الدولة والشؤون العقارية، بمقتضى الفصل 8 من قانون 27 جوان 1983، سواء بوصفه سلطة إشراف أو كمتصرف حقيقي في الصور الواردة بالفصل 7 السابق الذكر ، التدخل المباشر بالإذن في إجراء الإصلاحات الجسيمة على عقارات الأجانب وله حتى الإذن في تجديد بنائها متى اقتضت مصلحة العقارات وشاغليه ذلك وبقطع النظر عمن يتصرف فيها.

أما بالنسبة لمصاريف الإصلاحات وتجديد البناء فهي تخصم معينات الكراء المتحصلة من العقار موضوع الإصلاح.

حمل المشرع المالك الأجنبي وحده مصاريف الإصلاحات المحدثة بعقاره ولعلّ ذلك يفسر بان اغلب الشاغلين لعقارات الأجانب ينتمون إلى فئة اجتماعية ضعيفة الحال لا طاقة لها لتحمل المصاريف المذكورة أو حتى المساهمة فيها.

ولان كان قانون 27 جوان 1983 ينطوي على أبعاد اجتماعية واضحة فانه جعل تصرف الأجنبي في عقاره غير الفلاحي محدودا بحقوق اقرها القانون المذكور لكل من المتسوغ والشاغل حسن النية.

---

(1)منذ صدور القانون عدد20 لسنة 1992المؤرخ في 3 فيفري 1992 المتعلق باحالة بعض صلاحيات وزير التجهيز والاسكان المنصوص عليها بالتشريع الخاص باملاك الاجانب الى وزير املاك الدولة والشؤون العقارية.

الفصل الثاني:تصرف محدود:

حد المشرع من سلطات المالك الأجنبي في التصرف في عقاره كلما كان هذا العقار مبنيا أو مكتسبا قبل غرة جانفي 1956 وذلك بمنح متسوغه او شاغله حسن النية حق البقاء (المبحث الأول) وكذلك حق الأولوية في الشراء (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حق البقاء:

ذكر مرسوم غرة سبتمبر 1981 على سبيل الحصر المنتفعين بحق البقاء (الفقرة الأولى) ويتمتع هؤلاء بالحق المذكور دون تحديد للمدة ولا القيام بأي إجراءات شرط اشغالهم لعقارات الأجانب عند صدور مرسوم 1981. إلا أن الشاغلين لهذه العقارات يفقدون حق البقاء كلما وجدوا في حالة من حالات الحرمان من الحق المذكـــور (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المنتفعون بحق البقاء:

اقتضى الفصل 2 من مرسوم غرة سبتمبر 1981، بعد تنقيحه بقانون 27 ديسمبر 1993، ما يلي:**"يتمتع بحق البقاء قانونا وبدون تحديد للمدة ولا القيام بأي إجراء كل شخص طبيعي أو معنوي يشغل بوجه الكراء أو عن حسن نية عند صدور هذا المرسوم محلا من المحلات المشار إليها بالفصل الأول..."**

وبالنسبة للشاغل للعقار بوجه الكراء فهو يتمتع بحق البقاء كلما وجد بينه وبين المالك الأجنبي للعقار عقد تسويغ صحيح عند صدور مرسوم 1981 سواء كان هذا العقد كتابيا أو شفاهيا إذ يكفي وجود علاقة تسويغية (1) ويتم إثبات هذه العلاقة التسويغية وفقا لمقتضيات مجلة الالتزامات والعقود وخاصة أحكام الفصلين 728 و729 منها، لكن خلافا لقانون 18 فيفري 1976 الذي منح حق البقاء للشاغلين بوجه الكراء فقط ،وسع مرسوم غرة سبتمبر 1981 دائرة المنتفعين بهذا الحق لتشمل الشاغلين عن حسن نية لعقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 .

لم يعرف المشرع مفهوم الشاغل عن حسن نية إنما يستنتج هذا التعريف من الأعمال التحضيرية لقانون 27 جوان 1983. فردا على أسئلة لجنة الشغل والشؤون الاجتماعية والصحة العمومية وضح وزير الإسكان**"أن المقصود بعبارة الشاغل عن حسن نية الواردة بمشروع القانون هو كل شخص يشغل محلا من المحلات المشار إليها بالفصل الأول من نفس المشروع دون أن يكون لديه عقد تسويغ ودون أن يلجا عند انتصابه بالمحل إلى استعمال العنف"** (2).

ويمكن القول أن الشاغل حسن النية هو الذي يتصرف في العقار دون أن يكون متسوغا ودون استعمال طرق غير قانونية مثل افتكاك حوز بالقوة أو استعمال حيل خزعبلات لشغل العقار (3) وهو التعريف الذي تبنته محكمة التعقيب التونسية في قرارها عدد 17631 الصادر في 10 أكتوبر 1989 (4) وكذلك في قرارها الصادر في 28 ماي 1992 (5).

لكن على من يقع عبء إثبات حسن نية الشاغل؟

---

(1)الأستاذ عبد الله الأحمدي،"العقود الخاصة: البيع،"1997،ص.69.

(2)مداولات مجلس النواب، الرائد الرسمي عدد 31 بتاريخ 21 جوان 1983، ص.1620.

(3)الأستاذ عبد الله الأحمدي،"العقود الخاصة: البيع، المرجع السابق، ص .72.

(4)نشرية محكمة التعقيب لسنة 1989 ،ص360.

(5) قرار تعقيبي مدني عدد 31609 بتاريخ 28 ماي 1992 (غير منشور).

تطبيقا للفصل 558 من مجلة الالتزامات والعقود " لايتحمل الشاغل عبء إثبات حسن نيته بل على من يدّعي خلاف ذلك إثباته". ولان الأمر يتـــعلق بإثبات واقعة قانونية فانه يمـكن للمالك الأجـنبي اسـتعمال جمـيع وسائل الإثبات (1).

والى جانب المتسوغين والشاغلين عن حسن نية لعقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 منح الفصل 3 من مرسوم غرة سبتمبر 1981 حق البقاء ، في حالة وفاة المكتري أو الشاغل عن حسن نية أو تركه للعقار، لفائدة قرينه وأبنائه وفروعه وأصوله الذي يعيشون عادة معه. وبمقارنة الفصل المذكور مع الفصل 3 من قانون 18 فيفري 1976 يتبين أن المشرع وسع في دائرة المنتفعين بحق البقاء بعقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 فخلافا لقانون 1976 الذي منح حق البقاء لفائدة أبناء المتسوغ القصر حتى بلوغهم سن الرشد وأبنائه المعقوين، وردت عبارة "أبنائه" الفصل 3 من مرسوم غرة سبتمبر 1981 مطلقة.

ويلاحظ أن المشرع لم يشترط مدة معينة للمساكنة تاركا تحديد ذلك السلطة التقديرية للقاضي وذلك خلافا لقانون 1976 الذي منح حق البقاء لفائدة الأصول شرط إثباتهم مساكنتهم للمكتري لمدة تزيد عن سنة.

اعتبرت محكمة التعقيب التونسية في شان المنتفعين بحق البقاء بعقارات التونسيين موضوع قانون 18 فيفري 1976 في قرار لها بتاريخ 21 ديسمبر 1988 (2) عندما أقرت انه يستفاد من الفصل 3 من القانون المذكور أن **" الأخت التي هي من الحواشي لا تتمتع بحق البقاء بالمحل بأي وجه من الوجوه."**

أن المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية لعقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 لا يمكنه التفويت في حقه بالبقاء بهذه العقارات إلى الشخص الذي يختاره وهو ما عبرت عنه محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 21 جانفي 1997(3) عندما اقرّت:" **أن المشرع قصد حماية ورثة المتسوغ الذين لم يتولوا تحرير عقد تسويغ جديد باسمهم ولم يقصد أولائك المتعاملين على أملاك الأجانب سواء بالبيع أو بالتنازل."**

أما بالنسبة لترك المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية للمحل فان هذا الترك يجب ان يكون بحض اختياره لا بسبب حرمانه القانوني من حق البقاء (4) وعلى هذا الأساس اعتبرت محكمة التعقيب التونسية (5) أن المتسوغ السابق للمحل الذي أصبح له سكن آخر وأصبح بذلك فاقدا لصفة الشاغل عن حسن نية الذي له حق البقاء يعد تنازله عن هذا الحق للطاعن من باب فاقد الشيء لا يعطيه.

ويتمتع المتسوغون والشاغلون عن حسن نية وكل من نص عليهم الفصل 3 من مرسوم غرة سبتمبر 1981 بحق البقاء بعقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 وذلك دون تحديد للمدة ولا القيام بأي إجراءات شرط إشغالهم لهذه العقارات عند صدور مرسوم 1981.

إلا أن الشاغل لعقار الأجنبي يفقد حقه في البقاء كلما وجد في حالة من حالات الحرمان التي نص عليها الفصل 4 من مرسوم 1981 .(الفقرة الثانية)

---

(1) الأستاذ محمد الشرفي وعلي المزغني "أحكام الحقوق" دار الجنوب للنشر، تونس،1995 .

(2)قرار تعقيبي مدني عدد 16254 مؤرخ في 21 ديسمبر 1988 ،ن.م ت 1988 ، ص 268 وما بعدها.

(3)قرار تعقيبي مدني عدد 44175 مؤرخ في21 جانفي 1997 ، ن. م . ت 1997 ص.60 ما بعدها.

(4)قرار تعقيبي مدني عدد 16254 مؤرخ في 21 ديسمبر 1988، المرجع السابق، ص 268 وما بعدها.

(5)قرار تعقبي مني عدد 44175 مؤرخ في 21 جانفي 1997 المرجع السابق، ص 60 وما بعدها.

الفقرة الثانية: الحرمان من حق البقاء:

حرم المشرع الشاغلين لعقارات الأجانب من حق البقاء بها في صورتين ضبطهما بالفصل 4 من مرسوم غرة سبتمبر 1981 وبمقارنة الفصل المذكور مع الفصل 4 من قانون 18 فيفري 1976 يتبين أن المشرّع ضيق في صور الحرمان من حق البقاء بعقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 فقد اقتصر المشرع بالفصل 4 من مرسوم 1981 على صورتين فقط يحرم فيهما المتسوغ أو الشاغل عن حسين نية من حق البقاء بعقار الأجنبي وهما صورة إشغاله لأكثر من مسكن (أ) باستثناء المسكن المعتبر مقره الأصلي وصورة امتلاكه لمسكن كائن بدائرة لا يتعدّى شعاعها ثلاثين كيلومترا حول عقار الأجنبي الذي يشغله وذلك شرط أن يكون هذا المسكن موفيا لحاجياته (ب).

(أ) *بالنسبة للمتسوغ أو الشاغل عن حسن نية لأكثر من مسكن: فان المبدأ، حسب مرسوم 1981، هو حرمانه من حق البقاء بعقار الأجنبي، إلا إن المشرّع اقر استثنائين اثنين لهذا المبدأ، فإذا تعذر على المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية التحصيل على نقلة تمكنه من مساكنة قرينه أو كان المسكن مشغولا من قبل مطلقته وأبنائه لا يحرم من حق البقاء بعقار الأجنبي المبني أو المكتسب قبل غرة جانفي 1956. يلاحظ في هذا السياق أن الاستثناء الثاني لم يتعرض له المشرع سابقا في قانون 18 فيفري 1976 وتنصيصه عليه بالفصل 4 من مرسوم 1981 يعكس رغبته في منح حق البقاء لأكبر عدد ممكن من الشاغلين لعقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956.

(ب)*أما بالنسبة للصورة الثانية من صور الحرمان من حق البقاء فان المشرع اقتضى توفر شرطين لقيامها، فالمتسوغ أو الشاغل عن حسن نية لعقار الأجنبي:

-يجب أن يكون مالكا لمسكن كائن بدائرة لايتعدى شعاعها ثلاثين كيلومترا حول العقار المذكور.

- ويجب ايضا ان يكون المسكن المملوك من قبل الشاغل موفيا لحاجياته.

يكون على المالك الأجنبي توجيه تنبيه بواسطة عدل منفذ يطالب فيه المتسوغ أو الشاغل عن حسين نية بالإدلاء بتصريح على الشرف يؤكد فيه عدم ملكيته لمسكن كائن ضمن دائرة لا يتعدى شعاعها ثلاثين كليومترا حول العقار الذي يشغله. وعلى المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية الإدلاء بهذا التصريح خلال شهر من تاريخ التنبيه وإلا فقد حقه في البقاء بعقار الأجنبي وهو ما أقرته محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 7 ماي 1997 إذ ورد في احد حيثياته أن: **" عدم الإدلاء بالتصريح على الشرف من قبل المتسوغ يفقده الحق بالبقاء ويخوّل للمالك القيام عليه بالخروج من المكرى لتوفر الشروط القانونية لوجوب الإخلاء."** كما تمسكت محكمة التعقيب في القرار المذكور بان أحكام الفصل 4 من قانون 18 فيفري 1976 تهم النظام العام وبالتالي لا يمكن التوسع في تأويله أو تفسيره وان المشرع لم يشترط توجيه تنبيه ثاني لإنهاء أمد التسويغ عند فقدان المتسوغ لحقه في البقاء بسبب امتناعه عن الإدلاء بالتصريح على الشرف خلال الأجل القانوني.

الا انه حسب الفصل الرابع من مرسوم 1981، لا يكفي امتلاك المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية لمسكن ضمن الحدود المشار إليها حتى يحرم من حق البقاء بعقار الأجنبي بل يجب أيضا أن يفي المسكن الذي يملكه بحاجياته. ويلاحظ أن الشرط المذكور يعتبر تجديدا جاء به مرسوم غرة سبتمبر 1981 إذ لم يشترط المشرع في قانون 18 فيفري 1976 أن يكون المسكن الذي يملكه المتسوغ، ضمن الحدود المشار إليها، موفيا بحاجياته.

وتمسكت محكمة التعقيب التونسية بالشرط المذكور إذ أقرت انه على محكمة الأصل التأكد، عند بحثها في الأسباب الموجبة للحرمان من حق البقاء من أن المحل الكائن في حدود الثلاثين كيلومترا من المكرى يفي بحاجيات سكنى الشاغل وأفراد عائلته. لكن ولئن نص الفصل 1 من مرسوم غرة سبتمبر 1981 على انطباق أحكام هذا المرسوم على عقارات الأجانب المعدة للسكنى وكذلك تلك ذات الاستعمال المهني، فان الفصل 4 من مرسوم 1981 لم يضبط سوى حالات الحرمان من حق البقاء بالصنف الأول من هذه العقارات. وعلى هذا الأساس فانه بالنسبة للشاغل لعقار الأجنبي ذي الاستعمال المهني يكفي أن يكون شاغلا للعقار المذكور بوجه الكراء أو عن حسن نية زمن صدور مرسوم 1981 حتى يتمتع بحق البقاء به.
لم يقتصر المشرع على منح حق البقاء للمتسوغ أو الشاغل عن حسن نية لعقار الأجنبي المبني أو المكتسب قبل غرة جـــانفي 1956 بل منحــه كذلك حق الأولوية من شــراء العـــقار المذكور إذ رغــب مالكه الأجنبي في بيعه (المبحث الثاني).

المبحث الثاني: حق الأولوية في الشراء:

لا يتمتع المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية لعقار أجنبي المبني أو المكتسب قبل غرة جانفي 1956 بحق الأولوية في الشراء إلا إذا توفرت فيهم جملة من الشروط اقتضاها القانون (الفقرة الأولى) والذي ضبط أيضا كيفية ممارسة هذا الحق. (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط قيام حق الأولوية:

نص الفصل 4 من قانون 27 جوان 1983 على ما يلي:**"تنسحب أحكام القانون عدد 39 لسنة 1978 المتعلق بمنح حق الأولوية للمتسوغين في الشراء بالنسبة للمحلات المعدة للسكنى على المتسوغين او الشاغلين عن حسن نية لجميع العقارات المشار إليها بالفصل الأول من هذا القانون."** فالمشرّع أحال في خصوص تمتع المتسوغين والشاغلين عن حسن نية بحق الأولوية في شراء عقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956، إلى أحكام قانون 7 جوان 1978. وبالرجوع إلى القانون المذكور يتبين انه لا يشترط في المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية التمتع بحق البقاء حتى يقوم حقه في أولوية الشراء إذ يمكنه الانتفاع بحق الأولوية حتى لو كان لا يتمتع بحق البقاء (1). كما انه استنادا إلى الفقرة الأولى من الفصل 1 من قانون 7 جوان 1978، لا يتمتع المتسوغون والشاغلون عن حسن نية بحق الأولوية في شراء عقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 إلا إذا كانوا أشخاصا طبيعيين وحاملين للجنسية التونسية.
لكن يمكن أن يكون المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية شخصا طبيعيا وحاملا للجنسية التونسية ورغم ذلك لا يتمتع بحق الأولوية في شراء عقار الأجنبي المبني أو المكتسب قبل غرة جانفي 1956 إلا إذا ثبتت حسن نيته وإشغاله الفعلي للعقار المذكور. وبالنسبة لشرط حسن النية فان المقصود به هو أن يكون الشاغل للعقار موفيا بالتزاماته التي يضعها على كاهله عقد الكراء أو القانون وأهمها أداء معلوم الكراء وعدم تغيير صبغة العقار(2).

اما بالنسبة لشرط الإشغال الفعلي للعقار فانه يفسر بان المشرع عندما منح حق الأولوية في الشراء لفائدة الشاغلين السابق ذكرهم افترض أنهم في حاجة إلى العقارات التي يشغلونها إما للسكن أو لممارسة مهنة لذلك سهل لهم امتلاكها. لكن إذا ثبت أنهم لا يشغلون فعلا العقارات المذكورة فان حاجتهم إليها تنتفي وتبعا لذلك تنتفي جدوى تحديد تصرف الأجانب في عقاراتهم.

---

(1)الأستاذ عبد الله الاحمدي،"العقود الخاصة: البيع"،المرجع السابق،ص.73

(2)Henri MAZEAUD, « leçons de droit civil »,T.III,1966,n°1182.

إلا أن المشرع لم يحدد لا في قانون 7 جوان 1978 ولا في قانون 27 جوان 1983 مدة الإشغال الواجب توفرها ليكون فعليا. فهل يمكن اعتماد مدة الإشغال التي ضبطها قانون 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلات معدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية؟
اعتبر المشرع في القانون المذكور أن الإشغال لا يكون فعليا إلا إذا كان طيلة ثمانية أشهر على الأقل بالنسبة لكل عام كراء ... لكن يبدو من الصعب اعتماد هذه المدة بالنسبة لحق الأولوية في الشراء الممنوح للشاغلين لعقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956. فاعتماد مدة الثمانية أشهر، الطويلة نسبيا، يمكن ان يترتب عنه حرمان بعض الشاغلين لهذا الصنف من العقارات من حق الأولوية في شرائها في حين أن نية المشرع متجهة نحو حماية هؤلاء الشاغلين وتمكين اكبر عدد منهم من شراء عقارات الأجانب.

ويرى الأستاذ عبد الله الاحمدي (1)في هذا السياق انه يكفي لتوفر شرط الاشغال الفعلي الوارد بقانون 7 جوان 1978 ان يثبت اشغال المتسوغ للمحل زمن توجيه تنبيه له من قبل المالك يعلمه فيه بنيته بيع عقاره أو زمن بيع العقار المذكور إلى الغير دون توجيه تنبيه إلى الشاغل.
اقر المشرع حق الأولوية في الشراء فقط عندما يتعلق الأمر بتفويت بمقابل.
أي لا يمكن للشاغل التمتع بحق أولوية شراء العقار عندما يكون محل معاوضة لان المشرع يتحدث فقط عن التفويت بمقابل مثل البيع وهو ما يؤكده الرجوع إلى الفصلين 5 و 6 من قانون 7 جوان 1978. فقد وردت بالفصل 5 من القانون المذكور عبارة **"في صورة بيع عمارة"** وتضمن الفصل 6 من نفس القانون عبارة **"في صورة بيع العقار بثمن دون الثمن المصرح به."**
لا يتمتع أيضا المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية بحق الأولوية في الشراء إذا تم بيع عقار الأجنبي بالمزاد العلني.
ويفسر الأستاذ محمد كمال شرف الدين (2) هذا الحرمان من حق الأولوية في الشراء بأنه بإمكان المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية الراغب في امتلاك العقار الذي يشغله المشاركة مباشرة في إجراءات البيه بالمزاد العلني.
وزيادة على حصر حق الأولوية في الشراء في عمليات التفويت بمقابل، فضل المشرع اقارب المالك الأجنبي للعقار على المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية ،إذ اقتضى الفصل 3 من قانون 7 جوان 1978 حرمان هذا الأخير من حق الأولوية في الشراء كلما تم البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة. كما يفقد المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية حق الأولوية في الشراء، حسب الفصل 1 من قانون 1978، إذا كان يملك مسكنا في منطقة الولاية التي يوجد بها عقار الأجنبي المراد بيعه.
زيادة على الشروط السابق ذكرها ربط الفصل 4 ثالثا من قانون 27 جوان 1983 تمتع المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية بحق الأولوية في الشراء بتقديمه تصريحا كتابيا إلى مصالح الولاية يشتمل على بيانات تخص العقار في اجل أربعة أشهر من تاريخ صدور القانون عدد 77 المؤرخ في 2 أوت 1991 المنقح لقانون 1983 . إلا أن هذا الإجراء لا ينطبق على من أصبح يشغل العقار بعد انقضاء هذا الأجل.
أما بالنسبة لممارسة الشريك في العقار لحقه في الشفعة فانه بالرجوع إلى أحكام الفصل 4 مكرر من قانون 27 جوان 1983 يتبين أن المشرّع فضل المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية على الشفيع.
باستثناء الحالات الأنفة الذكر التي يفقد فيها المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية حقه في أولوية الشراء فانه، طالما كان شخصها طبيعيا وحاملا للجنسية التونسية موفيا بالتزاماته تجاه المالك الأجنبي وشاغلا للعقار إشغالا فعليا، يتمتع بحق الأولوية (الفقرة الثانية)في شراء العقار المذكور وله أن يمارس هذا الحق كلما رغب المالك الأجنبي في بيع عقاره.

---

(1)Abdallah AHMADI , « Réflexions à-propos du droit de priorité à l'achat au profit des locataire et occupants de bonne foi »R.T.D 1994,p 159.
(2)Mohamed kamel CHARFEDDINE,thése précitée ,p. 369

الفقرة الثانية: ممارسة حق الأولوية:

تقتضي ممارسة حق الأولوية في الشراء احترام المالك الأجنبي لجملة من الإجراءات ضبط المشرع جزاء الإخلال بها. لكن يجب على المنتفعين بهذا الحق أن يحترموا بدورهم جملة من الاجراءات في ممارستهم لحق الأولوية في الشراء وإلا فقدوا حقهم المذكور.

أ-الإجراءات الواجبة الإتباع من قبل المالك الأجنبي:

فبالرجوع إلى أحكام الفصل 4 من قانون 7 جوان 1978 يتضح أن المالك الأجنبي إذا رغب في بيع عقاره عليه توجيه تنبيه إلى المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية بواسطة عدل منفذ متضمنا لثلاثة بيانات أساسية.

أولها :إعلام المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية :بعزمه على البيع وما اذا كان ينوي الشراء أولا ، فالأمر لا يتعلق بمجرد إعلام بنية البيع بل يعرض عليه المالك شراء العقار. ويطرح التساؤل في هذا الإطار حول مدى إمكانية عرض المالك بيع الرقبة والاحتفاظ بحق الانتفاع؟

أجابت محكمة التعقيب التونسية على هذا السؤال بالنفي وأقرت انه لا يمكن للمالك أن يعرض بيع الرقبة فحسب ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع وذلك في قرار لها صادر بتاريخ 7 جانفي 1985 (1)وبررت موقفها بان ذلك يتنافى وكنه البيع الذي يجب أن يشمل الرقبة والانتفاع. إلا أن هذا الرأي منازع فيه إذ لا وجود لأي نص قانوني يمنع المالك من الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع والتفويت في حق الرقبة فحسب وهكذا تكون محكمة التعقيب قد حرمت المالك من حق يقره القانون وينظمه (2). ويلاحظ انه كان بإمكان محكمة التعقيب أن تؤسس رفضها على حق الشاغل في السكن. فالمشرع عندما منح المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية حق الأولوية في شراء عقار الأجنبي قصد تمكينه من امتلاك هذا العقار تحقيقا لحقه في السكن في حين أن بيع المالك لحق الرقبة واحتفاظه بحق الانتفاع يجعل الشاغل في نفس وضعيته السابقة للبيع إذ يواصل دفع معينات الكراء للمالك الأجنبي.(3)

ثانيا: تحديد الثمن:

إلى جانب عرض البيع يجب أن يتضمن التنبيه تحديد الثمن وان لم ينص المشرع على ذلك صراحة فانه يستشف من صيغة الفصل 4 من قانون 7 جوان 1978 الذي اوجب على المالك التنبيه على المتسوغ بان يدفع أو يؤمن الثمن وهو ما لا يتسنى دون تنصيص على هذا الثمن (4).

وقد أقرت محكمة التعقيب بتاريخ 18 فيفري 1992 (5) أن قانون 7 جوان 1978 خول للمتسوغ حق الأولوية في الشراء دون النزاع في الثمن المعروض عليه من طرف المالك وابقى هذا الأخير حرا في تحديد الثمن.

ثالثا: تحديد اجل:

بالإضافة إلى عرض البيع وتحديد الثمن يتعين على المالك الأجنبي تحديد اجل للمتسوغ أو الشاغل عن حسن نية لدفع الثمن أو تأمينه. وبالرجوع لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 4 من قانون 27 جوان 1983 يتبين أن الأجل الممنوح للمتسوغ أو الشاغل عن حسن نية للرد على عرض البيع هو عام واحد سواء كان العقار محل البيع مستقلا بذاته أو تعلق الأمر ببيع عمارة صبرة واحدة.

---

(1)قرار تعقيبي مدني عدد 11535 بتاريخ 7 جانفي 1985 ، م .ق.ت.1986 ، عدد 2،ص.55

(2) الفصل 143 من مجلة الحقوق العينية وما بعده.

(3)Abdallah AHMADI , « Réflexions à-propos du droit de priorité à l'achat au profit des locataires et occupants de bonne foi »op.cit,p.175

(4)Mohamed kamel CHARFEDDINE,thése précitée ,p. 414

(5)قرار تعقيبي مدني عد 24590 بتاريخ 18 يري 1992، ن. م .ت.1992 ،ص 354 .

ب- الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية:

ويلاحظ أن المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية، عند اتصاله بتنبيه المالك الأجنبي، له أن يقرر شراء العقار أو الامتناع عن ذلك. وفي الحالة الثانية يمكن ان يكون الامتناع صريحا أو ضمنيا. (1).

اما بالنسبة للحالة الاولى فعلى المتسوغ او الشاغل عن حسن نية الذي يقرر شراء العقار الرد على تنبيه المالك الاجنبي بواسطة عدل منفذ ليعلمه بقراره وذلك في اجل اقصاه عام من تاريخ اتصاله بتنبيه المالك.

ويمكن تبرير هذا الأجل الطويل نسبيا بان امتلاك عقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 يقتضي الحصول المسبق على كل من رخصة الوالي ورخصة وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية وهو ما يتطلب بعض الوقت لإعداد مطلب الترخيص وانتظار رد الإدارة.

وقد أقرت محكمة التعقيب (2) ان انتفاع المكترين والشاغلين عن حسن نية لمحلات سكنى بحق الأولوية في شرائها مقيد بشكل معين وآجال مضبوطة وبالقيام بأعمال ايجابية خلال فترة محددة طبقا لمقتضيات القانونين عدد 39 لسنة 1978 وعدد 61 لسنة 1983 وعدم القيام بتلك الأعمال يعد بصفة جازمة تخليا عن ممارسة ذلك الحق.لكن في صورة بيع عمارة صبرة واحدة لا يكفي دفع الثمن أو تأمينه بل يجب أيضا حسب الفصل 5 من قانون 7 جوان 1978، تكوين شركة مدنية عقارية لممارسة حق الأولوية تضم على الأقل أغلبية المنتفعين بحق البقاء والمتسوغين للمحلات مهما كان استعمالها ويجب أن يشغل هؤلاء نصف مساحة جملة هذه المحلات وفي هذا الإطار اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 21 مارس 1983 (3) أن اجرءات قبول العرض وتامين المال التي قام بها المتسوغون بأسمائهم الشخصية عوضا عن الشركة العقارية تعد باطلة. وفي نفس السياق أقرت محكمة التعقيب في قرار لها بتاريخ 25 جانفي 1984(4) أن المكتري لجزء من عقار لا حق له في أولوية شرائه إلا بمشاركة بقية المكترين لكامل المبيع.

يستنتج من أحكام الفصل 5 من قانون 7 جوان 1978 انه اذا بيعت اجزاء مشاعة من عمارة في تصرف عدة متسوغين وشاغلين عن حسن نية لا يمكن لهؤلاء الانتفاع بحق الأولوية في الشراء وتكوين شركة مدنية عقارية لهذا الغرض لان الفصل المشار إليه يوجب على الشركة شراء كامل العقار. وعلى هذا الأساس يكون المشرع قد فتح مجالا للتحيّل على القانون إذ يمكن أن يعمد المالك الأجنبي إلى بيع عمارته لا صبرة واحدة بل على مراحل في شكل أجزاء مشاعة في كل مرحلة للحيلولة دون تمكين المتسوغين والشاغلين عن حسن نية من ممارسة حقهم في اولوية شراء كامل العمارة (5) كما انه اذا رغب المالك الاجنبي في بيع عمارته صبرة واحدة ولم يتفق المتسوغون والشاغلون عن حسن نية على تكوين شركة مدنية عقارية فانه لا يمكن لأحد هؤلاء المنتفعين بحق الأولوية في الشراء ممارسة حقه وحده. وقد صدر في هذا المعنى قرار استئنافي عن محكمة الاستئناف بتونس في 22 ماي 1991 (6). فالمشرع يفرض على كافة المتسوغين والشاغلين عن حسن نية الاتفاق على تكوين شركة مدنية بينهم وإذا تعذر الاتفاق بينهم على تكوين الشركة المذكورة استحال عليهم الانتفاع بحق الأولوية في الشراء فرادى وهو ما يمثل ثغرة في التشريع الحالي يجدر تلافيها إذ لا يجب أن يحرم شخص من حقه لان غيره تقاعس في السعي إلى ممارسته.

- (1)Mohamed kamel CHARFEDDINE,thése précitée ,n°506, p.417
- (2)قرار تعقيبي مدني عدد 16736 بتاريخ 25 ماي 1988 ن.م.ت1988،ص.320.
- (3)قرار تعقيبي مدني عدد 7827 بتاريخ 21 مارس 1983،م.ق.ت1984 ،ص83.
- (4)قرار تعقيبي مدني عدد 7760 بتاريخ 5 جانفي 1984،ن.م.ت.1984،ص.297.
- (5)الأستاذ عبد الله الأحمدي "العقود الخاصة: البيع، المرجع السابق،ص.80
- (6)محكمة الاستئناف بتونس،قرار مدني عدد88996 بتاريخ 22 ماي1991

قد يعمد المالك الأجنبي إلى بيع عقاره للغير دون التنبيه مسبقا على شاغله او ينبه المالك على هذا الأخير ويعرض عليه البيع مع تحديد الثمن فلا يقبل الشاغل الثمن المقترح باعتباره مشطا وينقضي اجل الجواب ثم يتولى المالك الأجنبي بيع عقار لشخص آخر بثمن اقل من الثمن المعروض فما هو جزاء ذلك؟

نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 4 من قانون 27 جوان 1983 على انه" **في صورة عدم التنبيه يمكن للمتسوغين أو الشاغلين عن حسن نية وكذلك لمن انجر لهم منهم الحق المطالبة بفسخ البيع..."**

ويترتب عن الفسخ إرجاع طرفي العقد إلى ما كانا عليه عند التعاقد وذلك طبقا لأحكام الفصل 336 من مجلة الالتزامات والعقود.

وقد منح الفصل 4 من قانون 27 جوان 1983 للمتسوغ أو الشاغل عن حسن نية حق القيام بدعوى الفسخ في اجل أقصاه خمسة أعوام بداية من تاريخ تسجيل العقد. ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرّع لم يميز بين بيع العقارات غير المسجلة وبيع العقارات المسجلة وهو ما يطرح إشكالية قانونية دقيقة في الحالة الثانية. فقد نص الفصل 305 جديد من مجلة الحقوق العينية، المنقح بقانون 4 ماي 1992 تحت عدد 46، على أن كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم .فإذا ابرم عقد البيع على ملك أجنبي مسجل بإدارة الملكية العقارية وتم تسجيل العقد بالقباضة المالية دون أن يقع إدراجه بالرسم العقاري فان اجل القيام بدعوى الفسخ يبتدئ من تاريخ تسجيل العقد بالقباضة المالية في حين أن العقد المذكور يعتبر غير موجود قانونا بحكم المفعول المنشىء للترسيم بالسجل العقاري.

فكيف يمكن المطالبة بفسخ عقد منعدم قانونا نظرا لعدم ترسيمه بالسجل العقاري؟

أمام هذا التعارض بين أحكام قانون 27 جوان 1983 والفصل 305 من مجلة الحقوق العينية دعا الفقه (1) المشرع إلى تنقيح الفقرة الأخيرة من الفصل 4 من قانون 1983 حتى تتلائم مع مقتضيات مجلة الحقوق العينية وذلك باعتبار أن اجل القيام بدعوى الفسخ يبتدئ من تاريخ ترسيم البيع بالسجل العقاري لا من تاريخ تسجيل العقد بالقباضة المالية.

إلا أن المطالبة بفسخ عقد البيع الذي ابرمه المالك الأجنبي مع الغير والتي نصت عليها الفقرة الأخيرة من الفصل 4 من قانون 27 جوان 1983 لا تؤدي إلى تمليك صاحب حق الأولوية بالعقار. في هذا السياق لاحظ الأستاذ محمد كمال شرف الدين (2) انه في تأويلنا للفصل 4 من قانون 27 جوان 1983 يجب أن تأخذ بعين الاعتبار غاية المشرع من وراء منح حق الأولوية في الشراء لفائدة المتسوغين والشاغلين عن حسن نية لعقارات الأجانب المبنية او المكتيبة قبل غرة جانفي 1956 وهي تمكينهم من امتلاك العقارات المذكورة.ويرى الاستاذ محمد كمال شرف الدين ان الفقرة الاولى من الفصل المذكور تتضمن مبدأا مفاده تطبيق احكام قانون 7جوان 1978 في خصوص حق الاولوية في الشراء الذي يمارسه الشاغلون لعقارات الاجانب موضوع قانون 1983.

وأما الفقرتين الثانية والثالثة من نفس الفصل فتمثلان استثناءين لهذا المبدأ يتعلقان بالآجال وبالمنتفعين بحق الأولوية في الشراء. وعلى هذا الأساس يمكن لأصحاب الحق في أولوية شراء عقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1965 القيام بدعوى في الحلول إلى جانب طلب الفسخ تطبيقا للمبدأ المذكور وطالما لا وجود لاستثناء يمنع ذلك.

○ (1) الأستاذ عبد الله الأحمدي،"العقود الخاصة: البيع"،المرجع السابق، عدد 106 ص.88 و89

○(2)Mohamed kamel CHARFEDDINE, thèse précitée, n°520 p.428 et suivi .

إلا أن جانبا آخر من الفقه يعارض بشدة هذا الرأي من ذلك الأستاذ الحبيب الشطي (1) الذي يرى أن الفصل 4 من قانون 27 جوان 1983 حصر الجزاء في الفسخ دون غيره من أوجه الجزاء، وتطبيقا لقاعدة تقديم النص الخاص على النص العام، لايمكن التوسع في قاعدة الجزاء بالرجوع إلى النص العام والنص الخاص على ما هو عليه من وضوح وحصر.

واضاف الأستاذ الحبيب الشطي أن مشرع 1983 عندما استبعد جزاء الحلول كان ذلك لسبب وجيه وهو أن هذا الحلول ليس آليا بل يتوقف، نظرا لصبغة العقارات المسلط عليها، على الحصول على رخصتي الوالي ووزير أملاك الدولة والشؤون العقارية.

كما يعتبر الأستاذ عبد الله الأحمدي (2) أن جزاء الفسخ ناجعا وكافيا لحماية المتسوغ أو الشاغل عن حسن نية باعتبار أن المالك الأجنبي، بعد قضاء محكمة بفسخ عقد البيع الذي ابرمه مع الغير، يجد نفسه مضطرا إلى توجيه تنبيه إلى المنتفع بحق الأولوية في الشراء يعرض عليه بمقتضاه بيع عقاره وهو ما يسمح لصاحب حق الأولوية بممارسة حقه والتملك بالعقار الذي يشغله.

إلا انه بالرجوع إلى فقه القضاء التونسي يتبين أن محكمة التعقيب وان لم يطرح أمامها الإشكال بصفة مباشرة، يبدو من خلال قرارها الصادر في 19 أفريل 1984 (3) أنها تقر للمنتفع بحق الأولوية في الشراء حقه في الحلول محل مشتري العقار الذي يشغله والواقع على ملك أجنبي. فقد تعلق النزاع بشقة على ملك أجانب بريطانيين فوتوا فيها لغير المتسوغ فقام هذا الأخير بدعوى قضائية مطالبا فيها بالحلول محل المشتري وذلك استنادا إلى الفصل 6 من قانون 7 جوان 1978 باعتبار أن الثمن المعروض عليه من طرف المالكين الأجانب فاق ثمن المبيع.

ولم تثر محكمة التعقيب مسالة عدم انطباق جزاء الحلول بالنسبة لعقارات الأجانب المبينة واو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 بل أقرت بان" **الفصل 6 من القانون المذكور القاضي بان للمنتفع بحق الأولوية في الشراء في صورة بيع العقار بثمن دون الثمن المصرح به أن يحل محل المشتري في ظرف شهر من علمه بالبيع على أن يتم ذلك في ظرف الستة أشهر الموالية لتاريخ البيع على أقصى تقدير هو الذي ينطبق عليه."**

وقد جاء عن محكمة التعقيب في قرار صادر لها بتاريخ 11 فيفري 1997 تعلقت وقائعه بيع عقار على ملك أجنبي دون التنبيه على المتسوغ لممارسة حقه في أولوية الشراء. فرفع هذا الأخير دعوى قضائية للحلول محل المشتري. ولم تثر محكمة التعقيب مرة أخرى في قرارها المذكور مسالة عدم انطباق جزاء الحلول بالنسبة لعقارات الأجانب الخاضعة لقانون 27 جوان 1983 بل استندت إلى أحكام الفصل 6 من قانون 7 جوان 1978 لترفض مطلب التعقيب باعتبار أن دعوى الحلول تم رفعها بعد اجل الستة أشهر المنصوص عليه بالفصل المذكور. وهكذا يكون فقه القضاء التونسي بموقفه هذا قد كرس غاية المشرع من وراء منح حق الأولوية في الشراء لفائدة المتسوغين والشاغلين عن حسن نية لعقارات الأجانب المبينة أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 ألا وهي تمكينهم من امتلاك العقارات المذكورة وهو ما لا يحققه بالضرورة الاكتفاء بجزاء فسخ عقد البيع المنصوص عليه بالفصل 4 من قانون 27 جوان 1983 .

---

(1)الحبيب الشطي،دراسات في العقاري: المجموعة الاولى، دار الميزان للنشر، سوسة، جوان 1996.

(2)Abdallah AHMADI , « Réflexions à-propos du droit de priorité à l'achat au profit des locataires et occupants de bonne foi »op.cit,p.184

(3)قرار تعقيبي مدني عدد 9742 بتاريخ 19 افريل 1984 ،ن.م.ت1984 ،ص.246.

قائمـــــة الملاحـــــــق

الصفحـــة

1- أمر علي مؤرخ في 04جوان 1957 يتعلق بالعمليات العقارية.....1

2- قرار مؤرخ في 05جوان 1957 يتعلق بتعيين موجبات الرخصة المتعلقة بالعمليات العقارية.....4

3- قانون عدد 31 لسنة 1959 مؤرخ في 28 فيفري 1959 يتعلق بالعمليات العقارية.....6

4- مرسوم عدد 13 لسنة 1961 مؤرخ في 08أوت 1961 يتعلق بالعمليات العقارية.....8

5- قانون عدد 25 لسنة 1963 مؤرخ في 15 جويلية 1963 يتعلق بالعمليات العقارية.....10

6- مرسوم عدد4 لسنة 1977 مؤرخ في 21 سبتمبر 1977 يتعلق بالعمليات العقارية.....12

7- قانون عدد 38 لسنة 1992 مؤرخ في 27أفريل 1992 يتعلق بالعمليات العقارية.....14

8- قانون عدد 39 لسنة 1978 مؤرخ في 07جوان 1978 يتعلق بمنح حق الاولوية للمتسوغين في الشراء 15

9- مرسوم عدد 13 لسنة 1981 مؤرخ في غرة سبتمبر 1981 يتعلق بمنح حق البقاء للمتسوغين لمحلات معدة للسكنى على ملك الأجانب.....17

10- قانون عدد 61 لسنة1983 مؤرخ في 27 جوان 1983 يتعلق بالعقارات التي هي على ملك الأجانب و المبينة أو المكتسبة قبل سنة1956.....19

11- منشور صادر عن الوزير الأول ووزير الداخلية ووزير الاسكان الى السادة الولاة بتاريخ 07جوان 1984.....23

12- قانون عدد 40 لسنة 2005 مؤرخ في 11 ماي 2005.....26
يتعلق باتمام الامر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية.

13- قرار تعقيبي مدني عدد 22775 27
بتاريخ 1991/12/12.

14- مطلب ترخيص في عملية عقارية.....32

العمليّات العقاريّة

أمر عليّ مؤرخ في 4 جوان 1957

يتعلّق بالعمليات العقاريّة

(الرّائد الرّسمي الصادر في 4 جوان 1957)

الحمد لله وحده،

من عبد الله سبحانه المتوكل عليه المفوض جميع الأمر إليه محمد الأمين باشا باي صاحب المملكة التونسيّة سدّد الله تعالى أعماله وبلغه آماله إلى من يقف على أمرنا هذا من الخاصة والعامة أما بعد فإنه بعد إطلاعنا على القانون العقاري وعلى الرأي الذي أبداه مجلس الوزراء، وبناء على ما عرضه وزيرنا الأكبر رئيس الحكومة، أصدرنا أمرنا هذا بما يأتي :

الفصل 1 : (تمّ تنقيحه بالخصوص بالقانون عدد 25 لسنة 1963 المؤرّخ في 15 جويلية 1963 : الرّائد الرّسمي الصادر في 16 جويلية 1963) : يجب لصحة العقود وإلى أن يصدر ما يخالف ذلك أن يرخص والي الجهة الكائن بها العقار في جميع عمليات نقل الأملاك بين الأحياء أو حق التصرف فيها وكذلك عمليات تقسيم الملكية سواء كان هذا التقسيم يشمل العقارات أو الحقوق العقاريّة الكائنة بالبلاد التونسيّة والمتعلقة بالأراضي الصالحة للفلاحة وكذلك الأراضي الغير المبنية والغير المقسمة والمبينة فيما يلي :

1) الإحالة بعوض أو بعنوان مجاني بين الأحياء لكامل حقوق الملكية أو الإستغلال.
2) تكوين الإنزال.
3) تكوين الحقوق الموظفة على العقار.
4) المساهمة في رأس مال الشركات.
5) الأكرية لمدة تفوق مدة عامين.
6) كل قسمة أو كل عمل أو كل إجراء يكون القصد منه الإحالة أو المنح – بأي صفة كانت – لشريك أو للغير لكامل الملكية أو إستغلال العقارات التابعة لما لشركة.
7) تكوين الرهن.

وتنطبق الأحكام السابقة أيضا على كل إحالة للأسهم أو للرقاع أو لحصص الشركات أو لحصص المؤسسين أو لحصص الأرباح في الشركات مهما كان شكلها التي يكون الغرض الأصلي أو الثانوي منها استغلال الأراضي الفلاحية.

الفصل 2 : كل عقد أو إعلام في إجراء إحدى العمليات المشار إليها بالفصل الأول يجب أن ينص على عدد الرخصة المسلمة من الوالي وعلى تاريخها وإلا فإن العقد أو الإعلام باطلان كما أنه فيما إذا لم يقع التنصيص على ذلك فإنه لا يمكن إجراء عملية التسجيل أو الترسيم بالدفتر العقاري ويقع الحكم بالبطلان بطلب من النيابة العمومية أو من الطرفين أو من كل من يهمه الأمر.

الفصل 3 : إذا وقعت أنواع النقل المشار إليها بالفصل الأول لدى عدول تونسيين فإن العقد يمكن أن يكتبه العدول بدفتر مسوداتهم على مقتضى الصيغ المنصوص عليها بالفصل 18 وما بعده من الأمر العلي المؤرّخ في غرّة جويلية 1929 المتعلق بالعدول المسلمين وكذلك على مقتضى الصيغ المنصوص عليها بالفصل 3 وما بعده من الأمر العلي المؤرّخ في 28 جوان 1938 المتعلق بالعدول الإسرائيليين وذلك قبل تسليم الرخصة المشار إليها بالفصل الأول غير أنه في هذه الصورة تتوقف صحة العقد على الرخصة المذكورة ويقع التنصيص بصفة خاصة على ذلك بدفتر المسودات ولا يمكن تسليم الرسم للطرفين طبق الشروط المبيّنة بالفصل 23 من الأمر العليّ المؤرّخ في غرّة جويلية 1929 وبالفصل 9 من الأمر العلي المؤرخ في 28 جوان 1938 إلا بعد التحصيل على الرخصة المذكورة ومن الواجب التنصيص في الرسم على هذه الرخصة طبقا للفصل الثاني من أمرنا هذا.

الفصل 4 : لا تنطبق أحكام أمرنا هذا على العقود الثابت تاريخها قبل نشر أمرنا هذا.

الفصل 5 : يعاقب كل طرف في عقد من العقود المبينة بالفصل الأول وقع إجراؤه مخالفة لأحكام الفصل الأول المذكور وكذلك يعاقب كل شخص شارك في ذلك العقد أو سهل إتمامه بخطية تتراوح من فرنكات 24.000 إلى فرنكات 240.000.

ويكون العقاب بالسجن من شهر واحد إلى عام واحد وبالخطية من فرنكات 24.000 إلى فرنكات 240.000 إذا وقع التحصيل على الرخصة بواسطة إعلام غير صحيح أو بتداخل شخص من الأشخاص أو بواسطة أية حيلة كانت.

الفصل 6 : يجب أن تنص المضامين والمعلقات والإعلانات المعمول بها بالنسبة للبيع على طريق المحاكم على أن التبتيت لا يقع إلا لفائدة الأشخاص الذين تحصلوا من قبل على رخصة من الوالي.

الفصل 7 : (تمّ تنقيحه بالخصوص بالفصل 63 من القانون عدد 115 لسنة 1976 المؤرّخ في 31 ديسمبر 1976 والمتعلّق بقانون المالية لسنة 1977 : الرّائد الرّسمي الصادر يوم 31 ديسمبر 1976) : تعفى بصفة صريحة من الترخيص المسبق للعقد العمليات المشار إليها بالفصل الأول إذا كانت لفائدة الدولة والبلديات ومجالس الولايات وكذلك توظيف الرهون العقاريّة لفائدة الصندوق القومي للإدخار السكني.

الفصل 8 : وزيرنا الأكبر رئيس الحكومة ووزيرنا للفلاحة مكلفان كل فيما يخصه بإجراء العمل بما تضمّنه أمرنا هذا.

وختم في 4 جوان 1957

الوزير الأكبر رئيس الحكومة

الحبيب بورقيبة

العمليات العقاريّة

قرار مؤرخ في 5 جوان 1957

يتعلق بتعيين موجبات الرخصة المتعلقة بالعمليات العقارية

(الرائد الرسمي الصادر في 7 جوان 1957)

إن الوزير الأكبر رئيس الحكومة،

بعد إطلاعه على الأمر المؤرّخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية قرر ما يأتي :

الفصل 1: إن الرخصة المطلوبة لصحة العمليات المنصوص عليها بالفصل الأول من الأمر العلي المشار إليه المؤرّخ في 4 جوان 1957 يطلبها المتعاقد أو المتعاقدون المكتسبون للعقار أو للحقوق العقاريّة أو المتسوّغون كما يطلبها وكيلهم.

ويحتوي هذا المطلب المحرر كتابة على التنصيصات الآتية :

أولا : أسماء المتعاقدين والقابهم وتاريخ ولادتهم ومكانها ومقرهم وصناعتهم وجنسيتهم وكذلك صلة القاربة أو المصاهرة التي تربط بينهم والصفة التي دعت كلا من المتعاقدين للتعاقد وكذلك إسم زوج المشتري عند الاقتضاء ولقبه وتاريخ ولادتها ومكانه وجنسيتها وكذلك نظام حياتهما الزوجية.

ثانيا: نوع العملية.

ثالثا : تعيين العقار أو الحقوق العقارية موضوع العملية وكذلك مساحات العقارات وينصّ المشتري أيضا على أن العقار مسجل أم لا وفي الصورة الأولى على عدد رسم العقار.

ويحرر هذا المطلب في ثلاث نظائر على ورقة إعتيادية يجب أن تكون مؤرخة ممضاة وأن تنصّ على عنوان الشخص الذي يتعيّن توجيه جواب الوالي إليه ويصحب المطلب ظرف مكتوب عليه إسم الشخص المذكور وعنوانه وبه طابع بريدي حسب التعريف المنطبق على الرسائل المضمونة الوصول وبالنسبة لإعطاء العقارات أو الحقوق العقاريّة لتكوين شركة فإنه

يجب أن يكون المطلب مصحوبا بمشروع القانون الأساسي للشركة وقائمة المؤسسين لها مع بيان أسمائهم وألقابهم وتاريخ ولادتهم ومكانها وصناعتهم ومقرهم وجنسياتهم.

وفي صورة ما إذا وقعت زيادة في رأس المال أو إندماج شركات بعضها في بعض أما بطريق الضم أو التغيير يجب علاوة على القانون الأساسي أن تقدم محاضر الجلسات أو الأوراق التي ترخص للشركة العملية كما يجب الإدلاء بأسماء المتصرفين والمديرين أو المشتركين بالأسهم أو بالمال لكل من الشركة المتمتعة بالعقار أو بالحقوق العقاريّة والشركة المنحلة أو المعطية ذلك كما يقدم القابهم وتاريخ ولادتهم ومكانها ومقرهم وجنسياتهم.

كما يجب تقديم الأوراق المنصوص عليها بالفقرة السابقة كلما هم الأمر شركة.

الفصل 2 : يوجه مطلب الرخصة للوالي بالدائرة الكائن بها العقار الواقعة في شأنه العملية. وإذا كان العقار يمتد إلى دائرة ولاية متعددة يرجع النظر في رخصة في شأنه إلى الوالي بالدائرة الكائن بها مركز الإستثمار الأصلي وعند عدم وجود ذلك بالدائرة الموجودة بها أكبر مساحة.

الفصل 3 : يقع في كل ولاية مسك دفتر من أوراق إعتيادية ترسم فيه مطالب الرخص يوما بعد يوم حسب عدد رتبي بدون بياض وبدون أن يكتب فيه بين الأسطر وتفصل كل مساء المطالب المتقدمة في اليوم عن المطالب المتقدمة في الغد.

ويوضع بالمطلب بمجرد الإتصال به الطابع المؤرّخ للولاية ويسلّم فيه توصيل يقع التنصيص فيه على تاريخ ترسيم المطلب بالدفتر وعلى عدده.

ويقرر الوالي هل يمنح الرخصة أو يرفضها وعند الإقتضاء يعلم صاحب المطلب بأنه يوقف النظر فيه إلى ان يجري بحثه وفي جميع الحالات يجب على الوالي أن يعلم بما قرره في أجل أقصاه خمسة عشر يوما إبتداءا من قبول المطلب.

وينص في نظائر المطلب الثلاثة على ما قرره الوالي ويرجع نظير من المطلب برسالة مضمونة الوصول إلى الشخص المعين بالمطلب لقبول جواب الوالي.

تونس في 5 جوان 1957

الوزير الأكبر رئيس الحكومة

الحبيب بورقيبة

العمليات العقارية

قانون عدد 31 لسنة 1959 مؤرخ في 28 فيفري 1959

يتعلق بالعمليات العقارية

(الرائد الرسمي الصادر في 13 مارس 1959)

باسم الشعب،

نحن الحبيب بورقيبة رئيس الجمهورية التونسية،

بعد إطلاعنا على القانون العقاري، وعلى رأي كاتب الدولة للرئاسة وللشؤون الخارجية والداخلية والمالية والتجارة.

أصدرنا القانون الآتي نصه :

الفصل 1: كل شراء بعوض أو بدونه من طرف دولة أجنبية لعقارات أو لحقوق عقارية كائنة بالبلاد التونسية ينبغي ليكون ماضيا أن تصدر فيه رخصة من طرف كاتب الدولة للرئاسة بعد أخذ رأي كاتب الدولة للشؤون الخارجية

الفصل 2 : تطلب الرخصة المذكورة من طرف ممثل الدولة الأجنبية التي يهمها الأمر في صورة مطلب يوجه في ثلاثة نظائر لكتابة الدولة للشؤون الخارجية.

ويبين بالمطلب مايلي :

1) صفة الطالب.

2) إسم ولقب البائع وتاريخ ومكان ولادته ومقرّه ومهنته وجنسيته.

3) موقع العقار ومحتواه ومساحته أو الحقوق العقارية الشامل لها المطلب وكذلك ثمن ما ذكر.

4) إذا كان العقار مسجلا يبين بالمطلب علاوة على ذلك إسم الرسم العقاري وعدده.

5) إذا كان العقار المذكور بصدد التسجيل بدفتر خان للأملاك العقاريّة يبين بالمطلب العدد الذي قدم بمقتضاه طلب التسجيل.

الفصل 3 : كل صك أو إعلام يتضمن إنجاز العمليات المشار إليها بالفصل الأول ينبغي أن ينص به على عدد وتاريخ الرخصة الصادر من كاتب الدولة للرئاسة و إلا إعتبر لاغيا.

ولا سبيل للقيام بأي موجب من موجبات التسجيل أو الترسيم بالسجل العقاري ما لم يوجد التنصيص المذكور.

ويقع إثبات بطلان الصك أو الإعلام بسعي من قلم الإدعاء العمومي أو من الجانبين المتعاقدين أو من أي شخص آخر يهمه الأمر.

الفصل 4 : ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

وصدر برئاسة الجمهورية التونسية

في 28 فيفري 1959

رئيس الجمهورية التونسية

الحبيب بورقيبة

العمليات العقارية

مرسوم عدد 13 لسنة 1961

مؤرخ في 8 أوت 1961 يتعلق بالعمليات العقارية

(الرائد الرسمي الصادر في 8 أوت 1961)

وقعت المصادقة عليه بالقانون عدد 51 لسنة 1961

المؤرخ في 24 نوفمبر 1961

(الرائد الرسمي الصادر في 28 نوفمبر 1961)

نحن الحبيب بورقيبة رئيس الجمهورية التونسية

بعد إطلاعنا على الفصل 31 من الدستور.

وعلى الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية كما نقحه القانون عدد 68 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959.

وعلى رأي كاتب الدولة للرئاسة وللعدل وللداخلية وللتصميم والمالية وللأشغال العمومية والإسكان.

أصدرنا المرسوم الآتي نصه :

الفصل 1 : إلى أن يصدر ما يخالف هذا المرسوم فإن مفعول أحكام الأمر المنقح المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية ينسحب على العمليات الآتي بيانها المتعلقة بجميع العقارات أو الحقوق العقارية الكائنة بالبلاد التونسية مهما كانت غاية إستعمالها :

1) إحالة الملكية أو المنفعة العقارية أو الريع فيما بين الإحالة بمقابل أو بدون مقابل.

2) عقد الإنزال أو العقود المتعلقة بالحقوق الجوارية.

3) تقديم حصة لشركة.

4) القسمة أو كل عملية الغرض منها إحالة الملكية أو المنفعة العقارية أو الريع بأي وجه من الوجوه بالنسبة للعقارات الراجعة لمال الشركة أو على الشياع.

5) الرهن العقاري أو رهن الإنتفاع.

6) التسويغ لمدة تتجاوز سنتين.

الفصل 2 : يدخل هذا المرسوم حيز التنفيذ حالا.

الفصل 3 : كاتب الدولة للرئاسة وللعدل وللداخلية وللتصميم والمالية وللأشغال العمومية والإسكان مكلفون كل فيما يخصه بتنفيذ هذا المرسوم الذي ينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

وصدر بتونس في 8 أوت 1961

رئيس الجمهورية التونسية

الحبيب بورقيبة

قانون عدد 25 لسنة 1963

مؤرخ في 24 صفر 1383 (15 جويلية 1963)

يتعلق بالعمليات العقارية

(الرّائد الرّسمي للجمهورية التونسية في 16/12 جويلية 1963)

باسم الشعب،

نحن الحبيب بورقيبة، رئيس الجمهورية التونسية،

بعد موافقة مجلس الأمة،

أصدرنا القانون الآتي نصه :

فصل وحيد ــ ألغى الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 6 ذي القعدة 1376 (4 جوان 1957) المتعلق بالعمليات العقارية المنقح بالقانون عدد 68 لسنة 1959 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1378 (19 جوان 1959) وعوض بالنص الجديد الآتي :

الفصل 1 : يجب لصحة العقود وإلى أن يصدر ما يخالف ذلك أن يرخص والي الجهة الكائن بها العقار في جميع عمليات نقل الأملاك بين الأحياء أو حق التصرف فيها وكذلك عمليات تقسيم الملكية سواء كان هذا التقسيم يشمل العقارات أو الحقوق العقارية الكائنة بالبلاد التونسية والمتعلقة بالأراضي الصالحة للفلاحة وكذلك الأراضي الغير المبنية والغير المقسمة والمبينة فيما يلي :

1) الإحالة بعوض أو بعنوان مجاني بين الأحياء لكامل حقوق الملكية أو الإستغلال.

2) تكوين الإنزال.

3) تكوين الحقوق الموظفة على العقار.

4) المساهمة في رأس مال الشركات.

5) الأكرية لمدة تفوق عامين.

6) كل قسمة أو كل عمل أو كل إجراء يكون القصد منه الإحالة أو المنح ــ بأي صفة كانت ــ لشريك أن للغير الكامل الملكية أو إستغلال العقارات التابعة لما لشركة.

7) تكوين الرهن.

وتنطبق الأحكام السابقة أيضا على كل إحالة للأسهم أو للرقاع أو لحصص الشركات أو لحصص المؤسسين أو لحصص الأرباح في الشركات مهما كان شكلها التي يكون الغرض الأصلي أو الثانوي منها إستغلال الأراضي الفلاحية.

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

وصدر بتونس في 24 صفر 1383 (15 جويلية 1963)

رئيس الجمهورية التونسية

الحبيب بورقيبة

العمليات العقارية

مرسوم عدد 4 لسنة 1977

مؤرخ في 21 سبتمبر 1977 يتعلق بالعمليات العقارية

(الرائد الرّسمي الصادر في 30 سبتمبر 1977)

وقعت المصادقة عليه بالقانون عدد 64 لسنة 1977

المؤرخ في 28 سبتمبر 1977

(الرائد الرّسمي الصادر في 28 أكتوبر 1977)

نحن الحبيب بورقيبة رئيس الجمهورية التونسية

بعد إطلاعنا على الفصل 31 من الدستور

وعلى الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية وعلى جميع النصوص التي نقحته أو تمّمته.

وعلى المرسوم عدد 13 لسنة 1961 المؤرخ في 8 أوت 1961 المؤرخ في 8 أوت 1961 المتعلق بالعمليات العقارية.

وباقتراح من وزير الداخلية،

أصدرنا المرسوم الآتي نصه :

الفصل 1 : أعفيت من الرخصة السابقة للعقد المسلمة من طرف الوالي العمليات المجراة بين الأشخاص التونسيين والذوات المعنوية التونسية والمنصوص عليها بالفصل الأول من الأمر المؤرخ في 04 جوان 1957 المنقح بالقانون عدد 68 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959 والقانون عدد 121 لسنة 1959 المؤرخ في 18 سبتمبر 1959 والقانون عدد 25 لسنة 1963 المؤرخ في 15 جويلية 1963 والقانون عدد 115 لسنة 1976 المؤرخ في 31 ديسمبر 1976 وبالفصل الأول من المرسوم عدد 13 لسنة 1961 المؤرخ في 8 أوت 1961 والمتعلقة بعقارات أو حقوق عقارية.

قانون عدد 38 لسنة 1992 مؤرخ في 27 أفريل 1992
يتعلّق بالعمليات العقارية

(الرّائد الرّسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 5 ماي 1992)

باسم الشعب،

وبعد موافقة مجلس النواب،

يصدر رئيس الجمهورية القانون الآتي نصّه :

فصل وحيد : تسري أحكام المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977 والمعلّق بالعمليّات العقارية والمصادق عليه بالقانون عدد 64 لسنة 1977 المؤرخ في 26 أكتوبر 1977 على العمليّات العقارية المجراة بين الأشخاص التونسيين مادّيين كانوا أو ذوات معنويّة قبل تاريخ صدوره والتي لم تصدر في شأنها أحكام أحرزت قوّة ما اتّصل به القضاء.

ينشر هذا القانون بالرّائد الرّسمي للجمهورية التونسيّة وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

تونس في 27 أفريل 1992

زين العابدين بن علي

قانون عدد 39 لسنة 1978 مؤرخ في 7 جوان 1978

يتعلّق بمنح حق الأولوية للمتسوغين في الشراء

(الرّائد الرّسمي عدد 42 بتاريخ 6و9 جوان 1978)

باســم الشعب،

نحن الحبيب بورقيبة، رئيس الجمهوريّة التّونسيّة،

بعد موافقة مجلس النّواب،

أصدرنا القانون الآتي نصّه :

الفصل 1 : ينتفع بحق الأولويّة في الشراء عند التّفويت بمقابل في المحلّ المشغول كلّ شخص طبيعي تونسي الجنسيّة شاغل عن حسن نيّة على وجه الكراء لمحلّ معدّ للسّكنى مستعمل فعليّا لهذا الغرض ولا يملك مسكنا في منطقة الولاية الكائن بها العقار.

وينتفع أيضا بحق الأولويّة في الشراء الأشخاص الطبيعيّون الّذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها أعلاه وينتفعون بحق البقاء بعقارات معدّة للسّكنى طبقا للتّشريع المعمول به دون أن تكون لهم صفة المتسوّغين.

الفصل 2 : ينسحب حق الأولويّة في الشّراء هذا وجوبا على العقار المباع وعلى ما تفرّع عنه من توابع، ويمكن أن يشمل توابع العقارات إذا بيعت التوابع، بمعزل عن أصل العقار وذلك إذا إشترى المتسوّغ أصل العقار على وجه حق الأولويّة في الشّراء.

الفصل 3 : لا يمكن ممارسة حق الأولويّة في الشراء المشار إليه بالفصل الأول من هذا القانون :

1) إذا تمّ البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الحواشي إلى الدّرجة الرابعة بدخول الغاية، أو بين الشركاء كما حدّدهم الفصل 104 من مجلة الحقوق العينيّة.

2) إذا مارس أحد الشركاء حقه في الشفعة طبقا لأحكام مجلة الحقوق العينيّة.

3) إذا تمّ بيع العقار بالمزاد العلني طبقا للتّشريع المعمول به.

الفصل 4 : يجب على مالك العقار المكري أن ينبّه على المنتفع بحقّ الأولويّة في الشراء قبل التّفويت بواسطة عدل منفذ بأنّه عليه أن يقبل شراء العقار وأن يدفع أو يؤمّن ثمنه في ظرف شهر، أو أن يتخلى عن حقه في أولويّة الشراء.

ويعدّ عدم الجواب في نفس الصيغة ونفس أجل أو عدم دفع أو تأمين الثّمن تخلّيا عن حقّ ممارسة حقّ الأولويّة في الشّراء.

الفصل 5 : في صورة بيع عمارة معدّة أساسا للسّكنى صبرة واحدة، يجب على المالك أن ينبّه قبل التّفويت بواسطة عدل منفذ على كلّ المتسوّغين وكلّ المنتفعين بحقّ البقاء في المحلّ مهما كان إستعمال المحلّ المشغول بأنّه عليهم أن يكوّنوا شركة مدنيّة تتولّى في ظرف شهرين قبول شراء كامل العقار ودفع أو تأمين ثمنه أو أن يتخلّوا عن الشراء.

وتتولّى الشّركة عندئذ ممارسة حق الأولويّة في الشّراء بشرط أن تضمّ على الأقل أغلبيّة المنتفعين بحق البقاء والمتسوّغين للمحلاّت مهما كان إستعمالها وأن يشغل هؤلاء نصف مساحة جملة هذه المحلاّت.

الفصل 6 : للمنتفع بحقّ الأولويّة في الشّراء في صورة عدم التنبيه عليه أو في صورة بيع العقار بثمن دون الثمن المصرّح به له أن يحلّ محلّ المشتري في ظرف شهر من علمه بالبيع على أن يتمّ ذلك في بحر السّتّة أشهر الموالية لتاريخ البيع على أقصى تقدير.

ولشركة المنتفعين بحقّ الأولويّة في الشراء في تلك الحالة أن تمارس هذا الحقّ في بحر السّتّة أشهر الموالية لتاريخ البيع.

الفصل 7 : للمنتفع بحق الأولويّة في الشراء أو شركة المنتفعين بهذا الحقّ في صورة نشوب نزاع أن يطلبوا من المحكمة ذات النّظر أن تصرّح بأنّهم المشترون للعقار الممنوح فيه حق الأولويّة في الشراء.

وعلى المحكمة أن تنظر مسبقا في صحّة عقود الكراء أو في حقّ البقاء بالمحلّ في تاريخ عقد البيع.

ينشر هذا القانون بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة وينفّذ كقانون من قوانين الدّولة.

وصدر بقصر قرطاج في 7 جوان 1978

رئيس الجمهوريّة التّونسيّة

الحبيب بورقيبة

مرسوم عدد 13 لسنة 1981 مؤرخ في غرّة سبتمبر 1981
يتعلّق بمنح البقاء للمتسوّغين لمحلاّت
معدّة للسّكنى على ملك الأجانب

(الرّائد الرّسمي عدد 55 بتاريخ 1و4 سبتمبر 1981)

نحن الحبيب بورقيبة رئيس الجمهوريّة التّونسيّة،

بعد إطلاعنا على الفصل 31 من الدّستور،

وعلى رأي وزير الإسكان،

أصدرنا المرسوم الآتي نصّه :

الفصل 1 : (نقح بالقانون عدد 123 لسنة 1993 المؤرّخ في 27 ديسمبر 1993) ـ تنطبق أحكام هذا المرسوم على المحلاّت المعدّة للسّكنى أو ذات الإستعمال المهني التي هي على ملك الأجانب والمبنيّة أو المكتسبة قبل غرّة جانفي 1956.

الفصل 2 : يتمتّع بحقّ البقاء قانونا وبدون تحديد للمدّة ولا القيام بأيّ إجراء كلّ شخص طبيعي أو معنوي يشغل بوجه الكراء أو عن حسن نيّة عند صدور هذا المرسوم محلاّ من المحلاّت المشار إليها بالفصل الأول وذلك بدون إعتبار لكلّ شرط وارد بالعقد مخالف لهذا المرسوم أو حكم قاض بالإخراج لإنتهاء المدّة.

الفصل 3 : (نقح بالقانون عدد 123 لسنة 1993 المؤرّخ في 27 ديسمبر 1993) ـ إذا توفي المكتري أو الشّاغل عن حسن نيّة أو ترك المحلّ المكرى فإنّ حقّ البقاء ينتقل إلى قرينه وأبنائه وفروعه وأصوله الذين يعيشون عادة معه.

الفصل 4 : (نقح بالقانون عدد 123 لسنة 1993 المؤرّخ في 27 ديسمبر 1993) ـ لا يتمتّع بحقّ البقاء :

1) المكتري أو الشّاغل عن حسن نيّة لأكثر من مسكن بإستثناء :

أ- المسكن المعتبر مقرّه الأصلي إلاّ إذا تعذّر عليه التّحصيل على نقلة تمكّنه من مساكنة قرينه.

ب- المسكن المشغول من قبل مطلقته و أبنائه.

2) المكتري أو الشّاغل عن حسن نيّة الذي يملك مسكنا كائنا بدائرة لا يتعدى شعاعها ثلاثين كيلومترا حول المحلّ المكرى ويفي بحاجياته.

الفصل 5 : وزير الإسكان مكلف بتنفيذ هذا المرسوم الذي ينشر بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة.

وصدر بقصر قرطاج في أول سبتمبر 1981

رئيس الجمهوريّة التّونسيّة

الحبيب بورقيبة

قانون عدد 61 لسنة 1983 مؤرخ في 27 جوان 1983
يتعلّق بالعقارات الّتي هي على ملك الأجانب
والمبنيّة أو المكتسبة قبل سنة 1956

(الرّائد الرّسمي عدد 48 بتاريخ أول جويلية 1983)

باسم الشعب،

نحن الحبيب بورقيبة، رئيس الجمهوريّة التّونسيّة،

بعد موافقة مجلس النّواب،

أصدرنا القانون الآتي نصّه :

الفصل 1 : تخضع العمليّات العقاريّة المتعلقة بالعقارات أو الحقوق العينيّة العقاريّة الكائنة بالبلاد التّونسيّة والتي هي على ملك الأجانب المبنيّة أو المكتسبة قبل غرّة جانفي 1956 وكذلك تسويغها والتّصرف فيها إلى الأحكام القانونيّة الجاري بها العمل وإلى أحكام هذا القانون.

الفصل 2 : يجب لصحّة العمليّات المشار إليها بالأمر المؤرّخ في 4 جوان 1957 وجميع النّصوص التي تمّمته أو نقّحته والمتعلقة بالعقارات التي يشملها الفصل الأول من هذا القانون أن يرخّص فيها مسبقا من وزير الإسكان وذلك علاوة على التّرخيص الوارد بالأمر المذكور وحسب نفس الشروط المبيّنة به.

ويتولى وزير الإسكان الإجابة على مطلب التّرخيص في أجل أقصاه 3 أشهر إبتداءا من تاريخ قبول المطلب.

وتعفى من كلّ ترخيص مسبق العمليّات العقاريّة الواردة بالفصل الأول من هذا القانون إذا كانت لفائدة الدولة أو البلديات أو مجالس الولايات أو كل مؤسسة عموميّة معيّنة لهذا الغرض من وزير الإسكان.

الفصل 2(مكرر): (أضيف بالقانون عدد 77 لسنة 1991 المؤرّخ في 2 أوت 1991)ـ لا تسند لنفس الشخص ولقرينه ولأبنائه القصّر سوى رخصة واحدة بإسم أحدهم. غير أنّه في

صورة وجود عقد كراء يرجع تاريخه لما قبل 27 جوان 1983 بإسم أحد الزوجين الّذي لم يتمتّع بالرّخصة الآنفة الذكر فإنّه يمكن منح هذا الأخير رخصة خاصة به.

الفصل 3 : (ألغي بالقانون عدد 123 لسنة 1993 المؤرّخ في 27 ديسمبر 1993).

الفصل 4 : تنسحب أحكام القانون عدد 39 لسنة 1978 المؤرّخ في 7 جوان 1978 المتعلّق بمنح حقّ الأولويّة للمتسوّغين في الشّراء بالنّسبة للمحلاّت المعدّة للسكنى على المتسوّغين أو الشّاغلين عن حسن نيّة لجميع العقارات المشار إليها بالفصل الأول من هذا القانون.

ويمدّد إلى سنة أجل الجواب عن التّنبيه المنصوص بالفصلين 4و5 من القانون المذكور.

وفي صورة عدم التّنبيه يمكنّ للمتسوّغين أو الشّاغلين عن حسن نيّة وكذلك لمن إنجرّ لهم منهم الحقّ المطالبة بفسخ البيع أمام المحكمة المختصة في أجل قدره خمس سنوات من تاريخ تسجيل العقد.

الفصل 4(مكرر) :(أضيف بالقانون عدد 77 لسنة 1991 المؤرّخ في 2 أوت 1991)ـ يمارس المتسوّغون أو الشّاغلون عن حسن نيّة للمحلاّت المعنيّة بهذا القانون حقّ الأولويّة في الشراء وذلك بصرف النّظر عن أحكام الفقرة 2 من الفصل 3 من القانون عدد 39 لسنة 1978 المؤرّخ في 7 جوان 1978 المتعلّق بمنح حقّ الأولويّة للمتسوّغين في الشّراء.

الفصل4 (ثالثا) : (أضيف بالقانون عدد 77 لسنة 1991 المؤرّخ في 2 أوت 1991)ـ يفقد المتسوّغون أو الشّاغلون عن حسن نيّة للمحلاّت المعنيّة بهذا القانون، حقّهم في أولويّة الشّراء إذا لم يتقدّموا إلى مصالح الولاية المختصة ترابيا بتصريح كتابي يذكرون فيه عنوان المحلاّت التي يشغلونها والبيانات الممكن الإدلاء بها في خصوص هذه المحلاّت أو أصحابها، وذلك في ظرف الأربعة أشهر الموالية لصدور هذا القانون.

ويتسلّم المعنيون بالأمر وصلا في البيانات المصرّح بها.

الفصل 5 : يجب أن يعهد بالتّصرف في العقارات التي يشملها الفصل الأول من هذا القانون إلى وكيل عقاري مرخّص له طبق أحكام القانون عدد 55 لسنة 1981 المؤرّخ في 23 جوان 1981 المتعلّق بتنظيم مهنة الوكيل العقاري ومتحصل على رخصة من وزير الإسكان لهذا الغرض وذلك كلّما لم يتول المالك المقيم بالبلاد التّونسيّة التّصرف فيها بنفسه.

ويجب على مالكي هذه العقارات أو وكلائهم أو المتصرفين في شؤون هذه العقارات تصرّفا فعليا أو قانونيّا أن يقوموا بتسوية وضعيتهم حسب هذا الفصل في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ نشر هذا القانون.

الفصل 6 : يجب على الوكلاء العقاريين المرخّص لهم أن يوجّهوا لوزير الإسكان في موفى كلّ ثلاثة أشهر كشفا مصحوبا بالمؤيّدات اللاّزمة يتضمّن ما يأتي :

- المحلاّت الشاغرة.
- الأكرية المستخلصة وغير المستخلصة.
- المصاريف المحمولة على المتسوّغين.

الفصل 7 : لوزير الإسكان التّصرف إمّا مباشرة أو عن طريق أيّ إدارة أو هيكل عمومي أو وكيل عقاري يختاره في العقارات المشار إليها بالفصل الأول في هذا القانون وعلى حساب المالك وتحت مسؤوليته وذلك كلّما لم يعهد المالك غير المقيم بالبلاد التّونسيّة بالتّصرف فيها لوكيل مرّخص له طبق هذا القانون وله تسويغ المحلاّت الشاغرة ولو كان التّصرف في شؤونها جاريا طبق أحكام الفصل 5 من هذا القانون.

الفصل 8 : إذا تبيّن من اللاّزم القيام بأشغال جسيمة للإصلاح أو عند الإقتضاء للتجديد فإنّه يمكن لوزير الإسكان أن يرخّص أو يأذن بإجراء هذه الأشغال مهما كان وجه التّصرف في العقار.

وتبيّن هذه الأشغال بالرخصة أو بالإذن الصّادر في إجرائها ويمكن إنجازها إمّا من المتسوّغ أو الوكيل أو الهيكل المعيّن لهذا الغرض من وزير الإسكان.

وتخصم مصاريف الأشغال المنجزة من مبالغ الكراء.

الفصل 9 : كلّ مخالفة للأحكام الفصل 2 من هذا القانون يعاقب عليها بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 5 من الأمر المشار إليه أعلاه المؤرّخ في 4 جوان 1957.

كلّ مخالفة للأحكام الفصلين 5 و6 من هذا القانون يترتّب عنها غلق الوكالة العقاريّة نهائيّا أو وقتيا ويعاقب مرتكبها بخطيّة من ثلاثمائة إلى ألف دينار وبالسجن من ستة عشر يوما إلى ستة أشهر.

ولا ينطبق الفصل 53 من المجلّة الجنائيّة على الجرائم المقرّرة بهذا الفصل.

وكلّ مخالفة لأحكام الفصل 6 ينجرّ عنها زيادة على ذلك سحب رخصة التّصرف الممنوحة من وزير الإسكان.

الفصل 10 : تنطبق أحكام هذا القانون أيضا على جميع القضايا المتعلّقة بالعقارات المبيّنة بالفصل الأول منه والتي مازالت جارية لدى المحاكم.

منشور

من الوزير الأول و وزير الداخلية و وزير الإسكان

إلى

السادة الولاة

(الرّائد الرّسمي عدد 40 بتاريخ 26 و 29 جوان 1984)

الموضوع : شأن العقارات التي هي على ملك الأجانب والمبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956.

المرجع : القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان1983.

وبعد، فقد إقتضى الفصل الثاني من القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان1983 أن تخضع جميع العمليات العقارية المتعلقة بالعقارات التي هي على ملك الأجانب والمبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956 إلى ترخيص من وزير الإسكان وذلك علاوة على الترخيص فيها من الوالي تطبيقا لأحكام الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 .

وعليه فإنه يتعيّن مستقبلا النّظر والبتّ في المطالب الموجّهة إليكم على النحو التالي :

أوّلا : في ما يخصّ الوثائق المطلوبة

يجب على طالب الترخيص الإدلاء بالوثائق التالية وذلك تدعيما لمطلب الترخيص المحرّر في 4 نظائر على المطبوعة الخاصّة لذلك والمسلّمة من الولاية :

أ – الوثائق المنصوص عليها بالمنشور عدد27 المؤرخ في 25 أفريل 1976 .

ب – شهادة من البلدية في بيان تاريخ إنتهاء الأشغال إذا كان العقار مبنيّا.

ج – شهادة من إدارة الملكية العقاريّة منصوص بها على تاريخ إكتساب البائع للعقار موضوع العمليّة المطلوب التّرخيص فيها.

ومن الملاحظ أنّ العقار يعدّ مبنيّا أو مكتسبا قبل سنة 1956 كلّما لم يدل العارض بكلتا الشهادتين السّابقتين ويخضع بالتالي لأحكام القانون عدد 1983/61 أعلاه.

د – تقرير معاينة يقوم بها عدل منفذ على نفقة الأطراف المتعاقدة في عرض البيع على الشاغل.

ثانيا : فيما يخصّ مسالك مطالب التّرخيص

– درس المطالب :

تقوم مصالح الولاية إثر استلام المطلب على النحو المبيّن سابقا بالتحرّيات اللازمة للتثبت من صحّة البيانات الواردة بالمطلب وتقوم على وجه الخصوص بالتّوجيه على عين المكان لمعاينة العقارالذي تتعلق به العمليّة المطلوب التّرخيص في إبرامها وللإتصال بشاغله لاستكمال البيانات الواردة بالنقطة (8) من المطبوعة الخاصّة بمطلب التّرخيص وفي نفس الوقت توجّه نسخة من المطلب إلى المصالح المركزية بوزارة الدّاخلية وإثر ردّها يقوم الوالي بالنّظر في الطلب فيمنح التّرخيص أو يرفضه.

– في حالة موافقة الوالي :

يتعيّن في هذه الحالة :

* التّوقيع على المطبوعة الخاصة بالتّرخيص التي ستتمّ موافاتكم بها.

* توجيه مطالب التّرخيص مصحوبة بالمطبوعة الخاصة إلى وزارة الإسكان عن طريق وزارة الداخلية.

* ترجع لكم المطالب من وزارة الإسكان عن طريق وزارة الداخليّة بموافقة وزير الإسكان أو بعدم الموافقة فإن أرجعت بالموافقة وجهتم الرخصة إلى طالبها وإن أرجعت بالرّفض أعلمتم به الطالب بواسطة مكتوب إداري مع الإحتفاظ بجميع الوثائق الأخرى في كلتا الحالتين.

– في حالة عدم موافقة الوالي :

يقتصر الأمر في هذه الحالة على إعلام طالب التّرخيص بالرّفض بواسطة مكتوب إداري دون بيان أسباب عدم الموافقة ويحتفظ في هذه الحالة بالملفات في الولاية ولا تقع إحالتها على وزير الإسكان على أن يتمّ إعلامه بواسطة مكتوب.

ثالثا : فيما يخصّ بقيّة العقارات التي هي على ملك الأجانب

أمّا بالنّسبة لمطالب التّرخيص المتعلّقة بعقارات على ملك الأجانب وقع بناؤها أو إكتسابها بعد غرّة جانفي 1956 وكذلك المطالب التي بها طرف أجنبي فإنّها توجّه مباشرة وفي نظيرين إثنين إلى وزارة الداخليّة وفقا للإجراءات العادية المعمول بها قبل صدور هذا

المنشور وعلى أن ترفق المطالب في جميع الحالات بالوثائق المشار إليها بالفقرات (أ و ج) مع تقرير إجتماعي بالنّسبة لبعض الحالات الإجتماعيّة المعيّنة ومصادقة المعتمد على هذا التقرير.

رابعا : ملاحظات مختلفة

1) تخضع مطالب التّرخيص المتعلّقة بممتلكات الأجانب والتي لم يقع البت نهائيا في شأنها إلى حدّ صدور هذا المنشور والموجودة بالولايات أو بوزارة الداخليّة لمقتضيات هذا المنشور.

2) ويلغى المنشور الصادر تحت عدد 32 المؤرّخ في 12 جوان 1982 كما وقع تنقيحه بالمنشور عدد 27 المؤرّخ في 11 ماي 1983.

تونس في 7 جوان 1984

الوزير الأول
وزير الداخليّة
محمد مزالي

وزير الإسكان
المنصف بلحاج عمر

قانون عدد 40 لسنة 2005 مؤرخ في 11 ماي 2005
يتعلق بإتمام الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية
(الرائد الرسمي عدد 38 الصادر في 13 ماي 2005)

باسم الشعب ،
و بعد موافقة مجلس النواب ،
يصدر رئيس الجمهورية القانون الآتي نصه :

فصل وحيد :
تضاف إلى الفصل 7 من الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية ، كما تم تنقيحه و إتمامه بالنصوص اللاحقة الفقرات الثانية و الثالثة و الرابعة الآتي نصها :

الفصل 7 :

فقرة ثانية : كما يعفى من الترخيص المسبق إقتناء أو تسوغ الأجانب الأراضي و المحلات المبنية بالمناطق الصناعية و الأراضي بالمناطق السياحية و ذلك لإنجاز مشاريع إقتصادية.

فقرة ثالثة : و تعتبر منطقة صناعية أو منطقة سياحية كل منطقة تم إعطاؤها الصبغة الصناعية أو السياحية طبقا للتشريع الجاري به العمل المتعلق بتهيئة المناطق الصناعية و تهيئة المناطق السياحية و التشريع الجاري به العمل المتعلق بحماية الأراضي الفلاحية و كذلك التقاسيم المهيأة التي إكتسبت صبغتها الصناعية أو السياحية في إطار أمثلة التهيئة العمرانية.

فقرة رابعة : و يعفى من الترخيص المسبق إنتقال ملكية الأراضي و المحلات المبنية بالمناطق الصناعية و كذلك الأراضي بالمناطق السياحية و المهيأة طبقا للتشريع الجاري به العمل و المترتبة عن عمليات إندماج أو تجمع أو إنقسام أو تغيير الشكل القانوني أو إحالة إلى الغير للشركات أو فروع الشركات ذات أغلبية رأس مال أجنبي من الترخيص المسبق بشرط الإبقاء على نشاطها الإقتصادي.

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية و ينفذ كقانون من قوانين الدولة.

تونس في 11 ماي 2005

زين العابدين بن علي

الجمهـورية التونسـيّة
وزارة العدل
محكمة التعقيب
عـ22775ـدد القضيّة

الحمد لله

- قرار تعقيبّ مدني-

بتاريخ : 1991.12.12 أصدر ت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المرفوع يوم 1 فيفري 1989 من الأستاذ محمد عزالدين بن عمر نيابة عن فطيمة بنت محمد السباغي ملاكة قاطنة بشارع أبي حامد الغزالي عدد 4 حي بوحسينة سوسة ضد فاطمة بنت محمد الغيم لا حرفة لها تقطن بشارع أبي خالد الغزالي عدد 115 حي بوحسينة سوسة طعنا في الحكم الإستئنافي المدني عدد 6522 الصادر عن المحكمة الإبتدائية بسوسة بوصفها محكمة إستئناف لأحكام محاكم النواحي والقاضي "بقبول الإستئناف شكلا وفي الأصل إقرار الحكم الإبتدائي وإجراء العمل وتخطئة المال المؤمن وتحميلها بالمصاريف القانونية".

وبعد الإطلاع على مذكرة الطعن والرد عليها من الأستاذ رضا بالمحرصية نيابة عن فاطمة بنت محمد الدغيم وعلى الحكم المطعون فيه وكافة الوثائق التي أوجب الفصل 185 من م م م ت تقديمها.

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والإستماع لشرح ممثليها بالجلسة وبعد المفاوضة القنونية

ـ من حيث الشكل ـ

حيث إستوفى مطلب التعقيب كافة أوضاعه وصيغه القانونية لذا فهو مقبول شكلا.

ـ من حيث الأصل ـ

حيث تفيد وقائع القضية حسبما أثبتها الحكم المطعون فيه قيام المعقب ضدها الآن بوصفها مدعي في الأصل لدى محكمة ناحية سوسة ذاكرة أنها تعاقدت مع المطلوبة المعقبة على بيع جميع منابها المتمثل في السدس على الشياع من جميع قطعتي أرض صالحتين للبناء أقيمت بها عمارة غير مكتملة البناء. وهذا المناب إنجر لها إرثا في والدها المرحوم عبد الغزير بن

عمر بن خليفة المهدوي عرف الطرابلس حسب العقد المحرر من عدلي الإشهاد بسوسة المظروف بالملف وبما أن البيع المذكور كان مخالفا لأحكام الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتمم بالمرسوم عدد 13 لسنة 1961 المؤرخ في 18 أوت 1961 والمتضمن فصله الأول أنه يجب لصحة العقود أن يرخص والي الجهة الكائن بها العقار في جميع عمليات نقل الأملاك بين الأجانب كما إقتضى فصله الثاني أن كل عقد يجب أن ينص على عدد الرخصة المسلمة من الوالي وتاريخها وإلا فإن العقد باطل ويقع الحكم بالبطلان من النابة العمومية أو من الطرفين أو من كل من يهمه الأمر ونص فصله الثالث على أنه لا يمكن تسليم الرسم للطرفين إلا بعد التحصيل على هذه الرخصة طبق الفصل الثاني وعليه فهي تطلب الحكم بإبطال عقد البيع المحرر بين الطرفين المذكور وإلغاء مفعوله.

وبعد الترافع قضت محكمة البداية لصالح الدعوى بناء على أن المدعى عليها لم تكن وقت التعاقد تحمل الجنسية التونسية وأن الشهادة المدلي بها في الغرض فضلا عن كون تاريخها لاحق لتاريخ الإنعقاد فهي صادرة عن سلطة غير مختصة وبناء على ذلك يكون تعاقدها بدون رخصة الوالي باطلا بطلانا مطلقا إستنادا لأحكام الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتمم بالمرسوم عدد 13 لسنة 1961 المؤرخ في 18 أوت 1961.

فإستأنفت المحكوم ضدها بواسطة محاميها وبعد إستيفاء الإجراءات قضت محكمة الدرجة الثانية بالحكم السالف تضمين نصه بالطالع إستنادا منها إلا أن مضمون إتفاقية الإقامة المبرمة بن تونس والجزائر بتاريخ 1966.07.26 لا يمكن بدوره أن يوهن الحكم الإبتدائي في شيء ضرورة أن مضمون الإتفاقية لم ينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية والحال أن الإتفاقية الدولية لا تكون نافذة المفعول إلا بداية من تاريخ نشرها بالرائد الرسمي إضافة إلى أن عدلي الإشهاد لم يبقيا عقد البيع موضع قضية الحال بدفتر المسودات بل ضمناه بدفتر العمل وسلما نسخة منه إلى المستأنفة في غرة مارس 1982 ولذلك فإن تمسك المستأنفة بإقرارها على الجنسية التونسية في تاريخ لاحق يكون في غير محله ضرورة أن عقد البيع باطل من أساسه ولا يمكن للإجراء اللاحق أن يصحح ذلك البطلان فتعقبته المحكوم عليها طالبة نقضه ناعية عليه :

أولا : عدم مراعاة الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان بمقولة أن المحكمة المطعون في حكمها لم تبين درجة الحكم الصادر منها و في ذلك مخالفة لأحكام الفصل 123 من م م م ت.

ثانيا : عدم إحترام قواعد الإختصاص الحكمي :

بمقولة أن الحكم الإبتدائي المقرر إستئنافيا صدر عن محكمة الناحية بسوسة وقد بتت هذه المحكمة في دعوى خارجة عن مرجع نظرها الحكمي ذلك أن دعوى الإبطال التي عرضت عليها هي دعوى غير معينة القيمة بإعتبار أن موجب الإبطال هو عدم الحصول على الترخيص الإداري عند إتمام البيع وبالتالي فإن البت في السبب القانوني الذي بنيت عليه دعوى الإبطال لا يهم العقد من حيث موضوع البيع وقيمته بل يهم شرطا خارجا عن نطاق إرادة الطرفين المتعاقدين وهو شرط رخصة الولاية الخارج عن نطاق التقييم بقيمة المبيع مما يجعل دعوى الإبطال المرتكزة عليه غير معينة القيمة.الأمر الذي يخرجها عن مرجع نظر محكمة الناحية.

ثالثا : مخالفة القانون بهضم حقوق الإنسان

بمقولة أن الطاعنة بينت صلب تقرير مستندات الإستئناف أنها لم تمكن في الطور الأول من تقديم جوابها في الأصل في خصوص دعوى الإبطال مما يحسب هضما واضحا لحقوقها في الدفاع ويحرمها والحالة تلك من درجة من درجات التقاضي وفي ذلك خرق لأحكام الفصل 14 من م م م ت موجب للبطلان على أن تمسك القرار الإستئنافي بأحكام الفصل 149 من م م م ت في غير طريقة ذلك أن درجتي التقاضي هي من باب أحكام الإجراءات الأساسية التي يترتب عن عدم إحترامها البطلان مما يوجب إرجاع القضية للطور الإبتدائي لتفادي حرمان المعقبة من درجة من درجتي التقاضي.

رابعا : الخطأ في تطبيق القانون

بمقولة أن الحكم المطعون فيه قد خرق الإتفاقية المبرمة بين الجمهورية التونسية والجمهورية الجزائرية الممضاة بالجزائر في 1963.07.26 المصادق عليها بالقانون عدد 34 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966 التي تنص خاصة بفصلها الخامس على أنه بإمكان الأشخاص من ذوي الجنسية الجزائرية كسب أملاك عقارية بالجمهورية التونسية في نفس الظروف الخاصة بالتونسيين.

ولاحظت بأنها كانت أدلت لدى الطور الثاني بصورة من الرائد الرسمي الصادر في 1966.06.3 المتعلق بالمصادقة على الإتفاقية المذكورة وقد ألحت على أن القوة القانونية ليست بوقائع مادية أو قانونية تستوجب الإثبات من المتمسك بها وفضلا على ذلك لا وجود لما يفيد أن مضمون الإتفاقية لم يقع نشره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية مدلية في النهاية بصورة من الإتفاقية المشار إليها هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المعقبة تتمسك بالقرار التعقيبي المدني

عدد 8054 الصادر عن الدوائر المجتمعة في 1983.12.23 الذي يفهم منه أن عقد البيع بالحجة العادلة الذي أبرمته وعلى فرض أنها كانت جزائرية في تاريخه لا يعتبر منحلا من داته ولا باطلا ولكن صحته تبقى معلقة على ورود رخصة الولاية وبما أنّه لا جدال فيها أن الطاعنة تونسية الجنسية على الأقل منذ 31 مارس 1983 تاريخ شهادة الجنسية المسلمة لها من السيد وزير العدل فإن عقد البيع بالحجة العادلة الذي أبرمته صار حتما معفى من رخصة الولاية منذ ذلك التاريخ وبالتالي فإن زوال الشرط التعليقي بزوال سببه يجعل العقد صحيحا ونافذا منذ تاريخ زوال هذا الشرط.

المحكمة

عن المطعن الأول :

حيث أنه من المتعارف عليه فقها وقضاء أن الأحكام تأخذ وضعها الحقيقي وتوصف بالنهائية أو الإبتدائية من ذاتها ومن القانون وترتيبا على ذلك إتجه رد هذا المطعن.

عن المطعن الثاني :

حيث تبين من الإطلاع على كتب البيع المراد إبطاله أنّ ثمن البيع يبلغ ألفي دينار و بناء عليه فإن مرجع النظر الحكمي في دعوى البطلان تتحدد بناء على القيمة المالية للعقد وترتيبا على ذلك فإن تعهد محكمة الناحية بقضية الحال لا تشوبه شائبة، إذ هو من مشمولات نظرها الحكمي وعلى هذا الأساس تعين عدم إعتماد هذا المطعن.

عن المطعن الثالث :

حيث أنه خلافا لما جاء به فقد تولى الحكم المطعون فيه مناقشة هذا الدفع والرد عليه وبرر قضاءه تبريرا سليما إسنادا إلى ما به أصل ثابت في الأوراق بقوله : "حيث أن ما تمسكت به المستأنفة من هضم حقوقها في الدفاع لدى الطور الإبتدائي مردود عليها بما تضمنه تقرير نائبها الأستاذ عز الدين بن عمر المحرر في 6 مارس 1986 الذي ناقشت فيه أصل الدعوى طالبة الحكم بعدم سماعها وتأسيسا على ذلك فإن طلبها الرامي إلى إرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى يكون في غير محله فضلا عن كون الفصل 149 من م م م ت قد إقتضى ذلك في صورة واحدة وهي صدور الحكم المستأنف في شأن دفع شكلي الشيء الذي لم يتوفر في قضية الحال." وبعد تحليل كاف وتأويل سليما للقانون وعلى هذا الأساس كان هذا الطعن واهيا وإتجه ردّه.

وحيث تأسيسا على ما تقدم يتبين أن الحكم المطعون فيه كان معللا تعليلا قانونيا سليما مستندا إلى ما له أصل ثابت في الأوراق ومؤديا للنتيجة القانونية التي إنتهى إليها، الأمر الذي يتجه معه إعتبار سندها هذا غير وجيه ومتعين الرد.

ولهاته الأسباب قررّت المحكمة قبول مطلب التّعقيب شكلا و رفضه أصلا و حجز معلوم الخطيّة المؤمن بها.

ووقع صدوره بحجرة الشورى يوم الخميس 12 ديسمبر 1991 عن الدّائرة المدنية الثانية عشرة المتركبة من رئيسها السيد علي الشفناوي وعضويه المستشارين صالح المطوي وخالد المحجوبي وحضور المدعي العام السيد عبد السلام الطريقي وبمساعدة كاتبة الجلسة الأنسة جميلة مسعود.

وحرر في تاريخه

الجمهورية التونسية

وزارة الداخلية

الولاية .....

حرر في .....

وضمن تحت عدد .....

مطلب ترخيص في عملية عقارية

تنفيذا لاحكام الامر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية حسبما تم تنقيحه أو إتمامه بالنصوص الصادرة بعده.

ولاحكام القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 المتعلق بالعقارات التي هي على ملك الاجانب والمبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956.

الرجاء الترخيص لنا في إتمام العمليات العقارية التالية :

1 - بيانات تتعلق بالمشتري

الاسم واللقب : .....

تاريخ ومكان الولادة : .....

العنوان : .....

المهنة : .....

الدخل السنوي : .....

هل له أملاك عقارية أخرى في نفس الجهة ؟ ما هي ؟ عنوانها ؟ : .....

زوج المشتري : الاسم واللقب : ..... الجنسية : .....

تاريخ ومكان الولادة : ..... المهنة : .....

2 - بيانات تتعلق بالمالك (1)

إسم المالك ولقبه : .....

تاريخ ومكان الولادة : .....

الجنسية الحالية : .....

العنوان : .....

هل هو مقيم بالبلاد التونسية نعم ☐ لا ☐ (2)

منذ أي تاريخ : .....

عدد بطاقة الاقامة وتاريخها : .....

(1) عند اشتراك في ملكية للعقار موضوع العملية المراد ابرامها يقع الادلاء بهذه البيانات بالنسبة لكل مالك على حدة.

(2) ضع علامة في المربع المناسب.

3 - شاغل العقار

سم واللقب : ..... عدد وتاريخ بطاقة التعريف : .....

ريخ الاشغال : .....

جه الاشغال : .....

عين الكراء : .....

اريخ اعلامه بالبيع : .....

ا كان جوابه : .....

عدد وتاريخ محضر عرض البيع او محضر المعاينة حسب الحالة التي عليها العقار : .....

اسم وعنوان العدل المنفذ : .....

4 - بيانات تتعلق بالعقار

العنوان : .....

النـــوع : عمارة ☐ فيلا ☐ غيرهما ☐ (1)
شقة
في هذه الحالة اذكر النوع : .....

المساحة الجملية للعقار : .....

المساحة المبنية : .....

عدد الغرف : (باستثناء المطبخ وبيت الاستحمام) : .....

حالة العقار : .....

تاريخ البناء او الاكتساب (2) : .....

عدد الرسم العقاري : .....

العملية العقارية المراد ابرامها : .....

الثمـــن : .....

(1) ضع علامة في المربع المناسب.

(2) يضاف الى هذا محضر انتهاء الاشغال بالنسبة للعقارات المبنية او شهادة ملكية تبين تاريخ الاكتساب بالنسبة للعقارات غير المبنية.

صفحة مخصصة للادارة

6 - بحث اداري

لعقار شاغر ؟ نعم ☐ لا ☐ اذا كان شاغرا : منذ : .....

يشغل العقار ؟ المالك ☐ غيره ☐

صفة : متسوغ ☐ شاغل عن حسن نية ☐

ولقب الشاغل : .....

خ ومكان الولادة : .....

سيته : .....

د افراد العائلة : .....

نة : .....

خل السنوي : .....

ريخ الاشغال : .....

ل يعتزم الشراء : نعم ☐ لا ☐

ل وقع التنبيه عليه لممارسة حق الاولوية ؟ نعم ☐ لا ☐

اذا لم يرغب في الشراء ؟ ليست له الامكانيات ☐

لاسباب أخرى ☐

ذا لم تكن له امكانيات يقع بيان حالته الاجتماعية : .....

ل له ممتلكات أخرى ؟ : .....

ل بيده عقد تسويغ ؟ : .....

رأيه في مناسبة الثمن المقترح للعقار : .....

عـــــــــدد

رأي الـوالـي	رأي وزير املاك الدولة والشؤون العقارية
.....	.....
.....	.....
.....	.....
الامضـــاء	تونس في .....
	الامضـــاء

قـائمة الـمـراجــع:

1* المراجع باللّغة العربيّة :

أ) المؤلّفات العامّة والخاصّة:

1-الحبيب الشطّي " دراسات في القانون العقاري المجموعة الأولى" دار الميزان للنشر، سوسة، جوان 1996.

2- علي كحلون "مجموعة القوانين العقارية التونسية 1885-2002" دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002.

3- عبد الله الأحمدي،"العقود الخاصة: البيع،"1997.

4- محمد الشرفي وعلي المزغني "أحكام الحقوق" دار الجنوب للنشر، تونس،1995.

5-محمّد كمال شرف الدين : "دروس في قانون الأموال" كلية الحقوق والعلوم السياسية.

6- محمّد الزين "النظريّة العامّة للإلتزامات : العقد" مطبعة الوفاء، الطبعة الثانية، تونس 1997

ب) البحوث والدراسات والتعاليق :

1- الحبيب الشطي: "ميدان رخصة الوالي" م ق ت عدد 1 لسنة 1991.
2- الطيب اللومي،"التطور التشريعي حول الأملاك العقارية للأجانب بتونس"م ق ت 1984 .
3- توفيق بوعشبة،"مبادئ القانون الإداري التونسي: التنظيم الإداري، النشاط الإداري،القضاء الإداري"، المدرسة القومية للإدارة،1995 مركز البحوث والدراسات الإدارية،تونس.
4- عبد الفتاح عمر وقيس سعيد: نصوص ووثائق سياسية تونسية (دستور 1961).
5- محمد كمال شرف الدين"جزاء غياب الرخصة الإدارية في العمليات العقارية"، م .ق.ت1990.

6- الصادق مرزوق "الوعد بالبيع ورخصة الولاية" المجلّة التونسية القانونية 1975 الجزء 1.

ج) المذكرات :

1-عبد الرحمان الحديري "رخصة الوالي في العمليات العقارية في المناطق الصناعية والسياحية" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون البيئة والتعمير كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2006-2007.

2- سنية البيّة "الأجنبي وملكيّة العقار غير الفلاحي" مذكّرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في قانون الأعمال، كليّة الحقوق والعلوم الإقتصادية بسوسة 2001 – 2002.

3- منية العايدي "أملاك الأجانب غير الفلاحية" رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، 1997 – 1998.

2* مراجع باللّغة الفرنسيّة :

A) Ouvrages généraux et spéciaux :

1- Abdallah AHMADI , « Réflexions à-propos du droit de priorité à l'achat au profit des locataire et occupants de bonne foi »R.T.D 1994.
2- Alland DENIS, « Droit international public »,P.U.F,2000.
3- André TRASBOT , « validité ou nullité des opérations immobilières entre vifs sans autorisation préfectorale »,J.C.P.,1942.
4- Jacques GHESTIN, « l'ordre public, notion à contenu variable en droit pive francais » Travaux du C.N.R.L ,Bruxelles,1984.
5- Hatem Khotrane :le sort juridique des immeubles appartenant à des Français au Maghreb RTD 1986 .
6- Henri MAZEAUD, « leçons de droit civil »,T.III,1966.

B) Mémoires et Thèses :

1-EZZeddine ARFAOUI, « l'autorisation de gouverneur dans le contrat de vente immobiliére »,mémoire pour le D.E.S droit privé,1976,Tunis.

2- Mohamed Kamel charfeddine « les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière »,thèse, Tunis, 1993

3- Rogre OTTENHOF « le droit penal et formation du contrat civil ».thése Rennes L.G.D.J 1970.

مخطط المحاضرة

المقدمة 1
الجزء الأول : عنصر التملك : 6
الفصل الأول : اضفاء شكلية الرخصة الادارية: 6
المبحث الأول : العمليات العقارية الخاضعة للترخيص: 7
الفقرة الأولى : العمليات المنصوص عليها صراحة: 7
الفقرة الثانية : عمليات افرزها الواقع: 9
المبحث الثاني : جزاء الاخلال بالترخيص: 11
الفقرة الأولى : البطلان المطلق : 11
أ-الكتائب الرسمية . 11
ب-الكتائب الخطية. 12
الفقرة الثانية : العقوبات التكميلية: 13
أ-عقوبات مدنية . 13
ب-عقوبات جزائية. 13
الفصل الثاني : ترخيص مبني ة تقديرية: 14

المبحث الأول : ترخيص مسبق: 15

الفقرة الأولى : الادارة طرف ثالث في العقد: 15

الفقرة الثانية : تراجع دور القاضي المدني: 16

المبحث الثاني : سلطة تقديرية واسعة للادارة: 17

الفقرة الأولى : حرية الادارة في اتخاذ القرار: 17

الفقرة الثانية : الرقابة القضائية على سلطة الادارة: 19

الجزء الثاني : عنصر التصرف: 21

الفصل الأول : تصرف مشروط: 21

المبحث الأول : التفويت في العقار: 21

الفقرة الأولى : رقابة ادارية مزدوجة: 21

الفقرة الثانية : سلطة تقديرية واسعة للادارة: 22

المبحث الثاني : ادارة العقار: 25

الفقرة الأولى : تكليف وكيل عقاري: 25

الفقرة الثانية: تكليف وزير املاك الدولة والشؤون العقارية: 26

الفصل الثاني : تصرف محدود 27

المبحث الأول : حق البقاء: 27

الفقرة الأولى : المنتفعون بحق البقاء: 27

الفقرة الثانية :الحرمان من حق البقاء: 29

المبحث الثاني : حق الاولوية في الشراء: 30

الفقرة الأولى : شروط قيام حق الولوية في الشراء: 30

الفقرة الثانية : ممارسة حق الاولوية في الشراء: 32

أ-الاجراءات الواجبة الاتباع من قبل المالك الاجنبي. 32

ب-الاجراءات الواجبة الاتباع من قبل المتسوغ او الشاغل عن حسن نية. 33

الملاحق

قـــائمة المراجع

الفهرس