



محاضرة ختم تمرين بعنوان

# الشكالية في تكوين الرهن العقاري

الأستاذ المشرف على التمرين

الأستاذ حافظ دربالي

الأستاذ المحاضر

الأستاذ سليمان ميلاد

## قائمة المختصرات

- م.إ.ع: مجلة الالتزامات والعقود.
- م.ح.ع: مجلة الحقوق العينية.
- م.ت: المجلة التجارية.
- م.م.م.ت: مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
- م.م.ف: المجلة المدنية الفرنسية.
- م.ق.ت: مجلة القضاء والتشريع.
- ن.م.ت/م: نشرية محكمة التعقيب/ القسم المدني.
- ص: صفحة.
- ج: جزء.

## المخطط العام

**الجزء الأول: الشكليات المستوجبة بين أطراف الرهن العقاري**

الفصل الأول: شكلية الكتب

الفصل الثاني: التراخيص الإدارية

**الجزء الثاني: حماية الغير من خلال شكلية الإشهار**

الفصل الأول: إشهار الرهن الموظف على العقارات المسجلة

الفصل الثاني: إشهار الرهن الموظف على العقارات غير المسجلة

## المقدمة

تلعب الإرادة دورا هاما في العقد فكل فرد له حرية التعاقد أو الامتناع عن ذلك كما له حرية اختيار معاقده ومضمون العقد<sup>1</sup>. ويعد ذلك استتبعا لمبدأ سلطان الإرادة الذي تأسس على فكرة حرية الفرد حرية مطلقة بكيفية لا تقيد أي سلطة خارجية أو أي قانون باستثناء ما يرتضيه الفرد لنفسه بحكم إرادته. ومن نتائج هذا المبدأ الحرية التعاقدية واحترام الإرادة وقت تنفيذ العقد فالحرية التعاقدية تتمثل من حيث الأصل في حرية الشخص في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، وإذا تعاقد في أن يحدد مضمون العقد كما يريد. كما تترتب عنها من حيث الشكل قاعدة رضائية العقود، ومعناها أن العقود تتكون تكويننا صحيحا بمجرد التقاء إرادتين دون أن تقيد إرادة الأطراف بشروط شكلية لما في ذلك من مساس بمبدأ سلطان الإرادة<sup>2</sup>، وهو المبدأ الذي تبنا المشرع التونسي انطلاقا من الفصل 2 من م.إ.ع. فالأصل إذن أن يكفي التقاء إرادة الأطراف حتى ينشأ العقد صحيحا، " أما إذا أوجب القانون لانعقاد العقد أن يضاف إلى التعبير عن الإرادة عنصرا خارجيا كالكتابة أو الشهادة أو التوثيق أمام موظف رسمي، فإن هذا العنصر الخارجي يعتبر من قبيل الشكل فهو عنصر يضاف إلى عناصر التدخل الداخلية وبذلك نكون قد انتقلنا من نطاق الرضائية إلى نطاق الشكلية"<sup>3</sup>.

ويعني مصطلح الشكلية لغة المثال أو الشكل، والشكل في معناه العام هو ذلك العنصر الخارجي الذي يشترطه القانون إضافة إلى العناصر الأصلية في تكوين العقد. والشكلية هي حد لقاعدة الرضائية التي تعتبر الأصل في القانون الوضعي. أما الشكلية في معناها الضيق فهي وسيلة لتكوين العقد إذ تعبر عن الرضا وتبرزه للوجود الخارجي<sup>4</sup>. أما من الناحية الوظيفية فمفهوم الشكلية فيختلف حسب الغرض الذي وجدت من شكل، فقد تكون الشكلية وسيلة إثبات التصرف القانوني أو وسيلة احتجاج بالعقد إزاء الغير أو للرقابة الإدارية التي تسلطها الإدارة على بعض التصرفات القانونية أو شرط صحة.

أما في معناها الواسع، فتفيد الشكلية إخضاع صحة التصرف القانوني أو فاعليته إزاء الأطراف أو الغير إلى ضرورة توفر شكلية معينة يقتضيها القانون، فالشكلية تفرض على الأشخاص احترام جميع موجبات الشكل لا لغاية ضمان صحة العقد فقط وإنما أيضا وخاصة لضمان نجاعته<sup>5</sup>. أي أن المفهوم

<sup>1</sup> كوثر الوحيشي " الشكلية في التأمينات العينية"، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2003-2004، ص 13.

<sup>2</sup> محمد الزين " النظرية العامة للالتزامات: العقد"، مطبعة الوفاء، تونس 1997، الطبعة الثانية، ص 43.

<sup>3</sup> سمير عبد السيد تناغو " النظرية العامة للقانون"، منشأة المعارف الإسكندرية 1986، ص 378.

<sup>4</sup> عبد الوهاب الجويني، الشكلية في تكوين الرهن، مقال مقتطف من المؤلف الجماعي دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بإشراف الأستاذ البشير الفرشيشي، المطبعة العصرية، الطبعة الثانية، تونس 2003، ص 442.

<sup>5</sup> صلوحة بومية، تطور الشكلية في القانون المدني، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 652.

الموسع للشكلية يتجاوز ذلك الإطار الضيق الذي يجعل منها شرطا لصحة العقد لا أكثر. وعلى هذا الأساس فإن الشكلية لا تتمثل فقط في الكتب، بل لها أيضا مجال جديد يبرز بتحول وظيفة الشكليات ومثال ذلك الرخصة الإدارية والتسجيل بالقباضة المالية وكذلك شكلية الاختصاص في التحرير<sup>6</sup>.

أما فيما يتعلق بالرهن، فالرهن لغة هو: إما الثبوت والدوام فيقال ماء رهن أي راكد وحالة رهنه أي ثابتة، وإما الحبس واللزوم كقوله تعالى " كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينٌ " <sup>7</sup> أي محبوسة<sup>8</sup>. ويفيد اصطلاحا توثقة دين بعين يمكن استيفاؤه من ثمنها<sup>9</sup>، أي أنه يتمثل في توثقة عينية تتم بتخصيص المدين شيئا لدائنه ضمانا للدين<sup>10</sup>. وقد عرّف المشرع الرهن بالفصل 201 م.ح.ع الذي نصّ " الرهن عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئا منقولاً أو عقاراً أو حقاً مجرداً لضمان الوفاء بالتزام ويخول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف المدين بما عليه"، كما أكدت محكمة التعقيب بأنه "يؤخذ من نص الفصل 201 من م.ح.ع بأن الرهن يخول الدائن الحق في استيفاء دينه من الشيء المرهون قبل غيره من الدائنين في صورة عدم وفاء المدين بما عليه سواء كان الشيء المرهون ملك للدائن أو من يقوم مقامه"<sup>11</sup>.

وتأسيساً على ما تقدم، يمكن تعريف الرهن بكونه عقداً بين مدين رهن ودائن مرتهن، فيكون الراهن في أغلب الأحوال هو نفس المدين يرهن شيئاً من ماله مع نقل حيازته تأميناً للالتزام ثبت في ذمته تجاه مدینه<sup>12</sup>. فالرهن بذلك هو تأمين عيني، ويمنح تبعاً لذلك للدائن الصلاحيات التي تمنحها التأمينات العينية عموماً وهي حقي الأفضلية والتتبع<sup>13</sup>. فالدائن المرتهن يمكنه نتيجة لما سبق أن يتتبع المال المرهون لممارسة حقه في الأفضلية عليه، أي أن حق التتبع يعتبر ضماناً لنجاعة حق الراهن في الأفضلية.

<sup>6</sup> محمد كمال شرف الدين، الشكلية في التصرفات القانونية، محاضرات مرقونة سنة أولى ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014-2015، ص 1.

<sup>7</sup> سورة المدثر، الآية 19.

<sup>8</sup> أحمد بن طالب "لمحة عن التأمينات في الفقه الإسلامي"، من كتاب "دراسات في قانون التأمينات"، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بإشراف الأستاذ البشير الفرشيشي، الطبعة الثانية، تونس 2003، ص 188.

<sup>9</sup> نزار كرمي "الانقضاء الأصلي لرهن المنقول"، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2015، ص 16.

<sup>10</sup> محمد الطاهر بن البشير "رهن العقار وبيعه فيما رهن فيه"، م ق ت مارس 1960، ص 6.

<sup>11</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 16063 مؤرخ في 10 ماي 2002، ن 2002 ج 2 ص 357.

ذكره: نزار كرمي: المرجع السابق، ص 11 الهامش الثالث.

<sup>12</sup> خليفة الخروبي "التأمينات العينية والشخصية"، منشورات الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 213.

<sup>13</sup> Slaheddine Mellouli « Le délaissement dans le contrat d'hypothèque ». Article situé dans « Mélanges offertes Au professeur Sassi ben halima », Centre de Publication Universitaire 2005, page 1019.

ويمكن أن يتسلط الرهن إما على عقار أو منقول. فإذا تعلق الأمر بالرهن العقاري، فإنه من الممكن أن يوظف على العقار سواء كان مسجلاً أو غير مسجل. ويعرف هذا الرهن ثلاثة مصادر وهي الاتفاق والقانون والأحكام القضائية.

وتتم في إطار هذه المحاضرة دراسة الشكلية في تكوين الرهن العقاري، أي الشروط الشكلية الواجب اتباعها حتى ينشأ هذا الرهن صحيحاً. وقد دفعت أهمية الرهن العقاري وعظم خطره على ملكية العقار، التي قد يفقدها الراهن من جراء عدم الوفاء بالدين المضمون، المشرع إلى محاولة إيجاد نوع من التوازن بين المصالح المتباينة لكل من تعلق حقه بتلك العين حتى لا يفضي هذا المآل المحتمل إلى الإضرار بأي منها. وهي مهمة لم يكن يتيسر للمشرع أن ينيطها سوى بالشكلية التي لعبت دوراً جوهرياً ومكتملاً في حماية تلك المصالح، وهو دور يتجاوز نشأة الرهن ليغطي كافة آثاره<sup>14</sup>.

وترتيباً على ذلك، فقد حدثت خطورة التبعات التي قد تتجر عن الرهن بالمشرع إلى نفي الرضائية عن تكوينه وإلى جعل صحته رهينة توفر شروط شكلية يفترض أنها تحمي العقار من تسرع الراهن فضلاً عن وجوب أن يخضع هذا التأمين العيني إلى الإشهار الرامي إلى حماية الغير، وهو الأمر الذي يجعل من الشكلية توفر الحماية لحقين عند تكوين الرهن العقاري أولهما حماية حق الملكية وحقوق أطراف عقد الرهن عموماً والثاني حماية حقوق الغير أي من تعلق حقهم بالعقار المرهون. ففيم تتمثل الشروط الشكلية التي فرضها المشرع في تكوين الرهن العقاري؟

رغم تأثر المشرع بمبدأ سلطان الإرادة، فإن ذلك لم يمنعه من اللجوء للشكلية في العديد من العقود التي أخضعها لشروط شكلية يتوجب اتباعها حتى ينشأ العقد صحيحاً، وهو الأمر الذي ينطبق على الرهن العقاري الذي فرض المشرع في إنشائه على أطراف العقد أن يتم ذلك من خلال كتب علاوة على وجوبية الحصول على بعض التراخيص الإدارية قبل إتمام الرهن. كذلك، فإن المشرع فرض شكلية معينة في إشهار الرهن حماية للغير.

<sup>14</sup> فوزي بالكناني، دور الشكلية في رهن العقار، مقال منشور ضمن مجموعة أعمال « Droits et Culture » مهداة للعميد عياض بن عاشور، مركز النشر الجامعي تونس 2008، ص 553.

## الجزء الأول: الشكليات المستوجبة بين أطراف الرهن العقاري

يستوجب إبرام عقد الرهن العقاري أن يكون ذلك وفقا لكتب يخضع بدوره لشروط صارمة فيما يتعلق بمضمونه ( الفصل الأول)، فضلا عن التراخيص الإدارية التي يفترض الحصول عليها قبل إبرام العقد ( الفصل الثاني).

### الفصل الأول: شكلية الكتب

نص الفصل 275 من م.ح.ع على وجوبية وجود الكتب في الرهن العقاري إذ جاء به " لا يصح الرهن العقاري إلا بكتب تعين به ذات العقار المرهون ومبلغ الدين". وهذه الشكلية لم تكن وليدة مجلة الحقوق العينية وإنما هي امتداد لأحكام المجلة العقارية التونسية الصادرة في غرة جويلية 1885. فقد نص الفصل 255 من هذه المجلة على أنه " لا ينعقد الرهن الاتفاقي ولا يمكن تقييده إلا إذا تعين بصك الدين أو بصك آخر له". وتتحد هذه النصوص مع التشريع المقارن من حيث إلزامية الكتب وورودها بقاعدة أمره فلا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها فهي قاعدة ملزمة للأطراف والقاضي في نفس الوقت. فالكتب يعد ركنًا خامسًا يضاف إلى بقية الأركان المنصوص عليها بالفصل الثاني من م.إ.ع والتي يترتب على خلو العقد من إحداها بطلان الالتزام من أصله تطبيقًا لقاعدة الفصل 325 من م.إ.ع<sup>15</sup>.

ولما كان الكتب شرط صحة في تكوين الرهن العقاري، فإن المشرع أخضعه لشروط محددة في إبرامه ( المبحث الأول)، علاوة على ضرورة توفر عديد التنصيصات الوجوبية صلبه ( المبحث الثاني).

### المبحث الأول: إبرام الكتب

أحاط المشرع عملية إبرام الرهن العقاري بعدد الشكليات، ولعل أبرز هذه الشكليات تتمثل في الكتب الذي أوجبه القانون سواء تعلق الأمر برهن على عقار مسجل أو غير مسجل. وقد فرض المشرع شكلية الكتب من خلال نص الفصل 275 من م.ح.ع كما سبق الإلماع إلى ذلك، وهو فصل ينطبق على العقارات المسجلة والعقارات غير المسجلة في آن واحد باعتباره ورد بالباب الثالث " الرهن العقاري" من المجلة والمتعلق بالصنفين من العقارات في نفس الوقت.

ويتضح من خلال الصيغة الواردة بالفصل المذكور أن المشرع حصر شكلية تكوين الرهن العقاري في الكتب<sup>16</sup>، ولا يمكن بالتالي للأطراف الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة أو الاتفاق على شكلية أخرى تعوض الكتب أو تسمح بالتخلي عنه<sup>17</sup>. إذ أن تنصيص المشرع على هذه الشكلية جاء بقاعدة أمره ملزمة

<sup>15</sup> كوثر الوحيشي، المرجع السابق، ص 14.

<sup>16</sup> عبد الوهاب الجويني، مقال مذكور، ص 250.

<sup>17</sup> Marie Antoinette Guerreiro, L'acte juridique solennel, LGDJ, Paris 1975, p 376.

للأطراف وللقاضي في ذات الوقت، وينجر عن عدم احترام هذه القاعدة البطلان المطلق لعقد الرهن العقاري شأنه في ذلك شأن نظيره الفرنسي الذي فرض شكلية الكتب في الرهن العقاري من خلال نص الفصل 2127 من المجلة المدنية<sup>18</sup>. رغم هذا التشابه، إلا أن المشرع التونسي تميز عن عديد التشريعات المقارنة بأنه لم يشترط شكلا معيناً للكتب مجيزاً بذلك إبرام هذا الرهن بواسطة كتب خطي<sup>19</sup>، خلافاً لنظيره الفرنسي بالفصل 2127 من المجلة المدنية أو كذلك المصري بالمادة 1031 من القانون المدني الذين اشترطوا الكتب الرسمي لتكوين الرهن العقاري.

للتعرض إلى إبرام كتب الرهن العقاري، يتم في فقرة أولى التطرق إلى وجوبية هذه الشكلية قبل المرور إلى مكان إبرام الكتب في فقرة ثانية.

### الفقرة الأولى: وجوبية شكلية الكتب

يبدو من الواضح أن فرض شكلية الكتب في تكوين الرهن العقاري لم يكن أمراً غريباً عن التشريع التونسي. فقد نص الفصل 255 من المجلة العقارية التونسية الصادرة في غرة جويلية 1885 على أنه " لا ينعقد الرهن الاتفاقي ولا يمكن تقييده إلا إذا تعين بصك آخر له"<sup>20</sup>.

ومن مزايا الكتب الخطي إعفاء الراهن من بذل مصاريف تحرير الحجة الرسمية<sup>21</sup>، مما يعد تخفيفاً على المدين الراهن يشجع عمليات الاقتراض الصغيرة والمتوسطة أخذته مجلة الحقوق العينية بعين الاعتبار في الفصل 275 بنقل أحكام الفصل 343 من القانون العقاري دون التفات إلى ما ذهب إليه فقه مطلع القرن العشرين من تشكيك في مصداقية الكتاب الخطية في هذا المجال ومن مخاوف بشأن ما قد يعتري تلك الكتاب من تدليس وما يمكن أن يؤول إليه ذلك من تعدد للنزاعات. ومع ذلك قد يكون التأثير بتلك الأفكار الداعية إلى توخي جانب الحذر هو الذي حدا بالمشرع إلى إقحام نص جديد ضمن مجلة الحقوق العينية وذلك بموجب القانون عدد 84 لسنة 1992 المؤرخ في 06/08/1992. فقد كانت طريقة كتابة العقود الخاصة بالعقارات المسجلة محور هذا التنقيح وذلك في اتجاه إصلاح السجل العقاري<sup>22</sup>. إذ أضاف المشرع بموجب هذا التنقيح الفصل 377 مكرر وبين من خلاله الأطراف المختصة بتحرير الكتب بصفة حصرية فيجعلهم على فئتين تتكون إحداها من محررين عموميين وهم " حافظ الملكية العقارية والمديرون الجهويون وكذلك أعوان إدارة الملكية العقارية المكلفون بمهمة التحرير". ومع ذلك لا يسوغ

<sup>18</sup> Louis Bach, Droit Civil : Introduction à l'étude du droit, Tome 1, 13<sup>ème</sup> édition, SIREY 1999, page 648.

<sup>19</sup> فوزي بالكناني، مقال مذكور، ص 556.

<sup>20</sup> عبد الوهاب الجويني، مقال مذكور، ص 451.

<sup>21</sup> فوزي بالكناني، مقال مذكور، ص 557.

<sup>22</sup> علي كحلون، الرهن العقاري في التشريع التونسي، م.ق.ت جويلية 2013، ص 25.

القول بأن المشرع جعل من التحرير مرفقا عموميا، بما أنه أتاحه لمحريين خواص هم "عدول الإشهاد والمحامين المباشرين غير المترنين"<sup>23</sup>. وأولئك أشخاص يفترض فيهم الإلمام والتمرس بشروط ترسيم الكتائب بالسجل العقاري وعلى نحو يفضي إلى تلافي ما قد يشوب المحررات من نقص البيانات وغموضها أو تضاربها مع ما وقع تضمينه بالسجل بخصوص العقار، وتبعاً لذلك إلى تيسير ترسيم الرهون والحد من الرسوم المجمدة. فضلا عما في تلك الشكلية من منفعة تعود إلى الطرفين، إذ تساهم في تعميق الوعي لدى الراهن بخطورة ما يبرمه من عقد قد يؤول إلى إفقاده ملكية العقار المرهون. بينما تتيح للمرتهن الانتفاع بخدمات محرر مختص مطالب بالثبوت من أهلية المتعاقدين وبالاطلاع على الرسم العقاري وإعلام الطرفين بالوضعية القانونية الواردة به ثم بالقيام بإجراءات الترسيم بمقتضى الفصل 377 ثالثا من م.ح.ع.

ويشار في هذا الإطار إلى أن المشرع قد قام كذلك بتنقيح جديد بموجب القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 2010/06/29 محملا بذلك محرر الصك مزيدا من الالتزامات. إذ أصبح المحرر ملزما بتسجيل العقد بالقبضة المالية على نفقة المطلوب. وإذا تخلف عن إتمام هذا الواجب تحمل عليه عناصر المسؤولية المدنية والتعاقدية، ولا يمكن أن يتقصى من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه أعلم هذا الأخير كتابيا وتقاوس هذا الأخير عن دفع المطلوب. فما يطلب من المحرر هو أن يقوم بتسجيل الصك بالقبضة المالية على أن يدفع المعاهد معين التسجيل بطبيعة الحال وإذا تقاوس المطلوب عن الدفع ليس للمحرر إلا إعلامه لرفع المسؤولية عنه<sup>24</sup>. فالمشرع في هذا الإطار فرض شكلية الكتب بقاعدة أمره ينجر عن عدم احترامها البطلان المطلق لعقد الرهن العقاري، شأنه في ذلك شأن نظيره الفرنسي الذي فرض شكلية الكتب في عقد الرهن العقاري من خلال نص الفصل 2127 من المجلة المدنية<sup>25</sup>.

كذلك، تتجه الإشارة إلى أن المشرع أخذ بعين الاعتبار ضرورة التخفيف على بعض الأطراف التي تكون بحكم نشاطها غير محتاجة إلى خدمات هؤلاء لتوفر ممثلين قانونيين لها قادرين على تحرير الرهون بشكل مرضي وعلى الاضطلاع بإجراءات ترسيمها. فأغنى الفصل 377 مكرر عن اللجوء إلى ما عدده من محررين " العقود التي تبرمها الدولة والجماعات العمومية المحلية، الرهون التي تبرمها المؤسسات البنكية والمالية، عقود التسويغ التي يجب إشهارها بالترسيم للاحتجاج به على الغير وكذلك عقود تجديده، ورفع الرهن". باعتبار وأن الغاية من أحكامه هي التنظيم المحكم لعمليات تحرير العقود

<sup>23</sup> فوزي بالكناني، مقال مذكور، ص 557.

<sup>24</sup> علي كحلون، المقال السابق، ص 30.

<sup>25</sup> Louis Bach, op.cit, page 648.

وليس تخصيص البعض بتحرير العقود، وتحقيقا للرغبة في عدم إثقال المقترضين بمصاريف إضافية تزيد من كلفة الرهن<sup>26</sup>.

يؤخذ مما تقدم بأن المشرع فرض وجوبا بقاعدة أمره شكلية الكتب ليتم تكوين الرهن العقاري. وعلاوة على ذلك، فإن مكان إبرام الكتب بدوره يخضع لقواعد خاصة في هذا الإطار.

### الفقرة الثانية: مكان إبرام الكتب

لئن حافظ المشرع على نفس الاتجاه في مجال اشتراط شكلية الكتب لتكوين الرهن العقاري منذ سنة 1985، غير أنه لم يتخذ نفس الموقف في خصوص مكان تحريره<sup>27</sup>. فاستنادا إلى ما جاء بالفصل 251 من المجلة العقارية الذي نص " يرهن عقار بالمملكة بعقد مكتوب في بلاد أجنبية لكن بشرط أن يكون موافقا لأحكام هذا القانون". ويستخلص من ذلك أن المشرع قد أجاز آنذاك إبرام عقد الرهن العقاري خارج المملكة التونسية. أما في سنة 1965 تاريخ صدور م.ح.ع فقد تراجع المشرع عن هذا الاتجاه صلب الفصل 274 الذي كرس وجوبية تحرير كتب الرهن العقاري بالتراب التونسي<sup>28</sup>، مانعا وبصفة صريحة أي إمكانية لتحريره خارج البلاد التونسية " الكتب المحرر ببلد أجنبي لا يمكن أن يرهن به عقار كائن بالبلاد التونسية أو أن يعتمد لتسليط رهن عليه" دون أي استثناء لهذه القاعدة<sup>29</sup>. وهو الموقف الذي خالفته عديد التشريعات المقارنة على غرار القانون المصري أين يقوم القنصل المصري أين يقوم القنصل المصري بلعب دور الموثق في البلد الذي يتم فيه إبرام عقد رهن موضوعه عقار موجود بالتراب المصري<sup>30</sup>، وهو نفس الاتجاه الذي اتخذه المشرع الفرنسي طبق أحكام الفصل 2182 من المجلة المدنية.

وقد أرجع الفقهاء موقف المشرع التونسي في هذا الإطار لعدة أسباب مختلفة أولها تاريخي ويتمثل في أن م.ح.ع صدرت في فترة تاريخية لاحقة لتاريخ تأميم الأراضي الفلاحية التونسية في 12/06/1964 وما يعنيه ذلك من سعي دولة الاستقلال إلى استرجاع السيادة على أراضيها من المستعمر الفرنسي. أما السبب الثاني فهو اقتصادي بحت ويتلخص في ضرورة إيلاء الدولة للعقارات المرتبة المتماشية مع الدور الفعال الذي تلعبه في الاقتصاد الوطني<sup>31</sup>. أما التفسير القانوني لموقف المشرع التونسي فيجده أساسه في

<sup>26</sup> فوزي بالكناي، المقال السابق، ص 558.

<sup>27</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 451.

<sup>28</sup> كوثر الوحيشي، المرجع السابق، ص 14.

<sup>29</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 451.

<sup>30</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 148.

<sup>31</sup> كوثر الوحيشي، المرجع السابق، ص 15.

قواعد القانون الدولي الخاص تحديدا في القاعدة القائلة بأن قانون المحل هو الذي يحكم شكل العقد « Locus régit actum » بمعنى أن العقد يخضع بالضرورة إلى قانون المحل الذي أبرم فيه<sup>32</sup>.

وعموما، فإن المشرع رتب على عدم إبرام الرهن في كتب أو عدم تحرير هذا الأخير في البلاد التونسية من قبل الأشخاص الذين حددتهم م.ح.ع. جزء البطلان المطلق بالنظر إلى أن ذلك لا يقبل التصديق ولا التصحيح وهو يهيم النظام العام ويمكن لكل من له مصلحة إثارته بما في ذلك النيابة العمومية<sup>33</sup>. وهو جزء أوضحه الفصل 377 مكرر من م.ح.ع. لما أورد بأن " الصكوك والاتفاقيات المحررة من غير من ذكر باطلة بطلانا مطلقا، الأمر الذي يدل على أهمية شكلية الكتب في تكوين الرهن العقاري، ما يطرح التساؤل حول ما إذا كانت التنصيصات الواجب إدراجها تكتسي ذات الأهمية أم لا.

### المبحث الثاني: التنصيصات الوجوبية

إذا كان المشرع قد فرض شكلية الكتب لإبرام الرهن العقاري، فإنه كذلك أكد على وجوبية إدراج بعض التنصيصات به حتى يكون تام الشروط. وقد نص الفصل 275 م.ح.ع. على التنصيصات الواجب إدراجها بكتب الرهن العقاري رابطا صحته بوجود كتب يعين به ذات العقار المرهون ومبلغ الدين<sup>34</sup>. ويلاحظ في هذا الإطار إلى أن التطرق إلى محتوى الكتب قد يوحى منذ الوهلة الأولى بالخوض في مسائل تتعلق بأصل عقد الرهن، لكن قاعدة تعيين الدين من جهة وتعيين المرهون من جهة أخرى تعدان قاعدتين أصليتين إلى جانب صيغتهما الشكلية التي يبرزها الفصل 275 م.ح.ع.<sup>35</sup> وقد نص المشرع الفرنسي صلب الفصلين 2129 و2152 من المجلة المدنية على أن احترام مبدأ تخصيص مبلغ الدين من جهة والعقار المرهون من جهة أخرى يعتبر شرط صحة في الرهن العقاري<sup>36</sup>.

### الفقرة الأولى: تحديد مبلغ الدين

أكد المشرع في عدة فصول من م.ح.ع. على غرار الفصلين 206 و275 على أن الرهن لا يتكون إلا إذا وقع احترام مبدأ تعيين الدين المضمون عند تكوين الرهن دون اعتبار للديون اللاحقة لإبرام عقد الرهن<sup>37</sup>، أي تحديد قيمة الدين المضمون. وقد نصت جل التشريعات على قاعدة تعيين الدين المضمون باعتبارها شكلية أساسية في تكوين الرهن ومثال ذلك الفصل 2132 من المجلة المدنية الفرنسية. على أن الفقه وفقه القضاء الفرنسيين توسعوا في هذا الإطار معتبرين أن كتب الرهن يجب أن يتضمن سبب الدين

<sup>32</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 452.

<sup>33</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 559.

<sup>34</sup> Jacques Mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, Traité du droit civil : droit Spécial des sûretés réelles, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, Paris 1996, page 541.

<sup>35</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 460.

<sup>36</sup> Jacques Mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, op.cit. Page 542.

<sup>37</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 461.

إضافة إلى المبلغ<sup>38</sup>، بل إن الفقيه Josserand ذهب إلى اعتبارها التعيين الأكثر أهمية باعتباره يضمن تقاضي ما يسمى بالرهن المرسل<sup>39</sup> (Hypothèques flottantes)، فتقاضي الرهن المرسل لا يمكن أتم إلا عبر التنصيص على سبب الرهن، فعندما لا يقع ضبط مصدر الدين لا يمكن تلافي استعمال الرهن من طرف الدائن لضمان ديون تختلف عن الدين الذي نشأ من أجل الوفاء به<sup>40</sup>. كما يبرر تعيين سبب الدين أيضا بتقاضي إمكانية بطلان عقد الرهن<sup>41</sup>.

ويهدف هذا التنصيص إلى حماية المدين الراهن من تهوره الذي قد يكلفه غالبا جعل الرهن يضمن كل ديونه خلال مدة معينة على نحو يجعل الرهن يضمن مبالغ ضخمة ويؤدي بالضرورة إلى حرمان المدين من العقار المرهون<sup>42</sup>. كما أن ضبط مبلغ الدين يجبر الأطراف على التعاقد عن دراية ويمكن من تحقيق الهدف الذي يسعى إليه المشرع من وراء الرهن وهو حركية الائتمان وليس اللجوء إلى البيع الجبري. كذلك، فإن تحديد مبلغ الدين المضمون من شأنه إثر الانتهاء من ترسيم الرهن بالرسم العقاري بالنسبة للعقار المسجل أن يمكن الغير من الاطلاع على الديون المثقلة بذلك الرهن والمحمولة على المدين الراهن<sup>43</sup>. فإذا كانت قيمة العقار المرهون كافية لخلاص ديون جديدة فإن ذلك سيشجعه على الاكتفاء بترتيب لاحق للدائن الذي سبقه في توظيف رهن على ذات العقار<sup>44</sup>.

وترتبا على ما سبق، فقد وجب تعيين الدين المضمون إضافة إلى فوائده إن وجدت بحيث يحسن تعيين نسبتها بعقد الرهن لأنها إن ذكرت دون تعيين نسبتها وجب حينها اعتماد النسب القانونية التي جاء بها الفصل 1100 م.إ.ع. كما يقتضي التنصيص ضبط تاريخ بداية سريان تلك الفوائد لأن غيابه يجعل التحديد الدقيق للدين المضمون أمرا متعذرا<sup>45</sup>. وإن كان الدين غير منحصر فقد كان القانون العقاري لسنة 1885 ينص على اللجوء إلى تقدير الدين من قبل الطرفين مع التنصيص على هذا التقدير في التنصيص المنشئ للرهن حتى لا يكون ذلك مجالا للمنازعة ويقع تكريس مبدأ التنصيص. إلا أن الفصل 275 م.ح.ع تجاهل صورة عدم انحصار الدين ومع ذلك فإنه يؤخذ من عدم تمييز صياغة هذا الفصل بين الدين المعين بطبيعته والدين الذي يعينه الأطراف، تمكينه للأطراف من تقدير الدين المضمون إعمالا لأحكام الفصل 533 من م.إ.ع.

<sup>38</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 561.

<sup>39</sup> Marie-Noelle Jobard-Bachelier, Droit Civil: Sûretés, Publicité foncière, 13<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 2000, page 136.

<sup>40</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 560.

<sup>41</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 460.

<sup>42</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 560.

<sup>43</sup> Louis Bach, op.cit. Page 649.

<sup>44</sup> Mohamed Sahnoun, La Spécialité de l'hypothèque conventionnelle, mémoire pour l'obtention du DEA, FDSP 1991-1992, page 67.

<sup>45</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 560.

غير أن تعيين مقدار الدين المضمون يبقى صعب المنال في بعض الأحيان، إذ تبقى قيمته غير معلومة بصفة دقيقة وتتصف بصيغة احتمالية كأن يكون الرهن العقاري نشأ ضمانا لفتح اعتماد *Ouverture de crédit* أو لمجرد فتح حساب جار أو دين مستقبلي<sup>46</sup>. فإذا أخذنا المثال المتعلق بفتح الاعتماد، فإنه يعرف بكونه " عقد يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف ( عادة مؤسسة بنكية) بتوفير اعتمادات للطرف الآخر حسب الطلبات التي يقدمها هذا الأخير حتى تبلغ مقدارا معيناً" حسب تعريف الفقيه *Baudry-Lacantinerie*<sup>47</sup>.

ويؤخذ من هذا التعريف أن المبلغ المحدد في فتح الاعتماد يمكن ألا يساوي المبالغ التي تحصل عليها المدين فعلا. وإن كان يجوز التخفيف من حدة ذلك باعتبار المقرض في كل الصور مستودعا *Dépositaire* لأقصى مبلغ الاعتماد. وهو ما جعل الفصل 206 من م.ح.ع يقر بصحة الرهن العقاري الذي يضمن فتح اعتماد شرط تعيين أقصاه في السند المنشئ للرهن إذ نص هذا الفصل " يجوز أن يكون الرهن ضمانا لاعتماد مفتوح ... على شرط أن يحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي يمكن أن ينتهي إليه هذا الدين".

وإذا كان التنصيص على مبلغ الدين في كتب الرهن العقاري يطرح بعض الإشكاليات خاصة فيما يتعلق بعدم تنصيص الفصل 275 م.ح.ع على ضرورة إدراج سبب الرهن بكتب الرهن العقاري رغم ما لذلك من أهمية، فإن التساؤل يطرح كذلك حول التنصيص على العقار المرهون بكتب الرهن العقاري، وهو التنصيص الوجوبي الذي فرضه المشرع كذلك بموجب الفصل 275 سالف الذكر.

#### الفقرة الثانية: تحديد العقار المرهون

أسوة بكتب رهن العقار، فإن انتقال الرهن العقاري يبرم من خلال " كتب يعين به ذات العقار" استنادا لعبارات الفصل 275 م.ح.ع الذي نص صراحة على هذه الشكلية، وهو ذات الموقف الذي اتخذه المشرع الفرنسي وذلك صلب الفصل 2418 من المجلة المدنية. ويقصد بتعيين المرهون تحديد طبيعته وموقعه وحالته الراهنة<sup>48</sup>. وإن تعلق الأمر بمجموعة عقارات يجب تعيين كل عقار بمفرده من حيث مساحته وحدوده وكل البيانات الضرورية المتصلة بوضعيته القانونية<sup>49</sup>.

ولم تكن قاعدة تعيين المرهون غريبة عن القانون التونسي، حيث وردت هذه القاعدة بالفصل 255 من المجلة العقارية لسنة 1885، ويقول أحد شراح القانون معلقا على هذا الفصل "وصف المرهون

<sup>46</sup> رمزي ساسي، الائتمان والرهن العقاري، م ق ت جانفي 2007، ص 101.

<sup>47</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 560.

<sup>48</sup> Marie-Noelle Jobard-Bachelier, op.cit. Page 136.

<sup>49</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 462.

وتعيين موقعه تعد تقليلا من النزاع وحسما لاختلاف المتراهنين في غير المرهون، كما أن قاعدة تعيين المرهون تساعد على ترسيم عقد الرهن بأكثر جدوى ونجاعة".

وتعتبر قاعدة التخصيص أساسا لتعيين العقار المرهون، وهي من الخصائص العامة للرهن ويقصد بها تخصيص عقار معين لخلاص دين معين والقطع مع فكرة الرهن العام الذي يرد على أموال المدين الحاضرة والمستقبلية دون تخصيص<sup>50</sup>. وقد دأب ترتيبا على ذلك الفقه على تبرير بطلان الرهن الذي يقع على عموم عقارات المدين، مؤكدا على أن هذا التأمين العام والأبدي يتعارض مع النظام العام. فضلا عما يؤول إليه هذا الرهن بما هو تعبير عن عدم التوازن العقدي بين الطرفين من تبديد شديد لايمان المدين لكون هذا الرهن يحرمه من إيجاد مقرضين<sup>51</sup>. فقاعدة تحديد العقار أو العقارات المرهونة تهدف بذلك إلى حماية المدين من ناحية باعتباره الطرف الضعيف في عقد الرهن، وحماية الغير من ناحية أخرى الذي يرغب في التعامل مع المدين الراهن في بقية العقارات الأخرى الخالية من الرهن<sup>52</sup>.

وقد أكد في هذا الإطار فقه القضاء الفرنسي على ضرورة احترام قاعدة التعيين لأن المدين الذي يكتفي بالتنصيص في عقد الرهن بأنه سيخصص كل عقاراته ضمنا لخلاص دينه يكون قد خالف قاعدة التعيين، الأمر الذي أكدته المحكمة في نطاق اجتهادها المطلق التأكيد من أن كل التنصيصات الضرورية قد وقع احترامها بطريقة تسمح بإبرام عقد الرهن<sup>53</sup>. فإذا تعلق الأمر بعقار مسجل، فإنه لا بد من التنصيص على اسم العقار ورتبته في السجل العقاري.

أما في حالة تعلق الرهن بمنابات مشاعة، فيتوجب التنصيص حينئذ على عددها في شكل كسر (Fraction) ذي مقام (dénominateur) مطابق لمقام التجزئة الأصلية للرسم أو لمساحة كامل العقار المتصل به. أما لو غاب التخصيص بالنسبة لملحقات العقار المرهون، فإن جزاء البطلان لا يترتب عن غياب ذلك. ويتعلق الأمر هنا بالملحقات التي جعل الفصل 272 من م.ح.ع الرهن يمتد إليها كحقوق الارتفاق المقررة لخدمة العقار والعقارات بالتخصيص والتحسينات الطارئة على المرهون أو المنشآت المنجزة فيه. كما لا لزوم لتضمن كتب الرهن الأصلي للتعين، بل يجوز تضمين ذلك التضمين كلا أو بعضا في كتب تكميلي لاحق. وهو ما أقره صراحة الفصلان 2129 من المجلة المدنية الفرنسية و1035 من التقنين المدني المصري، وجرى به العمل في البلاد التونسية أخذا بقاعدة الفصل 559 من م.إ.ع<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> رمزي ساسي، المقال السابق، ص 109.

<sup>51</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 561.

<sup>52</sup> رمزي ساسي، المقال السابق، ص 109.

<sup>53</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 463.

<sup>54</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 562.

أما فيما يتعلق بالعقارات المستقبلية، فقد اعتبر بعض الفقهاء كالأستاذ شمامة بأن رهن هذه العقارات باطل نظرا لعدم قابليتها للتحديد، لكن هذا التبرير لبطلان رهن العقارات المستقبلية يبقى غير مقنع نظرا لأن الفصل 275 م.ح.ع نص على بطلان الرهن بمجرد عدم تعيين ذات المرهون في الكتب سواء تعلق الأمر بعقارات مستقبلية أو موجودة حاليا<sup>55</sup>.

يؤخذ من كل ما تقدم بأن المشرع فرض شكلية الكتب كشرط صحة إبرام عقد الرهن العقاري، كما أخضعه لشروط محددة في إبرامه من خلال التأكيد على ضرورة توفر عديد التنصيصات الوجوبية صلب الكتب. وإضافة إلى ذلك، فقد أوجب المشرع في عديد الأحيان الحصول على بعض التراخيص الإدارية قبل إبرام عقد الرهن العقاري.

### الفصل الثاني: التراخيص الإدارية

أوجب المشرع في عديد الأحيان الحصول على رخص إدارية محددة لإبرام عقد الرهن العقاري ( المبحث الأول)، مرتبا بذلك جزاء معيناً في حالة غيابها ( المبحث الثانية).

#### المبحث الأول: الرخص الإدارية المستوجبة في الرهن العقاري:

فرض المشرع الرخص الإدارية كشرط صحة للرهن العقاري في عديد المواضع. وتمثل الرخص الإدارية الموافقة المسبقة من السلط المعنية على إجراء عملية معينة فهي بذلك " موافقة من بعض الجهات الرسمية التي يحددها القانون على إبرام الرهن العقاري"<sup>56</sup>. وتعد رخصة الوالي أهم الرخص الإدارية التي فرضها المشرع لرهن بعض العقارات، إذ منع أمر 4 جوان 1957 إبرام رهون على الأراضي الفلاحية دون الحصول على رخصة إدارية، ما يعني أن على الأطراف الحصول على هذه الرخصة من طرف والي الدائرة الكائن بها العقار موضوع التصرف سواء كان مسجلا أو غير مسجل<sup>57</sup>.

وقد حدد المشرع بوضوح العمليات التي أخضعها لهذه الرخصة صلب الفصل الأول من الأمر المذكور والذي وقع تنقيحه بقانون 1963/07/15 كما بينها صراحة الفصل الأول من مرسوم 1961/08/08 وهي الإحالة وإنشاء الإنزال وإنشاء حقوق الارتفاق والمساهمة في شركة والقسمة والرهن والتسوية<sup>58</sup>. فإذا كان المشرع قد فرض رخصة الوالي كشكلية سابقة لتحرير عقد الرهن من خلال نص

<sup>55</sup> نفس المرجع، ص 562.

<sup>56</sup> كمال العياري، الشكلية في تكوين الرهن العقاري، م.ق.ت عدد 9، نوفمبر 2005، ص 61.

<sup>57</sup> هادية المناعي، انتقال الملكية في بيع العقارات، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2006-2007، ص 30.

<sup>58</sup> الحبيب الشطي، ميدان رخصة الوالي، دراسات في القانون العقاري: المجموعة الأولى، دار الميزان للنشر، الطبعة الأولى، جوان 1996، ص 105.

الفصل 2 من أمر 4 جوان 1957 الذي أوجب التنصيب على عدد الرخصة وتاريخها بالكتائب<sup>59</sup>، فإنه وبموجب ذات الأمر وقانون 1963 ومرسوم 1961 الموسع لميدان انطباقه والمشار إليهم أنفاً فقد أخضع جميع الإحالات العقارية سواء كانت بعوض مثل البيع أو بغيره مثل الهبة وسواء تعلقت بكامل حق الملكية أو بحق الرقبة أو بحق الانتفاع فقط<sup>60</sup>. ويستنتج بذلك مما سبق بسطه أن إحالة الرهن العقاري المتعلق بالأراضي الفلاحية على معنى أمر 4 جوان 1957 تستوجب الحصول بشكل مسبق على رخصة من الوالي الذي ترجع له بالنظر الدائرة الكائن بها العقار موضوع المطلب

كذلك، يشار إلى أن المشرع فرض رخصة إدارية أخرى تتعلق برهن حق الانتفاع بعقار دولي فلاح، إذ نصت الفقرة الثالثة من الفصل 16 من قانون 10 جوان 1996 المتعلقة بتنقيح وإتمام قانون 13 فيفري 1995 على أنه لا يمكن رهن حق الانتفاع بعقار دولي فلاح إلا بترخيص من الوزير المكلف بأعمال الدولة<sup>61</sup>.

يستخلص مما سبق التطرق إليه بأن الرهن الموظف على أرض فلاحية يخضع وجوباً إلى رخصة الوالي طبق أمر 4 جوان 1957، كما يخضع رهن حق الانتفاع بعقار دولي فلاح إلى ترخيص مسبق من الوزير المكلف بأعمال الدولة. ويبقى بالتالي من الضروري على المدين الراهن الحصول عليها لتفادي الجزاء المستوجب عن غيابها.

### المبحث الثاني: جزاء غياب الرخصة الإدارية

اشترط المشرع الحصول على الرخصة الإدارية كشرط صحة للرهن العقاري فيما يتعلق برهن الأراضي الفلاحية، وقد رتب على غياب هذه الرخصة البطلان كجزء أصلي (الفقرة الأولى)، مدعماً إياه بجزاء آخر هو منع الترسيم (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: البطلان

أوجب المشرع الحصول على الرخصة الإدارية قبل إبرام العقد إذ من المفترض أن تتواجد قبل إبرامه<sup>62</sup>. فقد اقتضى الفصل الأول من أمر 4 جوان أن عدم التنصيب على عدد وتاريخ الرخصة المسلمة يجعل العقد باطلاً، إذ أوضح أنه " يقع الحكم بالبطلان بطلب من النيابة العمومية أو من الطرفين أو من كل من يهمهم الأمر"، وقد دأب فقه القضاء على تأكيد هذا الاتجاه، من ذلك ما جاء بالحكم الابتدائي المدني عدد 67809 الصادر في 1989/10/04 الذي قضت بموجبه المحكمة الابتدائية بتونس ببطلان

<sup>59</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 563.

<sup>60</sup> الحبيب الشطي، المرجع السابق، ص 105.

<sup>61</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 464.

<sup>62</sup> هادية المناعي، المرجع السابق، ص 35.

رهن أبرمه تونسي على عقار كائن بتونس لفائدة شركة الملاحة الجوية " سايبنا" نظرا لأن " الحصول على هذه الرخصة هو ركن أساسي لصحة العقد، وعليه فلانعدامها يصبح العقد باطلا ..". وقد وقع إقرار هذا الحكم استئنافيا بموجب القرار الاستئنافي المدني عدد 8911 المؤرخ في 10/12/1990<sup>63</sup>.

ويؤخذ مما تقدم بأن حق إثارة بطلان الرهن العقاري لم يقتصر على الطرفين كما هو الشأن في حالات البطلان النسبي. إذ يجوز للغير أن يثيره شرط أن تكون له مصلحة في ذلك، على غرار واضع اليد الذي انتقلت إليه ملكية العقار والذي يؤول تمسكه بالبطلان وتصريح القاضي بهذا الجزاء إلى تحرير عقاره من الرهن الموظف عليه، أو الدائن ذي المرتبة اللاحقة الذي يعني بطلان الرهن السابق له في المرتبة زيادة حظوظه في استخلاص دينه. وترتبيا على ما سبق، لا يمكن أن يكون البطلان الناجم عن غياب رخصة الوالي إلا مطلقاً<sup>64</sup>.

إضافة إلى الجزاء الأصلي المتمثل في البطلان لعم الحصول على الرخصة الإدارية، فقد دعم المشرع هذا الجزاء بآخر تمثل في منع الترسيم.

#### الفقرة الثانية: منع الترسيم

سلط المشرع منع الترسيم كجزاء تدعيمي أو تكميلي ترتبياً على غياب الرخصة الإدارية المستوجبة قانوناً، إذ نص الفصل الثاني من أمر 4 جوان 1957 على منع " إجراء عملية التسجيل أو الترسيم بالدفتر العقاري" بالنسبة للخاضعة لرخصة الوالي<sup>65</sup>. إذ قد يعمد الأطراف إلى طلب ترسيم رهن يفتر إلى رخصة الوالي قبل أن تتاح للقضاء فرصة التصريح ببطلانه، مما لا يذر من سبيل لاحترام مبدأ الشرعية الذي يقوم عليه نظام الإشهار العيني سوى تمكين حافظ الملكية العقارية من الامتناع عن الترسيم<sup>66</sup>.

ومرد هذا المنع هو أن شكلية الترخيص الإداري مسألة تهتم النظام العام. لذا فالمشرع استنجد مرة أخرى بالإدارة لتساهم في رقابة عقود الرهن المبرمة دون توفر شكلية الرخصة الإدارية، الأمر الذي ينطبق على الرهن المسلط على عقار فلاحى على معنى أمر 4 جوان 1957. وبالتالي فالعقد لا ينشأ بين

<sup>63</sup> حكمان غير منشوران. ذكرهما الأستاذ فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 565.

<sup>64</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 565.

<sup>65</sup> محمد كمال شرف الدين، جزاء غياب الرخصة الإدارية في العمليات العقارية، المجلة القانونية التونسية 1990، ص

33.

<sup>66</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 566.

أطرافه صحيحا ولا يمكن ترسيمه لإعلام الغير به، دون إغفال بأنه لا يجب في جميع الحالات اعتبار الترسيم شرط احتجاج بالعقد إزاء الغير إذ أنه في بعض الحالات قد يكون شرط صحة<sup>67</sup>.

يؤخذ من كل ما تقدم بأن المشرع أخضع عقد الرهن العقاري إلى عدة شكليات عند إبرامه، ففرض بذلك أن يتم عبر كتب يتضمن تنصيصات وجوبية تتمثل في تحديد مبلغ الدين وتعيين العقار المرهون، إضافة إلى وجوب الحصول على ترخيص إداري قبل إبرام الرهن في بعض الأحيان. وإذا كانت هذه الشكليات تهدف أساسا لتحقيق التوازن بين طرفي العقد وحماية المدين الراهن باعتباره الطرف الضعيف في العقد، فإن المشرع كذلك فرض شكلية الإشهار في رهن العقار حماية للغير الذي لا يمكن معارضته به إلا بإتمام شكلية الإشهار.

---

<sup>67</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 467.

## الجزء الثاني: حماية الغير من خلال شكلية الإشهار

يهدف إشهار التأمينات العينية عادة إلى إنذار الغير بوجود التأمينات العينية مع وضع مجموعة من المعلومات على ذمتهم من شأنها أن تبين لهم بوضوح الوضعية القانونية للعقار أو المنقول المثقل بتأمين عيني، الأمر الذي من شأنه أن يجنبهم خطر التزام مع دائنين آخرين كما يمكنهم من اتخاذ أي قرار مع معرفة مسبقة بالوضعية القانونية للعقار أو المنقول<sup>68</sup>.

وعلى الرغم من تعرض المشرع إلى عبارة الإشهار في أكثر من موضع إلا أنه لم يعرفه وقد يفسر ذلك بغياب نظرية عامة للإشهار في القانون التونسي. وإزاء هذا الفراغ التشريعي عرّف الإشهار بأنه " صفة ماهو مخصص ليكون معروفا للعموم وتحت تصرفه في شكل طرق إعلام للإطلاع عليها"<sup>69</sup>. كما عرفه بعض الفقهاء بأنه " مجموعة القواعد التي تلزم بعض الأشخاص وفق إجراءات معينة لإعلام الغير ببعض الحقوق أو الوقائع أو التصرفات لترتيب آثار قانونية معينة". وانطلاقاً من هذا التعريف، يكون الإشهار في مادة التأمينات العينية عموماً والرهن بصفة خاصة هو " مجموعة الوسائل الممنوحة ليكون الرهن معلوماً للكافة".

ويستخلص مما تقدم بأن الغاية من الإشهار أن تتم معارضة الغير بالتأمين العيني، الأمر الذي ينطبق على الرهن العقاري. إذ أقر الفقه بأن " رهنا عقارياً لا يعارض به الغير هو شبح للرهن"<sup>70</sup>، مما يبرز أن نجاعة الرهن العقاري تبقى رهينة لاستكمال شكلية إشهاره. ويفسر ذلك بأن الرهن يمكن أن يحدث تجاه الغير وضعا معيناً يؤثر على مصالحه وبالتالي وجبت حمايته ولا يتسنى ذلك إلا عن طريق شكلية إشهار العقود التي تختلف باختلاف الوضعية القانونية للعقارات التي تنقسم إلى عقارات مسجلة وأخرى غير مسجلة<sup>71</sup>، فإذا ما كان عقد الرهن العقاري شفاهياً استحال الإشهار وبالتالي يكون الغير في غير مأمن من الغش والتحليل إضافة إلى أن غياب الإشهار يعطل ممارسة الدائن لحقه في الأفضلية والتتبع.

<sup>68</sup> Ilyes Miladi, Formalisme et effets des sûretés réelles à l'égard des tiers, Mémoire en vue de l'obtention du mastère en droit des affaires, FSJPST 2005-2006, page 43.

<sup>69</sup> هيفاء المبروك، إشهار الرهن العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير المهني في قانون المؤسسة والأعمال، كلية الحقوق بصفاقس 2014-2015، ص 7.

<sup>70</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 566.

<sup>71</sup> هيفاء المبروك، المرجع السابق، ص 6.

ويقوم نظام إشهار كتب الرهن العقاري على التمييز بين العقار المسجل والعقار غير المسجل<sup>72</sup>، فيتم في فصل أول التطرق إلى إشهار الرهن الموظف على العقارات المسجلة قبل التعرض في فصل ثان لإشهار الرهن الموظف على العقارات غير المسجلة.

### الفصل الأول: إشهار الرهن الموظف على العقارات المسجلة

ترتبط نجاعة الرهن العقاري كضمان للدائن ارتباطا وثيقا باستكمال عنصر العلنية والإشهار لا فقط باعتباره شرطا للاحتجاج بحق الرهن تجاه الغير بل أيضا وفي بعض الأحيان باعتباره شرطا لنشأة حق الرهن ذاته<sup>73</sup>. فقد أوجب الفصل 278 من م.ح.ع بالنسبة للعقارات المسجلة ترسيم الرهن بإدارة الملكية العقارية " لا يتكون الرهن العقاري إلا بعد ترسيمه ويرتب بين الرهون العقارية حسب القواعد المنصوص عليها بهذه المجلة...". فالرهن كحق عيني لا يتكون إلا بعد ترسيمه فلا ينشأ الحق سواء بين الأطراف أو إزاء الغير إلا من تاريخ الترسيم<sup>74</sup>.

ويهدف إشهار الرهن إلى حماية الغير في عقد الرهن العقاري، والغير هنا ليس الخارج عن إطار العقد كما تقره النظرية العامة للالتزامات. وإنما هو كل شخص يحتج بحق عيني تبعا بأشهر إجراء إشهاره. فمثلا يستفيد بصلاحيات المالك الجديد للعقار المرهون أو من وظف لفائدته حق عيني أصلي آخر، كالمتمتع بحق ارتفاق أو انتفاع، يمتد نطاقه للدائن المرتهن غير المرتهن الأصلي وصاحب حق الامتياز غير المباشر لحق الامتياز الأساس، باعتباره معنيين عند حلول أجل دينهم واقتسام محصول التنفيذ بالأفضلية<sup>75</sup>.

يتم تبعا لما تقدم إشهار الرهن الموظف على عقار مسجل عبر إتمام شكلية الترسيم، وهي شكلية يخضع القيام بها إلى شروط معينة تتعلق بأطراف الترسيم من جهة (المبحث الأول) وبإجراءاته من جهة أخرى (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: أطراف الترسيم

للتطرق إلى أطراف الترسيم، يتجه بداية التعرض إلى طالب الترسيم (الفقرة أولى) قبل النظر في البيانات الضرورية للترسيم المتصلة بأطراف الرهن (الفقرة الثانية).

---

<sup>72</sup> خليفة الخروبي، المرجع السابق، عدد 386.  
<sup>73</sup> حاتم الرواتي، إشهار الرهن العقاري، مقال مقتطف من مؤلف دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، المطبعة العصرية بتونس 2003، الطبعة الثانية، ص 245.  
<sup>74</sup> خليفة الخروبي، المرجع السابق، عدد 286.  
<sup>75</sup> مراد الجديدي، إشهار التأمينات العينية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2014-2015، ص 385.

## الفقرة الأولى: طالب الترسيم

اقتضى الفصل 392 من م.ح.ع في فقرته الأولى " لكل شخص أن يطلب من مدير الملكية العقارية مع تقديمه للوثائق التي توجب هذه المجلة تقديمها ترسيم حق عيني أو تشطيب ترسيمه أو الحط منه أو تعديله". ويؤخذ من هذا النص ومن ورود عباراته بصورة مطلقة بأنه يتيح للترسيم أن يصدر إما لمصلحة الطالب (أ) أو لمصلحة غيره (ب).

### أ/ طالب الترسيم لمصلحة نفسه

إن تعليق الفصلين 278 و305 م.ح.ع للاحتجاج بالحق العيني على الترسيم، يغلب أن يؤول إلى جعل الدائن المرتهن على رأس المهتمين بإتمامه. ولعل ذلك ما جعل الفصل 393 من م.ح.ع يمكن هذا الأخير من طلب الترسيم حتى ولو كان محجورا عليه، لكون ذلك يعدّ من جهة الدائن عملا تحفظيا نافعا نفعًا محضًا. كما أن الترسيم يخول حتى للدائن المرتهن لو تقاعس مدينه عن إتمامه عملا بما اقتضته الفقرة الثانية من الفصل 306 م.إ.ع من قيام بجميع الحقوق المتعلقة بالدين بعد استئذان القاضي في ذلك<sup>76</sup>. ويعتبر الدائن نائبا عن الراهن أخذاً بالفصل 307 م.إ.ع، فيتم الترسيم باسم المدين، ويدخل مدخل الاجراء الاحتياطي الذي ينجر نفعه لجميع الدائنين على معنى الفصل 308 م.إ.ع. أما عند وفاة الدائن المرتهن قبل الترسيم، فقد أجاز الفصل 396 م.ح.ع للورثة " الترسيم قبل التصفية أو القسمة باسم التركة بناء على تقديم حجة الوفاة ليس إلا. وهذا الترسيم يعدل بعد القسمة على مقتضى حجة القسمة التي يجب تقديمها". فيكون الترسيم من قبل أحد الورثة قبل القسمة، على غرار الترسيم الذي يتمه دائن المرتهن في مصلحة القائم به، ولكن نفعه يعم بقية الورثة في الصورة الأولى وسائر الدائنين في الصورة الثانية. الأمر الذي يجيز التساؤل حول إمكانية أن يكون الترسيم لمحض مصلحة الغير.

### ب/ طالب الترسيم لمصلحة غيره

ألزم المشرع بعض الأشخاص بترسيم الرهن لمصلحة غيرهم. ومنهم خاصة محرري الصكوك الذين عددهم الفصل 377 مكرر جديد من م.ح.ع، ثم أوجب عليهم الفصل 377 ثالثا من ذات المجلة القيام " بالإجراءات اللازمة للترسيم" بموجب الفقرة رابعا منه. أما آخر هذا النص فقد جعلهم مسؤولين إزاء الأطراف عن مخالفتهم " لأحكام هذا الفصل وللأحكام الترتيبية المتعلقة بالترسيم". ولا يعني ذلك استئثار المحررين بالترسيم إذ يبقى في كل الأحوال من حق الأطراف وخاصة الدائن المرتهن إتمام أعمال

<sup>76</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 578.

الترسيم بأنفسهم. وسوغ للأطراف إعفاء المحرر من مسؤوليته العقدية الناجمة عن وجود وكالة ضمنية يفترضها المشرع بمجرد وجود اتفاق معه على تحرير العقد<sup>77</sup>.

كما أن حافظ الملكية العقارية ملزم بتسجيل الرهون القانونية تلقائياً، سواء تعلق الأمر بما اقتضاه الفصل 458 م.م.ت من ترسيم رهن على العقار عند ترسيم محضر التثبيت توثقة لأداء ثمن التثبيت لصالح المعقول عليه عند عدم ثبوت دفعه أو تأمينه من قبل هذا الأخير، أو بما جاء به الفصل 14 من قانون 27 أبريل 1992 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود من تحميل مصاريف اجراءات التحيين على المستفيد من آخر عملية نقل ملكية. وأخيراً، فرضت الفقرة الثالثة من الفصل 492 وآخر الفصل 453 من المجلة التجارية إشهار رهن جماعة الدائنين الناجم عن حكم الفلسة والمترتب على كافة عقارات المدين " بمثل الوسائل المقررة لإشهار الحقوق العينية العقارية"، أي بالتنصيص بالنسبة للعقارات غير المسجلة وبالتسجيل بالنسبة للعقارات المسجلة.

كذلك، فإنه وإذا كان الدائن محجوراً عليه، فيمكن نيابته قانوناً فيطلب وليه أو المقدم عليه ترسيم الرهن باسمه عملاً بالفصل 16 م.إ.ع باعتبار هذا الترسيم من الأعمال التي تتم في مصلحة من هو لنظره أو في منفعة المحضة. وهو السبب، إضافة لحفظ حقوق المحجور عليه عموماً، الذي دفع بالمشرع صلب الفصل 393 م.ح.ع إلى توسيع قائمة الأطراف الذين من حقهم أن يطالبوا بتسجيل حقوق المحجور عليهم، فجعل هذا الترسيم " يتم بطلب من مقدميهم. فإن لم يطلبوا ذلك، قام به ممثل النيابة العمومية أو حاكم الناحية أو أقارب المحجورين أو أصدقائهم".

وعلاوة على ما تقدم يمكن للمدين، رغم أن ترسيم الرهن لا يقع على عاتقه، أن يقوم بإجراءات ترسيم الرهن<sup>78</sup>. إلا أن ذلك لا يمكن أن يكون ذريعة للمساس بحقوق الغير سواء تعلق الأمر بدائنين مرتهنيين لاحقين للرهن الذي يروم ترسيمه أو بمن انتقلت لهم ملكية العقار المرهون ولم يرسموا بعد الصك الذي انتقلت بموجبه الملكية. وأخيراً، يبقى كذلك من الممكن للدائن أن يعين وكيلاً عنه لإبرام الرهن وترسيمه مع الاستجابة لشروط الفصل 1120 م.إ.ع. وحتى وإن اقتضت الوكالة على إبرام الرهن دون ترسيمه، فإن الترسيم لا يمكن أن يكون نافعا نفعاً محضاً للموكل بحيث يجري عليه، لو عدّ تجاوزاً من قبل الوكيل لحدود الوكالة، ما جاء به الفصل 1155 م.إ.ع من إلزام الموكل بآثار ما أبرمه الوكيل "لو انتفع به". لكن الانتفاع بالتسجيل يبقى دائماً رهين احترام بعض التنصيصات المتصلة بأطراف الرهن.

<sup>77</sup> فوزي بالكناي، المقال السابق، ص 579.

<sup>78</sup> نفس المرجع، ص 580.

## الفقرة الثانية: البيانات الضرورية للتسجيل المتصلة بأطراف الرهن

ميز الفصل 377 جديد من م.ح.ع بين فئتين من أطراف الرهن: فلو كانوا أشخاصا طبيعيين، وجب أن يحتوي كتب الرهن على أسمائهم وألقابهم وحرفهم ومقراتهم وجنسياتهم وأماكن ولادتهم وتواريخها. وتبرز أهمية تلك البيانات في تعريف المتعاملين اللاحقين في العقار بهوية أطراف الرهن وفي التحقق من أهليتهم عند التعاقد ثم في التثبيت من عدم خضوعهم لأحد ضروب الحجر الخاص المانع لإبرام الرهن أو إلى ترخيص إداري ما. كما عزز الفصل 378 م.ح.ع والفقرة الثالثة من الفصل 377 من نفس المجلة تلك البيانات بوجوب أن تكون تواقع الأطراف معرفا بها، ومرفوقة بمحضر تلاوة لو كان فيهم أميين، وبوجوب أن يحتوي الصك على إمضاء محرره مع التنصيص على اسمه ولقبه وعنوانه وعدد بطاقة تعريفه وعلى أنه اطلع على رسم الملكية وأشعر الأطراف بالحالة القانونية الواردة بهذا الرسم<sup>79</sup>.

أما لو كان أحد الأطراف شخصا معنويا، فتعوض البيانات الواردة بالفقرة الثانية من الفصل 377 جديد م.ح.ع بوجوب التنصيص على " شكله القانوني واسمه ومقره الاجتماعي وممثله القانوني مع عدد ترسيمه بالدفتري التجاري إن كان شركة وتاريخ التصريح بتكوينه وعدد تأشيرته القانونية أو أي بيان آخر يسهل التعرف عليه إن كان جمعية".

بعد استكمال الشكليات المرتبطة بأطراف التسجيل، وكان العقد مسجلا بالقبضة المالية طبقا لما اقتضاه الفصل 582 م.ح.ع، أمكن المرور للقيام بإجراءات التسجيل.

### المبحث الثاني: إجراءات التسجيل

يتجه للتعرض إلى إجراءات التسجيل النظر بداية في سير هذه الإجراءات (الفقرة الأولى) قبل التطرق إلى الصعوبات التي قد تعترض هذه العملية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: سير إجراءات التسجيل

اقتضى الفصل 278 من م.ح.ع بأن الرهن العقاري لا يتكون إلا بعد ترسيمه، الأمر الذي يبرز أهمية القيام بإجراءات التسجيل. وقد أثير الإشكال حول موضوع التسجيل، إن كان يتعلق بتسجيل حق الرهن أم عقد الرهن<sup>80</sup>. فذهب البعض إلى أنه إذا لم يكن للحق العيني سند مكتوب فإنه يصبح خارجا عن مناط التسجيل أي أننا بهذا المعنى نرسم العقد وبالتبعية يرسم الحق، إذ بدون عقد الرهن لا يمكن تسجيل حق الرهن. لكن بالعودة للقواعد المتعلقة بالرهن صلب م.ح.ع يلاحظ بأن المشرع فصل بين مفهومي حق الرهن وعقد الرهن، وبالتالي فعدم تسجيل حق الرهن لا يعني انعدام العقد. وذلك لأن الفصل 12 م.ح.ع

<sup>79</sup> نفس المرجع، ص 581.

<sup>80</sup> عبد الوهاب الجويني، المقال السابق، ص 469.

المتعلق بالحقوق العينية العقارية يذكر من بين هذه الحقوق حق الرهن العقاري، في حين أن الفصل 201 م.ح.ع يتعلق بعقد الرهن أما الفصل 278 فيتصل بترسيم الحق حتى ينشأ بين الأطراف وإلا فإن الرهن لا يتكون بين المتعاقدين رغم وجود العقد وهو المعنى الذي أراده المشرع من ترسيم رهن العقار وفق مقتضيات الفصل 278.

ولا تتميز إجراءات ترسيم الرهن عموماً عما يتبع في إجراءات ترسيم أي حق عيني على عقار سواء كان ذلك الترسيم مزامناً لتسجيل العقار أو لاحقاً له. وقد بين المشرع بالفصل 398 م.ح.ع هذه الإجراءات الواجب اتباعها في هذا الإطار إذ جاء به " يتم الترسيم بالرسم العقاري على التعاقب ويبين به ما يلي: الصك وتاريخه ومراجع تسجيله بالقباضة المالية ونوع العملية المقبولة، هوية الطرف المتعلق بالترسيم بحقوقه، هوية الطرف المستفيد من الترسيم، موضوع الترسيم ومراجعته بالرسم العقاري، التحملات والارتفاقات الموظفة لفائدة العقار أو عليه، الثمن أو قيمة المعاملة ونسبة الفائض ومدته بالنسبة إلى الرهن، مراجع إيداع الترسيم المقبول وعدد وتاريخ الملكية الملغى والمسلم". مع الإشارة في هذا السياق إلى أن المشرع وقر تأسيساً على نص الفصل 329 م.ح.ع بعض الحماية للقصر والغائبين مكلفاً الحاكم المقرر " بالسهر أثناء إجراءات التسجيل على أن لا يقع النيل من أي حق عيني عقاري راجع لقاصر أو غائب...". مع وجوب الإلماع كذلك إلى أنه وأثناء مباشرة إجراءات الترسيم، فقد نص الفصل 392 م.ح.ع في فقرته الثانية بأن حافظ الملكية العقارية مطالب بأن يراعي وجوب أن لا يقع ترسيم الحق " إلا إذا كان منجراً مباشرة ممن سبق ترسيمه باسمه"، وهو ما يعرف بمبدأ التسلسل<sup>81</sup>.

رغم أن الإجراءات الواجب اتباعها لترسيم رهن موظف على عقار مسجل تبدو واضحة في البداية، إلا أن ذلك لا يخفي وجود بعض النقائص التي يمكن أن تعتري عملية الترسيم.

### الفقرة الثانية: نقائص الترسيم

تتصل هذه النقائص أساساً بالدين المضمون (أ) وكذلك بوعاء الرهن (ب).

#### أ/ الدين المضمون

تتمثل هذه النقائص أساساً في سكوت الفصل 398 م.ح.ع في هذا الإطار عن الإشارة إلى إشهار مقر الدائن، رغم أنه قد تكون للغير في إشهار هذا المقر مآرب عدة لعل أهمها تمكينه من مراقبة ما إذا كان الدائن مقيماً أو غير مقيم بعد أن راقب حافظ الملكية العقارية ذلك من خلال مقتضيات الفصل 377 جديد م.ح.ع. كما أن الإشهار ضروري ليتمكن واضع اليد من توجيه عرض التطهير إلى الدائن أخذاً

<sup>81</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 584.

بالفصل 292 م.ح.ع، وإتاحة ما جاء به الفصل 477 م.م.ب.ت من استدعاء الدائنين المرسمين لحضور توزيع ثمن التثبيت عليهم<sup>82</sup>.

كذلك، وإضافة إلى السكوت عن إشهار مقر الدائن، فإن المشرع لم يوجب كذلك التنصيص على صفات الدين عند ترسيم الرهن العقاري رغم أهمية تلك الصفات خاصة إذا تجسمت في أجل أو شرط. فأما عن أجل الوفاء بالدين، فرغم إشارة الفصل 214 م.ح.ع إلى وجوب التنصيص في الكتب على " مقدار الدين وتاريخ حلوله أو وجوب أدائه" لمعارضة الغير برهن المنقول إلا أن المشرع سكت عن هذا التنصيص عند ترسيم الرهن العقاري، رغم أن ذلك يحرم الغير الذي يشتري العقار المرهون من معلومات مهمة سواء قام بإجراءات التطهير أم لا. أما فيما يتعلق بالشرط، فلا يخرج الأمر فيه عن حالتين: أحدهما أن يكون الشرط الذي قد اقترن بالدين أو الرهن تعليقياً، فيكون الرهن قابلاً للتقيد الاحتياطي على معنى الفصل 366 م.ح.ع، في حين لا يؤول اقتران الرهن أو الدين بشرط فاسخ إلى إخراج الرهن عن قاعدة الترسيم. وإن كان الفصل 398 م.ح.ع لا ينص على وجوب أن يبين الترسيم حينئذ محتوى الشرط، رغم أن إشهار ذلك الشرط من خلال الترسيم لا يخلو من نفع قوامه إتاحة تقدير مدى إمكانية تحقق الشرط للغير الذي يروم شراء العقار أو إبرام رهن من درجة لاحقة عليه.

يؤخذ مما تقدم بأن المشرع سكت عن إدراج عديد البيانات الهامة في عملية ترسيم الرهن الموظف على عقار مسجل، وهي بيانات تتعلق أساساً بالدين المضمون. لكن هذه النقائص لا تقف عند هذا الحد بل تتجاوزه لتصل إلى العقار وعاء الرهن.

### ب/ العقار وعاء الرهن

تبرز نقائص الإشهار كلما شمل الرهن عدة عقارات. وهي نقائص تتخذ مظهرين رئيسيين يستندان إلى مبدأ عدم قابلية الرهن للتجزئة الوارد بالفصل 208 م.ح.ع. فيظل بذلك سكوت الفصل 398 من ذات المجلة عن وجوب التنصيص على العقارات المرهونة مع العقار المرسم عليه الرهن غير مبرر سواء وقع أعمال هذا المبدأ أو التحلي عنه من قبل الدائن المرتهن<sup>83</sup>.

فإذا وقع أعمال مبدأ عدم التجزئة، فإنه يخول للدائن المرتهن التنفيذ بدينه على أي من العقارات المرهونة، وإن كان يمكن للغير الذي انتقلت إليه ملكية العقار أن يدفع دعوى الدائن المرتهن لو أثبت أن قيام هذا الأخير على عقاره كان تنفيذاً لاتفاق بينه وبين المدين الأصلي للإضرار به. وترتبط على كل ذلك

<sup>82</sup> نفس المرجع، ص 585.

<sup>83</sup> نفس المرجع، ص 588.

يتعذر على الغير دفع دعوى الدائن في هذه الصورة الأخيرة، لو لم يعلم بوجود عقارات أخرى مرهونة في ذات الدين، لغياب التنصيص على ذلك في الترسيم.

أما إذا وقع التنازل عن مبدأ عدم التجزئة، فلو التزم الدائن باتباع ترتيب معين في قيامه على العقارات الضامنة للوفاء بالدين، لكان في التنصيص على ترتيب القيام هذا أثناء الترسيم تشجيع للغير على شراء العقار المرهون أو ترتيب رهن من درجة لاحقة عليه، إذا لم يكن هذا العقار الأول في ترتيب القيام وكانت قيمة العقارات السابقة له كافية للوفاء بالدين.

يؤخذ من كل ما تقدم بسطه بأن إشهار الرهن الموظف على عقار مسجل يتم بترسيمه بالرسم العقاري، لكن الأمر يختلف إذا تعلق الرهن بعقار غير مسجل.

### **الفصل الثاني: إشهار الرهن الموظف على العقارات غير المسجلة**

للتطرق إلى إشهار الرهن الموظف على العقارات غير المسجلة، يتجه بداية التعرض إلى متطلبات الإشهار ( المبحث الأول) قبل النظر في نقائصه ( المبحث الثاني).

#### **المبحث الأول: متطلبات إشهار الرهن الموظف على العقارات غير المسجلة**

يخضع الرهن الموظف على عقار غير مسجل طبقاً لمقتضيات الفصل 279 من م.ح.ع إلى وجوب التنصيص عليه برسم الملكية بواسطة عدلين، إذ اقتضى هذا الفصل "بالنسبة للعقار غير المسجل فإن الترسيم بسجل الملكية العقارية يعوض بالتنصيص على الرهن برسم الملكية بواسطة عدلين". وهذه المقتضيات لا تخص سوى شكلية الإشهار دون تحرير كتب الرهن<sup>84</sup>.

ويحصل التنصيص على الرهن بهامش أو بذيل رسم ملكية العقار المرهون بطريقة يسهل معها لكل متعامل الإطلاع على وضعيته القانونية خاصة وأن هذا التنصيص يكون متمتعاً بقوة ثبوتية مطلقة لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور لتضمينها بحجة رسمية.

لكن الفصل 279 سالف الذكر لم يعرف مسألة التنصيص، بل أوضح أنه يتم بواسطة عدلين مما يعد تطبيقاً لآخر الفصل 12 من قانون 23 ماي 1994 المتعلق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد، وهو قانون من شأنه أن الرهن يدون بطرة رسم الملكية أو بذيله مع ذكر التاريخ وإمضاء العدول والأطراف عملاً بالفقرة الثالثة من الفصل 20 منه التي اقتضت أن الملحقات المضافة إلى الحجة العادلة والتي هي بيانات تلحق بالعقد لاستكمالها أو لتعديله أو للدلالة على القيام بإجراء أو عمل قانوني أو على وقوع حادث جديد، لا

<sup>84</sup> خليفة الخروبي، المرجع السابق، عدد 386.

يمكن كتابتها إلا بالهامش أو بآخر الحجة إن تعذر ذلك ويمضي بها العدول وغيرهم ممن أمضوا الكتب<sup>85</sup>. كما يؤخذ من الفصلين 21 و22 من هذا القانون إلزام عدول الإشهاد بتسجيل الرهن بدفتر المسودات ثم يتلو عدل الإشهاد الذي لم يتول التحرير كل المسودة على المتعاقدين الذين يمضون مع العدول بدفتر المسودات. وتأسيسا على كل ذلك يعتبر التنصيص حجة رسمية تتمتع بقوة ثبوتية مطلقة ويجوز مواجهة الكافة بها ما لم يطعن فيها بالزور على معنى الفصل 444 من م.إ.ع كما أنه في صورة ضياع كتب الرهن يتكفل التنصيص بالتدليل على وجوده فضلا عن أن التنصيص يعطي كتب الرهن تاريخا ثابتا.

وتأسيسا على عملية التنصيص هذه، طرح الإشكال حول ما إذا كان بإمكان الطرفين الاتفاق على الرهن والتنصيص عليه مباشرة برسم الملكية دون تحرير كتب فيه. إذ أقر البعض ذلك مؤكدا أن التنصيص قد يكون له مفعول منشئ بين الأطراف زيادة على دوره الاحتجاجي نظرا لأن تدوين الرهن على رسم الملكية يكفل احترام الشرط الشكلي للكتب الذي وردت إشارة الفصل 275 له مطلقة، خاصة وأن التنصيص يأخذ شكل الحجة الرسمية. كما أن التنصيص يوفر ما اقتضاه الفصل 275 من م.ح.ع من تخصيص، سواء تعلق الأمر بالعقار المرهون أو بالدين المضمون. وذلك رأي مردود بالنسبة للعقار المرهون، نظرا لأن التنصيص على هامش رسم الملكية على الرهن لا يفيد التخصيص في كل الأحوال. وقد يتعلق هذا الرسم خاصة لو اتصل الأمر بمقاسمة بعدة عقارات بحيث لا يعرف إن وقع تسليط الرهن على أحدها على أيها يقع الرهن من مجرد وجود هذا التنصيص على طرة الرسم أو في آخره، ولا بد حينئذ من كتب يبين " ذات العقار المرهونة".

وأما عن تحديد مبلغ الدين، فإن الفصل 279 من م.ح.ع لا يقتضي تحميل عدول الإشهاد به، كما لا وجه للاستناد إلى ما أورده الفصل 398 من م.ح.ع من أن ترسيم رهن العقار المسجل ينبغي أن يبين به " اسم المالك والدائن ومقدار الدين"، للتسليم بلزوم توفر التنصيص على نفس مضمون الترسيم أخذا بتنظير الفصل 279 من م.ح.ع بين الترسيم والتنصيص<sup>86</sup>. لكون الفصل 398 سالف الذكر لا يتعلق سوى برسيم العقارات المسجلة، والفصل 279 من م.ح.ع لم يزد عن جعل التنصيص يقوم مقام الترسيم في الإشهار بالنسبة للعقارات غير المسجلة مما لا يعني البتة أنه يخضع إلى شروط وإجراءات الترسيم التي من بينها ما جاء به الفصل 398 من م.ح.ع بحيث لا مناص من الإقرار بأن إلزام العدول بالتنصيص في رسم الملكية على مبلغ الدين يحتملهم بواجبات ليسوا مطالبين بها ويتجاهل منطوق الفصل 279 من م.ح.ع وترتوبا على كل ذلك، يمكن الجزم ببطلان الرهن غير الموثق بكتب لمخالفته أحكام الفصل 275 من م.ح.ع الذي أوجبه لصحة رهن العقار والاتصال مجال التنصيص بنفاذ الرهن في مواجهة الغير مما يفترض قيام

<sup>85</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 567.

<sup>86</sup> نفس المرجع، ص 568.

الرهن صحيحا غير مشوب ببطلان ناجم عن افتقاره إلى شكلية الكتب. وإن كان ذلك لا ينفي أهمية التنصيص الذي ييسر للغير معرفة حجم الرهون الموظفة على العقار على نحو يساعد على التقليل من أسباب المنازعات عند تداول ملكية أو عند إنشاء رهون جديدة عليه.

يخلص مما سبق بأن إشهار الرهن الموظف على عقار غير مسجل يتم بالتنصيص عليه برسم الملكية بواسطة عدلين تأسيسا على نص الفصل 279 من م.ح.ع، وهو ما يحقق الغاية المرجوة من عملية الإشهار بما هو مجموعة الوسائل الممنوحة ليكون الرهن معلوما للكافة<sup>87</sup>. رغم ما تقدم، فإن ذلك لا يخفي عديد النقائص التي تشوب عملية إشهار الرهن الموظف على العقارات غير المسجلة.

### المبحث الثاني: نقائص الإشهار في رهن العقارات غير المسجلة

نص المشرع صلب الفصل 279 م.ح.ع على أن إشهار الرهن الموظف على عقار غير مسجل يتم بالتنصيص عليه برسم الملكية. لكن ونظرا للصياغة المقتضية لهذا الفصل، فقد أغفل المشرع نقيصتين أساسيتين تمثلتا في صورتين تعدد الرسوم (الفقرة الأولى) وغياب رسم الملكية (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: صورة تعدد الرسوم

إن رسوم الملكية في العقارات غير المسجلة متنوعة ومتفاوتة في حجيتها. وعلى رأسها نجد رسم الأصل الذي هو جملة من الأوراق المتلاصقة والمتتالية تتضمن وصفا جمليا لمكونات العقار وحدوده وقائمة مفصلة لمالكيه المتعاقبين. وعند ترهل هذا الرسم على نحو ينذر بتلاشيه، كان للمالك الاستئذان في استخراج نسخة منه. فتختم هذه النسخة بعد مقابلتها بالأصل الذي يتم إبطاله. أما المضمون في الأصل، فهو تلخيص لما تضمنه الرسم الأصلي من معلومات حول العقار ومالكيه والتصرفات التي خضع لها، يقوم به العدول ويقوم الحاكم بختمه بعد مقابلته بالأصل<sup>88</sup>. كما يمكن للمالك أن يكون لنفسه وثيقة أي شهادة تصدر عن جمع من الشهود الثقات، يصرحون فيها أمام العدول بأنهم سمعوا وعلموا علم اليقين بأن العقار ملك للطالب " يتصرف فيه المدة المعتبرة شرعا من غير منازع أو معارض"، فضلا عن وجود الرسم الذي يكتفى فيه بذكر ملكية البائع للمبيع غالبا عن طريق الحيازة وبأن المشتري عارف بذلك. ولعل هذا التعدد والتشتت لرسوم الملكية يؤول حتما إلى تلف أموال المشترين والمرتهنين حينما يكون ذات العقار محلا لأكثر من حجة ملكية، كأن تكون لرسم الملكية أكثر من نسخة تعتبر كل واحدة منها " أصلا صالحا للتعامل فيه"، خاصة في صورة ادعاء المدين كذبا ضياع الرسم الأصلي ليأذن له القاضي في استخراج وثيقة فيه من لدن العدول بل وربما يكرر ذلك أكثر من مرة. بحيث يتوفر له على الأقل رسمين قائمين يعتد بهما قانونا ويجوز التنصيص في كل منهما على رهن العقار دون أن ينعكس ذلك على الرسم أو الرسوم

<sup>87</sup> هيفاء المبروك، المرجع السابق، ص 7.

<sup>88</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 571.

الأخرى، وهو الأمر الذي كان له وخيم الأثر على ائتمان المدين منذ زمن بعيد. وقد وصف الأستاذ محمد الطاهر السنوسي ذلك بالقول بأن " الرجل إذا عرضت له حاجة لرهن ملكه أو يبيعه يقضي أزمة في تعريض ملكه إلى أن يجد من يعرف شخصه ويعرف عين ملكه ومقدار ما هو متصرف فيه ليعرف تحقيق قيمته، ومع ذلك يتحرى العارف لنفسه في مقدار ما يعطيه سلفا في الرهن وربما يشتط في طلب الفائدة ... وعلى كل حال فهو مضطر لتحر زائد بسبب ما يطراً عليه من آفات الرسوم بظهور أن ما ارتهنه ليس ملكا لراهنه وظهور تعدد الرسوم وتعدد المرتهنين"<sup>89</sup>.

وعموماً، يبقى تعدد رسوم الملكية مشكلة حقيقية تضعف الرهن وتدخل البلبلة على إشهاره في العقارات غير المسجلة. الأمر الذي يجعل ما جاء به الفصل 279 من م.ح.ع من تنصيب غير كاف لحفظ حقوق الدائن المرتهن وحمايته من المفاجآت غير السارة، وهو ما يمكن تلافيه بتنقيح هذا النص في اتجاه تدقيق مصطلح رسم الملكية وتحديد تاريخ الرسم الذي سيقع التنصيب على الرهن صلبه. لما في ذلك من تجنب لمشكلة تعدد الرسوم ومن محافظة بالتالي على ائتمان المدين من جهة وعلى حقوق الدائن المرتهن من جهة أخرى<sup>90</sup>. وذلك رغم أن هذا الائتمان يتهدده خطر أعظم وهو غياب رسم الملكية.

#### الفقرة الثانية: صورة غياب رسم الملكية

إن انعدام كل ما يصح تسميته رسماً للملكية قد يكون ناجماً عن فقدانه لسبب ما، كالضياع أو السرقة أو حتى التلاشي. وقد أوجد المشرع حلاً رامية إلى تجاوز حالة فقدان الرسم والحصول على ما يقوم مقامه، وإن كانت هذه الحلول مختلفة حسب طبيعة الرسم المفقود. فإن كان هذا الأخير حجة عادلة، أتاح الفصل 28 وآخر الفصل 12 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة عدول الإثهاد للمدين أن يحصل على نسخة منها. كما يخول له الفصل 90 والفقرة الثانية من الفصل 92 من مجلة الطابع الجبائي ومعاليم التسجيل أن يتحصل على نسخة من قبضة المالية. على أن الحل الثاني يظل وحده متاحاً للمدين لو كان الرسم المفقود كتباً خطياً مسجلاً طبقاً لأحكام الفصل 581 من م.إ.ع. إلا أن كلا الحلين قد يستعصي على من يروم الرهن لجهله ببيانات التسجيل أو لصعوبة التقليب في الدفاتر القديمة للعدول<sup>91</sup>. فلا يبقى له سوى اللجوء إلى استصدار إذن على عريضة في إلزام من فوت له في العقار بالبيع مثلاً بتسليمه نسخة مطابقة للأصل من كتب التفويت الذي بيده. لكن ذلك يفترض بقاء المالك السابق على قيد الحياة واهتمامه بحفظ النسخة التي بقيت لديه من العقد، ويفترض خاصة معرفة المفوت له بمكان وجوده الحالي. بحيث لا يندر

<sup>89</sup> محمد الطاهر السنوسي، دائرة التشريع التونسي في القانون العقاري، المطبعة العصرية تونس، طبعة أولى 1958، الجزء الأول، ص 27.

<sup>90</sup> فوزي بالكناني، المقال السابق، ص 572.

<sup>91</sup> نفس المرجع، ص 573.

أن يجد المدين نفسه، رغم كل هذه الحلول في وضعية من لا رسم له، أي وضعية الحائز للعقار الذي يروم رهنه.

وقد كان الفصل 39 من أمر 1929 الخاص بالعدول المسلمين يتيح الخروج من هذه الوضعية بالحصول على "وثيقة" تقوم مقام الرسم. إلا أن الفصل 55 من الأمر العلي المؤرخ في 24 جوان 1957 أبطل صراحة أحكام أمر 1929. كما لم يتضمن قانون 1994 نص مماثل للفصل 39 من أمر 1929. ومع ذلك لم يحرم المشرع الحائز أحيانا من بديل عن رسم الملكية يقوم على تمكينه من حجة صادرة عن السلط المختصة تشهد بحوزه للعقار على وجه الملكية بموجب أمر 30 أوت 1951 المحدث للرسم الوردي المستخرج من السجل الحوزي، ثم بمقتضى قانون 10 أكتوبر 1959 المعوّض بقانون 10 جوان 1974 والمتعلق بشهادة الحوز. وتلك شهادة تلتقي مع الوثيقة في عدة جوانب أهمها تسليمها إلى الحائز وإقامتها اعتمادا على شهادة الشهود وجواز الاعتماد عليها لإشهار الرهن العقاري بصريح الفصل 2 من قانون 1974 الذي أوضح أن " مؤسسات القرض مرخص لها أن تمنح، استنادا على شهادة الحوز، قروضا لصاحبها وأن توظف توثيقا لدينها رهنا عقاريا من المرتبة الأولى على أملاك المدين التي هي موضوع شهادة الحوز. ويتبع هذا الرهن الموظف على العقار موضوع شهادة الحوز في أي يد ينتقل إليها ويرسم بشهادة الحوز.

وتختلف الشهادة مع الوثيقة في الاكتفاء لإسنادها بحوز يتواصل لخمس سنوات وفي اقتصار فائدتها على إشهار الرهن بالنظر إلى إسنادها من الولاية دون تدخل من القضاء. لكن تبقى لشهادة الحوز نقيصة أساسية تتمثل في اقتصارها على العقارات الفلاحية خلافا للوثيقة التي يمكن أن تقام في الأراضي والمباني<sup>92</sup>. بحيث لا مجال للحصول على تلك الشهادة فيما يتعلق بالعقارات غير الفلاحية التي يمكن الحصول فيها على سند لإشهار الرهن باستصدار حكم يقوم مقام الرسم عن طريق دعوى استحقاقية مؤسسة على الحوز المكسب وموجهة ضد خصم معين أو ضد الحق العام. مما يتيح التنصيص على الرهن بالنسخة التنفيذية من الحكم النهائي الصادر فيها والتي لا تعصى مبدئيا سوى مرة واحدة. ومع ذلك لا يقضي هذا الحل تماما على مشكلة تعدد الرسوم، إذ يخول الفصل 254 من م.م.ت الحصول على نسخة تنفيذية ثانية بحكم استعجالي صادر عن رئيس المحكمة إذا تلفت النسخة التنفيذية قبل التنفيذ. فيعود بذلك تلف النسخة التنفيذية قبل التنفيذ بالحائز إلى وضعية غياب الرسم. ويؤول التمسك بتلفها قبل التنفيذ إلى ظهور خطر تعدد الرسوم ما يقلص من نجاعة إشهار الرهن في العقارات غير المسجلة.

<sup>92</sup> نفس المرجع، ص 573.

## الخاتمة

أخضع المشرع الرهن العقاري إلى شروط شكلية صارمة وجب اتباعها سواء كانت شرطا لصحة هذا الرهن أو شرطا للاحتجاج به تجاه الغير ومعارضته به.

وسواء تعلق الأمر بعقار مسجل أو غير مسجل، فإن المشرع أخضع تحرير عقود الرهن الخاصة بها إلى شروط شكلية واضحة. وهي شروط تعتبر أحيانا بمثابة الركن الخامس الذي يضاف إلى أركان العقد والتي يكون بدونها باطلا مثل الكتب، كما يمكن أن تكون الشروط الشكلية مفروضة للإثبات فهي بذلك تمثل شرط احتجاج مثل التسجيل.

وتنقسم الشكليات المستوجبة في تكوين الرهن العقاري إلى شروط شكلية مستوجبة بين أطراف هذا الرهن في عملية إنشائه، إضافة إلى شكلية الإشهار التي فرضها المشرع بهدف حماية الغير في عقد الرهن العقاري.

أما عن الشكليات المستوجبة بين أطراف الرهن العقاري، فتتمثل أساسا في الكتب والتراخيص الإدارية. فقد أوجب المشرع عبر الفصل 275 من م.ح.ع شكلية الكتب كشرط صحة إبرام الرهن العقاري فلا يمكن بذلك الاتفاق على مخالفتها، علاوة على أنه لا يمكن أن يتم رهن عقار كائن بالبلاد التونسية إلا بكتب محرر داخل التراب التونسي تأسيسا على نص الفصل 274 م.ح.ع. كذلك، فقد نص المشرع إضافة لما تقدم على بعض التنصيصات الوجوبية التي يجب أن يتضمنها كتب الرهن العقاري، فلا بد أن يتضمن هذا الكتب تعيينا للدين المضمون من جهة وللعقار المرهون من جهة ثانية، وذلك تأسيسا على عدة فصول من م.ح.ع مثل الفصلين 206 و275.

أما عن شكلية الرخص الإدارية، فقد فرضها المشرع كشرط صحة للرهن العقاري في بعض المواضيع. ومثال ذلك ما جاء به أمر 4 جوان 1957 الذي منع إبرام رهون على الأراضي الفلاحية دون الحصول على رخصة من والي الدائرة الكائن بها العار، سواء كان مسجلا أو غير مسجل. وقد رتب المشرع جزاء البطلان للرهن عند غياب هذه الرخصة كجزاء أصلي، مدعما إياه بجزاء آخر هو منع التسجيل.

وإضافة إلى شكليتي الكتب والتراخيص الإدارية المفروضتين بين أطراف الرهن العقاري عند إبرامه، فقد أخضع المشرع إنشاء هذا الرهن كذلك إلى شكلية الإشهار، وذلك حماية للغير الدخيل عن هذا العقد.

وتختلف متطلبات القيام بإشهار الرهن العقاري باختلاف طبيعة العقار المرهون سواء كان مسجلا أو غير مسجل. فإذا كان عقارا مسجلا، فقد اقتضى الفصل 278 من م.ح.ع بأن إشهار الرهن يكون

بترسيمه بالرسم العقاري. ويمكن أن يتم الترسيم في هذا الإطار لمصلحة من طلبه أو كذلك لمصلحة غيره مع ضرورة التنصيص على عديد البيانات التي نص عليها الفصل 377 جديد من م.ح.ع، إضافة إلى ضرورة اتباع الإجراءات الواردة بالفصل 398 من نفس المجلة.

أما إذا كان العقار المراد رهنه غير مسجل، فقد اقتضى الفصل 279 من م.ح.ع بأن الإشهار في هذه الحالة يتم بالتنصيص على الرهن برسم الملكية بواسطة عدلين. وهو إجراء جاء لتعويض الترسيم بالرسم العقاري المتعلق بالعقارات المسجلة، لكنه في المقابل لا يخفي انطواءه على بعض النقائص التي تبرز خاصة في صورة تعدد الرسوم أو كذلك غياب رسم الملكية.

## قائمة المراجع

### المراجع باللغة العربية:

#### 1/ المراجع العامة:

- ✓ خليفة الخروبي " التأمينات العينية والشخصية"، منشورات الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014.
- ✓ سمير عبد السيد تناغو " النظرية العامة للقانون"، منشأة المعارف الإسكندرية 1986.
- ✓ محمد الزين " النظرية العامة للالتزامات: العقد"، مطبعة الوفاء، تونس 1997، الطبعة الثانية.

#### 2/ المراجع الخاصة:

- ✓ الحبيب الشطي، ميدان رخصة الوالي، دراسات في القانون العقاري: المجموعة الأولى، دار الميزان للنشر، الطبعة الأولى، جوان 1996.
- ✓ محمد الطاهر السنوسي، دائرة التشريع التونسي في القانون العقاري، المطبعة العصرية تونس، طبعة أولى 1958، الجزء الأول.
- ✓ نزار كرمي " الانقضاء الأصلي لرهن المنقول"، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2015.

#### 3/ أطروحات ومذكرات:

- ✓ مراد الجديدي، إشهار التأمينات العينية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2014-2015.
- ✓ صلوحة بومية، تطور الشكلية في القانون المدني، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014.
- ✓ كوثر الوحيشي " الشكلية في التأمينات العينية"، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2003-2004.
- ✓ هادية المناعي، انتقال الملكية في بيع العقارات، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2006-2007.
- ✓ هيفاء المبروك، إشهار الرهن العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير المهني في قانون المؤسسة والأعمال، كلية الحقوق بصفاقس 2014-2015.

#### 4/ دراسات ومقالات:

- ✓ أحمد بن طالب " لمحة عن التأمينات في الفقه الإسلامي"، من كتاب " دراسات في قانون التأمينات"، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بإشراف الأستاذ البشير الفرشيشي، الطبعة الثانية، تونس 2003.
- ✓ حاتم الرواتي، إشهار الرهن العقاري، مقال مقتطف من مؤلف دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، المطبعة العصرية تونس 2003، الطبعة الثانية.
- ✓ عبد الوهاب الجويني، الشكلية في تكوين الرهن، مقال مقتطف من المؤلف الجماعي دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بإشراف الأستاذ البشير الفرشيشي، المطبعة العصرية، الطبعة الثانية، تونس 2003.
- ✓ فوزي بالكناني، دور الشكلية في رهن العقار، مقال منشور ضمن مجموعة أعمال « Droits et Culture » مهداة للعميد عياض بن عاشور، مركز النشر الجامعي تونس 2008.
- ✓ كمال العياري، الشكلية في تكوين الرهن العقاري، م.ق.ت عدد 9، نوفمبر 2005.
- ✓ محمد الطاهر بن البشير " رهن العقار وبيعه فيما رهن فيه"، م.ق.ت مارس 1960.
- ✓ محمد كمال شرف الدين، جزاء غياب الرخصة الإدارية في العمليات العقارية، المجلة القانونية التونسية 1990.

#### 5/ دروس ومحاضرات:

- ✓ محمد كمال شرف الدين، الشكلية في التصرفات القانونية، محاضرات مرقونة سنة أولى ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014-2015.

#### المراجع باللغة الفرنسية:

#### 1/ Ouvrages généraux :

- ✓ Jacques Mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, Traité du droit civil : droit Spécial des sûretés réelles, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, Paris 1996.

- ✓ Louis Bach, Droit Civil : Introduction à l'étude du droit, Tome 1, 13<sup>ème</sup> édition, SIREY 1999.
- ✓ Marie Antoinette Guerreiro, L'acte juridique solennel, LGDJ, Paris 1975.
- ✓ Marie-Noelle Jobard-Bachelier, Droit Civil: Sûretés, Publicité foncière, 13<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 2000.

## **2/ Mémoires :**

- ✓ Ilyes Miladi, Formalisme et effets des sûretés réelles à l'égard des tiers, Mémoire en vue de l'obtention du mastère en droit des affaires, FSJPST 2005-2006.
- ✓ Mohamed Sahnoun, La Spécialité de l'hypothèque conventionnelle, Mémoire pour l'obtention du DEA, FDSP 1991-1992.

## **3/ Articles :**

- ✓ Slaheddine Mellouli « Le délaissement dans le contrat d'hypothèque ». Article situé dans « Mélanges offertes Au professeur Sassi ben halima », Centre de Publication Universitaire 2005.

## الفهرس

1	المقدمة
7	الجزء الأول: الشكليات المستوجبة بين أطراف الرهن العقاري
7	الفصل الأول: شكلية الكتب
7	المبحث الأول: إبرام الكتب
8	الفقرة الأولى: وجوبية شكلية الكتب
10	الفقرة الثانية: مكان إبرام الكتب
11	المبحث الثاني: التنصيصات الوجوبية
11	الفقرة الأولى: تحديد مبلغ الدين
13	الفقرة الثانية: تحديد العقار المرهون
15	الفصل الثاني: التراخيص الإدارية
15	المبحث الأول: الرخص الإدارية المستوجبة في الرهن العقاري
16	المبحث الثاني: جزاء غياب الرخصة الإدارية
16	الفقرة الأولى: البطلان
17	الفقرة الثانية: منع الترسيم
19	الجزء الثاني: حماية الغير من خلال شكلية الإشهار
20	الفصل الأول: إشهار الرهن الموظف على العقارات المسجلة
20	المبحث الأول: أطراف الترسيم
21	الفقرة الأولى: طالب الترسيم
21	أ/ طالب الترسيم لمصلحة نفسه
21	ب/ طالب الترسيم لمصلحة غيره
23	الفقرة الثانية: البيانات الضرورية للترسيم المتصلة بأطراف الرهن
23	المبحث الثاني: إجراءات الترسيم
23	الفقرة الأولى: سير إجراءات الترسيم
24	الفقرة الثانية: نقائص الترسيم
24	أ/ الدين المضمون
25	ب/ العقار وعاء الرهن
26	الفصل الثاني: إشهار الرهن الموظف على العقارات غير المسجلة
26	المبحث الأول: متطلبات إشهار الرهن الموظف على العقارات غير المسجلة

28.....	المبحث الثاني: نقائص الإشهار في رهن العقارات غير المسجلة
28.....	الفقرة الأولى: صورة تعدد الرسوم
29.....	الفقرة الثانية: صورة غياب رسم الملكية
31.....	الخاتمة
33.....	قائمة المراجع
36.....	الفهرس