

الهيئة الوطنية للمحامين بتونس

الفرع الجهوي بتونس



محاضرة ختم تمرين

رخصة الوالي

الأستاذ المشرف على التمرين
الأستاذ واثق المغربي

الأستاذ المحاضر
الأستاذ محمد ياسين غانمي

السنة القضائية: 2019-2020

المخطط

✓ الجزء الأول: تكريس وجوبية الحصول على رخصة الوالي

- الفصل الأول: الشروط الاصلية للحصول على رخصة الوالي
 - الفقرة الاولى: الشروط المتعلقة بالأشخاص
 - الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بالعمليات
- الفصل الثاني: الشروط الإجرائية للحصول على الرخصة
 - الفقرة الاولى: الإجراءات المحمولة على طالب الرخصة
 - الفقرة الثانية: الإجراءات المحمولة على الإدارة

✓ الجزء الثاني: جزاء الإخلال بشروط الحصول على رخصة الوالي

- الفصل الأول: الجزاء الاصيل
 - الفقرة الاولى: البطلان المطلق
 - الفقرة الثانية: الجزاء التدعيمي
- الفصل الثاني: الرقابة القضائية
 - الفقرة الاولى: الطعن بالإلغاء في قرارات اسناد الرخصة
 - الفقرة الثانية: الطعن بالإلغاء في قرارات رفض الإسناد

المقدمة

" إن أعوان السلطة الإدارية يصبحون شركاء في تكوين العقد الذي لم تعد الإرادة الخاصة كافية لإبرامه إذ لا بد أن تنضاف إليها إرادة السلطة العامة " FARJAT¹.

على هذا الأساس تكرست وجوبية الرخصة الإدارية لا فقط بالنسبة إلى تكوين العقد فحسب بل وإلتزام جميع العمليات العقارية وتبعاً لذلك تنوعت الرخص الإدارية وتعددت وهي في أغلبها ترمي إلى فرض رقابة خاصة بإعتبارها تتسلط على مجالات محددة ومعينة ومن هنا يمكن القول إنها ذات صبغة قطاعية تهم نوعاً معيناً من العمليات العقارية ومن بين هذه الرخص نذكر:

1- رخصة وزير الفلاحة و وزير أملاك الدولة .

2- ترخيص الوكالات العقارية.

3 - رخصة وزير التجهيز والإسكان.

4 - رخصة السلط الأثرية.

تضاف إليها رخصة الوالي وهي تعرف بأنها رخصة إدارية صرفة صادرة عن ممثلي السلط الإدارية الجهوية، وينحصر دور الإدارة فيها في مراقبة العمليات العقارية الخاضعة للترخيص في نطاق المحافظة على المصلحة العامة وبقطع النظر عن المصالح الخاصة للأطراف المعنية، ذلك أن الإدارة ليس من مهامها إثبات الحقوق العقارية المتعلقة بالعقار موضوع الإسترخاص لأن هذا الأمر يعد من مشمولات القضاء².

وهي مقارنة مع جميع الرخص المذكورة آنفاً، لا تحقق رقابة خاصة بل تهدف إلى تحقيق رقابة عامة وشاملة وقد حققت هذا الهدف في فترة معينة على جميع عمليات نقل الملكية³.

¹ -FARJAT : « Les agents de l'autorité publique vont se trouver comme associés à la formation du contrat aux volontés privées devra s'engager une autre , celle des pouvoirs publics »

² " الرخص الإدارية في البيوعات العقارية " مذكرة ختم تدريب بالمعهد الأعلى للقضاء - محمد بنسعيد - السنة القضائية 2002 .

³ - نفس المرجع السابق

وبالرجوع إلى مختلف التشريعات التي أوجبت الحصول على رخصة إدارية نلاحظ أن المشرع قد إلتجأ إلى إستعمال مصطلحي رخصة أو ترخيص واللذان يوحيان بضرورة أن تكون هذه الرخصة سابقة للعملية المطلوب الترخيص فيها .

فبعكس المصادقة التي لا يمكن أن تكون إلا لاحقة للفعل المصادق عليه⁴ فإن الرخصة الإدارية هي إجراء تآذن به بعض السلط مسبقا لإتمام بعض التصرفات القانونية وهي في المعنى العام وسيلة للرقابة تمكن السلط العمومية من التحكم في نظام المبادلات الإقتصادية والسيطرة عليها...

وتكتسي الرخصة الإدارية أهمية بالغة من الناحية النظرية و يمكن أن نلاحظ ذلك على مستوى الدستور التونسي فمن جهته كرس بفصله 41 حق الملكية، هذا الحق الذي عرفه الفصل 17 من مجلة الحقوق العينية بأنه الحق الذي يخول لصاحب الشيء وحده إستعماله وإستغلاله والتفويت فيه وفي ذلك تكريس لحق كل مواطن تونسي في الإمتلاك والإستغلال والإنتفاع بما يملك وكذلك تكريس لحقه في التفويت في ملكيته لمن يشاء.

وفي هذا الإطار تتدخل الإدارة لتفرض التحصيل على الرخصة الإدارية ونتيجة لذلك أصبح التفويت في الملكية ومبدأ حرية التعاقد مقيدين بهذه الشكلية التي ما فتأت تتدعم يوما بعد يوم لتصبح شكلية جوهرية بل " ركنًا خامسًا لتكوين العقد "⁵.

هكذا تم إدخال آلية الترخيص الإداري وأضيفت إلى شروط الأهلية والرضا والسبب والمحل المنصوص عليها بالفصل الثاني من مجلة الإلتزامات والعقود ليصبح الترخيص الصادر عن الإدارة " شكلية جوهرية ووجوبية" لصحة العقد لا يتكون بدونه⁶ في تعبير عن إرادة المشرع " فرض رضا السلطة الإدارية إلى جانب رضا الطرفين "⁷.

⁴- "القيود الواردة على حرية الطرفين في عقد البيع" عفاف عالشيخ ، رت - عدد32 - الفوج السادس - ملحق قضائي .

⁵- Carbonnier : les obligations, Tome II, p. 137.

⁶-- ملتقى حول الرخص الإدارية في العمليات العقارية " نظمتها الجمعية التونسية للقانون العقاري يومي الجمعة 16 - والسبت 17 نوفمبر 1990

⁷- " رخصة الوالي في عقد البيع العقاري " للأستاذ عز الدين العرفاوي.

نتيجة لكل ذلك تراجع مبدأ الرضائية ليترك المجال إلى هذه الشكلية التي ما إنفكت تتنامي وتندعم لتحد في المقابل من دور الأطراف في إنشاء العقد وتنفيذه، فالتمسك بأن العقد شريعة الطرفين لم يعد مجديا، فالواقع القانوني الجديد أصبح يفرض تعديل هذه النظرة التقليدية للعقد والتي غيرتها بصفة جدية صرامة النصوص المتعلقة بالرخص الإدارية.

وقد شهدت الرخصة الإدارية تطورا هاما يجسم إرادة المشرع مواكبة كل التطورات الاقتصادية والاجتماعية.

وتحقيقا لهذا الهدف إتجهت نيته إلى توسيع نطاق الرخصة الإدارية وخاصة رخصة الوالي تأكيدا لضرورة تدخل السلط الإدارية لتقرير مآل العلاقة التعاقدية وهذا ما يتضح من خلال المراحل التي مرت بها الرخصة الإدارية ليصبح الحصول عليها أمرا متأكدا ووجوبيا.

في هذا الإطار لا بد من الإشارة في البداية إلى أن الرخصة الإدارية ظهرت لأول مرة في عهد الحماية وذلك بصدور أمر 24 جانفي 1914 المتعلق بالمقاسم الإستعمارية، هذا الأمر الذي أخضع عمليات التفويت في هذه المقاسم إلى الترخيص المسبق من الإدارة الفرنسية لغاية منع المعمرين المستفيدين منها من التفويت فيها لمن لا تتوفر فيه مواصفات المعمر⁸.

ومع نهاية الحرب العالمية الثانية وبعد أن أبطل العمل بالترخيص الإداري في فرنسا بقانون 1940 وفي تونس سنة 1942 وقع الرجوع للعمل بنظام الترخيص الإداري بعد الإستقلال وذلك بصدور الأمر العلي عدد 1376 المؤرخ في 4 جوان 1957 وعديد النصوص اللاحقة له إعتادا على كل الظروف الاقتصادية والسياسية التي عاشتها البلاد آنذاك حيث كان لا بد من تدعيم نفوذ الدولة وتحقيق سيادتها على كامل تراب البلاد لذا أرادت السلط مراقبة إنتقال الملكية وخاصة إنتقال ملكية الأراضي الزراعية وذلك حتى يمكن إستغلال الثروة الطبيعية والمحافظة على الثروة العقارية في البلاد من تلاشيها في غير المصلحة العامة.

⁸ - " تطور رخصة الوالي في العمليات العقارية "ملتقى نظمه الجمعية التونسية للقانون العقاري يوم 23 ديسمبر 2005.

لهذه الأسباب تم فرض حق المراقبة بواسطة الولاية بحيث لا شرعية لعقد بدون تلك الرخصة القانونية⁹.

ونتيجة للتنقيحات اللاحقة لأمر 4 جوان 1957 إتضحت رغبة المشرع في توسيع نطاق الرخصة الإدارية ضمانا لنجاح السياسة العقارية التي إنتهجتها الدولة من خلال وضعها أسس نظام عام عقاري يهدف إلى الحفاظ على الرصيد العقاري للبلاد التونسية بوضع العمليات العقارية تحت رقابة السلط الإدارية.

ومع فجر الإستقلال كان الأجانب يملكون بالبلاد التونسية حوالي 900,000 هكتارا من الأراضي الخصبة ورغم ذلك فإن المشرع التونسي لم يكن موقفه من الأملاك العقارية للأجانب موقف رد فعل وطرده لأبناء المستعمر بل إحترم الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 المتمحور حول مساواة المواطن والأجنبي في حرية التملك في حدود القانون¹⁰.

لابد من الإشارة في هذا الإطار إلى أن العقارات الواقعة في ملك الأجانب كانت مقسمة إلى صنفين :

1- الصنف الأول يشمل الأراضي الفلاحية بإعتبارها تمثل النشاط الإقتصادي الأول للبلاد عقب الإستقلال.

2- الصنف الثاني يشمل العقارات المبنية وغير المبنية والتي توجد داخل المدن الكبرى.

باحصاء هذه العقارات تبين أنها تناهز 12 ألف عقارا تقع على ملك فرنسيين وبلجيكين وإيطاليين مع الملاحظ أن الفرنسيين كانوا يمتازون بـ 7800 عقارا منها 5907 عقارا معدا للتجارة والصناعة.

⁹ - " الرخص الإدارية في البيوعات العقارية" محمد بنسعيد - السنة القضائية 2002.

¹⁰ - " رخصة الوالي في العمليات العقارية ، مثال ولاية تونس " لصابر لتيتم - مذكرة لنيل شهادة الماجستير المتخصص في القانون العقاري - السنة الجامية 2002/2003

هذه الأسباب دفعت إلى بلورة الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه الأمر العلي ع-1376دد المؤرخ في 4 جوان 1957، والمتمثل في مراقبة إنتقال الملكية العقارية والحقوق العقارية المختلفة " بين الأحياء".

هكذا وبمقتضى هذا الأمر أصبحت جميع العمليات العقارية المتعلقة بالأراضي الفلاحية والأراضي غير المبينة وغير المقسمة خاضعة لرخصة الوالي.

مع الملاحظ أن هذا الأمر وقع تنقيحه في عديد المناسبات كانت الأولى سنة 1959¹¹ وذلك بمقتضى القانون عدد31 لسنة 1959 المؤرخ في 28 سبتمبر 1959، بالإضافة إلى المرسوم عدد 13 لسنة 1961 المؤرخ في 8 أوت 1961، وقد ساهم هذا المرسوم في سحب مفعول أمر 4 جوان 1957 على جميع العقارات مهما كانت صيغتها.

هذا وقد وقع تنقيح أمر 4 جوان 1957 من جديد بمقتضى القانون ع-25دد لسنة 1963 المؤرخ في 15 جويلية 1963.

بالإضافة إلى كل هذه النصوص صدر قرار عن الوزير الأكبر رئيس الحكومة مؤرخ في 5 جوان 1957 يتعلق بموجبات الرخصة أي التنصيصات الواجب توفيرها في مطلب الإسترخاص والإجراءات الخاصة لإسناد هذه الرخصة الإدارية¹².

وقد تتالت التعديلات التي تم إدخالها على أمر 1957 بصدر القانون المؤرخ في 27 جوان 1983 والقانون المؤرخ في 02 أوت 1991.... والتي يمكننا من خلال تصفحها إلى حدود صدور القانون عدد40 والمؤرخ في 11 ماي 2005 أن نلاحظ تغير موقف المشرع وتراجعه التدريجي في خصوص التمسك بالصبغة الوجوبية للحصول على رخصة الوالي ولنسجل إتجاهه الجديد نحو توسيع الإعفاء من الرخصة بالنسبة لبعض الأشخاص والعمليات العقارية

¹¹- "دراسات في القانون العقاري " الأستاذ الحبيب الشطي - ص89
¹²- نفس المرجع السابق

كل هذه التعديلات التي ساهمت في إرساء رخصة الوالي جعلت هذه الأخيرة تتأرجح بين وجوبية الحصول عليها ضمانا لصحة العقود المراد إبرامها والتضييق في مجال تدخلها مواكبة للتطورات الاقتصادية و الإجتماعية و تحقيقا لسياسة التشجيع على الإستثمار الخارجي.

فإلى أي مدى حافظت رخصة الوالي على صبغتها الوجوبية؟

للإجابة على هذا التساؤل نحاول التطرق أولا إلى تكريس وجوبية التحصيل على رخصة الوالي (الجزء الأول) ثم إلى جزاء الاخلال بشروط الحصول على رخصة الوالي (الجزء الثاني).

الجزء الأول تكريس وجوبية الحصول على رخصة الوالي

في إطار هذا الجزء نحاول التطرق إلى الشروط الاصلية للحصول على رخصة الوالي (الفصل الأول) ثم إلى الشروط الاجرائية للحصول على رخصة الوالي (الفصل الثاني).

❖ الفصل الأول الشروط الاصلية للحصول على رخصة الوالي :

تطرح مسألة الشروط الأصلية اشكالا وتعقيدا واضحا مقترنا بما طرا على امر 1957 من تنقيحات، جعلت جملة الشروط الواجب توفرها بين مد وجزر.. سواء تعلق الامر بالأشخاص الواجب توفرها فيهم (الفقرة الأولى) او الشروط الواجب ايجادها في العمليات العقارية موضوع الرخصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى: الشروط المتعلقة بالأشخاص:

يختلف الامر بين الأشخاص ذوي الجنسية التونسية والأجانب... بالنسبة للتونسيين ؛ في صيغته القديمة، نلاحظ ان الامر العلي عدد 1376 المؤرخ في جوان 1957 قد استعمل عبارة "فيما بين الأحياء"¹³، وهذه العبارة قامت دليلا على ان هذا الامر لم يميز بين التونسيين والأجانب في مطالبتهم جميعا في التحصيل على الرخصة الإدارية لإتمام العمليات العقارية الناقلة للملكية. والمقصود بالتونسيين ليس فقط الأشخاص الطبيعية وانما كذلك المعنوية. إلا ان هذه المساواة لم تعمر طويلا، خاصة وان الزام التونسي بالحصول على رخصة غير مبرر طالما ان هذه الأخيرة كان مبررها الحفاظ على سيادة الدولة واستقلالها وحماية الملكية التونسية من الأجانب. وهو لعله ما يفسر تراجع المشرع التونسي عن هذا الاعفاء. فتم اعفاء اشخاص القانون العام أي الذات المعنوية العمومية من خلال الفصل 7 من امر 1957 " تعفى بصفة صريحة من الرخصة السابقة للعقد العمليات المنصوص عليها بالفصل الأول إذا كانت لفائدة الدولة

امر علي مؤرخ في 4 جوان 1957، الملحق عدد 131

والبلديات"، وأضاف قانون عدد 121 لسنة 1959 المؤرخ في 26 سبتمبر 1959 "مجالس البلديات"، وأساس هذا الاعفاء هو القول بان الدولة والجماعات المحلية او الجهوية هي المكلفة بمراقبة انتقال الثروة العقارية، وبالتالي لا جدية ولا مصلحة في الزامها في المقابل بالحصول على ترخيص اداري. إلا ان الأستاذ الحبيب الشطي طرح الاشكال في خصوص طبيعة تلك العمليات التي تقوم بها الدولة والجماعات العمومية، خاصة من خلال عبارة "الفائدة" الواردة بالفصل المذكور هل يقصد جميع العمليات الناقلة للملكية التي تكون الدولة مشترية دون العمليات التي يكون فيها مركزها مركز الواهب او البائع؟¹⁴.. اما الاشكال الثاني هو مدى القول بهذا الاعفاء في خصوص المؤسسات العمومية للدولة إذا شارك في ملكيتها طرف أجنبي؟ وإجابة على هذا التساؤل هنالك من يقول ان عبارة "الدولة" تجمع المؤسسات الإدارية او الغير إدارية.. وان الاعفاء من رخصة وزير الإسكان مثلا شمل الدولة بجميع مؤسساتها، وبالتالي وجب القياس.. الا ان شق اخر ناهض هذه الفكرة بشدة معتبرا ان الاعفاء استثناء لا يجوز التوسع فيه.

كذلك بالنسبة لأشخاص القانون الخاص، طبيعيين او معنويون، وبصدور المرسوم عدد 4 لسنة 1977 وقع اعفاؤهم من واجب الرخصة، حيث جاء بالفصل الأول من هذا المرسوم "اعفيت من الرخصة السابقة للعقد المسلمة من طرف الوالي العمليات المجرات بين الأشخاص التونسيين والذوات المعنوية التونسية والمنصوص عليها بالفصل الأول من الامر المؤرخ في 4 جوان 1957". هكذا أصبح الامر مقتصر على العمليات التي يكون أحد أطرافها اجنبيا.

الا انه تجدر الإشارة ان الامر والمرسوم لم يتعارضا لصورة مزدوجي الجنسية ومدى اعفائهم من الرخصة عند التمسك بالجنسية التونسية سواء كانت اصلية او مكتسبة. وأمام استشكال الامر صدرت مذكرة عمل عدد 8 لسنة 2007 ورفعت اللبس معتبرة انه كلما أمكن اثبات الجنسية التونسية الا وجاز الاعفاء. وتحديد الجنسية التونسية خاضع لأحكام مجلة الجنسية بالنسبة للأشخاص العاديين، اما الأشخاص المعنويون فينطبق عليهم مرسوم عدد 14 لسنة 1961¹⁵.

وبالنسبة للأجانب؛ فالأجنبي هو الشخص الذي لا يحمل الجنسية التونسية بقطع النظر عن كونه مقيما او لا، وسواء أكان بائعا او مشتريا فقد ألزم امر 57 الأجانب بالحصول على الرخصة المسبقة في العمليات العقارية التي يكونون طرفا فيها، وحتى ان مرسوم 1977 المعفى للتونسيين لم يشمل بإعفائه الأجانب " مما جعل الترخيص وسيلة لمراقبة الأجانب المتعاقدين في

الحبيب الشطي محاضرات تطور رخصة الوالي في العمليات العقارية 23 سبتمبر 2005¹⁴
مرسوم 30 اوت 1961 المتعلق ببيان شروط مباشرة بعض أنواع النشاط التجاري وتحديدها¹⁵

تونس وخاصة مراقبة انتقال ملكية العقارات والحقوق العقارية أيا كانت¹⁶. وهو ما يتماشى مع السبب الأول الذي وضع لأجله الامر والنصوص اللاحقة له. الا ان هذا المبدأ قابلته العديد من الظروف التي حالت دون إطلاقه، ظروف عايشتها البلاد اقتصاديا وسياسيا كما سبق الإشارة إليه في مقدمة الموضوع.. فكان لابد من إيجاد بعض الاستثناءات، هذه الأخيرة جاءت بها أولا الاتفاقيات المبرمة مع الدول المغاربية وثانيا الرسائل المتبادلة مع الدول الأوروبية.

أولا: اهم هاته الاتفاقيات المغاربية نجد؛ الاتفاقية المبرمة مع ليبيا في 14 جوان 1961 والمصادق عليها سنة 1962 والاتفاقية المبرمة مع الجزائر في 1963 والمصادق عليها سنة 1966 والاتفاقية المبرمة مع المغرب في سنة 1964 والمصادق عليها سنة 1966 وكذلك والاتفاقية المبرمة مع النيجر في سنة 1966 والمصادق عليها سنة 1967.

ويبقى الامر من حيث التطبيق في حاجة الى المزيد من التدقيق لعدم التوسع في الاستثناء، فصدرت المذكرة عدد 14 لسنة 2012 والمؤرخة في 16 جويلية 2012 في خصوص المواطنين الجزائريين تنص على انه "... اتشرف بإعلامكم انه تقرر اعفاء المواطنين الجزائريين المقيمين بتونس والحاملين لبطاقة إقامة سارية المفعول من الادلاء بالرخصة... وتجدر الإشارة ان العمليات الفلاحية غير مشمولة بهذا الاجراء". اما في خصوص الليبيين، صدرت مذكرتي عمل عدد 27 و28 لسنة 2016 متضمنتان التوصية بعدم مطالبة المواطنين الليبيين برخصة الوالي شريطة التحقق من جملة من المعطيات في الملف وارادة بالمذكرة عدد 28، وامام ما طرحته هاتين المذكرتين بدورهما من اشكال على مستوى إدارة الملكية العقارية عند عملية الترسيم عوضنا بمذكرة عدد 24 لسنة 2018 التي جاء فيها انه "يجب مراعاة الشروط التالية للتمتع بهذا الاعفاء: ان تكون عملية التفويت لغير المقيمين او غير المالكين بحساب الدينار التونسي قد تمت طبق قوانين الصرف ... ان لا تكون عملية الاقتناء قد تمت على عقار اعد من الدولة في اطار مقاسم ذات طابع اجتماعي او ضمن سياسة الدولة... ان لا تقل المعاملة المطلوبة عن مبلغ 300 الف دينار تونسي او ما يعادلها ساعة الاقتناء حماية للطبقة الضعيفة..." ونصت نفس المذكرة على ضرورة المطالبة بالرخصة اذا كان التفويت مما ذكر واقعا لغير تونسي ولغير حاملي الجنسية الليبية او الجزائرية. مع الإشارة الى عدم انطباق هذه المذكرة على العقارات ذات الصبغة الفلاحية.

مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون العقاري كلية الحقوق: رخصة الوالي في العمليات العقارية مثال ولاية تونس : صابر ليتيم¹⁶
والعلوم السياسية تونس المنار 2002-2003

واساس هذه الاتفاقيات كان مبدا المعاملة بالمثل واحترامه من قبل الدول المشاركة فيها، وصادف في بعض الحالات عدم احترام هذا المبدأ فصدرت مذكرات داخلية بتعليق ذلك الاعفاء فتباينت المواقف بين اعتبار ان الاعفاء الوارد بهذه الاتفاقيات يمنح مواطني البلد المتعاقد مع تونس امتيازاً في التملك فيها بغض النظر عن مدى تمتع التونسيين بنفس هذا الامتياز في ذلك البلد وذلك نظراً لعلوية الاتفاقيات والمعاهدات على القوانين الداخلية حيث جاء في احدى حيثيات قرار لمحكمة التعقيب ان "الاتفاقيات التي تبرمها البلاد التونسية مع البلدان الأجنبية تحتل المرتبة العليا في الترتيب التفاضلي لنظام القانون الداخلي"¹⁷ .. وبين اعتبار ان مبدا المعاملة بالمثل هو مدار العمل، وانه متى وقع الاخلال به لا نفاذ لتلك الاتفاقيات ... وطرح المنشور الصادر من السيد وزير الداخلية بتاريخ 18 سبتمبر 1995 المعلق لمضمون الاتفاقيات الى الولاية مسالة الزاميته امام علويتها مما جعل الباب مفتوح امام فقه القضاء، وفي هذا الصدد حكم عقاري غير منشور جاء مناصراً للاتفاقيات وتطبيقها "ولئن تمسكت إدارة الملكية العقارية بان تطبيق الاتفاقية المذكورة يخضع لمبدا المعاملة بالمثل في بلد الطرف الثاني الذي امضى المعاهدة وقد ادلت بنسخ من مراسلات صادرة بعض السلط التي تفيد عدم تطبيق الاتفاقية المذكورة وتدعو الى مطالبة جميع الأجانب بالرخص الإدارية في معاملاتهم العقارية، فان اتفاقية الإقامة المبرمة في 1973 تبقى نافذة المفعول ما لم يقع الغاء القانون الذي صادق عليها وتبقى لها علوية على القوانين الداخلية"¹⁸.

ثانياً إضافة لدول المغرب العربي، شمل الاعفاء الجنسية الأوروبية وهم الايطاليون والفرنسيون، ولتسوية وضعية العقارات الغير فلاحية التي يملكها هؤلاء الأشخاص من جهة ولتشجيع الاستثمار من جهة أخرى عقدت تونس مع بلدانهم الاتفاقيات التالية "الاتفاقية المتعلقة بالأموال العقارية المبنية او المفتتاة قبل 1956 والاتفاقية الخاصة بالمساكن الموجودة بينزرت المبرمين بباريس في 23 فيفري 1984 المصادق عليها بمقتضى المرسوم عدد 6 لسنة 1984 والاتفاقية الخاصة الثانية بين تونس وفرنسا بتاريخ 1989 ... البروتوكولات الماليان المتعلقان ببرنامج الاعانة الفرنسية المبرمة بباريس في 24 فيفري 1984 والمصادق عليها بنفس المرسوم... أيضا الرسائل المتبادلة بين الجمهوريتين التونسية والفرنسية بتاريخ 20 أكتوبر 1997 المتعلقة بتسوية العقارات الفرنسية. كذلك الرسائل المتبادلة مع إيطاليا بتاريخ 24 جانفي 2000 المتعلقة بالتسوية النهائية لوضعية العقارات الإيطالية قبل 1956¹⁹ "كل هاته

قرار محكمة التعقيب مدني عدد 25781 صادر بتاريخ 23 ديسمبر 2003¹⁷

حكم عقاري غير منشور صادر عن المحكمة العقارية عدد 122 بتاريخ 27 جوان 1997¹⁸

الملكية العقارية في تونس: سلسلة دراسات برلمانية العدد 27 تونس 2 جوان 2010 ص 107¹⁹

الاتفاقيات أدت الى التخفيف من وطأة شكلية رخصة الوالي وذلك بإعفاء الفرنسيين والايطاليين من التحصيل عليها عند قيامهم بإحالة عقاراتهم الا انه اعفاء مشروط بان تكون العملية المجرات بيعا لا شراء ولا معاوضة وان يكون البائع فرنسيا او إيطاليا لا غير وان يتم البيع لتونسي دون غيره وان يكون العقار مكتسبا او مبنيا قبل 1956²⁰.

اما بقية الأجانب بقوا خارج دائرة الاعفاء عملا بقاعدة عدم جواز التوسع في الاستثناء بالتالي خاضعين لأمر 1957 ولخصة الوالي التي تقلص مجالها من حيث العمليات موضوعها.

الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بالعمليات:

تتجه دراسة العمليات الخاضعة للرخصة الوقوف على طبيعة الصكوك ثم طبيعة العقارات موضوع تلك الصكوك

من حيث الصكوك لئن نص الفصل الأول من امر 57 على جملة التصرفات التي تخضع الى واجب الحصول على هاته الرخصة فان التطبيق افرز عدة تصرفات أخرى سكت عنها التشريع فقال القضاء قوله في شأنها.

وحسب النص التشريعي، نجد أولا الإحالة بعوض او بعنوان مجاني بين الاحياء لكامل حقوق الملكية او الاستغلال وبالتالي اقضاء للإحالة بالميراث طالما انها لا تقع بين الاحياء وتستوجب وفاة المورث أيضا اعفى فقه القضاء عقد الوصية من الرخصة لان استحقاق الموصي له لا يكون الا بعد وفاة الموصي²¹ أيضا اعفى القضاء عقد وعد البيع من واجب الترخيص مقرا انه ليس عقد بيع وبالتالي لا ينقل الملكية وانما يرتب جملة من الالتزامات الشخصية²² .. ثانيا انشاء الانزال وحيث نص امر 57 كما وقع تنقيحه بقانون 15 جويلية 1963 على ضرورة خضوع انشاء الانزال الى رخصة الوالي الا ان الفصل 191 من مجلة الحقوق العينية بموجب قانون 12 فيفري 1965 حجر انشاء الانزال .. ثالثا المساهمة في راس مال شركة مهما كان شكلها مدنية او تجارية ومتى كانت المساهمة عند التأسيس او عند الترفيع او بمقتضى ادماج او غير ذلك ... رابعا القسمة وتشمل جميع أنواع القسمة أيا كان موضوعها من ذلك قسمة الشركات ... خامسا الاكزية لمدة تفوق عامين فبمقتضى قانون عدد 68 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959 المنقح لأمر 57 تم التخفيض في مدة التسويغ المستوجب للترخيص من 9 سنوات الى

المنشور عدد 1613 لسنة 1999 المؤرخ في 16 فيفري 1999، الصادر عن وزارة أملاك الدولة والشؤون العقارية. والمنشور²⁰ الصادر في 20 سبتمبر 2000 وكذلك المنشور الصادر في 20 سبتمبر 2004 المشترك عن وزارة الداخلية وأملاك الدولة والمالية. مرجع سابق: الحبيب الشطي²¹

قرار تعقيبي مدني عدد 10031 مؤرخ في 25 فيفري 1974 نثرية محكمة التعقيب القسم المدني ص 13²²

سنتان. وبالتالي اصبح لأقل من عامين لا يخضع لرخصة الوالي وقد وقع إقرار هذه المدة فيما بعد بمرسوم 8 اوت 1961 وقانون 15 جويلية 1963 ... سادسا تكوين الحقوق الموظفة على عقار، وتجدر الإشارة الى ان المشرع نظم حقوق الارتفاق صلب مجلة الحقوق العينية الا انه لم يشر الى ضرورة الحصول على ترخيص اداري واوكل الامر الى امر 57 ومرسوم 1961. والحقوق الارتفاقية الخاضعة لهذا الترخيص هي تلك التي يحدثها الانسان دون القانونية او الطبيعية ... سابعاً تكوين الرهن، وإخضاع هذا الأخير الى الرخصة امر منطقي طالما ان الرهن من الحقوق العينية التبعية. بداية نص الامر المذكور على وجوب الحصول على الرخصة في خصوص الرهون العقارية وكذلك الانتفاع الا ان قانون 1963 جعل هذه الرخصة مقتصرة على الرهن العقاري دون الانتفاع وذلك لإيجاد التوافق بين امر 57 وقانون 28 جانفي 1958 الذي حجر التعامل برهن الانتفاع. وفي مرحلة لاحقة تدخل قانون 31 ديسمبر 1976 لتتقيد الفصل 7 من امر 1957 ويجعله على الصيغة التالية "تعفى بصفة صريحة من الترخيص المسبق للعقد ... وكذلك توظيف الرهن العقاري لفائدة الصندوق القومي للادخار السكني" ثم بمقتضى قانون 28 ديسمبر 2001 الرهون العقارية الموظفة لفائدة مؤسسات القرض التي تمارس نشاط بالبلاد التونسية.

بمقتضى فقه القضاء، نجد قرار محكمة التعقيب اعتبرت فيه المحكمة ان الامر اخضع جل العقود الناقلة للملكية بين الاحياء لواجب الحصول على الرخصة "وبما ان عملية الشفعة ناقلة للملكية بين الاحياء بموجب عقد خاص له شروطه الخاصة فان الاحكام المشار اليها تنطبق على هذا العقد وهكذا فان عدم اقترانه بالرخصة يوجب بطلانه"²³. وفي قرار اخر اكدت انه بما ان القسمة من حالات التفويت العقاري التي تدخل في إطار الامر 57 فان الحكم المخدوش فيه يكون مستهدفا للنقض بما انه لم يقع التنصيص صلبه على حصول الرخصة. بالتالي من خلال بعض القرارات نجد محكمة التعقيب تعتبر ان هذا النوع من الدعاوى ناقل للملكية يستوجب الحصول على رخصة، وهو ما ايده مذكرة عمل لسنة 2007 المتعلقة بصعوبات تطبيق النصوص القانونية الخاضعة لرخصة الوالي معتبرة ان "جميع الصكوك بما في ذلك الاحكام القضائية واحكام التثبيت خاضعة للترخيص المسبق في العمليات العقارية" وان الاستثناء هو "عدم المطالبة بالرخصة بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحكمة العقارية في مادة التحيين او مادة الطعون التي تقتضي صراحة بتجاوز شكلية الترخيص واثارة غياب الرخصة كصعوبة تنفيذية".

قرار تعقيبي مدني عدد 8730 الصادر في 27 ماي 1973²³

اضافة الى العمليات العقارية المشار اليها سابقا, تخضع بعض العمليات المتعلقة بالمنقول الى وجوبية هذا الترخيص و هو ما نص عليه الفصل الاول من امر 1957 في فقرته الاخيرة " و تنطبق الاحكام السابقة ايضا على كل احالة للاسهم او الرقاع او لحصص الشركاء او لحصص المؤسسين او لحصص الارباح في الشركات مهما كان شكلها التي يكون الغرض الاصلي او الثانوي منها استغلال الاراضي الفلاحية " , و قد يعود هذا التنصيص الى اهمية الاوراق المالية في الدورة الاقتصادية اليوم حيث اصبحت تزاحم العقارات في اهميتها ... كذلك يعود الى اهمية العقارات الفلاحية موضوع النشاط الاصلي او الثانوي .

من حيث طبيعة العقار بمقتضى القانون عدد 4 المؤرخ في 11 ماي 2005 الذي جاء بالاعفاء من الرخصة مضيقا من النطاق الذي رسمه امر 1957 اصبح يمكن التمتع بالاعفاء اذا كانت العمليات العقارية تهم : العقارات الكائنة بالمناطق السياحية و الصناعية و ان تكون اراضي و محلات بالنسبة للمناطق الصناعية و الاراضي الغير مبنية بالنسبة للمناطق السياحية و بالتالي لا يشمل الاعفاء النزل و المطاعم و المحلات التجارية .

و يحيل الفصل 7 جديد من القانون الى القانون عدد 16 لسنة 1994 المتعلق بتهيئة المناطق الصناعية في تعريفه لهاته المناطق على انها " الفضاءات المخصصة حسب مخططات التهيئة العمرانية لتركيز نشاطات صناعية لإنتاج المواد و نشاطات الخدمات " يشترط لهذا الاعفاء الصبغة الإستثمارية للنشاط الواقع على تلك العقارات و اشترط منشور عدد 17 لسنة 2010 ان الاجنبي يجب ان يكون بائعا و مسوغا للعقار . و اساس هذا الإعفاء هو قانون الاستثمار و رغبة الدولة في تحريك عجلة الاقتصاد حيث اقر نفس المنشور ان الإعفاء " لا يهم الا العمليات التي تكون الغاية منها انجاز مشاريع اقتصادية " .

و ما خرج على نطاق هذا الإستثناء تبقى رخصة الوالي قائمة في شأنه , بالتالي تبقى العقارات المبنية في المناطق السياحية و العقارات الغير مستغلة للنشاط الاستثماري خاضعة للرخصة . اما العقارات الفلاحية فطبقا للمنشور في 23 اوت 2005 فالعمليات المتعلقة بها تبقى خاضعة للرخصة اذا كان الاجنبي بائعا لعقار فلاحي اما اذا كان مشتري فيجب استصدار امر في صبغة العقار .

بعد تحديد الشروط الواجب توفرها في الاشخاص و العمليات الخاضعة لرخصة الوالي يجب اتباع جملة من الاجراءات للحصول على هذه الرخصة .

الفصل الثاني :الشروط الاجرائية للحصول على رخصة الوالي :

الراغب في الحصول على رخصة الوالي مباشرة جملة من الإجراءات (الفقرة الأولى) حتى تباشر الإدارة دراسة الملف (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : الإجراءات المحمولة على طالب الرخصة:

اولا ايداع مطلب الاسترخاص : يقع تقديم المطلب في الحصول على رخصة الوالي لدى الدائرة الفرعية للشؤون القانونية و النزاعات و الشؤون العقارية التابعة للولاية الكائن بدائرتها العقار المعني . يقدم المطلب من طرف المتعاقد او المتعاقدين المكتسبين للعقار او الحقوق العقارية او المتسوغين او وكيل عنهم طبقا للقرار الصادر عن الوزير الأكبر المؤرخ في 5 جوان 1957 و ذلك فإن المنتفع بالعملية العقارية هو الذي يقوم بتقديم المطلب . و يجب أن يحتوي على جملة من البيانات المتعلقة بالمشتري (اسم و لقب و تاريخ الولادة و المهنة و العنوان و الدخل السنوي و املاكه العقارية و اسم و لقب و تاريخ و مكان ولادة و مهنة زوج المشتري) و البيانات المتعلقة بالمالك " الاسم و اللقب و تاريخ الولادة و مكانها و جنسيتها الحالية و العنوان و ها انه مقيم بالبلاد التونسية ام لا ؟ و تاريخ الإقامة) و البيانات المتعلقة بشاغر العقار (الاسم و اللقب و عدد و تاريخ الاشغال و معين الكراء و تاريخ اعلامه بالبيع و جوابه عدد و تاريخ محضر البيع أو محضر معاينة حالة العقار و اسم و عنوان العدل المنفذ و هذه البيانات ضمنا لحق الاولوية في الشراء) و البيانات المتعلقة بالعقار (نوعه و المساحة الجمالية و المساحات المبنية و حالته و العملية المراد ابرامها و الثمن) . اضافة الى الصفحة المخصصة للإدارة تهم البحث الإداري .

يصاحب هذا المطلب المقدم في 5 نظائر عدة وثائق متعلقة بالعملية العقارية مع الملاحظ ان هذه الوثائق لا بد ان تكون أصلية او نسخا مطابقة للأصل و ان تكون مصحوبة لأربعة نسخ :

1-مطبوعة المطلب مسلمة من الولاية في 5 نظائر يقع تعميمها بكل دقة .

2-محضر معاينة يقوم به عدل منصوص به على نوع العقار و شاغله ان كان مشغولا و الوثيقة المثبتة لهوية هذا الشاغر و جنسيته .

3-شهادة لملكية العقار حديثة العهد و نظير من الرسن العقاري .

- 4-شهادة تثبت ان العقار المعترزم التفويت فيه غير مثقل بمعاليم البلدية .
- 5-شهادة من البلدية في انتهاء الأشغال .
- 6-شهادة من البلدية و المندوبية الجهوية للتنمية الفلاحية في صيغة العقار موضوع البيع.
- 7-قرار او ترخيص البلدية للبناء فوق الارض المزمع التفويت فيها .
- 8-عقد شراء او اي وثيقة اخرى تثبت انجرار الملكية للبائع .
- 9-وعد بالبيع محرر حسب الصيغة القانونية و معرف بإمضاء المتعاقدين و في صورة وجود توكيل الادلاء به مشهود بمطابقته للأصل و مسجل بالقباضة .
- 10-الوثائق المثبتة لبراءة ذمة البائع من الاداءات الدولية اذا كان اجنبي الجنسية .
- 11-وثيقة تثبت هوية المشتري و جنسيته و حرفته و مكان عمله .
- 12-وثيقة تثبت هوية البائع و جنسيته و حرفته و عنوان اقامته .
- 13-اذا كان احد طرفي العقد شركة , فالمرغوب الادلاء بالقانون الاساسي لهاته الشركة و ما يفيد حق الامضاء بممثلها القانوني و بطاقة هويته .²⁴
- 14-نسخة من الامثلة الموقعية .
- 15-نسخ من الامثلة الهندسية ان احتوى العقار على بناءات.
- 16-نسخة من مثال التهيئة العمرانية في صورة تواجد العقار داخل حدوده.
- 17-عقد مقاسمة بالنسبة للعمليات العقارية التي تتعلق ببيع منابات تبين حدودها و مساحتها.
- 18-طابع جبائي قدره دينار واحد .

الفقرة الثانية : الاجراءات المحمولة على الادارة :

في ولاية تونس مثال تجدر الإشارة انه على المستوى التطبيقي يتم ترسيم مطالب الترخيص في دفتر من اوراق اعتيادية معد للغرض يمسك من طرف الدائرة الفرعية للشؤون القانونية و الشؤون العقارية و ذلك حسب الفصل الثالث من القرار الصادر بتاريخ 5 جوان 1957 الذي ينص على انه " يقع في كل ولاية مسك دفتر من اوراق اعتيادية ترسم فيه مطالب الرخص يوما بع يوم حسب عدد رتبي بدون بياض و بدون ان يكتب فيه بين الاسطر و تفصل كل مساء المطالب المتقدمة في الغد "

ان الادارة ملزمة بالإجابة على كل ارشادات المضمنة بالصفحة المخصصة للإدارة من خلال البحث الاداري الذي تجريه : هل ان العقار شاغر او لا ؟ و اذا كان شاغر فمنذ متى ؟ و من يشغل العقار ؟ و ماهية شاغل صفة العقار ؟ و هل انه يعتزم شراء العقار ؟ و التنبيه عليه لممارسة حق الأولوية . و ذلك حفاظا على حقوق جميع الاطراف , و اجابة عن هذه الارشادات تقوم الادارة :

-بمراسلة السيد معتمد المنطقة الكائن بها العقار موضوع المطلب: و لا نجد ما يفيد القيام بهذا الإجراء الذي يبقى شيء قانوني اداري داخلي و يكون المطلب الموجه الى المعتمد كالاتي:

" الى السيد المعتمد

الموضوع : حول طلب ارشادات

المصاحب : ما يفيد هوية المعني بالأمر

و بعد تبعا لمصدر استرخاص في اتمام عملية عقارية بإسمالقاطن مهنته و المشتري للعقار الكائن ب

الرجاء التفضل بالإذن قصد مدنا بالإرشادات الامنية للمشتري و ذلك في الاجال المستحسنة ليتسنى لنا اتمام الإجراءات " 25

و لم يشر قرار 1957 الا لإجراء البحث الإداري دون بيان مضمونه و كفيته و اجاله و مدى امكانية الطعن فيه علما وانه لا يوجد اثر لمنازعة في نتيجة هذا الإجراء و لعل الامر راجع الى عدم تعليل قرار الرفض في اسناد الرخصة المطلوبة و بالتالي عدم معرفة ما ادلى به

المعتمد من معطيات . و على كل حال يقوم ممثل عن الادارة و المعتمد التابع لدائرته العقار وذلك للثبوت من صحة معطيات الملف المقدم و خاصة حقيقة الثمن ... ذلك ان الادارة لها صلاحية التشكيك في الثمن و الزام الاطراف بتعديله بما يتناسب مع طبيعة العقار و إلا جوبه المطلب بالرفض. بالتالي التشكيك في الثمن لا يؤدي الى الرفض مباشرة بل ان عدم تعديله هو الموجب لذلك .

تجدر الاشارة انه عند اتصالنا بدائرة الشؤون العقارية بولاية نابل , و وقع اعلامنا بأن البحث الاداري يكون طريق وزارة الداخلية ...

و ايا كان صاحب هذا الدور ... " عند افادة المصلحة التابعة للولاية بالمعطيات المطلوبة يتم اعداد مذكرة في الغرض للسيد الوالي "

-اعداد مذكرة في الغرض الى السيد الوالي

و تحتوي المذكرة على كل المعلومات التي وقع الحصول عليها سواء من خلال المعطيات الواردة بالملف نفسه او المتحصل عليها بمقتضى البحث الاداري ...

و في صورة استيفاء الاجراءات و الشروط المستوجبة بالأمر 57 و النصوص اللاحقة له فإنه يقع الموافقة على الملف من طرف الوالي اثر اجتماع اللجنة المعنية في ادارة الشؤون العقارية و يتم توجيهه جدول ارسال للإدارة العامة للشؤون الجهوية التابعة لوزارة الداخلية .. و في صورة الاخلال بالإجراءات او الشروط الاصلية فإنه يقع اقرار رفض اسناد الرخصة لتبدي هذه المصلحة رأيها . و نذكر ان الولاية ملزمة بإتباع تعليمات الداخلية فيصبح بالتالي الوالي سلطة شكلية لإصدار التراخيص و يرد الجواب في اغلب الحالات من وزارة الداخلية بدفتر مختص يمسك بالولاية .

العدد	اسم البائع	اسم المشتري	موقع العقار و عدد الرسم العقاري	عدد و تاريخ الاحالة من وزارة الداخلية	الملاحظات

و في جميع الحالات , يعلم المعني بالأمر بمضمون القرار دون تعديل و دون وجود اجال
تفيد الادارة في ذلك و لعل ذلك ما يؤكد غموض البحث و هو ما قد يهدد حقوق الاطراف طالما
ان الامر متعلق بسلطة تقديرية مطلقة للإدارة و هو ما يستدعي بناء نظام رقابة متكامل .

الجزء الثاني : جزاء الاخلال بشروط الحصول على رخصة الوالي

يتمثل في وجود جزاء أصلي (الفصل الأول) وفي الرقابة القضائية (الفصل الثاني).

الفصل الأول : الجزاء الأصلي

الفقرة الأولى البطلان المطلق :

نص الفصل الثاني من أمر 4 جوان 1957 على أن " كل عقد في إجراء العمليات المشار إليها بالفصل الأول يجب أن ينص على عدد الرخصة المسلمة من الوالي وعلى تاريخها وإلا فإن العقد أو الإعلام باطلان " ويضيف هذا الفصل أنه " يقع الحكم بالبطلان بطلب من النيابة العمومية أو من الطرفين أو من كل من يهمه الأمر"26.

مع الملاحظ أنه من خلال ما جاء بالفصل الثاني بالأمر المذكور أن المشرع إعتد نظرية البطلان المطلق التي نظمت أسسها العامة الفصول 325 – 329 من مجلة الإلتزامات والعقود فلقد نص الفصل 325 م إع على أنه .

" يبطل الإلتزام من أصله في صورتين الآتيتين :

إذا خلا عن ركن من أركانه .

إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة27 "

والصورة المعينة هنا هي عدم الحصول على الرخصة أو عدم التنصيص عليها وعلى تاريخها بالعقد، وينجر عن هذا البطلان :

²⁶ - وقعت إثارة البطلان لأول مرة أمام محكمة التعقيب التي قضت بالنقض والإحالة : قرار تعقيبي عدد6475 مؤرخ في 31 ديسمبر 1961 نشرته محكمة التعقيب لسنة 1968 ص 115 .

²⁷ - " الرخص الإدارية في البيوعات العقارية " مذكرة ختم التدريب بالمعهد الأعلى للقضاء – محمد بنسعيد.

* إنعدام كل أثر للعقد سواء بين المتعاقدين أو إزاء الغير وذلك طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 325 م إ ع التي نصت على أنه ليس للإلتزام الباطل من أصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا إسترداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الإلتزام.

* إستحالة إجازة العقد (confirmation) أو التصديق عليه (Ratification) لأنه صك معدوم والعدم لا يصير وجوداً وذلك طبقاً لأحكام الفصل 329 م. إ ع الذي نص على أن إمضاء الإلتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه ، إلا أن العقد يقبل الإعادة (Refection ou reiteration) ولكن هذا يتطلب تحريره من جديد تحريراً صحيحاً مع التنصيص على الرخصة وتاريخها وإعادة إمضائه من أطر افه 28 .

ولم يخالف فقه القضاء في جملة هذا الموقف العام بل كرسه وعمل به، فقد صدرت عدة قرارات قضت ببطلان العقود الخالية من الرخصة الإدارية المستوجبة 29 .

وفي هذا الإطار أقرت محكمة التعقيب في العديد من قراراتها :

* أن عملية التفويت لا تكون صحيحة إلا اذا وقع التحصيل سلفاً على الرخصة ووقع تضمينها بالعقد وإلا فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً³⁰.

* أن العقد لا يصححه الحصول على الرخصة بعد تاريخ تحريره 31 .

* وأن حق القيام في طلب الإبطال يتمتع به كل من له مصلحة 32 .

* وأن للمحكمة إثارة البطلان من تلقاء نفسها³³ .

* وأن التصديق على العقد الباطل لا قيمة له³⁴ .

²⁸ - " تطور رخصة الوالي في العمليات العقارية " محاضرة للاستاذ الحبيب الشطي ، 23 ديسمبر 2005 .

²⁹ - " الرخصة الإدارية في البيوعات العقارية " محمد بنسعيد.

³⁰ - قرار مدني عدد 9364 بتاريخ 14 مارس 1974 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1974 - القسم المدني ج 1 ص 66.

³¹ - قرار تعقيبي مدني عدد 2370 بتاريخ 14 ديسمبر 1978 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1978 - القسم المدني ج 2 ص 190.

³² - قرار مدني عدد 4539 بتاريخ 9 فيفري 1982 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1982 - القسم المدني ج 1 ص 321.

³³ - قرار مدني عدد 6475 بتاريخ 31 ديسمبر 1968 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1968 ص 115.39

³⁴ - نفس المرجع السابق.

تأكيدا لإلتزام المحاكم بالبطلان المطلق فقد صدرت أغلب القرارات في نزاعات تتعلق برخصة الوالي المنصوص عليها بأمر 04 جوان 1957 وبصفة أدق في حالات تحرير كتابت خطية³⁵ يشملها نطاق الرخصة.

ففي تلك الحالات أقرت محكمة التعقيب في عدد وافر من القرارات أنه يجب الحصول على الرخصة الإدارية مسبقا والتنصيب عليها بالعقد وإلا فإن العقد باطل ولا يصححه الحصول على الرخصة بعد تاريخ تحريره وهو ما يميز البطلان وتبعاً لذلك الوصف فإن حق القيام يتمتع به كل من له مصلحة في فرض الجزاء وحتى من له "شبهة حق"³⁶.

كما يمكن للقاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه، مع العلم أنه وقعت إثارة البطلان لأول مرة بمناسبة تعقيب القضية عدد 50047 الصادر فيها الحكم عن محكمة الإستئناف بالكاف بتاريخ 30 جانفي 1962، وقد قضت محكمة التعقيب بالنقض مع الإحالة³⁷.

نتيجة لذلك فإن العقد الباطل بطلانا مطلقا لخلوه من الرخصة يفقد كل آثاره فلا يمكن أن نؤسس عليه مثلا دعوى شفعة³⁸، أو قسمة³⁹ كما أن التصديق على ذلك البطلان لا قيمة له⁴⁰ وفي هذا الإطار يمكن أن يطرح السؤال: هل أن البطلان يتسلط على الكتب أم على التصرف ذاته؟

الجواب عن هذا السؤال نجده في حيثية قرار صادر عن محكمة التعقيب والمؤرخ في 23 نوفمبر 1978 "حيث أن رخصة الولاية الوارد بها أمر 4 جوان 1957 لا علاقة لها بجوهر العقد وأركانها الأساسية وإنما هي شرط منفصل عنها أوجبه المشرع لصحة الكتابت اللازمة فيه وإنعدامه يؤدي إلى بطلان تلك الكتابت وبطلان الكتب يؤدي تارة إلى بطلان أصل المعاملة

³⁵ - بالنسبة للحجج العادلة تخضع لنظام خاص يكون فيها غياب الرخصة مباحا مؤقتا

³⁶ - قرار تعقيبي مدني عدد 4539 المؤرخ في 1982/02/09 - نشرية 1982 ج 1 ص 321

³⁷ - قرار تعقيبي مدني عدد 6475 المؤرخ في 1968/ 12/31 - نشرية 1968 ص 115.

³⁸ - قرار مدني إستئنافي صادر عن محكمة الإستئناف بتونس تحت عدد 32307 والمؤرخ في 1973/07/05 - مجلة

القضاء والتشريع 1974 عدد 04 ص 60

- كذلك قرار مدني إستئنافي صادر عن محكمة الإستئناف بتونس تحت عدد 32618 والمؤرخ في 1973/07/26 - مجلة

القضاء والتشريع 1974 عدد 04 ص 64 .

³⁹ - قرار تعقيبي عدد 37 والمؤرخ في 1976/10/26 - نشرية 1976 عدد 03 ص 69 .

⁴⁰ - قرار تعقيبي مدني عدد 9364 المؤرخ في 1974/03/14 - نشرية 1974 عدد 01 ص 66 .

- قرار تعقيبي عدد 9717 والمؤرخ في 1974/07/22 نشرية 1974 عدد 01 ص 141

- قرار تعقيبي مدني عدد 2370 والمؤرخ في 1978/12/14

والتعاقد إذا كان وجود الكتب لازما لوجودها وصحتها قبل التفويت في العقارات أما عقود الكراء فإنها تصح كتابة وشفاهيا فإذا إنعدم الكتب تماما فيها أو بكل سبب من الأسباب مثل موضوع قضية الحال فإنه لا شيء يمنع من الانتقال للحالة الثانية وهي حالة الكراء الشفاهي إذا كان في الإمكان إثباتها ولذا فإن محكمة الموضوع عندما إعتبرت أن العقد في حالة بطلان الكتب يكون باطلا من أصله إعتماذا منها على مقتضيات الفصل 325 تكون قد أساءت فهم وتطبيق ذلك النص واستهدف بذلك للنقض كما أساءت فهم وتطبيق النصين المستند إليهما من طرف المعقب للأسباب السالف ذكرها".

للدكتور محمد كمال شرف الدين وجهة نظر مخالفة فهو يرى أن هذا الرأي يتناقض مع مقصد المشرع المتمثل في فرض الرخصة الإدارية بصفة أمرة لا تتحمل التفرقة بين الكتب وموضوعه وباعتبار أن النصوص المتعلقة بالتراخيص الإدارية عادة ما تشتمل على عبارة "العمليات العقارية" سواء أكانت تصرفات ناقلة للملكية أو غيرها من التصرفات الهامة⁴¹ بالنسبة للوضعية القانونية للعقار.

كما أنه من شأن هذه النظرة لمدى البطلان أن تحد بصفة جدية من فاعلية النصوص التي توجب الرخصة إذ المفروض أن يشمل البطلان المطلق كل العملية طبقا للقواعد العامة المخصصة لهذا الجراء والتي تمثل ركيزة النظام القانوني للبطلان الوجوبي⁴².

نص الفصل الثاني من مجلة الإلتزامات والعقود على أركان العقد مكرسا مبدأ الرضائية بالنسبة للعقود ومن هنا أعتبر العقد شريعة الطرفين وبالتالي فإن تدخل المشرع في مجال تكوينه بصفة أمرة يعد أمرا إستثنائيا ويأتي في هذا السياق دور القاضي المدني فهو المكلف بفرض إحترام هذه النصوص الأمرة تفاديا للإخلال بالنظام العام وتتم هذه المراقبة بصفة لاحقة لتكوين العقد.

⁴¹ - إعتبرت محكمة التعقيب أن الرخصة التي نص عليها أمر 1957 هي شكلية يجب إحترامها ولو تعلق الأمر بعمل قضائي

- قرار تعقيبي مدني عدد 6440 المؤرخ في 1969/02/06 - نشرية 1969 ص 17

- قرار تعقيبي مدني عدد 130 المؤرخ في 1976/12/28 - نشرية 1976 - ج 3 - ص 199 (قسمة قضائية)

⁴² - ملتنقى حول "الرخص الإدارية في العمليات العقارية" نظمته الجمعية التونسية للقانون العقاري يومي الجمعة 16 والسبت 17 نوفمبر 1990 .

لاشك إذن أن المشرع مكن الإدارة من حق مراقبة العقود في مرحلة تكوينها مما يخول لها القيام بجزء هام من وظيفة حماية النظام العام التي يتعهد بها عادة القاضي المدني.

يبدو أن الجزاء المدني الأساسي لغياب الرخصة الإدارية لم يمنع ظهور صعوبات جدية تحد من وضوحه ومن شموليته ومن فاعليته وفي هذا الإطار يطرح السؤال عن مصير العقود الخاضعة لترخيص الوالي بعد صدور مرسوم 1977 ؟

هذا المرسوم الذي أعفى من الرخصة السابقة للعقد والمسلمة من طرف الوالي العمليات المجراة بين الأشخاص التونسيين والذوات المعنوية التونسية المنصوص عليها بأمر 1957/06/04 وبالفصل الأول من مرسوم 8 أوت 1961 ولكن هذا المرسوم لم يحسم الأمر بالنسبة للعقود التي أبرمت قبل نفاذه دون إحترام شكلية الرخصة.

هذه المسألة لا يمكن أن نجد حلا لها إلا بتطبيق القواعد المنظمة لتنازع القوانين في الزمان فهذا الأمر لا يمكن أن يطبق إلا على الوضعيات التعاقدية الجارية وبالتالي لا يمكن أن يشمل هذا الإعفاء الصادر سنة 1977 العقود التي سبقت بما أنها تكونت في ظل النص القديم الذي فرض إحترام الرخصة.

هذا ما أقرته عديد القرارات والأحكام منها القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 20 نوفمبر 1986 الذي أشار إلى أن المرسوم الصادر في 21 سبتمبر 1977 " وإن ألغى العمل بأمر 04 جوان 1957 غير أنه لم يكن له مفعول رجعي وهو لذلك لا يصحح عمليات البيع الباطلة التامة في ظل الأمر المذكور وإنما يتعلق بالعمليات الحاصلة بعد تاريخه لا غير".⁴³

الجدير بالملاحظة هو ظهور إتجاه في فقه القضاء يكرس حلا مخالفا لما سبق بيانه ويقر بنظرية التصحيح التشريعي للعقود الباطلة "باعتبار أن مرسوم 1977 تسبب في "زوال الحاجز الشكلي المانع من نفاذ العقود الناقلة للملكية العقارية إذا كانت مستوفاة لشروطها القانونية الجوهرية ولو أبرمت قبل إلغاء العمل بالرخصة الإدارية"⁴⁴.

⁴³ - نفس المرجع السابق .

⁴⁴ - قرار تعقيبي مدني عدد 9285 المؤرخ في 21 مارس 1984 - نشرية 1984 ج 1 - ص358 (نقض وإحالة)

بالإضافة إلى الإشكالية التي طرحها تطبيق مرسوم 1977 لا بد من الإشارة إلى ظاهرة التراخيص اللاحقة فقد إعتادت بعض السلطات الإدارية المؤهلة لمنح الرخصة الإستجابة لطلب تسليمها لاحقا وعادة ما تحدث هذه العملية إثر رفض إدارة الملكية العقارية ترسيم العقد المسلم لها فالولايات لا تمتنع من تسليم المتعاقد رخصة لاحقة "التسوية الوضعية" وتمكينه من ترسيم عقده , ومهما كانت التسمية المضافة على هذه الوثيقة اللاحقة فهي تقوم عمليا مقام الرخصة وتزيل الحواجز المانعة من رفض الترسيم إذ يكتفي بها حافظ الملكية العقارية.

في الواقع، هذه الظاهرة تستند إلى الرغبة في تجاوز تعطيلات لا طائل من ورائها.

لم يكتف المشرع بوضع جزاء أصلي ممتثل في بطلان العقد الخالي من الرخصة الإدارية بطلانا مطلقا بل دعمه من جهتين أخريين أو لاهما مدنية وثنائهما جزائية⁴⁵.

الفقرة الثاني : الجزاء التدعيمي :

يبدو أن رغبة المشرع تتجه نحو ضمان الفاعلية للنصوص الملزمة للرخصة الإدارية و كذلك لمحاصرة العقد الباطل والحيلولة دون تحقيق أي أثر له، كل ذلك دفع المشرع إلى فرض أنواع أخرى من الجزاء مدنيا (أ) وزجريا (ب).

أ : الجزاء المدني : عدم الإحتجاج بالعقد تجاه الغير :

تخضع العقود الناقلة للملكية العقارية لإجراءات خاصة حتى يمكن الإحتجاج بها تجاه الغير لذا وعملا بأحكام الفصل 581 من م.إ.ع يحصل الإحتجاج بتسجيل العقد بالقباضة المالية هذا بالنسبة للبيع وكذلك الشأن بالنسبة للمعاوضة (الفصل 719 م.إ.ع) وكذلك بالنسبة للكراء لأكثر من عام (الفصل 729 م.إ.ع).

أما إذا كان موضوع العقار مسجلا فالإحتجاج به تجاه الغير يكون بترسيمه بالسجل العقاري عملا بأحكام الفصلين 305 و 373 م.ح.ع.

- قرار تعقيبي مدني عدد 7696 المؤرخ في 01 فيفري 1983- نشرية 1983 ج 1 - ص 288
⁴⁵ - ملئقي حول "الرخص الإدارية في العمليات العقارية" نظمتها الجمعية التونسية للقانون العقاري يومي الجمعة 16 والسبت 17 نوفمبر 1990

مع العلم أن شكلية التسجيل تعد شكلية إشهارية كافية لوحدها إذا تعلق موضوع العقد بعقار غير مسجل وهي ضرورية وغير كافية بالنسبة للعقار المسجل بدفتر الملكية العقارية إذ يجب في هذه الصورة إحترام شكلية إشهارية ثانية ولاحقة عن التسجيل وهي ترسيم العقد بالدفتر المذكور⁴⁶.

وقد منع أمر 4 جوان 1957 حصول هذا التسجيل وهذا الترسيم وبالتالي حصول هذا الإحتجاج بالعقد على الغير في صورة غياب التنصيص على الرخصة، إذ ورد بفصله الثاني أنه إذا لم يقع التنصيص على الرخصة وتاريخها فإنه لا يمكن إجراء عملية التسجيل أو الترسيم بالدفتر العقاري.

في الواقع، يمكن أن يثير التنصيص الصريح على إستحالة التسجيل والترسيم التساؤل التالي: ألا يمثل البطلان جزاءا كافيا للقضاء على كل أثر قانوني للعقد الخالي من الرخصة ؟

لا شك أن العقد الباطل يفقد من الناحية النظرية كل قيمة قانونية له مهما كان نوع البطلان وبصفة رجعية لكن يجب في كل الحالات التصريح القضائي بالبطلان ومن هنا تتضح فائدة التنصيص على منع التسجيل والترسيم، فالأمر الصادر لقاibus العقود ولحافظ الملكية العقارية يهدف إلى منع إستعمال أي عقد خالي من الرخصة اللازمة لم تتح فرصة التصريح ببطلانه قضائيا.

هذا الأمر يدفعنا إلى القول إن المشرع إستنجد بالإدارة لفرض مراقبة النظام العام في المادة التعاقدية ولمنع الأطراف من التفصي من الجزاء القضائي الأصلي وهو البطلان ، وهذاما يبرر الصبغة التدعيمية والتكميلية للجزاء الإداري اللاحق لتكوين العقد .

في هذا الإطار لابد من الإشارة إلى وجود ثغرات على المستوى العملي : فمنع التسجيل والترسيم يفترض تمتع السلطة الإدارية المكلفة بتنفيذ هذا الجزاء بأهلية تحول لها مراقبة صحة الوثائق المقدمة لها.

⁴⁶- نفس المرجع السابق

في الواقع ، ما يمكن أن نلاحظه هو أن هذه الأهلية مفقودة لدى قباض العقود الذين لا يحق لهم النظر في صحة العقود المراد تسجيلها وعلى العكس فإن مجلة الحقوق العينية كرسّت بدون أي إلتباس مبدأ الشرعية الذي يفرض على حافظ الملكية العقارية واجب المراقبة الأولية لكل الوثائق المقدمة للتسجيل وتبعاً لهذه المبادئ يسهل القول بأن قباض التسجيل مؤهل للقيام بمراقبة شكلية العقود في حين يتحمل حافظ الملكية العقارية عبء إجراء مراقبة تمس أصل الحق وصحة الصك المراد ترسيمه ، فالمفروض أن تتكفل إدارة الملكية العقارية وحدها بتسليم الرخصة الإدارية المصاحبة للعقد وتباشر مراقبة تطابقها مع البيانات الواردة بسجل الملكية العقارية ، لكن يبدو حسب جريان العمل أن هذه الإدارة "تنازلت" عن هذا الدور لفائدة قباض التسجيل.

عملياً يمكن أن يتسبب هذا الترتيب في حدوث ثغرة خطيرة في نظام الجزاء المنجر عن غياب الرخصة الإدارية إذ قد يكتفي قباض التسجيل بتنصيب غير دقيق على رخصة غير مناسبة فالنظر في صحة العقود خارج عن مشمولاته وهذه المخاطر تفرض تكفل إدارة الملكية العقارية بتسليم الرخصة وبالتثبت في جدية وصحة التنصيصات الواردة بالعقود المقدمة تفادياً لتلاشي الجزاء التدعيمي المدني الذي أقره المشرع وكشفاً عن الجرائم الخاصة التي تترتب عن غياب بعض الرخص الإدارية.⁴⁷

بالإضافة إلى هذه الوجهة المدنية ، للجزاء التدعيمي وجهة جزائية تتمثل في العقوبات الجزائية.

ب: العقوبات الجزائية :

يتمثل الهدف الأساسي الذي ترمي إلى تحقيقه العقوبات الجزائية في منع حدوث جريمة أوردتها إن ارتكبت كما تهدف هذه العقوبات أحياناً إلى تدعيم جزاء مدني معين .

وتدعيماً للجزاء المدني الأصلي وهو جزاء البطلان المطلق للعقد إذا خلا من الرخصة الإدارية ، أورد أمر 4 جوان 1957 في فصله الخامس جريمتين :

⁴⁷ - ملقّى حول "الرخص الإدارية في العمليات العقارية" نظّمته الجمعية التونسية للقانون العقاري يومي الجمعة 16 والسبت 17 نوفمبر 1990

* الأولى تتمثل في إبرام عقد من العقود التي تستوجب رخصة الوالي بدون الحصول على هذه الرخصة، والعقوبة في هذه الحالة هي خطية⁴⁸ تسلط على كل طرف في العقد وكل شخص شارك فيه أو سهل إتمامه.

* والثانية تتمثل في التحصل على الرخصة بواسطة إعلام غير صحيح أو بتدخل شخص من الأشخاص أو بواسطة أية حيلة كانت والعقوبة في هذه الحالة هي السجن من شهر إلى عام إضافة إلى الخطية.

هاتين الجريمتين المنصوص عليهما في أمر 4 جوان 1957 تنطبقان أيضا على رخصة وزير الإسكان عملا بأحكام الفصل التاسع من قانون 27 جوان 1983 الذي نص على أن كل مخالفة لأحكام الفصل 2 من هذا القانون يعاقب عليها بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 5 من أمر 4 جوان 1957.⁴⁹

إنطلاقا من كل ما سبق ذكره تتأكد الصبغة الوجوبية لرخصة الوالي التي وضع المشرع نظاما إجرائيا دقيقا للحصول عليها والذي يبرر ضرورة التحصيل على هذه الرخصة.

الفصل الثاني : الرقابة القضائية :

هناك شروط لا بد من توفرها لذلك نتطرق إلى شروط الطعن بالإلغاء في قرارات اسناد الرخصة (الفقرة الأولى) و شروط الطعن بالإلغاء في قرارات رفض الاسناد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الطعن بالإلغاء في قرارات اسناد الرخصة:

وجوب توفر المصلحة ينص عليه الفصل السادس من قانون 1972 كمايلي " يقبل القيام بدعوى تجاوز السلطة من طرف كل من يثبت أن له مصلحة مادية كانت أو معنوية في إلغاء مقرر إداري ما " .

⁴⁸- هذه الخطية حددها الفصل الخامس المذكور في فقرته الأولى بمبلغ 24.000 فرنك (مليم) إلى 240.000 فرنك (مليم)
- ⁴⁹ - " تطور رخصة الوالي في العمليات العقارية " محاضرة للاستاذ الحبيب الشطي - 23 ديسمبر 2005.

وبما أن المدعي في هذا الإطار لا يمكن أن يكون أحد أطراف العملية العقارية موضوع الرخصة فإنه في أغلب الأحيان يكون إما شاغل العقار موضوع مطلب الإسترخاص في العملية العقارية أو من له حق الأولوية في شراء العقار، بإعتبار أن الأطراف المتعاقدة يمكن أن تتغافل عن إعلام المتمتع بحق الأولوية في الشراء بالبيع للحصول على الترخيص المسبق لإتمام العملية العقارية⁵⁰.

وبالتالي فإن المدعي في هذه الحالة يمكن له أن يتمسك بأنه متسوع أو شاغل للعقار عن حسن نية وأنه يتمتع بحق الأولوية في الشراء المنصوص عليه بالقانون عـ39 دد سنة 1978 المؤرخ في 7 جوان 1978 والقانون عـ61 دد لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 والمتعلق بالعقارات التي هي على ملك الأجانب والمبينة أو المكتسبة قبل سنة 1956 إذ يشترط القانون المتعلق بهذا الحق أن يكون المستفيد شاغلا للمحل.

وعلى المدعي إثبات أن إتمام العملية العقارية موضوع الترخيص قد سبب له أضرار اكي يصبح مطلبه لإلغاء الرخصة مشروعا.

مثال: قرار صادر عن المحكمة الإدارية في القضية عـ14453 دد بتاريخ 25 جوان 1999.

في هذه القضية تقدم المدعي بعريضة الدعوى طاعنا بالإلغاء في القرار الصادر عن والي تونس ووزير أملاك الدولة والشؤون العقارية.

المحكمة الإدارية قضت في هذه القضية بقبول الدعوى شكلا وفي الأصل بإلغاء القرار المطعون فيه إستنادا إلى كون ولاية تونس بإسنادها الرخصة الإدارية لفائدة المتداخلة لشراء كامل العقار موضوع النزاع تكون قد خرقت أحكام القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 .

⁵⁰ - "رخصة الوالي في العمليات العقارية ، مثال ولاية تونس " لصابر لتيم - مذكرة لنيل شهادة الماجستير المتخصص في القانون العقاري - السنة الجامية 2002/2003 .

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مجال إسناد الرخصة اللازمة لإتمام العمليات العقارية لذا فإنه يصعب إثبات خطأ من جانب الإدارة على خلاف الطعن بالإلغاء في قرار إسناد الرخصة وعادة ما ترفض الإدارة إسناد الرخصة إستنادا إلى كون الثمن المنصوص عليه صلب مطالب الترخيص غير مناسب لإتمام العملية العقارية وبالتالي لا يجوز إسناد الرخصة .

كما يمكن أن ترفض الإدارة الترخيص على أساس وجود غموض في وضعية أحد المتعاقدين أو العقار موضوع الترخيص أو على أساس أن إتمام العملية العقارية يخل بالنظام العام أو لا يتفق مع تحقيق المصلحة العامة.

وفي هذه الحالات يمكن لمن له المصلحة في تقديم دعوى وهو عادة المنتفع بالترخيص أن يطعن في القرار الرفض لإسناد الرخصة الإدارية أمام المحكمة عن طريق دعوى تجاوز السلطة ويستند في تقديم الدعوى على مسألة خرق قاعدة قانونية أو الإنحراف بالسلطة.

مثال : قرار صادر عن المحكمة الإدارية في القضية ع—15464—دد بتاريخ 29 مارس 2000 حيث طلب المدعي في هذه القضية الحكم بإلغاء القرار الصادر عن الوالي والرفض إسناده الرخصة، وإستند في ذلك إلى خرق مبدأ المساواة "ذلك أنه تم الترخيص لأشخاص آخرين في إقتناء قطع من ذات المقسم الذي يروم هو شراء جزء منه في حين أن الجهة المدعى عليها رفضت ذلك بالنسبة له رغم وجوده في نفس وضعيتهم القانونية".

رأت المحكمة الإدارية أنه "طالما لم تثبت الإدارة أن وضعية المدعي كانت تختلف عن وضعية غيره ممن تحصلوا على الترخيص والذين تولى الإدلاء بأسمائهم فإن ما تمسك به من خرقها لمبدأ المساواة يكون ثابتا في ظل غياب ما يفيد خلافه الأمر الذي يغدو معه القرار المنتقد حريا بالإلغاء"

إذن صدر الحكم في هذه القضية بقبول الدعوى شكلا وفي الأصل بإلغاء القرار المطعون

فيه.

ما يمكن أن نستنتجه هو أن القاضي الإداري يعمد إلى إلغاء المقررات الإدارية الراضية للترخيص والصادرة عن الوالي إذا لم تكن مطابقة للقانون أو عندما تنطوي على هضم لحقوق منظوري الإدارة خاصة حق الأولوية في الشراء، في هذا السياق يمكن أن نذكر موقف المحكمة الإدارية في إطار القضية عدد 1351 الصادر فيها الحكم بتاريخ 3 نوفمبر 1989 الذي أقرت فيه بأن "إعطاء ترخيص دون التيقن من ممارسة حق الأولوية يعتبر في حد ذاته مخالفة للقانون ولا حاجة للنظر في المطاعن الأخرى".

بالإضافة إلى كل ما سبق ذكره فقد وقعت إثارة مطعن مأخوذ من عدم إجراء بحث إداري قبل إسناد الترخيص المطعون فيه وعليه يمكن أن نتبين موقف المحكمة الإدارية من السلطة التقديرية للإدارة إذ ورد في القضية عدد 14582 الصادر فيها الحكم بتاريخ 29 مارس 2000 أنه "ولئن كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مجال إسناد الرخص للعمليات العقارية الوارد ذكرها فإنها في المقابل تبقى خاضعة لضوابط يتعين عليها إحترامها كدراسة معطيات كل ملف معروض على أنظارها بصفة منفردة وفعلية ولا يمكنها بالتالي أن تتخذ قراراتها بالإستناد إلى أسباب عامة لا تراعي خصوصية كل طلب ". وفي هذا تأكيد على أن السلطة التي تتمتع بها الإدارة لا يمكن أن تمارس "على هامش القانون" بل هي حرية تمارس في نطاق القانون وفي حدود القانون⁵¹.

الفقرة الثانية: الطعن بالإلغاء في قرارات رفض إسناد الرخصة :

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مجال إسناد الرخصة اللازمة لإتمام العمليات العقارية لذا فإنه يصعب إثبات خطأ من جانب الإدارة على خلاف الطعن بالإلغاء في قرار إسناد الرخصة وعادة ما ترفض الإدارة إسناد الرخصة استنادا إلى كون الثمن المنصوص عليه صلب مطالب الترخيص غير مناسب لإتمام العملية العقارية وبالتالي لا يجوز إسناد الرخصة .

⁵¹- "الرخص الإدارية في العمليات العقارية" ملتقى نظمه الجمعية التونسية للقانون العقاري يومي الجمعة 16 والسبت 17 نوفمبر

كما يمكن أن ترفض الإدارة الترخيص على أساس وجود غموض في وضعية أحد المتعاقدين أو العقار موضوع الترخيص أو على أساس أن إتمام العملية العقارية يخل بالنظام العام أو لا يتفق مع تحقيق المصلحة العامة.

وفي هذه الحالات يمكن لمن له المصلحة في تقديم دعوى وهو عادة المنتفع بالترخيص، أن يطعن في القرار الرفض لإسناد الرخصة الإدارية أمام المحكمة عن طريق دعوى تجاوز السلطة ويستند في تقديم الدعوى على مسألة خرق قاعدة قانونية أو الانحراف بالسلطة.

مثال : قرار صادر عن المحكمة الإدارية في القضية عـ15464—دد بتاريخ 29 مارس 2000 حيث طلب المدعي في هذه القضية الحكم بإلغاء القرار الصادر عن الوالي والرفض إسناده الرخصة، وإستند في ذلك إلى خرق مبدأ المساواة "ذلك أنه تم الترخيص لأشخاص آخرين في اقتناء قطع من ذات المقسم الذي يروم هو شراء جزء منه في حين أن الجهة المدعى عليها رفضت ذلك بالنسبة له رغم وجوده في نفس وضعيتهم القانونية". رأت المحكمة الإدارية أنه "طالما لم تثبت الإدارة أن وضعية المدعي كانت تختلف عن وضعية غيره ممن تحصلوا على الترخيص والذين تولى الإدلاء بأسمائهم فإن ما تمسك به من خرقها لمبدأ المساواة يكون ثابتا في ظل غياب ما يفيد خلافه الأمر الذي يغدو معه القرار المنتقد حريا بالإلغاء"

ما يمكن أن نستنتجه هو أن القاضي الإداري يعمد إلى إلغاء المقررات الإدارية الراضية للترخيص والصادرة عن الوالي إذا لم تكن مطابقة للقانون أو عندما تنطوي على هضم لحقوق منظوري الإدارة خاصة حق الأولوية في الشراء، في هذا السياق يمكن أن نذكر موقف المحكمة الإدارية في إطار القضية عدد 1351 الصادر فيها الحكم بتاريخ 3 نوفمبر 1989 الذي أقرت فيه بأن "إعطاء ترخيص دون التيقن من ممارسة حق الأولوية يعتبر في حد ذاته مخالفة للقانون ولا حاجة للنظر في المطاعن الأخرى". بالإضافة إلى كل ما سبق ذكره فقد وقعت إثارة مطعن مأخوذ من عدم إجراء بحث إداري قبل إسناد الترخيص المطعون فيه وعليه يمكن أن نتبين موقف المحكمة الإدارية من السلطة التقديرية للإدارة إذ ورد في القضية عدد 14582 الصادر فيها الحكم بتاريخ 29 مارس 2000 أنه "ولئن كانت الإدارة تتمتع

بسلطة تقديرية في مجال إسناد الرخص للعمليات العقارية الوارد ذكرها فإنها في المقابل تبقى خاضعة لضوابط يتعين عليها إحترامها كدراسة معطيات كل ملف معروض على أنظارها بصفة منفردة وفعلية ولا يمكنها بالتالي أن تتخذ قراراتها بالإستناد إلى أسباب عامة لا تراعي خصوصية كل طلب ". وفي هذا تأكيد على أن السلطة التي تتمتع بها الإدارة لا يمكن أن تمارس " على هامش القانون " بل هي حرية تمارس في نطاق القانون وفي حدود القانون⁵² .

⁵² "الرخص الإدارية في العمليات العقارية " ملتقى نظمه الجمعية التونسية للقانون العقاري يومي الجمعة 16 والسبت 17 نوفمبر

الخاتمة

لا شك أن الرخصة الإدارية تجسم تدخل الدولة في المجالين الإقتصادي والإجتماعي وهي تمثل كذلك وسيلة للمحافظة على النظام العام، بإعتبارها تفسح المجال للإدارة كي تتدخل بصفة فعلية في ميدان العقود الناقلة للملكية.

ولكن مما لا شك فيه أيضا أن إدخال آلية الترخيص الإداري وفرض هذه الشكلية لإتمام بعض العمليات العقارية من شأنه أن يعقد إتمام التصرفات القانونية بالنظر إلى ما قد ينشأ عن الحصول على الرخصة الإدارية من بطء في إنجاز العمليات العقارية المطلوبة وعرقلة لمصالح الأشخاص وبالنظر أيضا إلى اشتراط الاستظهار بوعد البيع للحصول على رخصة الوالي وهذا في الواقع لا يبدو أمرا محبذا خاصة بالنسبة للأجانب باعتبار أن الحصول على رخصة الوالي يبقى رهين عديد العوامل وخاصة منها السلطة التقديرية للإدارة في إسناد الرخصة أو رفض إسنادها.

كل هذا لا ينفي أهمية التنقيح الذي جاء به قانون 11 ماي 2005 والذي يعكس إرادة المشرع تقليص هذه العراقيل الإدارية تشجيعا على التنفتح الإقتصادي وعلى الإستثمار الخارجي.

ولكن هذا الإعفاء لم يمنع تواصل المطالبة بهذه الرخصة لاسيما بالنسبة إلى العمليات التي يكون أحد أطرافها أجنبيا والتي يكون موضوعها عقارات معدة للسكنى وكذلك العقارات المعدة للتجارة خاصة إذا علمنا أن بعض المحاكم كالمحكمة العقارية مازالت تطالب بالإدلاء بما يفيد الحصول على هذه الرخصة ، مما يدفعنا إلى القول إن طبيعة العلاقة بين المواطن والإدارة لم ترتقي بعد إلى حد أن يصبح المبدأ هو الترخيص والاستثناء هو التحجير.

المراجع

-FARJAT : « Les agents de l'autorité publique vont se trouver comme associés à la formation du contrat aux volontés privées devra s'engager une autre , celle des pouvoirs publics »

- رخصة الوالي في عقد البيع العقاري " للأستاذ عز الدين العرفاوي.
- القيود الواردة على حرية الطرفين في عقد البيع " عفاف بالشيخ
- رخصة الوالي " الاستاذة ايمان البهلول
- دراسات في القانون العقاري " الأستاذ الحبيب الشطي
- الرخصة الإدارية في البيوعات العقارية " محمد بنسعيد
- تطور رخصة الوالي في العمليات العقارية لحبيب الشطي
- جزاء غياب الرخصة الادارية في العمليات العقارية الاستاذ كمال شرف الدين
- تطور رخصة الوالي في العمليات العقارية "ملتقى نظمه الجمعية التونسية للقانون العقاري
- الرخص الإدارية في العمليات العقارية " ملتقى نظمه الجمعية التونسية للقانون العقاري
- "رخصة الوالي في العمليات العقارية ، مثال ولاية تونس " لصابر لتيم
- الملكية العقارية في تونس: سلسلة دراسات برلمانية العدد 27 تونس 2 جوان 2010 ص 107

الفهرس

1.....	المقدمة
6.....	الجزء الأول: تكريس وجوبية الحصول على رخصة الوالي
6.....	الفصل الأول: الشروط الاصلية للحصول على رخصة الوالي
6.....	الفقرة الأولى: الشروط المتعلقة بالأشخاص
10.....	الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بالعمليات
13.....	الفصل الثاني: الشروط الإجرائية للحصول على الرخصة
13.....	الفقرة الأولى: الإجراءات المحمولة على طالب الرخصة
15.....	الفقرة الثانية: الإجراءات المحمولة على الإدارة
17.....	الجزء الثاني: جزاء الإخلال بشروط الحصول على رخصة الوالي
17.....	الفصل الأول: الجزاء الاصيلي
17.....	الفقرة الأولى: البطلان المطلق
23.....	الفقرة الثانية: الجزاء التدعيمي
26.....	الفصل الثاني: الرقابة القضائية
26.....	الفقرة الأولى: الطعن بالإلغاء في قرارات اسناد الرخصة
29.....	الفقرة الثانية: الطعن بالإلغاء في قرارات رفض الإسناد
32.....	الخاتمة
33.....	المراجع
34.....	الفهرس

موجبات الرخصة الإدارية في العمليات العقارية

الوثائق المكونة لمطلب الاسترخاص :

1. المطلب في خمس نظائر مرفوقا بالوثائق التالية:
2. محضر في المعاينة وعرض البيع
3. شهادة ملكية
4. الوثائق المثبتة لبراءة ذمة البائعين من الأداءات الدولية
5. شهادة في براءة ذمة العقار من المعاليم لبلدية
6. وعد البيع
7. نسخة من التوكيل عند الاقتضاء
8. الوثائق المثبتة لهوية أطراف التعاقد
9. شهادة من البلدية في انتهاء الأشغال
10. نظير من مثال الرسم العقاري
11. نظير من مثال هندسي للبناء
12. عقد الشراء أو أية وثيقة أخرى تثبت انجرار ملكية العقار للبائع (حجة وفاة - ضبط مخلف - تمحيص فريضة - عقد قسمة.....).
13. رخصة الوالي التي تحصل بمقتضاها البائع (إذا كان أجنبيا) على الموافقة زمن اقتنائه للعقار موضوع الوعد بالبيع.
14. شهادة في صبغة الأرض المقام عليها العقار المراد التقويت فيه.

بالنسبة لمطالب الترخيص المتعلقة بالذوات المعنوية يقع إضافة المعطيات التالية:

1. القانون الأساسي للشركة بائعة أو مشتريّة مع قائمة المؤسسين لها.
2. جنسية الشركة ووكلائها.
3. الوثائق المثبتة لهوية الوكيل أو الوكلاء مع ما يفيد تعيينهم ممثلين قانونيين للشركة أو الشركات المعنية (محاضر الجلسات ونسخ من الرائد الرسمي).
4. الغاية من وراء اقتناء الشركة للعقار موضوع الوعد بالبيع.

ملاحظة:

هذه الوثائق تكون أصلية أو نسخ مطابقة للأصل مصحوبة بـ4 نسخ.

مطلب ترخيص في عملية عقارية

الولاية

حرر في

وضمن تحت عدد

تنفيذا لاحكام الامر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية حسبما تم تنقيحه او 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 : الجنسية
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 الإقامة وتاريخها :

3 - شاغل العقار

الاسم واللقب : عدد وتاريخ بطاقة التعريف :

تاريخ الاشغال :

وجه الاشغال :

معين الكراء :

تاريخ اعلامه بالبيع :

ما كان جوابه :

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

اسم وعنوان العدل المنفذ :

4 - بيانات تتعلق بالعقار

العنوان :

النوع : 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 :

التسن :

5 - العارض (المشتري او البائع)

اني المضي اسفله هذا :

الاسم واللقب :

العنوان :

أصرح بأن جميع الارشادات المدلى بها صحيحة وانني على علم بأنه يترتب عن كل خطأ أو نقص في الارشادات المدلى بها الغاء هذا المطلب كما أعلم ان هذه الرخصة لا تعفي الاطراف المتعاقدة من القيام بجميع الاجراءات الاخرى التي تتطلبها القوانين السارية المفعول خاصة منها الترتيبات المالية مع البنك المركزي.

في

الامضاء

(كتابة اسم ولقب صاحب الامضاء)

ملاحظات :

أ - هاته المطبوعة صالحة لجميع اصناف العمليات العقارية التي بها طرف اجنبي.

ب - يجب ان يكون هذا المطلب مرفوقا بالوثائق التالية :

1 المطلب في خمسة نظائر - 2 محضر في المعاينة وعرض البيع - 3 شهادة ملكية 4 الوثائق المثبتة لبراءة ذمة البائعين من الاداءات

الدولية - 5 شهادة في براءة ذمة القطار من المعاليم البلدية - 6 وعد بالبيع - 7 نسخة من التوكيل عند الاقتضاء - 8 الوثائق المثبتة

لهمة اذ اف التعاقد - 9 شهادة من البلدية في حالة البيع

6 - بحث اداري

هل العقار شاغر؟ نعم لا اذا كان شاغرا، منذ :

من يشغل العقار؟ المالك غيره

بأية صفة : متسوغ شاغل عن حسن نية

إسم ولقب الشاغل :

تاريخ ومكان الولادة :

جنسيته :

عدد أفراد العائلة :

المهنة :

الدخل السنوي :

تاريخ الاشغال :

هل يعتزم الشراء : نعم لا

هل وقع التنبيه عليه لممارسة حق الاولوية؟ نعم لا

لماذا لم يرغب في الشراء؟ ليست له الامكانيات

لا سباب أخرى

اذا لم تكن له امكانيات يقع بيان حالته الاجتماعية :

هل له ممتلكات أخرى؟ :

هل يده عقد تسويغ؟ :

رأيه في مناسبة ائتمن المقترح للعقار :

عدد

رأي وزير املاك الدولة والشؤون العقارية

رأي الوالي

تونس في

الامضاء

الامضاء