

أصول

المرافعات المدنية والتجارية

التنظيم القضائي - اختصاص المحاكم

نظرية الدعوى - نظرية الخصومة المدنية

الأحكام القضائية - طرق الطعن في الأحكام

وقف تنفيذ الأحكام

طبعة رابعة معدلة وفق أحدث القوانين والقرارات

التعقيب المتصلة بالمرافعات

د. حسين بن خليفة

أحمد الجندوبي

المستشار بمحكمة التعقيب بتونس

وكيل الرئيس الأول

مدرس بكلية العلوم القانونية

لمحكمة التعقيب بتونس (سابقاً)

والسياسية بتونس



تونس 2018

العنوان : أصول المرافعات المدنية والتجارية

المؤلف : ٥. حسين بن سليمة

الطبعة الرابعة

حقوق التأليف محفوظة للمؤلف

حقوق الطبع والنشر والتوزيع لمجمع الأطرش

ر.د.م.ك : 7-172-20-9938-978

إخراج وطباعة مجمع الأطرش للكتاب المختص

95 شارع لندرة - تونس 1000 - الهاتف : 71 241 123 - الفاكس : 71 330 490

البريد الإلكتروني contact@latrach-edition.com - E - mail :

الموقع www.latrach-edition.com

تمهيد

لما قتل قابيل أخاه هاويل قتل العدل.

ولئن ظل قابيل يبكي أخاه حزنا وندما إلا أن البكاء لا يعيد العدل المقتول. وكان من اللازم للبشرية أن تضع نظما لإرجاع العدل عندما يجار عليه، وإن كانت تلك النظم متشعبة المسالك كما قال «فاليري جيسكار ديستان» رئيس جمهورية فرنسا الأسبق أن «التقاضي غابة يصعب على من لا يعرف مسالكها الخروج منها بسلام».

لذلك رأينا من الضروري أن نساهم بهذا المؤلف لتبصير العاملين في الحقل القانوني والعام أيضا بتلك الطرق حتى يمكن لكل صاحب حق أن يعرف كيف يسلك الطريق الذي يمكن أن يوصله إلى استرجاع حقه المسلوب. وأمر الله سبحانه وتعالى إرجاع الحق لأهله رضائياً أو قضائياً عندما قال: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽¹⁾.

صدق الله العظيم.

(1) سورة النساء - الآية 58.

المحتوى

.....	*المقدمة
.....	*الجزء الأول : التنظيم القضائي واختصاص المحاكم
.....	القسم الأول : التنظيم القضائي
.....	القسم الثاني : اختصاص المحاكم
.....	*الجزء الثاني : نظرية الدعوى
.....	*الجزء الثالث : نظرية الخصومة المدنية
.....	القسم الأول : إجراءات الخصومة
.....	القسم الثاني : جزاء مخالفة الإجراءات
.....	القسم الثالث : آثار الخصومة
.....	القسم الرابع : طرق الطعن في الأحكام ووقف تنفيذها

تقديم الطبعة الثانية

أقدم المشرع على تنقيح أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية **لقد** بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 وانصب التنقيح على الفصول المنظمة لإجراءات التبليغ وهي ذات الأرقام 6، 8، 9، 10، 11 والمنظمة لإجراءات الدعوى والأمر بالدفع ذات الأرقام 43، 60، 61، 70 والفصول المنظمة للصعوبات التنفيذية ذات الأرقام 201 و 211 بالإضافة إلى الفصول الأخرى ذات الأرقام 253، 287، 298، 332، 333، 335، 336، 337، 339، 399، 400، 404، 405، 406، 409، 411، 412، 425، 442، 444، 450.

وهذا التنقيح كان له أثر على محتوى الكتاب في طبعته الأولى مما أوجت الضرورة إلى إصدار طبعة ثانية تتضمن هذه التنقيحات وإضافة ما كنا سهونا عن دراسته وخاصة الأمر بالدفع وتوحيد الآراء من قبل محكمة التعقيب والغلط الحسي والتسبقة الاستعجالية التي أقرها القانون الجديد.

تقديم الطبعة الثالثة

إن نفاذ الطبعة الثانية وتعدد طلبات الدراسين والطلبة يستدعي إصدار طبعة ثالثة خاصة أن فقه القضاء اتخذ مواقف حديثة من بعض المفاهيم والمؤسسات القانونية ومن ذلك القرار المتعلق باستنفاد الولاية الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب تحت عدد 13806 بتاريخ 24 ديسمبر 2009 والذي ورد بإحدى حيثياته أن «استنفاد الولاية هو نتيجة للصفة القطعية في الحكم كعمل قانوني وهو الوسيلة التي تمكن من دوام الاستمرار للأثر الأساسي للحكم له حصانة تحول دون المساس بها من طرف المحكمة لأن هذه الأخيرة إذا حسمت النزاع في مسألة معروضة عليها فإن سلطتها تنقضي بشأنها ولم تعد لها الولاية في إعادة بحثها وفي تعديل قضائها ولو باتفاق الخصوم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك». كما صدر قرار بخصوص تأويل الفصل 484 من الجلسة المدنية المتعلقة بحجية الأمر المقضي وذلك بتاريخ 12 جويلية 2010 تحت عدد 43851 وورد به «أن استثناء لحجية الأمر المقضي هو الغلط الحسي».

تقديم الطبعة الرابعة

إن نفاذ الطبعة الثالثة يوجب إصدار طبعة رابعة محدثة وفق الأحكام الصادرة خلال هذه السنوات خاصة ان فقه القضاء الذي يعتبر من مصادر القانون

في تغير نحو العدالة بنسق متواصل ومستمر.

القدمة

إن مرفق القضاء يستمد شرعية وجوده من ضرورة استتباب الأمن والاستمرار في المجتمع وحماية الأملاك والحرية الفردية باعتبار أن القاعدة القانونية تتميز بكونها قاعدة ملزمة ولا يتوقف سريانها على إرادة الأشخاص الذين تنظم علاقتهم. ولقد جرت الأمور على أن يحترم الأشخاص القاعدة القانونية التي تنظم سلوكهم بطريقة اختيارية لاقتناعهم بها أو خشية التعرض للجزاء الذي تقرره، غير أن الأمور لا تجري بالضرورة وفق الصور التي ذكرناها وقد يحدث ما يحول دون تطبيق القاعدة القانونية عندها تتدخل السلطة القضائية سواء بطلب من المعني بالأمر في المادة المدنية والتجارية أو من السلطة المخول لها تحريك الدعوى العمومية في المادة الجزائية. ولذلك فإنه من الضروري بادئ ذي بدء تعريف قانون المرافعات المدنية(1) وتمييزه عن الإجراءات الجزائية أو الإدارية (2) وتحديد محتواه (3) وبيان خصائصه (4) والوقوف عند مصادره (5).

الفقرة الأولى - تعريف الإجراءات المدنية والتجارية :

إن الإجراءات المدنية والتجارية هي مجموعة القواعد القانونية المنظمة للقضاء المدني والتجاري والمبينة لوظيفته وكيفية أدائه لهذه الوظيفة. وإن أغلب الدول تستعمل مصطلح «الإجراءات المدنية والتجارية» للتدليل على القواعد المنظمة لسير الخصومة منذ رفع الدعوى⁽¹⁾ والحكم فيها وتنفيذه. ولقد تم نقد هذه التسمية ضرورة أن الإجراءات تقيد الإشكال الخارجية للخصومة وذلك لا يحول دون دراسة الخصومة كنظام قانوني، وبالإضافة إلى ذلك أن الإجراءات المدنية والتجارية توجد في فروع أخرى من القانون باعتبار أن القانون المدني تعرض لشكليات إبرام العقود ومجلة الأحوال الشخصية نظمت إجراءات الزواج والطلاق والوصية والهبة، والقانون التجاري نظم إجراءات تأسيس الشركات وبالتالي إن الاصطلاح المستعمل لم يأت على كل هذه القوانين بل اقتصر على بيان الإجراءات القضائية مما حدا ببعض الفقهاء مثل موريل على استعمال مصطلح «القانون القضائي» أما سوليس فاستعمل مصطلح «القانون القضائي الخاص».

(1) Vincent jean et cuche : procédure civile et commerciale - paris - Dalloz 1960.

عبد الباسط جميعي : «شرح قانون الإجراءات المدنية». القاهرة - 6691.

وان استعمال هذين المصطلحين يثير خلطاً في الأذهان باعتبار استيعابها للقواعد القانونية التي يخلقها القضاء والتي يطلق عليها القانون القضائي، ولذلك فإنه من الأفضل استعمال مصطلح «قانون القضاء المدني» وهو ما ذهب إليه الدكتور فتحي والي⁽¹⁾ وسانده في ذلك الدكتور وجدي راغب⁽²⁾ وعلا موقفهما بأن هذا المصطلح أكثر دقة ويدل على مادة القانون المنظمة للإجراءات ويتفق مع المصطلح الذي ساد في الفقه الإسلامي ضرورة أن هذه المادة سميت «بعلم القضاء».

الفقرة الثانية - تمييز الإجراءات المدنية عن الإجراءات الجزائية والإدارية :

إن الحقوق موضوع الحماية متنوعة وبتنوعها يختلف النظام الإجرائي الذي يكفل هذه الحماية ضرورة أنه يوجد إلى جانب الإجراءات المدنية إجراءات إدارية أو جزائية وتعين تبعاً لذلك تمييز هذه الإجراءات.

* فالإجراءات الجزائية هي القواعد القانونية التي تضمن استعمال سلطة الدولة في العقاب وتكون مهمة القضاء الجزائي متمثلة أساساً في التثبيت من اكتمال أركان الجريمة وتقدير العقوبة الملائمة للجاني أو مقترف الفعل الضار. وبذلك يبدو جلياً أن الاختلاف بين القضاء المدني والقضاء الجزائي ينحصر في أمرين، أولهما من حيث الحقوق موضوع الحماية باعتبار أن القضاء الجزائي يهدف إلى حماية المصالح الموضوعية للمجتمع، في حين أن القضاء المدني يحفظ ويصون الحقوق الخاصة، وثانيهما من حيث الجزاء ضرورة أن القضاء الجزائي يسلط العقوبة الزاجرة على مرتكب الجرم المعاقب عنه قانونياً، في حين أن القضاء المدني يهدف إلى تعويض الضرر اللاحق بالفرد نتيجة سوء تنفيذ العقد أو ارتكاب خطأ مدني. وإن اختلاف الحقوق موضوع الحماية يؤدي إلى اختلاف الوسائل المستعملة والإجراءات الواجب اتباعها ضرورة أن طلب التعويض لا يمارس إلا على أساس طلب من ذي المصلحة ويحكمه مبدأ حرية الأطراف في مباشرة الإجراءات في حين أن القضاء الجزائي فإنه يمارس على أساس طلب النيابة العمومية بسلطات واسعة.

* أما الإجراءات الإدارية فهي تتعلق وتهدف إلى حماية الحقوق العامة والتي لا تدخل تحت طائلة القانون الجزائي، وكلما كانت الإدارة العامة طرفاً في الدعوى، إلا أن هذين المعيارين غير كافيين لتمييز القضاء الإداري ضرورة أنه

(1) الدكتور فتحي والي : «قانون القضاء المدني» - دار النهضة العربية - 1971.

(2) الدكتور وجدي راغب : «الموجز في مبادئ القضاء المدني» - 1977 ص. 8.

يحمي أيضا الحقوق الخاصة، كما أن المصالح والحقوق الخاصة يمكن أن تكون راجعة للإدارة العامة وموضوع حماية القانون المدني. وعلى كل فإن القضاء الإداري تتولاه المحكمة الإدارية التي لها ولاية الفصل في المنازعات الإدارية ودعاوى تجاوز السلطة وستتطرق بإطناب إلى اختصاص المحكمة الإدارية عند التعرض لاختصاص المحاكم في فصل لاحق.

الفقرة الثالثة - محتوى قانون الإجراءات المدنية :

إن قانون الإجراءات المدنية والتجارية يتضمن أساسا مجموعة القواعد المنظمة للمحاكم المختصة لإصدار الأحكام وتحديد اختصاص كل واحدة تاريا وحكميا وبيان سير إجراءات الدعوى ودرجة الحكم الصادر وكيفية الطعن في ذلك الحكم إلى أن يصبح سندا تنفيذيا يمكن من الحصول على الحق الذي على أساسه تم القيام.

1 - النظام القضائي :

لا يمكن للشخص أن يسترجع حقه المسلوب بنفسه وهو ما اقتضاه الفصل 555 من المجلة المدنية عند ما نص على «أن التعدي على الشخص لا يكون وجهها له في الإضرار بغيره» وطالما أقر المشرع هذا المبدأ فهو ملزم بتحديد السلطة المختصة لإرساء العدل بين الناس. ويكون بذلك أول ما يجب إصداره هو الأحكام المنظمة للمحاكم، تحديد شروط انتداب القضاة وترقيتهم وضمانات استقلاليتهم كما تتعلق هذه الأحكام بمساعدي القضاء وهم المحامون الذين يتولون نيابة الخصوم باعتبار أن إنابة المحامي وجوبية عملا بأحكام الفصل 68 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والعدول المنفذون الذين يتولون تبليغ الاستدعاءات وتنفيذ الأحكام وكتاب المحاكم الذين يتولون تحرير محاضر الجلسات والخبراء العدليون الذين يتولون التوجه على العين ودراسة المشاكل الفنية واقتراح الحلول الملائمة والمترجمون المحلفون الذين يتولون تعريب الوثائق المحررة بلغات أجنبية باعتبار أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية والواجبة الاستعمال أمام المحاكم ضرورة أن الفصل الأول من الدستور اقتضى أن اللغة العربية هي لغة البلاد التونسية.

2 - الاختصاص :

إنه من غير الكافي القول بان السلطة القضائية هي المختصة لفصل النزاعات بين المتنازعين بل لابد أيضا من تحديد اختصاص كل محكمة وطبيعة الدعوى الراجعة

لها بالنظر. وهذه الأحكام تنقسم إلى قسمين أولهما المتعلق بالاختصاص الحكمي باعتبار وجود محاكم مختصة بالنظر في النزاعات المدنية والتجارية وأخرى يرجع لها النظر في النزاعات ذات الصبغة المهنية أو التسجيل العقاري. كما أن طبيعة الدعوى وقيمتها أو قيمة الطلب فيها أو المعيارين معا يمكن من معرفة المحكمة المختصة اختصاصا حكما. وبعد معرفة المحكمة المختصة حكما لا بد من معرفة المحكمة المختصة ترايبا بالاعتماد على قواعد تتضمن المعايير الواجبة الاتباع ويمكن أن تكون هذه المعايير مثل مقر المطلوب أو مكان وجود العقار أو المقر الرئيسي للشركة أو مكان فتح التركة.

3 - القواعد المنظمة لسير الخصومة :

إذا ما تم تحديد المحكمة المختصة ترايبا وحكما فإنه من الواجب معرفة المراحل الإجرائية التي تتخطاها الخصومة حتى لا تكون عرضه للرفض شكلا، بالإضافة إلى ذلك إنه من غير المنطقي أن تترك للخصوم حرية تسيير الخصومة من الناحية الإجرائية ولذلك تضمنت مجلة المرافعات المدنية والتجارية طرق رفع الدعوى وتقييدها وتبليغ عريضة افتتاح الدعوى والإجراءات الواجبة الاتباع والشكليات المحتم مراعاتها.

4 - طرق الطعن :

إن العمل القضائي عمل إنساني وعرضة للخطأ والمشروع واع بهذا الإشكال فأقر إمكانية الطعن لمن لم يرض بالحكم من الخصوم في أجل معين. ولقد أقرّ المشرع التونسي إمكانية الطعن في الحكم بطريق الطعن العادي وهو الاستئناف الذي له مفعول تعليلي وانتقالي أو بطرق الطعن غير العادية وهي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب.

الفقرة الرابعة - خصائص الإجراءات المدنية والتجارية :

إن قانون المرافعات المدنية والتجارية يتميز بخاصيتين رئيسيتين أولاهما الصبغة الشكلية وثانيها الصبغة الأمرة باعتبار أن جل أحكام هذا القانون لها مساس بالنظام العام لتحقيق المساواة بين كل المواطنين وخضوع كل القضايا لنفس الإجراءات بقطع النظر عن القائمين بها ومكانتهم الاجتماعية ضرورة أن العدالة لا لون لها.

1 - الميزة الشكلية في قانون المرافعات المدنية :

إن الإجراءات تخضع لقاعدة أساسية هي احترام الشكل المحدد من المشرع ويجب أن يتم القيام بالإجراء وفق الطريقة التي حددها المشرع باعتبار أن الشكلية

المحددة مقررة لصحة العمل لإثباته ولذلك إذا كان العمل معيبا شكلا لا يجوز تكملة النقص عن طريق الإثبات ولا يحل محل اتباع الشكل القانوني شهادة الشهود أو حتى الإقرار⁽¹⁾ وبالإضافة إلى ضرورة التبليغ بواسطة عدل منفذ فإنّ المشرع أوجب القيام بالعمل الإجرائي في مكان معين أو في زمن معين أو في أجل معين.

* مكان العمل الإجرائي :

لقد أقر المشرع ضرورة القيام بالعمل الإجرائي في مكان معين ومن ذلك تبليغ الاستدعاء بمقر المطلوب وبالتالي إذا تم التبليغ في غير ذلك المكان يكون باطلا ولقد أقرت محكمة التعقيب هذه القاعدة عندما اعتبرت أن «تبليغ الاستدعاء بمقر عمل المطلوب لا يعتبر تبليغا صحيحا».⁽²⁾

وهذا الموقف أصبح مخالفا للقانون ضرورة أن الفصل اقتضى أن «النظير يسلم إلى الشخص نفسه أينما وجد ، ومن ثم حتى في مكان العمل يكون التبليغ صحيحا.

* زمن العمل الإجرائي :

لقد حدد المشرع زمن العمل الإجرائي ومثال ذلك ما اقتضاه الفصل 141 من المجلة المدنية الذي نص على أنه «إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية امتدّ الأجل إلى اليوم الموالي لانتهاه العطلة» وبالتالي لا يمكن التبليغ أو التنفيذ أيام العطل الرسمية وإذا ما تم العمل الإجرائي في ذلك الوقت يكون باطلا.

* آجال القيام بالعمل الإجرائي :

لقد حدد المشرع آجالا للطعن ومثال ذلك أن أجل الطعن بالاستئناف عشرون يوما من تاريخ الإعلام بالحكم وبالتالي إذا كان اليوم الذي تم فيه العمل لا يدخل في الحساب في حين أن اليوم الأخير يحسب عملا بأحكام الفصل 140 من المجلة المدنية، وعليه إذا تم الطعن خارج الأجل يقضي بسقوط الطعن.

2- الصبغة الآمرة لقواعد الإجراءات :

إن القواعد الإجرائية منظمة لمرفق عام ومن الطبيعي أن تكتسي هذه القواعد الصبغة الآمرة وهي ملزمة للقاضي والمتقاضي ويترتب على ذلك أثران أولهما أنه لا يمكن الاتفاق على مخالفتها وثانيهما تطبيقها الفوري حال نشرها بالرائد الرسمي.

(1) الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب القرار الصادر في 13 أبريل 1995 تحت عدد 27728 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1994-1995 ص. 3.

(2) القرار التعقيبي عدد 140 الصادر بتاريخ 3 فيفري 1977 نشرته محكمة التعقيب 1977 - ج. 1 ص. 89.

* عدم جواز الاتفاق على قواعد الإجراءات المتعلقة بالنظام العام :

لقد فرق المشرع بين جزاء مخالفة القواعد الإجرائية التي تهم النظام العام وبين تلك التي لا تهم إلا مصلحة الخصوم، ووردت هذه التفرقة بالفصل 14 من مجلة المرافعات المدنية غير أن هذا النص لا يقدم أي معيار للتفرقة بينهما مما حدا بفقهاء القانون باقتراح ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الغاية المرجوة من القانون وهدفه، فإذا كان مقصد المشرع منصباً إلى حماية مصلحة عامة كإعادة تنظيم المحاكم أو تغيير اختصاصها الحكمي فإن القانون يكون له مساس بالنظام العام. وأما إذا كان الهدف من القانون هو حماية مصالح الخصوم الخاصة فإنه بالإمكان الاتفاق على مخالفته ومثال ذلك أغلب القواعد الإجرائية المتعلقة بالاختصاص الترابي.

* التطبيق الفوري لقواعد الإجراءات :

إن القواعد الإجرائية شأنها شأن بقية القواعد القانونية لها أثر فوري حال بداية نفاذها⁽¹⁾ أي أنها تكون منطبقة على الأعمال والوقائع القانونية التي تنشأ بعد نفاذ القاعدة الجديدة التي لا يكون لها أثر رجعي ولا تنطبق على الأعمال والحقوق المكتملة في ظل القانون القديم، غير أن ذلك لا ينفى الصعوبات الخاصة بالقواعد الإجرائية الراجعة لطبيعة الخصومة التي تمتد على فترة زمنية ويمكن أن يصدر قانون جديد قبل الفصل فيها، وعلى كل فإن حدث صدور قانون جديد معدل لبعض القواعد الإجرائية فإن الأمر لا يخلو من ثلاث احتمالات.

- الاحتمال الأول المتعلق بخصومة سابقة للقانون الجديد :

إن التشريع الجديد لا ينطبق على الخصومات السابقة لصدوره وتبقى جميع الأعمال التي تمت فيها وآثارها منضوية تحت طائلة التشريع القديم ومثال ذلك صدور قانون جديد يغير من طريقة رفع الدعوى فإنه لا يسري على الخصومة الصادر فيها حكم أو التي نشرت في ظل القانون القديم.

- الاحتمال الثاني المتعلق بخصومة مستقبلية :

إن الخصومات الغير منشورة وصدور قانون جديد فإنها تكون خاضعة له وفق البيانات التالية :

- إن إجراءات الخصومة تكون خاضعة للقانون الجديد السابق لنشرها ويشمل ذلك تحديد المحكمة المختصة وحقوق وواجبات الخصوم وشكل الأعمال الإجرائية وآثارها، غير أن التشريع الجديد عليه احترام آثار الأعمال القانونية المبرمة قبل صدوره ولذلك إذا اتفق الأطراف على اختصاص ترابي معين فإن أثر هذا الاتفاق يظل خاضعاً للقانون القديم.

(1) ROUBIER Paul : «Le droit transitoire» - Paris 1960 - p. 57.

- أما بخصوص أدلة الإثبات فإنه من المتفق عليه أن القواعد التي تنظم كيفية تقديم أدلة الإثبات أمام القضاء فإن القانون الجديد هو المنطبق، غير أن الإشكال يحصل بالنسبة لقبول الدليل وقوته الثبوتية. ولقد ذهب البعض من فقهاء القانون إلى القول أن قبول الدليل يعتبر مسألة إجرائية ويجب أن تقبل وفق القانون المنطبق عند تقديمها للمحكمة، إلا أن هذا الموقف انتقد بشدة لأنه يؤدي إلى الإضرار بحقوق الخصوم⁽¹⁾ ضرورة أنه يمكن أن يجيز القانون إثبات واقعة معينة بكل الوسائل ويتصرف الأفراد على ذلك الأساس ثم يصدر قانون جديد يوجب الإثبات بالكتابة فإنه من غير المعقول أن يطالب هؤلاء بحجة كتابية لم يرموها عند التعاقد ولذلك فإنه من الضروري التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى : والمتعلقة بالأدلة التي تعد بطبيعتها عند القيام بالعمل القانوني محل الإثبات كالكتابة فإنه من الواجب أن تخضع للقانون المنطبق وقت تكوين العمل القانوني.

الحالة الثانية : والمتعلقة بالأدلة التي لا تعد بطبيعتها بل تحدث فجأة كالوقائع القانونية فإنها تكون خاضعة للقانون الساري وقت تقديم الدليل.

- الاحتمال الثالث المتعلق بالدعوى المنشورة :

إن الاتجاهات الفقهية⁽²⁾ السائدة تعتبر أن التشريع الجديد فوري التطبيق وبذلك أن الإجراءات التي تمت قبل نفاذه تبقى خاضعة للتشريع القديم ويستند هذا الاتجاه إلى استقلالية كل إجراء ونتيجة لذلك أن الدعوى التي تم القيام بها في ظل قانون معين وكانت إجراءاتها صحيحة فهي تبقى كذلك ولو صدر قانون جديد يرتب شكلا آخر لها، وما يصدق على إجراءات الدعوى يصدق على الطعون والأحكام وغيرها من الإجراءات التي يقام بها أثناء سير الدعوى، غير أن الأثر الفوري للقانون بالنسبة للخصومة يثير بعض الإشكالات التطبيقية بالنسبة للمحاور الآتية :

* اختصاص المحكمة :

إن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى معينة يجب أن لا تتغير بموجب قانون جديد طالما تم تعييدها ضرورة أن الاختصاص يتحدد زمن رفع الدعوى، غير أن هذا الرأي الذي يتفق مع المبادئ القانونية لقي معارضة من الفقه⁽³⁾ وتبعه فقه القضاء واستقر موقف محكمة التعقيب على اعتبار أن التعديل الجديد الذي يعدل قواعد الاختصاص يسري فورا على الدعوى المنشورة⁽⁴⁾ تحقيقا لهدف المشرع من التعديل

(1) موريل : «موجز الإجراءات المدنية». باريس - 1949 - ص. 20.

(2) عبد الرزاق السنهوري : «الوسيط في شرح القانون المدني الجديد» - ج. 2 ص. 24.
(3) ROUBIER : «Le droit trāsitoise»، 1960 p. 553.

(4) سوليس وبيرو : «الإجراءات المدنية والتجارية». ج. 1 ص. 23.

وإن هذا الاتجاه هو الذي انتهجه المشرع التونسي فتراه كلما يحدث تعديلا على قانون الإجراءات يقرر فصولا تنظم إحالة الدعاوى القائمة إلى المحكمة التي أصبحت مختصة بها ومثال ذلك القانون المنقح لاختصاص قاضي الناحية الذي أصبح ينظر في الدعوى إلى حدود سبعة آلاف دينار بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 .

* طرق الطعن في الأحكام :

إن القاعدة القانونية الصحيحة تقتضي أن تخضع آثار العمل القانوني للتشريع الساري وقت نشوئه وباعتبار أن قابلية الحكم للطعن أو عدم قابليته وبالتالي حيازته قوة الأمر المقضى به هو من آثار الحكم فإن صدور تشريع جديد يلغي طريق طعن قائم أو يحدث طعنا جديدا يجعل القانون القديم هو المنطبق على الحكم الصادر في ظله.⁽¹⁾

* مواعيد الإجراءات :

إن المواعيد المقررة في ظل قانون معين تبقى سارية المفعول عند صدور قانون جديد ومثال ذلك أجل الطعن بالاستئناف المحدد بعشرين يوما، فإذا صدر قانون جديد وجعله خمسة عشر يوما، فإنّ الأجل القديم هو المنطبق على شرط أن يكون الأجل قد بدأ في ظل القانون القديم، فإذا لم يبدأ إلا في ظل القانون الجديد فمن الطبيعي أن يخضع لهذا القانون.⁽²⁾

الفقرة الخامسة - مصادر قواعد الإجراءات المدنية :

إن المصدر الوحيد للإجراءات المدنية والتجارية هو التشريع ضرورة أن جريان العمل لدى المحاكم لا يمكن أن يرقى إلى مصدر من مصادر التشريع باعتبار أن الخطأ لا يحرز على شرعية من التقادم وعلى أساس إجماع المحاكم على انتهاجه لأن النص القانوني لا ينعدم كيانه بالترك ولا ينقضي حكمه باستعمال ما يخالفه وتعين التطرق إلى محتوى مجلة المرافعات المدنية (1)، ثم للتشريعات المكملة لها (2).

1 - مجلة المرافعات المدنية والتجارية :

إن أهم الإصلاحات التي قام بها المشرع التونسي بعد الاستقلال هو توحيد القضاء ومن نتائجه أن صدرت مجلة تنظم الإجراءات المدنية والتجارية وذلك بتاريخ 5 أكتوبر 1959 بموجب القانون عدد 130 لسنة 1959 وبمقارنة هذه المجلة

(1) رويبي : المرجع السابق ص. 564.

(2) القرار عدد 438 المؤرخ في 15 فيفري 1970 - محكمة النقض المصرية المذكور بقواعد المرافعات في التشريع المصري - الدكتور عبد الوهاب العشماوي. المطبعة الجديدة - القاهرة - ص. 64.

بالمجلة السابقة الصادرة خلال عام 1910 يتضح أن المشرع أعاد القاضي إلى مهمته الأصلية واسند دورا هاما للمحامي الذي يتولى إعداد ملف الدعوى ويحرر كتابيا مستنداتها وكذلك لعدل التنفيذ الذي يتولى إبلاغ الاستدعاءات وتنفيذ الأحكام وعلى هذا الأساس تم تنظيم مهنة المحاماة بالقانون المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 تحت عدد 87 وتنظيم مهنة العدول المنفذين بموجب القانون عدد 29 المؤرخ في 13 مارس 1995.

كما انتهج المشرع النجاعة والسرعة في التقاضي ضرورة أن استثناف الأحكام الاستعجالية لا يعطل تنفيذها وكذلك تعقيب الأحكام النهائية، وبالإضافة إلى ذلك تضمنت المجلة أن ترك الخصومة لمدة نفوق الثلاث سنوات موجب للحكم بسقوطها عملا بأحكام الفصل 244 من م.م.م.ت. وكذلك من الجائز الحكم بالتنفيذ الوقتي رغم استثناف الحكم الابتدائي عملا بأحكام الفصلين 125 و126 من نفس المجلة.

وأن المشرع جادّ في الأخذ بتطور القوانين وإدخال التعديلات كلما اقتضى الأمر ذلك ونذكر على سبيل المثال التعديل المدخل على مؤسسة الأمر بالدفع خلال 1973 وكذلك تعديل الفصلين 39 و40 من المجلة في مناسبتين الأولى في 3 أبريل 1980 و1 سبتمبر 1986 ثم إحداث المحكمة التجارية والترفيغ في اختصاص قاضي الناحية إلى سبعة آلاف دينار بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 والقانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995.

2 - التشريعات المكملة لقانون الإجراءات المدنية :

إن ما يعاب على المشرع أنه لم يجعل قواعد الإجراءات وسير الدعاوى والطعن في الأحكام في مجلة واحدة بل إنك تجد هذه الأحكام مبعثرة في العديد من المجلات والقوانين، وسنحاول إيرادها بكل اقتضاب ضرورة أنه من الصعوبة بمكان جمعها وإننا ندعو اللجنة المتعهدة بالنظر في مجلة المرافعات المدنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الملحوظة وتصدر مجلة شاملة ومنقسمة إلى قسمين أولهما قسم عام يتعلق بالقضايا المدنية والتجارية وقسم خاص يتعلق بالنزاعات الشغلية ودعاوى الأحوال الشخصية والهيآت المهنية والتحكيم.

وهذه القوانين هي :

* مجلة التحكيم الصادرة بموجب القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 والمتضمنة لإجراءات الطعن بالإبطال في القرار التحكيمي الداخلي أو الدولي والمحكمة المختصة بالنظر في هذا الطعن وآجاله وكيفية إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية.

* مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 والمتضمنة لتحديد الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية وطرق إكساء الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية وطرق الطعن في أحكام الإكساء والحصانة القضائية.

* مجلة الأحوال الشخصية الصادرة بتاريخ 20 مارس 1956 والمتضمنة لإجراءات القيام بدعوى الطلاق والمحكمة المختصة وطرق الطعن في الأحكام وأجال الطعن.

* مجلة الشغل المتضمنة سير وتنظيم مجالس العرف والأحكام الصادرة عنها وكيفية الطعن فيها.

* قانون الأكرية التجارية المؤرخ في 25 ماي 1977 والمتضمن كيفية طلب تعديل الأكرية التجارية والأحكام الصادرة عن قاضي الملك التجاري وطرق الطعن فيها وأجال الطعن.

* قانون المحاماة الصادر بموجب القانون عدد 87 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 والمتعلق بتنظيم مهنة المحاماة والقرارات الصادرة عن هيئة المحامين وكيفية الطعن فيها أمام محكمة الاستئناف واجل الطعن في القرارات سواء كانت قرارات مهنية تأديبية أو ترسيم محام أو تسعيرة لأجرة المحامي.

لقد استعرضنا عددا قليلا من القوانين المبعثرة والمتضمنة لإجراءات القيام ببعض الدعاوى وطرق الطعن في الأحكام والمحكمة المختصة، ولم نقم بذلك لجمع كل القوانين بل للفت نظر المشرع أن هذه القوانين مكانها الطبيعي بمجلة المرافعات المدنية ضرورة أنها تتعلق باختصاص المحاكم وبطرق الطعن في الأحكام وأجالها ولذلك فإنه من المبحذ كما سبق وأسلفنا أن تجمع كل هذه القوانين بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وترد في باب خاص عنوانه «الأحكام الخاصة ببعض الدعاوى» وذلك بعد التعرض للأحكام العامة في الباب الأول.

بعد تقديم قانون المرافعات المدنية والتجارية سنتولى دراسة القواعد القانونية التي تحكم الإجراءات المدنية ويستدعي ذلك في تقديرنا البداية بوظيفة القضاء وتحديد القائمين بها والوسائل المتاحة لهم لتحقيق الأهداف المرجوة ويعني ذلك الخوض في التنظيم القضائي واختصاص المحاكم (الجزء الأول)، ثم التطرق للحق المراد حمايته وشرط الحماية وذلك يستدعي دراسة نظرية الدعوى وأنواع الدعاوى (الجزء الثاني)، وفي النهاية لا بد من التعرض إلى الخصومة وذلك بالبحث في المراحل التي تمر بها بداية من تبليغ الاستدعاء للحضور لدى المحكمة المختصة حتى صدور الحكم الذي يمكن الطعن فيه سواء طعنا عاديا كالاستئناف أو طعنا غير عادي كاعتراض أو التماس إعادة النظر أو التعقيب، علما أن الحكم بعد صيروته باتا يجب تنفيذه ووجب التطرق إلى شروط التنفيذ وكيفية طلب إيقاف التنفيذ لسبب قانوني ما، كل هذه المواضيع ستكون محور (الجزء الثالث).

الجزء الأول

التنظيم القضائي واختصاص المحاكم :

التنظيم القضائي يعني أساسا الاختيارات المقررة بخصوص المبادئ الأساسية الواجبة التوفر ليكون هذا النظام محكما ويضمن للأفراد حقوقهم وذلك بإحداث عدد من المحاكم تكفل للخصوم وسائل الطعن في الأحكام قبل أن تصبح عنوانا للحقيقة ومانعة من إعادة طرح النزاع أمام القضاء ضرورة أنه يمكن أن يحيد القضاة عن الصواب تحيزا منهم أو لقلة عناية عند تمحيص الوقائع أو لقلة إلمام بقواعد القانون وكيفية تطبيقها، ومن الخطر ترك الخصوم يتحملون نتائج هذا كله بغير أن يفتح أمامهم الطريق للطعن في الحكم. فالاستئناف يكفل وجود درجة ثانية للتقاضي تصلح العيوب من حيث الوقائع ومن حيث تطبيق القانون والتعقيب يكفل وجود سلطة قضائية تراقب دقة تطبيق القانون وتفسرها وتمنع تعارض الأحكام النهائية. وبذلك إن مبدأ تعدد درجات التقاضي هو من المبادئ الأساسية لكل نظام قضائي محكم ومن الضمانات التي لا يمكن الاستغناء عنها، كما أن اختيار القضاة وفق مقاييس موضوعية من شأنه أن يضمن الحصول على طائفة من الذين يستطيعون الاضطلاع بعبء القضاء الجسيم لأن القضاة هم القائمون بتوزيع العدل بين الأفراد على اختلاف طبقاتهم ومراكزهم الاجتماعية ويستخلصون حق الضعيف من القوي ويقف أمامهم العظيم والحقير ولذلك وجب أن تضعهم الدولة في مكانة سامية وتحيطهم بضمانات وافية تجعلهم في مأمن من العسف، ولذلك لا بد من درس المبادئ الأساسية التي يجب أن تتوفر في نظام قضائي محكم ودرجات المحاكم والقائمين على تلك المحاكم أي القضاة ومساعدوهم من محامين وعدول منفذين وكتبة ومترجمين وخبراء كما أنه من الضروري التطرق لاختصاص المحاكم بنوعيه الحكمي والترابي والأعمال القضائية الأخرى التي تقوم بها المحاكم واختلف الفقهاء حول طبيعتها القانونية وأعني بذلك الأذن على العرائض والأوامر بالدفع، ويجدر التساؤل هل هي أعمال ولائية أم قضائية، وأين يمكن وضع القضاء الاستعجالي، على كل إنه راجع بالنظر إلى المحاكم.

القسم الأول

التنظيم القضائي

قبل الحديث عن أنواع المحاكم (الفصل الثاني) بكل درجاتها ثم القائمين عليها من قضاة وكتبة مع التطرق لمساعدتهم من المحامين وعدول منفذين وخبراء ومترجمين محلّفين (الفصل الثالث) لا بد من التعرض للمبادئ الأساسية التي ينهض عليها هذا النظام القضائي (الفصل الأول).

الفصل الأول المبادئ الأساسية للنظام القضائي

إن ضمان قضاء عادل يتوقف على حسن اختيار من يقوم به وهذا الاختيار في الواقع مسألة تتصل بتقاليد كل بلد ونظامه السياسي والاجتماعي، إلا أن الاختيار في حد ذاته غير كاف ولا بد من توفر مجموعة من الضمانات حتى يكون القضاء ناجزاً وعادلاً، وهذه الضمانات هي إقرار مبدأ التقاضي على درجتين (1) واستقلالية القضاء (2) ومجانية التقاضي (3) وعلانية الجلسات (4) ومبدأ المواجهة (5).

المبحث الأول - مبدأ التقاضي على درجتين :

إن التقاضي على درجتين أهم مرتكز من مرتكزات التنظيم القضائي وانه بإمكان كل من تراءى له عدم وجهة الحكم الصادر عن محكمة البداية الطعن لدى محكمة الدرجة الثانية لإعادة النظر في دعواه من طرف هيئة أخرى، غير أن كل مبدأ له جذوره التاريخية ومظاهره العملية لذلك سوف نتطرق للجذور التاريخية لهذا المبدأ (1) ثم درس مكانته بالتشريع التونسي (2).

الفقرة الأولى - الجذور التاريخية لمبدأ التقاضي على درجتين :

لقد اتسم نظام التقاضي إلى صدور عهد الأمان بمؤسسة القاضي الفردي الذي لا تخضع أحكامه لأي طريقة من طرق الطعن إلا أنه وبصدور دستور عهد الأمان خلال عام 1861 تم إقرار تنظيم هرمي بداية من المجالس الضبطية ووصولاً إلى المجلس الأكبر عبر مجالس الجنايات والأحكام العرفية والمحاكم التجارية وبذلك برز لأول مرة في تاريخ تونس مبدأ خضوع أحكام الهيكل السفلى إلى مراقبة الهيكل العليا، غير أن هذه التجربة لم تعمر طويلاً واستعمرت البلاد التونسية وقام المستعمر بمراجعة هيكلية شملت النظام القضائي وتم اعتماد نظام مطابق للنظام الفرنسي وحتى عند استقلال البلاد وصدور مجلة المرافعات المدنية والتجارية فإن هذا المبدأ تم تبنيه واتخذ كاختيار لا رجعة فيه ضرورة أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية تضمنت باباً كاملاً خصص للطعن بالاستئناف وحددت كيفية رفعه وشروطه وآثاره وبذلك أقر مبدأ التقاضي على درجتين وأصبح من المبادئ المسلم بها والمميزة لنظامنا القضائي.

الفقرة الثانية - الاستئناف تكريس لمبدأ التقاضي على درجتين

إن التقاضي على درجتين هو من أهم الضمانات المحققة للعدل بين المتقاضين باعتبار أنه يخول لمن صدر ضده حكم ابتدائي أن يلتجئ لمحكمة من الدرجة الثانية لإعادة النظر في الحكم وهو ما يجعل قضاة الدرجة الأولى يولون اهتماماً للأحكام الصادرة عنهم ضرورة أنه بالإمكان إعادة النظر فيها ومراقبتها مما يجعلهم يصيغونها ويسببها بطريقة تجعلها تسلم من النقض أو الإلغاء، غير أن كل حق لا يمكن أن يمنح بصفة مطلقة ولا بد أن تضبط له شروط (أ) وأن تكون له آثار (ب).

أ - شروط الطعن بالاستئناف :

إن الاستئناف ومنذ التعديل الواقع بتاريخ 1 سبتمبر 1986 على مجلة المرافعات المدنية والتجارية طعن يطول جل الأحكام باعتبار أن الصبغة النهائية للأحكام أصبحت حالة نادرة جداً. ولقد أخضع المشرع هذا الطعن إلى شرطين أولهما يتعلق بطبيعة الحكم المطعون فيه وثانيهما أجل الطعن.

1) الشرط المتعلق بطبيعة الحكم المطعون فيه :

لا يمكن الطعن في الحكم إلا إذا كان ابتدائي الدرجة وسواء كان صادراً عن محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية، غير أن كل الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية هي ابتدائية الدرجة وقابلة للاستئناف عملاً بأحكام الفصل 40 من مجلة

المرافعات المدنية والتجارية، أما بخصوص الأحكام الصادرة عن محكمة الناحية فهي كذلك جميعها ابتدائية الدرجة منذ تعديل الفصل 39 بموجب القانون المؤرخ في 22 ماي 1994 م.

(2) الشرط المتعلق بالأجل :

لقد حدد المشرع الأجل المضروب للاستئناف بعشرين يوماً بداية من تاريخ الإعلام بالحكم طبق القانون عملاً بأحكام الفصل 141 من م.م.ت.، غير أنه بالنسبة للأحكام الصادرة في مادة الأحوال الشخصية قد نص الفصل 41 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في 1/8/1957 وتحت عدد 3 لعام 1957، أنه «تجري آجال الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة في مادة الطلاق أو بطلان الزواج في ظرف شهر من تاريخ الحكم أو القرار وذلك بالنسبة إلى جميع ما يشمل عليه بما فيه الغرامة».

كما أن المشرع التونسي خص الخصم المتغيب عن التراب التونسي يوم الإعلام بزيادة في أجل الاستئناف تقدّر بثلاثين يوماً وذلك محافظة على حق الاستئناف وحتى يتم الإعلام بالحكم ويتمكن المحكوم عليه من إحضار وسائل دفاعه إذا ما صمم على الطعن.

ب - آثار الاستئناف :

إن الأثرين الهامين للاستئناف والذين لهما علاقة متينة بمبدأ التقاضي على درجتين هما الأثر الانتقالي والأثر التعليقي.

ج - الأثر الانتقالي :

إن الطعن بالاستئناف يخول لمحكمة الدرجة الثانية إعادة النظر في الدعوى على الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه وذلك عملاً بأحكام الفصل 144 من م.م.ت. الذي اقتضى أن «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف ومنع المستأنف من إبداء طلبات جديدة وهو ما يجسد ويكرس مبدأ التقاضي على درجتين بصفة عملية ضرورة أن الطعن والخذش في الحكم لا يطول إلا الأخطاء الواردة على أساس معطيات ووقائع معلومة وسبق النظر فيها من محكمة البداية، إلا أن مصطلح الطلبات الجديدة لا يحول دون إمكانية تغيير السبب عملاً بأحكام الفصل 148 من م.م.ت. الذي سمح بتغيير السبب المبني عليه المطلب إذا بقي موضوع الطلب الأصلي على حاله بدون تغيير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يسبق طرحها أمام محكمة الدرجة الأولى».

كما أن المشرع وحرصاً منه وضمناً لفصل النزاعات بصفة نهائية خول للمستأنف التوسع في طلباته في حالات استثنائية ذكرت على وجه الحصر صلب الفصل 147 م.م.ت. وذلك عندما يكون الأمر متعلقاً بأداء أجر أو فوائض أو معينات كراء أو بقايا ونحوها من الملحقات المتعلقة بالدعوى الأصلية أو التي استحقت بعد صدور الحكم أو بغرم ضرر تفاقم أمره بعد صدور الحكم.

كما أن تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين يظهر ويبرز جلياً بصفة عملية وذلك بأن لا يخول حق الطعن بالاستئناف إلا لمن كان طرفاً في القضية سواء طالباً أو مطلوباً أو متداخلاً عملاً بأحكام الفصل 152 من م.م.ت.

د - الأثر التعليلي :

إن الطعن في الحكم يوقف تنفيذه إلى صدور القرار الاستئنافي بالنقض أو التعديل أو الإقرار وأساس هذا الأثر هو ضمان فصل النزاع بكل استقلالية دون حصول وضع مادي جديد يؤثر على قرار المحكمة، وعلاوة على ذلك فإنه بإمكان محكمة الدرجة الثانية إلغاء الحكم الابتدائي كلياً ولا بد أن لا يحصل التنفيذ حتى يؤخذ القرار بصفة نهائية وهو ما أقره واقتضاه الفصل 146 من م.م.ت. عندما نص أن «استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها إلا فيما استثناه القانون» إلا أن هذا المبدأ وككل المبادئ يعرف بعض الاستثناءات ومنها ما خول لرئيس محكمة الاستئناف في الإذن بتوقيف الأحكام الموصوفة غلطاً بكونها نهائية وبقية الاستثناءات تتعلق بالأحكام الاستعجالية أو الأحكام المأذون بتنفيذها وقتياً وتدرج ضمن الحالات المذكورة المتصلة بمادة الأحوال الشخصية والمقررة بالفصل 32 من مجلة الأحكام الشخصية الذي اقتضى أنه «تحكم المحكمة ابتدائياً في الطلاق وجميع ما يتعلق به وتحدد بالحكم مبلغ الجراية التي تستحقها المفارقة بعد انقضاء العدة، وتبت في الوسائل المتأكدة التي كانت موضوع القرار الصادر عن القاضي الصلحي وتنفذ رغماً عن الاستئناف والتعقيب أجزاء الحكم المتعلقة بالحضانة والنفقة والجراية والسكنى وحق الزيارة».

المبحث الثاني - مبدأ استقلالية القضاء :

إن استقلال القضاء يتجلى في استقلال هيكله وأطره وإطاره عن التأثيرات الخارجية التي يمكن من جرائها أن يحيد القضاء عن هدفه وغايته الأساسية ويصبح وسيلة من الوسائل الناجعة لتنفيذ أغراض محددة ومعينة لا علاقة لها بالهيكل القضائي.

ولقد عرفت إشكالية استقلال القضاء بتونس تطورا هاما ضرورة أنها كانت في بدايتها مقتصرة على الجانب الذاتي للقاضي الذي يجب أن يكون مثالا من حيث حسن السيرة والأخلاق والمعرفة العلمية في المادة القانونية وتم تكريس هذا المبدأ بالدستور التونسي الصادر في غرة جوان 1959 والذي نص فصله 65 أن «القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون».

وبذلك اعتبر تفريق السلط بمثابة الدافع القانوني لاستقلال القضاء (1) ثم من الضروري التطرق لمظاهر استقلال القضاء (2).

الفقرة الأولى - استقلال القضاء من الوجهة القانونية :

لقد انقسم فقهاء القانون بخصوص استقلال القضاء فمنهم من اعتبر أن القضاء سلطة من السلطات الثلاث ويتمتع باستقلالية تامة شريطة احترامها للقانون في حين يرى آخرون أن القضاء هيئة من هيئات السلطة التنفيذية إعمالا لمبدأ وحدة السيادة، غير أن الكاتب الذي حلل الأمر بدقة هو «مانتسكيو» في كتابه «روح القوانين». ولقد اعتبر أن التفريق بين السلط يهدف إلى ضمان حسن أداء هذه السلط لوظائفها ولما يحققه التفريق بين السلط من حرية وديمقراطية ونبذ الاستبداد وأكد الفيلسوف على ضرورة التمييز بين السلط وحذر من النتائج الوخيمة عن انعدامه ضرورة أن الجمع في يد واحدة لوظيفتي التشريع والتنفيذ تحجب الحرية ويخشى أن يقوم من يتولى سلطة إصدار القوانين بإصدارها جائرة وظالمة كما أنه إذا كانت السلطة القضائية غير منفصلة عن السلطة التشريعية فإن السلطة على حياة الأفراد وحررياتهم تكون تحكومية وإذا لم تكن منفصلة عن السلطة التنفيذية فإن سلطة القاضي تكون استبدادية.⁽¹⁾

ويخلص مما سبق أن استقلال القضاء نتيجة حتمية وضرورية لتفريق السلط ضرورة أن تفرّد كل سلطة بهياكل واختصاص وإطار خاص يمكنها من فرض استقلاليتها تجاه السلطة الأخرى، مما يجزنا إلى التطرق إلى مظاهر استقلالية القضاء.

الفقرة الثانية - مظاهر استقلالية القضاء :

إن استقلالية القضاء تتجلى في مظهرين أولهما المظهر الموضوعي وثانيهما في الالتزام بعلوية الدستور.

(1) إشكالية استقلال القضاء - مذكرة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء - 1994.

أ - المظهر الموضوعي لاستقلال القضاء :

إنّ أهم المظاهر الموضوعية هو انفراد القضاة بقانون أساسي ينظم مهنتهم ويحدد شروط الالتحاق بها والعمل وهذا القانون هو القانون الأساسي للقضاة عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 17 جويلية 1967 .

فأما بخصوص تعيين القضاة فإنه يكون بأمر صادر عن رئيس الجمهورية بناء على ترشيح من المجلس الأعلى للقضاء الأكثر التحاماً بالقضاة مع توفير كل شروط الاستقلالية مبدئياً فيه ضرورة .

إن نصف أعضائه منتخبون والبقية يتم بالتعيين من طرف السلطة التنفيذية مما جعل البعض ينادي بانتخاب كل أعضائه باستثناء رئيسه مما يدعم الاستقلالية . والمظهر الثاني للاستقلالية أن تأديب القضاة راجع لأنظار المجلس الأعلى للقضاء دون سواه من الهياكل وكذلك ترقيتهم ونقلتهم .

ب - الالتزام بعلوية الدستور :

ان الدستور هو النص الذي يأتي في قمة الهرم ولا بد للسلطة التشريعية أن تحترمه عند سن القوانين، لكن قد تصدر قوانين مخالفة للدستور، سواء كانت هذه المخالفة راجعة إلى عدم توافر الشروط الشكلية أم كانت راجعة إلى مخالفة شروط موضوعية . وقد تعرض على القضاء خصومات يستلزم نظرها والفصل فيها تطبيق قانون من هذا النوع ويتمسك أحد الخصوم بعدم دستورية القانون الذي على أساسه تم القيام فهل يمكن للمحكمة في هذه الحالة التعرض لهذا الدفع والبحث في دستورية القانون وهل يمكنها عدم تطبيقه إذا ما تبين لها عدم دستوريته ؟

ان الفقه والقضاء مستقران في الولايات المتحدة الأمريكية على اعتبار انه من حق المحاكم ان تبحث في دستورية القانون المطلوب تطبيقه شريطة ان يكون تعرضها له نتيجة دفع تقدم به أحد الخصوم⁽¹⁾ على انه إذا تبين للمحكمة عدم الدستورية فإنها لا تطبقه دون القضاء بإلغائه ضرورة إنّ ذلك الحق مخول لمحكمة اتحادية عليا يرجع لها الاختصاص بالنظر في دستورية القوانين وإبطالها عند الاقتضاء . أما في فرنسا فإن محكمة التعقيب رافضة إنّ تتولى المحاكم مراقبة دستورية القانون في حين إنّ الفقهاء ومنهم «هوريو وبرتلمي» فقد أكدوا أن المحاكم ليست في حاجة لنص دستوري خاص لمراقبة دستورية القانون وأنها تملك هذا الحق بموجب المبادئ العامة للقانون التي تقتضي ان تحترم القاعدة السفلى أعلى هرم ألا وهو الدستور ويذهب هؤلاء الفقهاء إلى أكثر من ذلك معتبرين أنه حتى في صورة وجود سلطة

(1) الدكتور اسمان : «في مبادئ القانون الدستوري»، ج 1 - ص . 627 .

عليا لبحث دستورية القوانين وإبطال ما ليس دستوريا منها فإن ذلك لا يمنع المحاكم من المراقبة ضرورة أنّ السلطة العليا لا تعدو ان تكون هيئة سياسية تجمع في يدها أعظم سلطة في الدولة، وقد يدفعها هذا السلطان إلى تجاوز كل الضمانات التي كفلها الدستور علاوة على صعوبة وضع نظام يضمن حسن اختيار أعضاء هذه الهيئة واستقلالهم.

أما في بقية البلدان فلقد أقر التشريع أو القضاء حق المحاكم في بحث دستورية القوانين ومن ذلك الدستور النمساوي الصادر في 1920 والذي قضى بإنشاء محكمة دستورية عليا جعل من اختصاصها إلغاء القوانين المخالفة لأحكام الدستور وكذلك الدستور السويسري الصادر في 1884 والذي نص صراحة على حق المحاكم الاتحادية في نظر دستورية القوانين.⁽¹⁾

أما في تونس، حيث خلا التشريع من نص صريح يبيح للمحاكم هذا الحق فقد اختلف الفقه في حق المحاكم في بحث دستورية القوانين فذهب جانب من الفقهاء إلى أنه ليس للمحاكم حق في الرقابة على دستورية القوانين واعتبروا أن في ذلك تدخلا من القضاء في السلطة التشريعية⁽²⁾ بينما جانب آخر يؤكد على ضرورة إقرار حق المحاكم في بحث دستورية القانون معتبرين أن مبدأ الشرعية الذي يقضي بأن الأصل في احترام ما يصدر عن السلطة التشريعية أن يكون شرعيا ومطابقا للدستور، فإذا هي خرجت عنه فقد عملها ما ينبغي له من احترام، وعلى أساس من ان رقابة دستورية القوانين هي من طبيعة العمل القضائي وأن القواعد الدستورية سموها على سائر القوانين الأخرى.⁽³⁾

ولقد ترددت المحاكم التونسية أول الأمر في التعرض لهذه المسألة وبدا ذلك واضحا من قضاء محكمة التعقيب التي عرضت لها الفرصة لتقول كلمتها في أكثر من مناسبة ومع ذلك تغاضت عن الأمر حتي أصدرت أخيرا حكما كشفت فيه رأيها الرافض لمراقبة دستورية القوانين، ذلك أن أول تعرض صريح لهذا الإشكال بدأ في الحكم الذي أصدرته محكمة القيروان الابتدائية وقررت فيه صراحة أنه إذا ما تعارض نص في القانون العادي مع نص في الدستور فواجب القاضي يفرض عليه ترجيح النص الدستوري على النص العادي وانتهت في حكمها إلى أن للمحاكم مطلق الحرية في بحث دستورية القانون المطلوب تطبيقه وإذا ثبت لديها مخالفته للدستور فلها أن تمتنع عن تطبيقه.⁽⁴⁾

(1) الدكتور السيد صبري : «مبادئ القانون الدستوري»، - ص. 612 - القاهرة.

(2) عبد الفتاح عمر : «القانون الدستوري التونسي».

(3) الأستاذ محمد الشرفي : «مدخل لدراسة القانون».

(4) للأستاذ رافع بن عاشور: «مراقبة دستورية القانون» - مجلة القانون التونسية 1988 -

ولقد تأيد هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بسوسة إلا أن هذا القرار، عندما عرض على محكمة التعقيب كان مصيره النقض بصفة صريحة وتضمنت إحدى الحيثيات «انه ليس للمحاكم ان تخوض في صميم أعمال المشرع فتراقبه في سلطة سن القوانين وان عمل القاضي ينحصر في تطبيق القانون دون البحث عن مطابقتها للدستور ضرورة أن هذا الدور خارج عن اختصاصه»⁽¹⁾ ويبدو أن المشرع قد تجاوز هذا الأشكال بإقرار مجلس دستوري⁽²⁾ يتولى مراقبة مطابقة القوانين للدستور قبل عرضها على مجلس النواب للمصادقة. وعرض مشاريع القوانين على المجلس الدستوري وجوبي عملاً بأحكام الفصل 72 من الدستور الذي اقتضى أنه «ينظر المجلس الدستوري في مشاريع القوانين التي يعرضها عليه رئيس الجمهورية من حيث مطابقتها للدستور أو ملاءمته له. ويكون العرض وجوبياً بالنسبة لمشاريع القوانين الأساسية ومشاريع القوانين المنصوص عليها بالفصل 47 من الدستور ومشاريع القوانين المتعلقة بالأساليب العامة لتطبيق الدستور، وبالجنسية وبالحالة الشخصية وبالالتزامات وبضبط الجرائم والعقوبات المنطبقة عليها وبالإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم وبالعفو التشريعي وبالمبادئ العامة لنظام الملكية وللحقوق العينية وللتعليم وللصحة العمومية وللشغل وللضمان الاجتماعي. كما يعرض رئيس الجمهورية وجوباً على المجلس الدستوري المعاهدات المنصوص عليها بالفصل 2 من الدستور.....»، ويصدر المجلس الدستوري قراره ويكون عملاً بأحكام الفصل 75 من الدستور «معللاً وهو ملزم لجميع السلطات العمومية.....»، ومؤدى ذلك وأنه منذ صدور القانون عدد 52 لسنة 2004 لم يعد بالإمكان مراقبة دستورية القوانين من قبل المحاكم العدلية ضرورة أن المشرع قد حدّد الهيكل الذي يتولى المراقبة وجعل العرض عليه وحبوباً لكل القوانين مثلما ورد بالفصل 72 من الدستور، مع العلم أن القانون لا يسري إلا على المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ومن ثم أن القوانين الصادرة قبل 2004 تبقى خاضعة لمراقبة المحاكم العدلية بخصوص دستوريتها، ثم صدر القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3/12/2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية والمترتبة من اثني عشر عضواً ثلاث أرباعهم من المختصين في القانون، ونصت المادة 123 من القانون أن المحكمة تتعهد اثر دفع بعدم دستوري القانون وإذا قضت بذلك فإنه يتوقف العمل بالقانون في حدود ما قضت به المحكمة. ولقد اقتضت المادة 124 من ذات القانون أن تنظيم المحكمة والإجراءات المتبعة والضمانات لأعضائها يضبطها القانون، غير أن هذا القانون وتعيين أفراد المحكمة الدستورية لم يتم إلى حد الآن.

القرار الصادر في 11 أبريل 1988 - محكمة الاستئناف بسوسة.

- (1) قرار تعقيبي صادر في 1 جوان 1988 - نشرية محكمة التعقيب 1988 - ص. 180.
(2) قانون أساسي عدد 52 لسنة 2004 مؤرخ في 12 جولية 2004 والمتعلق بالمجلس الدستوري - الرائد الرسمي عدد 56 المؤرخ في 13 جولية 2004.

المبحث الثالث - مبدأ المواجهة :

إن مبدأ المواجهة يقتضي أن تطبيق القاضي للقانون لا يكون إلا في مواجهة الطرفين وعلّة هذا أن الحماية القضائية تمنح بالنظر إلى الحق في الدعوى التي تربط بين طرفين وينتج عن هذا المبدأ الآثار التالية :

- على القاضي سماع الطرفين ضرورة أنه بغير ذلك لا يمكنه معرفة الحقيقة ولتحقيق هذا الهدف يكفي تمكين الخصوم من إبداء دفاعهم وذلك بإعلام المطلوب بالطلبات المقدمة في عريضة افتتاح الدعوى فإن عدل عن الجواب فإن المحكمة لا تتوقف عن مواصلة النظر في القضية طبق أوراقها. وهذا الحق واجب الاحترام أمام أي محكمة سواء كان أمام محكمة من الدرجة الأولى أو عند الطعن في الحكم الابتدائي أو النهائي. أما في حالات الأمر بالدفع التي يقرر فيها القاضي دون سماع الطرف المقابل فإن المشرع حول الطعن بالاستئناف فيها بعد الإعلام بالقرار طبق القانون وبالتالي يحترم مبدأ المواجهة أمام محكمة الاستئناف. وهذا الحق يجب احترامه من الناحية الشكلية وكذلك في جوهره بأن يمكن الخصم بالفعل من عرض دفاعه كاملاً. وكل حكم يخل بمبدأ المواجهة يكون عرضة للتقاضي والإرجاع لمحكمة البداية لإعادة النظر من جديد حتى لا يحرم الطرف من درجة من درجات التقاضي عملاً بأحكام الفصل 149 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
- من حق كل طرف أن يبلغ بالأوراق التي يقدمها الطرف الآخر للمحكمة وليس لها أن تستند إلى ما يقدم إليها دون اطلاع الخصم الآخر عليه وتمكينه من إبداء ملحوظاته.
- ليس للقاضي أن يقضي بعلمه وعليه ملازمة الحياد والاعتماد على ما يقدمه الخصوم من مؤيدات وما يبذونه من ملحوظات.

المبحث الرابع - علانية الجلسات :

لقد أقر المشرع علانية الجلسات كمبدأ أساسي من مبادئ النظام القضائي ليكفل إشراف المواطن على سير العدالة مما يبعث في القضاة الشعور بواجبهم في تمحيص الحق وتوخي العدل عند الفصل في النزاعات وليتبين للأفراد ما يجري في الخصومات وما يترتب عليها ليتفادوا الوقوع فيها.

والعلانية تتناول جميع إجراءات المرافعة والبحث والنطق بالأحكام ليكون إشراف المواطن كاملاً والعناية بالنزاع متناولة كل جوانبه وليمكن انتزاع الحقيقة من الشهود حسب ما يؤخذ من هذه الفصول 76، 81 و 117 من م.م.م.ت.

ولقد نقد بعض الفقهاء علانية الجلسات في القضايا المدنية والتجارية والمتعلقة بالأحوال الشخصية بأنها تعرض الأسرار المالية والعائلية للذيع ولا يخفى ما يترتب على ذلك من ضرر معنوي للخصوم، فاحتاط المشرع وتلافى الضرر الذي قد يلحق الخصوم من علانية الجلسات وخول للمحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب من الخصوم أن تكون الجلسات سرية للمحافظة على الآداب والأخلاق العامة والنظام العام وللمحكمة أن تقدر ذلك حسب سلطتها التقديرية إلا أنه ينبغي أن يكون النطق بالحكم في جميع الأحوال في جلسة علنية وهو ما اقتضاه الفصل 121 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

المبحث الخامس - مجانية التقاضي :

أنه من المفروض أن تكون العدالة مجانية ليتمكن كل شخص من الحصول عليها ولذلك من الواجب أن تقوم مبادئ المرافعات على تقليل نفقات التقاضي على قدر الإمكان وأن تتحمل الدولة تلك المصاريف.

ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب أن تكون العدالة بدون مقابل وان يكون قيام الدولة بها واجبا ولا تتقاضى عليه أجرا وسندهم في ذلك أن السلطة القضائية لم تقم للمصلحة الخاصة فحسب بل وكذلك لفائدة الدولة حتى يستتب الأمن والاستقرار والاستمرار ضرورة أن القائم بدعوى لا يدافع عن حقوقه فقط بل وكذلك عن حقوق المجموعة باعتبار أن الفصل في قضية على وجه معين يحمل كثيرا من الأفراد على القيام بتنفيذ التزاماتهم، إلا أن مجانية التقاضي تؤدي إلى الأضرار من الخصومات وإغراق المحاكم بدعاوى كيدية أو غير جدية أو خالية من أي أساس أو دليل.

وأمام هذه الآراء المتباينة وقف المشرع موقفا وسطا ضرورة أنه جعل الدعاوى التي تهم أغلب المواطنين أو قل الطبقة الوسطى مجانية تماما ولا حاجة لإنابة محام فيها باعتبار أن القضايا المرفوعة أمام قاضي الناحية التي لا يفوق موضوعها سبعة آلاف دينار يمكن أن تقدم بواسطة المدعي وبعبريضة يحررها بنفسه ويقدمها للمحكمة التي تتولي الاستدعاء بالطريقة الإدارية وكذلك الأمر بالنسبة للقضايا الشغلية أمام دائرة الشغل بالمحكمة الابتدائية.

وبالإضافة إلى ذلك لقد خول المشرع لمن يقوم بدعوى أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف ومعلوم أن هذه الدعوى تتطلب مصاريف لإنابة محام أو لخلاص بعض المعاليم فإن المشرع مكن من يثبت فقره وعدم قدرته على التقاضي الحصول على إعانة عدلية للقيام بقضية والوصول إلى حقه المسلوب.

الفصل الثاني

أصناف المحاكم

ان مرفق القضاء ما انفك يتطور من فترة لأخرى نظرا لتطور البلاد من الناحية الاقتصادية والاجتماعية وتعد الإجراءات لبروز فنيات حديثة وجديدة مما جعل المشرع يدخل جملة من التغييرات الجذرية على التنظيم القضائي ومراجعة هيكلية وتعزيزه بعدد من المحاكم والتركيز على تخصص القضاة وإعادة توزيع الاختصاص كاستحداث المحكمة التجارية، وبالإضافة إلى ذلك وبجانب القضاء العادي (المبحث الأول) ظهر قضاء مختص اهتم بالنزاعات التي لها طبيعة خاصة وتستدعي اختصاصا معيناً ويتوجه إلى فئات معينة (المبحث الثاني).

المبحث الأول - القضاء العادي :

ان محاكم القضاء العادي لها ولاية عامة للنظر في جميع الدعاوى إلا ما خرج عنها بنص خاص ورجع نظره لهيئات قضائية أخرى، غير أن التطور المتزايد في مختلف الميادين العلمية والاقتصادية كان له أثر على الجانب الاجتماعي مما جعل المعاملات تتطور ويكبر حجمها وبرزت نوعية بل قل نوعيات حديثة من النزاعات تتصل بأمور علمية أو فنية دقيقة غير معروفة من القاضي المتخصص في المادة القانونية ولذلك بدأ التركيز على التخصص لسرعة وحسن فصل النزاعات وهو منهج توخته جل البلدان المتقدمة، ولذلك تم إحداث إلى جانب المحاكم ذات الاختصاص العام (الفقرة الأولى) محاكم متخصصة لا تنظر إلا في نوعية من النزاعات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى - المحاكم ذات الاختصاص العام :

إن المحاكم أصبحت متوزعة في جميع أنحاء الجمهورية تقريبا للعدالة من المواطن وعهد لهذه المحاكم للنظر بحسب اختصاصها الحكمي والترابي في النزاعات التي يمكن أن تحدث بين الناس، مع العلم أن المشرع اختار مبدأ التقاضي على درجتين ويعني ذلك أن الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى يمكن الطعن فيها بالاستئناف لدى محاكم الدرجة الثانية وهاتان المحكمتان هما محاكم قضاء موضوعي خاضع لمراقبة محكمة القانون وهي محكمة التعقيب ولذلك سوف نتطرق لهذه المحاكم حسب درجاتها.

1 - محاكم الدرجة الأولى :

إن محاكم الدرجة الأولى تم تصنيفها إلى نوعين أولاهما محكمة الناحية التي تختص بالنظر في الدعاوى التي لا تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار وقضايا أخرى بسيطة نوعا ما وثانيها المحكمة الابتدائية التي لها اختصاص عام للنظر في جميع الدعاوى إلا ما خرج عنها بنص خاص .

أ - محكمة الناحية :

لقد تبنى المشرع التونسي منذ صدور مجلة المرافعات المدنية والتجارية مؤسسة القاضي الفردي المتميز ببساطة إجراءاتها وبالتالي إمكانية وجودها في أغلب معتمديات البلاد مما يقرب العدالة من المواطن ويمكّنه الوصول إلى حقه بأقل النفقات ولقد بلغ عدد محاكم الناحية خمسا وسبعين في كامل تراب الجمهورية بنسبة محكمة لكل مائة وعشر آلاف ساكنا واختلف تصنيفها إلى ثلاثة أصناف⁽¹⁾.

1) أصناف محاكم النواحي :

- محكمة الناحية بتونس المتميزة على مستوى هياكلها ضرورة أنها تتكون من اثني عشرة دائرة منها عشر دوائر مدنية وتعد عشرة قضاة منهم رئيس المحكمة من الرتبة الثالثة أي من بين مستشاري التعقيب ووكيل رئيس بوصفه نائبا من الرتبة الثانية أي من بين مستشاري الاستئناف .

- محاكم النواحي الممتازة والتي توجد بدائرة محكمة استئناف ويكون رئيسها من الرتبة الثانية وينوبه أحد القضاة وعدد القضاة يختلف بحسب عدد السكان وكم القضايا وقضاتها لهم أقدمية تفوق الخمس سنوات وتقل عن العشر .

- محاكم النواحي العادية وهي موزعة عبر أنحاء الجمهورية ويوجد بها قاض فردي وفي بعض الأحيان اثنان نظرا لكم القضايا فيكون أحدهما مختصا بالدعاوى المدنية والثاني بالقضايا الجزائية ويقومان بالأعمال الإدارية سوية حسب حجم العمل وتفرغ كل منهما .

2) اختصاص حاكم الناحية :

لقد ضبط الفصل 39 من م.م.م.ت. اختصاص حاكم الناحية وفق مبدئين أولهما منحه اختصاصا عاديا خاضعا لقيمة الدعوى وثانيهما منحه اختصاصا مطلقا لا يكون لغيره .

(1) القاضي محمد صالح بن حسين : «محكمة الناحية» - محاضرة غير منشورة ألقيت بالمعهد الأعلى للقضاء خلال عام 1997 .

- الاختصاص العادي لقاضي الناحية :

بعد تنقيح الفصل 39 من م.م.م.ت. بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 أصبح قاضي الناحية مختصا بالنظر في الدعاوى المقدرة والقابلة للتقدير في حدود سبعة آلاف دينار لتدعيم اختصاص قاضي الناحية وتوسيع صلوحيته لتخفيف العبء عن المحاكم الابتدائية وتفرغ للنظر في القضايا الأكثر أهمية وليسمو العمل القضائي إلى كيفية أرفع وعدالة ناجزة.⁽¹⁾

- الاختصاص المطلق لقاضي الناحية :

لقد عهد المشرع لقاضي الناحية ولاية عامة في بعض الدعاوى بقطع النظر عن قيمة موضوعها لتعلقها بمسائل تهتم جل المواطنين ولا تستدعي عمق معرفة أو فنيات دقيقة في المادة القانونية ولا إجراءات معقدة بل تتطلب قرب القاضي من هموم الناس وتفهمها ومحاولة وجود حلول ناجعة بكل فطنة وتبصر وهذه الدعاوى تتعلق بالنفقة والدعاوى الحوزية وفواجع الشغل ومادة التبني.

* قضايا النفقة :

لهذه الدعاوى صبغه معاشية ومتأكدة وتستدعي صدور الحكم في أقرب أجل لا يمكن بأي حال أن يفوق الشهر ضرورة أن الأبناء القصر أو الشيخ المريض في أشد الحاجة لمن ينفق عليهم بصفة متواصلة ومسترسله وأن أقل تأخير قد يؤدي إلى أسوأ النتائج، لذلك نص الفصل 39 من م.م.م.ت. أن «قاضي الناحية ينظر في قضايا النفقات المقدمة له بصفة أصلية ويكون حكمه ابتدائي الدرجة مهما كان مقدار النفقة السنوي المحكوم به وذلك منذ التنقيح الواقع بتاريخ 23 ماي 1994 بعد أن كان نهائي الدرجة بالنسبة للمبالغ التي لا تتجاوز مائتين وأربعين دينارا.

* الدعاوى الحوزية :

لقد عهد بالدعاوى الحوزية لقاضي الناحية مهما كانت قيمة العقار المتنازع في شأنه ومرد ذلك إلى أن مثل هذه الدعاوى تستوجب إجراء بحث عيني وليس أقرب من قاضي الناحية لموطن النزاع ولا اعرف منه لعادات الجهة باعتبار العرف مصدرا من مصادر القانون والمعروف عرفا كالمشروط شرطا عملا بالمبادئ العامة للقانون والدعوى الحوزية مثلما ورد بالفصل 51 من م.م.م.ت. هي « الدعوى التي خولها القانون لحائز عقار أو حق عيني لاسترجاع الحوز المعتدى عليه أو استبقائه أو تعطيل أشغال قام بها الغير».

(1) القاضي الباشا بجار : «الاختصاص القضائي لمحاكم الناحية في المادة المدنية» - مجلة القضاء والتشريع - جويلية 1991.

* مادة التبني :

لقد عرف ونظم مؤسسة التبني والكفالة القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 وورد صلب الفصل الثالث عشر ان «التبني يصدر فيه حكم من قاضي الناحية بعد سماع المتبني وزوجته وبمحضر والدي المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطفل».

ولقد اشترط المشرع لصحة التبني توفر عدة شروط يتحقق قاضي الناحية من وجودها بعد سماع الأطراف ومصادقتهم على التبني ويكون الحكم نهائيا ولا يقبل الطعن إلا بالتعقيب ضرورة أنه لا يمكن حرمان أي متقاض من ممارسة حقه في التعقيب ضرورة ان هذه المحكمة هي الحارس الأمين لحسن سير القضاء وعدم مخالفة تطبيق القانون من المحاكم السفلى.

* مادة فواجع الشغل :

لقد عهد المشرع لقاضي الناحية القيام بالأبحاث اللازمة للبحث عن أسباب وقوع حادث الشغل ونوعه ونوعية الأضرار اللاحقة بالعامل وذلك بتعيين طبيب ليتولى الفحص وخبير لمعرفة ظروف الحادث ثم يصدر حكمه على أساس ذلك ويقدر صلبه الغرامة الوقتية والإذن بإسداء العلاج ويكون البت في أجل أقصاه خمسة عشر يوما ويستدعي ذلك بساطة الإجراءات وقلة المناقشات التي تفرض نفسها في التركيبة الثلاثية.

* الأوامر بالدفع والأذن على العرائض :

إن الأمر بالدفع والأذن على عريضة هما من الأعمال الولائية التي تصدر في غياب الطرف المقابل ولا تفصل نزاعا بل هدفها حماية حق من الضياع ولقد خول المشرع لقاضي الناحية إصدارها شريطة أن لا تفوق قيمة موضوعها سبعة آلاف دينار.

(3) مميزات إجراءات التقاضي أمام حاكم الناحية :

تتميز إجراءات التقاضي أمام قاضي الناحية بالبساطة والمجانبة ضرورة أن إنابة محام ليست وجوبية أمامه ويأذن باستدعاء الأطراف بالطريقة الإدارية ويتولى سماعهم مباشرة لمحاولة التوصل إلى صلح ويضع حدا للنزاع عملا بأحكام الفصل 38 جديد الذي أوجب القيام بجلسة صلحية قبل صرف القضية للإجراءات التنازعية وتبادل الدفع.

ويخلص مما سبق بسطه أن مؤسسة قاضي الناحية هي خير جهاز يقرب المواطن من العدالة باعتبارها الأكثر انتشارا ومجانية والأكثر نجاعة مما جعل الفقهاء يعتبرونها ذات حس إنساني حقيقي.⁽¹⁾

ب - المحكمة الابتدائية ذات اختصاص شامل :

المحكمة الابتدائية هي محكمة من الدرجة الأولى ويسير دواليها رئيس وهو قاض من الرتبة الثانية ويكون من الرتبة الثالثة إذا كانت المحكمة ممتازة أي كائنة بدائرة محكمة الاستئناف ويساعده مجموعة من القضاة يختلف عددهم باختلاف أهمية المحكمة وعدد دوائرها إلى جانب احتوائها على هيكل النيابة العمومية المتكون من وكيل الجمهورية ومساعد أول وجملة من المساعدين، كما تشمل على جهاز تحقيق متكون من قاضي تحقيق أول من رتبة الاستئناف وقضاة تحقيق من الرتبة الأولى.

وهذه المحكمة منحها المشرع ولاية حكمية وشاملة ومطلقة عملا بأحكام الفصل 40 من م.م.م.ت. الذي نص أن «المحكمة الابتدائية تختص بالنظر في جميع الدعاوى عدا الذي خرج عنها بنص خاص» وبذلك قد خصها المشرع بمرجع نظر متميز غير ان تركيبها تكون ثلاثية في بعض الدعاوى وفردية في غيرها.

1) اختصاص المحكمة بتركيبها الثلاثية :

إن القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 جعل تركيب المحكمة ثلاثية في جل القضايا وألغى مؤسسة القاضي المنفرد التي منيت بالفشل ذلك أن المحكمة تتركب من رئيس يكون من رتبة الاستئناف وعضوين من الرتبة الأولى وتكون المحكمة ذات اختصاص ابتدائي أو بوصفها محكمة استئناف بالنسبة للأحكام الصادرة عن قاضي الناحية.

فأما بخصوص الاختصاص الابتدائي لقد اقتضى الفصل 40 من م.م.م.ت. أن المحكمة الابتدائية تختص بالنظر في جميع الدعاوى المدنية والتجارية باستثناء ما خرج عنها بنص خاص وصريح أسند الاختصاص لمحاكم أخرى. وان تقرير كون الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية كلها ابتدائية الدرجة يرجع تاريخه إلى 1 سبتمبر 1986 وهو تاريخ صدور القانون المعدل للفصل 40 من م.م.م.ت. الذي كان يفرق بين الأحكام النهائية الدرجة والابتدائية.

أما بخصوص الاختصاص الاستئنافي فلقد حدده كذلك الفصل 40 الذي نص ان المحكمة الابتدائية تختص بالنظر استئنافية في الأحكام الصادرة عن محاكم النواحي

(1) احمد مسلم : «اصول المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 28 - القاهرة.

وعن مجالس العرف التابعة لدائرتها وكذلك قرارات حاكم التقاديم المطعون فيها بالاستئناف والأحكام الصادرة عن حاكم المنح العائلية، هذا الاختصاص مقرر للمحكمة الابتدائية بتونس فقط دون بقية المحاكم الابتدائية.

2) اختصاص المحكمة بتركيبة منفردة :

لقد منح المشرع رئيس المحكمة الابتدائية اختصاصا يخول له النظر في المسائل التي تتسم بالتأكد وهو ما سمي بالقضاء الاستعجالي عدا ما أسند لقاضي الناحية أو لرئيس محكمة الاستئناف في هذه المادة.

والقضاء المستعجل كما عرفه الفقهاء وخاصة الدكتور فتححي والي بأنه «العمل القضائي الذي يتخذ بإجراءات سريعة لحفظ الحق من خطر حقيقي يحدق به ولا يمكن ان تتحقق عن طريق القضاء العادي ولو بتقصير المواعيد»⁽¹⁾.

كما يختص رئيس المحكمة الابتدائية بإصدار الأوامر بالدفع في جميع الصور التي نص عليها القانون وكذلك الأذون على العرائض التي تهدف إلى اتخاذ وسائل وقائية وحماية قصد حفظ الحقوق من التلف والضياع.

وينظر كذلك في الصعوبات التنفيذية أي الإشكالات التي تحصل أثناء تنفيذ الأحكام سواء كان الحكم صادرا عن المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية أو محكمة التعقيب في الحالات التي تنظر فيها في أصل النزاع.⁽²⁾

2 - محاكم الدرجة الثانية :

لقد سبق وقلنا أنّ التقاضي على درجتين هو من المبادئ الأساسية التي تبنها المشرع التونسي وتبعنا لذلك تم إحداث عدة محاكم من الدرجة الثانية بلغ عددها عشرة وهي تونس وسوسة و صفاقس والمنستير والكاف وقفصة ومدنين وقابس ونابل وبنزرت وتنظر هذه المحاكم في الأحكام الابتدائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية الموجودة في دائرة اختصاص كل واحدة وستولى النظر في تركيبة المحكمة واختصاصها.

(1) فتححي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني» - دار النهضة العربية 1971 - ص. 152.

(2) الأستاذ نور الدين الغزواني : «دروس في المرافعات المدنية والتجارية»، 1992 - ص. 103 - كلية الحقوق بتونس.

أ - تركيبة محكمة الاستئناف :

إن محكمة الاستئناف عند نظرها في الدعاوى تكون مترتبة من رئيس دائرة وهو قاض من الرتبة الثالثة ومستشارين وهما من الرتبة الثانية ويشمل الادعاء العمومي الوكيل العام أو أحد مساعديه. وفي أغلب الأحيان تتكون المحكمة من عدة دوائر فمنها المدنية والتجارية والاستحقاقية والجناحية والجناحية ودائرة اتهام⁽¹⁾.

ب - اختصاص محكمة الاستئناف :

تختص محكمة الاستئناف بالنظر في الدعاوى بتركيبة ثلاثية أو فردية، كما يختص رئيسها بالنظر في نوع من القضايا.

1) اختصاص المحكمة بتركيبتها الثلاثية :

تختص محكمة الاستئناف بتركيبتها الثلاثية بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية التابعة لدوائرها وكذلك في استئناف الأحكام الاستعجالية والأوامر بالدفع الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية وفي استئناف الأحكام المتعلقة بمرجع النظر. وأن هذا الاختصاص تم تدعيمه بموجب التنقيح الحاصل على مجلة المرافعات المدنية والتجارية بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 الذي جعل جميع الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية ابتدائية الدرجة.

وان الاستئناف ليكون له جدوى والحيلولة دون تنفيذ حكم خارق للقانون فإنه لا بد أن يكون له أثر تعلقي ومفعول انتقالي. والمقصود بالأثر التعلقي هو أن مجرد الطعن يوقف تنفيذ الحكم إلى حين البت فيه من محكمة الاستئناف التي بإمكانها إلغاؤه أو تقريره والاستثناءات التي عرفها هذا الأثر تتعلق بالأحكام الاستعجالية وأحكام النفقة لصبغتها المعاشية وكذلك الأحكام المأذون فيها بالتنفيذ الوقي عندما يكون سند الدعوى كتب غير مطعون في الإمضاء عليه أو حكم اتصل به القضاء. إما المقصود بالمفعول الانتقالي فهو إعادة النظر في الدعوى التي تنتقل على حالها ولا يمكن الزيادة فيها بطلبات جديدة ولا تغييرها ولو رضي الخصم بذلك إلا أن هذا المبدأ له استثناءات تتعلق بطلب الزيادة في أداء الأجر أو الفوائد أو غرم الضرر المتفاقم بعد صدور الحكم المطعون فيه.

وكما تنظر محكمة الإستئناف في القرارات التأديبية وغيرها من القرارات الصادرة عن هيئات المهن الحرة مثل الهيئة الوطنية للمحامين وهيئة الصيادلة وهيئة الأطباء

(1) القاضي الطبيب اللومي: «محكمة الاستئناف» - محاضرة القيت بالمعهد الأعلى للقضاء خلال عام 1997.

والمهندسين المعماريين وغيرها حسب القوانين الخاصة بتلك الهيئات التي من بينها : - أمر عدد 541 لسنة 1989 المتعلق بضبط قواعد تنظيم وسير هيئة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية (الفصل 26 منه)، - قانون عدد 55 لسنة 1973 المؤرخ في 3/8/1973 المتعلق بتنظيم مهنة الصيادلة والمنقح بالقانون عدد 75 لسنة 1992 المؤرخ في 3/8/1992 (راجع الفصلين 70 و71).

2) الاختصاص الفردي لرئيس المحكمة :

لقد عهد المشرع لرئيس محكمة الاستئناف إصدار الأذون بإيقاف تنفيذ الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية وكذلك صلاحية إكساء الحكم الابتدائي بالتنفيذ الوقتي في صورة عدم إقرار ذلك من محكمة البداية رغم توفر شروطه طبق الفصلين 127 و146 من م.م.م.ت.

كما وقع التوسع في اختصاصاته بموجب التنقيح الحاصل لمجلة المرافعات المدنية والتجارية بموجب القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 ضرورة انه أصبح مختصا بالنظر في طلب وقف التنفيذ الوقتي المحكوم به من محكمة البداية وكذلك بالنسبة للأحكام الاستعجالية ويصدر الرئيس قراره بعد سماع الأطراف ولا يقبل هذا القرار الطعن ولو بالتعقيب ضرورة أن الإيقاف محدد مدته بشهر واحد.

3 - محكمة القانون :

إن محكمة التعقيب هي محكمة القانون باعتبارها تراقب حسن تطبيق القانون وتعمل على توحيد فهمه وليست درجة ثالثة من درجات التقاضي. وان أول تسمية لها هي «لجنة التمييز» المحدثه بالأمر العلي المؤرخ في 24 ديسمبر 1910 للنظر في الطعون المقدمة في الأحكام الاستئنافية ثم أصبحت تسمى «لجنة القضايا» بموجب الأمر المؤرخ في 26 أبريل 1921 وأخيرا وإثر استقلال البلاد أصبحت تسميتها «محكمة التعقيب» بموجب الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 الذي حدد تركيبها ومهامها.⁽¹⁾

أ - تركيبة محكمة التعقيب :

إن محكمة التعقيب متكونة من رئيس أول ومجموعة من رؤساء الدوائر ومن المستشارين وهي مشكلة من دوائر مدنية وتجارية وجناحية ودائرة التعقيب العسكرية ويمثل الادعاء العمومي لديها الوكيل العام لدى محكمة التعقيب وعددا من المساعدين. وتنتصب محكمة التعقيب للقضاء بتركيبة ثلاثية تتكون من رئيس دائرة وعضوية مستشارين إلا أنه وفي حالات مخصوصة تلتئم محكمة التعقيب

(1) الهادي مزاح : «نظرات حول محكمة التعقيب» - مجلة القضاء والتشريع - 1959.

بدوائرها المجتمعة المترتبة من الرئيس الأول ورؤساء الدوائر وأقدم مستشار من كل دائرة مع حضور وكيل الدولة العام وجلسات هذه المحكمة ليست عمومية غير أنه بإمكان المحامي طلب المرافعة شفاهيا أمام الدائرة المتعده إن طلب ذلك كتابة عملا بأحكام الفصل 183 من م.م.م.ت.

ب - وظيفة محكمة التعقيب :

لمحكمة التعقيب وظائف عادية بوصفها محكمة قانون، غير أن المشرع بموجب تنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية الحاصل في 1 سبتمبر 1986 أدخل وظيفتين جديدتين وهي وظائف استثنائية.

1) الوظائف العادية لمحكمة التعقيب :

إن الوظائف العادية لكل محكمة تعقيب هي مراقبة حسن تطبيق القانون وتوحيد فقه القضاء.

- مراقبة حسن تطبيق القانون :

كل متقاض بإمكانه الطعن بالتعقيب في القرار الاستئنافي الذي خرق القانون بتأويله أو يلا مناقضا لمدلوله أو لمقصد المشرع وذلك في أجل 20 يوما من إعلامه بالحكم⁽¹⁾ وإذا تراءى للمحكمة أن المطاعن في طريقها فهي تنقض الحكم وتحيله لمحكمة الاستئناف لإعادة النظر فيه من جديد بهيئة أخرى وتراجع عن الغلط الذي وقعت فيه، اما إذا أصرت على موقفها وأعيد الطعن بالتعقيب لنفس السبب فإن المحكمة تلتزم بدوائرها المجتمعة وتكون محكمة الاستئناف ملزمة على تبني قرار محكمة التعقيب دفعا للتطبيق المتباين والمختلف من محكمة إلى أخرى للقاعدة القانونية. كما ان الوكيل العام بإمكانه التعقيب في الأحكام النهائية التي لم يطعن فيها الأطراف وذلك لمصلحة القانون عملا بأحكام الفصل 180 من م.م.م.ت. إلا أن هذا الطعن لا يمس مصلحة الأطراف في القضية.

- توحيد فقه القضاء :

إن الدور الفعال لمحكمة القانون يتمثل أيضا في توحيد الفهم للقاعدة القانونية من طرف كل القضاة ضرورة أن القاعدة القانونية ولئن كانت عامة ومجردة إلا انه يجب ان يكون فهمها موحدًا حتى لا تتباين الحلول لنفس الإشكال القانوني إلا أنه إذا كان الاختلاف صارخا ومدعما ويستدعي أخذ موقف معين فإن الفصل 193 من م.م.م.ت. خول لرئيس محكمة التعقيب أن يجمع الدوائر المجتمعة لإصدار قرار يوحد القول في مسألة ويلزم محاكم الموضوع وحتى دوائر محكمة التعقيب نفسها.

(1) القرار التعقيبي الصادر في 27/5/1977 تحت عدد 1240 دد.

2) الوظائف الاستثنائية :

إن التعديل الحاصل لمجلة المرافعات المدنية والتجارية بموجب القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 أضاف وظيفتين لمحكمة التعقيب أولاها التصدي للموضوع والبت فيه بحكم حاسم للنزاع مثلها مثل محاكم الأصل وثانيتهما النظر في التعقيب المرفوع لها طعنا في قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائرها تأسيسا على صدوره بناء على خطأ بين وقع فيه قضاة الدائرة المصدرة للحكم.

أ) التصدي للموضوع والحكم في الأصل من إحدى دوائر محكمة التعقيب :
لقد اقتضى الفصل 176 م.م.م.ت. أنه بإمكان دائرة من دوائر محكمة التعقيب أن تتصدى للموضوع وتحكم في الأصل إذا توفرت الشروط التالية :

- يجب أن يكون تعهد هذه الدوائر بالقضية للمرة الثانية أي انه يكون قد سبق الطعن بالتعقيب فيه مرة أولى وانتهى بنقض الحكم مع الإحالة ثم تولى أحد الأطراف الطعن بالتعقيب مرة ثانية.

- يجب أن يكون الطعن الثاني مؤسسا على سبب جديد غير السبب الذي ارتكز عليه الطعن الأول لأنه لو كان الطعن الثاني مؤسسا على نفس السبب لأصبح النظر في الطعن الثاني من أنظار الدوائر المجتمعة وجوبا.

- لا يمكن لمحكمة التعقيب أن تتناول اصل النزاع إلا إذا قررت النقض سواء لأسباب واقعية أو قانونية وان يكون النزاع مهيبا للفصل أي أن الأمر لا يستدعي سماع بينة أو تعيين خبير.

ب) التعقيب على التعقيب من أجل خطابين :

اقتضى الفصل 192 من م.م.م.ت. أن محكمة التعقيب تنظر بدوائرها المجتمعة عند وجود خطابين في قرار صادر عن إحدى دوائرها وأضاف الفصل 193 من نفس المجلة ان الرئيس الأول هو الذي يدعو الدوائر المجتمعة للالتزام وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم، إلا أنه يجب توفر مجموعة من الشروط الموضوعية أو الشكلية.

* الشروط الموضوعية :

- يجب أن يكون القرار المطعون فيه صادرا عن إحدى دوائر محكمة التعقيب.
- يجب أن يوجد خطابان حسبما وقع تحديده بالفصل 192 من م.م.م.ت. وهو الذي يتمثل في رفض الطعن شكلا والحال ان الأجل لم ينقض أو الرفض موضوعا على أساس نص قانوني وقع نسخه صراحة أو ضمنا أو لسبق النظر من أحد أعضاء الدائرة التعقيبية في الموضوع سواء في نطاق المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية التي كانت تعهدت بالموضوع.

* الشروط الشكلية :

- تتعهد الدوائر المجتمعة للنظر في الخطأ البين بناء على دعوة من الرئيس الأول لمحكمة التعقيب، على ان هذا الأخير لا يبادر بدعوته تلقائياً بل من المفروض ان يقدم له صاحب الطعن مطلباً في ذلك وينظر في مدى وجاهته فإن عن له انه كذلك أحاله على الدوائر المجتمعة.
- يجب أن يرفع الطعن في أجل ثلاثة أشهر من صدور القرار وفق الإجراءات المعمول بها في بقية مطالب التعقيب لسكوت المشرع عن بيان الإجراءات الخاصة بهذا الطعن.

الفقرة الثانية - المحاكم المتخصصة :

إن التطور الاقتصادي والاجتماعي أفرز نوعية جديدة من النزاعات تستدعي تخصص القضاة والمحاكم حتى يتسنى حسم النزاعات بصفة ناجزة وحفظ حقوق المتنازعين، وفي هذا الإطار أنشأ المشرع محاكم تنظر في مثل هذه الدعاوى ويمكن تصنيفها إلى فئتين حسب تركيبها إذ بالإمكان أن تكون فردية (أ) أو ثلاثية (ب).

أ - المحاكم الفردية المتخصصة :

إن التوجه الحديث الذي انتهجه المشرع التونسي يتمثل في التوفيق بين توفير الضمانات وذلك بسن إجراءات واضحة ودقيقة وتكوين القضاة قبل التعيين وأثناء مباشرة الوظيفة وسرعة فصل النزاعات وذلك باختيار التركيبة الملائمة فإن كان الأمر بسيطاً ولا يستدعي عمق بحث عهد به إلى قاضي منفرد وان كان دقيقاً وعميقاً عهد به إلى تركيبة ثلاثية. ولسوف نتطرق في هذه الفقرة لجملة من المؤسسات الفردية التي عهد لها بالنظر في بعض النزاعات.

1 - حاكم التقاديم :

إن قاضي التقاديم ولئن كان منفرداً فهو يعمل في إطار المحكمة الابتدائية وراجع لها بالنظر وهو ينظر في مطالب تعيين المقدمين على فاقد الأهلية سواء كانوا قصراً لعدم بلوغ السن القانونية أو لفقدان المدارك العقلية أو اختلالها ويقوم كذلك بمراقبة أعمال هؤلاء المقدمين ويرجع له الإذن بعمليات التفويت بالنسبة للأملاك الراجعة لعديمي الأهلية أو لسحب الأموال من البنوك والمودعة لفائدة القصر المذكورين.⁽¹⁾

(1) نور الدين الغزواني : «الإجراءات المدنية والتجارية» - المرجع السابق ص. 85.

2 - قاضي السجل التجاري :

إن القانون عدد 44 لسنة 1995 والمؤرخ في 2 ماي 1995 والمتعلق بالسجل التجاري قد أحدث قاضي السجل التجاري وجعله قاضيا منفردا ومنحه صلاحيات إدارية وقضائية تتمثل في مراقبة أعمال كتابة المحكمة الماسكة للسجل التجاري والإذن⁽¹⁾ مؤقتا بالتسجيل مع إعفاء الشخص من تقديم وثيقة بصفة مؤقتة أو نهائية⁽²⁾. كما يختص قاضي السجل التجاري بالنظر في بطلان الترسيمات الوجوبية الناتجة عن معلومات تبين عدم صحتها.

3 - قاضي الأسرة :

في إطار تنقيح بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية بموجب القانون عدد 73 لسنة 1993 أحدث قاضي الأسرة من رتبة مستشار بمحكمة الاستئناف وعهد له القيام بإجراء جلسة صلحية مع الفرقاء للوصول إلى إقناعهم عن العدول عما قرروه حفظا لمصلحة العائلة والأبناء وله في كل الأحوال اتخاذ التدابير الوقية المتعلقة بسكنى الزوجة وحضانة الأبناء ونفقتهم وله أن يسعى شخصيا لمعرفة مقرات المعنيين بالأمر واستدعائهم لحضور الجلسات تفاديا لصدور حكم في مسألة هامة وخطيرة كالطلاق في غياب أحد أطرافه، علما وأنه حصلت ماسي عائلية في ظل القانون القديم وهدمت عائلات بوسائل مناقضة لمبدأ المواجهة الذي أرساه المشرع كمبدأ أساسي للنظام القضائي⁽³⁾.

4 - قاضي الأطفال :

لقد صدرت مجلة حماية الطفل وأحدثت قاضي الأطفال الذي هو من الرتبة الثانية ويوجد بكل محكمة ابتدائية وعهد له النظر في المخالفات والجنح المرتكبة من قبل الأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين ثلاثة عشر وثمانية عشر عاما ويصدر أحكامه بعد أخذ رأي عضوين مختصين بشؤون الطفولة ويتوليان إبداء الرأي كتابيا. وان دوره لا يقتصر على إصدار الأحكام بل وكذلك الإشراف على تنفيذها ومراجعة الأحكام إن توفرت شروط ذلك ضرورة ان الهدف المرجو بلوغه هو استئصال أسباب الانحراف لدى الطفل وتحديد العلاج المناسب والكفيل بتقويمه

(1) الفصل الخامس من القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995.

(2) الفصل 29 من القانون السابق الذكر.

(3) عبد الستار الخويلدي : «الخصائص والتوجهات الإجرائية في القوانين التونسية»، مجلة القضاء والتشريع عدد 4 - شهر أبريل 1997.

وإعادته إلى حضيرة المجتمع حتى يكون مواطناً صالحاً يعرف حقوقه ويؤدي واجباته عن اقتناع ومن تلقاء نفسه.

ب - المحاكم المتخصصة ذات التركيبة الجماعية :

إن سرعة فصل النزاعات وتوفير الضمانات هاجس يراود المشرع وما انفك يدخل من حين لآخر تعديلات على النظام القضائي وسير المحاكم لبلوغ هذا الهدف، وفي هذا الإطار تم إقرار مجلس العرف والمحكمة التجارية الدائرتين الموجودتين بالمحكمة الابتدائية.

1 - مجلس العرف :

إن مجلس العرف أو دائرة الشغل كما عدلت تسميته بعد التنقيح الحاصل بتاريخ 3 أوت 1977 تجد جذورها في مجلس العرف المحدث زمن الاستعمار الفرنسي واستمدت الأحكام المنظمة لهذه الدائرة من القوانين السابقة والخاصة بمجلس العرف.⁽¹⁾ ولقد حافظت دائرة الشغل على نفس تركيبها القديمة والمتألفة من قاض يكون رئيساً وعضوين أحدهما يمثل الأعراف والثاني الإجراء ويتم تعيينهما لمدة سنتين. واختصاص هذا المجلس مثلما ورد بالفصل 183 من مجلة الشغل ينحصر في فصل النزاعات الفردية التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المتعاقدة عند تنفيذ عقد الشغل أو التدريب في حين أن الدعاوى الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية وكذلك النزاعات المتعلقة بأنظمة الضمان الاجتماعي فهي راجعة بالنظر لمحاكم أخرى وتنظمها نصوص خاصة.

2 - المحكمة التجارية :

إن انخراط الجمهورية التونسية في المنظمة العالمية للتجارة استدعى الشروع في التأهيل الاقتصادي للدخول في اقتصاد السوق الحر وليكون القضاء مساهماً في هذا التمشي تم إحداث نظام قضائي متخصص في المادة التجارية يأخذ بعين الاعتبار مصلحة التجار ويحافظ في الوقت نفسه على الهيكلية لنظامنا القضائي ضرورة أنه ليس بالإمكان إدخال تغيير هيكلي يربك ما اعتدناه وما تعودناه باعتبار أن التقاضي مخزون حضاري ومبادئ أساسية كرسها الدستور ولا مجال للتفريط فيها.⁽²⁾

(1) Laroussi ZQUIR : «La déjuridicisation du procès» D.E.A. en 1995 la faculté de droit de Tunis.

(2) القاضي الطيب اللومي : «القضاء التجاري في تونس» - مجلة القضاء والتشريع لشهر جويلية 1996.

والقضاء التجاري الواقع إحدائه بموجب الأمر عدد 427 لسنة المؤرخ في 11 مارس 1996 تمثل في إحداث ثماني محاكم متخصصة يقصر نظرها على الدعاوى التي موضوعها عمل تجاري وهذه المحاكم موجودة بالمحاكم الابتدائية بتونس وسوسة و صفاقس والكاف والمنستير وقابس وقفصة ومدنين ونابل وبنزرت، وتجدر الملاحظة ان المشرع التونسي لم يستعمل كلمة «محكمة تجارية» بل اكتفى بإيراد مصطلح الدائرة التجارية وذلك للمحافظة على المفهوم المتداول وجعل النزاع في نطاق محاكم الحق العام،⁽¹⁾ إلا أن الأمر خلاف ذلك ضرورة ان هذه الدائرة خصها المشرع بالنظر في الدعاوى التجارية ولها اختصاص حكومي يهم النظام العام ضرورة أن القيام لدى الدائرة المدنية بقضية موضوعها حل شركة تجارية يجعل الدائرة ترفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكومي. وللتدليل على ذلك، لا بد من معرفة انه جرى عمل المحاكم على تخصيص دائرة تجارية بمقتضى توزيع إداري مما جعل الدوائر المدنية تحيل على هذه الدائرة الدعاوى التجارية باعتبار ان المحكمة الابتدائية وحدة لا تتجزأ، غير أنه بعد إحداث المحاكم التجارية أصبحت هذه المحاكم تتعهد بالدعاوى مباشرة بعد أن يقع ترسيمها في دفتر خاص، وباعتبار أن هذه المحاكم مختصة حكماً فإنّ الدفع بعدم اختصاص دائرة مدنية بالنظر في دعوى موضوعها عمل تجاري يوجب الحكم برفض الدعوى لعدم الاختصاص ولا تحال القضية إلى المحكمة التجارية، وبذلك لقد بات من الثابت أن الدائرة التجارية رغم تسميتها كذلك فإنها تتمتع بكامل مقومات المحكمة المستقلة ولسوف نتعرض لتركيبها ولاختصاصها.

(أ) تركيبة المحكمة التجارية :

إن تركيبة المحكمة التجارية تميزت بالتوفيق بين خصوصية المعاملات التجارية وتشريك التجار في الفصل في النزاع وجعل القضاء هو المختص في فض مختلف النزاعات مهما اختلفت مواضيعها ولذلك كانت هذه التركيبة مؤلفة من تجار ومن قضاة وذلك على خلاف ما انتهجه المشرع الفرنسي الذي جعل المحكمة التجارية تتركب من تجار فقط ولعل سبب ذلك أن الدستور التونسي يوجب أن تكون ولاية القضاء لمن توفرت فيهم شروط علمية معينة وهو الشيء المفقود لدى التجار وعلاوة على ذلك أن مهنة التاجر تتعارض ومهنة القاضي المشدود لإعطاء كل ذي حق حقه، بينما الأول شب على توفير الربح.

وعلى كل تكون تركيبة المحكمة أمّا ثلاثية أو خماسية :

(1) الطيب اللومي - المرجع السابق.

- تكون التركيبة ثلاثية ومتكونة من رئيس المحكمة أو وكيل رئيس برتبة مستشار بالاستئناف وعضوين اثنين من التجار عند النظر في الدعاوى التجارية العادية التي تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار مع العلم أن للعضوين التاجر رأيا استشاريا ضرورة انه كما سبق وان قلنا انه لا يمكن لغير القضاة إصدار الأحكام.

- تكون التركيبة خماسية ومتكونة من رئيس المحكمة أو وكيل رئيس برتبة مستشار بالاستئناف وعضوية قاضيين ومستشارين من التجار وذلك للنظر في النزاعات الآتية :

- النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها وكذلك النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أو تفليسها.
- النظر استئنافيا في الطعون في الأحكام الصادرة عن محاكم النواحي والتي موضوعها عمل تجاري لا تفوق قيمته سبعة آلاف دينار.

(ب) اختصاص المحكمة التجارية :

إن اختصاص المحكمة التجارية يكون طبق القواعد القانونية (1) أو طبق قواعد العدل والإنصاف (2).

1) النظر طبق القواعد القانونية :

تنظر المحكمة التجارية ابتدائيا في الدعاوى التجارية التي عرفها الفصل 40 جديد من م.م.ت. بانها الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار في خصوص أعمالهم التجارية. وهذا التعريف أعطى مفهوما ضيقا للدعوى التجارية باعتبار ان المشرع قد أوجب توفر شرطين لتكون الدعوى تجارية وهو أن يكون النزاع بين تاجرين وكما وقع تعريفه بالفصل الثاني من المجلة التجارية هو كل شخص اتخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة والتوسط وغيرهما من الأعمال التي عددها ذلك الفصل، والشرط الثاني هو أن يتعلق موضوع الدعوى بعمل تجاري وعلى أن تتجاوز قيمة الدعوى سبعة آلاف دينار باعتبار أن النزاعات التي تقل قيمة موضوعها عن سبعة آلاف دينار هي من اختصاص حاكم الناحية والأفضل أن يتم تعديل الفصل 40 من م.م.ت.، وجعل الدعاوى التجارية من اختصاص المحكمة التجارية ضرورة أن المشرع قد اختار مقياس الاختصاص طبيعة الدعوى لا قيمتها، وطالما تم التوجه نحو التخصص فالأجدى أن تحدث دائرة فردية في المحكمة التجارية تنظر إلى حدود سبعة آلاف دينار ودائرة ثلاثية ودائرة خماسية مثلما هو الحال في التشريعات التي انتهجت أحداث محاكم تجارية. كما تنظر المحكمة استئنافيا في الأحكام الصادرة عن محاكم النواحي في الدعاوى التجارية التي ترجع لها بالنظر.

2) النظر طبق قواعد العدل والإنصاف :

اقتضى الفصل 40 في فقرته الخامسة من م.م.م.ت. أنه «بإمكان الأطراف في أي وقت من سير إجراءات الدعوى الطلب من الدائرة أن تنظر وفق مبادئ العدل والإنصاف».

ويستخلص من هذا الفصل أن المشرع تبنى التحكيم القضائي⁽¹⁾ ضرورة أن الأطراف يمكنهم طلب الحكم وفق قواعد العدل والإنصاف وهو إقرار من المشرع على جواز أعمال القواعد العامة للقانون الطبيعي التي لا تعترف بقيود القاعدة القانونية ولا بسقوط الحق بمرور الزمن لان الحق قديم والضرر يزال، وهو توجه جديد يبرز مدى خصوصية هذه المحكمة الخاضعة لنظام تميز بالبساطة وعدم التعقيد كل ذلك تحقيقا للسرعة والنجاعة التي تتطلبها المعاملات التجارية ضرورة إن الأحكام الصادرة على أساس العدل والإنصاف غير خاضعة للاستئناف ولا تقبل الطعن إلا بالتعقيب والحقيقة أن بعض فقهاء القانون يرون أن هذا الحكم إذا ما قسناه بالقرار التحكيمي فإنه لا يخضع إلا للطعن بالإبطال⁽²⁾ ضرورة أن التعقيب ليس الطعن المناسب لمثل هذه الحالة باعتبار أن محكمة التعقيب تمارس رقابة قانونية على الأحكام بينما القضاء طبق قواعد العدل والإنصاف يستبعد تطبيق القانون.

المبحث الثاني - المحاكم المختصة :

ان استعمال مصطلح المختصة تم استعماله للتدليل على المحاكم التي خصها المشرع للنظر في اختصاصات معينة واستثنائية تستدعي خبرة فنية علاوة على المعرفة القانونية وتشمل فئة معينة من المتقاضين وهذه المحاكم هي المحكمة العقارية التي يستدعي العمل بها الإلمام بأعمال ديوان رسم الخرائط والسجل العقاري وكذلك المحكمة الإدارية التي ولئن كان نظرها في المادة القانونية إلا أنها من نوع خاص وهو القانون الإداري الذي يدرس لطبقة القانون العام وأيضا المحكمة العسكرية التي يستدعي العمل بها معرفة طبيعة النزاعات العسكرية ونظرها مقصور على فئة معينة هم العاملون بوزارة الدفاع الوطني أو يؤدون الجندية.

وبذلك إن مصطلح «المحكمة المختصة» يختلف عن لفظ «المحكمة المتخصصة» ضرورة أن هذه الأخيرة تابعة للمحكمة الابتدائية واختصت للنظر في نزاعات معينة كالنزاعات التجارية أو الشغلية واكتسب القضاة العاملين بها تخصصا

(1) القاضي حسين بن سليمه : «التحكيم القضائي» - أعمال ملتقى التحكيم والعولمة ص. 77.
القاضي الحبيب الشريف : «القاضي والمحكم» - أعمال ملتقى التحكيم والعولمة ص. 55.
(2) الأستاذ نور الدين الغزواني : «التعليق على القانون المرافعات المدنية والتجارية» - تونس 1996 ص. 344.

معينا داخل في فروع القانون الخاص أو القانون المدني، في حين أن المحكمة المختصة خصها المشرع باختصاص معين واستثنائي يوجب معرفة فنية. وسوف نتطرق لكل محكمة في فقرة مستقلة مع عدم التطرق للمحاكم الاستثنائية كمحكمة امن الدولة المحدثة بالقانون عدد 17 المؤرخ في 2 جويلية 1968 والواقع إلغاؤها سنة 1987 لتنافيها مع المبادئ الدستورية وإخلالها بمبدأ المساواة أمام القانون.

الفقرة الأولى - المحكمة العقارية :

إن المحكمة العقارية والتي كانت تسمى بالمجلس العقاري المختلط تتمثل وظيفتها أساسا في التسجيل العقاري الذي يهدف إلى تطهير الملكية العقارية وتوضيح معالمها وحمايتها مما يضع حدا للخصام والتنازع وتستمر الملكية في يد من حكم لفائدته بالتسجيل ضرورة أن كسب الملكية بالحوز الطويل لا يسري على العقارات المسجلة. والمحكمة العقارية تنظمها الأحكام الواردة بمجلة الحقوق العينية التي تعرضت لتركبتها واختصاصها.

1 - تركيبة المحكمة العقارية :

تتألف المحكمة العقارية من مقر اصلي ومركزي بتونس العاصمة ومن عدة فروع بعديد الولايات داخل الجمهورية ويتأسس المحكمة العقارية رئيس وهو قاض من الرتبة الثالثة بوظيفة رئيس دائرة بمحكمة التعقيب ويساعده وكيل رئيس أول أيضا هو من الرتبة الثالثة وعدة وكلاء رئيس من الرتبة الثانية وعدد من القضاة من الرتبة الأولى.

ولسوف نتطرق إلى وظائف القضاة بهذه المحكمة وتحديد اختصاصها.

أ - وظائف رئيس المحكمة العقارية :

ان رئيس المحكمة العقارية هو المختص للقيام بالعمل الإداري للمحكمة وتنسيق الأعمال بين الفروع الموجودة بكامل الجمهورية ويتأسس الجلسة عندما تنظر المحكمة بدوائرها المجتمعة ضرورة أن المشرع نظم طعنا في الأحكام العقارية بطريق المراجعة وبالإضافة إلى ذلك فهو الذي عملا بأحكام الفصل 332 م.ح.ع. ترفع إليه مطالب المراجعة للاطلاع عليها ومراقبة احترامها لأجل الطعن من عدمه، فإذا كانت مقدمة في الأجل ينظر في اصل المطلب وتقرير إحالة المطلب على الدوائر المجتمعة من عدمه، فإذا قرر الإحالة فإنه يأذن بتنفيذ المطلب ويأذن بإيقاف تنفيذ الحكم أو يعلم إدارة الملكية العقارية لضرب قيد احتياطي على الرسم العقاري ان كان الحكم قد نفذ.

ب - وظائف وكلاء الرئيس :

ان وكيل الرئيس هو قاض من الرتبة الثانية ويترأس دائرة بالمحكمة المركزية تتولى الحكم بالتسجيل في المطالب العادية أو مطالب التسجيل الإجباري عندما تكون موضوع معارضة ضرورة أن المطالب الخالية من المعارضات يتم تسجيلها بقرار فردي بعد انقضاء آجال المعارضات اثر إعلان عن ختم أعمال البحث والتحجير بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبالجرائد اليومية.

ج - وظائف القاضي المقرر :

ان القاضي المقرر هو قاض من الرتبة الأولى ويقوم بمهمة أساسية ضرورة انه حال تقديم مطلب التسجيل يتولى رئيس المحكمة العقارية تعيين قاض مقرر يتعهد بالقضية ويقوم بجميع الأبحاث لجعل القضية جاهزة للفصل وهو قاض غير محايد ويبحث في استحقاق العقار بصفة شاملة وبحثه يهدف إلى حماية حقوق الطالب والغير وخاصة الغائب والقاصر عملا بأحكام الفصل 338 من م.ح.ع. ولذلك فإن مهامه مختلفة عن مهام القاضي المقرر في محاكم الحق العام باعتبار أن هذا الأخير يتعهد بموضوع النزاع ولا يمكنه تجاوزه وهو ملزم بمبدأ الحياد بخلاف القاضي المقرر بالمحكمة العقارية الذي له سلطة البحث المطلقة ضرورة أن طبيعة مطلب التسجيل لا تنحصر في فصل نزاع فحسب بل يقصد منه إقرار ملكية العقار بصفة باتة للمالك الأصلي لما للتسجيل من أثر مطهر أو ما يسمى بالمفعول التطهيري للتسجيل. والمحكمة بالاعتماد على تقرير القاضي المقرر تحكم بالتسجيل أو بالفرض ولذلك لا يشارك القاضي المقرر في الحكم في القضايا التي كلف بتقريرها.⁽¹⁾

(2) اختصاص المحكمة العقارية

لقد تضمنت مجلة الحقوق العينية اختصاص المحكمة العقارية وينحصر في المسائل التالية :

أ - البت في مطالب التسجيل :

أن النظر في مطالب التسجيل العادية هو اختصاص ممنوح للمحكمة العقارية بموجب الفصل 310 م ح ع الذي خول لكل صاحب حق عيني على عقار سواء كان أرضا بيضاء أو مباني طلب تسجيله ، وإثر القيام بالتحديد من أحد أعوان ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط والأبحاث من طرف القاضي المقرر تلتئم المحكمة بتركيبتها الثلاثية بعد تنقيح الفصل 311 من م ح ع بمقتضى القانون عدد 15 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 باعتبار أن التركيبة كانت خماسية قبل التعديل،

(1) Laroussi ZQUIR : Op. Cité p. 21.

كما أنه بالنسبة لمطالب التسجيل الإلزامي بموجب المرسوم المؤرخ في 21 فيفري 1964 تختص المحكمة العقارية بتسجيلها وجوبا أما بقرار فردي يصدره رئيس لجنة المسح الإلزامي في صورة عدم وجود معارضات ، أما عند وجود معارضة فإن المحكمة بتركيبها الثلاثية هي التي تبت في القضية . والأحكام الصادرة بالتسجيل سواء في المطلب العادي أو بموجب المسح الإلزامي أصبحت خاضعة للطعن بالتعقيب بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 ، وعلى أن تواصل الدوائر المجتمعة بالمحكمة العقارية النظر في مطالب المراجعة سواء المنشورة لديها قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ أو في الأحكام الصادرة قبل دخول هذا القانون الجديد حيز التنفيذ وألغى القانون الجديد بالتالي الصيغة القديمة للفصل 332 م ح ع الذي أصبح ينص على أن « أحكام المحكمة العقارية القاضية بالتسجيل أو الترسيم الناتج عن حكم التسجيل نهائية الدرجة وتقبل الطعن بالتعقيب لدى محكمة التعقيب والطعن بالتعقيب يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه» ، ولقد أضاف المشرع بابا سادسا لمجلة الحقوق العينية تحت عنوان « في تعقيب أحكام التسجيل العقاري» وأورد من خلاله ثلاثة فصول 357 مكرر و 357 ثالثا و 357 رابعا وتضمنت تحديد مجال الطعن بالتعقيب وإجراءاته .

- فأما المجال فيقتضي تحديد حالات الطعن بالتعقيب والأحكام الخاضعة لذلك، وفي هذا الصدد اقتضى الفصل 357 مكرر أن حالات الطعن سبع وهي :
- إذا الحكم مبني على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله .
 - إذا كان الحكم صادرا فيما يتجاوز اختصاص المحكمة الذي أصدرته .
 - إذا كان هناك إفراط في السلطة .
 - إذا لم تراعى في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط .
 - إذا صدر حكمان أو أكثر بالتسجيل في ذات العقار .
 - إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية دون أن يقع تمثيله تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير واضح في الدفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه وذلك مع مراعاة أحكام الفصل 239 و 330 م ح ع .
 - إذا انبنى الحكم المطعون فيه على أدلة ثبت جزائيا زورها أو تديسها بحكم نهائي ولا يقبل التعقيب .
- كما اقتضى الفصل 357 مكرر من نفس المجلة في فقرته الأولى أنه :

«يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام القاضية بالتسجيل أو بالترسيم الناتج عن حكم التسجيل لدى محكمة التعقيب». ومن ثم قد أقصى المشرع الأحكام الصادرة في مادة التحيين العقاري والأحكام الصادرة إثر الطعن في قرار مدير الملكية العقارية طبق الفصل 338 م ح ع ولم يبق إلا الأحكام الصادرة بالتسجيل سواء بموجب مطلب عادي أو في إطار المسح الإجباري . أما بخصوص إجراءات الطعن بالتعقيب فلقد حددها المشرع بالنسبة لكل طرف وكذلك لكتابة المحكمة . فالطاعن ملزم بتقديم طعنه ويجب أن تكون له الصفة وأن يطعن في الأجل وأمام جهة معينة ولذلك لا يمكن تقديم الطعن إلا ممن كان طرفا في الحكم المطعون فيه أو ورثته ويتم الطعن في أجل لا يتجاوز ستين يوما من تاريخ صدور الحكم . ويرفع الطعن بعريضة كتابية تتضمن صفة الطالب وتاريخ وعدد ونص الحكم العقاري المطعون فيه وطلباته مع تأمين خطية قدرها ثلاثون دينارا تحجز في صورة رفض مطلبه والطعن يقدم بواسطة محام لدى التعقيب إلى كتابة المركز الأصلي أو الفرعي للمحكمة العقارية الذي صدر عنه الحكم المطعون فيه . أما كتابة المحكمة العقارية فإنها ملزمة بتلقي عريضة الطعن وتوقيعها والتنصيب على تاريخ تقديمها وقيدها بدفتر خاص معد للغرض وتسليم وصل لمقدمها وإعلام كتابة محكمة التعقيب بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا ثم توجيه الملف إلى كتابة محكمة التعقيب في أقرب الآجال وتتواصل الإجراءات أمامها . أما المطعون ضده فيمكنه الرد على مذكرة الطعن وذلك بواسطة محام في أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه عريضة الطعن وأسبابه .

ب : البت في الطعون في قرارات إدارة الملكية العقارية ودائرة الرسوم المجمدة :

1- الطعن في قرارات إدارة الملكية العقارية :

اقتضى الفصل 388 من م ح ع أن القرارات الصادرة عن إدارة الملكية العقارية سواء برفض مطلب ترسيم العملية العقارية أو ترسيمها قابلة للطعن أمام المحكمة العقارية ممن رفض طلبه وممن صدر ضده مطلب الترسيم وتتولى المحكمة العقارية بتركيبها الثلاثية النظر في الطعن ولها أن ترفضه وتقر القرار أو تقبله شكلا وأصلا وتلغي القرار وتأذن بالتشطيب على الترسيم . وهذا التمشي جدير بالمساندة لأن المحكمة العقارية هي المحكمة المختصة في التعامل مع السجل العقاري لما لقضاتها من تجربة وحنكة في هذا المجال علاوة على الطبيعة القضائية لأحكامها خلافا لما يراه بعض الفقهاء ضرورة أن اختصاص المحكمة العقارية للنظر في صحة

العقود من عدمها وهي لا تقضي بالإبطال إلا أنها ترتب الأثر القانوني الواجب الترتيب ولا تعتمد العقد الباطل دون التصريح ببطلانه باعتبار أن الفسخ والبطلان راجع بالنظر للمحكمة الابتدائية .

2- الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة عن دائرة الرسوم المجمدة .

كما تنظر المحكمة العقارية في الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة عن دائرة الرسوم المجمدة وذلك بعد أن تم إلغاء إجراءات إعادة النظر المقررة بالقانون عدد 34 لسنة 2001 بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 الذي أقر حق الاستئناف في الأحكام الصادرة عن دائرة الرسوم المجمدة ممن له مصلحة سواء كان طرفا في الحكم المستأنف طالبا أو معترضا أو متداخلا أو لم يكن طرفا فيه وذلك في أجل يبتدئ من يوم صدور الحكم بالتحيين وينتهي بانتهاء ستين يوما من تاريخ إدراج هذا الحكم بالسجل العقاري . مع العلم أن القانون الجديد ألغى القسم السابع المتعلق بطلب إعادة النظر من القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 وعوض بالاستئناف على أن الطعن في أحكام التحيين الصادرة قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ يبقى خاضعا للأحكام المنظمة لإعادة النظر .

الفقرة الثانية - المحكمة الإدارية :

إثر الاستقلال أحدثت المحاكم الدستورية المتمثلة في دائرة المحاسبات التي تتولى مراقبة تصرف مختلف السلطات الإدارية في الميدان المالي ودائرة الزجر المالي المختصة بزجر المخالفات المالية، كما نص الدستور على ان المحكمة الإدارية هي إحدى الهيئتين التي يتألف منها مجلس الدولة .

ولقد تم إحداث المحكمة الإدارية بموجب القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 وحدد اختصاصها بالنظر في النزاعات المتعلقة بالإدارة وأبقى مسألة التعويض من اختصاص المحاكم المدنية ابتداءيا وفق الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 في حين أن دعاوى تجاوز السلطة هي من الاختصاص المطلق للمحكمة غير انه وفي إطار الإصلاح التشريعي تمت إعادة تنظيم القضاء الإداري بمقتضى القوانين عدد 38 و39 و40 لسنة 1996 المؤرخة في جوان 1996 وأقرت الازدواجية القضائية المتمثلة في إرساء هيكلين قضائيين مستقلين مدني وإداري، وفي نطاق تأكيد هذا الاختيار صدرت القوانين المذكورة سلفا ومؤكدة لاستقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي وجعله مساويا له وذلك

بإحداث محكمة التنازع وسوف نتطرق للتنظيم الهيكلي للمحكمة الإدارية (1) ثم للاختصاص الوظيفي لمجلس تنازع الاختصاص (2).

1 - التنظيم الهيكلي للمحكمة الإدارية :

إن رغبة المشرع في وضع حد لتشتت النزاعات الإدارية بين المحاكم الإدارية من جهة والمحاكم العدلية من جهة أخرى يجعل القاضي الإداري القاضي الطبيعي في المادة الإدارية، وتحقيقاً لهذا التمشي وقع تدعيم الكيان الوظيفي والهيكلي للمحكمة وذلك بإحداث دوائر ابتدائية ودوائر استئنافية.

أ - الدوائر الابتدائية :

لقد اقتضى القانون عدد 39 لسنة 1996 إحداث دوائر ابتدائية بتركيبة ثلاثية يرأسها رئيس دائرة وبحضور عضوين وتختص بالنظر في جميع القضايا الإدارية بما في ذلك قضاء تجاوز السلطة والمسؤولية الإدارية والنزاعات المتعلقة بال عقود وكل القضايا الإدارية عدا ما خرج عن اختصاصها بنص خاص كالنزاعات الجبائية والانتخابات والمهن الحرة والانتزاع من أجل المصلحة العامة إلا أن استئناف الأحكام الصادرة في خصوصها وتعقيها يرجع بالنظر إلى المحكمة الإدارية.

ب - الدوائر الاستئنافية :

في إطار تكريس مبدأ التقاضي على درجتين في القضاء الإداري تم إحداث الدوائر الاستئنافية بعد أن كان ذلك مقصوراً على دعاوى المسؤولية وأصبح تبعاً لذلك قضاء تجاوز السلطة ينظر على درجتين، والدوائر الاستئنافية يرأسها قاض إداري برتبة رئيس دائرة وعضوية مستشارين من قضاة المحكمة الإدارية وتختص بالنظر في الطعون في الأحكام الصادرة عن الدوائر الابتدائية بالمحكمة الإدارية والأحكام الابتدائية الصادرة عن المحاكم العدلية في المواد التي نص القانون على أن تكون خاضعة للاستئناف أمام المحكمة الإدارية وكذلك الأحكام الاستئنافية والأذون الصادرة في المادة الإدارية.⁽¹⁾

ج - الدوائر التعقيبية :

تنظر المحكمة الإدارية بوصفها محكمة تعقيب في الطعون في الأحكام النهائية الصادرة في مادة المسؤولية وتكون مترتبة من الرئيس الأول ورؤساء الدوائر الاستئنافية والاستشارية وعلى أن لا يقل عددهم على خمسة بالإضافة إلى مندوب الدولة عملاً بأحكام الفصل الأول 21 جديد من القانون المذكور سلفاً.

(1) غازي الغرايري: «القانون عدد 39 المؤرخ في 3 جوان 1996 مبرراته وإضافاته». محاضرة أُلقيت بالملتقى الخاص بإصلاح القضاء الإداري.

كما تنظر هذه الدوائر في مادة تجاوز السلطة وذلك لتوحيد الآراء القانونية بين الدوائر الاستئنافية ويكون هذا الاختصاص في حالتين أو لاهما عند الحكم بالتخلي من طرف الدائرة الاستئنافية وثانيهما بقرار معلل من رئيس المحكمة يعهد بموجبه الدائرة.

2 - مجلس تنازع الاختصاص :

إن إقرار الازدواجية القضائية يوجب إقرار مجلس يكون دوره تحديد المحكمة المختصة عند حصول تنازع سلبي أو إيجابي بخصوص المحاكم ولقد اقر المشرع التونسي هذا المجلس ويتعين التطرق إلى تركيبته وتحديد اختصاصه.

أ - تركيبة مجلس التنازع :

اقتضى الفصل الخامس من القانون المؤرخ في 3 جوان 1996 أن المجلس يتركب من رئيس وستة أعضاء يتم اختيارهم مناصفة من بين رؤساء الدوائر والمستشارين المباشرين بمحكمة التعقيب والمحكمة الإدارية. اما رئاسة المجلس فتكون بالتناوب بين الرئيس الأول لمحكمة التعقيب والرئيس الأول للمحكمة الإدارية وتدوم رئاسة كل واحد منهما عامين متتاليين.

ب - اختصاص مجلس التنازع :

يكون مجلس الاختصاص مختصا في صورة تنازع سلبي وإيجابي أو بموجب الإحالة من محكمة التعقيب ودائرة التعقيب بالمحكمة الإدارية :

ولقد سبق لمحكمة التعقيب أن قالت كلمتها بهذا الخصوص في أحد قراراتها الذي ورد بإحدى حيثياته أنه «إذا تعهدت محكمة التعقيب بنزاع يطرح عند النظر فيه إشكالا جديا حول الاختصاص لم يسبق البت فيه من قبل مجلس التنازع يمكن لها تلقائيا أن تحيل بقرار معلل غير قابل للطعن ملف القضية على مجلس التنازع للنظر في مسألة الاختصاص»⁽¹⁾

1) التنازع الإيجابي :

اقتضى الفصل السابع من القانون المؤرخ في 3 جوان 1996 أنه عند الدفع بعدم اختصاص المحكمة العدلية المتعهددة بالنظر في قضية وتحديد الاختصاص للمحكمة الإدارية، في هذه الحالة يكون لزاما على المحكمة المتعهددة إرجاء النظر في القضية وإحالة الملف على مجلس التنازع لتحديد المحكمة المختصة فإن كانت

(1) قرار تعقيبي عدد 697 المؤرخ في 23/6/2001 - نشرية محكمة التعقيب لسنة 2001 الجزء الأول ص 50

المحكمة المتعده فهي تواصل النظر وإلا فهي تحكم بعدم الاختصاص وعلى المعني بالأمر إن أراد مواصلة التقاضي القيام أمام المحكمة الإدارية.

(2) التنازع السليبي :

تحصل هذه الحالة في صورة حكم إحدى المحاكم بعدم الاختصاص الحكمي وترى المحكمة التابعة للجهاز الآخر عند القيام أمامها في نفس الموضوع أنها أيضا غير مختصة، فعندها يجب على المحكمة المتعده إحالة الملف على مجلس التنازع للنظر في مسألة الاختصاص فإن أقر اختصاصها واصلت النظر في القضية وإلا فعليها الحكم بعدم الاختصاص وعلى المعني بالأمر القيام من جديد أمام المحكمة التي كانت أصدرت حكما بعدم الاختصاص ويكون حكمها ملغي وملزمة بالقرار الصادر عن مجلس التنازع.

(3) الإحالة من محكمة التعقيب :

عند تعهد محكمة التعقيب أو المحكمة الإدارية بوصفها محكمة تعقيب بقضية وي طرح عند النظر فيها إشكال جدي حول الاختصاص الحكمي ولم يسبق البت فيه من طرف مجلس التنازع فإن المحكمة ملزمة بإحالة القضية على مجلس التنازع للبت فيه ويكون القرار ملزما للمحكمة التي عليها الحكم وفقه.

الفقرة الثالثة - المحكمة العسكرية :

كما سبق وقلنا إن المشرع ولتحقيق غايات معنية يجنح إلى نزاع بعض القضايا من ولاية القضاء العادي ويوكل النظر فيها إلى محاكم متخصصة، فالقضاء المتخصص هو الذي يفصل في بعض الدعاوى التي تهمة فئة معينة من المواطنين كالجنود أو متعلقة بنزاعات ذات طابع خاص مثلما هو الحال بالنسبة للمحكمة العقارية أو المحكمة الإدارية ولذلك فالقضاء المتخصص يختلف عن القضاء المختص والاختصاص خلاف التخصص.

ولذلك من المتعين دراسة تركيبة المحكمة العسكرية في نقطة أولى ثم التطرق لاختصاصها في نقطة ثانية.

1 - تركيبة المحكمة العسكرية :

اقتضى الفصل العاشر من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية أن المحكمة العسكرية تشتمل على دوائر يضبط عددها بأمر وتكون واحدة منها جنائية وتتألف كل دائرة من رئيس وأربعة مستشارين وبياسر وظائف الادعاء العمومي وكيل الدولة

لدى المحكمة العسكرية أو مساعده، بالإضافة إلى قضاة التحقيق والقضاة المقررين إلا أن رئاسة المحكمة العسكرية ورئاسة الدوائر التابعة لها تكون لقضاة من الرتبة الثالثة من القضاء العدلي.

وتركيبة المحكمة تختلف في زمن السلم عن تركيبها زمن الحرب :
- **تركيبة المحكمة زمن السلم :**

إن تركيبة المحكمة زمن السلم تكون على أساس مبدأ هام إلا وهو مراعاة رتبة المتهم ضرورة أن المستشارين الذين سينظرون في الدعوى يجب أن يكونوا أعلى رتبة من المتهم ولسنق أمثلة على ذلك فإذا كان المتهم في رتبة أقل من ملازم فإن المستشارين يكون اثنان منهم برتبة ملازم والثالث برتبة ملازم أول والرابع برتبة نقيب. وإذا كان المتهم عقيدا يكون المستشارون من رتبة بأقدمية تفوقه بالنسبة لاثنين والأخران من الرتبة الأعلى مباشرة.⁽¹⁾ والإجراء الخاص بتركيبة المحكمة يهيم النظام العام، وفي صورة عدم احترامه يكون الحكم مخالفا للقانون وموجبا للنقض لبطلان الإجراءات.

- **تركيبة المحكمة زمن الحرب :**

إن تركيبة المحكمة العسكرية زمن الحرب أو كلما دعت لذلك حاجة الأمن الداخلي والخارجي ينظمها أمر ويصبح الإطار العسكري هو المعتمد على مستوى رئاسة المحكمة أو المستشارين.

2 - اختصاص المحكمة العسكرية :

إن اختصاص المحكمة العسكرية يكون إما موضوعيا أو شخصيا.

- **الاختصاص الموضوعي :**

اقتضى الفصل الخامس من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية أن المحاكم العسكرية تختص بالنظر من حيث الموضوع في الجرائم المتعلقة بالحالات التالية :
- الجرائم العسكرية وهي التي عددها المشرع بالمجلة العسكرية وحدد عقوبتها.
- الجرائم المرتكبة في الثكنات والمعسكرات أو المؤسسات والأماكن المشغولة من طرف عسكريين لصالح الجيش والقوى المسلحة، وهي تشمل المنشآت القارة أو المتنقلة كالباوخر والطائرات.
- الجرائم المرتكبة ضد مصالح الجيش مباشرة كسرقة بضاعة تابعة للجيش.

(1) الجيب تريمش : «دراسة تحليلية لمجلة المرافعات والعقوبات العسكرية» - ص. 38.

- الجرائم المرتكبة من قبل رجال جيوش حليفة تقيم في الأراضي التونسية وجميع الجرائم الماسة بمصالح هذه الجيوش إلا في صورة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة مخالفة لهذه الأحكام.

- كما نص الفصل 22 من القانون عدد 70 لسنة 1982 المتعلق بالقانون الأساسي لقوات الأمن الداخلي على اختصاص المحكمة العسكرية للنظر في القضايا التي يكون أعوان الأمن الداخلي طرفا فيها من أجل واقعة جرت في نطاق مباشرة العمل ولها مساس بأمن الدولة الداخلي أو بحفظ النظام بالطريق العام.

- الاختصاص الشخصي للمحكمة العسكرية :

لقد حدد الفصل الثامن من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية مرجع النظر الشخصي للمحكمة العسكرية وضبط الأشخاص الراجعين لها بالنظر :

- جميع الضباط على اختلاف رتبهم العاملون بالجيش الوطني أو المنتمون لقوة عسكرية مؤلفة بطريقة قانونية وشريطة أن يكونوا بحالة مباشرة.

- طلبة المدارس الحربية وضباط الصف والجنود المنتمون إلى الجيش الوطني أو لقوة عسكرية مؤلفة بطريقة قانونية.

- الضباط المتقاعدون أو الاحتياطيون عندما تقع دعوتهم للعمل بالجيش أو القوات المسلحة.

- الأشخاص الذين يستخدمهم الجيش الوطني أو القوات المسلحة للقيام بعمل ما زمن الحرب أو في منطقة أعلنت فيها الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ.

- المدنيون الذين يعتدون على العسكريين مهما كان الاعتداء وفي صورة مشاركة عسكري لجمع من المدنيين في ارتكاب جريمة على الأشخاص أو على الأملاك وهو ما جرى به العمل وأيدته محكمة التعقيب في عديد من القرارات.

الفصل الثالث

القضاة ومساعدو القضاة

إن الحماية القضائية تمارسها الدولة بموجب سلطتها القضائية بواسطة القضاة العاملين بالمحاكم العادية التي تم إنشاؤها خصيصا لممارسة هذه الوظيفة. وقد عرفهم الفصل 12 من القانون الأساسي للقضاة أنهم القضاة الجالسون وأعضاء النيابة العمومية والقضاة التابعون لإطار الإدارة المركزية بوزارة العدل. إلا أنه لتأمين سير العدالة ولتسهيل مهمة القاضي لا بد من وجود عدة أشخاص، وهو ما اصطلاح على تسميتهم بمساعدي القضاة ضرورة أن القاضي لا يستطيع القيام بجميع الأعمال التي تستلزمها الدعوى من تصنيف ملفات وحفظ وثائق وإجراء الخبرة وتسليم نسخ تنفيذية من الأحكام. وبالإضافة إلى ذلك فإن أطراف الدعوى لا يستطيعون القيام بأنفسهم بالأعمال التي يتطلبها سير الدعوى ولا بد من الاستعانة ببعض الأشخاص من ذوي الاختصاص للقيام بهذه الأعمال بالنيابة عنهم لا لمصلحتهم فحسب بل ولمصلحة حسن سير القضاء، وهؤلاء الأعوان هم كتبة المحاكم والعدول المنفذون والمحامون والخبراء والمترجمون المحلفون وسوف نتطرق إلى القضاة في فقرة أولى ثم إلى مساعدي القضاء في فقرة ثانية.

المبحث الأول - القضاة :

يقصد بالقضاة كل من يتولى القضاء سواء أكان قاضيا في محاكم الناحية أو المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية أو التعقيب، والمشرع التونسي ولئن صنف القضاة إلى جالسين وأعضاء النيابة العمومية أو التابعين لإطار الإدارة المركزية بوزارة العدل فإنه لم يعرف هذه الوظيفة ويمكننا إيراد التعريف الوارد بمجلة الأحكام العدلية التي نص فصلها 1758 على أن القاضي «هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطات لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقا لأحكامها المشروعة».

ولذلك فإن دراسة القاضي تقتضي التطرق إلى شروط تعيينه وضمائنه وعدم صلاحيته والتجريح فيه ومخاصمته وهي أحكام عامة تنطبق على القضاة الجالسين والواقفين (I) في حين أن أعضاء النيابة لهم دور خاص (II).

الفقرة الأولى - الأحكام العامة المنطبقة على القضاة :

أ - شروط تعيين القضاة :

اقتضى الفصل العاشر من القانون الأساسي للقضاة المؤرخ في 14 جويلية 1967 أن القضاة تقع تسميتهم بأمر رئاسي باقتراح من المجلس الأعلى للقضاء. ويتتدب القضاة عملا بالفصل 29 من نفس القانون بعد تعديله في 2 أوت 1973 من حاملي الإجازة في الحقوق بطريق المناظرة بالشهادات أو بطريق المناظرة بالمواد ويحدد وزير العدل بقرار شروط المناظرة ونظامها وبرامجها. وبصفة استثنائية يمكن انتداب قضاة بدون مناظرة من بين المحامين الذين قضوا عشر سنوات على الأقل في ممارسة مهنة المحاماة أو من بين الأساتذة بكلية الحقوق أو المكلفين بالتدريس فيها، إلا انه ومنذ إحداث المعهد الأعلى للقضاء الذي نص عليه القانون عدد 80 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985 ووقع إحداثه في 1 فيفري 1989 أصبح انتداب القضاة يقع عن طريق هذا المعهد بعد قضاء عامين من التكوين. وعلى كل إن كل من يعين قاضيا يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية :

1 - ما يتعلق بالجنسية :

ان يكون تونسي الجنسية متمتعا بالأهلية المدنية الكاملة ضرورة أن القاضي موظف عمومي ولا يجوز تولي الوظائف العامة إلا من تونسيين علاوة على أن القضاء مظهر من مظاهر السيادة ولا يجوز ان يكون عضو الدولة في تولي سلطتها إلا من يتمتع بجنسيتها. كما يستوي أن يكون التونسي رجلا أو امرأة لان القانون لم يفرق في هذا الشأن بين الرجل والمرأة.⁽¹⁾

2 - ما يتعلق بالسن :

إن القاضي خاضع لقانونه الأساسي، وفي سكوت النص الخاص يقع الرجوع إلى قانون الوظيفة العمومية الذي اقتضى أن الموظف العمومي يجب أن لا يقل سنه

(1) غير أن الفقهاء يرون خلاف ذلك : الشيخ احمد هريدي ص. 88 في مؤلفه عندما قال «ان المرأة رقيقة العاطفة مرهفة الحس سريعة التأثر وهذا من شأنه ان يدفعها في الكثير من الأحوال إلى الميل مع الهوى وتغليب دواعي العاطفة على مقتضى العقل والحكمة مهما سمت مكاتبتها وعلا مقامها وناهيك من نساء النبي صلى الله عليه وسلم وهن المثل الأعلى والقدوة الكريمة في كمال الخلق وورصانة العقل ووفرة الحكمة، والموقف الذي خضعن فيه لرغبات النفس ومطالب الحياة ونوازع الغير وغلبن دواعي العاطفة على مقتضى العقل والحكمة وانزل الله في ذلك قرانا خالدا ينطبق بالحكمة وفصل الخطاب». أما الطبري فقد جوز قضاء المرأة مطلقا لان المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية (مغنى المحتاج ص. 375).

عن اثنتين وعشرين سنة عند الانتداب على الأقل وخمس وثلاثين سنة على الأكثر ويجوز الوصول إلى الأربعين عندما يكون المعني بالأمر يعمل بمؤسسة عمومية أخرى. ولم يفرق القانون بين القضاة من حيث السن عند تولي المناصب القضائية ولم يحدد سنا معينة لقاضي الاستئناف أو التعقيب كما فعل المشرع المصري الذي أوجب أن لا تقل سن قاضي البداية عن الثلاثين وقاضي الاستئناف عن أربعين سنة وثلاث وأربعين سنة في محكمة التعقيب.⁽¹⁾

3 - ما يتعلق بالأهلية المدنية وحسن السيرة :

يجب أن يكون القاضي متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة وغير محكوم عليه بحكم سالب للحرية وان لا يكون محكوماً عليه من محكمة أو مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف ولورد إليه اعتباره أو شمله عفو عام. وبالإضافة إلى ذلك أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة حتى يكون تطبيقه للقانون محلاً لاحترام الجميع. فلا يمكن أن يتولى القضاء سفيه أو مجنون وان انقطع جنونه ضرورة أنه ينبغي أن يكون ناضج العقل، صحيح الإدراك، جيد الفطنة حتى يتمكن من الفصل في النزاعات والتغلب على ما يعترضه من مشاكل وصعوبات قانونية.

ب - حقوق القضاة :

لقد أسند الفصل 67 من الدستور للمجلس الأعلى للقضاء مهمة مراقبة احترام الضمانات التي تكفل للقاضي استقلالته، وتبنى القانون الأساسي للقضاة مدلول هذا الفصل ضرورة أنه تعرض لهذه الضمانات وهي تلك المتعلقة بترقية القاضي في سلم الوظيف أو بنقلته من محكمة إلى أخرى أو بالعقوبات التأديبية التي يمكن ان تسلب عليه.

1 - بالنسبة لترقية القضاة :

إن استقلالية القضاة تظهر في طريقة ترقيةهم في السلم الوظيفي ضرورة أنه لا دخل للسلطة التنفيذية أو التشريعية في تدرج القاضي وعهد إلى المجلس الأعلى للقضاء بتقرير ترقية القاضي أو عدم ترقيته إلا أن بعض التشايع جعلت الترقية آلية حسب أقدمية القاضي وهو ما انتهجه القانون الأساسي الفرنسي. أما من الناحية العملية فإن المجلس الأعلى للقضاء يتولى كل سنة اعداد ومراجعة جدول الكفاءة ثم جدول الترقية على ضوء أقدمية القاضي وخاصة على ضوء الأعداد الصناعية المسند له في كل سنة، باعتبار أن رئيس محكمة الاستئناف يسند كل سنة الأعداد

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني» - دار النهضة العربية القاهرة 1970 - ص. 195.

للقضاة الراجعين له بالنظر بعد استشارة المدعي العمومي بتلك المحكمة وأخذ رأي رئيس المحكمة التي ينتمي لها القاضي، أما أعضاء النيابة العمومية فيمنحون أعدادا صناعية من طرف المدعي العمومي بمحكمة الاستئناف التي يرجعون لها بالنظر وعلى أساس ملاحظات وكيل الجمهورية. أما قضاة النواحي فيتم منحهم إعدادا بالاتفاق بين رئيس المحكمة الابتدائية التابعين لها ووكيل الجمهورية.

2 - بالنسبة لنقطة القضاة :

لقد اقتضى الفصل 14 من القانون الأساسي للقضاة أنه لا يجوز نقلة القضاة كل سنة قبل بداية العطلة القضائية، ولذلك، وتطبيقا لمبدأ عدم جواز نقلة القاضي فإنه ليس بالإمكان نقلته أثناء السنة من المحكمة التي يعمل بها إلا برضائه، غير أن مصلحة العمل تقتضي أن يتم النقل بمذكرة من وزير العدل الذي يجب عليه أن يعلم المجلس الأعلى للقضاء. ومفهوم مصلحة العمل هو مفهوم عام ونسبي وترجع سلطة تقديره إلى وزير العدل مما جعل البعض يخشون من التجاوزات.

3 - بالنسبة لتأديب القضاة :

يتمتع القاضي باستقلاله كاملا عند القيام بعمله والغلط في تطبيق القانون يعرض حكمه للنقض بطريق من طرق الطعن ولكنه لا يعرض للمساءلة التأديبية، غير أن ما يعرضه للمساءلة وهي ضرورية حتى يؤدي القاضي واجبه على أكمل وجه هو كل عمل من شأنه أن يمس من شرف وسمعة المهنة التي يتعاطاها بشكل خطأ يستوجب عقوبة تأديبية. لقد اتخذت كل الضمانات ضرورة أن مجلس التأديب يترأسه رئيس محكمة التعقيب ولا تتم إلا حالة إلا بعد القيام بتحقيق إداري يتولاه أحد كبار القضاة. وتكون الجلسة سرية ويحترم مبدأ المواجهة ضرورة أن المعني بالأمر يطلع على الملف بنفسه أو بواسطة من ينييه من المحامين ويتم الدفاع بتقرير كتابي. كما أن سلم العقوبات يبدأ بالتوبيخ وهو أخف هذه العقوبات وينتهي إلى العزل النهائي وهو اشد العقوبات مثلما اقتضاه الفصل 50 من القانون الأساسي للقضاة، بالإضافة إلى إمكانية الطعن في القرار التأديبي أمام المحكمة الإدارية، وفي مناسبتين تم نقض القرار التأديبي والقضاء من جديد بعدم ثبوت الخطأ.

ج - ضمانات حياد القاضي :

إن القاضي إنسان له عواطف ومشاعر ومصالح خاصة ولا يمكنه أن يكون مستقلا في عمله ومحايذا بين الخصوم إذا وضع في موقف محرج ولا بد أن يتأثر فيه بهذه العواطف والمصالح، ولذلك وضع المشرع بعض القواعد التي من شأنها حماية القاضي من التأثير بهذه الاعتبارات. وقد نظم القانون التونسي هذه القواعد بان حرم على القاضي الاشتغال بأي عمل غير القضاء إلا إلقاء الدروس القانونية في

كليات القانون والمعاهد بعد الترخيص من وزير العدل، حتى لا تنشأ له مصالح مادية أو أدبية وكذلك إبعاد القاضي عن الفصل في أية قضية من الواضح أنه لن يكون فيها محايدا.

1 - عدم الجمع بين القضاء ومزاولة وظائف أخرى :

لقد حجر المشرع على القاضي الجمع بين وظيفة القضاء وغيرها من الوظائف حتى لا يقع في حيرة الاختيار بين واجبه كقاض ومصلحته الشخصية أو السياسية. ولتحقيق هذه الغاية لا يجوز له القيام بأي عمل بأجر أو بغير أجر ولا أن يكون نائبا في مجلس النواب ولا منخرطا في حزب سياسي ولا أن يكون في الوقت نفسه موظفا عموما أو عاملا في القطاع الخاص، إلا أن وزير العدل يمكن أن يسمح للقاضي بصفة استثنائية بالتدريس في كلية الحقوق كمعين وقتي أو خارجي ولا يكون داخلا في الإطار الوظيفي لوزارة التعليم العالي، وكذلك أن يكون محكما عملا بأحكام الفصل العاشر من قانون التحكيم المؤرخ في 26 أفريل 1993.

كما منع القاضي من مباشرة بعض الأعمال وهي المنصوص عليها بالفصل 567 من مجلة الالتزامات والعقود والذي اقتضى انه لا يمكن للقاضي شراء الأشياء المكلف ببيعها في نطاق البيوعات العقارية أو شراء الحقوق المتنازع فيها والمنشورة في شأنها قضية بالمحكمة التي يباشر فيها عمله. وفي صورة مباشرته للأعمال المذكورة فإن العقود المبرمة تكون باطلة بطلانا مطلقا ويكون القاضي عرضة لعقوبات تأديبية من المجلس التأديبي ضرورة أن استقلال القضاء وكرامة القاضي تتعارض مع واجبات وحسن أدائه لوظيفته.

2 - عدم أهلية النظر في بعض القضايا والتجريح في القاضي:

اقتضى الفصل 248 من م.م.ت. انه على القاضي أن يمتنع عن النظر في القضية بصفة تلقائية كلما كان هناك سبب يخشى معه عدم ملازمة الحياد والموضوعية، كما حجر نفس الفصل على القضاة النظر في الدعاوى التي هم فيها خصوم أولهم مشاركة مع أحد الخصوم أو الدعاوى التي تكون فيها نساؤهم (أو رجالهن) طرفا ولو بعد انقضاء العلاقة الزوجية أو كان أقاربهم إلى الدرجة الرابعة وأصهارهم طرفا فيها.

إذا توفرت إحدى الأسباب المذكورة فإنه يمكن للقاضي أن يتنحى تلقائيا عن النظر في الدعوى ويقدم تقريرا إلى رئيس المحكمة يطلب منه الإذن انه عازم عن التنحي التلقائي عن النظر في القضية لأسباب معينة ويأذن له بذلك ويعلم رئيس الدائرة بذلك.

إما إذا لم يتنح القاضي تلقائيا فإنه بإمكان أحد الخصوم التجريح فيه وذلك وقبل أن يقع الخوض في الأصل بتقديم مطلب لرئيس المحكمة الابتدائية يقترح

فيه في نزاهة القاضي لسبب من الأسباب القانونية المعروفة. ويبادر رئيس المحكمة باستفسار القاضي بالأمر ويمكنه استجواب صاحب المطلب عند الاقتضاء ثم يححر تقريراً في الموضوع يحيله على المحكمة التي لها النظر في المطلب وإذا تبين وجهة المطلب فإن المحكمة تقرر عدم مشاركة المجرح فيه للنظر في القضية ويعوض بقاضٍ آخر. أما إذا كان المجرح فيه هو رئيس المحكمة بنفسه فإن المطلب يحال على أقدم قاضٍ بالمحكمة الذي يتولى أعمال البحث والتحقيق ثم يحيل الملف على المحكمة لبلت فيه.

د - مخاصمة القضاة :

انه من الثابت أن كل خطأً محدثاً لضرر يؤدي إلى مسؤولية فاعله الذي يلزم بجبر الضرر وذلك بتعويضه. وإذا طبقنا هذه القاعدة على القاضي لوجدناه عرضةً لعدد من دعاوى التعويض المرفوعة ضده. ولوترك القاضي تحت تهديد هذه الدعاوى فلن يشعر بالاستقلال في الرأي عند قيامه بعمله وقد يؤدي ذلك إلى تعطيل مرفق القضاء⁽¹⁾. إلا انه لا يمكن رغم ذلك إعفاء القضاة من كل مسؤولية ضرورة انه إذا كان خطأً القاضي يشكك في حياده فإنه من الضروري أن يكون للمتضرر دعوى مسؤولية ضد القاضي⁽²⁾. ولقد وفقت جل التشريعات بين هذين الاعتبارين وأقرت قواعد خاصة لمسؤولية القضاة المدنية عن أعمالهم. وان الهدف من هذه القواعد هو ان لا تؤدي مسؤولية القاضي إلى التأثير على استقلاله وذلك بتحديد حالات مخاصمة القضاة أي أن لا يكون مسؤولاً عن كل خطأ بل لا بد من توفر شروط أخرى وكذلك رسم إجراءات خاصة لتقرير هذه المسؤولية.

1 - حالات المخاصمة :

اقتضى الفصل 199 من م.م.م.ت. انه يمكن مؤاخذة القضاة في الصور التالية :

- الغرر،
- الاحتيال،
- الارشاء،
- وإذا توجهت عليه مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه عزم الضرر مدنياً.

(1) قستان : «الإجراءات المدنية والتجارية»، باريس 1960، ص. 205.

(2) موريل : «موجز الإجراءات المدنية»، باريس 1949 - ص. 143.

وان القصد من الغرر والاحتيال هو ارتكاب الظلم ومخالفة القانون عن عمد وسوء نية ويعني ذلك ان القاضي يعد مرتكبا للغرر والاحتيال إذا انحرف في عمله عما يقتضيه القانون وكان يقصد هذا الانحراف.⁽¹⁾

وان صور الغرر والتدليس كثيرة ونذكر منها عل سبيل المثال تعمد القاضي تغيير شهادة الشهود أو تعمد رئيس الدائرة التغيير في مسودة الحكم أو قيام القاضي بتحريف الوقائع أو المستندات عمدا لتحقيق مصلحة شخصية أو لمحاباة أحد الخصوم أو لتحيزه ضده أما الخطأ الجسيم فهو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فادح ما كان يرتكبه لو كان مهتما بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالا مفرطا. ولقد عرفه فقه القضاء المصري بانه «الخطأ الفاحش الذي يبلغ من جسامته أن يدل بذاته على الغش لو ان الحدود تدارأ بالشبهات فهو خطأ لا يعلوه في سلم الخطأ درجة ولا ينقصه ليصبح غشا غير ان يقترن بسوء النية».⁽²⁾

ويبدو أن المشرع قد كان يعني بالحالة الرابعة صورة الخطأ الفاحش ضرورة ان جل التشريعات أقرت هذه الحالة وخاصة القانون الفرنسي الصادر خلال 1933 وكذلك القانون المصري في قانون المرافعات المدنية.

2 - إجراءات المخاصمة :

ترفع دعوى المخاصمة بتقرير يقدم إلى كتابة محكمة التعقيب من طرف المعني بالأمر بنفسه أو بواسطة محام. وان الأسباب الداعية إلى جعل محكمة التعقيب المختص الوحيد للنظر في مخاصمة القضاة هي أنها في أعلى سلم التقاضي للمحاكم ولكونها تتركب من اقدم القضاة واكثرهم تجربة، كما انه من المفروض أن لا نضع مقاضاة رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس محكمة الاستئناف أو أحد مستشاريها مثلا من طرف قضاة ذوي درجات اقل، وفي دعوى المخاصمة يقع سماع القاضي والقائم بالدعوى ثم إثر تحرير التقرير من القاضي المكلف يمكن للأطراف المتنازعة تقديم ملحوظات كتابية تعليقا على البحث المعجى بين الطرفين. وبعد استكمال الأبحاث ودفعات الطرفين يحال الملف على النيابة العمومية لا بداء الرأي ثم يحال بعد ذلك على محكمة التعقيب التي تبت في الموضوع بإصدار قرار في الموضوع إما بالرفض أو بالقبول.

(1) نبيل عمر : «سلطة القاضي التقديرية» - 1984 - ص. 350.

(2) استئناف المنصوره بتاريخ 2/2/1978، مجلة إدارة قضايا الحكومة، عدد 21، ص. 197، وأشار إليه فتحي والي - ص. 206.

3 - آثار مؤاخذة الحاكم :

تختلف آثار المؤاخذة بحسب طبيعة القرار الذي تتخذه محكمة التعقيب.

- صورة رفض المطلب :

إذا قضت محكمة التعقيب برفض مطلب المؤاخذة لسبب عدم ثبوت أي حالة من الحالات المنصوص عليها بالفصل 199 من م.م.م.ت. فإنها تقرر تسليط ختية مالية يتراوح مقدارها بين عشرين ديناراً وخمسين ديناراً على القائم بالدعوى. ومن ناحية أخرى اجاز القانون للقاضي المطالبة بغرم الضرر الناشئ عن هذا القيام ضد القائم بالدعوى.

- حالة قبول المطلب :

إذا كان المطلب مؤسساً من الناحية القانونية والواقعية فإن المحكمة تقرر قبوله وينجر عن ذلك بطلان الأعمال التي قام بها القاضي المخطئ، كما يتحمل هذا الأخير الغرامات والمصاريف إلا أن الفصل 200 من م.م.م.ت. اقتضى أن الحكم الصادر لمصلحة الطرف الآخر لا يحكم ببطلانه، وهذه النتيجة غير منطقية لان الغاية من مؤاخذة القضاة والمتوقع من آثار قبول المطلب بطلان جميع ما قام به القاضي المخطئ من إجراءات وقرارات وأحكام ويجب إبطال الحكم الذي يفترض أنه يبنى على الغرر أو الاحتيال أو كان الارتشاء هو الدافع له، ومن الضروري أن يتلافى المشرع هذا الإجحاف حتى يساهم هذا الإجراء في إقرار العدل والمساواة بين المتقاضين. إلا أن هذا الرأي عارضه بعض الفقهاء⁽¹⁾ معتبرين ان تعويض الضرر اللاحق للمتضرر كاف لإرجاع الحق لأصحابه ضرورة أن المخطئ سيؤدي ما قضى به الحكم. غير أننا نساند الرأي الأول ضرورة ان ما بني على باطل يكون باطلا وان الغش يفسد كل شيء⁽²⁾ عملاً بالمبادئ العامة للقانون وان جل التشريعات انتهجت هذا الرأي ومنها المشرع المصري الذي نظم مخاصمة القضاة بالفصل 494 من قانون المرافعات واقتضى انه عند قبول الدعوى تقضي المحكمة ببطلان الحكم ويمكنها الحكم من جديد في الدعوى الأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم وذلك بعد سماع أقوال الخصوم.⁽³⁾

(1) بشير زهرة : « مؤاخذة القضاة»، القضاء والتشريع عدد 9 لشهر نوفمبر 1992 ص. 7.

(2) La fraude corrompt tout.

(3) نبيل إسماعيل عمر : « أصول المرافعات المدنية والتجارية » - إسكندرية 1986 - ص.

الفقرة الثانية - النيابة العمومية ودورها :

ان النيابة العمومية خاضعة إلى سلم تفاضلي ويأتي وزير العدل في أعلى هذا السلم فهو رئيس أعضاء النيابة ثم وفي كل دائرة استئناف يوجد مدعي عمومي ويساعده جملة من المساعدين وفي كل دائرة محكمة ابتدائية يوجد وكيل جمهورية ومساعدون له. أما محكمة التعقيب فلها نيابة عمومية مستقلة عن أعضاء النيابة المتواجدين في سائر المحاكم ويراس النيابة العمومية لدى هذه المحكمة الوكيل العام الذي لا يخضع لسلطة المدعي العمومي بمحكمة الاستئناف وليس للوكيل العام لدى محكمة التعقيب حق توجيه الأوامر لأعضاء النيابة الآخرين رغم انتمائه إلى أسمى سلطة قضائية في نظامنا العدلي.

وللنيابة سلطة الاتهام فهي التي تختص دون غيرها بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها وتقوم أيضا بأعمال إدارية نص عليها قانون الإجراءات الجزائية، هذا الدور لا يهمننا في هذه الدراسة باعتبار أن الأمر يتعلق بالإجراءات المدنية وفي هذه المادة للنيابة دور فهي تشترك في بعض القضايا باعتبارها خصما أو طرفا اصليا، كما تشترك في بعض الحالات باعتبارها طرفا منضما وقد يكون اشتراكها إجباريا أو اختياريا. وتعين تبعا لذلك التطرق لخصائص النيابة العمومية (أ) ووظائفها في القضايا المدنية (ب).

أ - خصائص أعضاء النيابة العمومية :

إن أعضاء النيابة العمومية ولئن كانوا قضاة فهم غير مستقلين في الرأي بل يخضع كل عضو لرئيسه المباشر وبالتالي فالنيابة العمومية وحدة لا تتجزأ ويجوز لأي عضو ان يكمل عملا بدأه غيره، وهذا على خلاف القضاة الجالسين إذ لا يجوز لاحدهم ان يتم عمل غيره، والقاعدة العامة في هذا الخصوص أن القاضي الذي يصدر الحكم هو ذات القاضي الذي سمع المرافعة، كما أن النيابة تستقل عن القضاء ولا يملك القاضي توجيه لوم إلى أحد أعضاء النيابة ولا يملك إصدار أمر إليه ولا يجوز لأعضاء النيابة المشاركة في المفاوضة السابقة لإصدار الأحكام.

وأعضاء النيابة قضاة لان انتدابهم خاضع لنفس الطريقة التي ينتدب بها سائر القضاة وهم كذلك خاضعون للقانون الأساسي للقضاة ويمكن التجريح فيهم ومؤاخذتهم إذا توفر إحدى الشروط المنصوص عليها بالفصلين 199 و200 من م.م.ت. وهم كذلك ممنوع عليهم القيام ببعض الأعمال القانونية في الحالات التي تمنع فيها مثل هذه الأعمال على سائر القضاة

ب - وظائف النيابة العمومية :

اقتضى الفصل 251 من م.م.ت. ان النيابة العمومية تمارس وظائفها القضائية في المادة المدنية والتجارية حسب طريقتين إما بطريقة الادعاء أي ان تكون خصما حقيقيا، واما ان تتدخل في قضية منشورة بين طرفين وتدلي برأيها في خصوص المبادئ القانونية المتصلة بالدعوى. وتعين تبعا لذلك التطرق للحالات التي تكون فيها النيابة طرفا أصليا (1) والحالات التي تكون فيها طرفا منضمما (2).

1 - النيابة العمومية كطرف أصلي :

اقتضى الفصل 251 من م.م.ت. انه «للممثل النيابة العمومية الحق في القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهتم النظام العام».

ويفهم من الفقرة المذكورة انه بإمكان النيابة العمومية الادعاء كطرف أصلي، أي انه لا يمكنها انتهاج إلا هذه الطريقة ولا يمكن أن تكون مطلوبة، غير أن هذا التأويل وقف عند ظاهر الألفاظ، والمعلوم أن العبرة بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ، ضرورة انه عند استعمال مصطلح «طرف أصلي» فإن ذلك يعني أن يكون الطرف إما طالبا أو مطلوباً في القضية علاوة على أن فقه القضاء لم يرفض أبدا الدعوى الموجهة ضد النيابة العمومية خاصة في مادة الحالة المدنية كدعوى إثبات النسب أو زواج أبرم قبل عام 1957 أو دعوى إثبات جنسية أو نفيها من طرف المعني بالأمر بنفسه.

ومن ناحية أخرى خول الفصل 251 من م.م.ت. للنيابة القيام بالقضايا كلما كان الأمر متعلقاً بالنظام العام، ولاستعمال صيغة التعميم والشمول ضرورة أن مفهوم النظام العام واسع ومتغير ولم يتم تعريفه، مما يدل على رغبة المشرع في ترك المجال فسيحا للنيابة لترفع كل قضية تراها ضرورية لفرض احترام القانون والأخلاق الحميدة والنظام العام. والدعوى التي تكون فيها النيابة طرفا أصليا كثيرة ومنها دعوى إبطال الزواج المبرم خلافا للصيغ القانونية أو نفي الجنسية أو حرمان شخص منها في الحالات التي نص عليها قانون الجنسية. إلا أن القضايا التي تكون فيها النيابة طرفا أصليا هي قليلة بالنسبة لتلك التي تكون فيها طرفا منضمما وهو ما يتعين التطرق إليه.

2 - النيابة العمومية طرفا منضمما :

إن وجود قضية منشورة بين طرفين متنازعين يخول للنيابة العمومية التداخل في هذه القضية أما اختياريا أو وجوبيا. وان تدخلها في القضية يعد اقرب منه إلى مركز الحكم إلى مركز الخصم باعتبار إن النيابة العمومية في كثير من الأحيان ما تطلب

تطبيق القانون دون بيان موقفها بدقة وتفصيل أو تفويض النظر للمحكمة، وعلى كل حال فإنه ليس لرأيها تأثير كبير على اتجاه الحكم ضرورة أن المحكمة مهمتها تطبيق القانون. ولقد حدد الفصل 259 من م.م.ت. الحالات التي يكون فيها تدخل النيابة اختياريا وحالات التدخل الوجوبية.

- الحالات الاختيارية لتدخل النيابة العمومية :

اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 259 من م.م.ت. على أن ممثل النيابة العمومية له الحق في حضور كل جلسة وان يطلع على كل قضية يرى لزوم تدخله فيها. كما أن الفقرة الثالثة من نفس الفصل خولت للمحكمة طلب النيابة من إبداء رأيها أن رأت في ذلك فائدة. ويستنتج من الفقرتين أن تدخل النيابة العمومية أمر اختياري بدليل عدم استعمال صيغة الوجوب وترك الأمر لتقدير النيابة في التداخل من عدمه، كما ترك الأمر لاجتهاد المحكمة أن رأت فائدة من إدخال النيابة العمومية ومطالبتها بالإبداء برأيها.

- الحالات الوجوبية لتداخل النيابة العمومية :

لقد أورد الفصل 259 من م.م.ت. الحالات التي تكون فيها المحكمة ملزمة من عرض ملف القضية على النيابة العمومية وعلى أن تفعل ذلك قبل ثلاثة أيام على الأقل قبل موعد الجلسة، وهذه الحالات هي خمسة وهي :

• إذا تعلق الأمر بالدولة أو بالهيئات العمومية سواء كانت طالبة أو مطلوبة أو متداخلة أو دخيلة.

• إذا ما آثار المطلوب دفعا بعدم الاختصاص الحكمي باعتباره يهم النظام العام، علاوة على أن الأمر أصبح ضروريا بعد إحداث مجلس النزاع وعلى المحكمة أن تحيل الملف عليه لتحديد المحكمة المختصة في صورة تنازع سلبي أو إيجابي، ويكون دور النيابة بالضرورة طلب تطبيق القانون.

• إذا شملت القضية شخصا عديم الأهلية أو كان من المفقودين.

• إذا كان الموضوع متعلقا بالتجريح في الحكام أو بمؤاخذتهم.

• إذا تعلق الأمر بمخالفة القانون الجزائي أو أثرت دعوى في الزور.

ويخلص من الحالات المذكورة أن النيابة تتدخل وجوبا لممارسة مشمولاتها التقليدية المنحصرة في حماية القصر وفاقدي الأهلية والمفقودين أو ضمان حقوق الدولة والمؤسسات العمومية باعتبار أن النيابة تعد ممثلا للسلطة التنفيذية.

ويجدر التساؤل عن الإخلال بهذا الدور وعن الجزء الذي رتبته المشرع عن الإخلال بهذا الواجب المحمول على النيابة العمومية أو المفروض على المحكمة

في اطلاع النيابة على هذه القضايا أن الفصل 251 من م.م.م.ت. لم يتضمن جوابا عن تساؤلنا ويكون من الضروري تقصي موقف فقه القضاء الذي يبذره غير مستقر على موقف معين ويمكن تلخيص اتجاهات موقف محكمة التعقيب في هذا الشأن في ثلاثة آراء.

- الرأي الأول والذي اعتبرت بموجبه محكمة التعقيب أن عرض القضية على النيابة العمومية لإبداء الرأي هو إجراء يهم النظام العام ويكون مستهدفا للنقض والإبطال الحكم الذي لم يحترم هذا الإجراء.

كما أقرت أيضا أنه من واجب النيابة العمومية أن تتدخل في تلك الحالات وتقدم ملحوظاتها كتابة وهو ما اقتضاه القرار عدد 7751 والذي ورد بإحدى حيثياته أنه «إذا كان الموضوع يهم قاصرا فعلي النيابة العمومية تقديم ملحوظاتها كتابة اعتبار المصلحة القاصر وهذا الإجراء يهم النظام العام حسبما جاء بالفصل 250 من م.م.م.ت.»⁽¹⁾

- الرأي الثاني والذي اعتبرت بموجبه محكمة التعقيب أن هذا الإجراء لا يهم إلا مصالح الخصوم وهو ما ورد بالقرار عدد 3320 الصادر بتاريخ 28 فيفري 1972.⁽²⁾

- الرأي الثالث والذي تبنته محكمة التعقيب في بعض الأحيان والذي يبدو توفيقيا بين الموقفين السابقين ضرورة أنها قررت أن الإجراء ولئن كان لا يهم إلا مصالح الخصوم فإن له مساسا بالنظام العام فيما يخص مصلحة الأشخاص أو الذوات التي شرع هذا الإجراء لأجلها بحيث لا يجوز الاحتجاج بمخالفته إلا من طرف من يهيمه الأمر، وفي هذه الحالة وبالنسبة اليهم فحسب يعد الإجراء من المسائل التي تتعلق بالنظام العام.⁽³⁾

وأمام هذا التناقض في المواقف، كان على رئيس محكمة التعقيب دعوة الدوائر المجتمعة للالتزام وإصدار موقف واضح يوحد عمل المحاكم وهو ما اقتضاه الفصل 193 من م.م.م.ت.

وفي غياب هذا التمشي فإننا نعتبر عرض الملف على النيابة العمومية لا يهم النظام العام ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ضرورة أن هذا الإجراء شرع لحماية

(1) القرار عدد 7751 الصادر في 20 جويلية 1973 - نشرية محكمة التعقيب 1973 - ص. 83.

(2) القرار عدد 3320 المؤرخ في 28 فيفري 1972 - مجلة القضاء والتشريع عدد 8 - 1975 ص. 39.

(3) القرار التعقيبي عدد 7930 المؤرخ في 2 ماي 1973 - مجلة القضاء والتشريع عدد 9 لسنة 1972 - ص. 23.

القاصر أو المفقود ولقد حمّاه القانون بان شرع وجوب تمثيله من قبل مقدم أو ولي فإنّ تخاذل أو قصر الممثل القانوني حمّاه القانون بأن شرع وجوب تمثيله من قبل مقدم أو ولي فإنّ تخاذل أو قصر الممثل القانوني فهو الذي يتحمل المسؤولية، وبالإضافة إلى ذلك أن النيابة العمومية في أغلب الأحيان ما تطلب تطبيق القانون والمحكمة بطبيعتها هيكل أو مؤسسة مطبقة للقانون. وهذا الموقف هو الذي انتهجه فقه القضاء المصري ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض والذي ورد بإحدى حيثياته «أن إغفال عرض القضايا الخاصة بالقصر يقرر عنه بطلان مقرر لمصلحة القصر ويتعين تمسكهم به أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز التمسك به لأول مرة في النقض، وذلك لان عدم التمسك به أمام محكمة الموضوع يفيد التنازل عن الحق المقرر لهم»⁽¹⁾.

المبحث الثاني - مساعده القضاء :

إن تأمين سير العدالة وتسهيل مهمة القاضي تستدعي وجود عدة أشخاص، هم ما نسميهم، بمساعدي القضاء ذلك لأن القاضي لا يستطيع القيام بجميع الأعمال التي تستلزمها الدعوى من تقييد لها بالدفاتر وإجراء التبليغ وتصنيف الملفات وحفظ الوثائق وإجراء الخبرة وتنفيذ الأحكام.

وعلاوة على ذلك ولتشعب المادة القانونية فإن أطراف الدعوى لا يستطيعون دائماً القيام بأنفسهم بالأعمال التي يتطلبها سير الدعوى ولا بد لهم من الاستعانة ببعض الأشخاص من ذوي الاختصاص وخاصة المحامين ضرورة أن إنابة المحامين وجوبية في التشريع التونسي عملاً بأحكام الفصل 68 م.م.م.ت. وذلك للقيام بالأعمال التي توجهها الدعوى بالوكالة لتأمين مصالحهم وحسن سير العدالة بالمساعدة في تطبيق نصوص القانون تطبيقاً سليماً.

ويمكن تصنيف مساعدي القضاء إلى الفئات التالية :

- 1 - المحامون.
- 2 - عدول التنفيذ.
- 3 - كتبة المحاكم.
- 4 - الخبراء.
- 5 - المترجمون المحلفون.

(1) نقض 20 جويلية 1968 - ونقض 24 ماي 1984 تحت عدد 1615 أشار إليها أحمد الوفاء - المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر العربية 1990 - ص. 88.

الفقرة الأولى - المحامون :

المحامون، طائفة من رجال القانون، لا يدخلون في فئة الموظفين، ومن مساعدي القضاء الذين اتخذوا مهنة لهم تقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها مقابل أجر يتفق عليها.

وينظم مهنة المحاماة القانون عدد 87 لسنة 1989 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 الذي حدد شروط ممارسة المهنة ومهام المحامي وحقوقه وواجباته وجزاء الإخلال بتلك الواجبات وأقر مراقبة قضائية على القرارات التي يتخذها مجلس الهيئة القومية للمحامين ضرورة أن تلك القرارات قابلة للطعن أمام محكمة الاستئناف بتونس وقراراتها قابلة للطعن بالتعقيب أمام المحكمة الإدارية.

أ - شروط الترسيم وممارسة مهنة المحاماة :

اعتبر الفصل الأول من القانون أن المحامي مساعد على إقامة العدل ولذلك فانه من الضروري إن تتحقق في المحامي بعض الشروط التي من شأنها أن تضمن توفر الأهلية والكفاءة والأخلاق لديه وتضمن استقلاليته وتحافظ على ميزة المحاماة كمهنة حرة فأوجب القانون شروطا للترسيم كما أقر شروطا أخرى لممارسة هذه المهنة.

أولا - شروط الترسيم بجدول المحامين :

اقتضى الفصل الثالث من قانون المحاماة أنه لا يمكن أن يباشر المهنة إلا من كان مرسما بجدول المحامين، ولترسيم لا بد من توفر الشروط التالية :

- أن يكون المترشح للدخول لمهنة المحاماة تونسي الجنسية منذ ما لا يقل عن خمس سنوات ويعد هذا الشرط ضروريا لان المحامي مساعد للقضاء، ومن الطبيعي أن يشرف على سير الجهاز القضائي وإدارته ويساهم في حسن سيره التونسيون فقط من القضاة ومساعدي القضاء لان القضاء مظهر من مظاهر السيادة الوطنية.

- أن يكون مقيما بتراب الجمهورية التونسية حتى يتمكن المحامي من مباشرة وتعاطي المهنة بصفة شخصية ومباشرة وبلا انقطاع.

- أن يبلغ من العمر عشرين سنة على الأقل وأن لا يتجاوز الخمسين.

- تحصل على الإجازة أو الأستاذية في الحقوق أو في العلوم القانونية أو على ما يعادلها من الشهادات الأجنبية في الحقوق.

- متحصل على الشهادة التونسية للكفاءة لمهنة المحاماة ويعفى منها الحاصل على شهادة الدروس المعمقة في الحقوق أو العلوم القانونية أو ما يعادلها من الشهادات الأجنبية في الحقوق.

- خاليا من السوابق العدلية من أجل جريمة قصدية، ولم يسبق تفليسه أو عزله لأسباب مخلة بالشرف.

- يعفى من الشروط الثالث والرابع والخامس من باشر القضاء مدة عشرة أعوام.

- الإدلاء بما يفيد قبوله بمكتب أحد المحامين المرسمين بالجدول الأصلي لقضاء فترة التمرين بمكتبه.

- في صورة قبوله للترسيم يجب أن يؤدي اليمين القانونية أمام محكمة الاستئناف ونصها «أقسم بالله الذي لا إله إلا هو أن أقوم بأعمالي في هذه المهنة بالأمانة والشرف وأن أحافظ على سر المهنة واحترام القوانين وأن لا أتحدى الاحترام الواجب للمحاكم والسلط العمومية».

ثانيا - شروط مباشرة مهنة المحاماة :

إن مهنة المحاماة من المهن الحرة إلا أن ذلك لا يعني أنه بإمكان المحامي أن يفعل ما يشاء وكيفما يشاء بل أن المشرع قد حدد كيفية ممارستها حتى لا يفقد المحامي استقلاليتها وتحقيقا لهذه الغاية نص الفصل 22 من القانون أنه لا يمكن الجمع بين مهنة المحاماة ومهن أخرى من شأنها أن تمس من استقلالية المحامي وتحول دون تفرغه لمهنته وعند التعذر فإنه يحال على عدم المباشرة، لذلك سنتطرق للمهن التي لا يمكن ممارستها من طرف المحامي ثم لحالات الإحالة على عدم المباشرة.

* الوظائف غير الملائمة لمهنة المحاماة :

بالرجوع إلى الفصول 22 و 23 و 24 من القانون يتبين أن المحاماة لا تتماشى مع الأنشطة التالية :

- لا تتماشى المحاماة مع كل الوظائف العمومية إلا أن الفصل 89 من القانون استثني التدريس بكليات الحقوق بالنسبة للأساتذة الذين سبق لهم الجمع بين المحاماة والتدريس باعتبار أن الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم لا يمكن مساسها، بالإضافة إلى ذلك أن هذا التمشي ولئن أراد حماية مهنة المحامي فإنه لم يراع مصلحة القضاء الذي يستفيد من أفكار ودراسات الأساتذة الجامعيين ومصلحة الجامعة التي تستفيد أيضا من اجتهاد فقه القضاء وعمل المحاكم. ولعله يكون من المتجه التراجع في هذا التمشي وإقرار حق المحامي الجمع بين المحاماة والتدريس وكذلك القضاة من الحاصلين على الدكتوراه وهو ما اقره قانون المحاماة الفرنسي ولا يمكن أن يغيب عنا أن المحاماة والقضاء وكليات القانون يتدارسون مادة واحدة وأن مصلحة الوطن توجب أن يعملوا في اتجاه واحد.

- لا تتماشى مهنة المحاماة والأعمال التجارية وكذلك القيام بخطة مدير أو مسير أو متصرف شركة تجارية أو خطة عون محتسب أو تعاطي الوساطة في المعاملات مباشرة أو بواسطة أرواجهم حتى تغطي عليه نزعة البحث عن الربح والشراء ويفقد الطابع الإنساني للدور الذي يقوم به غير أن بعض الفقهاء وخاصة الدكتور نور الدين الغزواني يرى أن وجود المحامي بشركة تجارية كمتصرف أو عضو بمجلس المراقبة يسهل عمل الشركة ويساعد على تطبيق القانون الأساسي تطبيقا سليما وينقص من النزاعات والقضايا وهو ما أنتهجه المشرع الفرنسي بالقانون المؤرخ في 1971/12/31 وكذلك المشرع المغربي بقانون المحاماة الصادر خلال 1979⁽¹⁾.

- كما اقتضى الفصل 24 من القانون أنه يحجر على المحامي إذا كان نائبا برلمانيا أن يقوم طيلة مدة نيابته بقضايا ضد الدولة أو المؤسسات العمومية.

- وينطبق هذا التحجير أيضا على المحامي المكلف بنبابة بلدية بالنسبة للبلدية التي انتخب فيها، ولعل هذا التحجير يهدف إلى الفصل بين مهام المحامي السياسية ومهامه المهنية كمحام وحتى لا يقع استغلال الصفة النيابة للتأثير على مجرى القضية العادلة أو استعمال صفته كمحام لتحقيق غايات سياسية خاصة.

* حالات السهو على تقييد المحامي بالجدول :

اقتضى الفصل 22 من قانون المحاماة أنه إذا تعمد المحامي الجمع بين مهنة المحاماة ووظيفة أخرى حجر عليه القانون تعاطيها فإنه يجوز لمجلس الهيئة القومية للمحامين من تلقاء نفسه أو بطلب من النيابة العمومية اتخاذ قرار في السهو على تقييد المحامي بالجدول ويكون هذا القرار قابلا للاستئناف أمام محكمة الاستئناف عملا بأحكام الفصل 78 من قانون المحاماة. على أنه إذا ما زال السبب الموجب لعدم التقييد بالجدول يمكن للمحامي طلب إعادة تقييده من جديد.

ومن جهة أخرى أن عدم دفع الاشتراك السنوي الواجب دفعه من كل محام والمقدر بعشرين ديناراً للمتربص وبسبعين لغيره يخول لمجلس الهيئة القومية للمحامين الحق في إصدار قرار بالسهو عن ذكر اسم المحامي بالجدول شريطة تنبيهه مسبقا بما يفيد الأعلام بالبلوغ أي إذا بلغه التنبيه قانونا ولم يحرك ساكنا فإن قرار السهو يكون في طريقه.

(1) الدكتور نور الدين الغزواني : «دروس في الإجراءات المدنية والتجارية». كلية الحقوق بتونس - 1999 - ص. 185.

ب - حقوق وواجبات المحامي وتأديبه :

إن مهنة المحاماة تختلف عن وظيفة القضاء ووظائف مساعدي القضاء الآخرين لأنها تنفرد طبيعتها ببعض الخصائص التي تكيف وتطبع حقوق وواجبات المحامي ولذلك ستطرق للحقوق والواجبات وبالطبع إن الإخلال بالقيام بالواجبات على احسن وجه يوجب تأديب المحامي.

- حقوق المحامي :

إلى جانب الحقوق العامة التي ترجع للمحامي تمثيل الحرفاء أمام سائر المحاكم وحقه في فتح مكتب بالمكان الذي يختاره وحقه في قبول أو رفض النيابة فإن هناك بعض الحقوق ذات طابع خاص وتثير بعض الإشكالات ألا وهي أجرة المحاماة.

ومن المعلوم أن علاقة المحامي بالحريف خاضعة لعقد خاص هو عقد الوكالة. ويقتضي هذا العقد من المحامي أن يبذل قصارى جهده للدفاع عن موكله ضرورة أن الالتزام الذي يقع على كاهله هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، ومقابل هذا الالتزام فإنه من حق المحامي أن يتقاضى أجرة من طرف الحريف وجرت العادة أن يتم الاتفاق عليها مسبقاً، فإذا تم الخلاص بدون منازعة فلا وجه لتدخل مجلس هيئة المحامين أو القضاء. أما إذا تنازع الأطراف في أصل الأجر أو مقداره فإنه بإمكان المحامي أو الحريف رفع الأمر لمجلس الهيئة وعلى هذا الأخير عملاً بالفصل 40 من القانون أن يقوم بالأبحاث اللازمة وأن يحاول التوفيق بين الطرفين وعند التعذر يصدر قراراً في التسعيرة ويتولى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مكتب المحامي إكسائه بالصيغة التنفيذية حتى يصبح القرار قابلاً للتنفيذ مثل الأحكام.

وقرار التسعيرة قابل للطعن أمام محكمة الاستئناف عملاً بأحكام الفصل 78 من القانون وفي أجل قدره شهر من تاريخ الإعلام بالقرار والاستئناف يوقف التنفيذ إلى حين صدور القرار الاستئنافي وتتولى المحكمة تحديد الأجرة حسب الجهد المبذول من المحامي والزمن الذي استغرقته القضية للفصل فيها وقيمة الدعوى. والقرار الاستئنافي خاضع للطعن أمام المحكمة الإدارية بوصفها محكمة تعقيب عملاً بأحكام الفصل 72 من القانون في ظرف شهر من تاريخ الإعلام به.

وعلى كل أن تحديد أجرة المحامين لا يخضع لأي معيار موضوعي ضرورة أن مجلس الهيئة القومية للمحامين يقوم بتقديرات مشطه نوعاً ما في حين أن محكمة الاستئناف تخفض من هذه دون الإرتكان إلى مقاييس واضحة ضرورة أن التقدير يختلف من قاضٍ لآخر، والرأي عندنا أن يتدخل المشرع لإقرار سلم لأجرة المحامي

حسب طبيعة الدعوى سواء كانت ابتدائية أو استئنافية أو لدى محكمة التعقيب باعتبار أن بعض المهن عرفت هذا التمشي ومثال ذلك الأطباء.⁽¹⁾

- واجبات المحامي :

أن واجبات المحامي تنقسم إلى أنواع ثلاثة وهي خاصة بمهنة المحاماة وواجبات أخلاقية وأخرى مهنية :

* الواجبات الخاصة بمهنة المحاماة :

يجب على المحامي أن يحضر عند المرافعة أمام المحاكم بالزي الخاص به عملاً بأحكام الفصل 25 من قانون المحاماة. كما يجب عليه المحافظة على السر المهني ضرورة أن الأسرار التي أفشى بها له منوبه أو علمها عند مباشرته للقضية من الضروري أن لا يتم إفشاؤها وألا كان المحامي عرضة علاوة على العقوبات التأديبية إلى التبعات الجزائية عملاً بأحكام الفصل 245 من القانون الجزائي. وللتأكيد على وجوب الاحتفاظ بالسر المهني حجر الفصل 31 من القانون على المحامي أداء الشهادة في نزاع إذا سبق له أن أبدى رأيه فيه أو قدم فيه نيابته وتخلى عن القضية فيما بعد.

* الواجبات الأخلاقية :

يجب على المحامي أن يتحلى بأخلاق عالية سواء داخل المهنة أو خارجها ويتجنب كل ما من شأنه أن يسيء لمهنته شخصياً أو للمحاماة بصفة عامة. وينبغي عليه كذلك أن يراعي علاقات الزمالة التي تربطه ببقية المحامين، وفي هذا الإطار، أوجب الفصل 30 من قانون المحاماة على المحامي الذي يريد تقديم قضية ضد محام آخر أو اتخاذ أي إجراء قانوني ضده أن يسترخص في ذلك من مجلس الهيئة القومية للمحامين.

* الواجبات المهنية :

يجب على المحامي بوصفه وكيلاً لحريفة بذل العناية اللازمة والامتناع عن كل عمل من شأنه أن ينال من حظوظ حريفة في كسب القضية، وذلك يعني أنه لا يقدم آية مساعدة ولو من قبيل الاستشارة لخصم موكله وأن يتخذ جميع الإجراءات حتى لا يفوت الآجال ويجعل الحق يسقط بمرور الزمن وألا يكون مرتكباً لخطأ مهني موجب للتعويض. كما انه مطالب بإرجاع أوراق حريفة إذا ما قرر التخلي عن القضية

(1) القرار الوزاري لوزارة الصحة المؤرخ في 7 أفريل 1989.

أو عند انتهاء مهمته بصدور الحكم ضرورة أن فقه القضاء مستقر على أن النيابة تنتهي بصدور الحكم.⁽¹⁾

- تأديب المحامي :

إن أي قاعدة قانونية لم تكن مشفوعة بجزء لا يكتب لها الاحترام، وفي هذا الإطار عندما حمل المشرع المحامي مجموعة من الواجبات فإنه رتب عن الإخلال بها عقوبات.

فما هي هذه العقوبات وما هو الهيكل الذي يوقعها ؟

* العقوبات التأديبية :

اقتضى الفصل 64 متن قانون المحاماة أنه «يؤخذ تأديباً المحامي الذي يخل بواجباته أو يرتكب ما ينال بشرف المهنة أو يحط منها بسبب سلوكه فيها أو سيرته خارجها».

وبذلك أن الإخلال بالواجبات المهنية أو الأخلاقية يُوجب العقاب التأديبي والذي ذكره الفصل 65 والمتمثل في الإنذار أو التوبيخ أو الحط من قسم التعقيب إلى قسم الاستئناف أو الإيقاف المؤقت عن ممارسة المهنة لمدة لا تتجاوز عامين أو التشطيب عن الاسم من الجدول لمدة لا تتجاوز ثلاثة أعوام أو محو الاسم من الجدول بصفة نهائية.

* السلطة التأديبية :

اقتضى الفصل 62 من قانون المحاماة أن مجلس الهيئة الوطنية للمحامين يتتصب كمجلس تأديب ويتركب مجلس الهيئة الوطنية للمحامين من العميد ورؤساء الفروع الجهوية وكتابها العامين وسبعة أعضاء يقع انتخابهم من طرف الجلسة العامة. ولا يكون القرار التأديبي متسماً بالصحة والمطابقة للقانون إلا إذا حضر نصف أعضاء مجلس الهيئة على الأقل ويتخذ القرار بأغلبية الحاضرين. وإذا تم التركيز على عدد الحاضرين فلهدف واحد وهو أن القرار التأديبي هو بمثابة الحكم.

ولا بد أن تتوفر الشكليات المنصوص عليها بالقانون وإلا اعتبر القرار باطلاً بطلاناً مطلقاً ولمحكمة الاستئناف أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها أن ثبت لديها من محاضر الجلسات أن تركيبة المجلس مختلة أو أن المفاوضات لم تكن طبق القانون. وبعد صدور القرار يجب إبلاغه إلى المعني بالأمر في ظرف خمسة عشر يوماً بواسطة مكتوب

(1) القرار التعقيبي عدد 17834 الصادر في 11 جوان 1987 نشرية محكمة التعقيب 1997 - ص. 52.

- القرار التعقيبي عدد 51453 الصادر في 19/9/2017 غير منشور.

مضمون الوصول مع الأعلام بالبلوغ والى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف والى رئيس الفرع المختص .

ويمكن للمعني بالأمر أو للنيابة العمومية الطعن بالاستئناف في القرار التأديبي في أجل شهر من الأعلام به والاستئناف يوقف التنفيذ غير أن مجلس التأديب يمكنه الحكم بالتنفيذ الوقتي عملا بالفصل 65 من قانون المحاماة، وعندها فأن الاستئناف لا يوقف التنفيذ غير أن المعني بالأمر يمكنه طلب إيقاف التنفيذ من رئيس محكمة الاستئناف الذي خول له القانون إيقاف التنفيذ لمدة ثلاثة أشهر وعلى أن يتم البت في الأصل في تلك المدة عملا بأحكام الفصل 74 من القانون المذكور.

الفقرة الثانية - كتبة المحاكم :

كتبة المحاكم هو الموظفون الإداريون الذين يقومون بأعمال كثيرة أهمها ترسيم الدعاوى وقيدها بالدفاتر المعدة لها وتحرير المحاضر ولا تنعقد الجلسات إلا بحضور الكاتب وهم خاضعون في تعيينهم وترقيتهم وعزلهم إلى قانونهم الأساسي الذي فتح لهم أفاق مهنية جديدة تستجيب لعملية تأهيل وتطوير إدارة القضاء ضرورة أن المعهد الأعلى للقضاء منذ إنشائه في 1 فيفري 1989 يتولى أعداد دورات تكوينية للكتبة ليتمرسوا على مسك الدفاتر ومعرفة إجراءات سير الدعوى بصفة دقيقة واستعمال الكمبيوتر المستعمل لرقن الأحكام ولتخزينها.

الفقرة الثالثة - الخبراء والمترجمون :

لقد وقع سن قانون ينظم سلك الخبراء العدلين وهو القانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993 وهو أول قانون ينظم هذا القطاع منذ الاستقلال ذلك أن الحاجة إلى الخبراء أصبحت تتزايد وتتأكد اعتبارا لما يقدمونه من إيضاحات فنية وإعلامية يصعب على القاضي الإحاطة بها، ولذلك وقع إصدار القانون بهدف تنظيم هذه المهنة وتحديد قائمة فيهم تقع مراجعتها سنويا. كما صدر قانون خاص بالمهنيين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسفة والمتصرفين القضائيين بتاريخ 11 نوفمبر 1997 .

والقاضي يستعين برأي الخبير أن لزم الأمر وجدت الحاجة في طلب معلومات في الهندسة أو الطب ألا أن رأي الخبير لا يقيد المحكمة ولها أن تقرر إعادة التقرير للخبير ليتولى إكمال ما ترى فيه من نقص أو تعهد بالكشف لآخر تعيينه من جديد، والمحكمة هي التي تبين الطريقة التي تصرف بها أجورهم ورئيس المحكمة هو الذي يتولى تقديرها.

أما المترجمون فتم إعادة تنظيم مهنتهم بمقتضى القانون عدد 80 لسنة 1994 المؤرخ في 4 جويلية 1994 ويمكن للمحاكم الاستعانة بهم في بعض القضايا قد يقتضي حين سير العدالة أن تسمع المحكمة شاهدا أجنبيا لا يعرف العربية أو أن تطلع على مستندات بلغة أجنبية والمحكمة في ذلك ترجع إلى أن لغة المحاكم الرسمية هي اللغة العربية بصريح الفصل الأول من الدستور الذي اقتضى أن «تونس جمهورية لغتها العربية» وبالتالي، حتى وأن كان القضاة يتقنون اللغات الأجنبية فأن الدفع بأن المستندات قدمت بغير لغة المحكمة يوجب على هذه الأخيرة تأخير القضية ومطالبة من قدم المستندات بتعريبها بواسطة مترجم محلف.

الفقرة الرابعة - العدول المنفذون :

بموجب القانون عدد 99 لسنة 1995 والمؤرخ في 13 مارس 1995 وقع إعادة تنظيم مهنة العدل المنفذ الذي هو مساعد للقضاء وله صفة المأمور العمومي ويتولى حسب الفصل 13 من القانون المذكور تحرير وإبلاغ الاحتجاجات والإنذارات الإعلامية والتنايه والاستدعاءات وتنفيذ السندات التنفيذية القضائية والإدارية والقيام بالإجراءات في البيوعات المرخص فيها من طرف المحاكم. وتعتبر المهام المحددة بهذا الفصل وظائف رسمية. والعدل المنفذ مشبه بالموظف العمومي عملا بالفصل 14 من نفس القانون وهو عرضة للمساءلة التأديبية والجزائية عند ارتكاب خطأ مهني أو تدليس المحاضر المبلغة.

واقتضى الفصل الخامس من م.م.ت. أن «كل استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

وفقه القضاء مستقر على أن التبليغ لا يكون إلا بواسطة عدل منفذ حتى وإن بلغ الاستدعاء للمطلوب وهو ما أقرته محكمة التعقيب بدوائرها المتجمعة.⁽¹⁾

وعدل التنفيذ عند قيامه بعمله وارتكاب أدنى خطأ مهني ضرورة أن أجرته محددة بموجب هذا القانون والأعمال التي يقوم بها مبينة أيضا، وبالتالي إن أسط إخلال موجب للمساءلة التأديبية والجزائية ضرورة أن النيابة العمومية تتبع أعمالهم وتتولى بحثهم عند شكاية المواطنين، فإذا اتضح أنه قبض أكثر من الأجرة المحددة أو تراخى في تنفيذ حكم وتراعى للنيابة أنه مخطئ تحيل الملف على وزير العدل الذي يتولى إحالة المعني على مجلس التأديب الذي أحدث بمركز محكمة استئناف وبتراسه رئيسها الأول ويقرر هذا المجلس العقوبة المستوجبة من بين العقوبات المنصوص

(1) قرار الدوائر المتجمعة عدد 27729 المؤرخ في 13 أبريل 1995 - قرارات الدوائر المتجمعة لمحكمة التعقيب 1995 ص. 35.

عليها بالفصل 46 وهي الإنذار والتوبيخ الذي يسلطها الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بناء على تقرير من وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية المنتدب بدائرتها العدل التنفيذ. أما التوقيف عن العمل لمدة أقصاها ستة أشهر والعزل فهي عقوبات يسلطها وزير العدل بعد أخذ رأي مجلس التأديب.

القسم الثاني

اختصاص المحاكم

إن اختصاص المحاكم يعني دراسة القواعد التي ينهض عليها وكيف يتم توزيع القضايا على المحاكم مع بيان الأسس الخاصة بهذا التوزيع حتى لا تتعهد المحاكم بنفس الموضوع وتتضارب الأحكام. ومن المعروف أنه من الواجب أن يكون للمحكمة صلاحية النظر في نزاع معين أي أن ينص القانون على أن ذلك النزاع هو داخل في ولاية جهة قضائية معينة⁽¹⁾ وبذلك أن محاكم الدولة كلها لها ولاية القضاء إلا إذا نص القانون على خروج نزاع معين من ولاية جميع جهات القضاء وتكون تبعا لذلك أمام حالة من حالات انتفاء الولاية.⁽²⁾

وبأسلوب آخر إن الاختصاص هو المقياس الذي يبين الفرع من ولاية القضاء الذي يكون من اختصاص محكمة معينة تابعة للجهة صاحبة الولاية.⁽³⁾

وعلى أساس ذلك اعتبر بعض الفقهاء أن الاختصاص القضائي يعرف موضوعيا بأنه نطاق القضايا التي يمكن أن يباشر فيه القاضي ولايته، ومن الناحية الشخصية بأنه صلاحية القاضي لمباشرة الولاية القضائية في نطاق معين.⁽⁴⁾

وأن التمييز بين الولاية والاختصاص له أهمية كبرى ضرورة أن الحكم الصادر خارج ولاية المحكمة يكون معدوم الوجود قانونا في حين أن الحكم الصادر خارج نطاق اختصاص المحكمة يحوز حجية الشيء المقضي، لكن يمكن الطعن فيه بالطرق المقررة، فإذا استنفذت هذه الطرق أو انقضت أجال الطعن دون طعن صار الحكم باتا وصحيحا.⁽⁵⁾

وإن الاختصاص الذي سيتم دراسته يختلف عن التوزيع الداخلي للعمل داخل المحكمة الواحدة. فالمحكمة تقسم إلى دوائر متعددة يكون مجموعها المحكمة

(1) عبد العزيز البديوي: «المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 184.

(2) فتحي والي: «الوسيط في القانون القضائي المدني» - ص. 267.

(3) أحمد مسلم: «أصول المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 190.

(4) وجدي راغب: «النظرية العامة للعمل القضائي» - ص. 60.

(5) فتحي والي: «نظرية البطلان في قانون المرافعات» - رسالة دكتوراه - الإسكندرية 1959

- ص. 627.

التي هي في الأصل وحدة لا تتجزأ، إلا أنه يتم تحديد الدوائر داخل كل واحدة طبق القانون وقرارات رئيس المحكمة. وبالتالي أن عرضت قضية على المحكمة وهي من اختصاصها، ألا أن توزيعها يدخل في نطاق دائرة غير الدائرة التي تعهدت بالدعوى، فلا يجوز لها أن تحكم بعدم الاختصاص وإنما عليها أحالتها على الدائرة المعنية بقرار داخلي وليس بحكم بعدم الاختصاص، ومع ذلك إذا أصدرت الدائرة حكماً في الدعوى مخالفة لقواعد تنظيم الدوائر فإن حكمها لا يكون مخالفاً لقواعد الاختصاص، ويكون الأمر على خلاف ذلك لو تعلققت المسألة باختصاص محكمة أخرى.

بعد هذا التقديم المقتضب لما سنتطرق إليه من قواعد الاختصاص القضائي على محاكم القضاء العادي أو المدني وهو موضوع الفصل الأول الذي سيحتوي على قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم والاختصاص الوظيفي للمحاكم بنوعيه النوعي والقيمي ثم قواعد الاختصاص الترابي لمحاكم الناحية أو الابتدائية، أما محاكم الاستئناف والتعقيب فإن اختصاصها يتحدد تلقائياً بالنظر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو بالنظر إلى طبيعة الحكم المراد الطعن فيه ولسوف نتطرق لذلك في القسم المتعلق بالطعن في الأحكام.

علماً أن اختصاص المحاكم لا يتعلق بقضاء الأصل فحسب بل وكذلك بالقضاء الاستعجالي والذي سنتطرق إليه بالفصل الثاني وكذلك بالعمل الولائي أي الأذن على عرائض والأوامر بالدفع ولسوف نتطرق لذلك بإطناب في الفصل الثالث.

الفصل الأول

الاختصاص الحكمي للمحاكم

إن مجلة المرافعات المدنية والتجارية هي المنظمة لإجراءات التقاضي ومرجع نظر المحاكم المدنية الذي يشمل حسب أحكام الفصل الأول جميع النزاعات المدنية والتجارية. وهذا الاختصاص الحكمي راجع بالنظر إلى صنفين أولهما يشمل المحكمة الابتدائية ومحكمة الناحية الممثلتين للقضاء العادي لتنوع اختصاصاتهما وكثرة الدعاوى الراجعة لهما بالنظر، وثانيهما المحاكم المختصة بالنظر في نزاع معين وهي المحكمة التجارية بتركيبتها الجماعية وكذلك دائرة الشغل ومحاكم فردية وهي قاضي التقادير وقاضي الضمان الاجتماعي.

وإن توزيع الاختصاص بين المحاكم وارد بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وبنصوص خاصة مثل مجلة القانون الدولي الخاص الصادر بموجب القانون عدد 99 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 بخصوص الاختصاص الدولي للمحاكم. ولقد حاول المشرع من خلال توزيعه الاختصاص الحكمي بين مختلف المحاكم إلى تحقيق أمرين أولهما تخفيف العبء الملقى على كاهل المحكمة الابتدائية باعتبارها صاحبة الاختصاص العام في المادة المدنية وذلك بإسناد النظر في الدعاوى ذات القيمة التي لا تتجاوز سبعة آلاف دينار إلى قاضي فردي تتسم إجراءات التقاضي لديه بالبساطة والسرعة وبدون وجوب إنابة محام وهو قاضي الناحية حتى تتفرغ المحكمة الابتدائية للبت في الدعاوى الهامة من حيث قيمتها المالية أو طبيعة موضوعها كالقضايا البحرية والاستحقاقية والإفلاس في اقصر الآجال، وثاني الأمور هو توفير أقصى ما يمكن من الضمانات في العمل القضائي وذلك بملاءمة كيفية معالجة الدعوى عند الفصل فيما يتعلق بالقضاة المشرفين على سير العمل وإجراءات التقاضي من ناحية وطبيعة الدعوى من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس تحدد المحكمة المختصة أما محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية أو أي دائرة أخرى مختصة. وبالرجوع إلى مجلة المرافعات المدنية والتجارية باعتبارها القانون العام لإجراءات التقاضي في المادة المدنية يتضح أن مسألة كيفية ضبط الاختصاص الحكمي تشكل سؤالاً طرحه المشرع على نفسه وأجاب عنه في الباب المتعلق بكيفية ضبط الاختصاص ودرجة الحكم واقتضى الفصل 21 من م.م.م.ت. أن

«مرجع النظر في القضايا يتحرر بمقتضى طبيعة الدعوى ومقدار المال المطلوب فيها. ومقدار الحكم فيها يحزر بنسبة المبلغ المطلوب».

إلا أن هذا المعيار لا يؤدي في جميع الحالات إلى تحقيق حسن سير عمل المحاكم واعتمد المشرع معايير تكميلية لضبط الاختصاص الحكمي للمحاكم المدنية في بعض جوانبه ونظمه بنصوص خاصة مثل الاختصاص الدولي للمحاكم الذي نظمته مجلة القانون العدلي الخاص. ولذلك سوف نتعرض للاختصاص الدولي للمحاكم في مبحث أول ثم إلى معايير ضبط الاختصاص الحكمي للمحاكم في مبحث ثان، ويكون البحث الثالث مخصصا للاختصاص الترابي ضرورة أن معرفة المحكمة المختصة ترابيا يوجب اعتماد معايير أخرى أوردها المشرع بالفصول 30 إلى 38 من م.م.م.ت. لمعرفة المحكمة المختصة ترابيا حتى يتم توزيع العمل القضائي على مختلف المحاكم بالبلاد التونسية لتقريب العدالة من المواطن وتخفيف المصاريف القضائية على المواطن لينال حقه إن أهدره أحد.

المبحث الأول - الاختصاص الدولي للمحاكم :

إن الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية يعني ولاية المحاكم الوطنية بنظر النزاعات المتضمنة لعنصر أجنبي سواء تعلق بأطرافه أو بموضوعه.⁽¹⁾ وتحديد هذا الاختصاص خاضع لمقاييس خاصة تؤخذ بعين الاعتبار قبل اللجوء إلى المقاييس العامة والمحددة للاختصاص الحكمي. وهذه المقاييس تعرض لها المشرع بالقانون عدد 98 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 والذي بمقتضاه صدرت مجلة القانون الدولي الخاص، وبذلك أن الفصل الثاني من مجلة المرافعات المدنية والتجارية يعتبر ملغى لصدور قانون لاحق له ويناقضه في محتواه، علاوة على أن القاعدة الخاصة تطبق قبل القاعدة العامة باعتبار أن مجلة المرافعات هي القاعدة العامة لقانون الإجراءات أمام المحاكم.

ولذلك سنتولى دراسة صور الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية ثم الطبيعة القانونية لهذا الاختصاص.

الفقرة الأولى - صور الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية :

لقد ادخل القانون الجديد عند تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية تمييزا بين الاختصاص العادي والاختصاص الإقصائي، مع العلم أن حالات الاختصاص الدولي الإقصائي كانت مذكورة بالفصل الثاني من م.م.م.ت. دون

(1) أمينة نمر: «أصول المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 38.

الإفصاح عن طبيعتها ومن بين تلك الحالات حالة تعهد القاضي بقضية ضد أجنبي غير مقيم بالبلاد التونسية.

1 - الاختصاص العادي للمحاكم التونسية :

أن الاختصاص العادي للمحاكم التونسية ينهض أساسا على إقامة المطلوب بتونس أو على العلاقة الوطيدة بين موضوع الدعوى والنظام القانوني التونسي.

أ - المطلوب يقيم بتونس :

اقتضى الفصل الثالث من القانون الجديد انه «تنظر المحاكم في جميع النزاعات المبينة بالفصل المتقدم بين جميع الأشخاص المقيمين بالتراب التونسي مهما كانت جنسيتهم».

وأن محتوى هذا الفصل هو نفس الفقرة الأولى من الفصل الثاني من م.م.م.ت. وهذا الفصل لا يحدد عن المعيار المعتمد من المشرع التونسي لتحديد المحكمة المختصة والمتمثل في مقر المطلوب، وهذا المعيار وثيق الاتصال بإقليمية القاعدة القانونية المجسدة لسيادة الدولة على إقليمها وإسناد ولاية القضاء لمحاكمها⁽¹⁾ والمقيم مثلما ورد تعريفه بالفصل الخامس من مجلة الصرف والتجارة الخارجية هو «الشخص الطبيعي المستقر عادة بالبلاد التونسية والشخص المعنوي ذو الجنسية التونسية أو الأجنبية بالنسبة لمؤسساته الكائنة بالبلاد التونسية».

كما أن الإقامة العادية تم تحديدها في قوانين مختلفة⁽²⁾ وهي بالنسبة للأجنبي أن يكون مولودا بتونس وأقام بها بدون انقطاع أو الذي يقيم إقامة قانونية منذ خمس سنوات بدون انقطاع أو الأجنبية المتزوجة من تونسي أو الأجنبي الذي له أبناء بتونس.

ولقد ذكرنا بل بيئنا مفهوم الإقامة العادية لان المشرع التونسي سوى بينها وبين المقر المعيار الأساسي لتحديد المسؤولية وذلك بالفصل السابع من م.م.م.ت. الذي اقتضى أن «المقر الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا أصليا له بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور». وتبعاً لذلك إن الأجنبي الذي يمارس تجارته بتونس تقع مقاضاته أمام المحاكم التونسية ولو كان له مقر أصلي بالخارج وهو ما يقتضيه الفصل الثالث من القانون الدولي الخاص.

(1) أمينة نمر : المرجع السابق - ص. 311.

(2) القانون عدد 7 لسنة 1969 والأمر عدد 199 لسنة 1969 المتعلق بإقامة الأجانب بتونس.

ب - إرادة الأطراف :

أن الفصل الرابع من القانون الجديد يتبنى الأحكام القديمة الواردة بالفصل الثاني من م.م.م.ت. مع إضافة طفيفة بأن وسع في الاختصاص حتى للمطلوب التونسي المقيم خارج التراب التونسي. وبذلك إذا رضي المطلوب الأجنبي أو التونسي المقيم خارج البلاد التونسية اختصاص المحاكم التونسية فإنها تختص بالنظر في القضية شريطة أن لا يتعلق موضوع الدعوى بعقار خارج التراب التونسي. والتعبير عن اختيار المحاكم التونسية للنظر في الدعوى يمكن أن يكون صريحا ومضمنا بعقد اقتضى أحد بنوده أن النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد تكون من اختصاص المحاكم التونسية أو أن يكون ضمينا بمباشرة النزاع أمام المحاكم التونسية، غير أن هذا الموقف يبقى عديم الجدوى ضرورة أن مقاضاة أجنبي أمام المحاكم التونسية دون أن يكون له أية صلة بالتراب التونسي يجعل تنفيذ الحكم صعب المنال أن لم نقل مستحيلا ضرورة أن الأمر يستدعي الإكساء بالصيغة التنفيذية ويدفع المحكوم عليه بعدم رضاه بالتقاضي أمام المحاكم التونسية، ولعل ذلك ما جعل المشرع التونسي يجعل استثناء لهذه الحالة إذا تعلق النزاع بعقار خارج التراب التونسي وهو بذلك يكون متناسقا مع المبادئ القانونية المعمول بها داخليا وخاصة الفصل 38 من م.م.م.ت. الذي نص على أن المحكمة المختصة هي التي بدائرتها العقار موضوع النزاع.

ج - الاختصاص الموضوعي :

اقتضى الفصل الخامس والسادس والسابع أن المحاكم تكون مختصة بالنظر في القضية حتى وأن كان المطلوب غير مقيم بتونس إذا كان لموضوع الدعوى علاقة بالنظام القضائي التونسي وهي حالات المسؤولية التقصيرية ويكون بسبب المسؤولية أو الواقعة المنشئة لها حصلت بتونس أو إذا تعلق بأموال منقولة موجودة بتونس والعقد والملكية الفكرية والتركات والدعاوى المرتبطة وحماية القصر والالتزامات ذات الصبغة المعاشية.

* المسؤولية التقصيرية :

اقتضى الفصل الخامس أن المحاكم التونسية تختص بالنظر في الدعاوى الناشئة عن حادثة وقعت بتونس ولو كان المدعى عليه أجنبيا غير مقيم بتونس. ويقصد بهذه الدعاوى هي التي يكون سببها التزاما غير تعاقدى نشأ عن فعل غير مشروع كالجنحة أو شبه الجنحة والتي ينجر عنها قيام المسؤولية المدنية.

وقد تحصل في بعض الأحيان صعوبات لتحديد طبيعة هذه الالتزامات أهي عقدية أم تقصيرية. وهذه المسألة متعلقة أساسا بالتكييف الأول الذي بموجبه

يتم تحديد المحكمة المختصة والقانون المنطبق، وهذا التأويل يتم وفق قانون القاضي ومن ذلك الدعاوى التي يقوم بها المتضرر من حادث مرور ضد شركة التأمين، ويرى البعض أن أساسها الفعل الضار وبالتالي فهي مسؤولية تقصيرية وخاضعة لقاعدة مكان وقوع الحادث. وي طرح التساؤل حول أساس الدعوى أهو الفعل الضار أم الضرر نفسه خاصة عند انقسام عناصر الواقعة المنشئة للالتزام بين أكثر من دولة ومثال ذلك وقوع الفعل الضار في دولة وظهور الضرر في إقليم دولة أخرى. وقد ذهب أغلب الفقهاء إلى الاعتداد بمكان حصول الضرر لأنه العنصر الجوهرى للمسؤولية التقصيرية وفي مكان حصول الضرر يتحقق الإخلال بالتوازن بين المصالح التي يهدف القانون لحمايتها وينعقد الاختصاص القضائي في هذه الصورة إلى محكمة مكان حصول الضرر. لقد تبنى المشرع التونسي هذا الموقف بالفصل الخامس من القانون ويكون بذلك قد وسع من الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية أخذا بعين الاعتبار مصالح الطرف الضعيف وتعلق الأمر بعلاقة موضوعية إلا أنه لتنفيذ الحكم لابد من إكسائه بالصيغة التنفيذية أمام المحكمة الأجنبية، وبذلك أن الخيار متروك للمتضرر للقيام إما لدى المحاكم التونسية مباشرة ثم إكسائه الحكم بالصيغة التنفيذية أو القيام أمام المحاكم الأجنبية في الأصل.⁽¹⁾

* المسؤولية العقدية :

اقتضى الفصل الخامس من القانون الجديد في فقرته الثانية أن المحاكم التونسية تختص بالنظر في الدعوى المرفوعة ضد الأجنبي غير المقيم بتونس إذا تعلق موضوعها بعقد نفذ بتونس أو كان مشروطا تنفيذه بها. وبذلك تخلى المشرع التونسي عن اختصاص المحاكم التونسية عندما يكون العقد قد أبرم بتونس واعتبر أن مجرد إبرام العقد لا تنجر عنه علاقة كافية وقوية، ألا أن الإشكال يبقى مطروحا عندما يتم تنفيذ جزئي بتونس. يمكن أن نستشف مقصد المشرع أنه ركز على العلاقة الكافية والقوية وأن التنفيذ الجزئي للعقد لا يخلق رابطة قوية لتبرير الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية.

* المنقول :

اقتضى الفصل الخامس من القانون الجديد في فقرته الثالثة أن المحاكم التونسية تختص بالنظر في الدعاوى التي يكون موضوعها منقولات موجودة بتونس باعتبارها مؤهلة أكثر من غيرها لفصل النزاع المتعلق بالمال الموجود على إقليمها ويسهل عليها اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا المال الذي يدخل في المنطقة الترابية التي

(1) الدكتور علي مزغني : « تعليق على مجلة القانون الدولي الخاص » - 1998 - ص. 165.

للمحاكم الوطنية عليها سلطان حتى يقترن حكمها بقوة النفاذ والفاعلية أساس تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

* الملكية الفكرية :

اقتضى الفصل الخامس من القانون في فقرته الرابعة أن المحاكم التونسية تكون مختصة اختصاصا دوليا إذا تعلق موضوع الدعوى بحماية ملكية فكرية، ولذلك يجب الرجوع إلى العقد عندما يؤسس الاعتداء على خرق الالتزامات التعاقدية المتعلقة بإحالة أو استغلال حقوق فكرية، وبالتالي لا تنطبق الفقرة الرابعة من الفصل الخامس إلا إذا كانت الدعوى تهدف إلى احترام هذه الحقوق عندما يؤسس الاعتداء على أفعال الغير أي من لم يكن طرفا في العقد.

ومن الجدير التفريق في الملكية الفكرية بين الملكية الصناعية والملكية الأدبية ضرورة انه في قانون براءات الاختراع يلعب الترسيم دورا هاما في الحماية، ويمكن القول إنه طالما طلبت الحماية بتونس فإن الترسيم وقع بها، لكن إذا سهل ترسيم الحماية فإنه ليس شرطا أساسيا ضرورة أنه بالإمكان طلب الحماية دون أن يكون الحق مرسما.

وفي الملكية الأدبية أن العبور في مكان أول نشر باعتبار أن المؤلف يوزع على مختلف البلدان ويمكن أن يحصل الاعتداء في بلد آخر ورغم ذلك تكون المحاكم التونسية مختصة لان الحماية هي ردة فعل من اعتداء حصل بتونس أو بالخارج إلا أن المتضرر يوجد بتونس. وبذلك هذه الحالة هي مطابقة للحالة المقررة بالفقرة الأولى من الفصل الخامس المتعلقة بالمسؤولية.⁽¹⁾

* الإرث والتركة :

اقتضى الفصل السادس من القانون الجديد في فقرته الثالثة أن المحاكم التونسية تختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالتركات المفتوحة بتونس، وعلّة ذلك أن مكان افتتاح التركة يكون عادة آخر موطن كان يقطنه المتوفى ويفترض أن معظم أموال المورث ومدينه يوجدون بمكان افتتاح التركة، وبذلك تكون محاكم هذه الدولة الأكثر قدرة على الفصل في الدعاوى المتعلقة بالتركة التي افتتحت بها دون تجزئة الدعاوى المتعلقة بها بين عدة محاكم تابعة لدول مختلفة، والعبرة في ذلك ليست بموطن المتوفى وإنما بالموضع الحكمي للمال.⁽²⁾

(1) على المزغني - المرجع السابق - ص. 167.

(2) عكاشة محمد عبد العال : «الإجراءات المدنية والتجارة الدولية» - 1984 - ص. 108.

* الدعاوى المرتبطة :

اقتضى الفصل السابع من القانون الجديد أن المحاكم التونسية تكون مختصة للنظر في الدعاوى حتى وإن كانت مستقلة إلا أنها مرتبطة بدعوى أخرى منشورة أمامها. والارتباط بين دعويين دليل على وجود صلة متينة تجمع بينهما ونجعل من حسن سير العدالة ومنع تضارب الأحكام أن تختص بالنظر فيها محكمة واحدة. ويتحقق الارتباط متى كانت هناك وحدة في الموضوع أو السبب أو الأطراف وتقدير ذلك متروك للسلطة التقديرية للقاضي وتحديد وجود الصلة والعلاقة يتم وفق القاضي لتعلق الأمر بمسألة تكييف لقاعدة إسناد وطنية.⁽¹⁾

* دعاوى إثبات النسب وحماية القصر :

اقتضى الفصل السادس من القانون الجديد في فقرته الأولى اختصاص المحاكم التونسية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالنسب أو بحماية قاصر يقطن بتونس وبذلك يكون القاضي التونسي مختصا سواء كان المطلوب تونسيا أو أجنبيا قاطنا خارج البلاد التونسية، وأن مسألة حماية القاصر باتخاذ الوسائل الوقائية اللازمة يجب أن لا تكون مشروطة بإقامة القاصر بتونس بل بمجرد وجوده على التراب التونسي، وهذا التأويل يجد سنده في الفصل 41 في فقرته الثانية الذي يخول تطبيق القانون الوطني عند اتخاذ الوسائل الوقائية والمتأكدة لحماية القاصر عند وجوده على التراب التونسي، وفي غير هذه الحالة الخاصة يكون من الضروري اشتراط إقامة القاصر لقبول الدعوى.⁽²⁾

* الالتزامات ذا الصبغة المعاشية :

اقتضى الفصل السادس من القانون الجديد أن دائن التزام ذات صبغة معاشية والمقيم بتونس يمكنه القيام لدى المحاكم التونسية للمطالبة بالنفقة ولو كان المطلوب مقيما بالخارج.

2 - الاختصاص الدولي الإقصائي للمحاكم التونسية :

اقتضى الفصل الثامن من القانون الجديد أن المحاكم التونسية تكون مختصة للنظر في الدعاوى المتعلقة بالجنسية التونسية والعقارات الموجودة بتونس والإجراءات الجماعية كالإفلاس وإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وإجراءات التنفيذ والاختصاص بموجب نص خاص.

(1) عكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص. 120.

(2) الدكتور علي مزغني - المرجع السابق - ص. 176.

وإن هذه الاختصاصات مطلقة للمحاكم التونسية وإقصائية لاختصاص المحاكم الأجنبية ضرورة أن الأحكام الأجنبية الصادرة بخصوص هذه المسائل لا تكسى بالصيغة التنفيذية ولا تنفذ على التراب التونسي.

* الدعاوى المتعلقة بالجنسية التونسية :

اقتضى الفصل الثامن في فقرته الأولى أن المحاكم التونسية تختص اختصاصا مطلقا بالنظر في الدعاوى المتعلقة بإسناد، بالحصول وفقد أو سقوط الانتفاع بالجنسية التونسية. وهذا التوجه مطابق للقانون الدولي العام وللطبيعة القانونية للجنسية التي تمثل العلاقة القانونية المؤسسة على الاعتبار السياسية والاجتماعية والرابطة بين الفرد والوطن.

* العقارات الموجودة بتونس :

اقتضى الفصل الثامن من القانون الجديد في فقرته الثانية أن المحاكم التونسية تختص اختصاصا مطلقا للنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقارات الموجودة بتونس بقطع النظر عن جنسية أطراف الدعوى ومقرات إقامتهم. إلا أن استعمال المشرع لعبارة «الدعوى المتعلقة بعقار» يجعلنا نتساءل ما إذا كانت كل الدعاوى ومهما كانت طبيعتها والتي تتعلق بعقار يقع بالتراب التونسي تختص المحاكم التونسية بنظرها. إن صيغة الإطلاق الواردة بالفصل يستدعي تحديد مفهوم الدعوى المتعلقة بعقار وإن دور فقه القضاء في تحديد هذا المفهوم سيكون صعبا ضرورة أن العقود المبرمة في الخارج والمتعلقة بعقارات موجودة بتونس عددها كبير والقضايا المنشورة بصددها يمكن أن تكون دعاوى شخصية أو مختلطة، وبالتالي، تأويل النص يجب أن يكون ضيقا واعتبار أنه لا ينطبق إلا على الحقوق العينية العقارية الواردة بالفصل 12 من مجلة الحقوق العينية ولا يطول غيرها من الدعاوى الشخصية أو المختلطة ولئن تعلقت بعقار.

وبالإضافة إلى ذلك، إن بعض الأموال والمعتبرة عقارات يصعب تحديد موقعها كالسفن والطائرات التي تمتاز بكثرة تنقلها عبر الدول، خاصة إذا ما كانت هذه السفن في أعالي البحار والطائرات في الفضاء الجوي الذي يعلو البحار العامة أي خارج المياه الإقليمية.

لقد أجمع الفقهاء بخصوص هذه المسألة بإخضاع السفينة أو الطائرة لمحاكم دولة العلم الذي ترفعه في كل ما يتعلق بحياتها وما يترتب عليها من حقوق عينيه بصرف النظر عن مكان وجودها الفعلي.⁽¹⁾

(1) هاشم صدقي: «تنازع القوانين» - القاهرة - ص. 747.

* الإجراءات التحفظية والتنفيذ :

إن إجراءات التنفيذ وكذلك التحفظية بالبلاد التونسية راجعة بالنظر للمحاكم التونسية وداخلة في اختصاصها المطلق لأن إجراءات التنفيذ تستعمل القوة العامة الراجعة لسلطة الدولة مما يفسر إكساء الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية. وهذا التمشي يوافق ما قرره التشريع الأجنبية وسيادة الدولة على إقليمها.

* الإجراءات الجماعية :

إن دعاوى الإفلاس وإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات هي من الاختصاص المطلق للمحاكم التونسية باعتبار إقليمية الإجراءات المتخذة ولا يمكنها تعدي الحدود وباعتبار أيضا أن الأمر يستدعي تدخل السلطات الإدارية واتخاذ بعض الوسائل التحفظية لحماية الدائنين والغير. غير أن بعض الفقهاء يقترحون أن هذا الاختصاص المطلق يجب أن تقتصر حدوده على المؤسسات التي مقرها الاجتماعي بتونس أو المؤسسة الأهم⁽¹⁾ وسندهم في ذلك الرجوع إلى الفصل 35 من م.م.م.ت. الذي يسند الاختصاص المطلق للمحكمة التي يوجد بدائرتها أهم مؤسسة للمفلس، وعلى الصعيد الدولي من الممكن أن يكون للحكم الأجنبي أثر بالبلاد التونسية وتوسعة أثر الحكم إلى ممتلكات المفلس الموجودة بتونس والذي له مؤسسة ببلادنا، وتبعاً لذلك تمكين أمين الفلسة المعين بحكم أجنبي أن يمارس ويباشر عمليات التنفيذ بعد إكساء الحكم الصيغة التنفيذية.

* حالة وجود نص خاص :

إن حالات الاختصاص الدولي المطلق للمحاكم التونسية الواردة بالفصل الثامن يمكن أن تضاف إليها حالات أخرى بنصوص خاصة. وهذا الموقف من المشرع التونسي لا معنى له إذا كان القصد منه زيادة حالات أخرى للاختصاص الدولي المطلق ضرورة أن هذه الإمكانية غير واردة باعتبار أن أساس المجلة هو الدستور⁽²⁾ وبالتالي لا بد من فهم النص فهما ضيقا، ويكون المقصد الحقيقي أن المحاكم التونسية لها اختصاص مطلق خارج الحالات المذكورة بالفصل كلما أسند لها بنص معين.

الفقرة الثانية - الطبيعة القانونية للاختصاص الدولي للمحاكم:

إن قواعد الاختصاص تنقسم إلى قسمين أولهما يتعلق بالاختصاص الحكمي ويهم النظام العام ولا يمكن الاتفاق على خلافه وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها

(1) علي مزغني - المرجع السابق - ص. 174.

(2) علي المزغني - المرجع السابق - ص. 176.

وثانيهما يتعلق بالاختصاص الترابي ويهم مصلحة الخصوم ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ويمكن الاتفاق على خلافه .

ولقد اختلف الفقهاء حول هذه الطبيعة لقواعد الاختصاص الدولي :

1 - الموقف الأول اعتبر أن قواعد الاختصاص الدولي هي قواعد أمرة وتعلق بالنظام العام ولا يمكن الاتفاق على خلافها ضرورة إنها تتولى ضبط ولاية المحاكم الوطنية بالنزاعات بالنظر لغيرها من الأحكام الأجنبية ثم بعد ذلك يوزع الاختصاص بين المحاكم الوطنية على أساس قواعد الاختصاص الترابي.⁽¹⁾ ولقد نحأ فقه القضاء هذا المنحى وورد بحيثيات أحد قرارات محكمة التعقيب أنه «إذا كان مطلب الطلاق مؤسساً على عقد زواج انبرم بين الطرفين بالجمهورية التونسية فالنظر فيه يكون للمحاكم التونسية مهما كانت جنسية الزوجين عملاً بالفقرة الرابعة من الفصل الثاني من م.م.م.ت، وهذا الاختصاص الحكمي يهم النظام العام ومرتبب بسيادة البلاد وكل اتفاق يخالفه يكون باطلاً مطلقاً».⁽²⁾

2- الموقف الثاني ويعتبرها من قبيل القواعد التي تهم مصلحة الخصوم بدليل أنها تحدد المحاكم الوطنية المختصة عندما يكون النزاع دولياً، واقتضى الفصل العاشر من القانون أن الدفع بعدم الاختصاص لا بد أن يكون قبل الخوض في الأصل. وهذا النظام القانوني هو نفس نظام الاختصاص الترابي بدليل أن الفصل 18 من م.م.م.ت. اقتضى انه «من تم القيام عليه أمام محكمة لها نفس درجة المحكمة المختصة ترايباً يمكنه الدفع بعدم الاختصاص قبل الدفاع في الأصل، وإلا استهدف طلبه لعدم القبول» وبالتالي إن الاختصاص الدولي للمحاكم يهم مصلحة الخصوم لضرورة الدفع بعدم الاختصاص قبل الخوض في الأصل وأن التكييف يتجلى من النظام القانوني للقاعدة الإجرائية.⁽³⁾

3- الموقف الثالث وهو موقف توفيقى يعتبر أن قواعد الاختصاص الدولي المطلق هي قواعد أمرة وتهم النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها وهي تلك التي تتعلق بدعاوى الجنسية وبالدهاوى التي موضوعها عقار موجود بتونس والتي موضوعها إجراءات جماعية كالإفلاس أو وسائل تحفظية أو تنفيذية.

(1) سوليس وبيرو - مرجع سابق - ص. 38.

(2) قرار تعقيبي عدد 2668 في 20 فيفري 1964 - نشرية محكمة التعقيب - 1964 - ص. 9.

(3) علي مزغني - المرجع السابق - ص. 180.

في حين أن القواعد المتعلقة بالاختصاص العادي يمكن الاتفاق على خلافها والدفع بعدم انطباقها قبل الخوض في الأصل، وبذلك أن الاختصاص الدولي للمحاكم هو اختصاص مستقل يستمد طبيعته من نفسه.⁽¹⁾

المبحث الثاني - معايير تحديد الاختصاص الحكومي للمحاكم :

اقتضى الفصل 21 من م.م.ت. أن «مرجع النظر في القضايا يتحرر بمقتضى طبيعة الدعوى ومقدار المال المطلوب فيها». ويخلص من هذا النص أن المشرع أرسى مبدأ عاما بمقتضاه يتم تحديد الاختصاص الحكمي سواء بطبيعة الدعوى أو بمقدار المال المطلوب فيها. وعلى هذا الأساس سنتولى دراسة هاتين المسألتين بأن نفراد فقرة أولى للاختصاص النوعي وفقرة ثانية للاختصاص القيمي.

الفقرة الأولى - الاختصاص النوعي للمحاكم :

إن قواعد الاختصاص النوعي تهدف إلى تحديد نوع النزاعات التي تختص بنظرها محكمة معينة. وإن محاكم القضاء المدني تختص بنظر جميع المنازعات المدنية بالمعنى الواسع إلا أن المشرع بهدف تنظيم العمل واجتناب التضارب بين الأحكام يقصر اختصاص محكمة معينة على نظر نوع واحد من النزاعات ومثال ذلك المحكمة التجارية المحدثة حديثا لنظر النزاعات التجارية. وعلى هذا الأساس فأن الاختصاص الحكمي يكون لأحد المحاكم العادية وهي بدرجة أولى المحكمة الابتدائية التي لها اختصاص شامل وما خرج عن اختصاصها يكون لمحكمة أقل درجة وهي محكمة الناحية، وقد يعقد هذا الاختصاص لمحكمة متخصصة.

إن المحاكم العادية هي التي خصها المشرع باختصاص شامل للنظر في العديد من الدعاوى المتنوعة دون أن يكون نظرها مقصورا على نوع واحد، وهذه المحاكم هي المحكمة الابتدائية ومحكمة الناحية وستتولى دراسة اختصاص كل محكمة في نقطة مستقلة.

(1) مبروك بن موسى : «الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية»، محاضرة أقيمت بالمعهد الأعلى للقضاء خلال عام 1990-1991.

كمال فهمي : «أصول الرافعات المدنية والتجارية» - ص. 613.
نبيل إسماعيل : «أصول المرافعات المدنية والتجارية» - دار المعارف الإسكندرية - ص. 205.

أ - الاختصاص الحكمي للمحكمة الابتدائية :

اقتضى الفصل 40 من م.م.م.ت. في فقرته الأولى انه «تنظر المحكمة الابتدائية في جميع الدعاوى عدى ما خرج عنها بنص خاص».

لقد اسند هذا الفصل للمحكمة الابتدائية اختصاصا شاملا وبالتالي يجدر التساؤل عن الجدوى من التكلم عن طبيعة الدعوى لتحديد الاختصاص الحكمي، أن الجدوى من ذلك تكمن في استعمال معيار طبيعة الدعوى لمعرفة عدم اختصاص المحكمة الابتدائية بالنظر في الدعاوى التي تسند اعتمادا على طبيعتها إلى اختصاص محكمة أخرى، ومن جهة أخرى لضبط اختصاص المحكمة الابتدائية ببعض الدعاوى بنص صريح ومثال ذلك دعاوى الجنسية المنصوص عليها بالفصل 48 من قانون الجنسية.

وعلى هذا الأساس سنتولى تحديد الدعاوى الراجعة بالنظر للمحكمة الابتدائية، إلا أن الأمور أعقد مما نتصور ضرورة أن المشرع ولئن اعتبر المحكمة الابتدائية وحدة لا تتجزأ فإنه قد قسمها إلى دوائر وخص البعض من تلك الدوائر باختصاص حكمي ومنها دائرة القضايا التجارية وقاضي الملك التجاري وقاضي التقادير وقاضي المنح العائلية ودائرة الشغل، وعليه لا بد من اعتماد هذا التقسيم ودراسة الاختصاص المطلق للمحكمة الابتدائية وبيان الدعاوى المنظور فيها بتركيبة جماعية ونعني بذلك أما ثلاثية أو خماسية أو بتركيبة منفردة.

1 - الدعاوى المنظورة بتركيبة جماعية :

سنتولى تعداد القضايا الراجعة بالنظر لاختصاص المحكمة الابتدائية والمنظور بتركيبة ثلاثية ثم نتوقف في الدعاوى التجارية التي تنظر تارة بتركيبة ثلاثية وأخرى بتركيبة خماسية.

أولا - الدعاوى الاستحقاقية :

اقتضى الفصل 20 من م.م.م.ت. انه «وتوصف بدعوى استحقاقية الدعاوى التي تستند إلى حق عيني عقاري».

ولمعرفة الحقوق العينية العقارية لابد من الرجوع إلى الفصل 12 من مجلة الحقوق العينية العقارية الذي حدد الحقوق العقارية وهي الملكية وحق الانتفاع والإنزال والكردار ودخلاهما وحق الاستعمال وحق السكن وحق الهواء والإجارة الطويلة وحق الارتفاق والامتياز والرهن العقاري.

وبذلك تتحدد طبيعة الدعوى الاستحقاقية بسندها وهو حق الملكية الذي يخول لصاحبه وحده استعماله واستغلاله والتصرف فيه عملا بأحكام الفصل 17

من م.م.ت.، ويكون موضوعها عقار طبيعي أو حكومي أو بالتبعية. وبذلك كلما توفرت الشروط المذكورة في موضوع الدعوى أي كان حقا عينيا عقاريا تكون الدعوى استحقاقية وراجعة بالنظر للمحكمة الابتدائية.

غير أن هذا الاختصاص راجع بالنظر للمحكمة العقارية ضرورة أنه ولئن اقتضى الفصل 311 من م.ح.ع. أن دور المحكمة العقارية ينحصر في تسجيل العقارات أي أنها لا تنشئ الحقوق بين الأفراد وإنما تقرها. وهذا القول وأن بدا وجيها فإنه يفتقر إلى معرفة طبيعة الأعمال التي يقوم بها القاضي المقرر الذي يتوجه على العين ويتلقى البينة، وبالتالي أن طبيعة هذه الأبحاث استحقاقية ولا بد للمحكمة لتحكم بالتسجيل أن تثبت من ملكية طالب التسجيل، وعليه فأنها نظرت ولو ضمينا في الاستحقاق.

ثانيا - دعاوى الأحوال الشخصية :

إن الفروع المكونة لمادة الأحوال الشخصية لم يقع ذكرها ولا تحديدها بمجلة الأحوال الشخصية وإنما بالفصل الثاني من الأمر المؤرخ في 24 جوان 1957 والذي عدل أحكام الأمر المؤرخ في 12 جويلية 1956 والمتعلق بالأحوال الشخصية للأجانب، والذي ولئن الغي بموجب القانون عدد 89 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 فإن اعتماد فصله الثاني ضروري، واقتضى هذا الفصل أن «الأحوال الشخصية تشتمل على النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالزواج ونظام الأموال بين الأزواج وحقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة والطلاق والتطويق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصل والفروع وواجب النفقة بين الأقارب وغيرهم وتصحيح النسب والتبني والوصايا والقيام والحجر والترشيد والهبات والموارث والوصايا وغير ذلك من التصرفات بموجب الموت والغيبة واعتبار المفقود ميتا».

وتختص المحكمة الابتدائية بالنظر في هذه المسائل باعتبار اختصاصها الشامل والعام عدى ما خرج عنها بنص خاص عملا بالفصل 40 من م.م.ت. وأن من بين المسائل الخارجة عن اختصاص المحكمة الابتدائية مادة التبني الراجعة بالنظر لقاضي الناحية عملا بأحكام الفصل 13 من القانون عدد 87 لسنة 1958 المؤرخ في مارس 1958 والمتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني والذي اقتضى أن «عقد التبني يتم بحكم يصدره حاكم الناحية».

ثالثا - الدعاوى المتعلقة بالجنسية :

اقتضى الفصل 48 من مجلة الجنسية التونسية الصادرة بمقتضى المرسوم عدد 6 لسنة 1963 أن «المحكمة الابتدائية تختص وحدها بالنظر في النزاعات المتعلقة

بالجنسية». وهذا الاختصاص راجع بالنظر للمحكمة الابتدائية لما ينجر عنها من حقوق ولتعلقها بسيادة البلاد ومساسها بالحياة الاقتصادية ولذلك فإن التركيبة الثلاثية ضرورية ولا يمكن أن يبقى القرار لفاض منفرد.

رابعا - دعاوى الإكساء بالصيغة التنفيذية :

اقتضى الفصل 317 من م.م.م.ت. انه «يطلب الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي باستدعاء الخصم المراد التنفيذ عليه للمحكمة الابتدائية التي بدأرتها مقره أن وجد وألا فلدى المحكمة الابتدائية التي يجب إجراء التنفيذ بدأرتها».

وأن إسناد هذا الاختصاص للمحكمة الابتدائية مرده أو أساسه أن المحكمة الابتدائية لها اختصاص شامل وعام، بالإضافة إلى تسهيل الأمر على المتقاضين ضرورة انه لو اشترطنا أن المحكمة المختصة يجب أن تكون مماثلة للمحكمة المصدرة للحكم لوجد بعض المتقاضين أنفسهم في استحالة ضرورة الأنظمة القضائية مختلفة ومثل ذلك محكمة الأكرية الزراعية بفرنسا التي لا وجود لمحكمة تضاهيها بتونس، وبذلك كان من الضروري إقرار اختصاص المحكمة الابتدائية للنظر في هذه الدعاوى.

كما أن الإكساء بالصيغة التنفيذية يستدعى مراقبة جميع الشروط التي أوجبهها الفصل 318 من م.م.م.ت. ولا يتسنى ذلك لفاض منفرد ولا بد أن تكون التركيبة ثلاثية وبتراؤس الدائرة قاض من الذين لهم أقدمية لا تقل عن عشر سنوات وتمرس العمل القضائي باعتبار أنه ليس من السهل مراقبة صحة حكم من عدمها ومدى مطابقتها للنظام العام ذي المفهوم الواسع والمتغير حسب الظروف والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية.

خامسا - الدعاوى التجارية :

بموجب القانون عدد 43 المؤرخ في 2 ماي 1995 والمعدل لمحتوى الفصل 40 الذي جاء نصه انه «يمكن بمقتضى أمر أحداث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية تكون مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية»، ولم يطل الانتظار حتى صدر الأمر عدد 427 المؤرخ في 11 من مارس 1996 وأحدث هذه الدوائر التجارية بالمحاكم الابتدائية بكل من تونس والكاف وسوسة والمنستير و صفاقس وقابس وقفصة ومدنين ونابل وبنزرت أي بمراكز محاكم الاستئناف.

والدعاوى التجارية عرفها الفصل 40 من م.م.م.ت. عندما نص على «وتعتبر دعاوى تجارية على معنى أحكام هذا الفصل الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري» ثم أضاف موضعا في موضع آخر من نفس الفصل أن «النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أو تفليسها أو عند النظر استئنافيا فيما يدخل في اختصاصها».

إن الأمر يعتره الغموض رغم إيراد ما احتواه الفصل 40 بخصوص الدعاوى التجارية ضرورة أن المشرع قد مزج بين أمرين أولهما اختصاص الدائرة التجارية بالدعاوى التجارية أي أنه قد اختار معيار طبيعة الدعوى لتحديد الاختصاص ثم يتحدث عن اختصاص الدائرة استثنافيا في الدعاوى الراجعة لها بالنظر أي انه ما زال يعتمد قيمة الدعوى لتحديد الاختصاص والحال أنهما معياران متنافران ولا يمكن أن يجتمعا لتحديد الاختصاص. وعلى كل سوف نورد اختصاص الدائرة التجارية مثلما أراده المشرع مع أننا مقتنعون تمام الاقتناع أنه من الضروري التدخل لتعديل الفصل 40 من م.م.م.ت. وإقرار اختصاص الدائرة التجارية في الدعاوى مهما كانت قيمة الدعوى وهو ما انتهجه المشرع الفرنسي وكذلك المشرع العماني بالمرسوم رقم 81/89 المؤرخ في 26 مارس 1998 الذي خص المحكمة التجارية بالدعاوى التجارية واقتسم الاختصاص حسب قيمة الدعوى بين الدائرة الجزئية التي تنظر إلى حدود خمسة عشر ألف ريال وتنظر الدائرة الابتدائية فيما زاد على ذلك وبوصفها محكمة استئناف في الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزئية.

وعلى كل أن الدائرة التجارية بتركيبها الثلاثية أي رئيس المحكمة أو وكيل رئيس وعضوين تاجرين لهما دور استشاري يحضران المفاوضات دون تصويت، ذلك أن كيفية انتداب القضاة يضبطها القانون في حين أن العضوين معيّنان بموجب أمر، وهذه الدائرة تنظر في النزاعات التجارية بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري، أي أن المشرع أراد استبعاد النزاعات الناشئة للتاجر مع غير التاجر ويكون في هذه الصورة العمل مختلطا كأن يتم التعامل بواسطة أوراق تجارية كالكمبيالة أو الشيك، ففي هذه الحالة يكون الاختصاص حسب قيمة الدعوى، أما لقاضي الناحية أو للمحكمة الابتدائية في تركيبها التقليدية. كما أن الأمر شبيه بالأولى في صورة تعامل التاجر مع شخص معنوي أو طبيعي الذي يمارس الأعمال التجارية بصفة عرضية مثل الفلاح الذي يبيع إنتاجه الفلاحي، ففي صورة حصول نزاع فأن الاختصاص يكون حسب قيمة الدعوى لقاضي الناحية أو للدائرة العادية، وكذلك الشأن بالنسبة للأعمال الفلاحية التي يمارسها التاجر. أما الإشكال الأخير فهو متعلق بالمزج بين معيارين مختلفين، معيار طبيعة الدعوى لتحديد الاختصاص ومعيار قيمة الدعوى. وهذا المزج يوجب التردد وصعوبة التأويل ضرورة أن المشرع عندما نص على أن الدعاوى التجارية هي من اختصاص الدائرة التجارية فأن ذلك يعني حتما وبالضرورة أن الدعاوى التجارية تكون راجعة بالنظر استثنافيا في الأحكام الصادرة عن قاضي الناحية أي أن المشرع قد أبقى على اختصاص قاضي الناحية بخصوص القضايا التي لا تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار، ويكون قد اعتمد معيار قيمة الدعوى لتحديد الاختصاص، والحال، وكما سبق أن بيناه لا يمكن اعتماد معيار طبيعة الدعوى وقيمتها لتحديد

الاختصاص، وأنا نتبنى التأويل الذي اعتبره الأستاذ الغزواني غير مقبول⁽¹⁾ واستفاه من مقصد المشرع والحال أن قواعد الإجراءات المدنية لا تسمح بذلك ضرورة أن المعيارين متنافران، والأجدى تدخل المشرع لرفع اللبس عن هذه المسألة وتقسيم الاختصاص بين الدائرة التجارية بتركيبها الثلاثية ويكون لها النظر في الدعاوى التجارية التي لا تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار وبين الدائرة التجارية التي تنظر في الدعاوى التجارية التي تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار بوصفها محكمة استئناف في الطعون في الأحكام الصادرة عن الدائرة المترتبة من قاض وعضوين تاجرين وأن مسألة رئاسة الدائرة لا تطرح أي إشكال يذكر ضرورة أنه بالإمكان أن يكون لكل دائرة رئيس من الرتبة الثانية أي بدرجة مستشار لدى الاستئناف. أما الدائرة بتركيبها الخماسية والمكونة من رئيس من الرتبة الثانية وقاضيين من الرتبة الأولى وعضوين تاجرين فإنها تنظر كمحكمة درجة أولى في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها، وكذلك في النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أو تفليسها. كما تنظر بوصفها محكمة استئناف في الطعون في الأحكام الصادرة عن قاضي الناحية في الدعاوى التجارية التي لا تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار.

وفي كلا الحالتين يمكن للدائرة التجارية سواء بتركيبها الثلاثية أو الخماسية الحكم طبق قواعد العدل والإنصاف إن اتفق الأطراف على ذلك كتابة أو بطلب شفاهي يثبت بمحضر الجلسة في إحدى الجلسات قبل صرف القضية للمرافعة.

وهذا التوجه يزيد الأمر تعقيدا ضرورة أن المشرع خول للأطراف الطلب من الدائرة التجارية الحكم طبق قواعد العدل والإنصاف أي أن قاضي الناحية ولئن كان متعهدا بدعوى تجارية فإنه لا يمكنه القضاء إلا طبق القواعد القانونية، وبالتالي يكون للدعاوى ذات الطبيعة القانونية الواحدة نظامان قانونيا مختلفان، مما يدعم رأينا السابق تبيانها والمتمثل في ضرورة تدخل المشرع لرفع هذا اللبس والتناقض وجعل الدعاوى التجارية من اختصاص الدائرة التجارية وتقسيم الاختصاص بين الدائرة الثلاثية التركيبية والدائرة ذات التركيبية الخماسية، فإذا طلب الأطراف أن يحكم لهم طبق قواعد العدل والإنصاف يكون الحكم غير قابل للاستئناف ولا يقبل إلا التعقيب وحتى التعقيب هو طعن لا يتمشى وطبيعة التحكيم القضائي ولا يكون الطعن في الأحكام التحكيمية إلا بالإبطال.⁽²⁾ وهذه النقطة توجب أيضا تدخل المشرع لإقرار

(1) الأستاذ الغزواني : « قانون المرافعات المدنية والتجارية » - ص. 389.

(2) نور الدين الغزواني : « قانون المرافعات المدنية والتجارية » - ص. 345.

حسين بن سليمة : « التحكيم القضائي »، أعمال ملتقى التحكيم والعولمة، المنظم في 24 أفريل 1998 بتونس 98 - ص. 77.

الإبطال للأحكام التحكيمية وفي صورة تحدد على وجه الحصر مثلما هو الحال بالنسبة للقرارات التحكيمية الداخلية أو الدولية مثلما هو الحال بمجلة التحكيم.

2 - الدعاوى المنظورة بتركيبة فردية :

إن المحكمة الابتدائية تنظر بتركيبة فردية في جملة من الدعاوى المتعلقة بالنزاعات حول الأكرية التجارية والعلاقات المهنية والمنح العائلية وتعيين المقدمين ومراقبة أعمالهم.

أولا - الدعاوى المتعلقة بالأكرية التجارية :

اقتضى الفصل 28 من القانون عدد 87 المؤرخ في 25 ماي 1977 أن النظر في الدعاوى المتعلقة بالأكرية التجارية هي من اختصاص رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه وهو الذي يتعهد بالقضية ويبت فيها حسب الإجراءات المقررة في القضايا الاستعجالية على أن أجل الحضور لا يمكن أن يقل عن ثمانية أيام خلافا لأحكام الفصلين 203 و 209 م.م.ت.

كما هو معروف أن الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين حسب أحكام الفصل 242 من المجلة المدنية، وبالتالي أن معين الكراء واحتراما للقوة الملزمة للعقد لا يمكن الترفيع فيه إلا برضاء الطرفين، غير أنه في الأكرية التجارية التي تخول للمتسوغ أن يبقى بالمكري لأمد قد يطول وتتغير المعطيات الاقتصادية مما قد يلحق ضررا بمالك المحل.

ولذلك قد خول المشرع بموجب الفصل 25 من قانون الأكرية التجارية للطرفين حق طلب تعديل معين الكراء إذا تغيرت الظروف الاقتصادية بأن ترتفع المعيشة بنسبة الربع وأن تتجاوز مدة الاستغلال ثلاث سنوات بداية من تاريخ التسويغ أو من تاريخ آخر تعديل.

وأن المحكمة تعين خبيرا في الأكرية يتوجه على عين المكان لبيان موقع المحل وتحديد مساحته ودخله الشهري، وعلى أساس الجداول الضابطة لغلاء المعيشة والتي تنشرها وزارة الاقتصاد يتولى تحديد الكراء العادل وهو غالبا ما تتبناه المحكمة وتعديل معين الكراء على أساسه، ولهذا السبب جعل المشرع المحكمة المختصة قاضيا فرديا وينظر طبق الإجراءات الاستعجالية أي أن إنابة المحامين ليست وجوبية ويمكن للمعني بالأمر التداعي بمفرده وذلك بالتنبيه على المالك بالتخفيض في معينات الكراء عملا بأحكام الفصل 25 من القانون فإن رفض طلبه يمكنه القيام لدى دائرة الملك التجاري وطلب تعيين خبير في الأكرية التجارية الذي يقدر الكراء العادل وتبناه المحكمة وتحكم به.

ثانيا - الدعاوى المتعلقة بالنزاعات الشغلية :

إن دائرة الشغل والمترتبة من قاض يكون رئيسا وعضوين لهما رأي استشاري أحدهما يمثل الأعراف والثاني الإجراءات. واختصاص هذه الدائرة مثلما ورد بالفصل 183 من مجلة الشغل ينحصر في فصل النزاعات الفردية التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المتعاقدة عند تنفيذ عقد الشغل أو التدريب. ولقد تم تعريف النزاعات الفردية⁽¹⁾ بكونها الخاصة بعامل واحد وبيع بعض العمال بشرط أن تتعلق بحق يطالب به العامل مرتكزا فيه إلى القانون أو العقد أو العرف، ينكره عليه صاحب العمل، أو يعترف به ولكنه يمتنع لسبب ما عن تنفيذه.

وإن سبب إحداث دائرة مختصة مرده الطبيعة الخاصة لهذه النزاعات والاختلال الظاهر بين أطرافها علاوة على الصبغة الفنية لهذه النزاعات واتباع إجراءات بسيطة وتطبيق قانون الشغل الخاص.

فمن حيث الإجراءات أن التقاضي لدي دائرة الشغل معفي من كل الرسوم وطبق الإجراءات المعمول بها أمام قاضي الناحية أي أن الاستدعاء يتم بالطريقة الإدارية إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك وعبر المدعي عن استعداده بالاستدعاء عن طريق عدل منفذ. كما أن تركيبة الدائرة خاصة باعتبارها مكونة من ممثل عن العمال وممثل عن الأعراف، وهما عارفان بخفايا الحياة المهنية ومشاكلها والقاضي عارف بالمادة القانونية الفيصل في النزاع بين الأطراف، بالإضافة إلى الطابع الصلحي ضرورة أن الفصل 207 من مجلة الشغل اقتضى أنه وقبل النظر في القضية تجرى محاولة صلحية بين الخصوم سعيا لحسم النزاع بالحسنى وهو إجراء وجوبي يجب التنصيص عليه بالحكم تحت طائلة البطلان.

ثالثا - قاضي الضمان الاجتماعي :

إن قاضي الضمان الاجتماعي هو قاض منفرد بالمحكمة الابتدائية وأحدث بموجب القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 وحل محل حاكم المنح العائلية المحدث بموجب القانون عدد 48 لسنة 1958 المؤرخ في 11 أفريل 1958 والواقع إلغاؤه بموجب القانون المحدث لقاضي الضمان الاجتماعي والمختص بالنظر في الدعاوى المرفوعة ضد الهياكل المسددة للمنافع الاجتماعية والجرايات المنصوص عليها بالأنظمة القانونية للضمان الاجتماعي من أجل استرجاع ما تم قبضه من معالم اشتراك دون وجه قانوني وفي دعاوي معاينة الديون الراجعة لها عن المبالغ المدفوعة منها دون موجب عملا بأحكام الفصل الرابع من القانون المذكور، وترفع الدعاوى من هذا الصنف إلى القاضي الذي يقع

(1) حسن الفكاهي: «المدونة العمالية» - الجزء الثاني - ص. 228.

بدائرتة المقر الأصلي أو المختار لمستحقي المنافع الاجتماعية والجرديات عملا بأحكام الفصل السابع .

وإن إجراءات القيام بالدعوى مبسطة وممكن المشرع المدعي من رفع دعواه بشتى الوسائل وهي التصريح الشفوي أو المطلب الكتابي أو وثيقة إلكترونية موثوق بها وتتكفل المحكمة بالقيام بباقي الإجراءات مثل استدعاء المطلوب بالطريقة الإدارية. كما أن الأحكام الصادرة عن قاضي الضمان الاجتماعي قابلة للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئناف، مع العلم أن الاستئناف لا يوقف التنفيذ عملا بأحكام الفصل السابع عشر من القانون، غير أنه يمكن طلب وقف تنفيذها وفق الأحكام المنصوص عليها بمجلة المرافعات المدنية والتجارية.

رابعاً - الاختصاص الحكمي لقاضي التقاديم :

إن الأمر المؤرخ في 19 جويلية 1957 والمتعلق بتسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحسابتهم هو المنظم لقضاء التقاديم القائم به وكيل رئيس برتبة مستشار لدى الاستئناف أو رئيس المحكمة الابتدائية بنفسه. ويختص قاضي التقاديم بالنظر في مطالب تسمية المقدمين على القصر الذين لا وصي لهم وعلى المجانين والغائبين وضعفاء العقل والسفيه والمحجور عليه والمحكوم عليه بالأشغال الشاقة طبق أحكام الفصل 30 من المجلة الجزائية.

كما يتولى النظر في مطالب عزل المقدمين وتعويضهم بعد الوقوف على سوء تصرفهم في ممتلكات القاصر وإلحاق الضرر بدمته المالية.

ب - الاختصاص الحكمي لمحكمة الناحية :

أولاً - دعاوى الحوز :

اقتضى الفصل 39 من م.م.م.ت. أن قاضي الناحية يختص بالحكم في دعاوى الحوز، إلا أن هذه الدعاوى لم يقع تعريفها من المشرع الذي اكتفى بالقول بالفصل 51 من نفس المجلة أنه «توصف بالدعاوى الحوزية القضايا التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو حق عيني على عقار وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال». والحوز تم تعريفه بالفصل 38 من مجلة الحقوق العينية بأنه «سيطرة فعلية لشخص بنفسه أو بواسطة على حق أو شيء».

ويستخلص من الفصول السالفة الذكر أن المشرع يفترض أن الحائز هو صاحب الحق فممكنه من القيام بدعوى يسيرة الإجراءات قليلة النفقات لحفظ حقه.⁽¹⁾

(1) القاضي الباشا البحار : «الاختصاص القضائي لمحاكم النواحي في المادة المدنية»، قضاء وتشريع عدد 7 - 98 ص. 43.

والفقهاء مجمعون على أن الدعوى الحوزية تنقسم إلى ثلاثة أصناف وهي دعوى منع التعرض ودعوى إيقاف الأشغال ودعوى استرداد الحوز.

ولقد أوجب المشرع شروطا لقبول الدعوى وردت بالفصل 54 من م.م.ت. وهي أن يكون المدعي حائزا للعقار أو للحق العيني المتنازع في شأنه وأن تكون الحيازة قد استمرت سنة كاملة بدون انقطاع قبل حصول الشغب الواقع تعريفه بالفصل 53 من م.م.ت. بأنه كل أمر ينجر عنه رأسا ومن نفسه أو بطريقة الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير وأن يكون الحوز مستمرا بدون شغب أو انقطاع أو التباس والشرط الأخير أن لا يسكت المدعى لمدة عام من حصول الشغب وإلا سقط حقه في القيام على أساس الدعوى الحوزية، إلا أن ذلك لا يعني إنه لا يمكنه استرجاع حقه فبإمكانه القيام بدعوى في الخروج لعدم الصفة إما استعجاليا أو أصليا.

ثانيا - دعاوى النفقة :

اقتضى الفصل 39 من م.م.ت. في فقرته الثانية أن «قاضي الناحية يختص بالحكم في قضايا النفقات التي ترفع إليه بصفة أصلية ابتدائيا وحكمه ينفذ فوراً بقطع النظر عن الاستئناف».

والقيام بقضية في النفقة يهدف إلى إلزام المتحمل بها بموجب القانون أو العقد على دفعها أو تعديل معينها أو إلى طلب الحكم بسقوط الحق فيها أو الرجوع في الحكم الذي كان قضي بها.

والإشكال المطروح في قضايا النفقة هو تباين آراء المحاكم بخصوص نشوز الزوجة، فمنهم من يرى أنه ليس لقاضي الناحية أن يتطرق لمسألة النشور من عدمه وأن يقضي بالنفقة طالما أن العلاقة الزوجية قائمة⁽¹⁾ في حين أن الشق الآخر يؤكد أن قاضي الأصل هو قاضي الدفع ولقاضي الناحية أن يتثبت من شروط استحقاق النفقة حتى يحكم بها، لذلك إذا ثبت أن الزوجة غير قائمة بواجباتها الزوجية فهي لا تستحق نفقة وإن كانت العلاقة الزوجية قائمة وهو ما يتماشى وأحكام تنفيذ العقود ضرورة أن الفصل 246 من م.ع. اقتضى أن من لم ينفذ الالتزامات المحمولة عليه لا يمكنه مطالبة الطرف المقابل بتنفيذ ما هو محمول عليه.

ثالثا - دعاوى التبني :

إن التبني عقد قضائي ضرورة أن قاضي الناحية هو الذي يصدره بمكتبه بحضور المتبني وزوجته وعند الاقتضاء بمحضر والد المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالطفل بحكم ولايتها ويصدر الحكم بعد التحقق من طرف القاضي من

(1) القاضي الباشا البحار : «الاختصاص القضائي لمحاكم النواحي في المادة المدنية»، قضاء

توفر الشروط القانونية ومن مصادقة الحاضرين ويكون حكمه نهائيا ويحال مضمون منه في أجل أقصاه ثلاثون يوما على ضابط الحالة المدنية المختص ليرسم برسم ولادة المتبني وذلك حسب الفصل 13 من القانون عدد 27 لعام 1958 والمؤرخ في 4 مارس 1958 والمتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

رابعا - العقلة على الأجور والمرتببات :

لقد نظم الفصل 353 وما بعده من مجلة المرافعات المدنية والتجارية العقل التوقيفية المسلطة على الأجور والمرتببات مهما كان مقدارها وأسند اختصاص النظر في تصحيحها إلى قاضي الناحية الذي يتولى إجراء محاولة توفيقية، فإذا تم الاتفاق، يوضح القاضي للأطراف شروطه ويضمنه بمحضر الجلسة ويأذن بتنفيذه، وإذا لم يتم التوصل إلى هذا الاتفاق يأذن القاضي بإجراء العقلة حسبما هو مبين في الفصول المتعلقة بعقلة الأجور وإحالتها.

وإن أسباب إسناد هذا الاختصاص المطلق لقاضي الناحية هو تحقيق السرعة في إجراء العقلة على الأجر ضمنا لحقوق المدعى خاصة إذا ما تعلق الأمر بأمور متأكدة وذات صبغة معاشية كاستخلاص معين النفقة للزوجة والأبناء القصر.

الفقرة الثانية - الاختصاص القيمي للمحاكم :

تعتبر قيمة الدعوى معيارا محددًا للاختصاص الحكمي للمحاكم المدنية التي وزع عليها النظر في دعاوى ذات نفس الطبيعة، ولقد أخذ المشرع التونسي بهذا المعيار ونص الفصل 39 من م.م.ت. أنه «ينظر قاضي الناحية ابتداءً في الدعوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول ومطالب أداء الديون التجارية إلى نهاية سبعة آلاف دينار». ويخلص من الفصل المذكور أن قاضي الناحية يختص بالنظر في الدعاوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول ومطالب أداء الديون التجارية التي لا تتجاوز قيمتها سبعة آلاف دينار، ولقد خص المشرع كيفية تقدير قيمة الدعوى بعدد من الفصول وخاصة من 21 إلى 29 ويتعين التعرض إلى هذه المسألة في ثلاث نقاط لتحديد الدعوى المقدره والدعوى غير المقدره وأثر الدعوى المعارضة وقيمتها على الدعوى الأصلية.

أ - الدعوى المقدره :

اقتضى الفصل 21 من م.م.ت. أن «مرجع النظر في القضايا يتحرر بمقتضى طبيعة الدعوى ومقدار المال المطلوب فيها. والعبرة في ذلك بالطلبات الأخيرة وذلك كله ما لم يظهر للمحكمة أن الطالب تعمد الزيادة أو التنقيص للتأثير على

قواعد الاختصاص وفي هذه الصورة يجوز للمحكمة أن ترد القيمة إلى نصابها وتفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى».

ويخلص من الفصل المذكور أن المدعي هو الذي يقدر قيمة الدعوى وفق ما يقدم من طلبات، لكن الطلبات يمكن أن تكون أصلية وكذلك احتياطية فأى الطلبات تأخذ بعين الاعتبار. كما أن المدعي بإمكانه تعديل طلباته إلا أن العبرة بالطلبات الأخيرة. كما يعتمد المدعي إلى إخفاء القيمة الحقيقية، إلا أن العبرة بالقيمة الحقيقية ضرورة أن الاختصاص يهم النظام العام وتمارس المحكمة رقابتها على الطلبات. كل هذه المسائل ستكون محل دراسة تدريجية.

1 - تقديرات المدعي :

إن المدعي هو الذي يبادر بافتتاح الدعوى بموجب العريضة التي يبلغها لخصمه بواسطة عدل تنفيذ ويضمنها طلباته لاستصدار حكم يمكنه من الحصول على حقه⁽¹⁾ وأن المحكمة من جعل المدعي هو الذي يقدر قيمة دعواه منعا لتحكم القاضي من جهة ومن أخرى تفاديا لحالات التنازع السلبي ضرورة أن المحكمة يمكن أن تقدر الدعوى بما يخرجها عن مرجع نظرها.

فالمحكمة تقرر اختصاصها على أساس الطلبات، وهذا الأمر يقع النظر فيه ومراقبته قبل المرور إلى البت في الأصل، إلا أن الطلبات قد تكون أصلية أو احتياطية وتعين معرفة الطلب الذي على المحكمة اعتماده لتقدير اختصاصها.

لم يبت المشرع التونسي في هذه المسألة بصفة صريحة، كما أن آراء الفقهاء قد اختلفت وتعددت، ويذهب شق إلى القول أن العبرة بالطلب الأصلي بقطع النظر عن الطلب الاحتياطي⁽²⁾ ويعارضهم في ذلك شق ثان معتبرا أن أكبر الطرفين هو الواجب الاعتماد لتحديد الاختصاص⁽³⁾.

من أبدى طلبين فهو يود الحكم له بأحدهما، فإذا كان أحد الطرفين أكبر قيمة من الآخر فلا بد من اعتبار الأكبر قيمة.

وبالإضافة إلى ذلك أنه بإمكان المدعي تحوير طلباته أثناء سير القضية ضرورة أن المشرع خول للمتقاضين تغيير طلباته إلى صرف القضية للمرافعة ولذلك فإنه من الوجيه اعتماد الطلبات الأخيرة التي يعتبرها المدعي ممثلة للقيمة الحقيقية لدعواه وهو ما أقره المشرع بالفقرة الثالثة من الفصل 21 من م.م.م.ت. صراحة. غير أن التقديرات المقدمة من المدعي قد لا تكون مطابقة للحقيقة ضرورة أنه بإمكانه

(1) أحمد أبو الوفاء : «قانون المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 197 .

(2) محمد كمال عبد العزيز : «قانون المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 76 .

(3) أحمد أبو الوفاء - المرجع السابق - ص 199 .

الزيادة في القيمة لإخراج النزاع من أنظار قاضي الناحية وتنظر في دعواه تركيبة ثلاثية مع العلم أن الاختصاص يهيم النظام العام، فهل بإمكان المحكمة مراقبة تقديرات المتقاضين وردها إلى قيمتها الحقيقية؟

لقد تطرق المشرع لهذا الإشكال، واقتضى الفصل 21 من م.م.م.ت. في فقرته الأخيرة أنه «العبرة بالطلبات الأخيرة وذلك كله ما لم يظهر للمحكمة أن الطالب تعمد الزيادة أو التنقيص بقصد التأثير على قواعد الاختصاص وفي هذه الصورة يجوز للمحكمة أن ترد القيمة إلى نصابها وتفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى» وتقدير الدعوى بكل الوسائل كأن تعين المحكمة خبيراً للبحث وراء القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى أو الاستناد على ما أضيف للملف من مؤيدات أو معطيات واقعية.

2 - الاستثناءات من اعتماد تقدير المدعي :

إن المشرع انتهج قاعدة عامة لتقدير قيمة الدعوى وهي طلبات المدعي، غير أن هذه القاعدة عرفت العديد من الاستثناءات وتدخل المشرع مباشرة لتحديد القواعد المعتمدة لتقدير قيمة الدعوى وستتناولها بالدرس واحدة واحدة.

* المبلغ المطلوب جزء من دين :

اقتضى الفصل 24 من م.م.م.ت. أنه «إذا كان المبلغ المطلوب من مشمولات دين أوفر منه حل أجله فإن الاعتماد يكون على الدين الأوفر مقدارا في تعيين مرجع النظر ودرجة الحكم».

ولقد أتاحت الفرصة لفقه القضاء بأن يصدر أحكاما مفسرة لهذا الفصل واعتبرت محكمة التعقيب أنه لتطبيق القاعدة يجب أن لا يكون قد تم الخلاص في جزء من الدين الأوفر وإلا اعتد بالجزء المتبقي.⁽¹⁾

كما أنه للاعتداد بالدين الأوفر مقدارا لا بد أن يكون قد حل أجله وأصبح قابلا للخلاص ضرورة أن الفصل 25 من م.م.م.ت. أوجب أن يكون لموضوع الدعوى أجل سابق عن رفعها، إلا أنه من الضروري التمييز بين أصل الدين وسند الدين، ومثال ذلك، إذا كان موضوع الدعوى ديناً موثقاً بكمبيالة له تم خلاص جزء منها واضطر الحامل للقيام قضائياً على المسحوب عليه وجبره على أداء الباقي فإن تحديد مرجع النظر يكون بالاعتماد على الجزء الذي لم يقع خلاصه.

(1) القرار التعقيبي عدد 1971 المؤرخ في 17 مارس 1977 - نشرية محكمة التعقيب 1977

- ص. 91.

- القرار التعقيبي عدد 26258 الصادر في 28/11/2003 نشرية - محكمة التعقيب 2003.

* توابع الدعوى :

اقتضى الفصل 25 من م.م.م.ت. أن «الغلة والبقايا وغرامات الضرر والمصاريف وغيرها من الأمور التابعة لها لا تضاف لأصل المبلغ المطلوب لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم إلا إذا كان لها أصل سابق عن الدعوى».

ويخلص من الفصل المذكور أن المشرع ذكر أمثلة للملحقات والتوابع على سبيل الذكر لا الحصر ويبقى الباب مفتوحاً لفقهاء القضاء للاجتهاد شريطة تعليل الحكم تعليلاً مستساغاً ومنطقياً ومعقولاً، ولقد أتاحت الفرصة للمحاكم للتطرق لمسألة التوابع واعتبرت محكمة التعقيب أن غرامات الضرر عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة الناجمة عن القيام بالدعوى لا تضاف لأصل المبلغ المطلوب لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم⁽¹⁾ وأن المراد بالأصل السابق عن الدعوى هو أن يكون تاريخ استحقاق التوابع سابقاً عن تاريخ رفع الدعوى الذي ينطلق من يوم تبليغ عريضة الدعوى إلى المدعي عليه وهو التاريخ المعبر لقيام الخصومة ضرورة أن مبدأ المواجهة يقتضي علم الخصم بطلبات المدعي.

وفي هذا الإطار يجدر التطرق إلى مسألة الفوائد القانونية باعتبارها إحدى ملحقات الدعوى واختلفت حولها الآراء، على أن المدعي عادة ما يضمن ضمن طلباته نوعين من الفوائد، ففوائد اتفاقية ناتجة عن القرض بفائدة وفوائد تأخيرية ناتجة عن التأخير في الأداء، واعتبر الفصل 278 من المجلة المدنية الفوائد تعويضاً عن الضرر اللاحق للدائن من جراء مماطلة المدين ونص على ذلك صراحة بالقول أنه «في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فإن غرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفوائد الذي عينه القانون».

وبالتالي فإن هذه الفوائد لا يعتد بها أحد إلا إذا قضت بها المحكمة ولا ينعقد استحقاقها إلا بصدور الحكم في الدعوى ولو أن احتسابها قد يعود إلى تاريخ سابق عن القيام وهو تاريخ الإنذار بالدفع، وفي غيابه أن هذه الفوائد تحسب من تاريخ القيام أي من تبليغ الاستدعاء للجلسة الأولى من القضية. أما بخصوص الفوائد الاتفاقية المتعلقة بقرض والتي تنظمها الفصول من 1095 إلى 1103 من المجلة المدنية فإن الأمر مختلف بخصوصها وتستحق من تاريخ إسنادها، ولقد جرى عمل البنوك على توثيقها في كمبيالات وبذلك يتضح أن لها أصلاً سابقاً عن رفع الدعوى وتؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد قيمة الدعوى.

(1) قرار تعقيبي عدد 1871 المؤرخ في 17 مارس 1977 - نشرية محكمة التعقيب لسنة 1977 - ص. 91.

- القرار التعقيبي عدد 14871 الصادر في 14/1/2008 - محكمة التعقيب 2008.

* اشتمال الدعوى على عدة فروع :

قد يحدث أن يتقدم المدعي بعدة طلبات أصلية، فهل تأخذها المحكمة كلها لتقدير قيمة الدعوى أو يأخذ كل طلب على حدة ؟

اقتضى الفصل 26 من م.م.م.ت. في هذا الصدد أنه «إذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإن تلك الفروع تضاف لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم. وإذا كانت الفروع ناتجة عن أسباب متباينة فإن كل واحد منهما يحكم فيه بانفراده ابتدائياً أو نهائياً بحسب قيمته الحقيقية».

ويستخلص من الفصل المذكور أن تقدير قيمة الدعوى خاضع لسببها فإن كان واحداً اعتبرت القيمة المطلوبة، أما إذا تعددت الأسباب فإن كل قيمة تعتبر على انفرادها.

وسبب الدعوى ولئن لم يتم تعريفه من المشرع فإن فقه القضاء قام به ومن ذلك القرار التعقيبي⁽¹⁾ الذي ورد بإحدى حيثياته أن «المقصود بالسبب هو الواقعة التي نشأ عنها الالتزام أو تولد عنها الحق الذي يستند إليه المدعي في طلبه كالعقد وشبه العقد والجنحة وشبهها أو نص القانون».

وأمثلة الطلبات ذات الأسباب المتعددة كثيرة ومنها أن ترفع الدعوى للمطالبة بمبلغين في ذمة المدعي عليه أحدهما بمقتضى عقد بيع والثاني بموجب عقد قرض. في هذه الحالة كل طلب يقدر على حدة لا بمجموع المبلغين.

أما الإشكال التي طرح بين محاكم الموضوع ومحكمة التعقيب فتعلق بالطلبات المتعددة وأن أحدهما خارج عن أنظار المحكمة المتعدهة بالقضية ومثال ذلك طلب إبطال تنبيه تجاري والمطالبة بغرامة حرمان، واعتبرت محاكم الأصل أن سبب إبطال التنبيه هو العقد الذي يجمع بين المالك والمتسوغ، في حين أن غرامة الحرمان سببها القانون المتعلق بالملكية التجارية المؤرخ في 25 ماي 1977 ويكون الفصل 26 من م.م.م.ت. هو المنطبق ورتبت على ذلك أن النظر في أبطال التنبيه الذي يقدر على أساس الكراء السنوي عملاً بأحكام الفصل 23 من م.م.م.ت. يكون من أنظار قاضي الناحية إذا كان مقداره داخلاً في اختصاصه في حين أن النظر في غرامة الحرمان يكون من أنظار المحكمة الابتدائية إذا فاقت قيمتها سبعة آلاف دينار. إلا أن محكمة التعقيب بدوئرها المجتمعة رأَت خلاف ذلك واعتبرت انه «إذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإن تلك الفروع تضاف لتحديد مرجع النظر ودرجة الحكم وإن عبارة الفصل 25 من م.م.م.ت. جاءت عامة ومطلقة والمطلق يؤخذ

(1) القرار عدد 17278 الصادر في 27 نوفمبر 1987 - نشرية مجلة محكمة التعقيب لسنة 1987.

على إطلاقه تطبيقاً للفصل 533 م.أ.ع. وأن غرامة الحرمان ولأثرها غير عقد الإيجار الذي يبقى نافذاً بين الطرفين حتى سداد غرامة الحرمان المنظمة بالقانون المتعلق بالملكية التجارية المؤرخ في 25 ماي 1977»⁽¹⁾.

إن الموقف الذي انتهجته محكمة التعقيب بدواثرها المجتمعة في غير طريقه ضرورة أن طلب إبطال التنبية وطلب غرامة الحرمان لهما سببان مختلفان فالأول سببه العقد والثاني سببه القانون وكل طلب يحكم فيه بانفراده عملاً بأحكام الفصل 26 من م.م.ت.، وبالتالي إن طلب إبطال التنبية يكون من اختصاص قاضي الناحية إذا كانت قيمته أقل من سبعة آلاف دينار، غير أن حسن سير القضاء يقتضي أن تنظر المحكمة الابتدائية في القضية إذا كانت متعهدتها وأبدى المدعي طلبين أولهما يتمثل في إبطال التنبية وقيمتها أقل من سبعة آلاف دينار وثانيهما غرامة حرمان قيمتها ثلاثون ألف دينار لأن المبادئ العامة لقانون المرافعات تقتضي أن الدعاوى المرتبطة تنظر فيها المحكمة المتعهدتها ولئن كان أحد الفروع خارجاً عن أنظارها. والارتباط بين دعويين هو الصلة الوثيقة بينهما التي تجعل من المصلحة جمعهما أمام محكمة واحدة للفصل فيها معاً من تضارب الأحكام ويترك تقدير صلة الارتباط للقاضي بحسب ظروف القضية دون أن يخضع تقديره لرقابة محكمة القانون.⁽²⁾ وهو ما قضت به محكمة الاستئناف بتونس معتبرة أن المحكمة الابتدائية المختصة بالنظر في طلب إبطال التنبية الذي تقل قيمة الكراء السنوي فيه لسبعة آلاف دينار وطلب غرامة الحرمان التي فاقت الثلاثين ألف ديناراً وذلك لارتباط الدعويين وضرورة الفصل فيهما بحكم واحد معاً لتضارب الأحكام.⁽³⁾

* تعدد الخصوم في الدعوى :

يمكن لعدة أشخاص ذوي مصالح متباينة القيام ضد شخص أو عدة أشخاص وهو ما اقتضاه الفصل 27 من م.م.ت. الذي نص على أن «الدعوى الواقع القيام بها من أشخاص متعددين أيضاً ذوي مصالح متباينة ينظر فيها فيما مقداره درجة الحكم لا بمجموعها ولكن بالنظر لمصلحة كل بانفراده».

ويخلص من الفصل المذكور أنه وأن تعدد الخصوم فأن تحديد مرجع النظر يكون على أساس الفصل 26 من م.م.ت. أي أن العبرة بوحدة السبب، فإذا كان للطلبات سبب واحد فإن مجموع الطلبات هو الذي يحدد قيمة الدعوى وتبعاً لذلك

(1) القرار عدد 17278 الصادر في 27 نوفمبر 1987 - نشرية مجلة محكمة التعقيب لسنة 1987.

(2) أحمد أبو الوفاء: «المرافعات المدنية والتجارية» - الإسكندرية 1990 - ص. 438.

(3) القرار الاستئنافي عدد 11823 المؤرخ في 13/7/1995 - غير منشور.

اختصاص المحكمة الواقع القيام لديها، أما إذا اختلفت الأسباب فكل طلب يؤخذ بمفرده لتحديد الاختصاص⁽¹⁾.

ب - الدعوى غير المقدرة :

يقدم المدعي صلب عريضة افتتاح الدعوى طلباته دون أن يقدرها، غير أن هذه الطلبات يمكن أن تكون قابلة للتقدير فتقوم المحكمة بذلك وفق قواعد قررها القانون (1) أو تكون الطلبات غير قابلة للتقدير (2).

1 - التقدير القضائي :

اقتضى الفصل 23 من م.م.م.ت. في فقرته الأولى والثانية انه «إذا كانت قيمة الشيء غير معينة ولكن ممكن تعيينها فالمحكمة المتعهددة تعيينها حسبما يقتضيه اجتهادها المطلق وذلك باعتمادها على قيمة ذلك الشيء يوم رفع الدعوى، وللمحكمة أيضا إذا وقع نزاع أن تأذن بإثبات تلك القيمة أن وقع طلب ذلك منها أو تأمر أصالة منها بتقديرها بواسطة أهل المعرفة».

ويستخلص من فقرتي الفصل المذكور انه بإمكان المحكمة تقدير قيمة الدعوى بنفسها وذلك بالاعتماد على العناصر المادية والواقعية المذكورة بالملف كان يتعلق الأمر ببيع قطعة من الأرض وذكرت المساحة وثمان المتر المربع، ولقد تطرقت محكمة التعقيب لهذه المسألة وجاء بإحدى حيثيات أحد قراراتها انه «وحيث لا جدال أن العقد جاء ضابطا لقيس أضلاع القطعة الموعود ببيعها للطاعن ولثمان المتر المربع من مساحتها مما يكون به جاريا لعناصر تقدير قيمة الدعوى ومرجع النظر الحكمي وفقا لأحكام الفصل 21 من م.م.م.ت.⁽²⁾».

لكن الإشكال يبقى مطروحا ضرورة أن التقدير يكون يوم رفع الدعوى، وبذلك حتى عند ذكر ثمن المتر المربع الواحد فإنه من الضروري الأخذ بعين الاعتبار تقلب الأسعار وهو ما أكدته محكمة التعقيب في قرار آخر وجاء بإحدى حيثياته انه «وحيث تبين من القرار المطعون فيه انه اعتمد في ضبطه لمرجع النظر الحكمي على قيمة العقار في تاريخ شرائه في حين أن الطاعن ينازع في تلك القيمة لتغير الأسعار ويطلب تقدير القيمة بواسطة أهل الخبرة، وحيث أن محكمة القرار لما اعتمدت في قضائها قيمة العقار وقت شرائه ولم تحقق في تقدير قيمته وقت رفع الدعوى بواسطة

(1) قرار الدوائر المجتمعة رقم 53098 الصادر في 31/10/2013 - نشرية محكمة التعقيب 2013.

(2) القرار التعقيبي عدد 5916 الصادر في 10 مارس 1993 - نشرية محكمة التعقيب لسنة 1993.

- القرار التعقيبي رقم 2031 الصادر في 21/9/2004 - نشرية محكمة التعقيب 2004.

أهل الخبرة ليتبين لها على ضوء ذلك هل أنها صاحبة النظر الحكمي أم لا تكون قد جانبت الصواب ولم تحسن تطبيق أحكام الفصل 23 من م.م.ت. (12)

وإذا تعذر على المحكمة تقدير قيمة الدعوى فيمكنها من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير لتقدير قيمة الدعوى، ألا أن رأي الخبير لا يقيد المحكمة عملاً بأحكام الفصل 112 من م.م.ت. ويمكنها عدم اعتماد ما انتهى إليه الخبير وتعديله على أساس الوقائع المتاحة لها والمذكورة بتقرير الخبير المادية والواقعية وهو ما تؤكد محكمة التعقيب بإحدى قراراتها الذي تضمن بأحد الحثيات «... أن اعتماد تقرير الاختبار فيما أثبتته من العناصر الواقعية من موقع المحل ومساحته ومرافقه ومقارنته بالمحلات المجاورة لا يتعارض مع حق الملكية طالما أن المحكمة حرة في التقدير وليست مقيدة برأي الخبير فيه ولها الأخذ بما أثبتته من العناصر الواقعية وعدم مجاراته في التقدير المبني على هذه العناصر...» (23)

وبالإضافة إلى الفقرتين المذكورتين فأن الفصل 23 فقرته الثالثة اقتضى انه «إذا كان الأمر في كراء لا نزاع فيه فأن قيمة الشيء المتنازع فيه تحرر بمقدار الكراء السنوي». وبذلك أن المحكمة هي التي تقدر قيمة الدعوى بإجراء عملية حسابية بسيطة وذلك بضرب معين الكراء الشهري في عدد أشهر السنة، كل ذلك ما لم يوجد نزاع في العلاقة التسويغية. كما أن الفقرة الثالثة من الفصل 23 اقتضت انه «إذا كان الأمر في كراء لا نزاع فيه فأن قيمة الشيء المتنازع فيه تحرر بمقدار الكراء السنوي». ويخلص من الفقرة السالفة الذكر انه إذا تعلق الأمر بفسخ عقد كراء أو أبطال تنبيه في كراء تجاري فأن المعيار لتحديد الاختصاص الحكمي هو معين الكراء السنوي إذا كان العقد غير متنازع في شأنه، أما إذا نازع المطلوب في صفة المتسوغ فأن هذا المعيار لا يكون عاملاً وهو ما أكدته محكمة التعقيب في أحد قراراتها وجاء به أنه «... وحيث أن المعقب عليه كان تمسك بمرجع النظر الحكمي ونزاع في صفة المتسوغ الأمر الذي يجعل الدعوى في كراء متنازع فيه وبذلك تصبح محكمة الناحية غير مختصة بالنظر...» (3).

(1) قرار تعقيبي عدد 10951 الصادر في 29 جانفي 1985 - مجلة القضاء والتشريع لشهر جوان 1986 - ص. 102.

(2) قرار تعقيبي عدد 32331 الصادر في 22 ماي 1985 - مجلة القضاء والتشريع عدد 10 - 1986.

(3) القرار التعقيبي عدد 14164 الصادر في 17 أكتوبر 1985 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1985 - الجزء الثاني - ص. 133.

2 - الطلبات غير القابلة للتقدير :

اقتضى الفصل 22 من م.م.ت. انه «إذا كانت قيمة الشيء المتنازع فيه لا يمكن تعيينها فالمحكمة الابتدائية يمكنها وحدها النظر في الدعوى والحكم فيها يكون إبتدائياً».

ويخلص من الفصل المذكور أن الدعاوى غير القابلة للتقدير بالنظر إلى طبيعتها كأن تكون غير مقدرة بمال ولا تقبل التداول كالدعاوى المتعلقة بالحقوق الشخصية والعائلية والدعاوى المتعلقة بالحالة الشخصية والطلاق.⁽¹⁾ كما تكون الطلبات غير ممكنة التقدير مادياً وقانونياً كدعاوى التفليس أو المطالبة بإلزام المطلوب بالقيام بعمل.

وأن هذا الإشكال تعرضت له محكمة التعقيب واستقر رأيها على عدم قابلية بعض الدعاوى للتقدير وأخرجت بعض الدعاوى من التي غير قابلة للتقدير وتأرجح رأيها في شأن بعض الدعاوى.

وأن الدعاوى المعتبرة غير قابلة للتقدير هي الدعاوى العينية العقارية ومحكمة التعقيب مستقرة على هذا الرأي وصدر في شأنه قرار من الدوائر المجتمعة جاء به «وحيث جرى عمل المحاكم من عقدين على اعتبار الدعاوى الاستحقاقية غير مقدرة تنظر فيها المحكمة الابتدائية إبتدائياً دائماً حتى في العهد الذي كانت فيها أحكامها تصدر إبتدائياً أو نهائياً حسب قيمة الدعوى ولذلك جرى عمل محكمة التعقيب الآن على أنه نظراً للطبيعة الخاصة للدعاوى الاستحقاقية فهي خارجة عن اختصاص الحاكم الفردي الذي حدد الفصل 40 من م.م.ت. اختصاصه في الدعاوى القابلة للتقدير».⁽²⁾ كما أن موقف محكمة التعقيب تغير بخصوص الدعاوى التي كانت تعتبر غير قابلة للتقدير وأصبحت قابلة لذلك وهي الدعاوى الرامية إلى أبطال أو فسخ العقود ضرورة أن المحاكم كانت تعتبر هذه الدعاوى غير قابلة للتقدير باعتبار أن موضوعها الفسخ أو الإبطال.

أما حالياً فهي معتبرة من الدعاوى القابلة للتقدير حسب ما استقر عليه فقه قضاء محكمة التعقيب التي ورد بإحدى حيثيات الحكم الصادر عنها انه «وحيث أن تقدير الدعوى يقع اعتماداً على القيمة المالية لموضوع العقد، ولا وجه للتفكيك بين

(1) فلاسون وتيسيبي : «الوسط في شرح قانون المرافعات المدنية» - الجزء الأول - ص. 302.

(2) القرار عدد 11429 الصادر في 13/12/1995 عن الدوائر المجتمعة - نشرية محكمة التعقيب 1995 - ص. 245.

قيمة المتعاقد عليه وطلب فسخ العقد ما دام مفعول الفسخ يسلب عليه مباشرة»⁽¹⁾ وهذا التمشي زادت محكمة التعقيب في تأكيده بدوائرها المجتمعة وورد بإحدى حيثيات قرارها انه «اصبح من المتفق عليه فقها وقضاء أن مرجع النظر الحكمي في دعاوى البطلان أو الفسخ إنما يتحدد على ضوء أهميتها المالية لا بالنظر إلى العنصر الاعتباري للفسخ أو البطلان حسبما استقر عليه اجتهاد هذه المحكمة في العديد من القرارات ومن بينها القرارات عدد 978 و636 و264 والصادرة تباعا في 19 أوت 1961 و24 أكتوبر 1978 وفي 5 سبتمبر 1978».⁽²⁾

وهناك نوع ثالث من الدعاوى لم يستقر رأي محكمة التعقيب حول اعتبارها قابلة للتقدير من عدمه وهي التي موضوعها رفع مضرّة، ضرورة أن الضرر يمكنه أن يقدر بمال إذا أصاب البدن أو الممتلكات ويمكن أن يكون حسيا ودفعه لا يكون بالتعويض عنه بل برفعه، وهذا التمشي أقرته محكمة التعقيب بإحدى قراراتها عندما أكدت أن «الطاعنين مالكين لدار ملاصقة لمخبزة المعقب ضده وقد تضرروا من الضجيج والحرارة التي تترتب عن أشغال هذه المخبزة وطالبوا بتوقيف الأشغال... وحيث انه في قضية الحال لا مجال للتردد في كون الدعوى هنا تهدف صراحة إلى رفع مضرّة على معني أحكام الفصل 99 من المجلة المدنية، وهذه المضرّة قد تكون غير مقدرة وغير قابلة للتقدير بالمال وفي هذه الصورة تكون المحكمة الابتدائية صاحبة الاختصاص بالنظر وحدها وحكمها لا يكون إلا ابتدائيا حسب أحكام الفصل 22 من م.م.ت.».⁽³⁾

ويتضح جليا أن هذه الدعاوى تكون مقدرة في بعض الحالات وغير ذلك في صورة أخرى بدليل استعمال لفظة «قد» من طرف المحكمة وأن الأمر موكول لاجتهاد المحكمة لتحديد اختصاصها من عدمه حسب طبيعة الوقائع المادية المعروضة عليها.

(1) القرار عدد 11429 الصادر في 24 أكتوبر 1978 - نشرية محكمة التعقيب 1978 الجزء الثاني - ص.116.

(2) قرار عدد 3031 الصادر عن الدوائر المجتمعة في 14 جانفي 1992 - ن.م.ت. 1982 - ص.126.

- القرار التعقيبي رقم 4403 الصادر في 1/2/2001 - نشرية محكمة التعقيب 2001.

(3) القرار التعقيبي عدد 570 المؤرخ في 2/11/1976 نشرية محكمة التعقيب 1976.

3 - آثار الدعوى المعارضة على تقدير قيمة الدعوى :

اقتضى الفصل 28 من م.م.ت. أن «دعوى المعارضة هي التي يقوم بها المطلوب للدفاع عن نفسه في دعوى موجهة عليه بقصد معارضة الطالب بما يطلبه منه أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطلب غرم في مقابل الضرر المتسبب عن القضية». ويخلص من الفصل المذكور أن المطلوب بإمكانه رد الدعوى الأصلية وتقديم طلبات، وهذه الطلبات لا يتم ضم قيمتها إلى قيمة الدعوى الأصلية، إلا أنه إذا كانت قيمة الدعوى المعارضة متجاوزة لاختصاص قاضي الناحية فإنه يكون غير مختص للنظر في الدعويين ويقضي بعدم اختصاصه باستثناء صورة واحدة وهي إذا كانت الغاية من الدعوى المعارضة المطالبة بغرم ما نشأ عن الدعوى الأصلية من ضرر كمصاريف التقاضي وأجرة المحاماة وغرامة القيام تعسفيا. ففي هذه الحالة يكون قاضي الناحية مختصا بالنظر في دعوى المعارضة ولو فاق نصابها ما ينظر فيه قانونيا.

المبحث الثالث - الاختصاص الترابي للمحاكم :

إن قواعد الاختصاص الترابي تهدف في جملتها تمكين القضاء من أداء رسالته على اكمل وجه، وهذه القواعد تقتضي التيسير على المتقاضين وتمكين كل متقاضٍ من أن يجد محكمة قريبة منه ويلج إليها دون عناء وبأقل ما يمكن من الكلفة، ولذلك فإن قواعد الاختصاص الترابي لا تهتم النظام العام ويجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، غير أن المشرع في حالات استثنائية ولعدة اعتبارات تتعلق بالنظام العام جعل الاختصاص الترابي في دعاوى معينة لمحكمة معينة بالذات من المحاكم، وعلى ذلك فإنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة تلك القواعد.

أن الدفع بعدم الاختصاص الترابي يجب أثارته قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أي قبل الخوض في الأصل ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، إلا أن هذا المفهوم التقليدي ما انفك بعض الفقهاء يشككون فيه باعتبار أن التقسيم الترابي بين المحاكم التي لها نفس الاختصاص الحكمي لا يخلو من تأثير على حسن سير القضاء، وهذا التحليل يؤدي بالضرورة إلى اضمحلال نظرية الاختصاص الترابي مما يحتم التطرق إلى ميدان قاعدة مقر المطلوب وخيار المدعي في بعض الحالات في فقرة أولى ثم إلى الاستثناءات الواردة على القاعدة في فقرة ثانية ثم وأخيرا إلى الآثار المترتبة عن الطبيعة القانونية للاختصاص الترابي ونظامه القانوني في فقرة ثالثة.

الفقرة الأولى - ميدان قاعدة مقر المطلوب وخيار المدعي:

إن قواعد الاختصاص الترابي تهم مصلحة الخصوم وينبغي البحث عن المحكمة المختصة ترابيا من بين المحاكم المختصة حكما، وتقضى القاعدة التقليدية اختصاص المحكمة التي بدائرتها مقر المطلوب ضرورة أن المحكمة المختصة ترابيا لا تأثير له على أصل النزاع باعتبار أنه من العدل اختيار المحكمة الأقرب للمطلوب لتمكينه من الدفاع عن نفسه دون عناء لأنه بريء الذمة إلى أن يثبت خلاف ذلك وهو ما اقتضاه الفصل 30 من م.م.م.ت، وهذا المنحى، وقبل التطرق إلى الاستثناءات الواردة على القاعدة وجب بيان منطوقه ضرورة أن الفصل 30 من م.م.م.ت. وضع المبدأ وهو مقاضاة المطلوب بمقره ألا أن هذا المبدأ عرف تقيده مما يدل أن الهدف ليس تحاشي تنقل المطلوب بقدر ما هو حسن سير القضاء بأن يؤخذ بعين الاعتبار الوضعية الاقتصادية وإقرار العدالة في النزاع وأكثر من ذلك وحتى في صورة عدم استثناء للقاعدة العامة من طرف المشرع فإن دراسة موضوعية للقاعدة تظهر أنه طرأت عليها بعض التعديلات التي انقصت من أهميتها. إن التعديلات الواردة على القاعدة العامة قد ينهض أساسها المتمثل في أن المدعي الذي يبادر بالقيام ولا شيء يثبت مبدئيا أن طلبه مدعم فمن المنطق أن يقوم أمام المحكمة التي بدائرتها مقر المطلوب، غير أن هذا الأساس تفننه الوقائع التي يدور حولها النزاع ومثال ذلك النزاعات التشغيلية التي يكون العامل في أغلبها طالبا ضرورة أن المؤجر هو الذي يبادر بالطرد ويرد العامل الفعل بالقيام لدى المحكمة ولا بد من تسهيل الأمر له لقلته ما بيده والأمر كذلك بالنسبة للأطراف الضعيفة في العقود كالمؤمنين في عقود التأمين ومستحقي النفقة والمتضررين من حوادث المرور. والمشرع التونسي لم يبق غير مبال إزاء هذه النوعية من القضايا وسن بموجب الفصل 36 م.م.م.ت. اختيارا للمدعي بأن يقوم أمام المحكمة التي يقطن بدائرتها أو المحكمة التي بها مقر المطلوب وذلك في حالات مذكورة على وجه الحصر وستتطرق إليها واحدة واحدة.

1 - الدعاوى في المادة العقدية :

أن الفصل 36 من م.م.م.ت. يخول الخيار للمدعي في رفع دعواه لدى المحكمة التي بها مقر المطلوب أو المحكمة التي بدائرتها نفذ العقد وبرز هذه العقود عقد التأمين البري وكذلك عقد الشغل، ألا أن الصعوبة تكمن في تأويل أحكام هذه الفقرة وهل أن الخيار يسري في كل الحالات؟ لم يتعرض فقه القضاء التونسي لمثل هذه الحالات، في حين أن فقه القضاء الفرنسي اعتبر أن الدعوى المؤسسة على

عقد تم فسخه لا تسمح بالخيار للمدعي⁽¹⁾ وكذلك الأمر إذا كان العقد محل نزاع جدي⁽²⁾ أساس هذا الموقف هو أن يكون العقد المستند عليه صحيحاً، ألا أن هذا الرأي تم انتقاده من قبل الفقه، ذلك أن المحكمة حين تنظر في اختصاصها ما زالت في الجانب الشكلي من النزاع وحتى يمكنها النظر في صحة العقد فلا بد أن تمر إلى الأصل وذلك اعتراف باختصاصها رغم الحكم بعدم اختصاصها على أساس العقد الباطل. وبالإضافة إلى ذلك أن مكان تنفيذ العقد يوجب التردد في التأويل ضرورة أن العقود الملزمة لجانبين تستدعي تنفيذ التزامين في مكانين مختلفين، ولقد بين المشرع الفرنسي بالفصل 46 من مجلة المرافعات المدنية أن المقصود بمكان تنفيذ العقد هو مكان التسليم الفعلي لموضوع العقد وبإمكان المشرع التونسي تبني هذا الحل.

2 - الضرر الناتج عن جنحة أو شبه جنحة :

لقد خول الفصل 36 من م.م.م.ت. للمدعى المتضرر من جنحة أو شبهها القيام لدى المحكمة التي بدأرتها تم الفعل الضار، ألا أن الإشكال يكمن في تحديد المكان الذي نشأ فيه الفعل الضار؟ فهل هو المكان التي نشأت فيه المسؤولية أو المكان الذي نشأ به الضرر؟ يبدو أن الحل الثاني اقرب إلى ميدان المسؤولية المدنية. كما أن المشرع منح المتضرر من جنحة القيام أمام المحكمة التي أوقف بها المظنون فيه.

3 - دعاوى استحقاق المنقول :

خول الفصل 36 من م.م.م.ت. في فقرته الثانية للمدعي القائم في استحقاق منقول القيام أمام المحكمة التي يقطن بدأرتها المطلوب أو المحكمة التي يوجد بدأرتها الشيء موضوع النزاع، ودعاوى استحقاق المنقول هي التي خولها المشرع للمطالبة بالاستحقاق رغم القرينة المنصوص عليها بالفصل 53 من مجلة الحقوق العينية الذي اقتضى أن الحائز هو المالك ألا أن هذا الأخير ملزم بإثبات أن الحائز يمسك الشيء بصورة غير شرعية ومثال ذلك المطالبة بالشيء المسروق والمحكمة المختصة هي التي يوجد بدأرتها المنقول.

(1) تعقيب مدني فرنسي - 19 مارس 1940 - مجلة النص 1941 - 665.

(2) تعقيب مدني فرنسي - 19 جويلية 1975 - نشره محكمة تعقيب 564 - ص. 365.

4 - حامل سند الأمر أو الكمبيالة :

أن الدائن الموثق دينه بكمبيالة أو سند لأمر يمكنه المطالبة به إما أمام محكمة مقر المطلوب أو أمام المحكمة التي كان من الواجب أن يقع بدائرتها الأداء.

وأن أسباب تخويل هذا الخيار هي أن هذه الديون أساسها أوراق تجارية معتبرة مبدئياً قابلة للتداول⁽¹⁾ ولقد أيدت محكمة التعقيب هذا التمشي في العديد من القرارات نورد منها القرار الذي ورد بإحدى حيثياته ان «الفصل 36 من مجلة المرافعات مكن الطالب من الخيار في رفع دعواه في صورة الكمبيالة أو السند للأمر لدي المحكمة التي كان من الواجب أن يقع بدائرتها الأداء وهذا الاستثناء ينطبق سواء على رفع الدعوى أو طلب إجراء عقلة توقيفية تحت يد الغير»⁽²⁾.

وهذا الخيار لا يسري عند انتهاج طريق الأمر بالدفع باعتبار أن هذا الإجراء لا يحترم مبدأ المواجهة، وفي ذلك حد ادني من حماية المدين بأن يقع القيام أمام المحكمة التي بها مقره وهو ما اقتضاه الفصل 61 من م.م.م.ت. عندما نص انه «يخص بالنظر في الأمر بالدفع القاضي الذي يوجد بدائرتة المقر الأصلي أو المختار للمدين أو لأحدهم إذا تعددوا ما لم يقع الاتفاق على خلافه ولا يمكن إعطاء الأمر بالدفع إذا كان المدين مجهول المقر أو كان مقيماً خارج التراب التونسي».

5 - دعاوى النفقة :

خول الفصل 36 في فقرته الخامسة من م.م.م.ت. الخيار للدائن بان يقوم لدى المحكمة التي في دائرتها مقر مدينه أو لدى المحكمة التي يقيم فيها بنفسه ومؤدي ذلك وضعية طالب النفقة التي غالباً لا تسمح بتكبد مصاريف التنقل لمحكمة المدعى عليه وكذلك لصبغتها المعاشية المتأكدة.

ويتحدد نطاق تطبيق هذه المادة من ناحية الموضوع والأشخاص، فمن ناحية الموضوع انه يشمل الدعاوى الموضوعية التي يرفعها الأزواج والأقارب بطلب النفقة المقررة لهم قانوناً بمقتضى قانون الأحوال الشخصية كما يشمل دعاوى النفقة الوقتية التي يرفعها الدائن بطلب تقرير نفقة وقتية له، كما يشمل جميع الدعاوى التي يرفعها مستحق النفقة سواء بطلب تقريرها أو زيادتها. أما دعاوى إسقاط النفقة أو تخفيضها فلا ينطبق عليها هذا النص الذي شرع لتيسير على طالب النفقة الذي يعتبر محتاجاً.

(1) تعقيب مدني فرنسي - 19 مارس 1940 - مجلة النص 1941 - 665.

(2) قرار تعقيبي عدد 17896 المؤرخ في 5/11/1987 - نشرية محكمة التعقيب عدد 7 لعام 1987 - ص. 101.

- القرار التعقيبي رقم 9893 - الصادر في 21/1/1989 - نشرية محكمة التعقيب 1998.

الفقرة الثانية - الاستثناءات عن القاعدة العامة لحسن سير القضاء

أن قاعدة اختصاص المحكمة التي يقطن بدائرتها المطلوب لو طبق على إطلاقه لأفقد العديد من الدعاوى لجدواها، لذلك رأى المشرع شأنه شأن القوانين المقارنة إدراج استثناءات لملائمة قواعد الاختصاص الترابي مع الطبيعة الخاصة ببعض النزاعات، وهذه الاستثناءات تتعلق بالدعاوى العينية والمتعلقة بالتركات وبالإفلاس وكذلك دعاوى الضمان.

1 - الدعاوى العينية :

إن تطبيق قاعدة القيام على المطلوب بمقره تؤدي إلى تقسيم الدعاوى المتعلقة بحق عيني، ولقد تلافى المشرع هذه المساوي بأن أقر اختصاص المحكمة التي بدائرتها العقار ضرورة انه من الأحسن مركزة النزاع أمام محكمة واحدة، ولقد عدد المشرع صلب الفصل 38 من م.م.م.ت. متعلق هذه الدعاوى وهي الاستحقاقية التي تهدف إلى حماية حق الملكية أو حماية حق عيني حسبما ورد بالفصل 12 من مجلة الحقوق العينية الذي عرف حق الملكية والدعوى الهادفة إلى الحفاظ على رهن وهي التي تخول للدائن القيام للحفاظ على رهن موظف على العقار وكذلك الدعاوى الحوزية المذكورة بالفصل 51 من م.م.م.ت. والتي منحها المشرع لحائز العقار للمحافظة على حوزة أو لاسترجاعه أو لإيقاف الأشغال مع الملاحظة أن الدعوى الحوزية لا تكون كذلك إلا إذا كان الهدف منها حماية حقوق شخص على عقار أو حق عيني حائز له حيازة فعلية وقانونية أي حوزا خال من العيوب ومستوف لجميع الشروط طبق أحكام الفصل 45 من مجلة الحقوق العينية ويأتي الفصل 54 من م.م.م.ت. ليذكر بالشروط المذكورة سلفا بان اشترط أن يكون الحوز متواصلا وهادئا وبدون شغب غير أن بعض فصول المجلة المدنية تبعث بعض الشك وخاصة الفصلين 747 و748 اللذان يتحدثان عن حوز المسوغ بالكف عن كل فعل يحول دون التصرف في المكري ألا انه في الحقيقة لا تنتقل الملكية بالكراء ولا يسوغ للمتسوغ القيام بنفسه لكف شغب الغير ولا يمكن القيام ألا بالدعوى الشخصية لوضع حد لتشويش الغير وهذه الدعوى لا تنطبق عليها القاعدة القائلة باختصاص المحكمة التي بدائرتها العقار وبصفة عامة أن الدعاوى الشخصية المتعلقة بعقار لا تنصوي تحت طائلة القاعدة القائلة باختصاص المحكمة التي بدائرتها العقار باستثناء حالة واحدة وهي المتعلقة بالدعوى المقامة لجبر الأضرار اللاحقة بالعقار وهذا الاستثناء وجيه ضرورة أن تقدير الضرر يستوجب اختبارا عدليا وتوجها على العين عند الاقتضاء.

أما بالنسبة للدعاوى المختلطة فيمكن ضرب مثل بيع عقار فالمشتري الذي له حق عيني منذ تبادل الرضاء عملاً بأحكام الفصل 580 من المجلة المدنية وحق شخصي لانه دائن بالتزام التسليم، فإذا قام بدعوى لدى المحكمة بوصفه مالكا ودائنا تكون دعواه مختلطة لأنه يرمي إلى الاعتراف له بحق الملكية والزام البائع بتسليم العقار ولقد خول المشرع الفرنسي للمشتري الخيار بان يقوم أمام المحكمة التي بدائرتها العقار أو أمام المحكمة التي بها مقر المطلوب، وهذا المنحي غير وجيه ويكون المشرع التونسي قد وضع حلاً احسن عندما نص صلب الفصل 20 من م.م.م.ت. أن الدعاوى المختلطة هي بمثابة الدعاوى الشخصية إذا كان الحق العيني غير متنازعاً فيه، وبالتالي لو انتهجنا التأويل العكسي لتراءى لنا انه إذا كان الحق العيني متنازع فيه لا يمكن القياس على الدعوى الشخصية وتكون المحكمة المختصة هي التي بدائرتها العقار.

2 - الدعاوى المتعلقة بالتركات :

اقتضى الفصل 34 من م.م.م.ت. أن «الدعاوى المتعلقة بالتركة ترفع لدى المحكمة التي افتتحت بدائرتها التركة وإذا افتتحت التركة خارج التراب التونسي فترفع للمحكمة التي بدائرتها محل الاستغلال الأصلي». وهذا النص لم يعرف مفهوم «افتتاح التركة» في حين أن الفصل 110 من المجلة المدنية الفرنسية اعتبر التركة هو آخر مقر للمورث قبل وفاته، وأن مرد هذا الاختيار التشريعي هو مكان وجود الأموال الموروثة التي تركها المالك وكذلك الوثائق وسندات الملكية والعقود التي بحوزة المورث قبل موته والتي يفترض إنها موجودة في آخر مقر له مما يسهل عملية القسمة بين الورثة.

لكن ما هي الدعوى المتعلقة بالتركة ؟ لقد اعتبر الفقهاء إنها الدعاوى المقامة بين الورثة ومن دائني المورث على الورثة وكذلك الدعوى المتعلقة بتنفيذ هبة أو وصية، كل ذلك قبل إجراء القسمة وصيرورة الحكم القاضي بها باتاً، أما بعد القسمة فيقع الرجوع إلى القاعدة العامة أي مقر المطلوب.

3 - الدعاوى المتعلقة بالإفلاس :

اقتضى الفصل 35 من م.م.م.ت. أن «جميع الدعاوى المتعلقة بالفلس ترفع لدى المحكمة التي بدائرتها محل الاستغلال الأصلي». وسائر الفصل 446 من المجلة التجارية هذا التمشي ونص على انه «يتقرر التفليس بحكم من المحكمة التي بدائرتها المركز التجاري الرئيسي بعد سماع النيابة العمومية، وفيما إذا قررت عدة محاكم

في وقت واحد تفليس تاجر فإن الأحكام الصادرة بذلك تكون موجبة للتعديل بين المحاكم.

وبالتالي أن طلب الصلح البسيط يكون لدى المحكمة التي توجد بها المؤسسة الأهم وهو ما اقتضاه الفصل 413 و434 من المجلة التجارية وكذلك قضايا أبطال الصلح وهو ما اقتضته الفصول 443 و444 من نفس المجلة، وهذا الاتجاه انتهجه فقه القضاء ومن ذلك الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس والذي ورد صلبه ان «المحكمة المختصة بإعلان إفلاس إحدى الشركات هي المحكمة التي يقع بدائرتها مركزها الرئيسي بشرط أن لا يكون هذا المقر مختلا اسميا أو صوريا وقد يصبح في حيز الإمكان تفليس أحد فروعها أو وكالة تجارية عنها متي انبثق وضع كليهما عن كيان يتمتع بنظام ذاتي خاص ومستقل به»⁽¹⁾ كما أن محكمة الاستئناف انتهجت نفس التمشي بقرارها الذي ورد صلبه أن «... المحكمة التي قررت التفليس تختص وحدها بالنظر في جميع الدعاوى المرتبطة به وهذا الاختصاص له مساس بالنظام العام...»⁽²⁾.

كما أن محكمة التعقيب متمسكة بهذه القاعدة وورد بحیثیات أحد قراراتها أن «دعوى المفلس في إبطال عقد البيع الواقع بطريق المراكنة هي من الدعاوى المرتبطة بحكم التفليس وتأسيسا على ذلك تكون المحكمة التي قررت التفليس هي المختصة حكما بالبت في تلك الدعوى تطبيقا لأحكام الفصل 446 من المجلة التجارية.

4 - دعاوى الضمان :

اقتضى الفصل 37 من م.م.م.ت. أن «دعاوى الضمان ترفع للمحكمة المنشورة لديها الدعوى الأصلية أو التي سبق أن نظرت في تلك الدعوى وذلك في حدود اختصاصها الحكمي» والضمان كما تم تعريفه هو التزام من شخص يدعى الضامن بان يمنع عن شخص ثان وهو المتمتع بالضمان أي ضرر وأن يعرض له إذا ما حصل

(1) الحكم الابتدائي عدد 624 الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس في 30 جويلية 1963 (غير منشور).

(2) القرار الاستئنافي عدد 29326 الصادر في 8 أفريل 1970 عن محكمة الاستئناف بتونس (غير منشور).

قرار تعقيبي عدد 3827 الصادر في 6 جانفي 2001 - نشرية محكمة التعقيب لعام 2001 الجزء الأول

الضرر⁽¹⁾ وأن ضمان الاستحقاق للمشتري من طرف البائع ضد كل شغب ناتج عن فعل الغير هو احسن مثال وهو ما اقتضاه الفصل 632 من المجلة المدنية.

وهذه الدعوى راجعة بالنظر للمحكمة التي نشرت لديها الدعوى الأصلية وتكون محكمة مقر المطلوب غير مختصة وذلك حتى تتمكن المحكمة التي تعهدت بصفة أصلية من أن تنظر أيضا في دعوى الضمان مما يساهم في سرعة فصل النزاعات وعدم تضارب الأحكام، ألا أن هذه الإمكانية لا يمكن أن تتحول لوسيلة للتحايل على القانون وبإمكان المدعي عليه في طلب الضمان أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة إذا ثبت أن الدعوى لم يقع القيام بها ألا بقصد جلبه أمام محكمة مختصة وحرمانه من التقاضي لدى المحكمة القريبة منه والموجود بدائرتها مقره.

5 - الدعاوى الشخصية ضد الدولة :

اقتضى الفصل 32 من م.م.م.ت. انه «ترفع لدى المحاكم المنتصبة بتونس القضايا التي تكون الدولة طرفا فيها باستثناء القضايا المتعلقة بنظام تعويض الاضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية» ويطرح هذا الفصل إشكالين أولهما يتعلق بمفهوم الدولة وثانيهما بنوعية القضايا، يعني هل أن الاستثناء عن القاعدة العامة يشمل كل الدعاوى أو أن بعض القضايا تبقى خاضعة لنصوص تنظمها.

ومفهوم الدولة يشمل جميع الهياكل الإدارية المركزية واللامركزية أي الجماعات العمومية الجهوية والمحلية والتي بمناسبة مباشرتها لوظيفتها تلحق ضررا بالغير. والفصل لم يميز بين الدعوى التي تكون الدولة فيها طرفا مدعى عليها أو مدعية، ومهما يكن من أمر فإن محاكم العاصمة هي المختصة ترابيا بالدعاوى التي تكون الدولة طرفا فيها والغاية من ذلك مركزة النزاعات المتعلقة بالدولة ضرورة أن أغلب الأجهزة الإدارية للدولة مركزة في العاصمة وحتى لا يقع تشتيت النزاعات التي تكون الدولة طرفا فيها عبر محاكم الجمهورية.

والإشكال الثاني يتعلق بمعرفة هل أن الاستثناء مطلق ويتعلق بكل الدعاوى أو هناك دعاوى تنظمها نصوص خاصة ولا يشملها الاستثناء ؟

أن اختصاص محاكم تونس العاصمة بالنسبة للدعاوى التي تكون الدولة طرفا فيها يمثل امتياز من امتيازات السلطة العامة، ألا انه لا يجب أن يؤخذ هذا المبدأ على إطلاقه ضرورة أن الفصل 32 من م.م.م.ت. يشير إلى استثناء وهو المتعلق بنظام تعويض الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية وذلك أخذا بعين

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني» - ص. 303.

الاعتبار إلى بعض الوضعيات التي يمثل تنقلها إلى العاصمة للتقاضي أنقالا لكاهاها وربما التخلي عن التقاضي وضياعا للحق.

كما أن الدعاوى العينية لا يشملها الاستثناء الوارد بالفصل 32 من م.م.م.ت. ضرورة أن الفصل 38 من م.م.م.ت. اقتضى أن المحكمة المختصة هي التي يقع بدائرتها العقار، لقد اعتبرت المحاكم أن هذا الاختصاص يهم حسن سير القضاء وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها وهو ما أقرته محكمة التعقيب بقرارها الوارد صلبه انه «من القواعد الأساسية والتي تهم حسن سير القضاء القاعدة الواردة بالفصل 38 من م.م.م.ت. الذي أقر أن الاختصاص الترابي راجع للمحكمة التي بدائرتها العقار رغم أن المحكمة الصادر عنها الحكم غير راجعة لأنظارها...»⁽¹⁾

وبذلك بات من الواضح أن القضايا المقصودة بالفصل 32 من م.م.م.ت. هي الدعاوى الشخصية التي تكون الدولة طرفا فيها يتم القيام بها أمام المحاكم الموجودة بتونس العاصمة، أما دعاوى تعويض الضرر الناتج عن حوادث الشغل والأمراض المهنية وكذلك الدعاوى العينية تبقي خاضعة للنصوص التي تنظمها ولا يشملها الاستثناء.

الفقرة الثالثة - الآثار المترتبة عن الطبيعة القانونية للاختصاص الترابي ونظامه القانوني :

أن الفكرة الأساسية المسيطرة على قاعدة الاختصاص الترابي هي وظيفتها القانونية بخصوص مرفق القضاء، إذا ما عرفنا المحكمة المختصة حكما حتى تبرز مسألة المحكمة المختصة ترايبا بدعوى، وعلى القائم بها تتبع الطريق الموصلة إلى المحكمة التي يوجد بها مقر المطلوب. وهذا الحل المرتكز على التفرقة بين الاختصاص الترابي والحكمي يرقى إلى الخيال القانوني ضرورة أن قاعدة الاختصاص الترابي متصلة اتصالا وثيقا بالأصل (أ) مما يمكننا من الجزم أن الاختصاص وحدة لا تتجزأ (ب).

أ - الاختصاص الترابي متصل بالأصل :

إن فكرة العدل والامتياز الممنوح للمطلوب بريء الذمة إلى أن يثبت خلاف ذلك هي فكرة قد تجاوزتها الأحداث اليوم ضرورة أن الاستثناءات تعددت والهدف منها تقريب موطن النزاع من المحكمة لتمكن من حسن القضاء وهذه العلاقة الرابطة بين الاختصاص وأصل النزاع تحدد النظام القانوني.

(1) تعقيب في 5 ماي 1981 تحت عدد 450 - نثرية 1982 - I - ص. 247.

1 - الطبيعة القانونية لقاعدة الاختصاص الترابي :

يكون من غير المجدي إرادة استخلاص مبدأ عام للاختصاص الترابي ضرورة أن فكرة الامتياز الممنوح للمطلوب تبخرت ونجد أنفسنا أمام مجموعة من القواعد المختلفة عن بعضها البعض ومتصلة اتصالاً وثيقاً بالأصل ومنه تستمد سبب وجودها وللوصول إلى هذه القواعد الحديثة كان ولا بد من التخلص من بعض المبادئ التقليدية والمتمثلة في وجود حدود مسطرة بين الحق والإجراءات المنظمة لمرفق العدالة وكل منها تنظمها اعتبارات خاصة ومستقلة عن بعضها البعض، أن مثل هذا التوجه وهمي وقد تجاوزته الأحداث ومساويه تكمن في منحه مكانة هامة للأصل ويعتبر أن للإجراءات دور ثانوي في حين أن أهداف النظام العام مهما كانت مظاهره وقانون الإجراءات مرتبطة ارتباطاً وثيقاً باعتبار أن القاعدة القانونية دون تدخل القضاء تبقى مجرد اقتراح وإفراز إرادة لا تصبح واقعاً إلا بترتيب جزاء ناجع من المحاكم، والمشرع التونسي قد تفتن لهذا مثله مثل المشرعين المتطورين وعدل العدالة والمعطيات الذاتية لكل مؤسسة قانونية. وهذا الجهد تمثل في ملائمة المؤسسات وخلق قواعد اختصاص تتماشى معها ويكون أساسها العلاقة الرابطة بينها.

2 - جزاء قواعد الاختصاص الترابي :

أن المعروف والمستقر عليه فقها وقضاء أن قواعد الاختصاص الترابي تهم مصلحة الخصوم في حين تهم قواعد الاختصاص الحكمي النظام العام ومن هذا المنطق خلصت محكمة التعقيب بقرارها المؤرخ في 12 أفريل 1973 أن «الاتفاق على قواعد الاختصاص الترابي ممكن باعتبار إنها لا تهم النظام العام وتمنع المحكمة من التمسك بعدم الاختصاص الترابي من تلقاء نفسها»⁽¹⁾.

إلا أن هذه الحدود المسطرة بين نظامي الاختصاص الترابي والحكمي لا يمكن أن تصمد أمام الفهم الحقيقي للوقائع التي يثور فيها النزاع ضرورة انه بين أهداف النظام العام مهما كانت مظاهره وأهداف الإجراءات يبدو اتصال وثيق مما يبرز توسع الاختصاص المطلق للمحاكم ومثال ذلك الاختصاص الممنوح للمحكمة التي يوجد بدائرتها العقار حسب أحكام الفصل 38 من م.م.ت. باعتبار أن توزيع النزاع على عدة محاكم يكون مناقضاً لمركزه الوثائق المتعلقة بنفس العقار ولإمكانية تناقض الأحكام، ولقد نحت محكمة التعقيب هذا المنحي بخصوص القضية عدد 450

(1) تعقيب 12 أفريل 1973 - نشرية محكمة التعقيب 1973 ص. 10.

- قرار تعقيبي عدد 6156 الصادر في 6/11/2014 - نشرية محكمة التعقيب 2014.

الصادر فيها حكم بتاريخ 5 ماي 1981 وتمثل الوقائع في أن مجموعة من الورثة ما رسوا حق الشفعة بخصوص مناب تم بيعه من طرف شقيقهم وقضت محكمة باجة الابتدائية بعدم سماع الدعوى فاستأنف الحكم أمام محكمة تونس إلا انه في الأثناء أحدثت محكمة الكاف الاستئنافية بموجب المرسوم عدد 898 لسنة 1976 فتخلت محكمة تونس المتعهددة بالقضية لفائدة المحكمة الجديدة ألا أن هذه الأخيرة قضت بعدم الاختصاص على أساس الفصل 38 من م.م.م.ت. فتعقبت النيابة العمومية القرار للتعديل بين الحكام وانحصر النزاع في معرفة المحكمة المختصة ترايبا وهل يمكن اعتبار أن المحكمة المختصة هي محكمة تونس الاستئنافية عملا بالفصل 41 من م.م.م.ت. ضرورة أن الحكم الابتدائي صادر عن محكمة راجعة لها بالنظر أو تغليب المبدأ القائل أن المحكمة المختصة هي التي بدائرتها العقار عملا بالفصل 38 من م.م.م.ت. ولقد طبقت محكمة التعقيب المبدأ الثاني مؤكدة انه «من القواعد الأساسية والتي تهم حسن سير القضاء هي الواردة بالفصل 38 من م.م.م.ت. الذي أقر أن الاختصاص الترابي راجع للمحكمة التي بدائرتها العقار رغم أن المحكمة الصادر عنها الحكم غير راجعة لأنظارها...» هذا القرار يحظى بالتأييد ضرورة انه خير اختصاص المحكمة التي بدائرتها العقار على قواعد تنظيم طرق الطعن التي تهم النظام العام.

ولقد نحت عديد المحاكم هذا المنحى ومن ذلك محكمة ناحية تونس في حكم تتمثل وقائعه في أن المكلف العام بنزاعات الدولة قام على حائز لعقار مسجل بقابس طالبا كف شغبه فقضت المحكمة برفض الدعوى لعدم الاختصاص الترابي وعللت رأيها قائلة «وحيث ولئن كانت قاعدة الاختصاص الترابي لا تهم إلا مصلحة الخصوم فإنه بالنسبة للدعاوى العينية اعتبرت محكمة التعقيب تطبيقا للفصل 38 من م.م.م.ت. أنها تهم النظام العام كلما تعلق الأمر بمركز النزاع مثل الشركات والجمعيات أين يجب اعتبار قاعدة اختصاص المحكمة التي بدائرتها المقر الاجتماعي وكذلك في مادة الموارد فالمواريث فالمحكمة المختصة هي التي فتحت بدائرتها التركة وكذلك في مادة الإفلاس فالمحكمة المختصة هي التي بدائرتها مؤسسة المفلس وكذلك في العقارات فالمحكمة المختصة هي التي بدائرتها العقار الأهم، وكل هذه المواد ينتج عنها تشابك وتعقيد وتقدم المصلحة الظاهرة والبينة على المصلحة الخاصة مما يترتب على ذلك فصل النزاع بصفة شاملة وأمام محكمة تتمتع باختصاص مطلق ويهم النظام العام وتبعاً لذلك فإن الاتفاقات التي تهم اختصاص المحكمة في هذه المادة يجب أزاحتها وخاصة تمكين القاضي من إثارة عدم اختصاصه الترابي من تلقاء نفسه في خصوص هذه المواد والنزاعات وهو ما ذهب إليه الأستاذ بيرو عندما اعتبر ان «كل جزء يصبح عديم الجدوى إذا قام الأطراف بقضية أمام

محكمة معينة استنادا على اتفاق مخالف للقانون بدون أن يعارضه خصمه ببطلان ذلك الاتفاق ولا يمكن للمحكمة أن تثير عدم اختصاصها من تلقاء نفسها لتعلقه بمصلحة الخصوم»⁽¹⁾ وبالتالي لقد بات من الضروري أن تصبح مسألة الاختصاص الترابي في مادة العقارات والشركات والإفلاس تهم النظام العام وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها وذلك حفظا لمصلحة الخصوم ولحسن سير القضاء مثلما هو الحال في لبنان أين وضع المشرع قاعدة الاختصاص الترابي الإلزامي⁽²⁾ بالنسبة للدعاوى العينية وهو ما أكدته الأستاذة أمينة نمر في كتابها «أصول المحاكمات المدنية» ولقد انتهجت محكمة الاستئناف بتونس هذا المنحى في العديد من القرارات وأكدت أن «الاختصاص الترابي في الدعاوى العينية والمتعلقة بالشركات سواء كانت مرفوعة منها أو عليها ولئن كان اختصاصا ترابيا فإنه إلزامي ولا يجوز مخالفته وللمحكمة إثارته من تلقاء نفسها»⁽³⁾.

وكثير من الفقهاء حاليا يعتقدون أن قواعد الاختصاص الترابي والتي تهم حسن سير القضاء في الحالات المذكورة سلفا لا يمكن أن تقتصر على تلك الحالات ويمكن استعمال مؤسسة النظام العام لحماية الطرف الضعيف ومثال ذلك في مادة التامين باعتبار المحكمة المختصة التي يقطن بدائرتها المؤمن له، وفي المادة الشغلية يجب اعتبار الاتفاق على الاختصاص الترابي باطلا بطلانا مطلقا، ومن جهة أخرى وبخصوص الأمر بالدفع فأن اختصاص المحكمة التي بدائرتها مقر المطلوب هو اختصاص مطلق ألا أن المشرع خول بالفصل 61 من م.م.م.م.م. الاتفاق حول المحكمة المختصة ترابيا.

ب - الاختصاص وحدة لا تتجزأ :

إن التحليل السالف بين أن قواعد الاختصاص الترابي لا تهم مصلحة الخصوم فقط بل وكذلك حسن سير القضاء، فكيف نفسر هذا التحول أهو مجرد تشدد مبالغ فيه ؟ لا نعتقد ذلك، ضرورة أن المشرع عندما اعتبر كل اتفاق مخالف للاختصاص الحكمي للمحاكم باطل ولا عمل عليه عملا بأحكام الفصل الثالث من مجلة المرافعات أرادا احترام النظام القضائي، وفي هذا المجال أكد الفقيه ليون كون «أن الدوائر الشغلية تفقد نجاعتها إذا كان لعقد الشغل الإمكانية لسحب النزاعات الشغلية منها ومنحها لمحاكم الحق العام الأخرى» وبالتالي إذا أوكلنا الاختصاص

(1) سوليس وبيرو: «القانون العدلي الخاص»، ص. 664.

(2) أمينة نمر - أصول المحاكمات المدنية - لبنان - ص. 59.

(3) القرار الاستئنافي عدد 28832 الصادر في 29 نوفمبر 1995، منشور بالكتاب دراسات قانونية لاشكالات تباينت حولها المحاكم - حسين بن سليمة - 1998.

الترابي الذي لا تأثير له على الأصل وبمعني آخر هل أن دائرتين شغليتين بإمكانها البحث في القضية في نفس الظروف ؟ لا نعتقد ذلك لان اختلاف المشاكل من جهة إلى أخرى يؤدي حتما إلى أن الدائرة الشغلية لا يمكنها معرفة الخصوصيات والمشاكل الخاصة ألا بجهتها وردود فعل الرأي العام بتلك الجهة وبذلك لا يمكن الحديث عن اختصاص حكمي وترابي كل على حدة بل أن الاختصاص وحدة لا تتجزأ ويجب القاضي المتعهد بقضية عن سؤال واحد هل هو مختص لإصدار حكم باسم الشعب وللإجابة عن هذا السؤال يصدر حكمه حسب عناصر النزاع المحددة لاختصاصه والنقاش ليس جديدا ضرورة أن الفقيه شارل ايزمان في مقاله والذي عنوانه «في اختصاص المحاكم» أكد أن الاختصاص وحدة لا تتجزأ واعتمد تقسيما جديدا اسماء الاختصاص الموضوعي والاختصاص الذاتي، فالأول حسب طبيعة النزاع والثاني حسب الأشخاص الذين سيسلط عليهم الحكم، ألا أن هذا التحليل يتضمن بعض التناقضات جعلت الفقيه «سوليس» يوجه له انتقادات ومن ذلك أن معيار الأشخاص لا يمكن أن يكون له قيمة مميزة بدليل انه في نفس الوقت مميز أيضا لنوع النزاع والمحكمة المختصة مما يخلق خلطا بين القاعدتين ويضرب لذلك أمثلة فاختصاص المحاكم التجارية بفرنسا يهم التجار ودوائر الشغل للنزاعات الشغلية وبذلك أن معيار الأشخاص غير كاف لتحديد المحكمة المختصة، ففي الدعاوى العينية أن معيار العقار لا علاقة له بالأشخاص القائمين بالدعوى، ومن جهة أخرى أن الإمعان في اعتبار التفريق بين الاختصاص الترابي والاختصاص الحكمي هو تفريق وهمي⁽¹⁾ ليس الغرض منه سوى إدخال البلبلة على مبادئ راسخة وثابته تتمثل في أن الاختصاص وحدة لا تتجزأ ولا بد من المرور بأربع مراحل لتحديده أولا التفريق بين القضاء العدلي والإداري ثم المكان الذي يربط النزاع بالمحكمة، وكل هذه المعايير تساهم في حل إشكالية المحكمة المختصة والتي لها الصلاحية والسلطة لتحديد الالتزامات المحمولة على كل طرف، وكل هذه القواعد مؤسسة على مسائل تهتم بالأصل ومتعلقة بالمواد التي تحدد كنهها.

(1) حاتم قطران : «حول تطور نظرية الاختصاص الترابي»، المجلة القانونية التونسية - 1983

الفصل الثاني

القضاء الاستعجالي

إن القضاء الموضوعي لأصل الحق قد لا يتلاءم في بعض الأحيان مع الحالات العاجلة والتي تتطلب تدخلا فوريا للقضاء، ولذلك برزت فكرة الحماية الوقتية⁽¹⁾ والحماية الوقتية هي عبارة عن تدبير عملي أتخذه القضاء حسب إجراءات ضبطها القانون لحماية حق أو مركز قانوني معين مهدد بالزوال إلى حين الحصول على الحماية الموضوعية. ومن هذا المنطلق ظهرت مشكلة الاستعجال أو خطر التأخير في الحماية القضائية واستوجب الأمر التدخل بسرعة قبل وقوع الضرر النهائي. أساس هذا التدخل رجحان وجود الحق المطلوب حمايته، ويصل إلى ذلك القاضي عن طريق الثبوت في المؤيدات تثبتا سطحيا باعتبار أن القضاء الاستعجالي لا يقيد القضاء الموضوعي علاوة على أن الحماية الوقتية تستنفذ دورها وتنقضي بصدور الحكم الموضوعي وتنفيذه. والدعوى الاستعجالية ترفع بإجراءات مستقلة ونظمها المشرع تنظيما محكما ولا بد من التطرق إلى شروط القضاء الاستعجالي وميدانه وإجراءاته والمحكمة المختصة واثر الحكم الصادر فيها وطرق الطعن في ذلك الحكم.

الفقرة الأولى - شروط الدعوى الاستعجالية :

إن التقاضي الاستعجالي مثله مثل التقاضي في الأصل يوجب شروطا للقيام وهي الصفة والمصلحة والأهلية، كما يوجب شروطا لقبول الدعوى وتختلف عن القضاء الموضوعي وهي التأكد وعدم المساس بالأصل.

1 - شروط القيام استعجاليا :

اقتضى الفصل 19 من م.م.م.ت. أن «حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولان له حق القيام بطلب ماله من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام غير إن في المادة الاستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم ومن واجب المحكمة رفض الدعوى إذا تبين لها من أوراق القضية أن أهلية القيام بها منعدمة أو لم تكن للطالب صفة القيام بها...» ولذلك أن القائم بالدعوى يجب أن تتوفر فيه ثلاثة شروط وهي الصفة والأهلية والمصلحة.

(1) فتحي والي : «مبادئ القضاء المدني»، ص. 151.

أ - الصفة :

إن الدعوى لا تقبل إلا إذا كان للقائم بها صفة ومعني ذلك أن يكون صاحب الحق المراد حمايته أو وكيلًا عن صاحب حق، كما يجب رفعها على ذي صفة. والقاضي الاستعجالي يبحث شرط الصفة وذلك بالاكْتفاء بالتثبت من وجودها حسب ظاهر الأوراق دون أن يوغل في صميم الموضوع، غير أن القاضي الاستعجالي ملزم بالتعامل مع ملفاته بشيء من المرونة ذلك أن الهدف هو حفظ الحقوق من الزوال والاندثار واحسن مثال لذلك القيام على الوكيل بالعمولة بعد إبرام الصفقة، في الحقيقة أن الوكيل بعد أن أبرم العقد لم تعد له صفة ضرورة أن اثر العقد ينصرف إلى الأصيل، ألا انه في بعض الحالات وعندما يكون الأصيل مقيما بالخارج وأن دواعي الاستعجال توجب رفع دعوى استعجالية كإثبات حالة البضاعة موضوع الصفقة خشية زوال المعالم فإنه يحق للمشتري مخاصمة الوكيل باعتبار أن انعدام الصفة لا يمنع من اتخاذ الإجراء التحفظي بشأن هذه الصفقة طالما أن البائع مقيم بالخارج وقد يترتب عن القيام ضده مباشرة فوات الأوان لاتخاذ الإجراء في الوقت المناسب.⁽¹⁾

ب - الأهلية :

إن أهلية القيام استعجاليا مختلفة عن القيام في الأصل ويكفي أن تكون لرافع الدعوى مصلحة محققة وحالة في الإجراء المطلوب اتخاذه باعتبار أن وجود خطر ملم يمنع اتخاذ الإجراء العادي كاف لاعتبار الأهلية متوفرة وهو ما اقره المشرع التونسي عندما قبل القيام من القاصر، لكن على شرط توفر أمرين وهما أن يكون مميزا وأن يكون هناك خطر ملم. والتفرقة بين القاصر المميز وغير المميز وردت بالفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية الذي اقتضى ان «الصغير الذي لم يتم الثالثة عشر يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة والصغير الذي تجاوز الثالثة عشر مميز وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي» وبذلك أن الصبي الذي تجاوز الثالثة عشر ولم يبلغ العشرين يمكنه القيام استعجاليا لحفظ حقه من التلاشي شريطة وجود خطر ملم وتقديره خاضع للقاضي الذي يستشف ذلك من ظروف الدعوى وملابساتها.

ج - المصلحة :

أن المصلحة في التقاضي الاستعجالي تختلف عنها في التقاضي الأصلي ويكتفي بالمصلحة المحتملة إذا كان الهدف من القيام هو دفع ضرر محقق أو الحيلولة دون زوال دليل لحق. ويتبين القاضي الاستعجالي من المصلحة من ظاهر الأوراق، وبالتالي يمكن قبول الدعوى التي تكون فيها المصلحة غير حالة متى ظهر أن فوات

(1) الوسيط في قضايا الأمور المستعجلة: معوض عبد التواب - ص. 113.

الوقت قد يؤدي إلى حصول الضرر. ومن أمثلة ذلك طلب سماع شاهد قبل قيام النزاع في الأصل الذي ينتظر فيه الاحتجاج بشهادة الشاهد الذي قد يكون مريضا على وشك الموت أو يكون مسافرا للخارج أين يقيم عادة.⁽¹⁾

2 - شروط قبول الدعوى :

اقتضى الفصل 201 من م.م.م.ت. أن شروط القيام استعجاليا هي التأكد وعدم المساس بالأصل وتعيين التطرق لكل واحد من هذين الشرطين.

أ - التأكد :

لم يعرف المشرع التونسي مفهوم التأكد وترك الأمر لاجتهاد القاضي حسب ظروف كل قضية، ألا أن الفقهاء اجمعوا انه الخطر الحقيقي الحاف بالحق المراد المحافظة عليه وذلك باتخاذ إجراءات سريعة من غير الممكن تحقيقها عن طريق القضاء الأصلي ولو بتقصير الآجال. ويتحقق الاستعجال عند إمكانية حصول ضرر قد يتعذر تداركه أو إصلاحه ويستتجه القاضي من ظروف وملابسات كل قضية واعتبر جل فقهاء القانون أن الاستعجال لا يثبت إلا في الحالات التي يترتب على التأخير فيها ضرر لا يمكن تداركه أو إصلاحه⁽²⁾ ورأي فريق آخر أن الاستعجال ليس بمبدأ ثابت بل هو متغير حسب الأحوال والظروف والزمان والمكان وحسب التطور الاجتماعي في الأوساط والأزمنة المختلفة.⁽³⁾

أما فقه القضاء التونسي فقد اعتبر أن التأكد يتوفر إذا كان الطالب معرضا لضرر فادح أو إذا كان هناك خطر ملم بالأشكال المعروض على القاضي⁽⁴⁾ وكذلك رد الخطر المحقق أو الذي يخشى استفحاله بمرور الزمن أو حتى الضرر المحتمل الوقوع بوجه راجح.⁽⁵⁾

ب - عدم المساس بالأصل :

أن شرط عدم المساس بالأصل يوجب على القاضي عدم التعرض لصميم الحق أو اصل النزاع، والمقصود بأصل الحق هو السبب الذي يحدد حقوق والتزامات كل

(1) «قضاء الأمور المستعجلة» : محمد علي راتب ونصر الدين كامل - المجلد الأول - ص. 20.

(2) أمينة نمر : «أصول المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 312.

(3) محمد علي رشدي : «قاضي الأمور المستعجلة» - ص. 51.

(4) قرار تعقيبي عدد 4207 الصادر في 13 ماي 1982 - نشرية محكمة التعقيب 1992 - ص. 97.

(5) قرار تعقيبي عدد 1401 الصادر في 3 ماي 1979 - نشرية محكمة التعقيب 1979 - ص. 105.

من الطرفين والعلة في ذلك هو عدم سبق قضاء الموضوع في تقرير الحق. وبالتالي، إذا تبين له أن النزاع القائم يتسم بالجدية وانه لا يمكنه إصدار الحكم دون المساس بالموضوع أو أن الأمر يستدعي تأويل وتفسير الاتفاقات المبرمة بين الطرفين غير أنه عليه القضاء برفض المطلب لعدم الاختصاص الحكمي وللمساس بالأصل. غير أن هذا المنع لا يحول دون فحص الموضوع واصل الحق من حيث الظاهر حتى يتوصل لتحديد الإجراء الوقتي الناجع وهو ما انتهجته محكمة التعقيب في العديد من القرارات التي انتهت للقول أن الحاكم الاستعجالي وأن كان ممنوعاً من النظر في الأصل فإنه لا يغفل الدفوعات الجدية وليس له رفضها إلا إذا اعتبرها غير جدية وعلل اعتبره بمستند مقبول»⁽¹⁾ وكذلك «انه لقاضي الأمور المستعجلة أن يتخذ الوسائل الحافظة للحقوق بناء على ما يعرض عليه من الحجج السالمة في الظاهر من الطعن لان ذلك لا يمس من اصل الحق»⁽²⁾ والمثال الممكن ضربه هو دعوى الخروج من المكري لانتهاؤ المدة ودفع المكري بعدم الاختصاص لتجدد العقد ضمناً لنفس المدة وبفس الشروط، ففي هذه الحالة على قاضي العجلة التثبت من ذلك والبحث فيما إذا كانت الوقائع والمستندات المقدمة تدل على حصول التجديد من عدمه، فإن بدا له وجود شبهة قوية في حصول التجديد قضى برفض المطلب وإلا قضى بالخروج لانتهاء المدة. أما التصدي لمسألة هي محل خلاف قانوني فقها وقضاء فهي غير معتبرة من قبيل المساس بالأصل ضرورة أن الجدل حول تأويل نص قانوني لا يعتبر مساساً بالأصل بل لقاضي العجلة في هذا الشأن حق الاجتهاد وترتيب المقصد من ذلك النص ومثال ذلك مسألة قيام المتسوغ استعجاليا لإخراج واضع اليد عن العقار لعدم الصفة، فذهبت بعض المحاكم إلى أن المتسوغ له الصفة والحق في القيام باعتباره متصرفاً في العقار بموجب عقد صحيح، في حين ذهبت محكمة الاستئناف بتونس انه لا يسوغ للمكري القيام بنفسه لكف شغب الغير ولا يمكنه القيام إلا بالدعوى الشخصية لوضع حد لتشويش الغير وهو ما اقتضاه الفصلان 747 و748 من المجلة المدنية اللذان يتحدثان عن حوز المتسوغ ويجبران المتسوغ بالكف عن كل فعل يحول دون التصرف في المكري. كما أن صوراً تطبيقية عديدة تدعو إلى إجراء معاينة على عين المكان ولا يعتبر ذلك نيلاً من اصل الحق⁽³⁾ لان

(1) قرار تعقيبي عدد 441 الصادر في 19 ماي 1959 - مجلة القضاء والتشريع عدد 5 - 1960.

- القرار التعقيبي عدد 6931 الصادر في 14/3/2014 - نشرية محكمة التعقيب 2014.
(2) القرار الاستئنافي عدد 33433 الصادر في 2 فيفري 1972 - مجلة القضاء والتشريع عدد 3 لسنة 1972.

(3) القاضي عبد الوهاب بن عامر - القضاء المستعجل - جريدة الصباح 21 ماي 1995 ص. 15.

مرماه التثبت من وجهة الطلب الاستعجالي على حالته للوصول إلى الإجراء الوقتي المطلوب. وهذا التمشي الذي بدأه المرحوم القاضي عبد الوهاب بن عامر عندما كان وكيل رئيس المحكمة الابتدائية بتونس خلال الثمانينات وسار على هذا التمشي قلة من القضاة منهم القاضي احمد عطوم رئيس المحكمة الابتدائية بالمهدية الذي أجرى توجهها على العين للتثبت من ادعاء مفارقة طلبت تمكينها من مدرج يصل محل الزوجية المحكوم ببقائها به صحبة محضونيتها بسطحه نسبت إلى مفارقتها الاستيلاء عليه فدفع بأنه في تصرفه منذ وقت طويل سابق للقيام وأكدت المعاينة صدق أقواله باعتبار انه حائز له صحبة زوجته الجديدة وابنيه منها فقضي برفض المطلب.⁽¹⁾

الفقرة الثانية - ميدان القضاء الاستعجالي وإجراءاته :

1 - ميدان القضاء الاستعجالي :

إن ميدان ولاية القاضي الاستعجالي واسع إلى ابعد الحدود ضرورة أن الفصل 201 من م.م.م.ت. اقتضى انه «يقع النظر في جميع الحالات المحفوفة بالتأكد ودون مساس بالأصل...» ولذلك ستتولى استعراض بعض الحالات التي تعرض إليها القضاء الاستعجالي ويكون ذلك على وجه الذكر لا الحصر.

أ - الخروج لانتهاء المدة أو لعدم الخلاص أو لانعدام الصفة :

أن عقود الكراء المحددة المدة توجب أن يبارح المتسوغ المكري دون أن يتم التنبيه عليه، ألا أن بعض المتسوغين يعمدون إلى البقاء بالمكري فيقوم المالك بالقيام استعجاليا طالبا الحكم بإلزام المتسوغ بالخروج من المكري لانتهاء المدة ويكون القاضي الاستعجالي مختصا للحكم بذلك ضرورة أن المتسوغ يتصرف في العين بدون وجه قانوني لان العقد قد انقضى، أما إذا واصل المالك في قبض معينات الكراء ودون التنبيه على المتسوغ بالخروج فإن العقد يكون قد تجدد لنفس المدة وبفس الشروط عملا بالفصل 793 من المجلة المدنية ولا يمكن الحكم بالخروج لتجدد العقد. كما يختص القاضي الاستعجالي بالحكم بالخروج من المكري أن لم يدفع المكثري معينات الكراء في الأجل المتفق عليه، ألا أن الحكم بالخروج لا ينفذ إذا سدد المحكوم عليه معينات الكراء، وذهبت بعض المحاكم إلى إرجاع المتسوغ إلى المكري بعد تنفيذ شريطة دفع معينات الكراء أو تأمينها لفائدة المالك وعلى أن لا يتعلق الأمر بحق الغير.⁽²⁾

(1) حكم ابتدائي عدد 4113 صادر في 30 ديسمبر 1992 عن المحكمة الابتدائية بالمهدية ذكره القاضي احمد عطوم - المرجع السابق - ص. 39.

(2) محكمة النقض المصرية - القرار الصادر في 28 أكتوبر 1954 - مجموعة القواعد القانونية 1954 - ص. 336.

وكذلك اختصاص القاضي الاستعجالي يمتد إلى دعاوى الخروج لعدم الصفة أي أن واضع اليد يتصرف في العين بغير سند قانوني، وبذلك إذا كان التصرف يستند على عقد لم يفسخ أو لم ينقض رضاءً أو قضاءً وهو ما أقرته محكمة التعقيب المصرية عندما أكدت انه «إذا زال السند القانوني الذي يخول للحائز حيازة العين اختص القاضي الاستعجالي بطرده على اعتباره يضع يده بدون سند شريطة أن لا يقوم نزاع جدي حول واقعة الغصب فإذا كان ذلك تعين الحكم بعدم الاختصاص.

ب - تقسيط الديون والإمهال :

اقتضى الفصل 137 من المجلة المدنية انه «ليس للمجلس أن يضرب أجلا لعاقده أو يمهل على وجه الفضل إذا لم يكن بمقتضى العقد أو القانون وليس له أن يمد في الأجل الذي حدده العاقدان أو القانون ما لم يكن مآذونا في ذلك من القانون غير انه فيما عدا استخلاص دين دولي أو بلدي أو دين راجع لمحل عمومي دولي يمكن إعطاء أجل معقول لتنفيذ الحكم مع اتخاذ الاحتياطات الكبرى وعدم وقوع ضرر فادح للدائن وذلك عندما يبين المدين أن الأجل المذكور يسهل الخلاص حيث يمكن له اقتراض مال تحت شروط احسن من القديمة أو عندما يتبين أن عدم التنفيذ سببه خارج عن إرادته وهذا الأجل يمكن أن يفوق عاما واحدا ولا يمكن تجديده وللحاكم أن يرخص للمدين أن يبرأ ذمته بدفعات متوالية ويجب أن يسجل بالحكم سبب إعطاء الأجل الذي يتبدى يوم الأعلام بالحكم».

ويخلص من الفصل المذكور انه بإمكان القاضي الاستعجالي تقسيط الدين أو إمهال المدين شريطة أن تكون المهلة معقولة وأن تبرر ذلك حالة المدين بدون أن يلحق المحكوم له ضرر جسيم، وهذا العامل أساسي عند التقدير لان الأصل مراعاة حق الدائن الذي استحق دينه بموجب حكم والأصل سرعة تنفيذ الأحكام حتى يطمئن المتقاضون على حقوقهم، وزيادة على ذلك لا يمكن إزالة الضرر بضرر أشد لا يبرره سوى العطف على الطرف الضعيف. ومن أمثلة ذلك إمهال المتسوغ الذي قضي بخروجه وله أبناء يدرسون، فالأنسب أن يتم الإمهال إلى موفى السنة الدراسية وهو ما قضت به المحاكم في العديد من الأحكام.

ج - التحويز بالعقار المنتزع للمصلحة العمومية :

اقتضى الفصل 16 من القانون عدد 58 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 أن المنتزع لفائده للتحويز بالعقار يجب عليه استصدار حكم استعجالي بعد دفع غرامة الانتزاع إلى المستحقين أو تأمينها. والعقارات غير المبنية وغير المغروسة

المنتزعة يتم تقدير قيمة الغرامة الوقتية في شأنها القاضي الاستعجالي. أما إذا كانت العقارات مبنية ومغروسة فأن القاضي ملزم بتعيين خبير على الأقل أو ثلاثة خبراء على الأكثر لتقدير تلك القيمة في أجل أقصاه شهر عملاً بالفصل 19 من القانون المذكور. كما أن الطعن في القرار الاستعجالي بالاستئناف هو من اختصاص المحكمة الإدارية عملاً بأحكام الفصل 49 من القانون الحالي وأحكام القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلق بأحداث المحكمة الإدارية واجل الاستئناف شهر من تاريخ الأعلام بالحكم المطعون فيه عملاً بأحكام الفصل 29 من القانون المذكور.

د - الاعتراض على أجرة الاختبار :

اقتضى الفصل 113 من م.م.ت. أن «قرار تسعير مصاريف وأجرة الاختبار قابل للاعتراض في ظرف أجل قدره ثمانية أيام من تاريخ الأعلام به ويسقط الاعتراض الواقع بعد الأجل. ويتم الاعتراض بتقديم عريضة معللة يقع تبليغها حسب الأحوال إلى الخبير أو إلى الطرف الذي يهمله الأمر بواسطة أحد العدول المنفذين تتضمن دعوته للحضور بمكتب الحاكم الذي أصدر القرار في ميعاد أقصاه ثمانية أيام وإلا سقط الاعتراض ويقع البت بحكم معلل غير قابل للاستئناف وذلك في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام، والاعتراض لا يوقف أداء الأجرة والمصاريف المسعرة وإنابة المحامين غير ضرورية. وأن هذا الاختصاص موكول لكل من له سلطة تعديل الاختبار المقرر بمناسبة نظر دعوى معينة، ويكون قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف. وأن النظر يكون استعجالياً ضرورة أن المشرع حدد ثمانية أيام للقيام من تاريخ الأعلام بالقرار وضبط ميعاد الحضور على الأقصى بثمانية أيام بمكتب من صدر عنه القرار وآلا سقط الاعتراض، كما أن أجل البت محدد بثمانية أيام بحكم معلل.

هـ - طلب الرجوع في الإذن على عريضة :

اقتضى الفصل 219 من م.م.ت. انه «يمكن للحاكم في كل الصور الرجوع في الأذون الصادرة منه وذلك بعد الاستماع إلى الخصوم، ويجب على طالب الرجوع في الإذن تقديم عريضة يبلغها لخصمه بواسطة العدل المنفذ في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ علمه بالإذن يدعوه فيها للحضور لدى الحاكم الذي أصدر الإذن في أجل أقصاه ثمانية أيام، والحكم الصادر بمناسبة طلب الرجوع في الإذن يجب تعليقه».

وهذه الدعاوى الاستعجالية والراجعة بالنظر إلى كل من يصدر عنه الإذن ويمكن أن يكون قاضي العرف ضرورة أن مجلس الشغل أوكلت له أمر إصدار الأذن على العرائض لاتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية الرامية إلى منع رفع الأشياء الصادرة في شأنها الشكوى أو نقلتها من مكانها إلى آخر أو إفسادها.

و - الإذن بإيداع أو توزيع ثمن بيع الأصل التجاري :

اقتضى الفصل 199 من المجلة التجارية انه «يجب على كل حائز للثمن الذي تم به بيع اصل تجاري أن يقوم بتوزيعه في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ عقد البيع وبانقضاء هذا الأجل يجوز لاحرص الخصوم أن يبادر بالقيام استعجاليا لدى رئيس المحكمة التي يقع الأصل التجاري بدائرة اختصاصها وفي هذه الحالة يأذن الرئيس أما بإيداع الثمن بصندوق الودائع والأمانات وأما بتعين مؤتمن يعهد له بالتوزيع».

كما اقتضى الفصل 200 من نفس المجلة انه «عند حصول المعارضة في دفع الثمن يمكن للبائع في كل طور من أطوار القضية وبعد انقضاء أجل العشرين يوما المنصوص عليها بالفصل 192 أن يقوم استعجاليا لدى رئيس المحكمة بطلب دفع الثمن له بالرغم من المعارضات على شرط أن يسلم لصندوق الودائع والأمانات أو لشخص آخر من غير الخصوم مكلفا بتلقي هذا التسليم ديون قد يعترف بها البائع أو يصدر حكم بثبوتها في ذمته» ولقد ضبط الفصل 202 كيفية منح الرخصة المذكورة عندما نص على انه «لايسوغ للحاكم الاستعجالي أن يمنح الرخصة المطلوبة منه إلا إذا حقق المأذون بتلقي المعارضات في المبلغ المودع عنده والمشتري الذي يجب إدخاله في القضية بأشهاد صريح يكون ملزما شخصيا بالضمان ومحورا عليها كتابة بأن لا وجود لدائنين آخرين معارضين غير الدائنين الذين شملهم النزاع» وبذلك تتجلى الصورة الخصوصية لهذا الفصل عندما أوجب إدخال المشتري بما يعني أن القيام بدون أن يكون المشتري مشمول لا يكون قيا ما مختلا.

ز - تعيين المحكم استعجاليا أو عزله :

لقد خول الفصل 18 من مجلة التحكيم لرئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم تعيين المحكم بقرار استعجالي بطلب من أحد الأطراف، ويكون القرار غير قابل لأي وجه من اوجه الطعن وعلى أن يتم مراعاة المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم والاعتبارات الضامنة لحياده واستقلالته. والمعروف أن المحاكم تكون غير مختصة إذا كان النزاع منشور أمام هيئة تحكيم بموجب اتفاقية تحكيم عملا بأحكام الفصل 19 من مجلة التحكيم، أما القاضي الاستعجالي فيبقى اختصاصه قائما طالما لم تباشر هيئة التحكيم أعمالها، أما إذا باشرتها فأنها تكون

مختصة لاتخاذ أي وسيلة وقتية، غير أن الفصل 54 من مجلة التحكيم بالنسبة للتحكيم الدولي خول للقاضي الاستعجالي أن يتخذ الإجراءات الوقائية قبل إجراءات التحكيم أو أثناءها.

وعلى كل فإن مجلة التحكيم خصت الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس لاتخاذ بعض الإجراءات ووردت بالفصلين 56 و 59 :

- يعين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس المحكم الثالث إذا لم يتم بذلك المحكمان المعنيان من الأطراف خلال ثلاثين يوما من تعيينهما كما يمكنه تعيين المحكم الثاني إذا رفض أحد الأطراف تعيينه بعد تسلم طلب في ذلك، ويكون التعيين بناء على طلب من أحد الأطراف.

- كما أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس يقوم بتعيين المحكم الوحيد إذا لم يتوصل الأطراف لذلك وعلى أساس طلب من أحدهما.
- يمكن لأحد الأطراف تقديم طلب عزل المحكم الذي أصبح غير قادر على أداء مهمته أو تغيب عن القيام بها خلال أجل قدره ثلاثون يوما.

ر - صور التجارة البحرية :

لقد أوردت مجلة التجارة البحرية عدة صور تمكن القاضي الاستعجالي من التدخل لاتخاذ بعض الإجراءات الوقتية والمتأكدة وهي :

- اقتضى الفصل 20 من مجلة التجارة البحرية انه «للربان الشريك في ملكية السفينة إذا ما عزل أن ينسحب من الشركة وأن يلزم بقية شركائه كلا حسب نصيبه بشراء حصته بعد تقديرها بالتراضي بواسطة أهل الخبرة ويجب عليه أن يعلم بقراره هذا جميع شركائه بواسطة عدل منفذ خلال الثلاثين يوما الموالية لعزله. ويجب الوفاء بالثمن خلال الشهر الموالي لتقديره النهائي بالتقاضي أو بالتراضي من تاريخ الأعلام المشار إليه، ويجوز تعيين الخبير بمجرد حكم استعجالي» وبذلك أن القاضي الاستعجالي هو المختص لتعيين خبير لتقدير قيمة حصة الربان المعزول.

- الإذن برفع العقلة عن السفينة :

اقتضى الفصل 105 من م.ت.ب. انه «للحاكم الذي أذن بإجراء العقلة أن يقرر رفعها حسب الشروط والصيغ المنصوص عليها بالفصل 219 من م.م.م.ت. وعليه أن يأذن برفع العقلة حالا في صورة تقديم كفيل مليء وذلك فيما عدا الصور التي أجريت فيها العقلة بموجب الديون المنصوص عليها بالفقرة 14 من الفصل 201 ...» وأن القاضي الذي يأذن بإجراء العقلة أو رفعها هو قاضي الناحية أو رئيس المحكمة كل في حدود اختصاصه باعتبار أن السفينة منقول وأن الأمر يتعلق بعقلة تحفظية في حين أن العقلة التنفيذية إجراءاتها مختلفة حسب الحمولة، فإذا فاقت

العشرة أطنان حجمية فإن أحكام التثبيت بخصوص العقارات هي التي تنطبق عليها، أما إذا قلت الحمولة عن العشرة أطنان فإن أحكام بيع المنقول هي التي تنطبق عليها. كما أن إمكانية رفع العلقه وارده صلب الفصل 138 من م.ت.ب. الذي اقتضى انه «إذا سبقت عقله السفينة وقدم المعقول عليه ضمانا يفي بأقصى حد مقرر للمسؤولية المحدودة وأن الضمان المذكور مرضي وانه من المحقق أن يستفيد منه الدائن وان الأمر يتعلق بدين ترتب عن نفس الحادث الذي كان سببا في تكوين المال المحدود وإذا كان الضمان دون المبلغ المحدود وإذا توالى طلبات متعددة في الضمان فإن نتائج ذلك تقع تسويتها باتفاق بين الخصوم أو من طرف الحاكم اجتنابا لتجاوز حد المسؤولية...».

ط : التسبقة الاستعجالية

اقتضى الفصل 201 م.م.ت.م.ت أنه «..... على أنه يجوز القضاء للطالب بضمان أو بدونه بتسبقة إما لمجابهة مصاريف علاج ضرورية أو مصاريف ذات صبغة معاشية وإما لحفظ حقوق ومصالح متأكدة بشرط أن يكون الطلب مؤسسا على دين غير متنازع فيه بصفة جدية وإن يكون الطالب قد رفع دعوى في الأصل في شأن نفس ذلك الدين. ويرفع الطلب إلى رئيس المحكمة المتعده بالقضية الأصلية لدى محكمة الدرجة الأولى ويقع البت في المطلب والطعن في الحكم الصادر في شأنه وفق القواعد المتعلقة بالقضاء الاستعجالي. «ومؤدى ذلك إن المشرع قد حوّل للمدعي طلب تسبقة استعجالية لحفظ حقوق ومصالح متأكدة شريطة أن يكون الموجب دينا مهما كانت طبيعته وغير متنازع فيه بصفة جدية وأن يكون الطلب الأصلي معروضا أمام القضاء، وإذا ما توفرت الشروط يتولى القاضي تحديد مقدار التسبقة ويتمتع بسلطة واسعة ومقيدة بسقف الدين الأصلي.»

2 - إجراءات التقاضي الاستعجالي :

يستخلص من أحكام الفصل 203 من م.م.ت.م.ت. أن الاستدعاء للحضور لدى القاضي الاستعجالي يكون بواسطة عدل منفذ ودون ضرورة لإنابة محام ووفق الإجراءات المعمول بها لدى حاكم الناحية وفي أجل لا ينبغي أن يقل عن ثلاثة أيام. غير أن هذه القاعدة عرفت استثناء وهو الوارد بالفصل 206 من م.م.ت.م.ت. الذي نص على انه «يمكن للحاكم عند شديد التأكد الإذن بالاستدعاء لليوم نفسه أو للغد كما يمكن له أن يتلقى المطلب مباشرة ولو بمنزله الخاص وأن يأذن باستدعاء الخصوم حيناً وحتى في أيام العطل وفي هاته الصورة يمكن الاستدعاء بواسطة العدل المنفذ أو أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية.»

والإشكال المطروح هو كيف ومتى يتم احتساب أجل الثلاثة أيام؟ فمن قائل أن المشرع قد صرح أن الإجراءات المعتمدة هي المعمول بها لدى محكمة الناحية وفي هذا الصدد اقتضى الفصل 48 من م.م.م.ت. انه «في صورة استدعاء الخصوم كتابة ينبغي أن يكون الأجل المعين للحضور لا يقل عن ثلاثة أيام بين يوم بلوغ الاستدعاء واليوم المعين للحضور. في حين ذهب البعض الآخر⁽¹⁾ على اعتبار انه لا مجال للقياس في المادة الإجرائية وأن رغبة المشرع منصرفه إلى التمييز بين حالتين وفي صورة القضاء الاستعجالي فأن الأول لا يحسب ويحسب اليوم الأخير وهو ما اقره فقه القضاء اعتماداً على الفصول 140 وما بعده من المجلة المدنية ضرورة أن الأول اقتضى ان «يوم ابتداء عد مدة الأجل لا يكون معدوداً منه وأن قدر بالأيام فإنه يتم عند تمام اليوم الأخير منه».

واقتضى الفصل 401 من نفس المجلة ان «حساب المدة يكون بالأيام الكاملة لا بالساعات ويوم ابتداء العد لا يحسب منها وتتم بانقضاء آخر يوم منها». وأن الحل الذي انتهجه فقه القضاء يتلاءم مع النصوص المنظمة للأجال وإن وردت بالمجلة المدنية وأن القائلين بأنه لا مجال للقياس في المادة الإجرائية قد اخطأ وإن التقدير باعتبار أن القاضي أمام غموض النص مجبر على التأويل في انتظار تدخل المشرع وتوضيح المسألة.

3 - الإجراءات لدى محكمة الدرجة الثانية :

أن الأحكام الاستعجالية الخاضعة للطعن بالاستئناف وفق الأجل العام الوارد بالفصل 141 من م.م.م.ت. وهو عشرون يوماً تبتدأ من تاريخ الأعلام بالحكم، وكما سبق وقلنا أن اليوم والواقع فيه الإجراء لا يحسب عملاً بأحكام الفصل 140 من المجلة المدنية وهو ما استقر عليه فقه الفقهاء والمخالفون لهذا الموقف لا سند قانوني لهم. وإذا ما حصل ذلك فإنه يجب على المستأنف استدعاء خصمه للجلسة بواسطة عدل منفذ في أجل ينخفض إلى ثلاثة أيام قبل تاريخ الجلسة، وبالتالي أن يوم الجلسة لا يتم احتسابه وكذلك يوم القيام بالإجراء كذلك حتى تكون الثلاثة أيام كاملة.

(1) تم إحداثها في موجب التعديل الصادر بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 اوت 2002

* أحمد عطوم - خصائص القضاء الاستعجالي: محاضرة بالمعهد الأعلى للقضاء بالملتقى المنعقد حول القضاء الاستعجالي - 1996 - ص. 8.

وإذا ما تجاوزنا هذا الاستثناء في الأجل فإن استئناف الأحكام الاستعجالية خاضع لنفس الموجبات المحمولة على الطاعن في الدعاوى الأخرى كضرورة إنابة محام وتأمين الخطية واستدعاء الخصم وإبلاغه مستندات الطعن ومؤيداته.

الفقرة الثالثة - المحكمة المختصة استعجاليا :

لقد خص المشرع النظر في القضايا الاستعجالية لقاض منفرد سواء في الدرجة الأولى من درجات التقاضي ويكون أما قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه وكذلك في الدرجة الثانية صور مخصوصة سنستعرضها باعتبار أن ما خرج عن اختصاص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف راجع بالنظر إلى الدائرة الاستعجالية بتركيبتها الثلاثية.

1 - اختصاص محاكم الدرجة الأولى :

اقتضى الفصل 202 من م.م.م.ت. انه «يقضي في الأمور المستعجلة رئيس المحكمة الابتدائية أو الحاكم المعين من طرفه أو حاكم الناحية في الصور التي خصه القانون بالنظر فيها». وبذلك أن الاختصاص محصور في قاضي الناحية الذي حدد المشرع نطاق اختصاصه استعجاليا، وما خرج عنه راجع بالنظر إلى رئيس المحكمة الابتدائية المتميزة باختصاصها الشامل حتى في الميدان الاستعجالي.

أ - نظر رئيس المحكمة الابتدائية :

أن اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية اختصاص مطلق، وبالتالي فهو مختص بالنظر في كل الدعاوى المحفوفة بالتأكد باستثناء تلك الراجعة لغيره بنص خاص.

ب - نظر قاضي الناحية :

- اقتضى الفصل 39 من م.م.م.ت. أن قاضي الناحية لا ينظر استعجاليا إلا في :
- مطالب العقل التحفظية عندما يكون المبلغ المطلوب لا يتعدى حدود نظره.
 - في مطالب إجراء المعاينات المتأكدة.
 - في الصعوبات الناشئة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ولو وقع نقضها استئنافيا.
 - في مطالب توقيف تنفيذ أحكامه المعترض عليها.
 - في مطالب التمكين من نسخة تنفيذية أخرى من الأحكام الصادرة عنه حسب مقتضيات الفصل 254 من م.م.م.ت.

د) اقتضى الفصل 172 من م.م.م.ت. أن رئيس محكمة الاستئناف يختص بالنظر في طلب وقف تنفيذ الحكم المعترض عليه إذا وقع الاعتراض لدى محكمة الدرجة الثانية وسلط على الحكم الصادر عنها.

هـ) اقتضى الفصل 219 من م.م.م.ت. أن الأذن على العرائض يمكن طلب الرجوع فيها لدى القضاة الذين أصدروها، وطالما أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف مختص بإصدار بعض الأذن على العرائض فإنه يكون أيضا مختصا بالنظر في طلب الرجوع في الأذن الصادرة عنه - الفصل 214 من م.م.م.ت.

و) اقتضى الفصل 113 مكرر من م.م.م.ت. أن «قرار تسعيرة مصاريف وأجرة الاختبار قابل للاعتراض في ظرف أجل قدره ثمانية أيام من تاريخ الأعلام به ويسقط الاعتراض الواقع بعد هذا الأجل. ويتم الاعتراض بتقديم عريضة معللة يقع تبليغها حسب الأحوال إلى الخبير أو إلى الطرف الذي يهمله الاختبار بواسطة أحد العدول المنفذين تتضمن دعوته للحضور بمكتب الحاكم الذي أصدر القرار في ميعاد أقصاه ثمانية أيام وإلا سقط الاعتراض ويقع البت في الاعتراض بحكم معلل غير قابل للاستئناف وذلك في أجل لا يتجاوز الثمانية أيام» والاعتراض لا يوقف أداء الأجور والمصاريف المسعرة وإنابة المحامي غير ضرورية في الاعتراض على قرار تسعيرة المصاريف وأجرة الاختبار.

ز) اقتضى الفصل 254 من م.م.م.ت. انه «إذا تلفت النسخة التنفيذية التي تسلمها الخصم الذي صدر له الحكم وذلك قبل التنفيذ فيمكنه الحصول على نسخة ثانية بحكم استعجالي من رئيس المحكمة بعد استدعاء الخصوم كما يجب وبشرط إعطاء ضامن ماليء إلا إذا اعترف المحكوم لصالحه بأن الحكم لم يقع تنفيذه». وهذا الفصل رغم وضوحه وبساطة ألفاظه فلقد أثار جدلا ضرورة أن كل من محكمة أريانة الابتدائية وكذلك محكمة المهديّة⁽¹⁾ اعتبرت أن القاضي المختص للأذن بتسليم نسخة تنفيذية ثانية هو رئيس المحكمة المصدرة للحكم في حين يرى المرحوم عبد الوهاب بن عامر⁽²⁾ خلاف ذلك حتى يتسنى احترام مبدأ التقاضي على درجتين ولا يحرم أحد الأطراف من درجة من درجات التقاضي ولذلك فإن القيام يكون دائما أمام محكمة الدرجة الأولى حتى وأن كانت النسخة التنفيذية المطلوبة صدر الحكم بشأنها من محكمة الاستئناف ولا يعد ذلك خرقا للترتيب القضائي ضرورة أن الإذن موجه لكتابة المحكمة.

الفقرة الرابعة - حجية الحكم الاستعجالي وطرق الطعن فيه:

- (1) المحكمة الابتدائية بالمهديّة - الحكم عدد 4953 الصادر في 23 أبريل 1995 ذكره القاضي احمد عظوم - المرجع السابق ص. 16.
- (2) القاضي عبد الوهاب بن عامر: «القضاء الاستعجالي» - جريدة الصباح 21 ماي 1995.

1 - حجية الحكم الاستعجالي :

استقر رأي الفقهاء على اعتبار الأحكام الصادرة من القاضي الاستعجالي هي أحكاما وقتية ولا تحوز قوة الأمر المقضي فيما قضت به، فلا تلزم محكمة الموضوع عند الفصل في اصل النزاع بالأخذ بالأسباب التي استند إليها القاضي الاستعجالي في الحكم بالإجراء الوقتي، ومع ذلك لهذه الأحكام حجية الأمر المقضي فيه ضرورة أن كل من القاضي الذي أصدر الحكم وطرفي النزاع ملزمون بما قضى به الحكم وينبغي على ذلك عدم إمكانية العدول عنها إلا عند تغير الأسباب التي على أساسها صدر الحكم أو وجد من الأمور ما يوجب تجاوزها.⁽¹⁾ وبذلك يبدو جليا أن الأحكام الاستعجالية لا تحوز حجية الشيء المحكوم به لأنها وقتية ولا تؤثر في اصل الحق، ألا أن ذلك لا يعني إمكانية إثارة النزاع الذي فصل فيه القاضي الاستعجالي من جديد طالما لم يتغير مركز الأطراف ولا الأسباب التي على أساسها صدر الحكم، وبالتالي إذا تم الدفع أمام القاضي الاستعجالي بسبقية صدور حكم في موضوع النزاع المطروح أمامه فعليه بحث وقائع الدعوى ومستندات الطرفين وأسباب الدعوى السابقة لمعرفة مدى حصول تغيير من عدمه.

والإشكال الثاني يطرحه الحكم الاستعجالي هو مدى اعتباره عملا قاطعا لسريان التقادم المكسب أو المسقط.

لقد اعتبر الفقهاء أن القيام استعجاليا لا يعد عملا قاطعا للمدة لأنه لا يهدف إلى المطالبة بحق ومن ذلك المطالبة بندب خبير لمعاينة البناء والوقوف عند عيوبه غير قاطعة للتقادم في دعوى الضمان التي للمالك ضد المهندس أو المقاول. غير أن هذا الرأي على وجاهته لا يحول دون تطبيق الفصول المنظمة للتقادم متى توفرت صورها. ولقد اقتضى الفصل 396 من المجلة المدنية أن «مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع في الصور الآتية :

- إذا قام الغريم على مدين وطالبه بالوفاء بما عليه على طريق الحاكم وعلى غير طريقه بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى حاكم لا نظر له في النازلة أو كان باطلا لنقص في صورته القانونية.
- إذا طلب الغريم تقييد دينه مع بقية ديون المفلس.
- إذا اتخذ الغريم عملا من الأعمال القانونية لحجز أموال مدينه أو لاستيفاء حقه منها أو أستاذان ممن له النظر في اتخاذ تلك الوسائل».

(1) «الوجيز في المرافعات» - الدكتور محمد إبراهيم - ص. 422.

ويستتج من الفصل المذكور أن القيام استعجاليا إذا كان الهدف منه المطالبة بدين أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لحجز مال المدين يعتبر عملا قاطعا لسريان المدة والقطع يقتضي أن احتساب المدة لسقوط الحق أو كسبه تبتدأ من جديد بداية من إتيان العمل.

2 - طرق الطعن في الحكم الاستعجالي :

إن الطعن في الأحكام بقطع النظر عن طبيعتها ودرجتها حق مشروع، ألا أن المشرع وبخصوص الأحكام الاستعجالية قد حدد حالات لا يمكن فيها الطعن حتى تستقر الأحوال والمراكز القانونية (أ)، وفي ما عدى تلك الحالات فإن طرق الطعن العادية وغير العادية ممكنة، وستتطرق لطرق الطعن غير العادية نظرا لوجود بعض الاختلافات بالنسبة للقضاء الموضوعي (ب).

أ - حالات عدم قابلية الأحكام الاستعجالية للطعن :

بالرجوع إلى مجلة المرافعات المدنية والتجارية نجدتها تضمنت أربع حالات يكون فيها الحكم الاستعجالي غير قابل للطعن بأي وجه من الوجوه، وهذه الحالات هي :

- الحالة المذكورة بالفصل 113 من م.م.م.ت. والمتعلقة بالاعتراض على أجرة الاختبار والتي يقع النظر فيها طبق إجراءات القضاء الاستعجالي.

- حالة وقف تنفيذ الحكم المحلي بالتنفيذ الوقيتي عملا بأحكام الفصل 126 من م.م.م.ت، والذي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه.

- الحالة المنصوص عليها بالفصل 172 من م.م.م.ت، ذلك أن الاعتراض لا يوقف التنفيذ، غير أن رئيس المحكمة المتعده بالاعتراض أو الحاكم الراجع له النظر يمكنه توقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه بقرار بعد أن يقدم له طلب كتابي يقع النظر فيه طبق الإجراءات الاستعجالية والقرار الذي بموجبه تم توقيف التنفيذ لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه.

- الحالة المنصوص عليها بالفصل 209 من م.م.م.ت. الذي اقتضى أن «استئناف الأحكام الاستعجالية لا يعطل تنفيذها، غير انه بصفة استثنائية يمكن لرئيس المحكمة التي تنظر في الاستئناف أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمدة شهر عندما يتبين له أن فيه خرق واضح لأحكام الفصل 201 من هذه المجلة ولا يمكن أن يصدر الإذن بإيقاف التنفيذ إلا بعد سماع الخصوم والقرارات الصادرة بإيقاف التنفيذ غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن».

كما تضمنت مجلة التحكيم حالات تكون فيها الأحكام الصادرة استعجاليا غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن وهي :

- الحالة المنصوص عليها بالفصل 18 من مجلة التحكيم والذي بموجبه يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم تعيين محكم عند تعذر الاتفاق بين الأطراف أو عند تعذر الاتفاق بين المحكمين على تعيين رئيس. ويكون التعيين بقرار استعجالي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

- الحالة المنصوص عليها بالفصل 56 من مجلة التحكيم والذي بموجبه عندما يكون التحكيم دوليا أن يعين رئيس محكمة الاستئناف المحكم إذا لم يتفق الأطراف على ذلك أو إذا لم يتوصل المحكمون إلى تعيين رئيس. ويكون التعيين بقرار استعجالي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

ب - الطعون التي خولها القانون :

سوف نتطرق للطعون غير العادية وهي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب، أما الاستئناف فسيتم التعرض له في باب الطعن في الأحكام.

1) الاعتراض :

اقتضى الفصل 168 من م.م.ت. على انه «يمكن لكل شخص لم يسبق له استدعاء للتدخل في نازلة الاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضر بحقوقه» وأضاف الفصل 169 من نفس المجلة أن «القيام بالاعتراض يكون مقبولا ما دام الحق المؤسس عليه ذلك الحكم لم يضمحل. ويمكن وقوعه على كل حكم كيفما كانت طبيعته وكيفما كانت المحكمة الصادر منها ولو وقع تنفيذه».

ويستخلص من الفصلين أنفي الذكر أن الطعن بالاعتراض في الحكم الاستعجالي ممكن ضرورة أن مبادئ التأويل تقتضي انه إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها عملا بأحكام الفصل 533 من المجلة المدنية، غير أن هذا التمشي تعارضه أحكام الفصل 532 من المجلة المدنية، والذي نص على أن «نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضح القانون».

وفي صورة الحال أن الأحكام الصادرة في المادة الاستعجالية لا تعدو أن تكون قرارات وقتية وغير ماسة بأصل الحق، وبالتالي لم يقع التطرق لأصل الحق فكيف يمكن للغير أن يزعم ضررا لحقه، وإذا انعدم الضرر انعدم الحق في القيام بالاعتراض عملا بأحكام الفصل 168 من م.م.ت. وبذلك، بات واضحا أن الاعتراض لا يمتد إلى النزاعات المستعجلة السابق البت فيها لصبغتها الوقتية. وأن عدم إمكانية الاعتراض لا تعني بالضرورة أن الحكم سينفذ ضرورة أن المشرع أتاح للغير أن

يستشكل تنفيذ الحكم لدي القاضي الاستعجالي الذي إذا رأى أن الإشكال جدي يوقف التنفيذ ويضرب أجلا للمستشكل لرفع الأمر لمحكمة الأصل والتي بمجرد تعهدها تتوقف التبوعات إلى أن يقع النطق بصفة باتة في الدعوى.

(2) التماس إعادة النظر :

لقد خول الفصل 156 من م.م.ت. التماس إعادة النظر في الأحكام النهائية من طرف المحكمة التي أصدرت الحكم وذلك إذا توفرت عدة شروط ذكرت على سبيل الحصر. ويعود الأطراف إلى الوضع الذي كان عله قبل صدور الحكم وي طرح النزاع من جديد. إلا انه بالنسبة للمادة الاستعجالية لقد استقر رأي الفقهاء على عدم جواز الطعن بالتماس إعادة النظر لان الالتماس طريق طعن غير عادي ولا يجوز إتيانه ألا في الأحكام الصادرة بصفة نهائية، أما الأحكام الاستعجالية فلا تفصل نهائيا في اصل النزاع بل هي أحكام وقتية ولا تؤثر على اصل النزاع.⁽¹⁾

(3) التعقيب :

أن الأحكام الاستعجالية مثلها مثل بقية الأحكام خاضعة للطعن بالتعقيب عملا بأحكام الفصل 175 من م.م.ت. ولم يفرد لها المشرع بإجراءات خاصة، غير أن هذا التمشي عرضة للنقد على مستويين :

- على المستوى الإجرائي : إن المادة الاستعجالية مادة دقيقة وتهتم مصالح المواطنين وبالتالي لا بد من أفرداها بإجراءات خاصة وسريعة وحتى لا تشل مصلحة المواطن، بالإضافة إلى ضرورة إكثار عدد القضاة في المادة الاستعجالية ولفت انتباههم إلى الإسراع في فصل القضايا الاستعجالية.

- على المستوى الاجتماعي : إن الحكم الاستعجالي القاضي بالخروج من المكربى سواء المعد للسكني أو الاستغلال التجاري إذا ما تم تنفيذه وقام المحكوم عليه بالطعن بالتعقيب فإنه يأمل أن ينظر في طعنه خلال أسبوعين على أقصى تقدير حتى يتم إنصافه، أما إذا طال تعهد المحكمة واستمر لمدة سنة أو سنتين فإنه من المستحيل إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم الواقع تنفيذه. ولذلك فأنا نهيب بالمشرع أن يتدخل في المادة الاستعجالية ويضبط إجراءات خاصة تتماشى ودقة وخطورة هذه المادة.

(1) فتحي والي : «قانون القضاء المدني» - دار النهضة العربية - 1993 - ص. 758.

الفصل الثالث

العمل الولائي

إن دور المحاكم لا يقتصر على فصل النزاعات وإصدار الأحكام بل وكذلك القيام بأعمال مختلفة أخرى اصطلاح على تسميتها بالأعمال الولائية ومن بينها تلك التي تهدف إلى تعيين شخص للقيام بمهنة معينة كتعيين خبير أو مصفي أو وصي أو التي تستأذن بعقلة.

ألا انه ولئن اجمع الفقهاء على تعداد هذه الأعمال وتحديدها من بعض التشريعات إلا انه لم يتم تعريفها بصفة دقيقة مما يوجب علينا التطرق في فقرة أولى إلى معايير تمييز العمل الولائي ثم أيراد تطبيقات من الأعمال الولائية بتشريعاتنا كالإذن على عريضة.

الفقرة الأولى - معايير تمييز العمل الولائي :

إن للعمل الولائي طبيعة مزدوجة فهو ليس بالعمل القضائي ولا عملاً إدارياً ولا يكفي لتمييزه تطبيق معيار التفرقة بين هذين العاملين.⁽¹⁾ والفقهاء مختلفون حول تمييز العمل الولائي⁽²⁾ وسوف نورد أهم الاتجاهات والمنحصر في ثلاثة.

1 - المعيار الشكلي :

يتميز العمل الولائي بكونه يصدر بناء على عريضة تقدم إلى القاضي الذي يصدر أذنه دون سماع الأطراف وبحجرة الشورى، وبذلك إن السمة الأساسية هو صدور الإذن دون احترام مبدأ المواجهة. إن هذا المعيار غير مجد ضرورة أن المظاهر الخارجية المصاحبة للعمل الولائي لا تعتبر معياراً مميزاً وذلك للأسباب التالية :

- أن بعض الأعمال القضائية تصدر في صورة أمر وعلى أساس عريضة دون احترام مبدأ المواجهة وهي صورة الأمر بالدفع التي نظمتها الفصول من 59 إلى 67 من م.م.م.ت.

- في بعض الأحيان لإصدار عمل ولائي لا بد من استدعاء الأطراف أمام القاضي الذي سيصدر الإذن ويتولى سماع الأطراف، ومن هذه طلب تعيين مصف لشركة عملاً بأحكام الفصل 65 من مجلة الحقوق العينية.

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني» - ص. 33.

(2) عبد الباسط جميعي : «سلطة القاضي الولائية» - ص. 630.

- في بعض الأحيان تصدر الأحكام في غير جلسة علنية عملاً بأحكام الفصل 117 م.م.ت. وذلك للمحافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب أو لحرمة الأسرة وتصدر أعمال ولائية في جلسة علنية كما هو الحال بالنسبة للبيوعات القضائية أمام دائرة التبتيت.

2 - معيار انعدام النزاع :

إن المعيار المميز للعمل الولائي كونه لا يفصل في نزاع أو خصومة. ألا أن هذا المعيار وجهت له انتقادات كثيرة أهمها :

- إن العمل ولئن كان ولائياً فإنه غالباً ما يؤثر على مصالح الآخرين ومن ذلك الإذن بإجراء عقلة توقيفية الذي يجمد أموال المدين تحت يد المعقول بين يديه.

- قد يتفق الأطراف على الظهور في منازعة أمام القضاء للحصول على حكم يؤكد حقوقهما التي اتفقا عليها، وبالتالي في الحقيقة لا وجود لأي نزاع ورغم ذلك يعتبر القرار الصادر حكماً قضائياً.

3 - العمل الولائي عمل منشئ :

أمام عدم صمود المعيارين السالفين الذكر للنقد وعدم صلاحهما لتمييز العمل الولائي عن العمل القضائي اقترح عدد من الفقهاء⁽¹⁾ معياراً ثالثاً يمكن بمقتضاه تمييز العمل الولائي وتكون خصائصه كما يلي :

- إن العمل الولائي يكون دائماً ذا أثر منشئ في حين أن العمل القضائي موضوعه رابطة قانونية سابقة ويرمي إلى تطبيق إرادة القانون.

- إن العمل القضائي يفترض دائماً وجود خصم سواء حضر بالجلسة أم لم يحضر، في حين أن العمل الولائي يهدف إلى إعانة الفرد على تحقيق أرائته كالوالد الذي يريد تزويج ابنته القاصر ويستصدر إذناً بالزواج، وبالتالي أن الخصومة منعدمة في العمل الولائي، لكن قد يؤدي إلى الأضرار بمصالح الغير، لكن هذا الشخص، لا يعتبر خصماً لغياب الرابطة القانونية السابقة التي تخول القيام لدى القضاء لحماية الحق المعتدى عليه.

- إن العمل القضائي يطعن فيه لدى محكمة الدرجة الثانية وذلك بالاستئناف، في حين أن العمل الولائي يقع طلب الرجوع فيه من القاضي الذي أصدره ثم

(1) وجدي راغب : « النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات » - رسالة دكتوراة 1984 - ص. 122.

- فتحي والي : « الوسيط في قانون القضاء المدني » - ص. 36.

يطعن بالاستئناف (219 - 221 من م.م.م.ت.) كما يمكن طلب أبطال العمل الولائي لدى المحكمة الابتدائية ومثال ذلك حجة الوفاة التي تم طلب الرجوع فيها لعدم توفر صفة الوارث في من استخرجها ألا أن قاضي الناحية رفض ذلك، في هذه الحالة يقع القيام لدى المحكمة الابتدائية لطلب أبطال حجة الوفاة وإلغاء مفعولها.

الفقرة الثانية - تطبيقات من الأعمال الولائية : الإذن على عريضة

لقد نظمت مجلة المرافعات الأذن على العرائض في جزئها الخامس من الباب الثاني بالفصول من 213 إلى 223 والإذن على عريضة إجراء فردي ولا يتطلب حضور الأطراف، فهو أذن استثناء من مبدأ المواجهة ويتولى القاضي المختص إصدار الإذن بمكتبه ويكون وجوبا كتابيا. والقاضي المختص هو رئيس المحكمة الابتدائية أو قاضي الناحية كل في حدود اختصاصه أو رئيس المحكمة المتعده بقضية وللأذن علاقة مباشرة بها.

1 - ميدان الأذن على العرائض :

اقتضى الفصل 214 انه «يمكن للحكام بشرط وجود خطر ملم أن يصدروا أذونا على المطالب في اتخاذ جميع الوسائل لحفظ الحقوق والمصالح التي لا يمكن أن تبقى بدون حماية وذلك حسب القواعد الاعتيادية لمرجع النظر».

ويستخلص من الفصل المذكور أن ميدان الأذن على العرائض شبيه بميدان القضاء الاستعجالي ضرورة أن الأساس واحد ومتطابق وكلاهما يستند إلى وجود التأكد والخطر الملم ويهدف إلى اتخاذ وسائل وقائية وحماية قصد المحافظة على الحقوق وتأمين المصالح دون المساس بالأصل، وهو ما أكدته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها الذي ورد به أن «الأذن على العرائض من الوسائل الوقائية التي شرعت بحفظ الحقوق وحمايتها من الاندثار والتلاشي ولا يمكن اتخاذها إلا إذا نص القانون على ذلك حسب مقتضيات الفصل 213 من م.م.ت أو عند وجود خطر ملم حفظا للحقوق والمصالح طبق الفصل 219 من نفس المجلة بمعنى أنه لا يجوز اصدار الأذن على العرائض إذا لم ينص القانون على ذلك».

وأن تحديد القاضي المختص في مادة الأذن على العرائض مؤسس على قيمة الطلب وبذلك كلما فاق الطلب السبعة آلاف دينار أو كان الطلب غير مقدر بطبيعته يكون الاختصاص راجعا لرئيس المحكمة الابتدائية، ومثال الطلبات غير المقدره في هذا المجال الإذن بالزواج لقاصرة.

2 - إجراءات الأذن على العرائض :

أن إجراءات الأذن على العرائض مختلفة حسب توفر عنصر التأكد من عدمه. ففي الحالات العادية اقتضى الفصل 215 من م.م.م.ت. انه «تحرر المطالب في نظيرين على كاغذ متنبر وتقدم في يوم تاريخها مرفقة بمؤيداتها» ويجوز تقديم المطالب من المعني بالأمر بمفرده أو ينيب عنه محاميا للقيام بهذه الإجراءات.

في حين انه في حالات شديد التأكد اقتضى الفصل 217 من نفس المجلة انه بالإمكان أن يرفع المطالب إلى القاضي المختص ولو بمنزله وبإمكانه الإذن بتأجيل دفع معلوم الطابع الجبائي إلى أجل لاحق.

والقاضي المختص ملزم عملا بأحكام الفقرة الثانية من الفصل من نفس المجلة بان يسلم الإذن أو يرفضه في أجل لا يفوق الأربع وعشرين ساعة من تاريخ تقديم المطالب ويكون قراره غير معلل وفي نفس الورقة المقدمة والإمضاء شرط لصحة الإذن عملا بأحكام الفصل 123 من م.م.م.ت. والطالب الذي تحصل عليه ملزم بتنفيذه في أجل لا يتعدى العشرة أيام وأل فقد مفعوله عملا بأحكام الفصل 221 من م.م.م.ت. وعملية التنفيذ تتم بواسطة عدل منفذ بعد أعلام المحكوم عليه مباشرة أي أن الطعن في الإذن لا يوقف تنفيذه باعتبار أن مبنى الأذن على العرائض هو التأكد

3 - الطعن في الأذن على العرائض :

إن الطعن في الإذن على عريضة يكون أما بطلب الرجوع في الإذن لدى القاضي المصدر له أو بالاستئناف لدى محكمة الدرجة الثانية.

أ - طلب الرجوع في الإذن :

اقتضى الفصل 219 انه «يمكن للحاكم في كل الصور الرجوع في الأذن الصادرة عنه وذلك بعد الاستماع إلى الخصوم. ويجب على طالب الرجوع في الإذن تقديم عريضة يبلغها لخصمه بواسطة العدل المنفذ في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ علمه بالإذن ويدعوه فيها للحضور لدى الحاكم الذي أصدر الإذن في ميعاد أقصاه ثمانية أيام.

«والحكم الصادر بمناسبة طلب الرجوع في الإذن يجب تعليه».

ويفهم من الفصل المذكور أن المحكوم عليه أي الصادر ضده الإذن هو الذي من واجبه اتباع طريقة الرجوع في الإذن أن أراد الطعن وبيان اوجه الطعن ضرورة أن القاضي ملزم بسماع الخصوم، ومطلب الرجوع يتم رفعه إلى نفس المحكمة

التي أصدرت الإذن بموجب عريضة تبلغ نسخة منها إلى الطرف المقابل بواسطة عدل منفذ ويجب أن لا يقل أجل الحضور عن ثمانية أيام وان يرفع الطلب في أجل لا يقل عن ثمانية أيام من تاريخ العلم بالإذن والمشرع استعمل لفظ العلم أي المقصود بذلك العلم الفعلي بأي طريقة كانت الذي يغني عن الأعلام القانوني.

ب - الطعن بالاستئناف :

اقتضى الفصل 222 من م.م.ت. انه «يمكن للطالب وللأشخاص الذين استعملوا الحق المنصوص عليه بالفصل 219 أن يقوموا بالاستئناف».

لقد خول الفصل المذكور للطالب في صورة رفض مطلبه الطعن بالاستئناف، كما خول للصادر ضدهم الإذن الاستئناف شريطة طلب الرجوع في الإذن ورفض طلبهم، وبالتالي لا يمكن الطعن بالاستئناف في الإذن الإيجابي إلا بعد طلب الرجوع وبدون ذلك يرفض الاستئناف شكلا لعدم الاختصاص ضرورة أن محكمة الاستئناف لا يمكنها التعهد إلا بعد المرور الوجوبي بمرحلة طلب الرجوع للمحكمة المصدرة للإذن.

أما بخصوص أجل الاستئناف فقد سكت المشرع عن تحديده ولا بد للرجوع إلى القاعدة العامة التي اقتضت أن أجل الاستئناف عشرون يوما من تاريخ الأعلام برفض المطلب أو برفض الاعتراض عليه. والاستئناف لا يوقف التنفيذ بالنسبة للأذن مثل القضاء الاستعجالي ضرورة أن في الأمر تأكيد ولا بد من حماية الحقوق قبل ضياعها.

الفقرة الثالثة : الأمر بالدفع

لقد نظم المشروع الأمر بالدفع بقانون الإجراءات المدنية والتجارية بالفصول 59 إلى 67 ويعتبر الأمر بالدفع عملا قضائيا يصدر من القاضي بماله من سلطة قضائية وهو يفصل في نزاع ويصدر حكما قطعيا وملزما يحوز حجية الأمر المقضي به، والأمر بالدفع ليس إذنا على عريضة لأن هذا الأخير يفصل نزاعا بحكم ملزم إنما يأمر بإجراء وقتي خشية ضياع الحق، ولقد حوّل المشروع هذا النظام بقصد تسهيل الحصول على عمل قضائي يعتبر سندا تنفيذيا ويكون أساسا للشروع في التنفيذ الجبري وذلك لاقتضاء حقوق غير متنازع عليها بإجراءات ميسرة وسوف نتعرض للشروط الموضوعية والشكلية الواجبة التوفر لاستصدار أمر بالدفع والإجراءات الواجبة الاتباع في نقطة أولى والطعن بالاستئناف في الأمر بالدفع في نقطة ثانية.

أولاً : شروط استصدار الأمر بالدفع وإجراءاته.

إن كل دائن لمبلغ معين من المال يمكنه وعملاً بأحكام الفصل 59 من م.م.م.ت إنتهاج اجراءات الأمر بالدفع التي يمكن اختزالها في كونها تتعلق بشروط مطلب الأمر بالدفع وبشروط البت فيه.

1 - شروط مطلب الأمر بالدفع :

اقتضى الفصل 63 من م.م.م.ت «إن مطلب الأمر بالدفع يحزر في نظيرين علي ورق متنبر ويتضمن اسم كل من الطالب والمطلوب ولقبه وحرفته ومقره وبيان المبلغ المطلوب بالضبط وسببه وترفق كل الوثائق المؤيدة له مع محضر الإنذار»، ومؤدى ذلك أن المشرع أوجب عند تقديم مطلب الأمر بالدفع أن يتضمن عدة تنصيصات وجوبية وأن يرفق بالمؤيدات المثبتة للحق.

أ - التنصيصات الوجوبية بالعريضة

اقتضى الفصل 63 من م.م.م.ت أنه من الضروري بيان اسم الطالب ولقبه وحرفته ومقره وذلك للتعريف بالعارض تعريفا مانعا للجهالة ويمكن المدين إن أراد الطعن أن يقوم بذلك ويناقش الأمر بالدفع من حيث الشكل والموضوع، مع العلم أن المشرع قد استعمل صيغة الوجوب، وعملاً بأحكام الفصل 14 من م.م.م.ت أن كل اخلال بذكر تلکم البيانات يترتب عنه رفض المطلب لبطان العريضة، كما أن بيان مقر المطلوب لازم لتحديد المحكمة المختصة ترايبا على معنى الفصل 61 من م.م.م.ت، والأمر كذلك بالنسبة لبيان المبلغ المطلوب وسببه، وهو بيان يمكن القاضي من معرفة مدى اختصاصه حكماً عملاً بأحكام الفصل 62 ن م.م.م.ت، فإذا كان القاضي المعروف عليه المطلب هو قاضي الناحية فإن هذا الأخير لا ينظر إلا في الديون التي لا تتجاوز قيمتها سبعة آلاف دينار عملاً بأحكام المادة 39 من م.م.م.ت، أما إذا كان القاضي هو رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه فهو لا ينظر إلا في الديون التي تتجاوز قيمتها سبعة آلاف دينار عملاً بالفصل 40 من م.م.م.ت، ومن جهة أخرى أن بيان مبلغ الدين المراد استصدار أمر في شأنه يمكن القاضي المختص من مراقبة وجود محضر الإنذار بالدفع المنصوص عليه بالفصل 60 من م.م.م.ت، إذا تجاوز مبلغ الدين 150 ديناراً من عدم وجوده، أما فيما يتعلق بذكر سبب الدين فهو لازم بالنسبة للكتائب الرسمية وغير الرسمية ولا فائدة منه بالنسبة للأوراق التجارية التي يعتبر المعيار التعاقدى فيها شكلياً، وتعتبر البيانات التي أوجب الفصل 63 م.م.م.ت ذكرها بيانات شكلية ووجوبية ويترتب على عدم ذكرها رفض مطلب الأمر بالدفع ولا يتسنى الوقوف على صحة البيانات إلا إذا كانت العريضة مدعمة بكل المؤيدات.

ب : المؤيدات المدعمة لعريضة الأمر بالدفع.

اقتضى الفصل 63 م.م.م.ت على وجوب إرفاق مطلب الأمر بالدفع بالمؤيدات وبمحضر الإنذار المنصوص عليه بالفصل 60 م.م.م.ت، وتمثل في الكتاب الرسمية أو غير الرسمية المسندة للدين المطالب به أو الشيك أو الكمبيالة أو سند الأمر، وإذا كان الدين المطلوب تتجاوز قيمته 150 دينارا فلا بد من إضافة محضر إنذار المدين بالدفع عن طريق عدل منفذ عملا بأحكام الفصلين 60 و 63 م.م.م.ت، وهذه المؤيدات يجب أن تكون مسجلة عملا بأحكام الفصل 87 من مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي التي نصت على أنه لا يمكن للقضاة أن يصدروا أحكاما استنادا على عقود غير مسجلة، وفي صورة الحال أن المؤيدات المقدمة تأييدا للدين موضوع الأمر بالدفع هي إما وثائق تخضع وجوبا للتسجيل وهي عموما كافة العقود المحررة بخط اليد أو بالحجة العادلة، وإما مؤيدات لا تخضع وجوبا للتسجيل كالشيك والكمبيالة وسنة الأمر، كما أن محضر الإنذار بالدفع خاضع لموجبات التسجيل عملا بأحكام الفصل الأول من مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي الذي أوجب تسجيل التنايبه والمحاضر المحررة من قبل العدول المنفذين.

2 - الشروط المتعلقة بالمحكمة المختصة :

إن الدائن الذي يريد استصدار أمر بالدفع عليه، عليه القيام أمام المحكمة المختصة حكما وترايبا.

أ - مرجع النظر الحكمي

إن الاختصاص الحكمي لنظر مطالب الأمر بالدفع قد أسنده المشرع لمحاكم الحق العام بصفة مطلقة⁽¹⁾ ونظم أحكامه بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وأن يكون الدين المطالب به ذا طبيعة مدنية أو تجارية ويعد ذلك إقصاء للديون ذات الطبيعة العمومية أو الجبائية إلا أنه يجوز أن تصدر الأوامر بالدفع لفائدة المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية أو عليها إذا ما توافرت في الدين الشروط المنصوص عليها بالفصل 59 م.م.م.ت وكان الدين تجاريا أو مدنيا.

والاختصاص الحكمي القيمي بالنظر في الأوامر بالدفع يتقاسمه كل من قاضي الناحية ورئيس المحكمة الابتدائية. « ولقد زاد المشرع الأمر توضيحا عندما نص بالفصل 39 م.م.م.ت إن «قاضي الناحية ينظر أيضا في حدود اختصاصه في الأوامر بالدفع والأذون على العرائض في حدود نظره...»، وفيما زاد على ذلك يرجع النظر للمحكمة الابتدائية عملا بأحكام الفصل 40 م.م.م.ت الذي اعتبرها ذات الاختصاص العام وفيما عدا خرج عنها بنص.

(1) Mechri farouk : La compétence exclusive – rtd 1975-2-21

ب - مرجع النظر الترابي

اقتضى الفصل 61 من م.م.م.ت انه «يختص بالنظر في الأمر بالدفع القاضي الذي يوجد بدائره المقر الأصلي أو المختار للمدين أو لا حدا لمدينين أن تعددوا ما لم يقع الاتفاق على خلافه، ولا يمكن إصدار الأمر بالدفع إذا كان المدين مجهول المقر مطلقا على معنى أحكام الفقرة الثانية من الفصل العاشر من هذه المجلة»، ومؤدى ذلك إن المشرع اعتبر المقر إما أصليا أو مختارا وذلك سواء كان المدين شخصا طبيعيا أو ذات معنوية، ففي حالة المدين شخصا طبيعيا يكون القاضي المختص هو الذي يوجد بدائرة قضائه محل سكنى المدين أو محل إقامته، وإن كان المدين ذاتا معنوية يكون القاضي المختص ترايبا بإصدار الأمر بالدفع هو الذي يوجد بدائره المقر الإجتماعي للمدين أو لا حد فروع الذي يهمله الدين المطالب به.

أما في صورة تعدد المدينين فإن المشرع يسمح بالقيام لدى القاضي الذي يوجد بدائره مقر سكنى أحدهم، وهذا الموقف يتطابق مع ما اقتضته الفقرة الثانية من الفصل 30 من م.م.م.ت، التي نصت على أنه «في حالة تعدد المطلوبين فالطالب مخير في رفع نازلته لحاكم الجهة التي بها مقر أحدهم»، مع العلم أنه لا يمكن استصدار أمر بالدفع على مدين مجهول المقر مطلقا على معنى أحكام الفقرة الثانية من الفصل العاشر من م.م.م.ت، كما يجوز الاتفاق على اختصاص محكمة أخرى غير محكمة مقر المدين شريطة أن لا يتعارض ذلك مع درجات المحاكم⁽¹⁾ ويمس بالاختصاص الحكمي للمحاكم وبالتالي بالنظام العام ويترتب عنه رفض المطالب لبطلان الاتفاق بطلان مطلقا.

3 - الشروط المتعلقة بالدين :

اقتضى الفصل 59 من م.م.م.ت أنه يمكن استعمال إجراءات الأمر بالدفع إذا كان الطلب متعلقا بدين معين المقدار وله سبب تعاقدي أو أن يكون موضوع ورقة تجارية.

أ - أن يكون الدين معين المقدار وله سبب تعاقدي

اشترط الفصل 59 م.م.م.ت لولوج إجراءات الأمر بالدفع أن يكون الدين معين المقدار وله سبب تعاقدي، ومعنى ذلك أن لا يكون الدين محل نقاش ويحتمل التعديل سواء بالزيادة أو النقصان، وغالبا ما يكون الدين كذلك إذا تضمنه سند كتابي

(1) قرار تعقيبي عدد 2425 الصادر في 4 / 1 / 2001 - نشرية محكمة التعقيب 2001.
- قرار تعقيبي عدد 2758 الصادر في 5 / 7 / 200 - نشرية محكمة التعقيب 2000.
- قرار تعقيبي عدد 1326 - عدد المؤرخ في 05 / 05 / 1977 ، نشرية محكمة التعقيب الجزء الأول ص 230.

وهو ما أقره فقه القضاء وخاصة أحكام محكمة التعقيب التي ورد، بحیثیات أحدها أنه «لا خلاف في كون الاعتماد الموثق هو التزام كتابي، وعلى هذا الأساس فإن إجراءات الأمر بالدفع تنسحب عليه»⁽¹⁾، وغني عن البيان أننا إذا قلنا أن الكتب يمكن أن يكون أساس أمر بالدفع فإنه من الضروري أن يكون ذلك الكتب موقعا من المدين ولا يهم أن كان رسمياً أو خطياً، وهذا التضييق لا يخالف طبيعة المعاملات التجارية باعتبار أن مبدأ الثقة في المعاملات يوجب على التجار الدائنين بموجب كتاب غير موثقة ومضادة من المدينين أن يطالبوا بها عن طريق الإجراءات العادية ضرورة أنه لا يجوز تغليب مصلحة الدائنين على مصلحة المدينين الذين حرّمهم المشرع من فرصة مواجهة الخصم في مادة الأوامر بالدفع في الطور الأول ومكن القاضي من البت في الطلب على ضوء المؤيدات المقدمة من الدائن وحده.

وعلاوة على ذلك اشترط المشرع أن يكون للدين سبب تعاقدی أي أن كل الديون الناتجة عن الالتزامات العقدية المنظمة بالفصول 23 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود، ومن ثم تكون جميع الديون غير التعاقدية مستثناة من مجال الأمر بالدفع لأنها تطرح مشاكل عديدة في إثباتها وتقديرها، ولقد أكدت محكمة التعقيب هذا المنحى واعتبرت أن موجبات الحكم بالأمر بالدفع في الديون هي أبنائها على سبب تعاقدی بين الطرفين ولا يعتبر الخبير المعين من قبل المحكمة للقيام بتقرير حول المبالغ المستحقة من المدعي مرتبطاً بعلاقة تعاقدية مع أي من الطرفين⁽²⁾.

ب - أن يكون الدين ناتجاً عن ورقة تجارية

اقتضى الفصل 59 م.م.م.ت أنه يمكن تطبيق إجراءات الأمر بالدفع على المطالب المتعلقة بأداء دين ناتج عن شيك أو كميالة أو سند للأمر أو عن كفالة في إحدى الورقتين الأخيرتين، ومعنى ذلك أن المشرع يخول استخلاص الأوراق التجارية باستعمال إجراءات الأمر بالدفع، والأوراق التجارية هي الوثائق المحررة بشكل معين والمتضمنة التزاماً بدفع مبلغ مالي وقابلة للتداول حسب القواعد المصرفية.

ولقد ولّد استصدار أمر بالدفع على أساس الشيك عدّة إشكالات أولها التشكيك في طبيعة الشيك كأداة وفاء وأصبح من الحجج المثبتة للديون وثانيها أن القانون

(1) قرار تعقيبي عد 22064 - عدد المؤرخ في 11/01/1989، قضاء وتشريع عدد 7 / 1991 - ص 79.

- قرار تعقيبي عد 19826 - عدد المؤرخ في 8/01/2003، نشرية محكمة التعقيب 2003 - ص 132.

(2) قرار تعقيبي عد 7576 - عدد المؤرخ في 08/07/1982، نشرية محكمة التعقيب 1982 الجزء الرابع ص 83

- قرار تعقيبي عدد 41454 الصادر في 20/9/2017 - نشرية محكمة التعقيب 2017.

المؤرخ في 11 أوت 1985 المنقح لأحكام الفصل 411 من المجلة التجارية حرم المستفيد من الشيك الراجع بدون خلاص من حق القيام بالحق الشخصي صلب القضية الجزائية⁽¹⁾ باعتبار أنه لا علاقة بين قيمة الشيك وبين جنحة إصداره بدون رصيد، تلك الجريمة التي لا تتأسس عليها قانونا إلا الدعوى المدنية في المطالبة بغرم الضرر الناتج عن الجريمة دون قيمة الشيك التي هي حق ثابت وسابق عن ارتكاب الجنحة، وهذا التأويل في غير طريقه ضرورة أن حق التقاضي حق مشروع ويمكن للمتقاضي استعماله متى أراد ووفق الإجراءات المقررة قانونا، وفي صورة الحال أن الفصل السابع من قانون الإجراءات الجزائية اقتضى أن « الدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة، ويمكن القيام به في آن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى المحكمة المدنية..... »، ومن ثم إن القانون صريح في تمكين المستفيد من الشيك وفي صورة تعذر استخلاص مبلغه القيام أمام المحكمة الجزائية بدعواه المدنية التابعة أو القيام مباشرة أمام المحكمة المدنية، وعليه فإن التأويل السالف الذكر أو جريان عمل المحاكم الراض للدعوى المدنية التابعة في إطار الدعوى الجزائية هو موقف مخالف للأحكام الصريحة ويتعين العدول عنه.

أما الكمبيالة وسند الأمر فقد طرحا اشكالات أخرى تتمثل أساسا في معرفة ما إذا كان من الواجب أن تكون الكمبيالة مقبولة حتى يتسنى إصدار أمر بالدفع على أساسها، وللجواب عن هذا الإشكال وجب الرجوع إلى الفصل 59 م.م.م.م. الذي جاءت أحكامه عامة ووجب أخذها على إطلاقها عملا بأحكام المادة 533 من م.أ.ع.، وبالتالي يكون استصدار الأمر بالدفع ممكنا بالنسبة للديون الناتجة عن سحب كمبيالة أو قبولها أو تظهيرها إلا أنه في صورة مجرد سحب الكمبيالة يكون من أوكد واجبات الدائن الإدلاء بمؤيداته لإثبات المؤونة⁽²⁾ باعتبار الكمبيالة غير المقبولة لا يتولد عن سحبها أي التزام أو دين سواء كان أصليا أو صرفيا إزاء المدين الذي لم يوقع على قبولها، إلا أن المشرع التونسي وبموجب القانون ع28-د لسنة 1996 المؤرخ في 3 أفريل 1996 والمنقح لبعض فصول المجلة التجارية منح حامل الكمبيالة امتيازا خاصا بالفصل 317 جديد الذي اقتضى أنه « يمكن لحامل الكمبيالة المحرر فيها احتجاج بالامتناع عن الدفع فضلا عما توجبه الإجراءات المقررة للقيام بدعوى الضمان أن يستصدر إذنا على عريضة بإجراء عقلة تحفظية على أمتعة ساحبي الكمبيالة والقابلين والمظهرين لها، ويمكن له أيضا أن يستصدر

(1) - الطب اللومي : الشيك وجرائمه - قضاء و تشريع عدد 1 / 1986 ص 39.

(2) Gouthi : La provision en matière de lettre de change - mémoire D.E.S
Université de Tunis 1979

أمرا بالدفع ضد قابلها ينفذ بعد أربع وعشرين ساعة من الإعلام به وبقطع النظر عن الاستئناف، كما يمكن لحامل الكمبيالة أن يقوم بنفس الإجراءات ضد بقية الملتزمين إذا كان له حق الرجوع عليهم».

كما يمكن استصدار أمر بالدفع في الديون الناتجة عن كفالة في الكمبيالة أو في السند للأمر، وتعطى الكفالة على ذات الكمبيالة أو بكتب مستقل والأحكام المنظمة للكمبيالة تنطبق على سند الأمر والكفيل في الكمبيالة باعتباره من الملتزمين بضمان الوفاء بمبلغها يمكن أن يستعمل ضده إجراءات الفصل 317 جديد من المجلة التجارية وذلك باستصدار أمر ينفذ بعد أربع وعشرين ساعة من الإعلام به وبقطع النظر عن الاستئناف، كما يمكن لحامل الكمبيالة أن يقوم بنفس الإجراءات ضد بقية الملتزمين إذا كان له حق الرجوع عليهم.

ج - ضرورة إنذار المدين قبل القيام وبعده.

لقد حرص المشرع التونسي على إحاطة المدين علما بإجراءات الأمر بالدفع وذلك في مناسبتين أولهما قبل القيام وثانيهما بعد صدور الأمر بالدفع.

إما بخصوص الإنذار فلقد اقتضى الفصل 60 من م.م.م.ت على أنه «على الدائن إذا تجاوز دينه مائة وخمسين دينارا، قبل تقديم المطلب إنذار المدين بواسطة عدل منفذ بأنه إذا لم يوف بالدين في ظرف خمسة أيام كاملة يقع القيام ضده طبق إجراءات الأمر بالدفع». ومرد ذلك أنه يتعين على الدائن قبل تقديم المطلب إنذار مدينه بواسطة عدل منفذ ولا يقبل بأي صورة أخرى كان يكون بواسطة رسالة مضمونة الوصول أو عن طريق مركز الشرطة، ومحضر الإنذار بالدفع يخضع لذات الشروط التي تخضع لها محاضر العدول المنفذين حسب القانون المنظم للمهنة ولأحكام الفصل السادس من م.م.م.ت خاصة فيما يتعلق ببيان تاريخ المحضر بكل دقة وبقائمة المصاريف التي استوجبتها تحرير ذلك المحضر وتبليغه إلى المدين باعتبار أن الدائن سيطالب باسترجاعها من المدين صلب عريضة الأمر بالدفع، ومن ثم إن الإنذار قبل تقديم طلب الأمر بالدفع هو إجراء جوهري ويترتب عن عدم القيام به رفض المطلب ولم تعد للطالب من إمكانية سوى إتباع إجراءات التقاضي العادية بما فيها من مواجهة بين الخصوم ومن طول وبطء في الإجراءات لاستخلاص الدين.

أما الإعلام بالأمر بالدفع بعد صدوره فهو يقع طبق أحكام الفصل 65 من م.م.م.ت الذي اقتضى أنه «يقع إعلام المطلوب بالأمر بالدفع وفق الأحكام المقررة بوسائل التنفيذ المنصوص عليها بالفصل 285 وما بعده»، ولقد جاء بالفصل 287 م.م.م.ت أنه «يعلم العدل المنفذ المحكوم عليه بالحكم الذي طلب منه تنفيذه وضرب له أجلا قدره عشرون يوما بداية من الإعلام للاذعان إلى الحكم، وتباشر

عملية التنفيذ عند انتهاء هذا الأجل «.....» ، ومعلوم إن الإعلام بالأمر بالدفع ليكون فاعلا يجب أن لا يشوبه خلل في شكله أو في مضمونه وإلا عدّ باطلا ويبقى تبعا لذلك أجل الطعن بالاستئناف مفتوحا باستثناء حالة الأمر بالدفع الصادر على أساس الفصل 317 من المجلة التجارية والذي ينفذ بقطع النظر عن الطعن فيه بالاستئناف ولا يبقى للمحكوم عليه إلا طلب وقف التنفيذ لدى رئيس المحكمة المرفوع أمامها الاستئناف عملا بأحكام الفصل 126 بفقرته الأخيرة من م.م.م.ت حسب بعض الفقهاء ولا نشاط لهم الرأي بخصوص هذا الإجراء.

ثانيا : الطعن بالاستئناف في الأمر بالدفع

لقد اختار المشرع الطبيعة القضائية وغير الولاية للأمر بالدفع بأن حوّل الطعن فيه مباشرة بالاستئناف وتمكين المدين من مواجهة خصمه والإدلاء بدفوعه للمحكمة، ومعلوم أن الاستئناف له مفعول تعليلي ومفعول انتقالي يخولان للمحكمة إعادة النظر في الدعوى وربما العدول عمّا قرره محكمة أول درجة.

1 - المفعول التعليلي والانتقالي للاستئناف

إن رفع الاستئناف في الأمر بالدفع يترتب عنه مفعولا تعليليا ومفعولا انتقاليا.

أ - المفعول التعليلي

اقتضى الفصل 146 من م.م.م.ت إن «استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها إلا في ما استثناه القانون»، ومؤدى ذلك إن الاستئناف يوقف التنفيذ إلا في حالة تنصيب القانون صراحة على خلافه، وفي صورة الحال أقر المشرع صورتين :

- الصورة الأولى تتحقق في حالة الاذن بالنفاذ المعجل على معنى أحكام الفصل 125 من م.م.م.ت وهي حالة وجوبية للإذن بالنفاذ المعجل، كما يمكن ذلك في الحالات المذكورة بالفصل 126 من م.م.م.ت، ويرى فقهاء القانون إن السندات التي يؤسس عليها الأمر بالدفع هي من قبيل الوثائق المذكورة بالفصل 125 من م.م.م.ت، ومن ثم يمكن الإذن بالنفاذ المعجل⁽¹⁾، غير أن فقهاء آخرين يرون خلاف ذلك⁽²⁾ ويعتقدون أن أحكام النفاذ العاجل لا تنطبق على الأوامر بالدفع باعتبار

(1) رؤوف النجار، استئناف الأمر بالدفع - مجموعة لقاءات الحقوقيين - العدد الرابع - تونس 1993 - ص 81.

(2) - محمد الحبيب الشريف : إجراءات الأمر بالدفع بين سرعة الفصل وتوفي الضمانات - ص 231. دار الميزان للنشر - سوسة 1998.

أن إجراءاتها سريعة واستثنائية ولا تحتاج لأي دعم إضافي، ونحن نساند هذا الرأي لوجهته ولم يسبق للقضاء في تونس أو فرنسا أن أكسى الأمر بالدفع بالنفذ المعجل.

- الصورة الثانية وهي المقررة بموجب الفصل 317 من المجلة التجارية والتي اقتضت أن حامل الكمبيالة «يمكن له أن يستصدر أمرا بالدفع ضد قابلها ينفذ بعد أربعة وعشرين ساعة من الإعلام به وبقطع النظر عن الاستئناف، كما يمكنه أن يقوم بنفس الإجراء ضد بقية الملتزمين إن كان له حق الرجوع عليهم». وهذا الاستثناء يدل على حرص المشرع على إرجاع المصدقية إلى هذه الورقة التجارية علاوة على أن هذا الأمر بالدفع الصادر على أساس الفصل 317 من المجلة التجارية لا يمكن وقف تنفيذه على أساس المواد 125 و 146 و 209 من م.م.م.ت لأن تلکم المواد هي استثناءات لحالات خاصة ولو اراد المشرع أن يخول وقف تنفيذ الأمر بالدفع المحلى بالنفذ المعجل بموجب القانون لنص على ذلك صراحة، ومن ثم وخلافا لما جرى عليه عمل المحاكم فإن رئيس محكمة الاستئناف غير مختص لوقف تنفيذ الأمر بالدفع الصادر على أساس الفصل 317 من المجلة التجارية، ويمكن للمحكوم عليه أن يتلا في الأمر بالطعن بالاستئناف ويمكن لمحكمة الاستئناف أن رأت نقض الأمر أن تأمر بإعادة الحالة لسالف وصفها في حدود ما وقع نقصه أو تعديله على أساس الفصل 150 من م.م.م.ت.

ب - المفعول الانتقالي :

اقتضى الفصل 144 من م.م.م.ت أن «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في حدود ما تسلط عليه الاستئناف»، ومؤدي ذلك أن محكمة الاستئناف تعيد النظر في الطلبات التي كان قدمها الدائن أن شملها الطعن و إلا ففي خصوص ما تسلط عليه طعن المدین، وتبعاً لذلك حرم المشرع تقديم طلبات جديدة عملاً بأحكام الفصل 147 من م.م.م.ت باستثناء ما قرره المشرع صراحة كأداء أجر أو فائض أو كراء أو نحوها من الملحقات المتعلقة بالطلبات الأصلية والتي أصبح الدائن يستحقها بعد صدور الأمر بالدفع المطعون فيه، كما حرم المشرع وعلى أساس الفصل 152 من م.م.م.ت الطعن في الأمر بالدفع على من لم يكن طرفاً فيه أو خلفائهم أو من ممثل النيابة العمومية في الأحوال التي عينها القانون، كما أن الاستئناف لا يمكن أن يقدمه إلا من كانت له الصفة والمصلحة أي من كان دائناً أو مديناً أو خلفاً خاصاً أو خلفاً عاماً لا حد الطرفين، ولا ينتفع بالاستئناف إلا من قام به أي أن من لم يطعن يكتسب الأمر حجية الأمر المقضي في مواجهته، غير أن هذا المبدأ له استثناء يتمثل في أن الديون غير القابلة للتجزئة يكون الاستئناف المسلط على الأمر القاضي بها موجبا لإعادة النظر في الدين برمته وذلك

عملا بأحكام الفصل 154 من م.م.م.ت ، وكذلك الأمر بالنسبة للأمر الصادر على عدة مدينين متضامين وقام بعضهم بالطعن بالاستئناف فإن تمسك الطاعنون بيطان حجة الدائن فإنه من الضروري إدخال من لم يطعن تجنباً لتناقض الأحكام وذلك عملاً بأحكام الفصل 154 من م.م.م.ت الذي أوجب الإدخال وعلى المحكمة أن تأمر بذلك وتحدد الطرف الذي سيقوم بالاستدعاء.

2 - آثار الطعن بالاستئناف :

يترتب عن الطعن بالاستئناف عدة آثار وتختلف حسبها إذا تم إلغاء الأمر أو تأييده.

أ - آثار الاستئناف في حالة إلغاء الأمر :

إن الطاعن المدين يمكن له بيان بطلان عريضة الأمر بالدفع لسبب شكلي معين أو أن الدين لا تتوفر فيه أحد الشروط المقررة بالفصل 60 م.م.م.ت كان يكون غير معين المقدار أو أنه قد تم الوفاء به، ومن ثم تقضي محكمة الاستئناف بإلغاء الأمر بالدفع والقضاء من جديد برفض المطلب، أما إذا كان الأمر مطابقاً للقانون فإن محكمة الاستئناف تؤيد الأمر المطعون فيه، ويكون التأييد كلياً أو جزئياً وذلك بالترافع أو التخفيض فيما قضى به الأمر بالدفع المطعون فيه. وغني عن البيان إن التعديل بالنزول بالمبلغ المحكوم به لا يشير أي إشكال، أما التعديل بالترافع فلقد أثار إشكالات قانونية كثيرة أهمها إن بعض فقهاء القانون رأوا عدم إمكانية قبول الاستئناف العرضي في مادة الأوامر بالدفع⁽¹⁾ والحال أن هذا الموقف مخالف للقانون وخاصة الفصلان 143 و 147 م.م.م.ت اللذان حوّلوا المطالبة بالزيادة المتعلقة بأداء أجر أو فوائض أو كراء أو ملحقات متعلقة بالدعوى الأصلية واستحقت بعد صدور الأمر بالدفع، وفي صورة الحال أن الدائن المحكوم له يمكنه القيام باستئناف عرضي والمطالبة بالفوائد المستحقة بعد صدور الأمر بالدفع في حين أن الطلبات فيما زاد على ما تسلط عليه الاستئناف الأصلي تكون غير مقبولة مثلما أفره القانون واستقر عليه عمل المحاكم.

أ - آثار الاستئناف عند تأييد الأمر :

إن الحكم برفض الاستئناف موضوعاً وتأييد الأمر بالدفع يترتب عنه صيرورة هذا الأخير نهائياً ويكسى بالصيغة التنفيذية ويصبح سنداً تنفيذياً قابلاً للتنفيذ بالقوة الجبرية إن اقتضى الأمر ذلك ولم يدعن المدين من تلقاء نفسه.

(1) رؤوف النجار ، استئناف الأمر بالدفع - مجموعة لقاءات الحقوقيين - العدد الرابع - تونس 1993 - ص 81.

الجزء الثاني

نظرية الدعوى

هذا الجزء يتمحور أساسا حول تحديد مفهوم الدعوى القضائية، ولذلك لا بد من التطرق إلى التطور التاريخي الذي أدى إلى ظهور نظام الدعوى القضائية، كما يجب تمييز الدعوى عما شابهها من المؤسسات، وبالتالي سوف يكون الفصل الأول مخصصا لدراسة التطور التاريخي لنظرية الدعوى والثاني لتمييز الدعوى عن المؤسسات الشبيهة بها ثم في الفصل الثالث نورد التعريف المستخلص للدعوى.

الفصل الأول

التطور التاريخي لنظرية الدعوى :

إن الحياة الجماعية أفرزت انه لا يمكن لأي كان أن يقتصر لنفسه ولا بد من وجود هيكل ينظم الحياة العامة ومن ذلك برزت فكرة الدولة التي تولت إنشاء مرفق القضاء وهدفه تحقيق العدل بين المواطنين حتى يسود الأمن الاجتماعي وتستقر مصالح الأفراد والمجموعات لكن لكي يتسنى اللجوء إلى القضاء لا بد من استعمال وسيلة فنية هي الدعوى القضائية التي لم تلق اهتماما من المشرع التونسي ضرورة انه لم يتم بتعريفها ولا بضبط شروط قبولها، ولعل مرد ذلك أن هذه المسائل تغلب عليها الصفة الفقهية حتى أن هذه النظرية يعترها بعض الغموض باعتبار أن استعمال لفظة « الدعوى » سواء في المجالات القانونية أو حتى في المحاكم يعبر عنه خطأ في بعض الأحيان ويقع خلط بينه وبين الخصومة القضائية، ولذلك وجب التوقف عند مفهوم الدعوى بدراسة تطورها التاريخي وتمييزها عن المؤسسات الشبيهة بها ثم تعريفها تعريفا صحيحا.

الفقرة الأولى - بسطة تاريخية :

إن الأمر يستدعي التطرق إلى الفقه التقليدي لنظرية الدعوى ثم إلى الفقه الحديث مع تقدير كل موقف وإبداء بعض الملحوظات بخصوصه.

1 - الفقه التقليدي لنظرية الدعوى :

لقد انقسم الفقه التقليدي إلى شقين، ولسوف نعرض أفكار كل شق في نقطة مستقلة.

أ - الفكرة الأولى :

إن أصحاب هذه الفكرة يرون أن الدعوى جزء لا يتجزأ من الحق ولا يكتمل وجوده إلا بها ويترتب على ذلك انه لا توجد دعوى لا تكون مستندة على حق ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى واحدة.⁽¹⁾ وهذا الرأي لا يستقيم ووجهت له انتقادات أهمها :

- أن الحماية القانونية يمكن أن توجد كعنصر من العناصر المكونة للحق كما يمكن أن تستقل عنه وتخضع لتنظيم قانوني مختلف عن التنظيم القانوني للحق.

- أن القول بأن الدعوى القضائية هي جزء لا يتجزأ من الحق المحمي هو قول لا سند منطقي له ضرورة أن الدعوى والحق يختلفان الواحد عن الآخر من حيث السبب والموضوع.

ب - الفكرة الثانية :

إن أصحاب هذا الرأي يرون أن الدعوى القضائية هو الالتجاء إلى القضاء لطلب الحكم بأمر ما، يفرقون بين الدعوى القضائية في القانون المدني أو في قانون المرافعات المدنية، ويقصد بها في المادة الأولى الحماية القضائية للحقوق، وفي المادة الثانية الالتجاء إلى القضاء سواء كان الطالب على حق أو بغية النكاية والتنكيل بالمطلوب.⁽²⁾

وهذا الرأي أيضا لم يجد حلا للأشكال ويخلط بين الدعوى القضائية كمؤسسة مستقلة وبين أداة من أدوات استخدامها وهو الطلب القضائي ضرورة أن هذا الأخير هو الأداة الإجرائية التي تحمل الادعاء أمام القضاء استعمالا للدعوى القضائية.⁽³⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : «المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 101 .

(2) أحمد مسلم : «أصول المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 307 .

(3) CORNU et FOYER : «Procédure civile». 1958، p. 270.

2 - الفقه الحديث لنظرية الدعوى :

إن الفقه الحديث يتلخص موقفه في رأيين مختلفين سنوردهما مع إبداء بعض الملحوظات بخصوص كل واحد.

أ - الرأي الأول :

يؤكد أصحاب هذا الرأي على أن الدعوى تتميز عن الحق الموضوعي الذي ينظمه القانون المدني في حين أن الدعوى ينظمها قانون المرافعات. وعلى هذا الأساس أن الدعوى ترقى إلى مصاف الحقوق فهي حق مستقل يسمى حق التقاضي وهو حق دستوري يهدف إلى تحقيق اليقين القانوني والحصول على حكم يحفظ الحق المطالب به.

ب - الرأي الثاني :

إن أصحاب هذا الرأي يؤكدون أن الحق مختلف عن الدعوى سببا وموضوعاً⁽¹⁾ إن سبب الحق هو العقد أو القانون، أما سبب الدعوى فهو مجموع العوامل التي أدت إلى القيام⁽²⁾ وموضوع الحق يكون عينيا أن شخصيا، أما موضوع الدعوى فهو الحصول على الحماية القضائية.⁽³⁾

وأن الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي هو أن يعلق وجود الدعوى على نتيجة الحكم فيها، وبالتالي فإنه طوال قيام الدعوى لا يمكن التحقق من توافر شروطها وإنما يتم ذلك بعد الفصل فيها أي بعد انقضائها وتلك نتيجة غير منطقية⁽⁴⁾ ضرورة أن الحق في الدعوى هو حق إرداي ويخول لأي مواطن اللجوء إلى القضاء لتقديم طلبات ولو لم يكن صاحب حق موضوعي، وهذا الحق لن يعترف به ولن يتأكد المركز القانوني للشخص الذي يباشر الدعوى إلا بعد صدور الحكم الذي يقرر حقه الموضوعي، وفي الحالة يحدث التطابق بين صاحب الحق في الدعوى وصاحب الحق الموضوعي، في حين لو قضي برفض الدعوى فإن كل حق له كيان مستقل، باعتبار أن حق التقاضي لم ينتج الحصول على الحق الموضوعي.

الفقرة الثانية - تمييز الدعوى عن المؤسسات الشبيهة بها :

إن الكثير يخلطون بين الدعوى أي حق التقاضي وحق الالتجاء إلى القضاء والحق الموضوعي المراد حمايته وكذلك بين الدعوى والخصومة، فالدعوى هو

(1) فتحي والي - المرجع السابق - ص. 54.

(2) نبيل عمر : «في سبب الطلب القضائي» - دكتوراة في 1977 - ص. 230.

(3) نبيل عمر : «في سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف» - 1978 - ص. 250.

(4) وجدي راغب - المرجع السابق - ص. 102.

الحق في الحماية القضائية، في حين أن الخصومة هي مجموعة الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي ومساعدوه والخصوم وممثلوهم للتوصل إلى إصدار حكم تتم بموجبه الحماية القضائية⁽¹⁾ ولسوف نتطرق لكل مؤسسة في نقطة.

1 - الدعوى القضائية والحق :

إن الدعوى القضائية حق مستقل بذاته ويوجد مصدره في القاعدة الإجرائية ومقرر للكافة بقطع النظر عن الحق الموضوعي الذي تنظمه قواعد القانون المدني وللتدليل على ذلك سوف نورد حالات توجد فيها دعوى قضائية دون وجود حق وحالات توجد بها حقوق دون وجود دعوى قضائية لحمايتها.

أ - حالات وجود الدعوى دون الحق :

انه من الأمثلة التي توجد فيها دعاوى قضائية دون أن يوجد في نفس الوقت حق شخصي مطلوب حمايته قضائيا الدعوى التي يرفعها أحد المالكين لمقسم في تقسيم معد للبناء وباع أحد المالكين جزءا من الطريق العام فقام بالمطالبة بأبطال البيع فرفضت المحكمة الابتدائية بتونس وكذلك محكمة الاستئناف الدعوى لان القائم بالدعوى لاحق له وبالتالي لا صفة له فنقضت محكمة التعقيب الحكم وأحالت على محكمة الاستئناف التي أكدت أن «الطريق العام ملك عمومي ويبيع باطل بطلانا مطلقا ويحق لكل شخص طلب أبطاله حتى وان لم يكن له حق شخصي يطالب به ضرورة أن المحكمة طالما تعهدت وتبين لها وجود أمر يهيم النظام العام فهي تتمسك به من تلقاء نفسها»⁽²⁾.

وبذلك أن الدعوى منفصلة عن الحق محل الحماية ووجود هذا الأخير شرط لنجاح المدعي في دعواه وليس لقبول الدعوى، فالذي يخيب في دعواه قد لا يكون صاحب حق ولكنه وبصفة مجردة صاحب حق في القيام بدعواه.

ب - حالات وجود الحق الذي لا تحميه دعوى :

إن المثال الذي يضربه الفقهاء هو الالتزام الطبيعي الذي لا وجود لدعوى قضائية تحميه.

في الغالب أن تخلف المدين عن الوفاء بمديونيته تحرك عنصر المسؤولية عن طريق الدعوى القضائية، ولكن قد يحدث ما يحول دون الوصول إلى الحق، ضرورة أن التقادم المسقط يوجب الحكم برفض الدعوى، فالحق معروف وكل الناس

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني» - ص. 65.

(2) محكمة الاستئناف بتونس : الحكم الصادر في 17 ماي 1995 تحت عدد 20747 (غير منشور).

يعرفون أن ذلك العقار لفلان ألا أن فلانا اكتسبه بالحوز الطويل، وبالتالي أن الدعوى توجد في مفترض القاعدة القانونية الإجرائية ولكنها غير فعالة لحصول عامل خارجي منعها عن أحداث أثارها رغم وجود الحق، وانه من مبادئ العامة في القانون والواردة بمجلة الأحكام العدلية أن «الحق قديم» أي أن الحق لا يسقط ولا يضيع بمرور الزمن وهو ما ارتأته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها والذي ورد به «أن الحق يعلو ولا يعلا عليه، وما بعد الحق ألا الضلال، فإذا حالت القاعدة الإجرائية دون الوصول إلى الحق بل وكانت وسيلة لهدره فوجب تجاوزها...»⁽¹⁾.

2 - الدعوى والخصومة القضائية :

لقد سبق وان تم تعريف الدعوى بكونها الحق في الحماية القانونية في حين أن الخصومة القضائية هي مجموعة الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي ومساعدوه والخصوم وممثلوهم والتي تهدف إلى إصدار حكم يحقق الحماية القانونية. وبالتالي أنها الوسيلة التي بواسطتها يقع التحقق من أن الحق مكتمل الشروط والأركان لصالح المدعي.

كما يجدر التفريق بين الدعوى والطلب ضرورة أن الدعوى لا تتجسد وتبرز إلى الوجود ألا من خلال الطلبات، لكن في حقيقة الأمر إن المصطلحين مختلفان، باعتبار أن الدعوى يمكن أن توجد ولصاحبها استعمالها أو عدم استعمالها في حين أن المطالبة القضائية لا تنشأ ألا إذا باشر المعني بالأمر دعواه وذلك بقيامه بإجراءات رفع الدعوى كما أوجبهها الفصل 69 من م.م.ت. الذي اقتضى انه «ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ».

وأن التفريق بين الدعوى والمطالبة القانونية يترتب عنه أثارا قانونية هامة ومنها خاصة أن المطالبة القضائية تقطع مدة التقادم وكذلك تحدد بداية سريان الفوائض القانونية ضرورة أن الفصل 278 من المجلة المدنية اقتضى أن «غرم الضرر الناتج عن عدم خلاص مبالغ ثابتة لا يكون إلا بالحكم بالفائض القانوني من تاريخ التنبيه» ولقد اعتبر فقه القضاء القيام إنذارا ومطالبة بمبلغ الدين وقضى بالفوائد القانونية من تاريخ القيام إلى الخلاص الفعلي.

(1) قرار تعقيبي مؤرخ في 11 مارس 1980 تحت عدد 3784، منشور في المجلة التونسية للقانون لعام 1980، ص 245.

كما أن رفض الدعوى لبطلان الإجراء لعدم احترام بعض الشكليات لا يؤدي إلى انقضاء الحق في الدعوى ويمكن للمدعي إعادة القيام ثانية وتصحيح الإجراء الباطل.

وبالإضافة إلى كل ذلك أن المطالبة القضائية تنشأ الخصومة التي تبدأ منذ تبليغ عريضة الدعوى للخصم وتنتهي بصدور حكم في الموضوع، أما إذا انقضت الخصومة لأي سبب من أسباب الانقضاء القانونية فأن ذلك لا يؤثر على الدعوى التي تبقى موجودة ويمكن إعادة نشرها إلا إذا سقطت بمرور الزمن.

الفقرة الثالثة - تعريف الدعوى :

ويخلص مما سبق أن الدعوى القضائية هي حق مستقل عن الحق الموضوعي المراد حمايته، ويوجد مصدره في القاعدة القانونية الإجرائية، وأثر ذلك أن حق الدعوى لا يثبت بصفة نهائية إلا بعد صدور الحكم الموضوعي. أما قبل صدور الحكم يكون حق الدعوى موجودا، غير أن وجوده مؤقت ولا يثبت بصفة نهائية إلا بأعمال الأثر القانوني في القاعدة الإجرائية.

والمشعر الفرنسي قام بتعريف الدعوى بكونها « الحق الذي خوله القانون لكل شخص والذي على أساسه يمكن أن يتقدم بطلب إلى السلطة القضائية لغاية إلزامها بأن تنظر في اصل النزاع». وهذا التعريف به بعض النقائص وخاصة انه لم يفرق بين القضاء الاستعجالي والقضاء الموضوعي باعتبار أن الحماية القانونية يمكن أن تكون مؤقتة أو نهائية، وبالتالي يمكن اقتراح تعديل لذلك التعريف بان يصبح كالآتي: «الدعوى هي الحق المخول قانونا للالتجاء إلى السلطة القضائية قصد المطالبة بحماية حق حماية مؤقتة أو نهائية»⁽¹⁾.

(1) هذا التعريف مستلهم من : سوليس وبيرو : «المرافعات المدنية» - الجزء الأول - ص.

الفصل الثاني

شروط قبول الدعوى :

اقتضى الفصل 19 من م.م.ت. ان «حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق ويجب أن تكون للقائم مصلحة في القيام. غير انه في المادة الاستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم. ومن واجب المحكمة رفض الدعوى إذا تبين لها من أوراق القضية أن أهلية الطالب المقيدة هو المختل عند القيام فإن تلافيه أثناء القضية يصحح الدعوى. وتقضي المحكمة فيما وقعت أثارته في هذا الشأن طبقاً هو مبين بالفصل 19» ويستخلص من الفصل المذكور أن المشرع اشترط توفر عدة شروط لقبول الدعوى وهي توفر الصفة والمصلحة، أما الأهلية ولئن اشترطت فليس لقبول الدعوى بل لانعقاد الخصومة، وسوف نتطرق لكل شرط في فقرة مستقلة.

الفقرة الأولى - المصلحة في القيام :

أن الفقهاء مجمعون على أن المصلحة هي مناط كل قيام سواء كان قياماً افتتاحتياً أو بطعن في حكم قابل لذلك، والمصلحة هي المنفعة التي يريد المدعي الحصول عليها من التجائه إلى القضاء⁽¹⁾ فهي في ذات الوقت الباعث على القيام والهدف المنشود، غير أن المشرع لم يضبط الشروط التي يجب أن تتوفر في المصلحة القانونية ويجب أن تكون شخصية ومباشرة ويجب أن تكون قائمة وحالة.

1 - المصلحة القانونية :

تكون المصلحة قانونية عندما تكون الحماية المطلوبة من المدعي حماية مشروعة⁽²⁾ ودور القاضي ينحصر في التحقق من ذلك في البحث عن الحماية التي قررها القانون للحق أو المركز القانوني المدعى به حتى يتسنى له النظر في الدعوى من حيث الأصل، فالقاضي ينظر أولاً في شروط قبول الدعوى. وان المصلحة القانونية تقدر بمعرفة مدى توفر الحق في جانب المدعي ومدى حاجته للحماية

(1) قرار الدوائر المجتمعة عدد 31 الصادر في 10 ديسمبر 1998 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب - 1994/1995.

(2) فتحي والي : «الوسيط في القضاء المدني»، دار النهضة العربية - مصر - ص. 548.

القضائية، ويستعمل القاضي للقيام بذلك سلطته التقديرية على مستوى الوقائع والقانون⁽¹⁾ وتبعاً لذلك لا تقبل الدعوى إذا كانت مصلحة رافعها مجرد مصلحة اقتصادية، ومن أمثلة ذلك أن يرفع الموظف دعوى يطالب بموجبها بالزيادة في راتبه لارتفاع الأسعار. أن هذه المصلحة لا تخول الحق في الدعوى⁽²⁾ ضرورة أنه لا وجود لحق يحميه القانون ولا لقاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي على أساسها تم القيام ولا تم الاعتداء على حق أو مركز قانوني باعتبار أن غلاء المعيشة خارج عن نطاق صاحب العمل.

2 - المصلحة الشخصية والمباشرة :

إن المصلحة الشخصية والمباشرة تعني أن يكون القائم بالدعوى هو صاحب الحق الموضوعي أو المركز القانوني المعتدى عليه. وإن القول بكون المصلحة مباشرة وشخصية لا يفيد بالضرورة أن يباشر صاحب الحق دعواه بنفسه، بل بإمكانه أن يوكل من ينوبه لمباشرة الدعوى ويكون التوكيل على الخصام بحجة رسمية عملاً بأحكام الفصل 1118 من المجلة المدنية ويرى بعض الفقهاء أنه بالإمكان الاستغناء عن هذا الشرط والاكْتفاء بشرط الصفة لأن صاحب الحق في الدعوى هو من له صفة القيام بها⁽³⁾ إلا أن هذا الرأي رغم وجاهته فهو من الصعب الأخذ به ضرورة أن المصلحة والصفة مختلفان وعمليتان متواترتان باعتبار أن القاضي يتثبت أولاً من صاحب الحق الموضوعي المطلوب حمايته ثم يقدر هل هناك حاجة إلى الحماية القضائية وهو ما يعبر عنه بالمصلحة.

3 - المصلحة تكون قائمة وحالة :

إن المصلحة حالة وقائمة عندما يتم الاعتداء على الحق المطلوب حمايته بأي وجه من الوجوه سواء كان إيجابياً بصورة مادية أو سلبياً بحرمانه من الانتفاع بحقه على الوجه القانوني الأكمل.

لكن السؤال الذي يطرح يتمثل في تحديد الوقت الذي يؤخذ فيه الاعتداء بعين الاعتبار ويجعل المصلحة قائمة وحالة.

(1) نبيل إسماعيل عمر : «سلطة القاضي التقديرية»، منشأة المعارف - مصر - 1984 - ص. 420.

(2) وجدي راغب : «النظرية العامة للعمل القضائي»، ص. 110.

(3) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني» - ص. 72.

لقد اعتبر البعض أن وقت النظر في الدعوى والفصل فيها هو زمن تقدير وجود المصلحة⁽¹⁾ ويرى البعض الآخر أن ذلك الزمن هو عند رفع الدعوى لان ذلك شرط من شروط قبولها.⁽²⁾

والراجح انه يجب تقدير قيام المصلحة عند رفع الدعوى لأنه إذا لم تكن المصلحة قائمة عند رفع الدعوى فإن المحكمة تحكم بعدم القبول وهو ما انتهجته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها الذي ورد به ان «القيام بالدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصيا ضرر بشرط أن يكون الضرر نشأ مباشرة عن الجريمة ويمكن القيام بها في أن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى المحكمة المدنية وفي هذه الصورة يتوقف النظر فيها إلى أن يقضى بوجه بات في الدعوى العمومية التي قضت بإثارتها»⁽³⁾ وبذلك، بات جليا أن المصلحة شرط من شروط القيام وإذا اختلفت تعذر تصحيح الإجراءات أثناء نشر القضية واستوجب رفض القيام شكلا.

الفقرة الثانية - صفة القيام :

يقصد بالصفة هو أن يكون صاحب الحق الموضوعي هو القائم بالدعوى وان يكون المطلوب هو من يوجه الحق في الدعوى في مواجهته، غير أن الأمر ولئن بدا بسيطا فإنه يطرح بعض الاشكالات خاصة إذا كان الحق متعدد الأطراف أو كانت الحماية القانونية حماية جماعية :

1) إذا كان الحق المراد طلب حمايته يرجع إلى عدة أشخاص فمن منهم له صفة القيام؟ أم أن كل واحد يمكنه القيام منفردا؟ لقد خول المشرع في بعض الحالات كصورة الملكية الشائعة والمشاركة حق القيام لأحد الشركاء في حق الجماعة وذلك لحفظ المشترك وصيانتها، كما مكن الممثل القانوني للشركة من حق القيام وسكت في بقية الحالات وفرق الفقهاء بين الدعاوى التي ترمي إلى الإلزام والدعاوى المنشئة أو المقررة. فبخصوص الأولى فأنها لا ترتب أثرا إلا في مواجهة أطراف الدعوى. في حين أن الدعاوى المقررة أو المنشئة لا تتغير فيها المراكز القانونية ألا في مواجهة جميع أطرافها.⁽⁴⁾

ذلك يعني أن القيام يجب أن يكون من جميع أصحاب الحق أو ضدهم جميعا.

(1) وجدي راغب - المرجع السابق - ص. 130.

(2) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات القانونية والتجارية» - ص. 115.

(3) قرار تعقيبي عدد 21401 الصادر في 14 فيفري 1990 - نشرية محكمة التعقيب لسنة 1991 - ص. 32.

- قرار تعقيبي عدد 34866 الصادر في 22 / 2 / 1992 - نشرية محكمة التعقيب 1992.

(4) فتحي والي - المرجع السابق - ص. 83.

1) إذا كانت المصلحة القانونية مصلحة جماعية أو عمومية فإن صفة القيام تتوفر علاوة على صاحب الحق الموضوعي في كل من تهمه حماية هذه المصلحة وقد يعهد بحماية هذه المصلحة إلى هيئة تكون لها صفة القيام ومن أمثلة ذلك دعاوى النقابات والجمعيات التي يكون موضوعها أما دفاعا عن المصلحة العامة لمنخر طيها أو دفاعا عن حقوقها الخاصة :

• إن النقابة أو الجمعية بوصفها شخصا معنويا يتمتع باستقلاله المالي يمكنها القيام بنفسها سواء ضد أعضائها أو ضد الغير للمطالبة بحقوق شخصية سواء كانت مادية أو معنوية.

• إن النقابة أو الجمعية بوصفها ممثلة لمجموعة من المنخرطين يحق لها القيام للحفاظ على مصلحة عامة أي المصلحة المشتركة التي تعلق عن المصالح الذاتية للمنخرطين⁽¹⁾ وأول من أقر هذه الإمكانية القرار التعقيبي الفرنسي الصادر عن الدوائر المجتمعة الصادر بتاريخ 13 أبريل⁽²⁾ 1913 وتبنى المشرع الفرنسي هذا الاتجاه وصدر قانون 12 مارس 1920 ولقد نحى المشرع التونسي نفس التمشي بان حول للنقابات حق القيام للدفاع عن

المصالح المشتركة للمنخرطين وكذلك للهيئة الوطنية للمحامين بموجب القانون عدد 39 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة والذي حول للهيئة حق القيام ضد كل من يعتدي على المهنة أو يمس من شأنها.

لكن يمكن أن يلتبس مفهوم الصفة في الدعوى أي حق القيام والصفة الإجرائية أي التمثيل القانوني، وفي هذا الصدد نقول انه بالإمكان أن لا ترفع الدعوى من صاحب الحق أي ممن له الصفة بل من ممثله القانوني أو وكيله، وهذا التمثيل حتمي بالنسبة للشركات أو القصر والفلسات، فالشركة تقوم ويقام عليها بواسطة مديرها والمحجور عليه يقام عليه بواسطة وليه. وبذلك يغدو واضحا أن الصفة في الدعوى تتعلق بالحق في حين أن الصفة الإجرائية تتعلق بإجراءات الخصومة.

الفقرة الثالثة - الأهلية :

إن توفر شرط الأهلية يعني أن يكون المدعي أهلا للإلزام والالتزام أي أن يكون سالما من أسباب انعدام الأهلية على معني أحكام مجلة الأحوال الشخصية ومجلة الالتزامات والعقود وكذلك المطلوب باعتبار أن الحكم في صورة كينونته إيجابيا سينفذ عليه.

(1) سوليس وبيرو- المرجع السابق - ص. 220.

(2) قرار تعقيبي فرنسي صادر في 3 أبريل 1913 - دالوز 1914 - 1 - 65.

غير أن الفقهاء لحديثين لا يعتبرون الأهلية شرطاً لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة إجراءات الخصومة، ويتم التمسك بعدم الأهلية عن طريق الدفع ببطلان الإجراءات. ومعنى ذلك أن الفصل 19 لا يوجب توفر الأهلية عند القيام بل أجاز صراحة إمكانية تلافي هذا الخلل أثناء نشر القضية إذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل. ولا بد إذن من تحديد الأشخاص الذين لهم أهلية مقيدة وفق ما ورد بالفصل السادس من المجلة المدنية الذي اقتضى انه «للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم :

- الصغير الذي عمره بين الثالث عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه.
- المحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفاتهم إذا لم يشاركتهم مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها.
- والمحجور عليهم لتفليسهم.
- وكذلك كل من يمنع عليه القانون عقدا من العقود.

الفصل الثالث

تقسيم الدعوى

لقد قام الفقهاء بتقسيمات متعددة للدعوى، فمنهم من يبرز تقسيم الدعوى بحسب الحق المحمي وتكون أما دعوى عينية أو شخصية أو دعوى منقولة ودعوى عقارية كما يمكن تقسيم الدعوى بحسب حمايتها لحق أو لمركز حيازة فتكون إما دعوى حق أو دعوى حيازة.

أما المشرع التونسي فلقد اعتمد التقسيم التقليدي المعروف وذلك بالفصل 20 من م.م.م.ت. الذي اعتمد ثلاثة أنواع من الدعوى وهي الشخصية والعينية والمختلطة. ولذلك سوف نتعرض لهذه التقسيمات كل في مبحث مستقل مع بيان الفصول القانونية التي تبرره.

المبحث الأول تقسيم الدعوى حسب الحق محل الحماية :

أن الفصل 20 من م.م.م.ت. قسم الدعوى بالنظر إلى الحق موضوع الحماية إلى ثلاثة أنواع وهي الدعوى الشخصية والدعوى العينية التي تتفرع بدورها إلى دعوى منقولة أي متعلقة بمنقول ودعوى استحقاقية أي متعلقة بعقار أو حق عيني عقاري والدعوى المختلطة أي المؤسسة في ذات الوقت على حق عيني عقاري وحق شخصي.

الفقرة الأولى - الدعوى الشخصية :

اقتضى الفصل 20 من م.م.م.ت. في فقرته الأولى انه «توصف بدعوى شخصية الدعوى المبنية على التزام شخصي مصدره القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة».

وتكون النتيجة من الفصل المذكور انه يصعب معرفة وتحديد جميع الدعوى الشخصية وذلك لعدة أسباب أولها أن الالتزامات تنشأ بتبادل القبول والإيجاب وهو أمر يصعب ضبطه ولا يمكن بأي حال أن نحدد عدد العقود غير المسماة والحقوق

الناشئة عنها وما يقابلها من دعاوى. والسبب الثاني أن هدف الدعوى الشخصية هو حماية حق شخصي بصرف النظر عن مصدره

وموضوعه وبما أن مصادر الحقوق الشخصية متنوعة وكثيرة فلا يمكن أن يغيب عن أذهاننا أن تعلق الحق المراد حمايته بمنقول أو عقار لا يغير من الطبيعة الشخصية للدعوى ومثال ذلك التعويض عن الأضرار الناتجة من حادث مرور وأحدثتها سيارة أو الأضرار الناتجة عن سقوط جدار. في كلا الحالتين تحافظ الدعوى على طبيعتها الشخصية لان الغاية منها هو استخلاص دين بالذمة أساسه الجنحة أو شبه الجنحة.

الفقرة الثانية - الدعاوى العينية :

اعتبر الفقهاء أن الدعوى تكون عينية إذا كانت حامية لحقوق عينية أصلية كدعوى الاستحقاق أو لحقوق عينية تبعية كدعوى الرهن أو لمركز قانوني هو الحيازة⁽¹⁾ وفي هذا الإطار اقتضى الفصل 20 في فقرته الثانية من م.م.م.ت. انه «توصف بدعاوى متعلقة بمنقول الدعاوى التي يكون القصد منها استحقاق شيء منقول بطبيعته أو اعتبره القانون منقولاً وتوصف بدعاوى استحقاقية الدعاوى التي تستند إلى حق عيني عقاري.

ويستخلص من الفقرة المذكورة أن الدعاوى العينية التي يهدف من ورائها حماية عين أو شيء تنقسم إلى قسمين هي الدعاوى المنقولة والدعاوى الاستحقاقية.

1 - الدعاوى المنقولة :

إن الدعوى المنقولة هي التي يكون موضوع الحق الذي تحميه منقولاً أو إذا تعلق بحق شخصي على عقار.

وتعريف المنقول تعرضت إليه مجلة الحقوق العينية ذلك أن الفصل 14 اقتضى أن «المنقولات الطبيعية هي الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان إلى آخر سواء انتقلت بنفسها أو بمفعول قوة أجنبية عنها».

أما المنقولات بحكم القانون فقد حددها الفصل 15 من نفس المجلة عندما اقتضى أن «الالتزامات والحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بالمنقول والحصص والأسهم والرفاع في مختلف الشركات وان كانت هذه الشركات مالكة لعقارات».

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، دار النهضة العربية - مصر 1991 - ص. 14.

2 - الدعاوى العقارية :

أن الدعاوى العقارية أو الدعاوى الاستحقاقية هي التي تستند إلى حق عيني عقاري ولقد حدد الفصل 12 من مجلة الحقوق العينية قائمة الحقوق العينية واقتضى أنها « الملكية، الإنزال والكرادار ودخلهما، حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق السكنى، حق الهواء، الإجارة الطويلة، حق الارتفاق، الامتياز والرهن العقاري». كما يمكن أن تكون العقارات طبيعية أو حكمية أو تبعية وتم تعريفها بمجلة الحقوق العينية، ذلك أن العقارات الطبيعية ورد تعريفها بالفصول من 5 إلى 8 من نفس المجلة واقتضى الفصل الخامس أن العقارات الطبيعية «تشمّل الأراضي والمباني والنباتات ما دامت متصلة بالأرض» وأضاف الفصل السادس كذلك «الأجهزة والأنابيب اللاصقة بالأراضي والمباني المتممة لها» وزاد الفصل السابع في التوضيح ناصا على «الصابة على سوقها والثمار في أصولها قبل أن يقع جنيها وإلا اعتبرت منقولات ولو لم تنقل من مكانها بعد قطعها» وكذلك ما نص عليه الفصل الثامن من «حطب الأشجار قبل قطعة».

أما العقارات الحكمية فهي التي عرفها الفصلان التاسع والعاشر فاقتضى الأول بأنها «ما يضعه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء رصدا على خدمتها واستغلالها» ونص الثاني على «ما يضعه المالك بعقاره من الأشياء المنقولة الملتحمة بالعقار بشكل يتعذر معه فصلها دون افسادها أو افساد ما هي متصلة به».

وأخيرا أن العقارات التبعية تشمّل «الحقوق العينية العقارية والدعاوى المتعلقة بها، وهو ما اقتضاه الفصل 11 من مجلة الحقوق.

الفقرة الثالثة - الدعاوى المختلطة :

أن الدعوى المختلطة هي التي تستند في نفس الوقت إلى حق شخصي وحق عيني ناشئين عن رابطة قانونية واحدة⁽¹⁾ وهو ما اقره المشرع التونسي بالفصل 20 في فقرته الأخيرة التي نصت على «أن الدعاوى المبنية في أن واحد على حق عيني عقاري وحق شخصي فهي دعوى مختلطة وتلحق من حيث مرجع نظرها بالدعوى الشخصية إذا كان الحق العيني العقاري غير متنازع فيه» ويخلص من ذلك ان الحق العيني العقاري إذا كان غير متنازع فيه فهو لا يدخل تحت طائلة الخصومة ويبقى خارجا عن نطاقها وتبقى غاية الدعوى حماية الحق الشخصي المحدد للاختصاص.

(1) Les jugements mixtes : R.T.D. 1960C, p. 5, par DURY.

وان من أمثلة الدعاوى المختلطة الدعوى التي يقوم بها المشتري على البائع قصد تمكينه من العقار موضوع البيع، فهذه الدعوى تستند إلى حق شخصي مؤسس على التزام تعاقدى من جهة ومن جهة أخرى إلى حق عيني هو حق الملكية الذي انتقل إلى المشتري بموجب البيع.

واستعمال اصطلاح «دعوى مختلطة» تم انتقاده ضرورة انه إذا كانت الحقوق تنقسم إلى شخصية وعينية فكذلك الدعاوى ولا وجود لحق مختلط ولا لدعوى مختلطة⁽¹⁾ والحقيقة ان الشخص يرفع دعويين في نفس الوقت لاستنادهما على سبب واحد ولو وحدة الهدف المطلوب ضرورة ان القائم بدعوى تسليم عقار هو قائم بدعوى عينية بوصفه مالكا ودعوى شخصية باعتباره متعاقدًا.

وان اختيار المشرع كيفية تحديد الاختصاص واضح وجلي باعتبار انه إذا كان الحق العيني غير متنازع فيه يحدد الاختصاص على أساس الحق الشخصي أي حسب قيمة الطلبات. أما إذا كان الحق العيني متنازع فيه فإن الاختصاص يكون من أنظار المحكمة الابتدائية التي خصها المشرع بالنظر في الدعاوى الاستحقاقية.

وان فقه القضاء مستقر ومتواتر بخصوص هذه المسألة وصدر قرار عن الدوائر المجتمعة يكرس هذا التمشي وورد بإحدى حيثياته «حيث ان الدعوى ترمي إلى اثبات عدم وفاء المدعى عليه بالتزامه الذي فرضه عليه عقد المغارسة كما ترمي إلى استرجاع عقار باعتبار المدعي مالكا لكامل الأرض موضوع العقد بما في ذلك الجزء المدعي استحقاقه من طرف المغارس وهي بذلك تستند إلى التزام شخصي والى حق عيني مما يجعلها دعوى مختلطة على معنى الفصل 20 من م.م.ت. وحيث ان الحق العيني محل نزاع بين الطرفين بما يجعل الدعوى العينية أساسا لتحديد مرجع النظر مهما كانت قيمة العقار محل النزاع...»⁽²⁾.

المبحث الثاني - دعاوى الحق ودعاوى الحيازة :

قسم جل الفقهاء الدعاوى العينية العقارية إلى صنفين وهي دعاوى الحق ودعاوى الحيازة. ودعاوى الحق هي التي تحمي حقا عينيا اصليا على عقار سواء كان حق الملكية أو غيره كحق الانتفاع أو الارتفاق.

(1) - سوليس وبيرو - المرجع السابق ص. 126.

- موريل : المرجع السابق ص. 61.

- رمزي سيف : المرجع السابق ص. 141.

(2) قرار الدوائر المجتمعة عدد 30389 الصادر في 18 ماي 1995.

قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1994/1995 - ص. 17.

اما دعاوى الحيازة فهي التي تحمي مركزا قانونيا هو الحيازة أو وضع اليد
ولسوف نتعرض لهذا الصنف بإطناب وذلك بتعريفه وبيان شروط القيام وإجراءات
الخصومة في حين ان دعاوى الحق لا تستدعي تفصيلا خاصا ضرورة انها تخضع
للقواعد العامة للدعاوى.

الفقرة الأولى - تمييز الدعوى الحوزية عن الدعوى الاستحقاقية

تختلف الدعوى الحوزية عن الدعوى الاستحقاقية اختلافا جوهريا ويتجلى ذلك
في المبني القانوني والطبيعة القانونية لكل واحد وخاصة في أجل القيام الذي أقرّ
لكل دعوى من هذين الدعويين وفي المحكمة المختصة للنظر فيها.

1 - الاختلاف من حيث المبني القانوني :

إن الحماية القانونية التي منحها المشرع للحائز وخول له القيام بالدعوى الحوزية
لطلب الحماية تستند على مجرد التصرف الفعلي في العقار لمدة معينة، وعلى هذا
الأساس يتمتع الحائز الفعلي بحماية ولو لم يكن مالكا وحتى ضد المالك الحقيقي،
وفي هذا الإطار اقتضى الفصل 57 من م.م.م.ت. انه «لا يجوز الحكم في دعوى
الحوز على أساس ثبوت الحق الملكي أو نفيه ولكن للحاكم ان يتأمل من الأدلة
المدلي بها على هذا الحق بقدر ما يفيد فيما يخص الحوز» وبالتالي ان المتمتع
بالحماية في الدعوى الحوزية هو المتصرف الفعلي الذي يمكن ان يكون غير مالك،
وللمالك طرق ووسائل أخرى لطلب الحماية واسترجاع حقه.

2 - الاختلاف من حيث الطبيعة القانونية :

إن الحوز قرينة بسيطة على الملكية، ولذلك فليس المقصود من الدعوى الحوزية
إثبات حق الملكية انما حماية الوضعية الفعلية التي اكتسبها واضع اليد، في حين
ان الدعوى الاستحقاقية تهدف إلى إثبات حق الملكية على العقار بإحدى أسباب
كسب الملكية المنصوص عليها بالفصل 22 من مجلة الحقوق العينية وهي العقد
والميراث والحيازة المكسبة.

3 - الاختلاف من حيث الآجال :

اقتضى الفصل 54 من م.م.م.ت. انه «فيما عدا صورة افتكاك الحوز بالقوة فإنّ
القيام بدعوى الحوز لا يقبل إلا إذا كان الطالب حائزا منذ عام على الأقل حال وقوع
الشغب أو افتكاك الحوز أو إتمام الأشغال التي من شأنها ان ينجر عنها شغب ولم
يسكت مدة عام من بعد وقوع ذلك الشغب أو افتكاك الحوز من يده أو اتمام تلك

الأشغال» ولذلك فإنّ الدعوى الحوزية لا تقبل إلا إذا اثبت الحائز انه تصرف في العقار مدة عام على الأقل وان لا يسكت عن القيام بالدعوى الحوزية مدة تفوق العام من تاريخ وقوع الشغب. والامر مختلف كلياً بالنسبة للدعوى الاستحقاقية ضرورة ان الفصل 45 من مجلة الحقوق العينية اعتبر الحيازة المكسبة سبباً من أسباب كسب الملكية مثل العقد والميراث، لكن للاعتداد بذلك لا بد ان يكون التصرف هادئاً ومشاهداً ومستمراً لمدة لا تقل عن خمس عشر سنة وتخفّض تلك المدة لعشر سنوات بالنسبة لحسني النية أو لمن أُل له الحق بعقد ناقل للملكية لو صدر من المالك الحقيقي.

4 - الاختلاف من حيث مرجع النظر :

إن قاضي الناحية هو المختص بالنظر في الدعوى الحوزية اختصاصاً مطلقاً ويرجع له النظر بقطع النظر عن قيمة العقار. أما الدعوى الاستحقاقية فهي راجعة بالنظر إلى المحكمة الابتدائية ضرورة ان الفصل 40 من الفصل م.م.م.ت. اقتضى ان «المحكمة الابتدائية تنظر ابتدائياً في جميع الدعاوى عدا ما خرج عنها بنص خاص...» وطالما لا يوجد نص خاص أسند النظر في الدعوى الاستحقاقية لأي جهة فإن المحكمة الابتدائية هي المختصة لما لها من اختصاص شامل وان مرد إسناد النظر في الدعوى الحوزية لقاضي الناحية هو رغبة المشرع في تمتيع الحائز بحماية ناجعة وسريعة باعتبار ان إجراءات التقاضي لدى محكمة الناحية سهلة وسريعة وتتلأم والهدف المنشود وهو حماية الوضعيات المكتسبة وضمان الأمن والاستقرار.

الفقرة الثانية - الدعاوى الحوزية :

إن الحماية التي خولها القانون للحائز أساسها طبيعة الدعوى الحوزية ومبناها القانوني وتتجلى هذه الحماية في تعدد الدعاوى الحوزية ومن خلال الشروط المنطبقة على جميعها باعتبارها قواعد عامة والشروط الخاصة بكل صنف من تلك الدعاوى، بالإضافة إلى الآثار العامة للأحكام الصادرة في الدعاوى الحوزية وخاصة قاعدة عدم الجمع بين الدعوى الحوزية والاستحقاقية الدالة على أهمية الحماية، وستتولى تحليل وتفصيل هذه المسائل واحدة واحدة.

1 - الطبيعة القانونية للدعوى الحوزية :

أ - الطبيعة القانونية للدعوى الحوزية :

تعتبر الدعوى الحوزية دعوى عينية عقارية وذات طابع متأكد ضرورة ان الحماية القضائية ممنوحة للمتصرف الفعلي في عقار وخص النظر فيها من طرف قاضي

الناحية المتميز بإجراءات بسيطة وسريعة، كل ذلك بالإضافة إلى ان الحكم له أثر وقتي ولا يصطبغ باتصال القضاء ضرورة ان الحكم الاستحاققي هو الواجب التنفيذ ويلغى آثار الحكم الحوزي.

- دعوى عينية وليست دعوى شخصية :

ان دعوى الحيازة لا تستند إلى تنفيذ التزام أساسه العقد أو القانون بل تتعلق بوضع اليد على عقار أو حق عيني عقاري بموجب الحوز. ولقد تطرق المشرع للطبيعة القانونية لهذه الدعوى صلب الفصل 51 من م.م.م.ت. الذي نص على انه «توصف بدعوى حوزية القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو حق عيني على عقار وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال».

- دعوى عقارية :

أن الدعوى الحوزية شرعت لحماية العقارات سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة ولا يمكن ان تحمي المنقولات لان القاعدة ان من حاز منقولا بحسن نية فهو مالكة أي ان الحيازة في المنقول هي سند الملكية في حين انه بالنسبة للعقارات قد تم التفريق بين ملكية العقار وحوزه.

- دعوى وقتية :

ان العديد من الفقهاء⁽¹⁾ يعتبرون ان الدعوى الحوزية دعوى وقتية والحكم الصادر فيها وقتي كذلك ولا يعتبر قضاء موضوعيا ضرورة ان القاضي لا يعتد بأصل الحق ولا يفصل فيه ولا يتقيد القاضي المتعهد بقضية استحقاقية بالحكم الحوزي الرامي إلى تحديد مركز الخصوم تحديدا مؤقتا حماية لصاحب الحق الظاهر. ولقد ذهب فريق آخر من الفقهاء⁽²⁾ إلى اعتبار ان دعاوى الحيازة هي دعاوى موضوعية والحكم الصادر فيها هم حكم موضوعي ضرورة ان القانون يحمي الحيازة باعتبارها مركزا قانونيا مستقلا عن الملكية، لكن أيا كانت طبيعة هذا المركز فإن الحماية وقتية وتنتهي بصدور الحكم الموضوعي لصاحب الحق أي المالك.

ب - الأساس القانوني :

إن الغايات الاجتماعية والاقتصادية التي يحققها استقرار الوضعيات هي سبب الحماية القضائية للحوز بالإضافة إلى ومثل ما هو متفق عليه في جل التشريعات الحديثة أن للملكية وظيفة اجتماعية، ولذلك فإن الأولى بالتصرف في العقارات من يبذل مجهودات في خدمتها واحياها عوضا عن مالكةا الذي تخلى عنها وسبب

(1) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 180.

(2) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 109.

خسارة للمجموعة الوطنية وقد أيد فقهاء القانون هذا التمشي لأنهم يعتبرون ان حماية الحائز هي في الواقع حماية لصاحب الحق ضرورة انه غالبا ما يكون الحائز هو المالك الشرعي وعلاوة إلى ذلك إن حماية الحيازة تترجم في الواقع على حرص المشرع في حماية الوضعيات المكتسبة لان في ذلك حفاظ على النظام والاستقرار ولقد كيف المشرع الحماية وفق الظروف الواقعية للحالة وتبعاً لذلك تعددت أنواع الدعاوى الحوزية.

2 - أنواع الدعاوى الحوزية :

يتبين من الفصلين 51 و 52 من م.م.م.ت. ان الدعاوى الحوزية تنقسم إلى ثلاثة أنواع وهي دعوى كف الشغب ودعوى تعطيل الأشغال ودعوى استرجاع الحوز المفتك بالقوة.

أ - دعوى كف الشغب :

ان الشغب هو كل واقعة مادية أو قانونية تتضمن مباشرة أو بطريق غير مباشر ادعاء يتعارض مع حيازة الحائز وهو ما نص عليه الفصل 53 من م.م.م.ت. عندما اقتضى ان «الشغب في هذا الموضوع هو كل أمر ينجر منه رأساً ومن نفسه أو بطريق الاستتاج دعوى مخالفة لحوز الغير».

ويتضح من ذلك ان الشغب اللازم لنشأة الحق في الدعوى ان يكون ماديا وفي ذات الوقت قانونيا ويكون الشغب ماديا عندما ما يتعارض مع الحائز ومن أمثلة ذلك إقامة بناء أو زراعة الأرض. في حين ان الشغب القانوني هو كل عمل قانوني غير مصحوب بعمل مادي الا انه يتضمن ادعاء يعارض حيازة الحائز ومن أمثلة ذلك إرسال إنذار إلى متسوغ عقار بعدم دفع معينات الكراء للمسوغ بل له بوصفه المالك الحقيقي. وان الأعمال المذكورة سواء كانت مادية أو قانونية لا تمثل شغبا الا إذا تضمنت ادعاء حيازة أو حق حيازة يتعارض مع حيازة الحائز ولذلك إذا لم تتضمن مثل هذا الادعاء فلا تكفي لنشأة دعوى كف الشغب، ومن أمثلة ذلك دخول شخص إلى بستان جاره وقطف كمية من الثمار. ان هذا الفعل تنشأ عنه دعوى التعويض ولا ينشأ دعوى كف الشغب.

ب - دعوى تعطيل الأشغال :

إن دعوى تعطيل الأشغال خولها المشرع بموجب الفصل 51 من م.م.م.ت. لكل شخص له مصلحة في وقف أعمال شرع في تنفيذها الغير ومن شأنها لو تمت ان تكون له شغبا. والشروع في الأشغال لا يتكون منه الفعل، ولكن الشغب محتمل الوقوع في المستقبل وان هدف هذه الدعوى ليس إزالة الشغب إنما الحيلولة دون

حدوثه وذلك بوقف الأشغال التي بدأ في تنفيذها وتكون بذلك الدعوى وقائية وحمائية ضرورة انه لا يشترط حصول ضرر عند القيام ومن أمثلة ذلك شروع الجار في إقامة حاجز بأرضه من شأنه ان يمنع مياه السقي من المرور إلى الجار لو وقع إتمام هذا الحاجز نهائيا.

ج - دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة :

أن دعوى الاسترداد تفترض قيام الغير بافتكاك حوز العقار من المتصرف فيه باستعمال القوة في هذه الحالة يمكن للحائز القيام لاسترجاع عقاره كما يمكنه القيام بدعوى جزائية على أساس الفصل 255 من المجلة الجنائية المتعلق بزجر جنحة افتكاك الحوز بالقوة وان الخيار الممنوح للحائز تبرره رغبة المشرع في الحماية الفردية وكذلك حماية النظام العام وتدارك الوضعيات غير الشرعية.

3 - شروط الدعوى الحوزية :

لقد اقر المشرع شروطا عامة بكل الدعاوى الحوزية وافرد كل نوع بشروط خاصة به.

أ - الشروط العامة للدعوى الحوزية :

اقتضى الفصل 51 من م.م.م.ت. انه «توصف بدعوى حوزية القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو حق عيني عقاري وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال».

ويفهم من الفصل المذكور ان المشرع حدد ثلاثة شروط لقبول الدعوى الحوزية وهي ان يتم القيام من قبل الحائز (أولاً) وان يكون موضوع الدعوى عقارا أو حقا عينيا (ثانيا) وان يكون الهدف هو حماية الحوز (ثالثا).

أولاً - مفهوم الحوز :

إن الحوز موضوع الحماية القانونية هو الذي يتوفر فيه كل من العنصر المادي والمعنوي ومن المفروض ان يكون الحائز واضعا يده على العقار ومتصرفا فيه تصرف المالك في ملكه ولقد تبني المشرع هذا المنحى وخول القيام بالدعوى الحوزية لمن كان حائزا لعقار أو حق عيني عقاري وهو ما أوجبه الفصل 51 م.م.م.ت. عندما تحدث عن العنصر المادي، في حين اشترط الفصل 54 من نفس المجلة توفر العنصر المعنوي عندما أوجب ان يكون التصرف تصرف المالك في ملكه وان يكون العنصر المعنوي شرطا لازما لصحة القيام. غير انه في بعض الأحيان قد يحدث ان لا يتوفر في المعنى بالأمر الا العنصر المادي فيعتبر أصحاب النظرية المادية ان الحائز يستحق الحماية ويعتبر أصحاب النظرية الشخصية انه لا يستحقها لأنه مجرد حائز عرضي.

1) الحائز الأصلي :

أن الحائز الأصلي يمكن ان يكون حائزا بنفسه أو حائزا على الشيعاء في حقه وحق بقية الشركاء أو حائزا لعقار معقول أو تم انتزاعه.

2) الحائز لنفسه :

عندما يكون الحائز مباشرا للحوز لنفسه ولمنفعته الشخصية نكون اقرب إلى الحالة العادية المطابقة مع النظرية الشخصية التي تبناها المشرع باعتبار ان الحائز لنفسه هو الذي توفر فيه العنصر المادي لتصرفه في العقار شخصيا وظهوره مظهر المالك للعقار وهذه الوضعية لا تثير إشكالات خاصة، إنما وجود الحائز لنفسه في بعض الوضعيات الخاصة هو الذي يثير شيئا من الصعوبة كأن يكون حائزا على الشيعاء أو إذا استهدف العقار الذي يتصرف فيه إلى عقلة عقارية أو انتزع منه لفائدة المصلحة العامة.

أولا - الحائز على الشيعاء :

أن الحائز الذي يكون شريكا في عقار واحد يتصرف في حدود منابه وكذلك بقية الشركاء ويعتبر كل واحد حائزا اصليا بصفة مباشرة ويمكنه القيام ضد الغير أو ضد أحد الشركاء.

* القيام ضد الغير :

يمكن للحائز القيام ضد الغير لكن من الوجوبي التفريق بين الحالة التي يكون فيها الحوز بين شريك واحد والحالة التي يكون فيها الحوز بين كافة الشركاء.

فإذا كان الشريك حائزا لجزء معين من العقار واستوفى حوزة جميع شروطه القانونية فإنه بإمكان الشريك القيام ضد الغير المشاعب حتى وان كان تصرفه في جزء يفوق منابه الشرعي أو الاتفاقي ضرورة ان الدعوى الحوزية ليس من شروطها ثبوت الملكية بل التصرف المادي. أما إذا كان الحوز بيد كافة الشركاء فإنه بإمكان كل واحد القيام لصد شغب الغير، كما انه بإمكانهم القيام جماعة والقيام الفردي من طرف شريك واحد مقبول طالما كان حائزا للعقار وتوفر في حوزة العنصران المادي والمعنوي.

* قيام الشركاء على بعضهم :

يمكن لاحد الشركاء القيام ضد شريك واحد أو ضد مجموعة من الشركاء من أجل مشاغبته في التصرف في منابه على الشيعاء ضرورة ان لكل شريك الحق في التصرف في حصته من العقار دون الأضرار ببقية الشركاء. كما يمكن لشريك واحد القيام ضد كافة الشركاء إذا كان حائزا لكامل العقار المشترك، ويقبل هذا القيام شريطة إثبات انه كان المتصرف الوحيد تصرف المالك في كامل العقار لان العبرة

في قبول الدعوى ليس في ثبوت حق الملكية إنما في توفر شروط الحيازة والشركاء باقون على حقهم في القيام بدعوى استحقاقية ضد شريكهم أو في طلب قسمة العقار، أما إذا كانت الحيازة للحساب الخاص وفي حق بقية الشركاء فإنه لا يجوز القيام بالدعوى الحوزية لانه في هذه الحالة يعتبر الشركاء حائزين بواسطة المتصرف مثلما خول ذلك الفصل 52 من م.م.ت.

ثانيا - الحائز المعقول عنه :

يمكن ان تتم عقلة العقار الذي في تصرف الحائز ويعمد شخص إلى مشاغبه في المدة الفاصلة بين تاريخي إجراء العقلة وبيع العقار قضائيا فهل يمكن في هذه الصورة القيام بالدعوى الحوزية ؟ ان الأمر يستدعي التفريق بين أنواع العقل.

* العقلة التحفظية :

ان تسليط عقلة تحفظية على عقار ليس من أثاره خروج العقار المعقول من الذمة المالية للمعقول عنه لان هدف هذه العقلة وقائي ويبقى الحائز متصرفا في العقار بعنصره المادي والمعنوي، وتبعاً لذلك يمكنه القيام على الغير لكف الشغب.

* العقلة التنفيذية :

إن من بين أثار العقلة التنفيذية خروج ملكية العقار المعقول من الذمة المالية للمدين من تاريخ إجراء العقلة، ولذلك فإنه لا يمكن للحائز المعقول عنه القيام بدعوى حوزية في المدة الفاصلة بين إجراء العقلة والبيع القضائي باعتبار ان التصرف المادي للحائز مجرد عن الركن المعنوي. غير ان بعض الفقهاء ذهبوا إلى خلاف هذا الرأي معللين رأيهم بالارتكان إلى مقتضيات الفصل 114 من م.م.ت. الناص على ان العقار يبقى في حوزة من يتصرف فيه بوصفه مؤتمنا عدليا⁽¹⁾ ولقد فند الأستاذ الغزواني هذا المنحى معتبرا ان «وجه تصرف الحائز في العقار المعقول هو تصرف بوجه خاص وليس تصرفا مطلقا لان الفصل 414 جعل منه مؤتمنا عدليا مع ما يترتب عن هذا التكليف من مسؤولية الحفظ وبالتالي لم يترك النص الا التصرف المادي فقط بينما لا تحمي الدعوى الحوزية الا المتصرف في العقار بوجه الحوز أي توفر العنصر المادي والمعنوي في ذات الوقت»⁽²⁾.

(1) عمر بوقديدة : «الدعوى الحوزية»، ص. 16 - مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - تونس 1981.

(2) نور الدين الغزواني : «الإجراءات المدنية والتجارية»، دروس مرقونة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 1983.

ثالثا - انتزاع العقار لفائدة المصلحة العامة :

لقد خول القانون انتزاع العقارات لفائدة المصلحة العامة وأقر إجراءات للتحوذ بها، غير انه في المدة الفاصلة بين تاريخ صدور أمر الانتزاع والتحوذ الفعلي بالعقار هل يمكن للحائز القيام بدعوى كف الشغب؟ لقد سبق للمحاكم ان أبدت رأيها بخصوص هذا الاشكال واعتبرت محكمة التعقيب انه بإمكان الحائز القيام ضد المشاغب لان الفصل الثاني من الأمر المؤرخ في 9 مارس 1939 اقتضى ان صاحب العقار يبقى حائزا ما لم يتم دفع قيمة العقار أو تأمينها⁽¹⁾ وان هذا التمشي يبدو مخالفا للقانون ضرورة ان الفصل 12 من قانون الانتزاع اقتضى ان ملكية العقار المنتزع تنتقل للمنتزع لفائدته بمجرد صدور أمر الانتزاع وبذلك يصبح الحوز مجردا من عنصره المعنوي، ولذلك لا يمكن بعد صدور أمر الانتزاع ان يظهر المنتزع منه مظهر المالك لان العبرة في الركن المعنوي للحوز هو تصرف الحائز كما لو كان مالكا للعقار وظهوره للغير في مظهر المالك حتى يذهب في اعتقاد كافة الناس انه المالك الحقيقي، وفي صورة الانتزاع اصبح الغير على علم به بعد حصول الإشهار ولا يمكن القول ببقاء العنصر المعنوي في جانب الحائز.

2 - الحائز بواسطة الغير :

إن الفصل 52 من م.م.م.ت. اجاز القيام بالدعوى الحوزية لمن هو حائز بنفسه أو بواسطة غيره وهو ما يتوافق ومفهوم الحوز الوارد تعريفه بالفصل 38 من مجلة الحقوق العينية، الذي اقتضى ان «الحوز سيطرة فعلية لشخص بنفسه أو بواسطة على حق أو شيء».

وان الحائز بواسطة يعتبر حائزا اصليا ويكتسي حوزة مظهرين أولهما عند إحالة التصرف للغير والاحتفاظ بالركن المعنوي للحوز والمثال المستعمل غالبا هو التسويغ إذ يعتبر المسوّغ هو الحائز الأصلي والمتسوّغ الذي بيده التصرف الفعلي فهو الوساطة التي تجسم حوز المسوّغ. واما المظهر الثاني فهو توفر العنصر ان المادي والمعنوي في الحائز لكن لمدة غير كافية أي أن الشروط المقررة بالفصل 54 من م.م.م.ت. لم تكتمل وذلك بعدم التصرف في العقار مدة سنة كاملة لتحصل الحماية القضائية، في هذه الحالة أجاز القانون للحائز ضم حوز من سبقه ومثال ذلك اعتداد الوارث بالمدة التي تصرف خلالها مورثه في العقار وكذلك المشتري بوصفه خلفا خاصا للبائع.

(1) القرار التعقيبي الصادر في 17 جوان 1976 تحت عدد 314 - نشرية محكمة التعقيب.

1 - الحائز العرضي :

إن الوضعية القانونية للحائز العرضي رهينة النظرية المتبناة من طرف المشرع في مادة الحوز باعتبار انه توجد نظريتان أولاها مادية والثانية شخصية والنظرية المادية تعتمد على التصرف الفعلي في العقار وهو كاف للتمتع بالحماية القضائية، في حين ان النظرية الشخصية فإنها تقوم على توفر العنصرين المادي والمعنوي في الحوز وبذلك لا يجوز للحائز العرضي القيام بالدعوى الحوزية والتمتع بالحماية القضائية، وهذا التمشي واضح في كل القوانين ومن ذلك الفصل 752 من المجلة المدنية الذي اقتضى انه «إذا قام قائم على المكتري بقصد إلزامه بتخلية العين كلها أو بعضها أو بترتيب حق عقاري عليها وجب عليه ان يعلم المؤجر بذلك فورا وليس له ان يفوت شيئا من الحوز الذي بيده والخصومة لا تكون الا مع المالك وللمكتري ان يحضر المرافعة».

ورغم ذلك يرى البعض انه بإمكان الحائز العرضي القيام بالدعوى الحوزية في صورة افتكاك الحوز بالقوة⁽¹⁾ ويستند هذا الرأي على تأويل الفصل 255 من المجلة الجنائية المتعلق بعقاب جريمة افتكاك الحوز بالقوة ضرورة ان هذا النص خول للمتضرر الذي يريد استرجاع حوز العقار المفتك بالقوة انتهاج إحدى المسلكين أولهما القيام بالحق الشخصي في نطاق الدعوى الجزائية أو القيام لدى المحكمة المدنية وطلب استرجاع العقار. وان هذا الرأي يناقض النصوص المنظمة للحوز ضرورة انه للقيام بدعوى حوزية يجب ان تتوفر الشروط فيماكانه ان يسلك الطريق الجزائي ويقوم بالحق الشخصي في إطار الدعوى الجزائية والمطالبة باسترجاع حوزه لان الفصل 255 من المجلة الجنائية لم يضع شروطا خاصة قصد تمكين الحائز من استرجاع حوزه ويعتبر هذا النص عاما منطبقا على كل حالات افتكاك الحوز بالقوة سواء كان الحائز حائزا اصليا أو حائزا عرضيا.

أ - خصائص الحوز :

اقتضى الفصل من 54 من م.م.م.ت. فيما يتعلق بخصائص الحوز ما يلي «إذا كان الحوز مستمرا بدون التباس ولا انقطاع ولا شغب بصفة مالك».

ويستخلص من الفصل المذكور ان الحوز ليكون محل حماية قضائية يجب ان تتوفر فيه شروط الاستمرار وانعدام الشغب وبصفة مالك وستعرض لكل نقطة تفصيلا.

(1) عمر بوقديدة : «الدعوى الحوزية»، مذكرة الحصول على شهادة الدراسات المعمقة - كلية الحقوق بتونس 1981 - ص. 96.

1) استمرار الحوز :

إن الهدف من هذا الشرط هو حرص المشرع على ان يكون الحائز مباشرا لحوزه بصفة متواصلة وذلك لا يعني الحضور كامل الوقت بل الممارسة للتصرف حسب طبيعة العقار. فالعقار الفلاحي يستدعي الحراثة والزرع في أوقات معلومة وجني الثمار عند نضجها.

2) عدم التباس الحوز :

إن عدم الالتباس يقتضي ان يتصرف الحائز في العقار دون شبهة أي ان يكون تصرفه فرديا ولحسابه دونما أي شريك آخر، والناس يعرفون ان هذا التصرف لخاصة نفسه. أما إذا كان العقار مشتركا وانجر للشركاء بموجب الارث فإن تصرف أحد الورثة لا يعني انه الوحيد الذي يستحق الحماية القضائية بموجب الدعوى الحوزية بل كل الشركاء ضرورة ان تصرفه كان في حقه وفي حق بقية الشركاء، وطالما لم يثبت إنتقال الملكية له بمفرده فالاصل أن يبقى ما كان على ما كان والحوز هو لصالح كل الورثة، وهذا ما جعل المحاكم ترفض دعوى الشريك على الشيع الذي يدعي التصرف والحوز لخاصة نفسه على أساس الالتباس في حوزة.

3) الحوز غير المنقطع والخالي من الشغب :

إن هذا الشرط يفيد ان يكون الحائز قد تصرف في العقار المدة القانونية تصرفا هادئا ودون ان يتعرض إلى إحداث الشغب من قبل خصمه أو من الغير باعتبار ان ذلك الشغب قاطع لمدة الحوز مؤثر على طبيعة الحوز الذي لم يعد هادئا، ويكون هذا الشغب ماديا قاطعا لمدة الحوز وكذلك قانونيا ومنتجا لنفس الأثر كأن يتم القيام بدعوى حوزية أو استحقاقية.

4) الحوز المشاهد :

الحوز المشاهد هو الظاهر والبادي لكل الناس وذلك بان تكون الأعمال علنية وليست خافية، ومرد ذلك ان يستطيع من يعارض بالحيازة العلم بها ومنازعتها ان أراد وسكوته يعتبر تسليما بها وبذلك انه كاف ان تكون من العلانية بما لا يستطيع المالك العلم بها ومن ثم انكارها. على ان بعض الحقوق قد لا تقبل بطبيعتها سوى الحيازة غير المستمرة أو الحيازة الخافية ومن ذلك الارتفاقات غير المستمرة كحق المرور والسقي وعندئذ لا تكون حيازته محلا للحماية القضائية بدعاوى الحيازة مما جعل المشرع يوجب اثبات هذا الحق بسند اتفاقي أو قانوني. واذا كان السند اتفاقيا فيجب ان يكون صادرا من المالك، اما إذا كان أساس الارتفاق هو القانون فلا بد ان يتثبت القاضي من توفر الشروط التي يوجبها القانون لنشأة الارتفاق.

5) الحوز بصفة مالك :

إن الدعوى الحوزية شرعت لحماية الحائز بصرف النظر عن صفته كمالك ويكفي توفر الشروط القانونية لقبول الدعوى ضرورة انه لو اشترط توفر صفة المالك لدى الحائز لا صبحت الدعوى الحوزية لا جدوى من ورائها، في حين ان مقصد المشرع انصب على حماية الحائز ولئن لم يكن مالكا وان المقصود من هذا الشرط هو تحقيق الركن المعنوي في الحوز ولا يحصل ذلك إلا إذا ظهر الحائز في مظهر المالك عند تصرفه في العقار وهذا دليل آخر على تبني المشرع للنظرية الشخصية للحوز التي توجب توفر الركنين المادي والمعنوي.

ب - أجل القيام بالدعوى الحوزية :

اقتضى الفصل 54 من م.م.ت. انه «فيما عدا صورة افتكاك الحوز بالقوة فإن القيام بدعوى الحوز لا يقبل إلا إذا كان الطالب حائزا منذ عام على الأقل حال وقوع الشغب أو افتكاك الحوز أو اتمام الأشغال التي من شأنها ان ينجر عنها شغب ولم يسكت مدة عام من بعد وقوع الشغب أو افتكاك الحوز من يده أو اتمام تلك الأشغال...».

يستنتج من الفصل المذكور ان المشرع قد فرق بين المدة القانونية للحوز التي تخول القيام بالدعوى الحوزية والتمتع بالحماية القضائية وبين أجل سقوط القيام بالدعوى الحوزية، كما ان صورة افتكاك الحوز بالقوة هي مستثناة من الحالات العامة للدعاوى الحوزية ويجدر التساؤل عن دعوى استرجاع الحوز بالقوة فهل هي غير خاضعة لنفس الآجال؟

1) مدة الحوز :

يبدو واضحا من أحكام الفصل 54 المذكور سلفا انه باستثناء صورة افتكاك الحوز بالقوة فإن القيام بالدعوى الحوزية لا يقبل الا إذا ثبت حوز المدعي للعقار على الأقل مدة عام قبل حدوث الشغب، وتبعاً لذلك فإن الحوز الذي يتمتع بالحماية القانونية هو الذي يتوفر فيه حد أدنى من الاستقرار والاستمرارية. وأجل العام من شأنه إجبار الحائز على التصرف الفعلي في العقار، الا أن ذلك لا يعني ان يكون التصرف شخصيا بل بإمكان الحائز ان يضم حوز من سبقه سواء كان البائع أو المورث أي بوصفه خلفا خاصا أو عاما وإثبات ذلك يكون بكل الوسائل ضرورة ان قاضي الناحية يتوجه على عين العقار بالضرورة للقيام ببحث حوزي.

2) أجل سقوط حق القيام بالدعوى الحوزية :

اقتضى الفصل 54 من م.م.ت. انه لقبول الدعوى الحوزية لا بد ان يثبت المدعي انه حاز العقار لمدة عام على الأقل وان يرفع دعواه خلال العام الموالي

لمشاغبته وعدم احترام هذا الأجل يعرض الدعوى للسقوط،⁽¹⁾ وي طرح هذا الأجل اشكالات أخرى تتعلق بالاستثناء الوارد بالفصل 54 بخصوص افتكاك الحوز بالقوة وكذلك بتحديد بداية سريان أجل السقوط.

- دعوى استرجاع الحوز المفتك بالقوة :

إن المشرع قد استثنى حالة افتكاك الحوز بالقوة من شرط الخضوع لآجال معينة سواء بخصوص مدة الحوز أو أجل القيام بدليل انه استعمل صيغة « فيما عدا صورة افتكاك الحوز بالقوة » التي تفيد الاستثناء، وبذلك يبدو واضحا ان المشرع لم يوجب ان يكون حوز المدعي قد دام سنة كاملة ومن الممكن ان تكون المدة اقل، كما لم يوجب ان يقع القيام بدعوى استرجاع الحوز المفتك بالقوة في أجل لا يزيد عن العام من تاريخ الافتكاك. وبالتالي إذا تعلق الأمر بافتكاك حوز بالقوة فإن شرط الأجل غير واجب التوفر، الا ان هذا الرأي ولئن بدا منطقيا فإنه يكتفه بعض من الغموض بدليل ان المشرع وبنفس الفصل 54 تحدث عن احتساب مدة الحوز وقرر بدايتها من تاريخ افتكاك الحوز واحتساب سقوط الدعوى من تاريخ الافتكاك أيضا ولذلك فإنه لا يوجد استثناء وتراجع عنه المشرع، غير انه يمكن القول في إطار الدعوى الجزائية واذا حكم على المتهم وقام المتضرر بالحق الشخصي يمكن للمحكمة ان تقضي باسترجاع العقار وفي هذه الصورة لا تتقيد المحكمة بآجال الدعوى الحوزية، اما إذا كان القيام أمام محكمة الناحية فإنه لا وجود لاستثناء وتطبق المحكمة الآجال على كل الدعاوى الحوزية.

- تحديد بداية سريان أجل القيام :

ان احتساب أجل القيام يبدأ في الحالات العادية من يوم وقوع الشغب للحائز ولكن في واقع الأمر كثيرا ما يكون هذا الشغب متكررا أو على مرات متتالية، والاشكال المطروح يتمثل في معرفة بداية سريان الأجل، أيكون من تاريخ وقوع أول شغب أو تاريخ حصول آخر شغب ؟

ذهب الفقهاء⁽²⁾ إلى أن مدة السنة لا تحسب إلا من آخر واقعة تعدي على الحياة وسندهم في ذلك ان كل واقعة تعدي تنشأ حقا في الدعوى فلا ينقضي هذا الحق الا بانقضاء مدة سنة من آخر واقعة الا ان الرأي الراجح هو ان أجل السنة يبتدىء من أول واقعة تعتبر تعديا ضرورية انه بانقضاء عام من حصول الواقعة دون ان يرفع المعتدى عليه دعوى تبين عدم الحاجة إلى الحماية القضائية للحياة وعدم خطورة التعدي

(1) ويرى فقهاء آخرون مثل موريل وفتحي والي ان الأجل ليس اجلا مسقطا بل أجل تقادم خاضع للقطع والتعليق ولا يثيره القاضي من تلقاء نفسه.

(2) رمزي سيف - المرجع السابق ص. 157.

أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية والتجارية» - دار المعارف الاسكندرية.

على الأمن والسلام علاوة على ان دعوى الحيازة تنشأ منذ أول تعدي ويجب ان تحسب مدة العام منذ نشأة الدعوى⁽¹⁾ وهذا الرأي يفترض ان الوقائع المتتابعة ولئن كون كل منها اعتداء يبرر رفع الدعوى فهي وقائع مرتبطة وتنشأ عنها حالة اعتداء مستمرة صادرة من شخص واحد وبالتالي تنشأ دعوى واحدة لها صفة مستمرة وذلك من حصول أول اعتداء.

ج - الشروط الخاصة بكل واحدة من الدعاوى الحوزية :

ان الاعتداء الذي يحدث للحيازة قد يكون حالا وقد يكون محتملا فإذا كان حالا وسواء كان ماديا أو قانونيا يخول القيام بدعوى كف الشغب أو دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة أما إذا كان الاعتداء غير حال ولكنه محتمل الوقوع فإن الحائر بإمكانه القيام بدعوى تعطيل الأشغال.

1 - دعوى كف الشغب :

من المعلوم انه بالإضافة إلى الشروط العامة الواجبة التوفر لقبول الدعوى الحوزية لا بد ان يرتكز القيام بدعوى كف الشغب على وجود شغب سواء كان ماديا أو قانونيا من الغير وهذا الشغب يجب ان يكون حصل بالفعل أي قائما في الحال والغرض من ذلك هو التوصل إلى التمييز بين دعوى الشغب التي حصل من جرائها الضرر ودعوى تعطيل الأشغال التي تفترض حصول ضرر فعلي عند القيام، اما الشرط الثاني فهو يتعلق بطبيعة الشغب الذي تم تعريفه بكونه كل عمل ارادي فيه معارضة لحوز الحائر، ويكون الشغب ماديا أو قانونيا ومثال ذلك مطالبة الغير المتسوغ عقار من الحائر بان يدفع له معينات الكراء بدعوى انه المالك الشرعي للعقار، ونتيجة لذلك يعلم المتسوغ المالك الذي له حق القيام بدعوى كف الشغب لأنه كما سبق وقلنا ان الخصومة لا تكون الا مع المالك ولا يمكن للمتسوغ القيام بنفسه ضرورة ان المالك هو المجرى بضمان التصرف في المكري.

2 - دعوى تعطيل الأشغال :

الحائر الذي تتوفر فيه الشروط العامة المذكورة سلفا يمكنه القيام بدعوى تعطيل الأشغال لحماية حيازته من اعتداء محتمل على حيازته وهذا ما يميز هذا الدعوى عن بقية الدعاوى الحوزية وهذه الدعوى وقائية تهدف إلى التوقي من تعرض محتمل الوقوع ومثال ذلك إذا كان لشخص حق ارتفاق بالكشف على عقار جاره، وشرع الجار في بناء حائط من شأنه لو ارتفع ان يحول دون ممارسة الحق ويكون تبعا لذلك

(1) تعقيب مدني فرنسي 16 ديسمبر 1929 - مجلة القصر 1930 - 1-100، ص. 229.

للحائز الحق في رفع دعوى لتعطيل الأشغال وتفترض هذه الدعوى الشروع في الأشغال على عقار المعتدي، ذلك انه لو شرع في الأشغال على عقار الحائز فإن الدعوى تكيف بكونها دعوى كف شغب وان تكون الأشغال لو تمت مكونة لشغب يحول دون الحيابة وبذلك يكون الفعل اعتداء محتملا على الحيابة وكذلك ان لا يتم العمل، فلو تم لعد اعتداء حالا ويكون للحائز الحق في القيام بدعوى كف الشغب.

3 - دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة :

أن دعوى استرداد الحوز بالقوة شرعت لحماية النظام العام أكثر من حماية المتضرر من الافتكك مما جعل الفقهاء يتساءلون عن الفائدة من اعتبارها من الدعاوى الحوزية وجعلها متميزة شريطة استعمال القوة من الغير لافتكك الحوز من صاحبه، غير انه يجدر التساؤل عن طبيعة القوة المستعملة ؟ ان هذه القوة يجب لتؤخذ بعين الاعتبار ان يكون استعمالها ماديا ومباشرا وان كل أعمال الاكراه التي تؤثر على إرادة الحائز تعتبر من قبيل استعمال القوة.

وبالإضافة إلى ذلك هل تخضع هذه الدعوى للأجال المذكورة بالفصل 54 من م.م.م.ت. أي ان مدة الحوز يجب ان لا تقل عن عام ويجب القيام بالدعوى قبل مضي عام من تاريخ الافتكك.

لقد سبق وان قلنا ان أحكام الفصل 54 من م.م.م.ت. متضاربة ففي حين تستثني الفقرة الأولى دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة من الشروط العامة تأتي الفقرة الثانية لتقر ان بداية احتساب الأجل تبتدىء من تاريخ الافتكك، وبذلك يبدو واضحا ان المشرع لم يستثني الدعوى من الشروط المقررة للقيام بالدعوى الحوزية، إنما جرم الافتكك بالقوة وقرر عقوبة لمقترفه، وبالتالي ان الحكم الجزائي لا حجية له لخضوع الفرع المتعلق بالحوز من عدمه لان ذلك من الاختصاص الحكمي الراجع لولاية محكمة الناحية ولا يمكن حتى للمحكمة الابتدائية ان تتعاطى النظر فيه إلا بوصفها محكمة استئناف. ولذلك انه من الضروري ان يتدخل المشرع لتعديل الفصل 54 من م.م.م.ت. ورفع اللبس عن مقتضياته وذلك بالتخلي عن هذا الاستثناء طالما ان افتكك الحوز بالقوة تجرمه أحكام القانون الجزائي إذ لا يعقل ان يحظى بالحماية القضائية من لا تتوفر فيه شروط القيام بالدعاوى الحوزية أي أن يكون حوزه مشاهدا وهادئا وبدون شغب على الأقل مدة عام وان لا يسكت عن الشغب أيضا طيلة عام، وإذا ما حولنا للمحكمة الجزائية أن تخرق هذه القاعدة فقد ساهمنا في عدم تطبيق القانون بطريقة مساوية على كل المواطنين وهو ما يتناقض مع عمومية القاعدة القانونية وتطبيقها على كل المتقاضين مع احترام مبدأ المساواة.

4 - عدم الجمع بين الدعوى الحوزية والدعوى الاستحقاقية :

إن هذه القاعدة ترمي إلى إبراز رغبة المشرع في حماية الحيابة باعتبارها مركزاً قانونياً مستقلاً عن الحق الموضوعي أي الملكية. ولذلك لا يجوز الخلط بين الحماية المقررة للحيابة وتلك التي قررت للحق. ولا يجوز أن يؤدي وجود هذه الحماية الأخيرة إلى عدم التمتع من حماية الحيابة.

وتجسماً لهذا التمشي وقع إقرار المبدأ بالفصلين 57 و 58 من م.م.م.ت. فلقد نص الفصل 57 أنه «لا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت الحق الملكي أو نفيه ولكن للحاكم أن يتأمل من الأدلة المدلى بها على هذا الحق بقدر ما يفيد منه فيما يخص الحوز» ونص الفصل 58 على أن «القائم بدعوى الاستحقاق لا يقبل منه القيام بدعوى الحوز على أساس شغب أو افتكاك حوز متقدمين عن قيامه بدعوى الاستحقاق.

ودعوى الاستحقاق التي رفعها المقام عليه بدعوى الحوز قبل القيام عليه بهذه الدعوى لا تأثير لها على دعوى الحوز.

ومن وقع القيام عليه بدعوى الحوز لا يمكنه القيام بدعوى استحقاقية إلا بعد البت في دعوى الحوز وليس له في صورة صدور الحكم ضده في الدعوى المذكورة أن يقوم بدعوى استحقاقية إلا بعد أن يدعن لما اقتضاه ذلك الحكم».

ويستتج من الفصلين المذكورين أن مبدأ عدم الجمع بين الدعويين يلزم الأطراف كما يلزم القاضي.

أ - إلزام الطالب في الدعوى الاستحقاقية بعدم الجمع بين الدعويين :

اقتضت الفقرة الأولى من الفصل 58 من م.م.م.ت. أن «القائم بدعوى الاستحقاق لا يقبل منه القيام بدعوى الحوز على أساس شغب أو افتكاك حوز متقدمين عن قيامه بدعوى الاستحقاق».

ويستخلص من الفقرة المذكورة أن المشرع حصر صراحة على القائم بدعوى استحقاقية القيام بعد ذلك بدعوى حوزية، ومعنى ذلك أن من تعرض لشغب وقام مباشرة بدعوى استحقاقية بهدف إثبات ملكيته فإنه يعتبر قد عدل ضمناً عن القيام بالدعوى الحوزية، إلا أن هذا العدول لا يعد إقراراً بأن حيابة العقار راجعة لخصمه أو تسليمها منه بعدم الاعتداد بالحيابة ويمكنه حتى الاستناد على الحيابة المكسبة لإثبات ملكيته وهذا التحجير لا يسري على المطلوب الذي يحتفظ بحقه في القيام

بدعوى حوزية سواء كان الشغب متقدما أو لاحقا لنشر الدعوى الاستحقاقية، وكذلك المدعي في الدعوى الاستحقاقية لا يحرم من القيام بدعوى حوزية إذا كان الشغب لاحقا لقيامه بدليل ان الفصل 58 من م.م.م.ت. حصر التحجير عندما يكون الشغب متقدما للقيام بالاستحقاق، ولو أراد المشرع خلاف ذلك لترك النص مطلقا، اما وقد حصره في الشغب المتقدم فلقد أراد عدم حرمان المعتدى عليه من الحماية الحوزية التي تمتاز بالسرعة والنجاعة ما دام قيامه بالدعوى الاستحقاقية لم يكن اختيارا من باب التفضيل عن الدعوى الحوزية.

ب - الزام المطلوب في الدعوى الحوزية بعدم الجمع بين الدعويين :

اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 58 من م.م.م.ت. ان «دعوى الاستحقاق التي رفعها المقام عليه بدعوى الحوز قبل القيام عليه بهذه الدعوى لا تأثير لها على دعوى الحوز».

ويخلص من الفقرة المذكورة ان القيام بدعوى استحقاقية ضد أحد الخصوم لا يمنع الطرف الآخر من القيام بدعوى حوزية ولا مجال لتطبيق مبدأ عدم الجمع بين الدعويين ولا يمكن معارضة المدعي في الدعوى الحوزية بعدوله الضمني عنها كما هو الحال بالفقرة الأولى من الفصل 58 من م.م.م.ت. بدليل انه لم يبادر بالقيام بالدعوى الاستحقاقية ولا يمكن ان يحرم من الحماية القضائية المقررة للحائز وان يسكت عن الاعتداء عن العقار الذي بحيازته لمجرد قيام المشاغب بدعوى استحقاقية، ويعد ذلك حرصا من المشرع على التفريق بين الدعوى الحوزية والدعوى الاستحقاقية وحماية الحائز حتى وان لم يكن مالكا شرعيا. كما اقتضت الفقرة الثالثة من الفصل 58 من م.م.م.ت. على «ومن وقع القيام عليه بدعوى الحوز لا يمكنه القيام بدعوى استحقاقية الا بعد البت في دعوى الحوز وليس له في صورة الحكم ضده في الدعوى المذكورة أن يقوم بدعوى استحقاقية الا بعد ان يدعن لما اقتضاه ذلك الحكم». ويفهم من الفقرة المذكورة انه محجر على المطلوب في الدعوى الحوزية القيام بدعوى استحقاقية طالما لم يصدر الحكم الحوزي وطالما لم يدعن لمنطوقه في صورة صدوره وان العلة في ذلك هو الحيلولة دون المناورات التي يمكن ان يقوم بها المشاغب لربح الوقت واطالة تصرفه في العقار. وأن مبدأ عدم الجمع بين الدعويين الحوزية والاستحقاقية لا يكون ناجحا الا إذا التزم القاضي باحترامه واحترام هدف المشرع الذي أراد حماية الحيازة باعتبارها مركزا قانونيا مستقلا عن الحق الموضوعي.

ج - وجوب احترام عدم الجمع بين الدعويين من طرف القاضي :

اقتضى الفصل 57 من م.م.ت. انه «لا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت الحق الملكي أو نفيه ولكن للحاكم ان يتأمل من الأدلة المدلي بها على هذا الحق بقدر ما يفيد فيما يخص الحوز». ويخلص من الفصل المذكور انه لا يمكن للقاضي تأسيس حكمه في الدعوى الحوزية على ثبوت حق الملكية لاحد الخصوم كالاستجابة للدعوى إذا ثبت المدعي انه المالك للعقار أو رفضها عندما يثبت المطلوب استحقاقه للعقار، وان الفيصل في الدعوى الحوزية هو البحث الحوزي الذي يستدعي التوجه أساسا وبالضرورة على عين المكان وسماع الشهود لمعرفة واضع اليد على العقار بصفة مشاهدة ومستمرة وهادئة مدة تفوق العام بقطع النظر عن كونه مالكا ام لا. وان مرد ذلك الاختلاف الجوهرى بين الدعوى الحوزية والدعوى الاستحقاقية من حيث السبب والموضوع واردة المشرع حماية الحوز وجعله مركزا قانونيا مستقلا عن الحق الموضوعي. وبذلك فأن فحص مستندات الملكية يكون على سبيل الاسترشاد وبالقدر الذي يساعد القاضي على التحقيق من توفر شروط الحيازة وان تجاوز هذا الحد يوجب نقض الحكم الصادر عنه لمخالفته للقانون، مع العلم ان هذه الأحكام لا تسري الا على العقارات غير المسجلة، اما العقارات المسجلة فتتضمنها أحكام خاصة ولا يسري الحوز على العقار المسجل مهما طال امده ويختص قاضي الناحية بكف الشغب عن العقار المسجل عملا بأحكام الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية.

الفصل الرابع

استعمال الدعوى

لقد سبق وان تم تعريف الدعوى بانها الحق الذي يملكه صاحب الحق في طلب حماية حقه، وقد حدد وضبط ورسم القانون كيفية ممارسة الدعوى بأن قرر كيفية تقديم الطلب والجواب عنه بدفع.

فالطلب هو الإجراء الذي بواسطته يعرض المدعي على القضاء دعواه لطلب الحكم له بما يدعيه، والاستجابة للطلب تؤدي إلى الحكم لفائدة المدعي بما طلب كليا أو جزئيا على المدعي عليه.

وعلى عكس ذلك ان الدفع هو الإجراء الذي بموجبه يجيب المطلوب على طلب المدعي للحيلولة دون الحكم عليه، وبذلك ان هدف الدفع إذا تمت الاستجابة له ان لا يحكم على المطلوب بما قدم من طلبات على ان ذلك، يستدعي توضيح امرين، أولهما ان الطلبات والدفع هي وسائل لممارسة الدعوى ويشترط لقبول الدعوى من صفة ومصلحة واهلية وثانيهما انه ليس صحيحا بان الطلب إجراء يقدمه المدعي والدفع إجراء يقدمه المدعي عليه بل ان الدفع والطلب يمكن تقديمهما من طرف المدعي أو من المدعي عليه ومن ذلك الدعوى المعارضة التي هي دفع في إطار طلب وسيتجلى ذلك عند درس الطلبات والدفع في مبحثين مستقلين.

المبحث الأول - الطلبات :

ان الأمر يستدعي التطرق إلى أنواع الطلبات والاثار التي ترتبها ثم تفصيل القول في الطلبات المعارضة لتشعبها.

الفقرة الأولى - أنواع الطلبات وآثارها :

إن الطلبات تنقسم إلى نوعين والتفرقة بينها له أهمية بالغة وترتب آثارا قانونية عديدة.

1 - أنواع الطلبات :

إن الطلبات تكون أصلية أو عارضة :

أ - الطلبات الأصلية :

إن الطلبات الأصلية هي تلك التي تنشأ عنها قضية لم تكن موجودة، وهذه الطلبات هي أول ما يتخذ في الخصومة من إجراءات ولذلك تسمى بطلبات افتتاح الدعوى وهو ما نص عليه الفصل 69 من م.م.م.ت. عندما اقتضى انه «ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ وتتعدد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين» وهذه العريضة يجب ان تتضمن وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدھا القانونية عملا بأحكام الفصل 70 من نفس المجلة.

ب - الطلبات العارضة :

إن الطلبات العارضة هي التي تقدم أثناء قيام الخصومة وبعد تقديم الطلبات الأصلية والهدف منه تغيير الطلب الأصلي بالزيادة أو النقصان من حيث موضوع الدعوى وأسبابها وأطرافها. ويمكن ان يتضمن هذا الطلب العارض تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت بعد رفع الدعوى، كما يمكن ان يتضمن تغييرا في سبب الدعوى كمن يطالب بالملكية على أساس العقد ثم يطالب بها بناء على الميراث أو التقادم المكسب.

كما خول المشرع للمدعي تقديم دعوى فرعية وهو الطلب الذي يبدى أثناء سير الدعوى ويتعلق بموضوع فرعي عنها الا انه لا يمكن البت في الأصل دون البت في الدعوى الفرعية. ويجب البت فيها قبل الطلب الأصلي أو معه.

أما النصوص المنظمة لهذه الطلبات والتي اباحتها فهي الفصل 83 من م.م.م.ت. الذي اقتضى انه «يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريها في الأجل المبين قبله» والأجل المتحدث عنه هو عشرة أيام قبل جلسة المرافعة المحدد بالفصل السابق رقم 83 الذي نص على انه «يستمر محامو الأطراف على تبادل الملحوظات بينهم بدون إجراءات خاصة سوى امضاء كل منهم على توصله بما قدمه له زميله وتقدم نسخ من تلك الملحوظات وكذلك الوثائق لتضاف لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة للمرافعة بعشرة أيام بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة أيام بالنسبة لمحامي المدعى عليه ولا تقبل التقارير المقدمة بعد الآجال المذكورة». ولقد منح المشرع هذه الإمكانية للمدعي بوصفه صاحب الحق ويصح

له تكليف طلباته حسب ما يصدر من دفع من المدعي عليه وما ينتج من الأبحاث والعوارض الحاصلة على سير القضية.

أما الدعوى الفرعية فقد سمح القيام بها الفصل 226 الذي نص على انه «يمكن للطالب ما دامت القضية بصدد التحضير ان يدعي في صورة دعوى معارضة أو فرعية باية دعوى متعلقة بالدعوى الأصلية، ولا تقبل الا إذا كانت أسبابها موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية» ويخلص من الفصل المذكور ان المشرع اشترط تقديمها ما دامت القضية في الطور التحضيري ولم تصرف للمرافعة، وهذا التمشي يناقض أحكام الفصل 84 م.م.م.ت. الذي يخول تقديم الطلبات الفرعية ولو في طور المرافعة ويمكن رفع اللبس بالقول أن الدعوى المعارضة تختلف عن الطلبات المعارضة المنصوص عليها بالفصل 84 المذكور وهو قول مردود ويتوقف على ظاهر الالفاظ والمفردات. والموقف الذي يمكن تبنيه هو الذي يقول بان الفصل 226 كان متناسقا مع أحكام الفصل 83 قديم الذي عدل بالفصل 84 مع السهو عن تعديل أحكام الفصل 226. ويمكن حل هذا الاشكال مؤقتا في انتظار تدخل المشرع لإدخال التناسق بين الفصلين تطبيق المبدأ المعمول به في مادة التأويل بان النص الجديد يرجح على النص القديم في صورة التناقض أو عدم التناسق.

2 - أهمية التفرقة بين الطلبات الأصلية والفرعية :

- إن التفرقة بين الطلبات الأصلية والطلبات الفرعية أو الجزئية أو التكميلية لها أهمية قصوى بخصوص العديد من المسائل أهمها :
- أن الطلبات الأصلية تقدم بالإجراءات العادية لرفع الدعوى بعريضة تودع بكتابة المحكمة، أما الطلبات المعارضة فيجوز إبدائها شفاهيا بالجلسة في حضور الطرف الآخر أو من ينوبه وتدوين ذلك بمحضر الجلسة، واذا لم يكن الطرف الآخر أو من ينوبه حاضرا فلا يمكن تقديم الطلب شفاهيا وانما يجب تقديمه وفق الإجراءات المقررة لرفع الدعوى.
 - إن الطلب الأصلي يقدم إلى المحكمة المختصة حكما، والا كانت المحكمة غير مختصة حكما وجاز الدفع بعدم اختصاصها، اما الطلب المعارض فيرفع إلى المحكمة المتعهدة بالطلب المعارض اختصاصا تريا لو انه رفع لها كطلب أصلي، كما انه يجوز رفع الطلب المعارض إلى محكمة غير مختصة به حكما إذا كان الطلب الأصلي مرفوعا إلى المحكمة الابتدائية، باعتبار ان قاضي الأصل قاضي الفرع ومثال ذلك القيام بدعوى لطلب غرامة الحرمان من استغلال اصل تجاري وأثناء سير الدعوى قدم طلبا فرعيا في طلب إبطال التنبه الذي على أساسه تم القيام وتبين أن الطلب الفرعي من اختصاص محكمة الناحية باعتبار

ان الاختصاص يحدد على أساس مقدار الكراء السنوي عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل 23 م.م.م.ت. في هذه الصورة رغم ان الحكم بابطال التنبيه خارج عن الاختصاص الحكمي للمحكمة الابتدائية فإنها ستتعاطى فيه النظر باعتبار أنه لمعرفة استحقاق المدعي لغرامة الحرمان من عدمه فهي ستتطرق حتما لمسألة صحة التنبيه من عدمه وبالتالي ان الطلب الأصلي يتعلق ويرتبط ارتباطا وثيقا بالطلب الفرعي الواجب التطرق إليه قبل المرور إلى المسألة الثانية.

إن المدعي يتمتع بكامل الحرية في إبداء ما يشاء في عريضة دعواه من طلبات، وذلك يحدد نطاق الدعوى من حيث الموضوع والسبب والأطراف الا ان هذه الحرية سرعان ما تتقلص ضرورة ان العلة من وجوب تبيان موضوع الدعوى وأسانيدها فلتحديد الخطوط الكبرى والرئيسية للدعوى ولا يمكن بحال للطلبات العارضة ان تحيد عن تلك الخطوط الرئيسية باعتبار أنه يمنع تعديل نطاق الخصومة بصفة مفاجأة، كما ان التعديل إذا تكرر سوف يحول دون سرعة فصل القضية، لذلك ان الأصل ان تبقى الدعوى في حدود الطلبات الأصلية وتقديم الطلبات العارضة هو استثناء قيده المشرع بعدة شروط وسيتم بيانها عند التعرض بتفصيل في الفقرات اللاحقة.

3 - آثار الطلبات القضائية :

إن رفع الدعوى إلى القضاء يترتب عنه آثار متعددة منها ما يخص المحكمة ومنها ما يهم العلاقة بين أطراف الدعوى.

أ - أثر الطلبات بالنسبة للمحكمة :

إن الطلبات القضائية يترتب عنها الآثار التالية :

إن المحكمة مجبرة بتحقيق الطلبات والفصل فيها والا عدت مرتكبة لانكار العدالة المجرم بموجب الفصل 108 من المجلة الجنائية. وسلطة المحكمة تتحدد فيما يتعين عليها الفصل فيه على أساس ما قدم من طلبات وبالتالي ليس للمحكمة ان تفصل فيما لم يطلبه الخصوم وان فعلت عرضت حكمها للنقض.

أن رفع الدعوى وتقديم الطلبات الافتتاحية إلى محكمة مختصة يترتب عنه نزع الاختصاص بالفصل في الطلبات من جميع المحاكم الأخرى ولو كانت في الأصل مختصة به، وعليه إذا رفعت الدعوى بين نفس الخصوم وبنفس السبب والموضوع أمام محكمة أخرى مختصة بها أيضا وثبت قيام نفس النزاع أمام محكمتين مختلفتين يمكن إحالة الدعوى من المحكمة التي رفع إليها أخيرا إلى المحكمة المتعهددة أولا بإجراء يسمى الدفع بالإحالة لقيام نفس النزاع أمام محكمتين مختلفتين وهو ما اقره الفصل 15 من م.م.م.ت. عندما نص ان «التمسك بالمبطلات المنصوص عليها

بالفقرة الثانية من الفصل 14 والقيام بطلب التخلي عن النظر في النازلة بدعوى سابقة النشر بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بنازلة أخرى يجب ان يكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الأصل وطلب إدخال من شأنه ان يرجع عليه بالدرك أو الضمان في النازلة يجب ان يقع قبل ان تعين لجلسة المرافعة».

ب - أثر الطلبات بالنسبة للأطراف :

إن المطالبة القضائية يترتب عنها بين الأطراف عدة آثار قاسمها المشترك أن الخصم لا تتأثر حقوقه بسبب ما يثار حولها من نزاع وما يقتضي تحقيق الدعوى وإجراء الأبحاث من وقت يتأخر بسببه صدور الحكم، وبالتالي يجب ان تنظم حقوق الأطراف المتنازعة والمحكوم بها على اعتبار ان الحكم يترتب أثره بداية من تاريخ رفع الدعوى ضرورة ان القيام لدى القضاء يعتبر عملا تحفظيا لحفظ الحقوق، وعلى أساس هذا الفكرة تترتب الآثار التالية :

- ان القيام لدى القضاء ينقطع به التقادم الساري لمصلحة المدعى عليه، ويبقى التقادم مقطوعا طالما بقيت الخصومة قائمة إلى ان يصدر فيها حكم وهو ما اقتضاه الفصل 396 من المجلة المدنية الذي نص على ان «مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع إذا قام الغريم على المدين وطالبه بالوفاء بما عليه على طريق الحاكم وعلى غير طريقه بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى حاكم لا نظر له في النازلة أو كان باطلا لنقص في صورته القانونية» ويعتبر الفصل 396 من المجلة المدنية استثناء ولذلك لا يطبق حكمه بالنسبة للآثار الأخرى التي تترتب على القيام بالدعوى، ان الأصل ان الحكم بعدم الاختصاص يزيل الخصومة وما تترتب عنها من آثار باستثناء التقادم، وهذا الأثر لا يترتب ان صدر في الدعوى حكم من التي تزيل الخصومة قبل الفصل في موضوعها كالحكم برفض الدعوى لبطلان عريضة الدعوى.

وبالإضافة إلى ذلك، ان الدعوى تعتبر مرفوعة والمطالبة القضائية قائمة من تاريخ استدعاء المطلوب احتراماً لمبدأ المواجهة ضرورة ان الاستدعاء يعتبر انذاراً أو تبيهاً، ولذلك ان قطع التقادم كسائر الآثار التي تترتب على القيام أمام القضاء يترتب من وقت تبليغ الاستدعاء للمطلوب.

- تسري الفوائد من تاريخ القيام بالدعوى وانعقاد الخصومة ما لم تكن سارية من وقت آخر بحكم القانون أو الاتفاق، ضرورة ان الفوائد إذا لم تكن مستحقة بموجب القانون أو العقد فتستحق من تاريخ الانذار للمدين عملاً بأحكام الفصل 278 من المجلة المدنية الذي نص على «غير انه في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون الا بالحكم بأداء الفائض

الذي عينه القانون، ويكون الغرم اعتباراً من اليوم الذي صدر فيه اذار للمدين من طرف الدائن» وان القضاء مستقر على اعتبار ان القيام لدى المحاكم يعتبر اذاراً للمدين ويترتب عنه سريان الفوائد القانونية بنسبة 7% في المادة المدنية وبالنسبة القسوى للاعتمادات البنكية المقررة من طرف البنك المركزي مع إضافة نصف نقطة بالنسبة للمادة التجارية عملاً بأحكام الفصل 1100 من المجلة المدنية.

• أن المحكمة تنظر الدعوى وتفصل فيها من حيث قبولها وسلامة مبنائها يوم رفعها بقطع النظر عما يطرأ عليها بعد ذلك التاريخ من تغييرات، وبعبارة أخرى ان المحكمة تفصل في الدعوى على النحو الذي كانت تفصل به لو انها حكمت في الدعوى يوم رفعها حتى لا يتضرر الأطراف بسبب تأخير الفصل في الدعوى. وبالتالي ان تغيير المطلوب لمقره إلى دائرة اختصاص محكمة أخرى فإنه لا يقبل منه الدفع بعدم الاختصاص. الا ان القضاء يميل إلى عدم العمل بهذا المبدأ إذا كان التغيير الذي طرأ على الدعوى يصحح إجراء باطلا كأن تصبح الدعوى مقبولة بعد أن كانت غير مقبولة وذلك تفادياً لرفع دعوى ثانية بنفس النزاع. الا ان القضاء الفرنسي مستقر على احترام المبدأ ومن ذلك ما حكمت به محكمة التعقيب الفرنسية بعدم قبول الدعوى بدين لم يحل أجل المطالبة به عند رفع الدعوى ولو حل الأجل أثناء نظرها عملاً بالمبدأ القائل بان الدعوى تفصل على الحالة التي كانت عليها وقت رفعها.⁽¹⁾

الفقرة الثانية - الطلبات العارضة :

أن الطلب الأصلي أو الافتتاحي للخصومة هو أول طلب قضائي يقدم من المدعي إلى المحكمة ويحدد نطاق الادعاء موضوعاً وسبباً وخصوماً ويلتزم به القاضي والخصوم. ومع ذلك قد يحدث ما يوجب التعديل أو التغيير في عناصر الادعاء الأصلي، لذلك وجدت نظرية الطلبات العارضة التي تسمح بعرض طلبات لها صلة وثيقة بالطلب الأصلي وترتبط به. وهذه الطلبات العارضة يمكن ان يقدمها المدعي أو تقدم من المدعي عليه. كما يمكن للغير التدخل في الخصومة وتقديم طلبات أو يقوم أحد الخصوم بإدخال الغير في الخصومة أو تتولى المحكمة إدخاله من تلقاء نفسها؟ وستتولى دراسة هذه المسائل على التوالي.

(1) تعقيب فرنسي صادر في 22 جويلية 1898 - مجلة القصر - 1900 - 1 - 37.

1 - الطلبات العارضة المقدمة من المدعي :

بعد انعقاد الخصومة باستدعاء المدعى عليه بطريقة صحيحة حضور الجلسة الأولى قد تظهر الحاجة إلى تعديل بعض الطلبات. وقد سمح المشرع بذلك بموجب الفصل 84 من م.م.ت. الذي نص على انه «يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين بالفصل قبله» ونص الفصل الذي قبله أي 83 على ان «محامي الأطراف يستمرون على تبادل الملحوظات بينهم دون إجراءات خاصة سوى امضاء كل منهم على توصله بما قدمه له زميله وتقدم نسخ من تلك الملحوظات وكذلك الوثائق لتضاف لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة للمرافعة بعشرة أيام بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة أيام بالنسبة لمحامي المدعى عليه ولا تقبل التقارير المقدمة بعد الآجال المذكورة».

ويستخلص من الفصلين المذكورين ان المدعي يمكنه تغيير طلبه الأصلي بالزيادة أو النقصان أو تحديده بدقة إذا اعتراه نوع من الغموض الا ان هذا التغيير ليس مطلقا ولا بد ان يكون هناك ارتباط بين الطلبات الأخيرة والطلب الأصلي وعلى القاضي ان يتحقق من قيام هذه العلاقة ونستطيع بيان الحالات التي يمكن للمدعي ان يقدم فيها طلبات عارضة وهي على سبيل الذكر وتأويل شمولي لنظرية الدعوى وما يلزم توفره من تماسك في عناصرها :

- ما يستدعي تصحيح الطلب الافتتاحي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرات أو تبينت بعد رفع الدعوى. وهذه العناصر في الحقيقة مرتبطة بالطلب الأصلي وتكون منتجة عند اضافتها إليه ويحكم فيها مع الطلب الأصلي. ومثال ذلك ان يطلب اصليا تنفيذ عقد وتسليم البضاعة موضوعه ثم يطلب الفسخ وتعويض الضرر اللاحق به من جراء عدم التنفيذ.
- طلب ما يكون مكملا للطلب الأصلي أو متصلا به اتصالا وثيقا ومثال ذلك طلب الحكم بالفوائض على اصل الدين أو إضافة طلب التعويض إلى طلب الفسخ.
- تغيير في سبب الدعوى مع بقاء الطلب الأصلي والامثلة المعتادة في هذا المجال الاستناد في طلب الملكية على العقد ثم يتمسك بالتقادم المكسب للملكية أو رفع التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ثم يستند إلى الاثراء بدون سبب.

غير ان هذه الحالة ولئن اجمع عليها العديد من الفقهاء، الا ان البعض منهم يرون انه لا يمكن تغيير سبب الدعوى إلا وفقما ورد في عريضة الافتتاح لان ذلك له تأثير على الموضوع ضرورة ان من يستند إلى عقد البيع كسبب للملكية ثم يتمسك

بالتقادم المكسب قد احدث تغييرا في موضوع الدعوى وما ينجر عن ذلك من تغيير في المركز القانوني الذي يحكم موضوع الادعاء، وبذلك نصبح أمام موضوع جديد خاضع لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني لموضوع الدعوى كما ورد بعريضة الافتتاح.⁽¹⁾ وهو الموقف الذي قرره المشرع بالفصل 226 من م.م.م.ت. الذي نص انه «يمكن للطالب ما دامت القضية بصدد التحضير ان يدعي في صورة دعوى معارضة أو فرعية بأي دعوى متعلقة بالدعوى الأصلية ولا تقبل إلا إذا كانت أسبابها موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية».

طلب إجراء تحفظي أو وقتي عندما يكون الطلب مرتبًا بالطلب الأصلي وذلك إلى الدائرة المتعده عملاً بأحكام الفصل 214 من م.م.م.ت. عندما نص على انه «يمكن للحكام المذكورين في غير تلك الحالات وبشرط وجود خطر ملم ان يصدروا أذونا على المطالب في اتخاذ جميع الوسائل لحفظ الحقوق والمصالح التي لا يمكن ان تبقى بدون حماية وذلك حسب القواعد الاعتيادية لمرجع النظر الا إذا كانت المطالبة متعلقة بنازلة منشورة فإنها تقدم لرئيس المحكمة المتعده بها» ويخلص من الفصل المذكور انه بالامكان بموجب طلب عارض طلب إجراء وقتي شريطة ان يكون مرتبًا بالدعوى الموضوعية المرفوعة أمام محكمة الموضوع وهو استثناء من الأحكام المنظمة لطلب الإجراءات التحفظية والمقررة ان هذه الطلبات تكون بواسطة اذن على عريضة أو بحكم استعجالي من قاضي الأمور المستعجلة كطلب تعيين حارس قضائي أو إجراء معاينة متأكدة.

2 - الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه :

إن المدعى عليه المقام عليه يمكنه اتخاذ موقف سلمي من الخصومة ويقدم وسائل الدفاع الرامية إلى الحكم برفض الدعوى، الا انه بإمكانه اتخاذ موقف ايجابي بتقديم دفع موضوعية ترمي إلى عدم الحكم للمدعي، كما يمكنه تقديم طلبات في مواجهة المدعي. وفي هذا المجال اقتضى الفصل 227 من م.م.م.ت. ان «حق القيام بدعوى المعارضة مختص بالمطلوب ويمكنه عرضها ما دامت القضية بصدد التحضير ولا تقبل هذه الدعوى الا إذا كان المقصود منها الدفاع لرد الدعوى الأصلية أو المقاصة أو طلب غرم الضرر المتسبب عن النازلة».

ان هذا الفصل حدد الطرف الذي يمكنه القيام بدعوى معارضة وحدد الزمن الذي يمكن القيام بها فيه أي طالما ان الدعوى بطورها التحضيري أي قبل صرف القضية للمرافعة ويأتي الفصل 28 من نفس المجلة لتعريف هذه الدعوى وكيفية

(1) نبيل إسماعيل عمر : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية 1987 - ص. 532.

ممارستها والهدف المرجو منها ونص ان «الدعوى المعارضة هي التي يقوم بها المطلوب للدفاع عن نفسه في دعوى موجهة عليه بقصد معارضة الطالب بما يطلبه منه أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطلب غرم في مقابلة الضرر المتسبب عن القضية ولا تضاف تلك الدعوى للدعوى الأصلية فيما يخص تحرير مقدار درجة الحكم لكن إذا كانت إحدى الدعويين تتجاوز مقدار ما يحكم فيه نهائياً فإن الحكم يكون ابتدائياً في الكل» ويخلص من ذلك ان الدعوى المعارضة يمارسها المطلوب لرد الدعوى الأصلية أو لطلب غرم الضرر الناتج عن الدعوى الأصلية أو لطلب المقاصة الحكمية وقيمتها لا تضاف لقيمة الدعوى الأصلية لكن تحدد درجة الحكم وهذا التفريق لم تعد له جدوى ضرورة ان الأحكام كلها ابتدائية الدرجة باعتبار ان المشرع التونسي كرس مبدأ التقاضي على درجتين دون قيد أو ضوابط. ولقد حدد المشرع استعمال الدعوى المعارضة في ثلاث حالات :

الحالة الأولى : وهي رد الدعوى الأصلية وطلب الحكم لفائدته وذلك بتوجيه طلبات خاصة به على المدعى ومثال ذلك الدعوى التي يقوم بها المتسوغ لطلب إبطال التنبيه بإنهاء المدة فيرد المالك بطلب الحكم بصحة التنبيه وإخراج المتسوغ من المكرب باعتبار ان الحكم بالخروج هو النتيجة الحتمية لصحة التنبيه وبانتهاء المدة اصبح المكرب شاغلاً للمحل بدون سند قانوني. وهذا الموقف اصبح موقفاً مستقراً في فقه قضائنا وأقرته محكمة التعقيب في العديد من القرارات.⁽¹⁾

الحالة الثانية : وهي حالة المقاصة الحكمية التي لا توجد ولا يتم إقرارها إلا بحكم من المحكمة ويحسم به القاضي الشرط الناقص من شروط المقاصة القانونية التي تفرض توفر ثلاثة شروط وهي ان يكون الدينان حاليين ومعلومي المقدار ومتفقي الجنس عملاً بأحكام الفصلين 377 و 374 من المجلة المدنية. وإذا ما كانت المقاصة قد أكملت شروطها فإن المطلوب يتمسك بها في صورة دفع موضوعي ويطلب الحكم برفض الدعوى لانقضاء الدين وبراءة الذمة عملاً بأحكام الفصل 339 من المجلة المدنية. إما إذا كان أحد الشروط ناقصاً فيقوم المطلوب بدعوى معارضة ويطلب من المحكمة إكمال الشرط الناقص وتعيين مقداره حتى يتسنى إجراء المقاصة بين الديون ويفصل النزاع مرة واحدة ربحاً للوقت وللمال لكلا الطرفين.

الحالة الثالثة : وهي الطلب العارض في إطار دعوى معارضة والمتمثل في طلب الحكم على المدعي بأداء غرم الضرر الناتج عن القيام عليه. ومن المعلوم ان حق التقاضي حق مشروع ولذلك ان الحكم بغرم الضرر الناتج عن القيام يتوقف على

(1) القرار التعقيبي عدد 1702 الصادر في 28 جانفي 1963 - نشرة 1963 ص. 55.

ثبوت ان القيام كان تعسفيا أي بنية الأضرار بالمطلوب وكان عن سوء نية ووليد نزعة شريرة بقصد النكاية والأضرار بالخصم وهو ما استقر عليه فقه القضاء في العديد من القرارات التعقيبية.⁽¹⁾

وما أوردناه يتعلق بالتقاضي أمام المحكمة الابتدائية، في حين ان محكمة الناحية خصصها المشرع بفصل يحدد نظرها بخصوص الدعوى المعارضة ضرورة ان الفصل 29 من م.م.م.ت. اقتضى انه «إذا وقع القيام بدعوى معارضة لدى قاضي الناحية وكان مقدارها متجاوزا حدما يحكم فيه فعليه إعلان عدم اختصاصه بالنظر في كل من الدعويين. ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كانت دعوى المعارضة متعلقة بغرم ما نشأ عن الدعوى الأصلية من الضرر وإذا ظهر للقاضي ان القائم بالدعوى المعارضة تعتمد الزيادة فيها قصد إخراج القضية عن نظره فإنه يرد القيمة إلى نصابها ويفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى». وهذا الفصل كما سبق وان قلنا يضع نظاما قانونيا للدعوى المعارضة أمام قاضي الناحية وهو يتضمن مبدأ واستثناء.

فإما المبدأ فيتمثل في رفض الدعوى الأصلية وكذلك المعارضة إذا فاقت قيمة هذه الأخيرة حدود اختصاصه أي السبعة آلاف دينار ويفترض ذلك ان يكون المطلوب حسن النية عند تقديم طلبه، فلو ثبت أنه تعتمد الزيادة في قيمة الدعوى لإخراجها من حدود نظر قاضي الناحية رد هذا الأخير القيمة إلى حقيقتها ويحدد موقفه من الاختصاص على أساس هذه القيمة الحقيقية التي يفترض أيضا ان تكون مقدارا من المال كان يطلب المدعى عليه تعويضا عن الضرر الناتج له عن القيام التعسفي أو يطلب إجراء مقاصة حكمية، في حين لو كان موضوع الدعوى المعارضة طلبا غير مقدر أو غير قابل للتقدير أو استحقاقيا أو لطلب إبطال العقد سند الدعوى فإنّ هذا الطلب خارج عن أنظار حاكم الناحية وراجع بالنظر إلى المحكمة الابتدائية وعلى القاضي الحكم برفض الدعوى بين الأصلية والمعارضة. وإما الاستثناء فيتمثل في عدم تخلي قاضي الناحية في النظر في النزاع المطروح أمامه حتى وان فاق حدود اختصاصه إذا ما كان موضوع الدعوى المعارضة غرم الضرر الناشئ عن الدعوى الأصلية ومثال ذلك ان يطلب المدعي عليه في إطار دعوى معارضة إلزام المدعي بان يؤدي له عشرة آلاف دينار لقاء القيام التعسفي. في هذه الحالة ولئن فاق الطلب حدود ما ينظر فيه قاضي الناحية فلقد خول له المشرع مواصلة النظر في الدعوى

(1) القرار التعقيبي عدد 541 الصادر في 11 جوان 1976 - نشرية 1976 - ص. 150.

خلافاً للمبدأ الوارد بالفقرة الأولى وذلك حرصاً من المشرع على تجميع النزاعات وعدم تفكيكها لتفادي تضارب الأحكام وربحاً للوقت والمال لكلا الطرفين.⁽¹⁾

3 - التداخل :

ان التداخل الاختياري في الخصومة يعتبر نظاماً إجرائياً مصمماً لمصلحة من لا يعتبر طرفاً في الخصومة أو ممثلاً فيها، وهو تطبيق من تطبيقات الطلبات العارضة وخوله الفصل 224 من م.م.م.ت. في فقرته الأولى عندما نص انه «يحق للغير الذي له مصلحة في القضية التداخل فيها في كل طور من أطوارها» وطالما أقر المبدأ فلا بد من التعرض لصوره وإجراءاته وأثاره.

أ - صور التداخل :

ان التداخل يهدف أحد أمرين أما الانضمام إلى جانب أحد الخصوم للدفاع عن مصلحة معينة أو مطالبة بحق أو بمركز قانوني لفائدته ولذلك ينقسم التداخل الاختياري إلى نوعين :

- التدخل الانضمامي :

ان التدخل الانضمامي يهدف إلى مساندة أحد أطراف الدعوى وتأييد طلباته ودعمها وإثباتها لان مصالح هذا الطرف ترتبط بمصالحه ومثال ذلك تدخل البائع بوصفه ضامناً للاستحقاق في الدعوى المرفوعة ضد المشتري وذلك لأثبت ملكيته وصحة عقد البيع الصادر منه.

- التدخل الاختصاصي أو الأصلي :

ان التدخل الأصلي يهدف منه المطالبة من طرف المتدخل بالحكم لنفسه بطلب مرتبط بالطلب الأصلي. ومثال ذلك الدعوى القائمة بين خصمين حول ملكية عقار فيتدخل الغير للمطالبة بملكية هذا العقار.

ب - إجراءات التداخل :

يستروح من الفصلين 224 و 225 من م.م.م.ت. أن التداخل يتم بنفس الطريقة التي ترفع بها الدعوى ويجب أن يتم في الطور التحضيري وبإذن من المحكمة. ويعني ذلك أن يقع إبلاغ نسخة من عريضة التداخل إلى أطراف القضية ومنحهم الآجال المنصوص عليها لرفع الدعوى ويترتب على الإخلال بإجراءات التداخل الجزاء المنصوص عليه لرفع الدعوى.

(1) القرار التعقيبي عدد 1185 الصادر في 20 جويلية 1978 نشرية محكمة التعقيب - الجزء الثاني.

أما كيف يتم التداخل، فيبدو أن الفصلين 224 و 225 من م.م.ت. متناقضين ضرورة ان الفصل 224 اقتضى ان «التداخل يتم في كل طور من أطوار القضية» وذلك يعني أنه يمكن أن يتم في الطور التحضيري أو في طور المرافعة، في حين أن الفقرة الثانية من الفصل 225 تنص على انه «يجب أن يكون قبل تعيين القضية لجلسة المرافعة» وهذا التضارب لا يمكن تلافيه إلا بالتأويل المقصود للطور بالفصل 224 بانه الدرجة من درجات التقاضي ويعني ذلك الطوران الابتدائي والاستئنافي .

أما التناقض الموجود بين الفقرتين الأولى والثانية النَّاصِتَيْنِ على أن التداخل يتم قبل تعيين القضية لجلسة المرافعة وبين الفقرة الثالثة الناصّة على أن المحكمة يمكنها أن تأذن في كل حين بالإدخال، ويعني ذلك إنها لا تتقيد بأي طور، والإدخال المذكور بالفقرة الأولى من الفصل 225 تفيد التداخل الجبري المنصوص عليه بالفقرة الثانية من الفصل 224 باعتبار ان إمكانية الإدخال المخولة للمحكمة سيقع الحديث عنها لاحقا لتمييزها بنظام قانوني خاص بها. والتداخل الجبري الذي يتم بناء على طلب الغير أو أحد الطرفين لا بد قبل إجرائه من الحصول على موافقة المحكمة ضرورة انها المسؤولة على تنظيم إجراءات الدعوى، لكن هل هذا الدور موكول للقاضي المقرر بوصفه المكلف بتجهيز القضية للفصل فيها أم للمحكمة ؟

يمكننا الإجابة عن هذا السؤال بالرجوع للفصل 87 من م.م.ت. الذي حدد المهام الموكولة للقاضي المقرر على سبيل الحصر ولم يرد ضمنها انه بإمكانه اتخاذ القرارات الخاصة بالغير، وبذلك لا يمكن القول إلا ان هذا القرار موكول للمحكمة صاحبة القرار في طلبات التداخل، وأن قدم طلب في هذه الصدد للقاضي المقرر فعليه إحالته على المحكمة التي تنظر في قبوله من عدمه في الجلسة المعينة لها القضية.

ج - آثار التداخل :

ان المتداخل لا يصير طرفا في الدعوى إلا إذا كانت له مصلحة في التداخل وفقا للفصل 19 من م.م.ت.، وعلاوة على ذلك ان يكون الطلب مرتبطا بالطلب الأصلي. وقبول التداخل يعني ان المتداخل اصبح طرفا في الخصومة ويأخذ فيها المركز الإجرائي الذي يتناسب مع نوع تدخله، فإذا كان التداخل اختصاصيا صار المتداخل مدعيا وإذا كان انضماميا صار مدعيا أو مدعى عليه بحسب الجانب الذي انضم إليه. ورغم هذه المبادئ العامة المنظّمة لكلا التداخلين فإن فروقا بين التداخلين تبقى قائمة ولا بد من الإشارة إليها وهي :

- ان المتداخل الانضمامي لا يمكنه ان يطلب طلبات خاصة به بل يقتصر دوره على تأييد موقف من انضم إلى جانبه ب إبداء الدفع التي تكون كفيفة لتعزيز موقف من انضم إلى جانبه. في حين ان المتداخل الاختصاصي يمكنه إبداء ما شاء من دفع وطلبات خاصة به.

- لا يمكن توجيه طلبات أو دفع للمتناخل الانضمامي بل توجه إلى الخصم الأصلي الذي تم الانضمام إلى جانبه، في حين أن المتناخل الاختصاصي يجوز أن توجه ضده الطلبات والدفع.
- المتناخل الانضمامي يواجه بكل ما يكون قد تحقق في الخصومة من أحكام تمهيدية أو سقوط الحق أو أي مركز إجرائي مواجه لمن انضم إلى جانبه. إما المتناخل الاختصاصي فإنه لا يعارض بالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع والتي تتعارض مع حقه حتى لا يضار من نظام قانوني شرع لمصلحته.
- ان رفض الخصومة الأصلية لبطلان إجراءاتها أو لسبب موضوعي كتنازل الطرف الأصلي عن الحق الموضوعي أو طلبه لطرح القضية يترتب عنه رفض التناخل الانضمامي. أما إذا رفع التناخل الاختصاصي بعريضة دعوى مستقلة وكانت المحكمة مختصة للنظر فيها فإن هذا الطلب يبقى قائماً كطلب أصلي ويمكن للمحكمة ان تحكم برفض الدعوى الأصلية وتستجيب لطلبات المتناخل الاختصاصي وتلزم أحد أطراف القضية سواء المدعي أو المدعي عليه بالاداء وتحمله المصاريف القانونية.
- ان المتناخل الانضمامي يتحمل مصاريف تدخله، وبالتالي لا يمكن الزام المحكوم عليه بمصاريف التداخل ضرورة ان المتناخل لا يمكنه توجيه أي طلب إليه. في حين ان المتناخل الاختصاصي لا يتحمل المصاريف الا إذا خسر دعواه.⁽¹⁾

4 - الإدخال :

عندما تكون قضية منشورة أمام إحدى محاكم الدرجة الأولى يمكن لأحد أطرافها طلب إدخال الغير رغماً عن إرادته وجعل الحكم الصادر فيها حجة عليه أو ليدافع عنه فيها أو ليحكم عليه بالتعويض عوضاً عنه. وهذا النظام الكافل لعدم تناقض الأحكام وعلاج مساوئ قاعدة نسبية الشيء المقضي به، باعتبار ان من يختصم في الدعوى يصير الحكم الصادر فيها حجة له وحجة عليه. ويكون هذا الإدخال بطلب من أحد الخصوم أو بناء على أمر المحكمة.

وفي هذا الصدد اقتضى الفصل 224 من م.م.ت. في فقرته الثانية انه «يمكن للخصوم ان يطالبوا بالتداخل الجبري أو بالحضور للشخص الذي من شأنه له الحق في الخدش فيه بطريق الاعتراض على الحكم الذي سيصدر وذلك ليكون منسحباً

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 375 - دار النهضة العربية - مصر .1981 -

عليه معهم» وكذلك الشأن بالنسبة للفصل 37 الذي نص على ان «دعاوى الضمان ترفع للمحكمة المنشورة لديها الدعوى الأصلية أو التي سبق لها ان نظرت في تلك الدعوى وذلك في حدود اختصاصها الحكمي».

وهذه الإمكانية مخولة أيضا للمحكمة بموجب الفقرة الثالثة من الفصل 225 من م.م.م.ت. التي نصت على انه «للمحكمة اصالة منها وفي كل حين ان تامر باخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضروريا لتقدير النزاع».

ويخلص من الفصول الآتفة الذكر ان الإدخال يتم بطلب من أحد الخصوم أو بأمر من المحكمة وتعين التطرق لكل نظام في نقطه مستقلة.

أ - الإدخال أو التداخل الجبري بطلب من أحد الخصوم :

اقتضى الفصل 224 من م.م.م.ت. انه «يمكن للخصوم ان يطالبوا بالتداخل الجبري أو بالحضور للحكم الشخص الذي من شأنه له الحق في الخدش فيه بطريق الاعتراض على الحكم الذي سيصدر وذلك ليكون منسحبا عليه معهم».

وعليه، ان الخصوم الأصليين سواء المدعي أو المدعى عليه يمكنهم بواسطة الطلبات العارضة إدخال أي شخص تهمه القضية من قريب أو بعيد.

وهذا الإدخال وان كان خاضعا لتقدير المحكمة عند البحث في مسألة طالبه فإنه يفترض قيام ارتباط بين القضية المتعده بها المحكمة وبين الطلب الموجه إلى الغير قصد إدخاله وجعل الحكم منسحبا عليه. وعلى كل فإن عدة شروط من الواجب ان تتوفر لقبول هذا الطلب.

وأول هذه الشروط فإنه من الجائز رفع الدعوى على المراد إدخاله وثانيهما قيام ارتباط بين طلب الإدخال والدعوى المنشورة أمام المحكمة وثالثهما توفر الشروط العامة لقبول الدعوى مثلما تطرقنا لذلك في موضعه.

وان التداخل الجبري لا يتم الا أمام محاكم الدرجة الأولى لأنه لا يجوز حرمان الغير من درجه من درجات التقاضي، وبالتالي ان الطلب يقدم للمحكمة الابتدائية أو لمحكمة الناحية ان كانت مختصة ضرورة أنه إذا فاقت قيمة الطلب العارض ما يدخل في اختصاصه تخلي عن الدعيين الأصلية والفرعية.

وطلب التداخل الجبري بوصفه طلبا عارضا يقدم قبل صرف القضية للمرافعة عملا بأحكام الفصل 225 من م.م.م.ت. الذي نص على انه «يجب ان يكون قبل تعيين القضية لجلسة المرافعة وبنفس الطريقة التي ترفع بمقتضاها الدعوى».

وتقديم الطلب يكون بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى مع مراعاة مواعيد الحضور ثم تودع بكتابة المحكمة المرفوع لديها الدعوى الأصلية.

و اما اثار التداخل الجبري فإنه بقبوله يصبح المتداخل فيه طرفا في القضية وعليه جميع الواجبات الإجرائية من إنابة محام ومتابعة سير الإجراءات ويكون الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه بحسب الحال وله كذلك الطعن في الحكم بكافة طرق الطعن القابل لها.

وان أهم صورة من صور الإدخال الجبري هي دعوى الضمان الذي خول المشرع القيام بها بطريقة أصلية أو فرعية ضرورة ان الفصل 37 من م.م.ت. اقتضى ان «دعوى الضمان ترفع للمحكمة المنشورة لديها الدعوى الأصلية أو التي سبق لها ان نظرت في تلك الدعوى وذلك في حدود اختصاصها الحكمي» ويبدو جليا من هذا النص ان دعوى الضمان تكون أصلية ان رفعت على الضامن مباشرة لطلب التعويض المحكوم به سابقا وتكون فرعية وتؤدي إلى اعطاء المضمون رخصة طلب اخراجه من الخصومة ولا تبقى قائمة الا في مواجهة المدعي والضامن.

ودعوى الضمان الفرعية ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وبذلك يتم استدعاء الضامن بواسطة عدل منفذ وابلأغه عريضة الدعوى ثم تقديمها إلى كتابة المحكمة المتعده بالقضية لتضاف بملفها.

وان المحكمة المختصة بدعوى الضمان الفرعية التي هي في الواقع والحقيقة طلب عارض قد تكون المحكمة الابتدائية ان كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمامها، وفي هذه الصورة تكون هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان الفرعية مهما كانت قيمتها ومهما كان نوعها أي شخصية أو مختلطة أو عقارية. في حين لو كانت المحكمة المتعده بالدعوى الأصلية هي محكمة الناحية فإنها لا تختص بدعوى الضمان الفرعية إلا إذا كانت داخله في اختصاصها من جميع النواحي وإلا وجب أعمال أحكام الفصل 29 من م.م.ت. وذلك بان تتخلى عن الدعويين لعدم الاختصاص إذا فاقت قيمة الدعوى الفرعية ما هو داخل في اختصاص قاضي الناحية أي بسبعة آلاف ديناراً.

أما بخصوص الآثار المترتبة عن التداخل الجبري فهي :

- يمكن لطالب الضمان طلب إخراجه من الدعوى الأصلية وخروجه لا تأثير له ضرورة أنه يبقى بواسطة الضامن ويكون الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه ويؤدي إلى تفادي الحكم عليه بمصاريف الدعوى التي يتحملها الضامن المحكوم عليه.
- أن الضامن طرف أصيل في دعوى الضمان الفرعية وله سلطات الخصم فيها من طلبات ودفع ووسائل دفاع ويكون الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجة له أو عليه ويجوز له الطعن فيه.

- إما المدعي الأصلي فهو المستفيد من الحكم الصادر على الضامن وذلك عند ثبوت صحة ادعاءات طالب الضمان المدعى عليه الأصلي في الدعوى الأصلية.⁽¹⁾

ب - الإدخال بأمر المحكمة :

اقتضت الفقرة الثالثة من الفصل 224 من م.م.م.ت. أنه «للمحكمة أصالة منها وفي كل حين أن تأمر بإدخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضروريا لتقدير النزاع».

أن هذه الفقرة تعتبر مناقضة لحياد القاضي السلبى ضرورة أنه من المعلوم ان القاضي المدني محايد وهو يطبق أوامر القانون ونواهيه على النزاع ويفصل في ما طرحه الخصوم عليه، إلا أن هذا الحياد لم يعد قاعدة جامدة وانتقلنا إلى الحياد الإيجابي الذي يكفل للقاضي دورا أكثر فعالية في الخصومة المدنية واصبح المشرع يعترف للقاضي بدور في تحقيق وإثبات الادعاء المطروح عليه من ندب خبير أو إجراء معاينة أو استدعاء شاهد وذلك منذ تنقيح الفصل 86 من مجلة المرافعات بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في سبتمبر 1986 والذي اقتضى أنه «يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات أو إجراء توجيهات واختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة ان تأذن للقاضي المقرر بإتمامها». وان إدخال الغير في الخصومة ينصهر في هذا الإطار أي في إطار الأعمال الكاشفة للحقيقة، وفي هذه الصورة لن يتم كشف الحقيقة إلا بإدخال شخص معين لما له من علاقة بالمركز القانوني محل الادعاء كأن يكون له حق في الدعوى أو كان طرفا فيها في مرحلة سابقة وتم إخراجها أو يكون الالتزام موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة.

وعلى كل حال، ان إدخال الغير بأمر المحكمة يجب ان يتقيد بعدة شروط وهي التالية :

- يتم الإدخال في حدود الطلبات المطروحة من الخصوم على المحكمة لتقدير النزاع وإظهار الحقيقة وذلك بقراءة شاملة للفصلين 86 و 224 من مجلة المرافعات.
- لا تلتزم المحكمة في أمرها بإدخال الغير بما يلتزم به الخصوم ضرورة أن طلب التداخل الاختياري أو الجبري يجب أن يقدم قبل صرف القضية للمرافعة أي

(1) أبو الوفاء أحمد : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 203.
فتحى والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 379 - دار النهضة العربية - مصر
- 1981.

في طورها التحضيري في حين أن المحكمة يمكنها الأمر بالإدخال في كل حين عملاً بأحكام الفصل 224 من م.م.م.ت. ويعني ذلك ان الإدخال يتم في أي طور من أطوار القضية وحتى أن اقتضى الحال بحل المفاوضة وإرجاع القضية لطور التقارير.

• إدخال الغير بواسطة المحكمة يجوز العمل به أمام محاكم الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية ويجب أن لا يوجه المدخل طلبات إلى الخصوم وان لا يوجهوا إليه طلبات حتى لا يؤدي ذلك إلى خرق مبدأ التقاضي على درجتين إذا كان الإدخال من طرف محكمة الاستئناف.⁽¹⁾

وإذا ما تراءى للمحكمة ضرورة إدخال من تراه فإنها تأذن للمدعي باستدعائه بواسطة عدل منفذ وتبليغه عريضة الدعوى التي ترجع لكتابة المحكمة نسخة منها لتضاف لملف القضية، كل ذلك مع مراعاة مواعيد الحضور.

وان اثر هذا الإدخال يختلف حسب الأحوال، فإنّ وجهت إلى الدخيل طلبات أو وجه هو طلبات على بقية الخصوم فهو يصبح طرفاً في القضية ويحتج عليه بالحكم الصادر في الدعوى ويمكنه الطعن فيه بطرق الطعن الذي خولها القانون، اما إذا لم توجه إليه طلبات أو لم يوجه هو طلبات موضوعية فلا يكون طرفاً في القضية ولا يحتج عليه بما يصدر من أحكام ويكون مركزه قريباً جداً من الشاهد.

المبحث الثاني - الدفوع :

ان الدعوى القضائية تمارس بالطلبات الأصلية الممهدة لنشأة الخصومة ثم انعقادها باستدعاء المطلوب لحضور جلساتها ويقدم المدعي طلباته سواء كانت أصلية أو فرعية، ومن ثم إذا منح المشرع المدعي ممارسة دعواه فمن حق المطلوب ان يدافع عن نفسه بكل الوسائل ليحترم حق الدفاع وله ان يقدم طلبات عارضة في إطار دعوى معارضة أو يكتفي بوسائل الدفاع المختلفة التي تنقسم إلى دفوع موضوعية أو شكلية أو دفوع بعدم القبول. وستولى دراسة كل دفع في فقرة مستقلة.

(1) ويرى أحمد أبو الوفاء عكس هذا الرأي ويعتبر أنه لا يجوز الإدخال أمام محكمة الاستئناف وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين المتعلق بالنظام العام. أصول المرافعات المدنية والتجارية - ص. 218.

الفقرة الأولى - الدفوع الموضوعية :

1 - تعريف الدفع الموضوعي :

ان الدفع الموضوعي هو الإجراء الذي يتقدم به المدعي عليه بهدف انكار الحق المدعي به لأنه لم يوجد أصلا أو لم يوجد بعد.⁽¹⁾ وقيل أيضا أنه الإجراء الذي يجيب به الخصم علي طلب خصمه بقصد تفادي الحكم له في الموضوع، فهو يوجه الأصل الحق المدعى به.⁽²⁾ وان كل دفع موجه إلى عناصر الادعاء الذي يطرحه المدعي على المحكمة طالبا منها الحكم له، والادعاء عناصره معروفة وهي موضوع الدعوى وسببها وأشخاصها. وبالتالي كل دفع موجه إلى عناصر هذا الادعاء يعتبر دفعا موضوعيا إذا كان يهدف إلى الحيلولة بالحكم للمدعي بطلباته.

وهذا التعريف يراه بعض الفقهاء تقليديا وغير عميق ويقترحون التفرقة بين الدفع الموضوعي والدفاع الموضوعي.⁽³⁾

فالدفاع الموضوعي هو كل ما يعترض به المدعي عليه على الحق المطلوب حمايته من المدعي. في حين ان الدفع الموضوعي هو السلطة المخولة للمدعي عليه في تأكيد واقعة قانونية مانعة أو منهيّة للواقعة المنشئة التي أكدها المدعي ليس من شأنها رفض الدعوى ما لم يتمسك بها المدعي عليه. ويعطي الدكتور والي على ذلك أمثلة كالتقادم ولئن ثبت للقاضي من أوراق القضية فإنه لا يحكم به إلا إذا تمسك به المطلوب وكذلك المقاصة القضائية لا يحكم بها إلا إذا طلب المطلوب ذلك ومارس الدفع بالمقاصة، أما مجرد الكلام دون الطلب والتمسك يعتبر دفعا موضوعيا.

2 - النظام القانوني للدفوع :

- ان الدفوع الموضوعية تخضع للقانون الموضوعي الذي ينظم الحق وآثاره المتمسك به من طرف المدعي، ومن أمثلة ذلك الحوز المكسب للملكية، كان يقوم المدعي بقضية استحقاقية مستندا عليه فيعارضه المطلوب بعدم توفر شروط الحوز الهادئ مدة خمس عشرة سنة.
- يمكن التمسك بالدفوع الموضوعية حتى صرف القضية للمفاوضة. وإذا حجزت المحكمة القضية للمفاوضة وسمحت للأطراف بتقديم ملحوظات

(1) سوليس وبيرو: «القانون القضائي الخاص»، الجزء الأول. ص. 282.

(2) أحمد أبو الوفاء: «أصول المرافعات المدنية والتجارية» - ص. 210.

(3) فتحي والي: «الوسيط في قانون القضاء المدني» - ص. 544.

في أجل معين عادة ما يكون أسبوعاً فإنه يمكن للمدعي عليه تقديم دفع موضوعية وربما ينجر عن ذلك حل المفاوضة وإعادة القضية لطور التقارير للتحقق والبحث في الدفع الموضوعية ان بدا شيء من الجدية فيها.

- يمكن إيداء دفع موضوعية أمام محكمة الاستئناف ضرورة ان ذلك لا يعتبر خرقاً لقاعدة التقاضي على درجتين لأن هذه الدفع تهدف إلى عدم الأخذ بادعاء سبق طرحه على محكمة البداية.
- يمكن إيداء الدفع الموضوعية لأول مرة أمام محكمة التعقيب إذا قررت الحكم في الموضوع ضرورة انه بإمكان محكمة التعقيب الفصل في موضوع الدعوى بعد ان أصبح ذلك ممكناً بموجب التنقيح الذي أدخله القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 على الفصول 176 و 191 و 192 ويمكن التصدي للموضوع والبت فيه بحكم حاسم للنزاع مثلها مثل سائر محاكم الأصل وذلك عند النظر مرة ثانية في التعقيب المرفوع طعننا في قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائرها تأسيساً على صدوره بناءً على خطأ بين وقع فيه قضاة الدوائر المصدرة للحكم.

الفقرة الثانية - الدفوع الشكلية :

1 - تعريف الدفع الشكلي :

ان الدفع الشكلي يتعلق بالإجراءات بدليل استعمال الفصل 14 من م.م.ت. ذلك المصطلح ونص «ان الإجراء يكون باطلاً...» وهو يهدف أساساً إلى تعطيل أو منع نظر موضوع القضية من طرف المحكمة لسبب يتعلق باختصاصها أو بإجراءات الخصومة.⁽¹⁾ وان قانون الإجراءات قد نص على بعض هذه الدفع كالدفع بعدم الاختصاص الحكمي أو الترابي أو الدفع ببطالان عريضة الدعوى أو بالدفع بالتخلي لسبق النشر بمحكمة أخرى أو للارتباط بقضية أخرى منشورة.

والقول بان الدفوع الشكلية هي التي نص عليها القانون ولا توجد دفع أخرى وذلك بسبب انعدام معيار موضوعي يمكن القضاة من تمييزها عن بقية الدفوعات هو قول فنده بعض الفقهاء المتمسكين بان الدفوع الشكلية لم ترد في القانون على سبيل الحصر ولا يوجد ما يدل على ان المشرع قد قرر هذا التحديد، علاوة على انه إذا تمكن القضاة من إيجاد استعمال معيار معين وموضوعي لتحديد الدفع الشكلي فمن اللا معقول الأخذ بهذا الحل بعلّة ان القانون لم يتطرق إلى هذا المعيار.⁽²⁾

(1) MOREI René : «Traité élémentaire de procédure civile», p. 51, Paris 1949.

(2) سوليس وبيرو : «القانون القضائي الخاص»، الجزء الأول - باريس 1961 - ص. 275.

2 - النظام القانوني للدفع الشكلية :

ان المشرع قد نص وعدد القواعد الواجب احترامها عند التمسك بدفع شكلي، إلا أن هذه القواعد لم تذكر على سبيل الحصر واجتهد فقه القضاء وأرسى عدة قواعد أخرى أصبحت من المسلمات لدى المحامين باعتبار ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا، ضرورة أن بين كل المجتمعات البشرية يوجد عقد اجتماعي دأبوا على احترامه لإرساء الاستقرار والطمأنينة والعدل. وهذه القواعد، سنحاول التعرض لمجملها كالآتي :

* ضرورة إبداء الدفع الشكلي قبل الخوض في الأصل :

اقتضى الفصل 15 من م.م.ت. ان «التمسك بالمبطلات المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل 14 والقيام بطلب التخلي عن النظر في النازلة بدعوى سابقة نشرها بمحكمة أخرى يجب ان تكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الأصل وطلب إدخال من شأنه ان يرجع عليه بالدرك أو الضمان في النازلة يجب ان يقع قبل ان تعين القضية لجلسة المرافعة».

يخلص من الفصل المذكور ان الدفع الشكلية يجب ان تبدي قبل الخوض في الأصل وسند هذه القاعدة ان الدفع المذكورة موجهة إلى إجراءات الدعوى وليس إلى موضوعها ولذلك فيجب أن تبدي قبل الخوض في الموضوع. وان تبريرات هذه القاعدة عديدة منها أساسا ان التعرض مباشرة لمناقشة طلبات الخصم وأحقته في القيام فتعرض تنازل عن الجزاء المقرر للعيوب التي شابت الإجراءات.

وأن حسن أداء المحاكم لوظيفتها القضائية يستدعي أن تراجع الإجراءات وتراقب صحتها أولا قبل مناقشة موضوع الدعوى، ومرد ذلك ان المحكمة عندما تقتضي بالجزاء المقرر لمخالفة الإجراءات كبطلان عريضة الدعوى لا تتعرض لموضوع الدعوى مما يجعلها تبذل أقل جهدا في البحث والتحميص.

وان مفهوم التعرض للموضوع الذي يجب إبداء الدفع الشكلية قبله وإلا سقط الحق فيها هو التطرق لموضوع الدعوى ومدى أحقية المدعي في طلباته أو سقوط الحق في الالتجاء إلى القضاء.

ويعتبر تقديم المدعي عليه لطلباته أمام المحكمة متعرضا للموضوع كطلب التأخير للإدلاء بمؤيد له تأثير على وجه الفصل. وبذلك ان تعرض المطلوب لموضوع الدعوى يسقط حقه في الدفع الشكلية، فإذا أبدى دفعا إجرائيا بعد ذلك لا يكون مقبولا، غير ان سقوط الحق في الدفع الإجرائي بالتعرض للموضوع نتيجة تعرض ذات الخصم له، لا يسقط الحق في الدفع الشكلي تعرض غيره للموضوع،

ومثال ذلك ما صدر عن المدعي عليه من تعرض للموضوع قبل إدخال الضامن في الدعوى عملاً بأحكام الفصل 37 من م.م.م.ت. لا يسقط حق الضامن في الدفع الشكلية في هذه الدعوى ولئن كان الضامن حالاً محل المطلوب في الأداء إلا ان الحلول يتعلق بالموضوع ولا يتعلق بانعقاد الخصومة.

وعليه لقد بات جلياً انه يجب إبداء الدفع الإجرائية قبل الخوض في الأصل، وهذه القاعدة تهم النظام العام لأنها مقررة لتنظيم عمل المحاكم عند النظر في الدعاوى بهدف الإسراع في منح الحماية القضائية والحيلولة دون تعطيل الإجراءات، وبالتالي أن جزاء مخالفة الإجراءات أي سقوط الحق في الدفع الشكلي إذا ابدى بعد الخوض في الأصل من النظام العام فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم، إلا ان هذه القاعدة لا تنطبق على ما يتعلق من هذه الدفع بالنظام العام، فهذه الدفع يجوز إبدؤها في أي حالة تكون عليها الدعوى وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها.

* ضرورة إبداء الدفع الشكلية دفعة واحدة :

اقتضى الفصل 15 من م.م.م.ت. ان «التمسك بالمبطلات والقيام بطلب التخلي عن النظر في النازلة بدعوى سابقة نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بنازلة أخرى يجب ان تكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الأصل...».

وان مقتضى قاعدة وجوب إبداء جميع أوجه الدفع الإجرائية دفعة واحدة هو اشتراط الدفع بشكل معين وهدف ذلك تصفية جميع المنازعات المتعلقة بدفع إجرائي والانتهاء منها مرة واحدة عوضاً عن تجزئة تصفيتها وما ينجر عن ذلك من تأخير في فصل النزاع ومنح الحماية القضائية.

هذه القاعدة تتعلق بالنظام العام وكذلك الجزاء المرتب على مخالفتها ضرورة أن المحكمة تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدفع الشكلي الذي يبدي بعد إبداء ملحوظات أخرى وسقوط الحق فيه.

* لا يمكن إبداء دفع شكلي لأول مرة في الاستئناف :

ان عدم جواز إبداء الدفوعات الشكلية الموجهة إلى إجراءات الدعوى أمام محكمة البداية في الطور الاستئنافي مرده ان الخصم الذي لم يوجه هذه الدفع في موعدها يعتبر ويفترض أنه مسلم بصحة الإجراءات أو متنازل عن العيوب التي شابتها. وهذه القاعدة التي لم ينص عليها المشرع صراحة إلا انها مفترضة من مبدأ التقاضي على درجتين ومن المفعول الانتقالي للاستئناف ضرورة ان الفصل 144 من م.م.م.ت. اقتضى ان «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف».

وبذلك ان هذه القاعدة ينحصر نطاقها في عدم جواز الدفع الشكلي لأول مرة لدى محكمة الاستئناف في دفع لم تبدى أمام محكمة البداية رغم اتاحة الفرصة للدفاع في الدعوى، ومثال ذلك الحالات التي يكون المطلوب قد استدعي للحضور أو حضر في الجلسة وقدم جوابه رغم بطلان الاستدعاء. اما إذا لم يكن المطلوب قد استدعي كما يجب ولم يحضر ولم يقدم جوابا فيمكن له إيداء الدفع الشكلي لأول مرة لدى محكمة الاستئناف. أما الدفع الشكلي المتعلقة بالنظام العام فلا تنطبق عليها هذه القاعدة ويجوز ابدائها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

*** لا تستنفذ محكمة البداية ولايتها بالنسبة للموضوع بإصدار الحكم في الدفع الإجرائي :**

ان الدفع الشكلي توجه إلى الإجراءات وليس لموضوع الدعوى الذي لا تتعرض له المحكمة ولا تقضي فيه ولذلك فهي لا تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع بإصدار الحكم في الدفع الشكلي.

وتبعاً لذلك إذا نقضت محكمة الاستئناف الحكم الصادر في الدفع الشكلي فإنها تقتصر على هذا النقض ولا تتعرض لموضوع الدعوى وترجع القضية للمحكمة الابتدائية لمواصلة النظر في الموضوع وهو ما اقتضاه الفصل 149 من م.م.ت. الذي نص أنه «إذا كان الحكم المستأنف صادراً في دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها ان تقتصر على نقضة وإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع كما لها ان كان الموضوع قابلاً للفصل أن تبت فيه» ويجدر التفريق بين حالتين، الحالة الأولى والتي قضت فيها محكمة البداية ببطلان عريضة الدعوى، فتم استئناف الحكم وتم إلغاؤه من طرف محكمة الاستئناف، فإن هذه الأخيرة مجبرة على ارجاع القضية لمحكمة البداية لتتظر في الموضوع وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يهيم النظام العام. أما الحالة الثانية ومثالها ان محكمة البداية رفضت الدفع الشكلي ونظرت في موضوع الدعوى وأصدرت فيها حكماً. فإن المحكمة تكون قد استنفذت ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى، وتبعاً لذلك إذا الغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر في الدعوى رغم الدفع بعدم الاختصاص أو ببطلان عريضة الدعوى فإنها تفصل في الدعوى وتصدر فيها حكماً إن كان البتّ ممكناً، أما إذا استدعى الأمر القيام بأبحاث إضافية أو سماع بينة أو تعيين خبير فإنها ترجع القضية لمحكمة البداية لمواصلة النظر فيها وإصدار حكم في الموضوع.

3 - أنواع الدفوع الشكلية :

ان الدفوع الشكلية متعددة وتم التعرض لها بالفصلين 14 و 15 م.م.ت. وهي الدفع ببطان الإجراءات أو عريضة الدعوى أو الاستدعاء للجلسة وسوف لن نتعرض لها هنا ضرورة ان موضعها عند درس إجراءات الدعوى، وبالإضافة إلى ذلك يوجد الدفع بعدم الاختصاص الحكمي أو الترابي والدفع بسابقة النشر والدفع بالارتباط.

أولا - الدفع بعدم الاختصاص :

ان الدفع بعدم الاختصاص هو دفع شكلي مبناه تخلف شرط اختصاص المحكمة الواقع القيام أمامها. وشرط الاختصاص لازم لصحة الإجراءات والاعتداد بها. وان الجزاء الحتمي لمخالفة شرط الاختصاص وقواعد توزيع الدعاوى على المحاكم هو رفض الدعوى لعدم الاختصاص ويتم التمسك بهذا الجزاء عن طريق الدفع.

لكن من المعلوم ان الاختصاص ينقسم إلى اختصاص حكمي واختصاص ترابي وينفرد كل منها بنظام قانوني مغاير للآخر فإنه يكون من أوكد الواجبات التعرض لكل منها في نقطة مستقلة.

- الدفع بعدم الاختصاص الحكمي :

ان الاختصاص الحكمي يهيم النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته وتثيرة المحكمة من تلقاء نفسها ويمكن للمدعى عليه اثارته في أي طور من أطوار التقاضي ولو لأول مرة أمام محكمة التعقيب.⁽¹⁾ وان الحكم الصادر في الدفع بعدم الاختصاص حكم صادر قبل الفصل في الموضوع ولا يحوز حجية بالنسبة له. وبالتالي أن محكمة الاستئناف إذا نقضت الحكم الابتدائي القاضي بعدم الاختصاص ملزمة بإرجاع القضية إلى المحكمة الابتدائية لمواصلة النظر في الموضوع تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يهيم النظام العام ولأحكام الفصل 149 م.م.ت.

- الدفع بعدم الاختصاص الترابي :

ان الاختصاص الترابي وكما هو معلوم يهيم مصلحة الخصوم ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها الا ان بعض الفصول كالفصل 33 و 34 و 35 و 37 و 38 من م.م.ت. استعملت صيغة الوجوب مما حدا بالبعض إلى القول بان الاختصاص الترابي المقرر بالفصول المذكورة يهيم النظام العام وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها

(1) القرار التعقيبي عدد 6280 الصادر في 26 جوان 1968 - القضاء والتشريع عدد 4 لشهر أفريل 1968.

ولا يمكن الاتفاق على مخالفته⁽¹⁾ وبالتالي يكون النظام القانوني لهذا الاختصاص بالنسبة للاستثناءات المذكورة مماثلاً للنظام القانوني المقرر للاختصاص الحكمي.

في حين ان بقية المواد المتعلقة بالاختصاص الترابي فينسحب عليها الفصل 18 م.م.م.ت. الذي نص على ان «الخصم الذي يقع استدعاؤه لدى محكمة متحدة الدرجة التي كان يجب رفع النازلة لديها له طلب التخلي عنها للمحكمة الراجع إليها النظر بشرط ان يقدم طلبه قبل الخوض في أصل النازلة وألا فمطلبه غير مقبول».

ويخلص من الفصل المذكور أن الدفع بعدم الاختصاص يجب ان يبدى قبل الخوض في الأصل والتعرض للموضوع وإلا سقط الحق فيه. إلا ان ما يثيره هذا الفصل هو مفهوم التخلي. هل المقصود به الحكم بعدم الاختصاص الترابي وعلى القائم بالدعوى إعادة نشر قضية ثانية لدى المحكمة المختصة أو ان المحكمة عند حكمها بالتخلي تحيل القضية إلى المحكمة المختصة وذلك للاقتصاد في الإجراءات والنفقات ضرورة ان ملف القضية يرسل إلى المحكمة المختصة ويتم مواصلة الإجراءات من المرحلة التي وصلتها وهو المعمول به في جل التشريعات، ولذلك ان التخلي يعني ضمناً الإحالة إلى المحكمة المختصة.

- الدفع بسابقة النشر :

اقتضى الفصل 15 من م.م.م.ت. ان «القيام بطلب التخلي لسابقة نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بنازلة أخرى يجب ان يكون دفعة واحدة وقبل الخوض في الاصل...».

وكما هو معلوم انه بالامكان ان تختص أكثر من محكمة واحدة بنظر نفس النزاع، وبهذا الفصل يريد المشرع توحيد الخصومة وتركيزها أمام محكمة واحدة وذلك للاقتصاد في الإجراءات والنفقات ولمنع تناقض الاحكام، وبالتالي ان الدفع ليس دفعا بعدم الاختصاص انما دفع بسابقة النشر يهدف إلى إحالة القضية للمحكمة المتعهددة لتجميع النزاع أمامها ولأعمال هذا الدفع لابد من اثارته قبل الخوض في الأصل وان يتم إثبات الاتحاد في الأسباب والأطراف والموضوع وان تكون الدعوى منشورة أمام محكمتين ضرورة أنه لا جدوى من الإحالة إذا انقضت إحدى الخصومتين بالفصل فيها وان تكون المحكمتان مختصتين بنظر الدعوى. وان التخلي لفائدة المحكمة المتعهددة يفترض انها كانت تعهدت في تاريخ سابق للقيام لديها.

إذا تحققت المحكمة من توفر شروط الدفع فإنها تحكم بالتخلي عن نظر الدعوى وتحيل القضية للمحكمة المتعهددة وتحدد للأطراف الجلسة التي يحضرون فيها أمام

(1) حسين بن سليمة: «دراسات قانونية لإشكالات تباينت حولها المحاكم»، 1998 ص. 18. أمينة نمر: «أصول المرافعات المدنية والتجارية» - دار المعارف بالإسكندرية ص. 182.

المحكمة التي أحييت إليها الدعوى. وتتولى كتابة المحكمة توجيه ملف القضية إلى المحكمة المتعهددة ضرورة ان الحكم الصادر في الدفع بسابقية النشر ينفذ فوراً ويرتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى لاحقاً.

- الدفع بالارتباط :

ان الفصل 15 من مجلة المرافعات هو الذي خول طلب التخلي عن الدعوى للارتباط شريطة ان يتم ذلك قبل الخوض في الاصل، والارتباط هو وجود صلة وثيقة بين دعويين تجعل من حسن سير العدالة مركزاً النزاع أمام محكمة واحدة للحكم فيهما دفعا لتناقض الأحكام.

وللحكم بالتخلي عن الدعوى وإحالتها على المحكمة المتعهددة لابد من توفر عدة شروط أهمها ان تكون المحكمتان من درجة واحدة وتوفر الارتباط الذي تقوم المحكمة بتقدير وجوده وان تكون الدعويان منشورتين بالفعل أمام المحكمتين.

والحكم الصادر بالتخلي والإحالة إلى المحكمة المتعهددة ينفذ فوراً وتتولى كتابة المحكمة إرسال ملف القضية على الحالة التي هو عليها. وهذا الحكم غير منه للخصومة ضرورة انها تنتقل على حالتها إلى المحكمة المحال إليها، ولذلك فهو لا يقبل الطعن المباشر ولا يجوز الطعن فيه الا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة.⁽¹⁾

الفقرة الثالثة - الدفع بعدم القبول :

1 - تعريف الدفع بعدم القبول :

ان الدفع بعدم القبول أثار جدلاً حاداً بين فقهاء القانون وتعددت المؤلفات في شأنه⁽²⁾ وتجاهلته بعض التشريعات ومن ضمنها التشريع التونسي أي أنه لم يستعمل هذا المصطلح ولئن أقر نتيجته وهو الحكم برفض الدعوى.

ويهدف الدفع بعدم القبول إلى الحيلولة دون نظر الدعوى من طرف المحكمة وذلك لغيباب شرط القبول. وقد اختلف الفقهاء حول طبيعته القانونية فمنهم من اعتبره أحد فروع الدفع الموضوعية ضرورة أنه يهدم أحد شروط الحق في الدعوى أو شروط قبولها. في حين اعتبره آخرون انه لا يعدو ان يكون دفعا شكلياً لأنه يهدف إلى استبعاد الطلب القضائي وهو ما تحققه الدفع الشكلية.

(1) ويرى الدكتور أحمد أبو الوفاء خلاف ذلك ويعتبر أنه حكم منه للخصومة ويقبل الطعن المباشر - الدفع - دار المعارف بالإسكندرية - ص. 239.

(2) نبيل عمر : «الدفع بعدم القبول»، منشأة المعارف - مصر 1981.

- BEGUET : «La fin de non recevoir», RTDCI 1947 - p. 133.

- MINGUET : «Evolution et immutabilité du litige», Thèse à Toulouse 1975 - p. 30.

وأمام هذا الغموض واللبس عمد بعض الفقهاء إلى ذكر حالات الدفع بعدم القبول على وجه الحصر وهي أنكار صفة القيام أو نفي الصفة في القيام بالدعوى أو سبق الحكم في الدعوى واتصال القضاء بها أو لسبق الصلح في شأن موضوعها أو الاتفاق على التحكيم أو لرفع الدعوى قبل الميعاد أو بعده أو لعدم اتخاذ الإجراء الذي يوجبه القانون قبل رفع الدعوى⁽¹⁾ مثلما هو الحال للقيام على البلديات أو ملك الدولة الخاص بخصوص العقارات أي يجب التظلم قبل القيام.

وبالتالي انه من المحبذ ان يتعود فقه قضائنا على استعمال هذه المصطلحات عند إصدار الأحكام ضرورة ان لها تأثير بالغ على حقوق المتقاضين والحكم بعدم القبول يختلف اختلافا شاسعا عن الحكم برفض الدعوى لاختلاف أثرهما واعتبار الدفع بعدم القبول دفعا شكليا يحول دون اثارته قبل الخوض في الأصل في حين انه بالإمكان اثارته في كل حين مما يجزنا إلى الحديث عن النظام القانوني للدفع بعدم القبول.

2 - النظام القانوني للدفع بعدم القبول :

لم يورد القانون قواعد عامة تنسحب على الدفوع بعدم القبول وسنحاول استنتاجها من النصوص ضرورة ان الدفوع الشكلية تكلم عنها المشرع وحدد ميعاد التمسك بها، وبالتالي بواسطة التأويل العكسي سوف نصل لإقرار حلول بخصوص المسائل التي عادة ما تثار أمام المحاكم.

- خلافا للدفع الشكلي ان الدفع بعدم القبول يمكن ابدائه في أي حين وفي كل حالة تكون عليها الدعوى وهو ما انتهى إليه المشرع الفرنسي صلب الفصل 123 من قانون المرافعات الفرنسي الذي حدد الدفع بعدم القبول كونه « الدفع الذي يحول دون قبول دعوى الخصم وذلك بسبب انتفاء حق التقاضي كما في حالة فقد الصفة أو المصلحة أو بسبب التقادم أو السقوط أو بسبب سبق الفصل في الدعوى.
- الدفع بعدم القبول هل تثيره المحكمة من تلقاء نفسها؟ لاجابة عن هذا السؤال، لا بد من معرفة البواعث التي دعت إلى إقراره. فإن قرر لمصلحة الخصوم فلا بد ان يثار من طرفهم لتقضي به المحكمة، اما إذا قرر لصالح المصلحة العامة فيمكن اثارته من طرف المحكمة.

(1) أحمد أبو الوفاء : «المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف باسكندرية مصر - 1990 - ص. 230.

ونستطيع ان نذكر من الدفع المتصلة بالنظام العام الدفع بانكار صفة المدعي في القيام ضرورة ان المحكمة ملزمة قبل تناول الموضوع ان تتحقق من صفات الخصوم.⁽¹⁾

• اما الدفع التي تهم مصلحة الخصوم كدعوي الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين مثلما اقتضاه الفصل 1496 من المجلة المدنية الذي نص انه «لا يوجه الطلب لجهة الكفيل قبل أن تظهر المماطة من المدين».

وبذلك إذا تعلق الدفع بعدم القبول فيمكن للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها وتقتضي بعدم قبول الدعوى.

- الحكم الصادر والقاضي بعدم قبول الدعوى هل يترتب عليه إمكانية القيام مرة ثانية أم لا يمكن تجديد الدعوى ؟

للإجابة على هذا السؤال أيضا، لا بد من التطرق للمسألة حالة بحالة ضرورة أنه لا يمكن وضع حكم عام ينطبق على الأحكام وسنضرب أمثله للوقوف على ذلك. لا يمكن تجديد الدعوى لمن قضي بسقوط استئنائه وكذلك لمن رفضت دعواه لقيامه بعد عام من حدوث الشغب في الدعوى الحوزية، الا انه يمكن للدائن الذي قام على الكفيل وقضي بعدم قبول دعواه لعدم رجوعه على المدين أولا ان يعيد الكرة ثانية بعد إثبات أنه رجع على المدين وتبين عجزه على الوفاء بالمدين.

- هل استئناف الحكم القاضي بعدم القبول يطرح النزاع برمته على محكمة الاستئناف ؟

ان محكمة البداية عندما تقضي بعدم قبول الدعوى لم تتطرق إلى الموضوع وبالتالي ان محكمة الاستئناف إذا رأت خلاف ما ارتأته محكمة البداية ونقضت الحكم فعليها ارجاع القضية لمحكمة البداية حتى تنظر في الموضوع وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يهيم النظام العام.⁽²⁾

ورغم لما هذا الرأي من وجهة فإن محكمة النقض المصرية مستقرة على ان «الحكم بعدم قبول الدعوى تستنفذ به محكمة البداية ولايتها، فإذا الغي استئنافاً فلا يجوز إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة وعلى محكمة الاستئناف الفصل في

موضوع النزاع».⁽³⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : «الدفع»، دار المعارف بالإسكندرية - ص. 533.

العشماوي : «المرافعات المدنية والتجارية»، المطبعة النموذجية - مصر - ص. 154.

(2) أحمد أبو الوفاء : «المرافعات المدنية والتجارية»، دار المعارف بالإسكندرية - 1990 - ص. 230.

(3) نقض في 8 ماي 1980 عدد 1313 - مجموعة القواعد القانونية - 1980 ص. 47.

الجزء الثالث

نظرية الخصومة المدنية

إن الخصومة لم يتم تعريفها من المشرع التونسي ولا من التشريعات الأجنبية لأن تعريف المؤسسات قد يضيق من إطارها أو يكسبها القوة التشريعية التي تكون للنص القانوني ويكون القاضي ملزما باعتماده على الرغم من عدم صحته⁽¹⁾.

ولذلك قد وضع الفقهاء عدة تعاريف منها ان «الخصومة القضائية هي الوسيط الإجرائي المكون من عديد من الأعمال الإجرائية بهدف خدمة الادعاء المطروح على المحكمة حتى يفصل فيه بحكم يحسم النزاع وتنتهي الخصومة بصدور هذا الحكم»⁽²⁾ ويخلص من التعريف المذكور ان الخصومة هي مجموعة أعمال متتابعة يقوم ببعضها الخصوم وممثلوهم وبعضها الآخر القضاة ومساعدوهم من عدول تنفيذ ومحامين وخبراء عدليون. وهذه الأعمال تتابع تتابعا زمنيا ومنطقيا وكان كل عمل يفترض العمل اللاحق له، وجملة هذه الأعمال تنتج أثرا من الممكن ان يكون إيجابيا وهو الحكم بما طلبه المدعي أو ان يكون سلبيا وهو الحكم برفض الدعوى أو بعدم سماعها أو بعدم قبولها.

وهذه الأعمال ينظمها قانون المرافعات ويحدد تسلسل الإجراءات في كل مرحلة فنجده يرتب على المطالبة القضائية ضرورة استدعاء المطلوب وتبليغه عريضة افتتاح الدعوى والمؤيدات، ويرتب على الاستدعاء ضرورة حضور المطلوب إلى الجلسة والدفاع عن نفسه وغيابه لا يحول دون مواصلة النظر في الدعوى طبق أوراقها ان كان التبليغ صحيحا، وتتابع الإجراءات إلى صدور الحكم الذي يتضمنها وترتب على عدم احترامها إمكانية الطعن فيه لتدارك ما وقع فيه مصدره من خطأ أو خرق للقانون وان قيام الخصومة يترتب عنه قيام علاقات بين الخصوم، وبينهم وبين

(1) أحمد أبو الوفاء: «المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 415.
- PERROT Roger : «Droit judiciaire privé», p. 50.

(2) محمد محمود ابراهيم: «التكييف القانوني للدعوى»، مصر 1982، ص. 136.

المحامين، وبين هؤلاء والمحكمة فالمدعي والمدعى عليه يعتبر كل واحد منهما طرفا في القضية ويبيدي طلباته ودفعه ويطعن في الحكم ويطلب تنفيذه ويمارس ذلك بنفسه بواسطة أحد العدول المنفذين. وهذه العلاقة ليست مصدرها العقد انما القانون.⁽¹⁾

اما العلاقة بين الخصوم والمحكمة فإنه بمجرد اتخاذ إجراءات الخصومة القضائية يحمل على القاضي واجب الفصل في الدعوى وإلا اعتبر منكرا للعدالة.⁽²⁾ ويمارس القاضي السلطة القضائية في الخصومة فيتولى سماع الأطراف وشهودهم ويصدر الأحكام التحضيرية كالحكم بتأجيل القضية لجلسة أخرى أو قرن قضيتين لبعضهما ويصدر فيهما حكم واحد لاتحاد الموضوع والأطراف والسبب ويدير الجلسة ويسهر على حسن سيرها بأن منحه القانون حق اخراج من يربكها أو يأذن بتحرير محضر في من اخل بسير الجلسة ويحيله على النيابة العمومية للقيام بإجراءات التتبع.

ومجموعة هذه الإجراءات يمكن ان تكون مختلة فتقضي المحكمة بإبطالها مما يجبرنا إلى التطرق إلى البطلان في الإجراءات أو ان تكون مورست خارج مواعيدها فيجدر دراسة سقوط الإجراءات ، كما ان الخصومة يمكن ان يحدث ما يعطلها ويكون من الضروري الحديث عن معطلات الدعوى عملا بأحكام الفصول 241 وما بعده من مجلة المرافعات.

وان كل هذه الإجراءات المكونة للخصومة تنتج اثرا وهو صدور حكم يضع حدا للنزاع ويقر الحقوق أو ينشئها ويحق المحق ويرد المبطل⁽³⁾ فالحكم هو الغاية الطبيعية التي يهدف إلى تحقيقها كل خصم بان يحاول إقناع القاضي بمنحه الحماية القضائية التي يقررها القانون⁽⁴⁾ وهذا الحكم الصادر في الدعوى لا ينفذ فور صدوره إلا في حالات ذكرت على الوجه الحصر ويجب ان يصبح نهائيا حتى يتسنى تنفيذه. وقد تقع المحكمة في أخطاء أثناء نظرها الدعوى وأثناء إصدارها للحكم، لذلك سمح المشرع للخصوم الطعن فيه. فالحكم الصادر عن محكمة البداية يطعن فيه بالاستئناف. والحكم الصادر عن محكمة الاستئناف يطعن فيه بالتعقيب إذا كان مخالفا للقانون. أما من تضرر من صدور الحكم ولم يقع استدعاؤه ليكون طرفا فيمكنه الاعتراض عملا بأحكام الفصل 168 من م.م.ت. وإذا صدر الحكم وأصبح نهائيا بناء على خديعة من الخصم أو على رسوم مزورة أو ظفر الخصم

(1) عبد المنعم الشرقاوي : «المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 343.

(2) أنظر الفصل 108 من المجلة الجزائية.

(3) أحمد أبو الوفاء : «المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 712.

(4) ابراهيم نجيب سعد : «القانون القضائي الخاص»، مصر - ص. 187.

بورقة قاطعة في الدعوى كانت ممنوعة عنه بفعل الخصم فيمكن طلب التماس إعادة النظر وفق شروط معينة. لذلك، وإذا كان الأمر كما قرر وسلف بسطه فإن هذا الجزء سيتضمن أربعة أقسام أولها إجراءات الخصومة ويحتوى على إجراءات رفع الدفع وتقييدها وإجراءات التبليغ ومكانه وإجراءات سير الدعوى وثانيها يتعلق بجزاء مخالفة إجراءات الخصومة وينصرف أساسا إلى البطلان والسقوط وثالثها آثار الخصومة أي صدور الحكم وكيفية تحريره وبياناته الوجوبية والدفع ببطلانه وأثره الأساسي وهو خروج النزاع من ولاية المحكمة التي أصدرته واستثناءات هذا الأثر أي ولاية المحكمة بإصلاح الأحكام الصادرة عنها وتفسيرها ورابعها الطعن في الأحكام بالطريقة العادية أي الاستئناف أو بالطرق غير العادية أي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب. وإذا أصبح الحكم نهائيا أو باتا فما هي الشروط الواجبة التوفر ليتسنى تنفيذه، وهل يمكن في الأثناء إيقاف تنفيذه سواء بإثارة صعوبة تنفيذية أمام القاضي الاستعجالي أو بتقديم طلب في الإيقاف للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف.

القسم الأول

إجراءات الخصومة

سبق ان بينا ان الخصومة تفترض التعدد والتتابع في أعمالها فهي مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تتخذ بقصد الحصول على حكم. فتبدأ بالإجراء الافتتاحي لها وهي المطالبة القضائية ولا بد للتطرق للبيانات الوجوبية التي تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى وهو موضوع الفصل الأول. أما الفصل الثاني فيتضمن كيفية تبليغ هذه العريضة إلى المطلوب ضرورة ان مبدأ المواجهة يقتضي اعلام الخصم بالطلبات الأصلية واطلاعه على المؤيدات سند الدعوى، إلا ان هذه الخصومة التي انعقدت يمكن ان تطرأ عليها عوارض تعطلها وتعرض لذلك الفصل 241 من م.م.ت. وهو ما سيكون محتوى الفصل الثالث. في حين أن الفصل الأخير سيتعرض لجزاء مخالفة الإجراءات ضرورة أنه بدون جزاء لتجرد القاعدة القانونية من صفة الإلزام علاوة على ان الجزاء يهدف إلى حسن سير مرفق العدالة وتحقيق الغرض من الخصومة وهو تحقيق الحماية القضائية بالفصل في النزاع وإصدار حكم عادل على أساس معطيات صحيحة.

الفصل الأول

إجراءات رفع الدعوى :

اقتضى الفصل 69 من م.م.ت. أنه «ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ وتتعدّد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين». ويخلص من الفصل المذكور أن الخصومة تفتح بطلب يقدم للقضاء يودعه المدعي بكتابة المحكمة التي تتولى تقييد القضية، فالمطالبة القضائية هي الإجراء الافتتاحي للخصومة وتسمى عريضة افتتاح الدعوى وستعرض لهذا الفصل وفي مبحثين لرفع الدعوى والآثار الناتجة عنها.

المبحث الأول - رفع الدعوى :

ان رفع الدعوى يكون بعريضة يحررها محامي الطالب ضرورة ان إنابة المحامي وجوبية لدي المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية عملاً بأحكام الفصل 68 من م.م.م.ت، لكن ماهي البيانات التي تتضمنها هذه العريضة ؟ ومتى يتم إعلانها للمطلوب والمواعيد الواجب احترامها ؟ ومتى تقيد القضية ؟ وماذا يمكن ان يفعل المطلوب في صورة عدول المدعي عن تقييد القضية ؟

اقتضى الفصل 70 من م.م.م.ت. انه «يجب أن يبين بعريضة الدعوى اسم كل واحد من الخصوم ولقبه وحرفته وصفته ووقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعي وأسايندها القانونية والمحكمة الواقع الاستدعاء للحضور لديها وتاريخ الحضور سنة وشهرا ويوما وساعة. كما يجب ان تتضمن العريضة التنبيه على المستدعي بتقديم جوابه كتابة مصحوبا بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعنية لها القضية والا فأن المحكمة تنظر فيها حسب أوراقها. ولا يمكن ان يقلل ميعاد الحضور عن واحد وعشرين يوما إذا كان للخصم مقر بالتراب التونسي وعن ستين يوما إذا كان مقره بالخارج وكذلك بالنسبة للدولة والمؤسسات العمومية».

لقد حدد الفصل المذكور البيانات الوجوبية التي يجب ان تتضمنها العريضة والأجال الواجب مراعاتها لتقديمها للكتابة وتقييد القضية.

الفقرة الأولى - البيانات الوجوبية لعريضة الدعوى :

يجب ان تحرر عريضة الدعوى من طرف محامى بالنسبة للقضايا التي تكون فيها انابة محام وجوبية وتتضمن البيانات التالية :

1 - تحديد الخصوم :

يجب ان تتضمن عريضة الدعوى أسماء الخصوم وحرفتهم ومقرهم الأصلي أو المختار وصفاتهم وذلك حتى يسهل تبليغ الاستدعاءات ويتسنى تنفيذ الحكم عند صدوره. وان تحديد مركز أي من الخصمين تترتب عليه آثار هامة بالنسبة للخصومة وإجراءاتها. ذلك ان الاختصاص الترابي يتحدد بمقر المطلوب عملاً بالفصل 30 من م.م.م.ت. علاوة على ان مركز الخصوم يتحدد وقت رفع الدعوى ولا يمكن تغيير أطراف الخصومة بعد رفعها والخلف العام الذي يحل محل مورثه بموجب الحلول الإجرائي لا يمكنه التمسك بعدم الاختصاص الترابي إذا مات مورثه بعد رفع الدعوى.⁽¹⁾

(1) فتحي والي : «الخصومة القضائية»، دار المعارف بالإسكندرية - مصر - ص. 11.

2 - موضوع الدعوى :

يوجب القانون ان تتضمن عريضة الدعوى الوقائع والطلبات والأسانيد. والغرض من هذا البيان مزدوج، فهو يمكن المطلوب من الحصول على فكرة كافية عن الطلبات حتى يتمكن من إعداد وسائل دفاعه قبل الجلسة حتى لا يضطر إلى طلب تأخيرها، ومن جهة أخرى يعين المحكمة على تكوين فكرة عن الدعوى تمكنها من تحديد المواعيد اللازمة لإعداد الدعوى⁽¹⁾ كما يجب ذكر السند القانوني للدعوى حتى يتسنى للمحكمة مراقبة التكييف الذي اصبغه المدعى على دعواه ضرورة ان بعض الحقوق تمكن من القيام بعدة دعاوى وتخول مختلف حمايات القانونية، باعتبار ان الحائز لعقار يمكنه القيام بدعوى حوزيه ضد من شاء أو بدعوى استحقاقه. وفي هذا الإطار اقتضى الفصل 523 من المجلة المدنية ان «من كان له القيام بدعويين مبنيتين على سبب واحد فاختر احدهما لا يحمل على انه تنازل عن الأخرى».

وموضوع الدعوى يجب تبيانه بعبارة صريحة ولا يكون هذا البيان تاما إلا إذا تبين الشي المطلوب الحكم به بيانا كافيا حتى يصدر الحكم بحق يمكن التنفيذ عليه.⁽²⁾

3 - بيان المحكمة المطلوب الحضور أمامها :

يجب بيان المحكمة المطلوب الحضور أمامها بعريضة الدعوى لان المقصود بالاستدعاء ان يجتمع الخصوم أمام محكمة واحدة لفصل النزاع موضوع الدعوى. ولذلك ورعاية لمصلحة الخصم يجب تعريفه بالمحكمة التي سيختصم امامها اذ قد تكون هناك أكثر من محكمة مختصة خاصة عند تعدد الخصوم واختلاف مقراتهم. كما انه بالنسبة

للمحاكم الكبرى والمشملة على عدة قاعات جلسات فمن الضروري ذكر رقم قاعة الجلسة، باعتبار ان بعض القضايا لا تكون فيها انابه المحامي وجوبية كالقضايا الشغلية والطعن في القرارات المهنية أمام محكمة الاستئناف كتسعير أجره المحامي.

4 - ذكر اليوم والساعة والشهر المطلوب الحضور فيها :

كما يجب ان تشتمل عريضة الدعوى على تاريخ الجلسة يوما وسنة وشهرا وساعة لان هذا البيان لازم ليعرف المعلن بالعريضة وقت الحضور إلى المحكمة. وان ذكر الساعة في القضايا التي يكون موعد الحضور فيها بالساعات ضروري، إذ يحصل في الدعاوى الاستعجالية ان يكون الاستدعاء في ساعه معينة.

(1) محمود محمد ابراهيم : «صحف الدعوى»، مصر 1987 - ص. 151.

(2) عبد العزيز ناصر : «مرجع القضاء»، دار المعارف - مصر - ص. 195.

5 - التنبيه على المطلوب الجواب بواسطة محام :

يوجب الفصل 70 من م.م.م.ت. ان تتضمن عريضة الدعوى أيضا التنبيه على المطلوب على ضرورة الجواب كتابة مصحوبا بماله من المؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعينة لها القضية والتنبيه عليه بانه في صورة اخلاله بهذا الواجب فإن المحكمة ستواصل النظر في القضية دون ان تتوقف على جوابه.

وان وجوب الجواب بواسطة محام اصبح اليوم ضرورة ملحة ضرورة ان المشاكل القانونية تعقدت وتشهد تضخما تشريعيًا يكون المواطن غير المختص في المادة القانونية في عجز عن الدفاع عن حقوقه، وبالتالي أن تنقيح الفصل 70 بموجب القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 في طريقه وساعد المحاكم على القيام بعملها على احسن وجه باعتبار انه من خلال تقارير المحامين تتحسن نوعية الأحكام.

الفقرة الثانية - إعلان العريضة وتقييد القضية :

1 - إعلان عريضة الدعوى :

اقتضى الفصل 69 من م.م.م.ت. ان عريضة الدعوى يبلغ منها نظير للمطلوب مصحوبا بنسخ من المؤيدات بواسطة عدل منفذ وتتعدد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين. ان الفصل المذكور خول للمدعي تعيين تاريخ الجلسة بمفرده واستدعاء خصمه للحضور بالتاريخ المعين بعريضة الدعوى، وان المحامي محرر العريضة يمكنه ان يستقي التاريخ المعين لانتصاب كل دائرة ضرورة أنه في بداية كل سنة قضائية يقوم رئيس المحكمة بتعليق جدول عمل المحكمة واليوم المعين لانتصاب كل دائرة وتحديد اختصاص ومناطق نظر دوائر المحكمة، إلا ان العمل جرى على ان يقدم المحامي عريضة الدعوى لكتابة الدائرة المختصة التي تتولى تعيين تاريخ الجلسة واثر ذلك يقع استدعاء المطلوب للجلسة المعين تاريخها بالعريضة المبلغة.

وان هذه الإمكانية التي خولها الفصل 69 من م.م.م.ت. للمدعي من تعيين تاريخ الجلسة بمفرده أو جريان العمل الساري حاليا بالمحاكم الابتدائية يدخل إرباكا على عمل الدوائر ضرورة ان عدد القضايا يختلف من دائرة إلى أخرى حسب إرادة المتقاضين في حين انه بالإمكان جعل تعيين القضايا من اختصاص رئيس المحكمة باعتبار انه الوحيد العارف لعدد القضايا المنشورة بكل دائرة ومدى اختصاص كل رئيس دائرة ومعرفته بالمواد القانونية وتجربته القضائية وبالتالي ان توزيع القضايا يكون على أساس مقاييس موضوعية لا يمكن تقديرها إلا من طرف رئيس المحكمة

بالإضافة إلى ان تدخل رئيس المحكمة في التعيين يجعله على علم تام بكل المواضيع المعروضة على المحكمة ويقع تفادي تراكم القضايا في دائرة دون أخرى وبالتالي لا يمكن بحال ان يبقى هذا التقدير خاضعا لإدارة المتقاضين وهو ما فعله المشرع الفرنسي عندما جعل تعيين القضايا من اختصاص رئيس المحكمة وهو ما اقتضاه الفصل 758 من مجلة المرافعات الفرنسية عندما نص على ان «رئيس المحكمة هو الذي يتولى تحديد اليوم وساعة المناذاة على القضية ويعين الدائرة التي ستتعهد وكاتب المحكمة يعلم الأطراف بذلك».

وبالتالي ان سرعة فصل النزاعات وتوفير الضمانات للمتقاضين تستدعي تعديل الفصل 69 من م.م.م.ت. وإقرار سلطة تعيين القضايا وتحديد تاريخ الجلسات لرئيس المحكمة مثلما هو الحال بفرنسا ضرورة ان رئيس المحكمة هو الذي يعرف عدد القضايا بكل دائرة ويمكنه التوزيع حسب ذلك المعطي علاوة ان معرفته لكفاءة كل رئيس دائرة واختصاصه وتجربته القضائية، وتبليغ عريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة يجب أن يكون بواسطة عدل منفذ عملا بأحكام الفصل الخامس من م.م.م.ت. وفقه القضاء مستقر على ذلك.⁽¹⁾

ومعلوم ان ما يحزره عدل التنفيذ يشتمل على بيانات وجوبية منها تاريخ الإعلان باليوم والشهر والساعة حتى يتم التحقق من صحة الإعلان ومعرفة ما إذا كان قد تم في وقت يجوز فيه التبليغ. ويرمي كذلك التاريخ إلى تحديد بداية سريان الآثار المترتبة على هذا الاستدعاء للجلسة ضرورة ان هذا الإجراء يجب ان يتم قبل واحد وعشرين يوما بالنسبة لمن له مقر خارج البلاد التونسية وكذلك بالنسبة للدولة والمؤسسات العمومية. كما ان عدل التنفيذ مجبر على ذكر اسم طالب الإعلان ولقبه ومهنته ومقره وكذلك المستدعي ومن تسلم العريضة وهويته ومقره، بالإضافة إلى ذكر اسمه والمحكمة التي يعمل بدائرتها وتوقيعه على كل من الأصل والصور، والهدف من ذلك التأكد من ان من قام بالإعلان له سلطة القيام به وأنه لم يتجاوز حدود اختصاصه الترابي وامضاؤه يضمني الرسمية على الورقة المعلنة وتخلفه يرتب بطلان العريضة بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام وتشيره المحكمة من تلقاء نفسها.

2 - تقييد القضية :

اقتضى الفصل 72 من م.م.م.ت. أنه بعد تبليغ العريضة للمطلوب يتولى محامي المدعي تقديمها لكتابة المحكمة لتتولى تقييدها بالدفتر المخصص لها بعد التحقق من خلاص المعاليم ثم يرسمها بجدول الجلسة المعنية لها.

(1) قرار الدوائر المجتمعة الصادر في 13 أفريل 1995 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1995 - ص. 35.

ويستتج من الفصل المذكور أن تقييد القضية يتم بعد استدعاء المطلوب بمدة زمنية وهو ما يخول لبعض المتقاضين من استعمال هذا الإجراء للإزعاج أو للمضايقة دون نية التقاضي والكل يعلم أن آثار المطالبة القضائية تسري من تاريخ رفع الدعوى الذي لا يكتمل قانوناً إلا بتبليغ العريضة إلى المدعي عليه ضرورة أن المطالبة القضائية تقتضي أن يكون المدعى عليه على علم بالطلب القضائي الموجه إليه وهو ما جعل بعض التشريعات الأجنبية ومنها سوريا « تقرر أن تقييد الدعوى يحصل قبل إعلان العريضة إلى المدعي عليه وبعد استيفاء المعاليم المقررة للدعوى بدفتر خاص برقم متسلسل وفقاً لأسبوعية تقديمه ثم تسلم صورة الاستدعاء بعد ذلك وما يرافقه للمحضر للتبليغ» وكذلك المشرع المصري صلب الفصل 67 من مجلة المرافعات المدنية الذي اقتضى «يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد ان يثبت في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ثم يسلم قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه». كما أن المشرع البلجيكي نحا نفس المنحى بالفصل 711 من م.م.م.ت. الذي اقتضى «يمسك بكل محكمة دفتر عام تقيده به القضايا حسب تاريخ تقديمها».

كما أن المشرع الكويتي انتهج نفس التمشي صلب الفصل 48 الذي اقتضى انه «تقيد إدارة الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة وتعين تاريخ الجلسة المحددة لنظرها ويسلم أصل الصحيفة وصورها إلى مندوب الإعلان لإعلانها ورد الأصل إليها...».

وان مثل هذا النظام أكثر ضمانات ويمكن من التحقق من جدية الدعوى وعدم اتخاذ إعلان العريضة وسيلة للتهديد باعتبار ان خلاص المعاليم كاملة قبل قيدها وقبل إعلانها للمدعي عليه دليل قاطع على العزم على مواصلة الدعوى وعدم التخلف عن الحضور.

ولذلك من المحبذ تعديل الفصلين 69 و72 من م.م.م.ت. وإقرار إمكانية تعيين تاريخ الجلسات لرئيس المحكمة ثم تقييد الدعوى في الدفتر المعد لها وترجع العريضة لمحامي المدعي للقيام بإجراءات الاستدعاء للجلسة المعنية وبالتالي يكون محتوى الفصلين كالاتي :

- الفصل 69 : «ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب ويقدمها إلى رئيس المحكمة لتعيين تاريخ جلستها الأولى ثم ترجع

للكتابة لتقييدها بالدفتر المخصص لها بعد التحقق من خلاص المعاليم القانونية وترسم بجدول الجلسة المعنية لها».

• الفصل 72 : «على محامي المدعي أن يقدم لكتابة المحكمة قبل تاريخ الجلسة بسبعة أيام أصل العريضة المبلغة للمدعى عليه مصحوبة بالمؤيدات وكشفا في نظيرين يوقعه الكاتب ويرجع له احدهما إثباتا لتوصله بها».

وعلى كل أن تقييد القضية وتسليم المؤيدات يجب أن يتم سبعة أيام من قبل تاريخ الجلسة وتتولى كتابة المحكمة التوقيع على إحدى الكشوف في المؤيدات وختمه ويرجعه للمحامي كدليل على ادلائه بالمؤيدات المذكورة به. وإذا لم يتم المدعي بتقييد القضية فإنه بإمكان المطلوب بواسطة محاميه الذي يعلن نيابته القيام بذلك إلى حدود اليوم السابق عن تاريخ الجلسة.

المبحث الثاني - آثار رفع الدعوى :

ان رفع الدعوى يترتب عنه عدة اثار تسمى الاثار القضائية ومنها الإجرائي كتحديد انعقاد الخصومة والمحكمة المختصة ونطاق الخصومة وبعضها الآخر موضوعي كانقطاع سريان التقادم وبطلان إحالة الحقوق المتنازع فيها.

الفقرة الأولى - الآثار الإجرائية :

1 - تحديد تاريخ انعقاد الخصومة :

أن اهم اثر لرفع الدعوى هو تحديد تاريخ انعقاد الخصومة، وهذا التاريخ لا يتحدد بتقييد القضية بالسجل المعد لذلك مثلما هو الحال ببعض التشريعات، بل باستدعاء المطلوب للحضور للجلسة الأولى التي ستعقد لنظر الدعوى. وهذا الموقف يبرره مبدأ المواجهة ضرورة أن النزاع لا ينشأ إلا عندما يعلم به المطلوب ويستعد لأعداد وسائل دفاعه والدفاع عن حقوقه وهو ما يقره أغلب الفقهاء⁽¹⁾ ونحى القضاء التونسي هذا المنحى بالقرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته ان «التاريخ المعتمد كتاريخ لرفع الدعوى هو تاريخ تبليغ العريضة إلى المطلوب عن طريق عدل منفذ بالنسبة للمحكمة الابتدائية، أما محكمة الناحية فإن تاريخ التقديم المعتبر فهو تاريخ تقديم العريضة إلى كتابة المحكمة وتقييد القضية بالدفتر المعد لنوعها»⁽²⁾.

(1) نبيل اسماعيل عمر : «أصول المرافعات المدنية»، منشأة المعارف بمصر - ص. 163.
(2) قرار الدوائر المجتمعة الصادر في 24 ديسمبر 1982 تحت عدد 3237 - نشرية محكمة التعقيب 1985 - ص. 263.

2 - تحديد المحكمة المختصة :

ان الأثر الثاني والهام للقيام هو تحديد المحكمة المختصة وبيان مدى ولايتها ويترتب على ذلك نزع اختصاص سائر المحاكم بالفصل في موضوع الدعوى حتى وان كانت مختصة به. وبالتالي إذا رفعت نفس الدعوى أمام محكمة أخرى مختصة بها جاز الدفع بسبق النشر عملاً بأحكام الفصل 15 من م.م.م.ت. الذي خول هذا الدفع قبل الخوض في الأصل.

3 - تحديد نطاق الخصومة :

ان الطلبات المقدمة بعريضة افتتاح الدعوى تحدد نطاق الخصومة محلاً وسبباً وأشخاصاً أمام المحكمة المرفوعة لديها الدعوى ولا يجوز الحكم بأكثر أو بأقل من المطلوب، ولذلك إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات جاز لصاحب الشأن من الخصوم الطعن في الحكم لتدارك الأمر، الا أن جل التشريعات العربية تخول للمعني بالأمر أن يطلب من المحكمة التي أصدرت الحكم وأغفلت الحكم في بعض الطلبات ان تحكم فيها وذلك باستدعاء الخصم للحضور أمام المحكمة لنظر الطلب والحكم فيه وهو ما يجيزه الفصل 193 من قانون المرافعات المصري «يجوز للمدعي أن يعود مرة أخرى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لكي تنظر ما أغفلت الفصل فيه وذلك وفق الإجراءات العادية لرفع الدعوى. والمشرع التونسي مدعو للأخذ بهذا التمشي ضرورة ان المحكمة التي لم تفصل في طلب واغفلته ولم تستنفذ ولايتها ولا يمكن لخصم أن يستعيض عن العودة إليها بالطعن في الحكم بالاستئناف أو بالتماس إعادة النظر لأنه لا يوجد حكم في الطلب الذي اغفل يمكن ان يكون محلاً للطعن.⁽¹⁾

الفقرة الثانية - الآثار الموضوعية :

1 - انقطاع التقادم :

ان القيام لدى القضاء ويعني ذلك من تاريخ التبليغ للعريضة للمطلوب بالنسبة للمحكمة الابتدائية ومن تاريخ تقييد الدعوى بالنسبة لمحكمة الناحية ينقطع به التقادم الذي يسري لفائدة المدعى عليه حتى وان كان القيام لدى محكمة غير مختصة، وهذا التقادم لا يسري طول مدة الخصومة وتبدأ مدة تقادم جديدة من تاريخ صدور حكم نهائي لفائدة المدعي وهو ما اقتضاه الفصل 396 من المجلة المدنية الذي نص أن «مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع إذا قام الغريم على المدين

(1) فتحي والى : «قانون القضاء المدني» - دار النهضة العربية - مصر - ص. 714.

وطالبه بالوفاء بما عليه عن طريق الحاكم وعلى غير طريقه بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى حاكم لا نظر له في النازلة أو كان باطلا لنقص في صورته القانونية».

2 - بطلان إحالة الحقوق المتنازع فيها ومنع شرائها :

أن رفع الدعوى يفيد قطعاً وجود نزاع حول موضوع الدعوى كان عقارا أو منقولاً ومنع المشرع تحويل أو إحالة هذا الحق وهو ما اقتضاه الفصل 202 من المجلة المدنية عندما نص أن «تحويل الحق المتنازع فيه باطل إلا إذا وافق على ذلك المدين، ومعنى الحق المتنازع فيه في هذا الفصل على أحد أمرين :

الأول - إذا كان النزاع في أصل الحق أو في أصل الدين.

الثاني - إذا كان هناك أحوال من شأنها أن توقع نزاعاً مهماً لدى المحاكم في أصل الحق.

كما أنه بمجرد رفع الدعوى يصبح ممنوعاً على القضاة وأعضاء النيابة العمومية والمحامون وكتبة المحاكم شراء الحقوق موضوع الدعوى بأسمائهم ولا باسم مستعار أو بواسطة أبنائهم أو أزواجهم، إذا كانت المحكمة التي يباشرون بها عملهم مختصة بنظر النزاع وإلا كان البيع باطلاً وهو ما اقتضاه الفصل 566 من المجلة المدنية عندما نص على أن «أعضاء المجالس الحكومية وكتاب المحاكم والمحامون وكلاء الخصام ليس لهم أن يكسبوا بالشراء أو بالإحالة شيئاً من الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم التي يباشرون بها وظيفتهم سواء كان الشراء والإحالة باسمهم أو باسم غيرهم. فالبيع باطل والحكم بالبطلان يقع بالطلب ممن له مصلحة فيه أو بغير طلب».

3 - بداية سريان الفوائض التأخيرية :

من المعلوم ان الفوائض تستحق إذا كان متفقاً عليها ومن تاريخ حلول الدين وبنسبة 7% في المادة المدنية وبنسبة المتفق عليها في المادة التجارية وعلى ان لا تفوق نسبة الفوائض القانوني المساوي للنسبة القصوى للاعتمادات البنكية المقررة من طرف البنك المركزي مع إضافة نصف نقطة عملاً بأحكام الفصل 1100 من المجلة المدنية. أما إذا لم يقع الاتفاق على استحقاق الفوائض فأن الفصل 278 من المجلة المدنية اقتضى أنه «في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون الا بالحكم بأداء الفوائض الذي عينه القانون، ويكون الغرم اعتباراً من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين من طرف الدائن».

وان فقه القضاء مستقر على اعتبار ان الفوائض القانونية تستحق من تاريخ القيام باعتباره يقوم مقام الإنذار، ولذلك أن القيام يعتبر اثراً محدداً لبداية سريان الفوائض القانونية إذا طلب الدائن الحكم له بها ويكون من واجب المحكمة الاستجابة لطلبه بداية من تاريخ الإنذار بالأداء وفي غيابه من تاريخ القيام بالدعوى القائم مقام الإنذار.

الفصل الثاني

إجراءات التبليغ :

مادام النزاع القضائي يستوجب حضور الأطراف حتى يتسنى للمدعي إثبات حقوقه بما له من مؤيدات ويكون للمطلوب إمكانية الإقرار بها أو حق دحضها وهذا ما يستدعي اعلام المطلوب بالدعوى حتى تيسر له الإجابة عنها ولذلك أوجب القانون على المدعي استدعاء خصمه للحضور أمام المحكمة ليجيب عن الدعوى إلا ان التثبت من سلامة إجراءات تبليغ الاستدعاء هو من الإجراءات الأولية ضرورة انه لا يجوز النظر في ادعاءات الطالب وفحص مؤيداته قبل التحقق من كونه اعلم الطرف المقابل بطلباته بصفة قانونية ولقد تضمنت مجلة المرافعات المدنية والتجارية بيان كيفية التبليغ ومكان التبليغ وإجراءات التبليغ.

المبحث الأول - كيفية التبليغ :

ان التبليغ حسبما أوردته مجلة المرافعات المدنية والتجارية يتم أساسا بطريقتين أولاهما الطريقة الإدارية وثانيهما بطريقة يتولاها جهاز مختص بها يتمثل في المؤسسة القانونية المعروفة بعدل التنفيذ فما هي أركان وقواعد كل من هذين الطريقتين في التشريع التونسي مقارنة بالقوانين الأجنبية ؟

الفقرة الأولى - الاستدعاء بالطريقة الإدارية :

وهي ان تتولى المحكمة نفسها استدعاء الأطراف سواء عن طريق السلط الإدارية كالشرطة والحرس والعمدة أو بواسطة أحد أعوانها أو بواسطة مكتوب مضمون الوصول.

وقد اعتمد المشرع هذه الطريقة أمام قاضي الناحية تماشيا مع ما تمتاز به هذه المحكمة من سهولة ونص على ذلك الفصل 44 جديد م.م.م.ت، وجاء الفصل 46 م.م.م.ت. ناصًا ما يلي : ما يجب أن يذكر بهذا الاستدعاء والأمر بالمثل بالنسبة للعقل (الفصل 362 م.م.م.ت) والقضايا الشغلية والمنح العائلية (الفصول 202 وما بعد م.م.ش.) وقضايا التسجيل العقاري (الفصل 342 م.ح.ع.).

والحقيقة أن الاستدعاء بالطريقة الإدارية لا يطرح عدة إشكاليات من حيث التطبيق فأما ان يبلغ الاستدعاء لصاحبه، أو لمن يسكن معه، فيكون التبليغ قد أنجز بصفة قانونية، أو أن يبلغ في شخص العمدة فيكون الاستدعاء بواسطة وبالتالي لم يبلغه بالطريقة القانونية، باعتبار ان الاستدعاء يجري تسليمه للمعني شخصيا أو لوكيله أو لمن يكون في خدمته أو ساكنا معه شرط أن يكون مميزا ومعرفا بهويته. فإذا حضر المعني بعد بلوغ الاستدعاء إليه أو تلقائيا، أو لم يحضر وبلغه الاستدعاء طبق القانون يمكن مواصلة النظر في القضية لأن المعني بالأمر أدخل بواجبه وكان على علم.

ويجب أن يحرص المبلغ أشد الحرص على تسليم الاستدعاء لصاحبه، وذكر اسم المبلغ إليه بالكامل، وهي النظرة الصحيحة للموضوع ويحاول قضاة الأصل وخاصة قاضي الناحية أن يحث المتدخلين على ذلك لكن الواقع يبرز عدم احترام جملة هذه المبادئ، فترى الاستدعاء عادة يبلغ لشخص العمدة، ولربما امكن من الوجهة القانونية إلزام الإداريين بتسليم الاستدعاء للشخص المعني، فإن لم يعثروا عليه وجب ذكر الأسباب وإرشاد المحكمة حول المقر الحقيقي للمعني لتفاديا للمغالطات.

ويعتبر هذا النظام ببعض التشريعات هو الحق العام مثل التشريع المغربي الذي تأثر كثيرا بالتشريع الإسلامي، حيث ان الاستدعاء يتولاه القاضي نفسه بالطرق الإدارية أي بواسطة أعوان كتابة الضبط، ومن الواجب ان يسلم تسليمًا صحيحًا إلى الشخص نفسه أو في موطنه إلى أقاربه أو خدمه أو لكل شخص آخر يسكن معه.

والحقيقة أن التشريعات التي ارتأت نظاما ادعائيا تحاول ابقاء القاضي وبالتالي المحكمة مجرد حكم ليعلن عن الفائز في آخر المطاف دون أن تلزمه بالتحري القاسي والمثابرة المستمرة لغاية إحضار المطلوب شخصيا بل أن ذلك يبقى من مشمولات المدعى في الدعوى الذي يجب أن يحترم الإجراءات القانونية فحسب رغم أن الأمر ليس فيه تأثير على مبدأ الحياد على خلاف ما اشتبهه بالأنظمة الاستقرائية إذ تدفع هذه بالقاضي بان يتولى بنفسه الاستدعاء ويبقى المدعى غير ملزم بذلك.

وفي نهاية الأمر يجب الحرص الشديد مهما كان النظام المتبع على تبليغ الطرف المقابل واستدعائه حتي تكون له مناسبة لرد الدعوى والدفاع عن حقوقه بدلا من أن يصدر ضده حكما شبيها بالغيابي. فتشبهه العدالة بالأوامر في ذهن الغير والإنصاف بالظلم، وهذا مؤذن بالخراب.

لكن ماهي طريقة التبليغ المثلى التي تضمن حضور الأطراف؟ وماهو موقف القانون التونسي والقانون المقارن؟ وكيف يمكن إلزام المتدخلين باحترام القانون تلافيا لما قد يحصل من مخاتلات ووسائل؟

وفي هذا الطور يتدخل القاضي عموما لتعيين القضايا، فهل من حلول قانونية لتفادي التأخير في التعيين؟

لأن العدل ليس فحسب تطبيق القانون كما يجب بل أن يكون الكلام مشاركا للنفاد في أقرب الأوقات، وماهو موقف القانون التونسي والقانون المقارن ؟

الفقرة الثانية - الاستدعاء بواسطة عدل منفذ :

إلى جانب ما ذكرناه عن إمكانية الاستدعاء بواسطة عدل منفذ إذا كان الاستدعاء الإداري لم ينته بمفيد أمام المحاكم المذكورة، ونص الفصل 69 م.م.م.ت. بان الدعوى ترفع أمام المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ وكان الفصل 5 م.م.م.ت. أشار إلى أن كل استدعاء أو اعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ويجب أن تتضمن المحاضر التي يحررها العدول المنفذون :

- التاريخ الذي حصل فيه الإعلام يوما وشهرا وسنة وساعة.
- اسم الطالب ولقبه وحرفته ومقره المختار واسم من يمثله عند الاقتضاء ولقبه ومنهته ومقره. وإذا كان الطالب شخصا معنويا، يجب ان يشتمل المحضر على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني ان كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.
- اسم العدل المنفذ والمحكمة التي يعمل بدائرتها.
- اسم الموجه إليه الإعلام ولقبه وحرفته ومقره وان لم يكن له مقر معلوم وقت الإعلام فاخر مقر إقامة كان له.
- اسم من سلم إليه الإعلام وامضائه أو وضع علامة إبهامه على الأصل أو تسجيل امتناعه وسببه.
- إمضاء العدل المنفذ على كل من الأصل والنظير.
- بيان مصروف واجر الإعلام على كل من الأصل والنظير.
- عدد المحضر الرتبي بمكتب العدل المنفذ.

ويشير الاستدعاء بواسطة عدل منفذ عدة اشكاليات تتعلق :

(1) بمقر المطلوب.

(2) وإجراءات التبليغ.

وعلى هذا سوف نتناول مسألة التبليغ في محورين :

(1) مكان التبليغ.

(2) إجراءات التبليغ.

المبحث الثاني - مكان التبليغ :

أوجب المشرع التونسي أن تتضمن عريضة الدعوى اسم كل واحد من الخصوم ولقبه وحرفته ومقره ووجوب إبلاغ التنبيه للشخص نفسه أو في مقره عملا بالفصل الثامن والفصل السابعين من م.م.م.ت.

وذلك حرصا على حماية أطراف النزاع من كل زيغ أو انحراف بالإجراء يخرج به عن تحقيق الهدف وكذلك أيضا للتحقق من صحة إبلاغ صوت الخصم لخصمه وبالطرق القانونية حتى لا يضار بإجراءات تتخذ ضده وفي مغيبه.

وان هذا المنحى يؤكد على أهمية المقر باعتباره مكانا للتبليغ ومعيارا لتحديد الاختصاص الترابي للمحاكم وتبعاً لذلك فإنه بات من المتعين تحديد مفهوم المقر وبيان اثاره على صحة إجراءات التبليغ. ان المشرع التونسي لم يضع تعريفا محددًا للمقر بما يدعو وجوبا للتساؤل عنه فهل هو المكان الذي يسكن به الشخص عادة أم هو المكان الذي يعمل به وهل يجوز أن يكون للشخص أكثر من مقر؟ ان المشرع التونسي لم يأخذ بنظرية وحدة المقر انما هو أقر بإمكانية تعدده بجعله على نوعين اثنين :

الفقرة الأولى - المقر الحقيقي :

لقد حدد الفصل السابع من م.م.م.ت. المقر الحقيقي للشخص الطبيعي كما أن الفصلين 33 و 11 حددا مقر الذات المعنوية.

أ - المقر الحقيقي للشخص الطبيعي :

ان الشخص هو الذي يحدد بإرادته المكان الذي يعطيه القانون وصف المقر الا أننا نجد استثناءات لهذه القاعدة ضرورة أن المقر يمكن ان يكون قانونيا أو حكيميا.

1 - المقر الحقيقي الاختياري :

ان القانون التونسي لا يقر وحدة المقر ونص الفصل السابع من م.م.م.ت. أن المقر الحقيقي هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا حقيقيا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور.

1-1- المقر الحقيقي العام :

ان المقر الحقيقي العام هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة وهذا المقر له صفتان الأولى كونه عاما لمباشرة حقوقه وتصرفاته المدنية والثانية كونه حقيقيا

لقيامه على أساس الإقامة الفعلية ولذلك أن المقر يرتكز على عناصر حددها القانون ولا بد من توفرها عند تغيير المقر.

- عناصر المقر الحقيقي العام :

ان العناصر تتمثل في اثنين هما الإقامة الفعلية والاعتیاد.

* الإقامة الفعلية :

يرتكز المقر على الإقامة الفعلية للشخص⁽¹⁾ وهو ما أقره فقه القضاء بصفة متواترة ومن ذلك اعتبار محكمة التعقيب «ان المقر الحقيقي يكون أحيانا معلوما بدهاة مثل مقر المتسوغ بالنسبة للمسوغ إذا كان محضر عرض المال الواقع بعد عقد التسويغ وقبل القيام بقضية الحال قد جاء ناصا على ان مقر الطاعن هو المكرو ذاته».

كما اعتبرت أيضا ان مكان عمل زوج المعقب ضدها لا يعتبر مقرا واقعا لها إلا ان الإقامة وحدها لا تكفي بل لا بد ان تكون معتادة.

* الاعتياد :

ويشترط الفصل السابع لقيام المقر الحقيقي أن تكون الإقامة معتادة ويعني ذلك الإقامة الفعلية والمستمرة والاستمرار لا يعني اتصال الإقامة بدون انقطاع وانما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو⁽²⁾ متباعدة والإقامة العرضية لا يتوفر معها الاعتياد والاستقرار كان يقيم شخص مدة معينة في نزل أو مبيت للطلبة.

2-1 - تغيير المقر الحقيقي العام :

إذا كان للشخص الحق في تغيير مقره فهل يمكن له الاعتداد بتغيير مقره متى شاء وعلى من يحمل عبء الإثبات.

لم يتعرض التشريع التونسي لهذه المسألة وترك الأمر لفقه القضاء لمعالجته غير أن المشرع الفرنسي نظمها تنظيمًا محكمًا وتعرض لشروط تغيير المقر وكيفية إثباته ولسوف نتعرض لهذه الشروط حتى يتسنى استلهاهم حلول منها.

* شروط تغيير المقر :

لقد فرق الفقهاء بين حالتي تعدد المقر وتغييره ففي الحالة الأولى يعتبر المقر مضافا لصاحبه، أما في الصورة الثانية فإن المقر القديم يتلاشى ليفسح المجال للمقر

(1) القرار الاستئنافي 55431 في 31 جويلية 1962 - مجلة القضاء والتشريع عدد 10 - 1962 ص. 5.

(2) الباشا بجار : «المقر : أهميته، صورته، تحديده، تأثيراته القانونية خاصة على سلامة الاستدعاء والإعلام». مجلة القضاء والتشريع 1991، عدد 1.

الجديد الذي تتوفر فيه عناصر الإقامة الفعلية والمعتادة وهذان العنصران يشكلان الركن المادي لتغيير المقر وهذا الركن يجب أن يكون مصحوبا بالركن المعنوي الذي يفيد بصفة قطعية اتجاه نية الشخص عن التخلي عن مقره القديم.

* اثبات تغيير المقر الحقيقي العام :

لإثبات تغيير المقر الحقيقي العام لا بد من الرجوع إلى الأحكام العامة للإثبات والتي مفادها ان البيئة على من ادعى باعتبار ان الفصل 420 من م.أ.ع. اقتضى أن «إثبات الالتزام على القائم به» وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في العديد من القرارات ومنها القرار المؤرخ في 5 أبريل 1983 والذي تمسكت فيه الطاعنة بتحايل زوجها على القانون والأقدام على استدعائها بمقر الزوجية والحال انها بارحته إلا أن محكمة التعقيب ردت على هذا الادعاء بالقول «ان الزوجة لم تدل بما يفيد أنها انتقلت من محل الزوجية إلى مقر اخر يمكن استدعاؤها منه فبات اعتبار مقرها هو محل الزوجية».

أما كيفية الاثبات فتختلف حسب الركن المراد اثباته ضرورة أن الركن المادي يمكن إثباته بكل الوسائل. أما الركن المعنوي فإنه يشكل حالة نفسية يصعب إثباتها واعتبر المشرع الفرنسي أن نية تغيير المقر تثبت بالتصريح الواقع لدى الجهة الإدارية.

2 - المقر الحقيقي الخاص :

لقد نص الفصل السابع ان المكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا أصليا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور وبذلك لا بد من التعرض إلى مدلول المقر الخاص وتحديد نطاقه.

2-1 - مدلول المقر الحقيقي الخاص :

ان قيام المقر الحقيقي الخاص لا يستدعي توفر عناصر المقر الحقيقي العام ضرورة ان الإقامة ليست عنصرا لازما في موطن الأعمال الذي يظل قائما ما بقي النشاط التجاري مستمرا وله مظهره الواقعي الذي يدل عليه.⁽¹⁾

لقد حدد الفصل السابع نطاق المقر الحقيقي الخاص وجعله يتعلق بالمعاملات التي تهم النشاط المهني أو التجاري. وبذلك ان كل الإجراءات القضائية المتعلقة بأعمال التجارة أو الحرفة تجرى في المحل المباشر فيه.⁽²⁾

(1) نقض مصري 4 جانفي 1966 - مجموعة النقض - السنة 17 عدد 9 ص. 32.

(2) تعقيب مدني عدد 39270 في 15 ديسمبر 1996 (غير منشور).

- تعقيب مدني عدد 6212 الصادر في 1/1/2007 - نشرية محكمة التعقيب 2007.

ويخلص مما سبق ان المشرع يكرس ازدواجية المقر محققا قدرا من التيسير على الأشخاص الذين يتعاملون مع أصحاب المهن مع تخصيص التجار دون أن ينصرف إلى عمل الموظفين العموميين.

3 - مقر الأشخاص المحجور عليهم :

لم يحدد المشرع التونسي مقر الأشخاص المحجور عليهم ويتم التبليغ لمقرات ممثليهم غير أن التشاريح الأجنبية كالمصري والمغربي أقر صراحة ذلك بأن نصت المادة أربعين من قانون المرافعات المصري على أن «موطن القاصر والمحجور عليه والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا» وكذلك المادة 553 من قانون المسطرة المدنية المغربي أنه «يوجه الاستدعاء والتبليغ والاطلاع والإنذار والإشعار والأخطار الخاص بفاقدي الأهلية إلى من ينوب عنهم قانونا بصفته هذه».

3-1- مقر القاصر غير المميز :

اقتضى الفصل 154 م.ا.ش. أن «القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته» وبما ان مقر القاصر الإلزامي يتحدد بمقر من له ولاية عليه فإن مقره مبدئيا هو مقر أبيه فإن توفي أبوه مثلته أمه ويكون مقرها موطن له.

3-2- انقضاء مقر القاصر :

اقتضى الفصل 67 من م.ا.ش. أنه «إذا تم الصغير المولى عليه العشرين عاما كاملة فإنه يصبح وجوبا راشدا» ولذلك نجد عديد التشريعات تميز بين المقر الأصلي الذي يسند للشخص منذ ولادته إلى حين بلوغه سن الرشد والمقر الحقيقي الذي يختاره الشخص بمحض ارادته بعد رشده وهو مقر مكتسب.

3-3 - مقر السجين :

ان التشريع التونسي لم يحدد مقر السجين ولذلك تدخلت محكمة التعقيب واعتبرت ان محل المهنة لا يفقد صفة المقر ولو كان المنبه عليه موجودا في السجن وذلك في قرارها المؤرخ في 14 نوفمبر 1985.

والأمر أكثر تعقيدا مما ذكرنا عندما يكون المحكوم عليه بأكثر من عشر سنوات ففي هذه الحالة وعملا بأحكام الفصل 30 م.ج. ان المحكوم عليه بأكثر من عشر سنوات يكون قيد الحجر ويقدم لإدارة مكاسبه وتكون المخاطبة بمقر الممثل القانوني.

4 - مقر المرأة المتزوجة :

ان التشريع التونسي لم يحدد مقر الزوجة وقرر ذلك فقه القضاء بأن اعتبر ان مقر المرأة المتزوجة هو محل الزوجية إلا ان هذا الموقف ولئن كان صائبا عندما تكون العلاقة الزوجية قائمة فإنه يصبح غير مستساغ عند وجود قضية طلاق بطلب من الزوج وتغادر الزوجة محل الزوجية.

في غياب موقف تشريعي اعتبرت محكمة التعقيب ان مقر الزوجة هو محل الزوجية وهذا الموقف مخالف للواقع فتدخل المشرع بتاريخ 12 جويلية (1) 1993 وحرص على تبليغ الاستدعاء بالمقر الحقيقي متجاهلا بذلك محل الزوجية كمقر للمرأة المتزوجة مراعيًا كل ما يترتب عن رفع دعوى الطلاق وما ينجر عنها من مغادرة الزوجة لمحل الزوجية واختيار مقر خاص بها وبالتالي فإن المقر الحقيقي هو المقر الذي تختاره الزوجة بارادتها.

ب - المقر الحقيقي للشخص المعنوي :

ان المشرع التونسي لم يتعرض بالفصل السابع لمقر الشخص المعنوي واكتفى بتسجيل الآثار الإجرائية المترتبة عنه بالفصول اللاحقة بمجلة المرافعات ضرورة ان الفصل 11 في نطاق حديثه عن المقر الحقيقي للذات المعنوية استعمل عبارة «لمكتبها بالمكان الذي استقرت به بصفة رسمية» أما الفصل 33 فقد استعمل عبارة «مقر الجمعية أو الشركة» وان مقر الشركة قد تم تعريفه بالفصل 18 من مجلة التجارية عندما نص ان المقر هو «المحل الذي به الإدارة الفعلية للشركة» ودأب فقه القضاء على أن مقر الشركة لا يمكن اعتباره قانونيا إلا متى وقع إشهارة طبق القانون (2) ولقد عرف الفقهاء مدلول المقر وأهميته وكيفية تحويله.

* مدلول المقر :

ان المقر الاجتماعي تم تعريفه بأنه «المكان الذي تنحصر فيه حياة الشركة المركزية وتكون فيه مكاتب ادارتها وتجتمع فيه جلسات جمعياتها العمومية وقد يستقل عن مركز استغلالها حيث تجاريتها وصناعتها ولكن يعتبر دائما موطنها القانوني». ويتم تحديد المقر الاجتماعي للشركة أما في القانون الأساسي أو في كتب لا حق على أن يتم تسجيله بالسجل التجاري وفي ظرف شهر من تاريخ تأسيس الشركة وهو ما ذهب إليه فقه القضاء وبالخصوص محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 13

(1) القانون عدد 74 لسنة 93 المؤرخ في 12 جويلية 1993 المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش.

(2) استئناف تونس في 13 جوان 1959 - مجلة القضاء والتشريع 1960 - عدد 8.

ديسمبر 1979 والذي ورد صلبه أنه « طالما كان من الثابت ان عقد تأسيس الشركة قد نص على ان مقرها الاجتماعي يكون بمجاز الباب وقد تم إيداعه بالمحكمة الابتدائية فإن هذا مما يقطع أن مركزها يقع هنا فحسب» أما إذا لم يقع التنصيب بالقانون الأساسي فإنه بالامكان ادراجه بكتب لاحق تتوفر فيه شروط الاشهار عملا بأحكام الفصل 178 من م.ت. وان المقر الواقع اشهاره يجب ان يكون حقيقيا وجديا وإلا اعتبر المقر الفعلي طبق أحكام الفصل 18 من م.ت. وهذا المقر بالامكان تغييره وفق شروط معينة.

* تغيير المقر :

ان تغيير مقر الشركة يخضع لعدة شروط الواجب توفرها حسب طبيعة الشركة ففي شركة المفاوضة وعملا بأحكام الفصل 1293 م.ا.ع. يجب أن يتخذ قرار التغيير باجماع الشركاء كما يجب اشهار ذلك التغيير وفق أحكام الفصل 46 من القانون المتعلق بالسجل التجاري.

الفقرة الثانية - المقر المختار :

ان المقر المختار هو مقر افتراضي يقع اختياره باتفاق الأطراف أو بحكم القانون لتنفيذ تصرف قانوني أو للقيام بعمل قضائي، ولقد اكتفى المشرع التونسي بتعريف هذه المؤسسة بالفصل السابع وكان لفقهاء القضاء فك كل الإشكالات التي طرحها بان توقف على مصادر وأثار اختيار المقر.

ان المقر المختار لم يطرح اشكالا سوى ذلك الذي تعلق بمكتب المحامي الذي اعتبره المشرع مقرا مختارا عملا بأحكام الفصل 68 من م.م.ت. الذي اقتضى أن «ومقر المحامي يعتبر مختارا لمنوبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها» فإن رغب الخصم في تبليغ أوراق متعلقة بالدعوي في هذه الدرجة من درجات التقاضي صح توجيهها إلى المقر المختار.

أما إذا كان الأمر متعلقا بعريضة الاستئناف فإنه لا يجوز للمستأنف توجيهها إلى المقر المختار للمحكوم له خلال الطور الابتدائي طالما لا شيء يدل على أنه اتخذته بعد صدور الحكم الابتدائي ولقد نحت محكمة التعقيب هذا المنحى في قرارها المؤرخ في 11 جوان 1987 وأكدت أنه «ولئن اختار المعقب ضده المدعي في الأصل محل مخابراته الرسمي بمكتب محاميه لدى محكمة الدرجة الأولى الا أنه لاشيء يدل على أنه قد اتخذته كذلك بعد صدور حكم محكمة

الدرجة الأولى ولا سيما وان الإعلام الموجه منه بمقتضى رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ بإعلام الطاعة باختيار محل مخابراته محاميه المذكور

وجه لها بتاريخ 31 مارس 1987 أي بعد صدور القرار المطعون فيه بتاريخ 16 مارس 1987⁽¹⁾ وواصلت محكمة التعقيب هذا التمشي وأصدرت قرارا بدوائرها المجتمعة في نفس المعنى⁽²⁾ ولذلك أن الاشكال المطروح يتمثل في عدم معرفة عنوان ومقر المحكوم له في الطور الابتدائي عندما يرغب المحكوم ضده في استئناف الحكم عندما لا ينص بعريضة الدعوى على مقر القائم بالدعوى ويكتفي هذا الأخير بذكر عنوان محاميه ولتجاوز هذا الاشكال يكون من المتجه تعديل الفصل 70 من م.م.ت. وجعل ذكر المقر أمرا وجوبيا بأن يصبح الفصل كالتالي: «يجب أن يبين بعريضة الدعوى اسم كل واحد من الخصوم ولقبه وحرفته ومقره الحقيقي...» وبالتالي إذا أراد المحكوم ضده استئناف الحكم فإنه يجد المقر بنسخة الحكم ولا يعارض بكون المقر المختار بمكتب المحامي قد انحل بصدور الحكم باعتبار انقضاء نيابة المحامي.

المبحث الثالث - التبليغ الفعلي :

يتم التبليغ وفق إجراءات حددها المشرع وحرص على تصور عدة حلول حسب حجم المحكمة وطبيعة الدعوى حتى يتم تسليم الأوراق الإجرائية إلى أصحابها لضمان حقوق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة. ولذلك أقرت إجراءات عادية يتم التبليغ فيها إلى المعني بالأمر شخصا أو إلى مساكنه أو لزوجته أو لممثله القانوني وإجراءات استثنائية تتوخى عند عدم وجود من يتسلم الورقة المراد تبليغها أو أمتنع من وجد أن يتسلمها أو في صورة ما إذا كان المبلغ إليه مجهول المقر مطلقا أو غادر المقر المعروف أو الاتفاقي. وهذه الإجراءات ترتبط ارتباطا وثيقا بالمقر السابق دراسته والذي يعتبر طرفا خارجيا عن العملية.⁽³⁾ وان التبليغ في غير المقر الحقيقي أو الاتفاقي يوجب البطلان، وبذلك، ان المقر هو الإطار المكاني الذي تتم فيه عملية التبليغ باستثناء التبليغ الشخصي للمعني بالأمر، أي تسليم الورقة إلى الشخص نفسه وذلك يفترض معرفته الشخصية من طرف العدل المنفذ، إلا أنه في صورة رفضه تتبع الإجراءات الاستثنائية للتبليغ.

وإذا كان الأمر كما قرر فإن هذا البحث سيتضمن إجراءات التبليغ العادي في فقرة أولى وإجراءات التبليغ الاستثنائي في فقرة ثانية.

- (1) تعقيب في 11 جوان 1987 - عدد 17834 - نشرية التعقيب 1987 - ص. 52.
(2) الدوائر المجتمعة في 27 نوفمبر 1987 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1961 - 1992 مركز الدراسات القضائية - تونس 1996 - ص. 5.
(3) نبيل إسماعيل عمر: «إعلان الأوراق القضائية، صحته وبطلانه وتصحيحه، منشأة المعارف - مصر - ص. 110.

الفقرة الأولى - إجراءات التبليغ العادي :

أن إجراءات التبليغ العادي هي التي يقوم بها عدل التنفيذ حسب الإجراءات البسيطة المتمثلة أساسا في تسليم الورقة إلى المعني بالأمر شخصا أو إلى أحد الأشخاص المذكورين على وجه الحصر بالفصل الثامن من مجلة المرافعات المدنية وهم وكيله أو خادمه أو مساكنه بشرط التعريف بالهوية والتميز.⁽¹⁾

I - التبليغ للشخص المطلوب :

ان إجراءات التبليغ تختلف حسب الشخص المراد إعلانه، أي، بحسب ان كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

1) الشخص الطبيعي :

ان وجود الشخص المراد إعلانه على تراب البلاد التونسية أو خارجها له تأثير على إجراءات التبليغ.

أ - المبلغ له يوجد داخل الوطن :

اقتضي الفصل الثامن من م.م.م.ت. ان «النظير يسلم إلى الشخص نفسه أينما ووجد أو في مقره الأصلي أو في مقره المختار حسب الأحوال...».

ويخلص من الفقرة المذكورة ان الورقة المراد تبليغها تسلم إلى المعني بالأمر مباشرة وأينما وجد ولو في غير مقره، فيمكن إجراء هذا الإعلان في الطريق العام أو في مكان العمل ما دام هذا المكان يدخل في دائرة اختصاص العدل المنفذ⁽²⁾ الا ان محكمة التعقيب تؤكد انه لا يمكن التبليغ بمقر العمل الذي لا يعتبر مقرا حقيقيا وتكون العريضة على أساس ذلك باطلة.⁽³⁾

وهذا الموقف لم يعد له سند من الواقع أو القانون ضرورة ان المشرع بموجب التعديل الأخير خول للعدل المنفذ تسليم الاستدعاء للمعني بالأمر شخصا في أي مكان يكون.

(1) القرار التعقيبي عدد 57435 الصادر في 17 فيفري 1965 - مجلة القضاء والتشريع لعام 1965 ص. 106.

- دوائر مجتمعية - القرار التعقيبي عدد 238 الصادر في 9-3-2006 - نشرية محكمة التعقيب 2006.

(2) حسني مصطفى : «إعلان الأوراق القضائية»، منشأة المعارف بمصر - ص. 17.

نور الدين الغزواني : «قانون المرافعات المدنية والتجارية»، تونس 1996 - ص. 77.

(3) قرار تعقيبي عدد 140 الصادر في 3 فيفري 1977 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1977 - ج 1 - ص. 89.

كما يكون التبليغ بمقر المبلغ إليه وهذه الطريقة هي الأكثر شيوعاً، إلا أن ما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يوجب على العدل المنفذ عند تسليمه الورقة إلى المطلوب التثبت من هويته، وهذا النقص التشريعي يفتح الباب أمام إمكانية التحايل على القانون والحيلولة دون التبليغ إلى المعني بالأمر⁽¹⁾ ويشكل ذلك خرقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم مما حدا بمحكمة التعقيب لسد هذا الفراغ واشتراط التعريف بالهوية عند التبليغ، وجاء بأحد حيثيات القرار أن «التعريف بهوية المراد التبليغ إليه إجراء أساسي يهيم النظام العام، وانعدامه يجعل الإجراء باطلاً»⁽²⁾.

وأن النقص بالفصل الثامن هو ترك الخيار لعدل التنفيذ أن يبلغ للشخص نفسه أو في مقره مما قد يسبب مشاكل والحال أن جل التشريعات تؤكد على التبليغ للمعني بالأمر شخصياً ولا يتم التبليغ لغيره إلا عند استحالة التبليغ الشخصي وعلى عدل التنفيذ التنصيص على ذلك بمحضره حتى تتمكن المحكمة بالمراقبة وهو ما أقره المشرع الفرنسي بالفصل 55 من مجلة الإجراءات المدنية والدليل القاطع على تأكيد المشرع الفرنسي على التبليغ الشخصي إقراره للأحكام الغيبية في المادة المدنية وتخويل إمكانية الاعتراض عليها عملاً بأحكام الفصل 571 من مجلة المرافعات الفرنسية.

ب - المبلغ له يوجد خارج الوطن :

ان الشخص المقيم بالخارج وله مقر معلوم يتم التبليغ له طبق الفصل التاسع من مجلة المرافعات الذي أوجب أن يوجه له نظيراً من الإعلام صحبة مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ. وإلى جانب هذه الطريقة وبموجب الاتفاقات القضائية المبرمة بين تونس وعدة بلدان أخرى يمكن توجيه الأوراق القضائية سواء بالطريقة الدبلوماسية العادية أو بواسطة وزارة الخارجية أو عن طريق وزارة العدل أو النيابة العمومية أو المحاكم التي يقيم بمقرها الشخص الموجه إليه الورقة القضائية.⁽³⁾

وفي نفس هذا الإطار، كيف يتم التبليغ للممثلين الدبلوماسيين ضرورة أن معاهدة فيانا حول العلاقات والحصانة الدبلوماسية المبرمة في 18 أبريل 1961

(1) الدكتور عبد الله الأحمدى : «دور القاضي في تحقيق الدعوى المدنية»، رسالة دكتور بكلية الحقوق بتونس - ص. 554.

(2) القرار التعقيبي عدد 16384 الصادر في 13 جانفي 1987 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1987 - ص. 124.

- القرار التعقيبي عدد 16709 الصادر في 27/9/2002 - نشرية محكمة التعقيب 2002.

(3) مجموعة الاتفاقات المبرمة بين تونس وبعض البلدان تتعلق بالتعاون القضائي، مجلة القضاء والتشريع - عدد 3 - لشهر مارس 1984.

نصت بفصلها الثالث على حصانة المبعوث الدبلوماسي أمام المحاكم الجزائية والمدنية والإدارية للدولة المعتمد لها إلا إذا كان الأمر يهم :

- دعوى عينية بعقار خاص كائن بتراب الدولة المعتمد لديها ولم تكن حيازته له قصد القيام بإحدى مهامه الدبلوماسية.
- دعوى متعلقة بنشاط مهني أو تجاري يمارسه المبعوث الدبلوماسي في الدولة المعتمد لديها.
- دعوى متعلقة بتركة يكون المبعوث الدبلوماسي قد عين عليها مسيراً أو وصياً أو يكون متصرفاً أو وارثاً أو موصياً له.

ولقد صدر عن وزارة العدل منشور بتاريخ 4 ماي 1961 تحت عدد 2147 تضمن أن الحصانة الدبلوماسية تشمل الدول الأجنبية أي الملوك والرؤساء والأعوان الدبلوماسيين والقناصل، ويمكن لهؤلاء المتمتعين بالحصانة أن يسقطوا حقهم في ذلك.

ان مفهوم الحصانة يقرب بالسلطة وبالتالي لا يمكن مقاضاة المتمتع بالحصانة بخصوص الأعمال التي بموجبها مارس تلك السلطة، أما ما يتعلق بالأعمال التجارية وتصريف الحياة العامة فذلك ممكن ضرورة أن الدولة أصبح الآن ممكناً مقاضاتها بوصفها تاجراً. ولقد أتاحت الفرصة لمحكمة الاستئناف بتونس النظر في قضية كانت دولة الإمارات العربية طرفاً فيها وتم تبليغ عريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة بالطريقة الدبلوماسية.⁽¹⁾

(2) الشخص المعنوي :

ان تصرفات الأشخاص الاعتبارية تكون بواسطة الممثلين القانونيين ولذلك ان تسليم التنايه والاستدعاءات والإعلام بالأحكام يكون للأشخاص الطبيعيين الذين يمثلون الأشخاص الاعتبارية. ولقد حدد المشرع كيفية التبليغ لهذه المؤسسات صلب الفصل 11 من م.م.ت. و فرق بين التبليغ للدولة وبقية الذات المعنوية الأخرى.

أ - التبليغ للدولة :

اقتضت الفقرتان الأولى والثانية من الفصل 11 من م.م.ت. أن «الاستدعاءات واعلامات الدولة ينبغي ابلاغها إلى مكاتب المكلف العام بنزاعات الدولة بكتابة الدولة للتصميم والمالية وإلا تكون باطلة من أصلها، إلا أنه فيما يخص الدعاوى

(1) القرار الاستئنافي 1226 في 13 جويلية 1995 - غير منشور.

المتعلقة بضبط معلوم الضرائب والأداءات واستخلاصها تبلغ الاستدعاءات والإعلامات إلى المصالح المالية المختصة».

ويخلص من الفصل المذكور أن المكلف العام بنزاعات الدولة هو الذي يمثل الدولة في جميع نزاعاتها، ولذلك أن القيام ضد الدولة يوجب أن يبلغ إليه. وقد أصدر المشرع قانونا يوسع في صلوحيات المكلف العام بنزاعات الدولة وهو القانون عدد 13 لسنة 1988 والمؤرخ في 7 مارس 1988 والمعدل للقانون عدد 21 لسنة 1962 ان المكلف العام بنزاعات الدولة يمثل إلى جانب الدولة المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وينبغي إبلاغ الاستدعاءات والإعلامات إليه إذا كان هنالك نزاع مع هذا النوع من المؤسسات. وقد ورد بالفصل الثامن نفس القانون ان التبليغ للمكلف العام أو من ينوبه يجب أن يكون طبقا لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية وهذه القاعدة لها استثناء وهو الوارد بالفصل 11 نفسه والمتعلق بالتبليغ للمصالح المالية المكلفة باستخلاص معالم الأداءات والضرائب القارة وغير القارة.

وهذه المصالح ولئن كانت تابعة لهياكل الدولة فلها صفة القيام لدى المحاكم بواسطة أعوانها المؤهلين بموجب القانون، وبالتالي ان التبليغ يجب أن يتم مباشرة إليها وفقه القضاء مستقر في هذا المجال ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته أن «إبلاغ مذكرة الطعن في تعقيب قضايا الباتيندة ينبغي أن يتم مباشرة إلى الإدارة العامة للأداءات لاعن طريق إدارة نزاعات الدولة طبق الفصل 63 من مجلة الباتيندة»⁽¹⁾.

ب - التبليغ لبقية الأشخاص المعنوية :

ان الذوات المعنوية من شركات ومؤسسات عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية والجماعات العمومية كمجلس الولاية والبلدية يتم التبليغ بمكاتبها بالمكان الذي استقرت به بصفة رسمية. ويتم تسليم الإعلام إلى أحد ممثلي الشركة أو موظفيها أو كتابها بعد التثبت من هويته وتثبيتها بالمحضر علاوة عن الختم والامضاء وإلا كان التبليغ باطلا. وهذا المنحى مستقر عليه فقه القضاء ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته أن «تبليغ أسانيد الطعن إلى مسؤول في الشركة المطعون ضدها دون بيان الخطة التي يشغلها ولا يذكر هويته يكون التبليغ به غير صحيح على معنى الفصل الثامن ويرفض به الطعن شكلا»⁽²⁾.

II - التبليغ بمقر المطلوب لغير شخصه :

- (1) القرار التعقيبي عدد 619 الصادر في 16 مارس 1984 م.
- (2) القرار التعقيبي عدد 6403 الصادر في 18 أبريل 1989 م.

اقتضت الفقرة الأولى من الفصل الثامن أنه «إذا لم يجد العدل المنفذ المطلوب إعلامه في مقره وجب عليه أن يسلم نظير محضر الإعلام إلى وكيله أو لمن يكون في خدمته أو ساكنا معه بشرط أن يكون مميزا ومعرفا بهويته...».

ان هذه الفقرة تستدعي بعض الملاحظات قبل تحليلها، ومن هذه الملاحظات أنه لا يمكن تسليم الورقة للمعني بالتبليغ شخصيا إلا في صورة عدم وجوده ولا بد من التنصيص على ذلك بالمحضر، كما أن هذا الإجراء من الضروري أن يتم بمقر المطلوب ولا يجوز تسليم النظرير إلى الخادم أو الوكيل أو المساكن في أي مكان مثلما هو الأمر للمطلوب نفسه.

كما أن أتباع هذه الطريقة في التبليغ ضروري قبل المرور إلى الإجراءات الاستثنائية التي لا يمكن القيام بها إلا بعد استحالة التبليغ العادي ضرورة أن المشرع قد استعمل صيغة الوجوب.

وتتلخص الطريقة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل الثامن في تسليم النظرير إلى أحد الأشخاص الذين حددهم القانون وهم اما الوكيل أو من يكون في الخدمة أو المساكن، ولصحة التبليغ يجب أن يكون مستلم الورقة مميزا ومعرفا بهويته، وسوف يقع التعرض بمزيد من التفاصيل إلى إجراءات تسليم الورقة والشروط الواجبة التوفر فيمن يتسلمها.

1 - الأشخاص المخول لهم تسليم الورقة :

لقد سبقت الإشارة أن الفصل الثامن حدد الأشخاص الذين يمكنهم تسليم الورقة المراد تبليغها للمطلوب في مقره وهم وكيله أو من يكون في خدمته أو المساكن. وهذا التحديد حصريا ولا يمكن إضافة الجار أو الأقارب الموجودين بمقر المطلوب عرضيا.⁽¹⁾

والوكيل يجوز له التبليغ مهما كانت طبيعة وكالته ولا يشترط أن تكون متعلقة بموضوع التبليغ ويكتفي بتواجده بالمقر عند التبليغ⁽²⁾ ومرد ذلك أن الوكالة هي الرابطة القانونية بين المطلوب والوكيل الذي سيكون حريصا على تسليم النظرير إلى المعني بالأمر.

(1) حسين مصطفى : «إعلان الأوراق القضائية في ضوء قضاء النقص»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 20.

(2) حسين مصطفى : المرجع السابق.

أما من يكون في خدمة المطلوب فهو كل من يعمل باجر لديه سواء كان خادما أو حارسا أو موظفا⁽¹⁾ وتوجد رابطة تبعية تنسم بالدوام والاستمرارية ولا يشترط أن يكون الخادم مساكنا للمطلوب ويكتفي بكونه متواجدا بالمقر عند التبليغ.

والمساكنة هي شاملة لكل من يقيم مع المطلوب اعلامه في مقره الأصلي مثل الزوجة والأبناء والأصهار والأقارب. وأن ذكر الأقارب هو على سبيل المثال فحسب لان الشرط الواجب التوفر هو المساكنة حتى وأن كان الشخص لا تربطه قرابة بالمعني بالأمر، وان المقصود بالمساكنة ليست الإقامة العادية والمستمرة بل يكتفي بكونها مؤقتة ولفترة معينة وهو ما اكدته محكمة التعقيب في عدة قرارات ولقد ورد بحثيات احدها أن «تبليغ الاستدعاء للخصم في مقره وتسليمه في غيبته لمساكنه تبليغ قانوني صحيح ولو كانت المساكنة وقتية»⁽²⁾.

وأن تسليم نظير إلى أحد الأشخاص المذكورين سلفا يعتبر التبليغ به قانونيا وسلميا ولا يضره عدم تسليم هذا الشخص الورقة إلى المعني بالأمر ضرورة أن المشرع لم يشترط التسليم الفعلي لصحة العملية، كما أن عدل التنفيذ غير مسؤول عن عدم حصول التسليم، بالإضافة إلى كونه ليس ملزما بالتحقق في صفة من يتسلم الإعلام ويسلمه إلى من يقرانه وكيل أو خادم أو مساكن للمطلوب ولو تبين بعد ذلك أن من تسلم الورقة ليس من الذين حول لهم القانون التسلم، وهذا المنحى منطقي باعتبار أن المعني بالتبليغ مسؤول على الأشخاص الموجودين بمقره وعمما يصدر عنهم من الوجهة الأخلاقية على الأقل⁽³⁾.

2 - الشروط الواجبة التوفر في مستلم الورقة :

ان الأشخاص المخول لهم قانونا تسلم الورقة المراد تبليغها في غياب المطلوب يجب أن تتوفر فيهم عدة شروط أهمها التمييز والتعريف بالهوية، ويعتبر ذلك حرصا من المشرع على تحقيق بلوغ الإعلانات إلى أصحابها وتجسيدها لمبدأ المواجهة بصفة فعلية.

الشرط الأول وهو التمييز الذي اقتضى الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية بخصوصه أن «الصغير الذي لم يبلغ الثالثة عشر يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة». وبالتالي فإن سن التمييز يبدأ مع بلوغ الإنسان سن الثالثة عشر، والتمييز يختلف عن البلوغ شرعا والرشد قانونا المحدد بعشرين سنة حسب أحكام

(1) نبيل إسماعيل عمر : «إعلان الأوراق القضائية - بطلانه - تصحيحه»، ص. 83.

(2) القرار التعقيبي عدد 8546 الصادر في 13 أبريل 1984 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1985 - ص. 77.

(3) نبيل إسماعيل عمر : «إعلان الأوراق القضائية - صحته - بطلانه»، ص. 82.

الفصل 157 من مجلة الأحوال الشخصية واشترط المشرع سن التمييز في متسلم نسخة من الإعلام للحيلولة دون وقوع الأوراق المراد تبليغها بين أيدي أشخاص لا يولونها أهمية. والتمييز مسألة اعتبارية موكولة لاجتهاد العدل المنفذ فمتى تم تسليم الاستدعاء فيحتمل أن من تسلمه كان مميزاً⁽¹⁾ وهو ما دأب عليه فقه قضاء محكمة التعقيب التي ورد بحيثيات إحدى قراراتها ان «الفصل الثامن من م.م.م.ت. لا يوجب على العدل المنفذ عند تبليغ الاستدعاء التنصيص على ان من تسلمه كان مميزاً»⁽²⁾ وفي اخر ان «صفة التمييز مسألة اعتبارية موكولة لاجتهاد العدل المنفذ فمتى وقع تسليم الاستدعاء فإنه يحتمل على أنه سلم لمن كان مميزاً فالأصل في الأمور الصحة إلى أن يثبت خلاف ذلك طبق الفصل 559 من المجلة المدنية»⁽³⁾.

واما بخصوص هوية المتسلم للإعلام فإنّ التعريف بها يكون بواسطة الوثائق الرسمية كبطاقة التعريف القومية أو جواز السفر أو رخصة السياقة أو بواسطة معرف يحمل تلك الوثائق⁽⁴⁾ وان عدم التعريف بالهوية يجعل إجراءات التبليغ باطلة وهو ما استقر عليه قضاء محكمة التعقيب في العديد من القرارات التي ورد باحداها وهو صادر عن الدوائر المجتمعة ان «تبليغ مستندات الطعن لمساكن الخصيمة المميز دون التعريف بهويته لا يكون به ذلك التبليغ صحيحا ولا يصححه تدارك ذلك بالاستجواب بعد فوات الأجل ويكون الطعن مرفوضا شكلا»⁽⁵⁾.

الفقرة الثانية - إجراءات التبليغ الاستثنائي :

ان الإجراءات الاستثنائية للتبليغ هي مجموعة الإجراءات التي يجب اتخاذها من قبل العدل المنفذ عندما يستحيل عليه التبليغ إلى المعني بالأمر شخصياً أو أحد الأشخاص المخول لهم التسلم قانوناً في صورة غياب المطلوب عن مقره.

- (1) عمر الشتوي : «تجسيد لمبدأ المواجهة بين الخصوم من خلال إجراءات التبليغ»، ص. 11.
- (2) القرار التعقيبي عدد 10770 الصادر في 17 أفريل 1975 - نشرية محكمة التعقيب 1975 - ص. 17.
- (3) القرار التعقيبي عدد 145 الصادر في 17 جوان 1976 - نشرية محكمة التعقيب - ص. 149.
- (4) عمر الشتوي : «تجسيد لمبدأ المواجهة بين الخصوم من خلال إجراءات التبليغ»، ص. 19.
- (5) قرار الدوائر المجتمعة عدد 10425 الصادر في 15 جويلية 1983 - نشرية محكمة التعقيب لسنة 1983.

وهذه الإجراءات ضبطها المشرع ومختلفة حسب الحالات ولا يمكن اللجوء إليها إلا في صورة استحالة التبليغ العادي.⁽¹⁾

وأن الهدف من قرار مثل هذه الإجراءات هو الوصول إلى تبليغ الأوراق القضائية إلى المعنيين حتى يمكنهم الدفاع عن حقوقهم، إلا أن بعض هذه الإجراءات عديمة الجدوى والفاعلية ونخص بالذكر التبليغ إلى مجهول المقر مطلقاً ومن المتعين التفكير في حل بديل.

1 - حالات التبليغ الاستثنائي :

ان حالات التبليغ الاستثنائي تنحصر في عدم وجود من يصح تسليم النظير إليه بمقر المطلوب أو امتناع من وجد الاستلام وإذا كان المراد التبليغ له مجهول المقر مطلقاً أو بارح مقره إلى وجهة غير معلومة.

أ - عدم وجود من يصح إليه التسليم بمقر المطلوب :

اقتضى الفصل الثامن انه «إذا أمتنع من وجد من تسلّم النظير يقع إيداعه في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائراته مقر الشخص المطلوب إعلامه.

وإذا لم يجد العدل المنفذ أحداً يترك له نظيراً من محضر الإعلام بالمقر ويودع نسخة أخرى في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائراته ذلك المقر.

وفي الحالتين الأخيرتين يجب على العدل المنفذ أن يوجه إلى الشخص المطلوب إعلامه في ظرف أربع وعشرين ساعة مكتوباً مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ إلى مقره الأصلي ومقره المختار يعلمه فيه بتسليم النظير كيفما ذكر.

ويخلص من الفصل المذكور أنه توجد صورتان أو لاهما تتمثل في رفض من وجد بالمقر القبول وثانيتها أن لا يجد عدل التنفيذ أحداً.

عندما ينتقل عدل التنفيذ إلى مقر المراد التبليغ إليه ويجد شخصاً إلا انه يمتنع من تسلّم نظير من عريضة الدعوى، فلا بد للعدل المنفذ من ايداع النظير لدى كتابة محكمة الناحية الراجع لها تلك الجهة بالنظر أو لدى عمدة المكان أو لدى مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائراته ذلك المقر وذلك خلافاً لما تقتضيه أحكام الفصل الثامن القديم تفادياً للاشكالات التي ترتبت عن رفض رئيس المركز

(1) أحمد أبو الوفاء: «أصول المحاكمات المدنية»، بيروت 1983 - ص. 446.

إمضاء المحضر أو عدم وجوده في مقر عمله زمن إيداع المحضر مما يحول دون إتمام الاجراءات.

ولقد أضاف الفصل الثامن الإيداع لدى كتابة محكمة الناحية إلى قائمة الأماكن التي يمكن أن تودع بها نظائر المحاضر واشترط أن يتم الإيداع في ظرف مختوم ومغلق ويكتب عليه اسم المطلوب ولقبه ومقره وذلك حفاظا على حقوق المتقاضين وحفاظا على الأسرار العائلية

وكل اخلال بأحد هذين الاجرائين يجعل التبليغ باطلا لتعلقها بالإجراءات الأساسية على معنى الفصل 14 من م.م.م.ت. الا أن المشرع أقر استثناء بخصوص القضايا الاستعجالية وأعفى من الاستظهار بعلامة البلوغ المصاحبة للمكتوب مضمون الوصول الموجه من العدل المنفذ. ولقد قصد المشرع بهذا الاستثناء معالجة بعض الوضعيات الواقعية⁽¹⁾ ضرورة ان القضايا الاستعجالية تستلزم سرعة النظر ورغم ذلك قد يحدث ان تصدر أحكام دون بلوغ الاستدعاء للمطلوب مما ينال من الحقوق خاصة وان المشرع لا يخول الاعتراض على الأحكام الغيابية وان أو ان التفكير في هذه المسألة لصد محاولات المتحايلين على القانون، مع العلم أن المشرع أراد بالتعديل الجديد حلّ الاشكال وأضاف الفصل 11 جديد الذي اقتضى انه «يعاقب بالسجن مدة عام كل من يتحيل بغاية عدم بلوغ المحاضر والاستدعاءات»، وهذا الفصل الجديد لا يحل إشكالا عدم بلوغ الاستدعاءات حتى وان كان المدعي نزيها وأدلى بالبيانات الصحيحة.

- عدم وجود من يصح أن يسلم له الورقة بمقر المطلوب :

إذا لم يجد العدل المنفذ أحدا بمقر المطلوب أو كان من وجده ليس من الذين يصح اليهم التبليغ قانونا فعليه أن يترك نظيرا من الورقة المراد تبليغها بمقر المطلوب، ثم يسلم نسخة إلى عمدة المكان أو لرئيس مركز الشرطة حسب الأحوال، ويوجه أخيرا للمقصود بالإبلاغ مكتوبا مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ في ظرف أربع وعشرين ساعة على الأقصى لإعلامه بتسليم نسخة كيفما ذكر.

وان التبليغ طبق هذه الفقرة قد احدث العديد من المشاكل ولعله من المجدي إعادة النظر في هذا الفصل وإقرار ضرورة التبليغ الشخصي للمطلوب بأن يبذل عدل التنفيذ للقيام بذلك كل جهده فإن استحاله عليه ذلك فيذكر الأسباب ويعتبر التبليغ اعتباريا ويصدر الحكم غيابيا وللمعني بالأمر الاعتراض عليه ان أراد بعد الإعلام بالحكم بعشرين يوما وإلا أصبح الحكم قابلا للتنفيذ.

(1) نور الدين الغزواني : «التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية»، تونس 1996 - ص. 80.

2 - المراد إعلامه مجهول المقر :

اقتضى الفصل العاشر من م.م.م.ت. انه «إذا بارح المقصود بالإعلام مقره وصار مجهول المقر يسلم النظرير إلى عمدة المكان أو إلى رئيس مركز الشرطة لآخر مقر معروف له. وإذا كان مجهول المقر مطلقا علق نظير من الإعلام بالمحكمة المتعهدة ونظير آخر بمركز الولاية التي توجد بدائرتها المحكمة المذكورة».

ويخلص من أحكام الفصل المذكور ان المشرع فرق بين حالتين :

- الحالة الأولى وتتعلق بالمطلوب الذي له مقر معروف أي مضمن بالعقد أساس الدعوى وتبين عند التبليغ أنه بارحه لوجهة غير معلومة. ففي هذه الحالة يتعين على عدل التنفيذ تسليم نسخة من الورقة المراد تبليغها إلى مركز الشرطة أو إلى عمدة المكان.

وأن هذه الطريقة ليس بها أي ضمان للمراد إعلامه ومن المحتمل أن يصدر حكم في غيابة ودون أن يدافع عن حقوقه، وبالتالي أنه بالامكان تشريك الإدارة في التبليغ ومثل ذلك ان يقع تسليم النسخة للنيابة العمومية مثلما هو الحال في جل البلدان العربية. وتتولى التنسيق مع مراكز الشرطة لتبليغ الإعلام ضرورة ان لكل المواطنين بطاقة تعريف قومية وعبرها يمكن التوصل إلى معرفة العنوان.

- الحالة الثانية وهي التي يكون فيها المطلوب مجهول المقر مطلقا، ويتعين على عدل التنفيذ تعليق نظير من الإعلام بالمحكمة المتعهدة ونظير آخر بمركز الولاية التي بدائرتها المحكمة.

وغني عن البيان أن هذه الطريقة أيضا غير مجدية ويصدر الحكم في أغلب الأحيان غاييا. ولا بد من التفكير في إيجاد حل تشريعي لهذا الاشكال. لقد اقترح بعض الفقهاء إقرار حق الاعتراض على الأحكام التي تصدر بناء على تبليغ تم على معنى الفصل العاشر.⁽¹⁾

ونحن نقترح على غرار ما هو موجود ببعض البلدان العربية إقرار الاستدعاء بواسطة النشر بجريدتين يوميتين وتحمل مصاريف ذلك على المدعي.⁽²⁾ مؤقتا إلى حين صدور الحكم ومعرفة من خاب في الدعوى الذي تحمل عليه المصاريف القانونية.

(1) نور الدين الغزواني : «تعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 140.
(2) الفصل 16 من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988 - الفصل السابع من نظام نظر الدعاوى أمام المحكمة التجارية بسلطنة عمان لعام 1984 المعدل بالقانون عدد 13 لعام 98.

الفقرة الثالثة - الإشكالات التي يطرحها الفصل الثامن :

ان الفصل الثامن يطرح اشكالاتين أساسيين يتمثلان في دور الإدارة في التبليغ والمكتوب المضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ في أجل أربع وعشرين ساعة.

1 - دور الإدارة في التبليغ :

لقد اسند المشرع للعمدة ورئيس مركز الشرطة وكتابة محكمة الناحية دورا يتمثل في تسلم نسخة من الورقة المراد تبليغها إلى المراد اعلامه مجهول المقر أو الذي أمتنع من وجد بمقره من تسلم النسخة ويمكنه التوجه إلى المركز لتسلمها بعد أن يكون علم بذلك بواسطة المكتوب المضمون الوصول.

ان هذه الطريقة لاتساهم في بلوغ الاستدعاءات والإعلامات لأصحابها ضرورة أن المشرع لم يسند دورا إيجابيا لمركز الشرطة، وذلك بتكليفه بتبليغ الإعلام لصاحبه. بل هذا الإجراء قد عقد الأمر ضرورة أن الفصل السادس من م.م.ت. اقتضى أن المحاضر التي يحررها العدول المنفذون يجب أن تشتمل على ما يأتي :
اولا.....

خامسا - اسم من سلم إليه الإعلام وإمضائه أو وضع علامة إبهامه على الأصل أو تسجيل امتناعه وسببه :

وان العدول المنفذين عند إيداعهم لنسخه من عريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة لا يتم إمضاء رؤساء المراكز بالتسلم فتقضي المحاكم برفض الدعوى لبطلان العريضة وهي محقه في ذلك، واحتج المحامون وانتقدوا هذا التوجه وثار تائرة الدائنين الذين عجزوا عن استخلاص ديونهم بسبب هذا الخلل التشريعي.

ولذلك فالحل يكمن في تعديل الفصل الثامن وجعل الإعلام يسلم للنيابة العمومية التي تمضي على تسلمه وتبذل قصارى جهدها بالتنسيق مع وزارة الداخلية ليتم التبليغ للشخص نفسه ضرورة ان المتقاضين جميعهم رشدا وحاملون لبطاقات تعريف قومية ويمكن بالتالي الوصول إلى عنوان المطلوب باعتبار ان الحاسب الآلي اليوم يلعب دورا هاما في هذا المجال.

2 - عدم تناغم النصوص :

ان الفصل الثامن في فقرته الرابعة أوجب على عدل التنفيذ ان يوجه مكتوبا مضمون الوصول في ظرف أربع وعشرين ساعه من تاريخ إيداع النظر لدى عمدة المكان أو رئيس مركز الشرطة. اما إذا صادف هذا الأجل يوم عيد رسمي اعتبر مكانه

اليوم الذي يليه عملا بأحكام الفصل 143 من المجلة المدنية. ولقد حددت الأعياد الرسمية بموجب أمر الأ أن يوم الاحد لا يوجد من ضمنها، في حين أن أعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية يتمتعون بيوم راحة أسبوعية وتتعمل فيه جميع المصالح الإدارية، وبالتالي إذا صادف يوم الأحد يوم الأجل فلا يعتبر مكانه اليوم الذي يليه بالرغم من ان المصالح البريدية تتعمل يوم الأحد ولقد جرى عمل المحاكم على اعتبار أحكام الفصل 143 مقصورة على أيام الأعياد المحددة بالأمر المذكور سابقا ولا تشمل يوم عطلة الراحة الأسبوعية، وبذلك لا يمكن توجيه المكتوب مضمون الوصول في ظرف أربع وعشرين ساعة ويمكن أن يخيب المدعي في الوصول إلى حقه ويمكن والاكثر من ذلك أن يضيع الحق تماما إذا تعلق الأمر بتبليغ عريضة طعن بالاستئناف باعتبار أن المحكمة ستقضي برفض الاستئناف شكلا ويصبح الحكم المطعون فيه نهائيا بل قل باتا ضرورة أن الطعن بالتعقيب سيرفض أيضا باعتبار أن المحاكم لم تخرق القانون بل طبقتته ويصدق هذا القول على الحالة ما قبل تنقيح الفصلين 141 و191 واستبدلت لفظة العيد الرسمي بمصطلح العطلة الرسمية، ويكون من المنطقي أن تتناغم النصوص وبالتالي تعديل الفصل 143 من المجلة المدنية وإقرار مصطلح العطلة الرسمية.⁽¹⁾

(1) الجيب الطريقي : «التبليغ في م.م.م.ت.»، مذكرة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء - 1991 - ص.31.

الفصل الثالث

إجراءات سير الدعوى

ان إجراء سير الدعوى ينظمها الجزء الثالث من مجلة المرافعات وتم تقسيمها إلى جزأين تعلق أولهما بالطور التحضيري وثانيهما بطور المرافعة والحكم.

المبحث الأول - الطور التحضيري :

لقد سبق وان تعرضنا في الفصل السابق لإجراءات رفع الدعوى وانتهينا إلى انها تختم بإيداع عريضة الدعوى مع المؤيدات بكتابة المحكمة قبل موعد الجلسة الافتتاحية بسبعة أيام.

وأثناء تلك المدة أي مدة الإيداع يتولى كاتب المحكمة عرض الملف على رئيس المحكمة لتعيين القاضي المقرر، كما يمكن للمدعي عليه تقديم جوابه أو ارجاء ذلك إلى تاريخ الجلسة الأولى التي يقع المناداة فيها على الأطراف وتتحقق المحكمة من حضورهم وصفاتهم واستيفاء الإجراءات القانونية عملاً بأحكام الفصل 76 من م.م.م.ت. والتثبت من الحضور له ما يبرره ضرورة أن المشرع قدر تب عدة أثار على ذلك ومنها أن الحضور يزيل البطلان إذا تعلق الأمر بعدم احترام مواعيد الحضور أو حصول خطأ أو نقص في هوية المدعي عليه.

وبعد التثبت من كون الإجراءات مستوفية وشروط القيام متوفرة تكون المحكمة أمام القيام بأحد الاجرائين اما صرف القضية للمرافعة وهو ما سيدرس في المبحث الثاني أو تأخير القضية لجلسة لاحقة وإبقاء القضية بالطور التحضيري لاستكمال بعض الأبحاث الناقصة وذلك بإحالة القضية للقاضي المقرر للقيام بأبحاث حددتها أو لتهيئتها للفصل عملاً بأحكام الفصلين 85 و 86 من م.م.م.ت. ويمكن أن نعيب عن هذا التمشي عدم جدواه وان كان مطابقاً للنصوص، والرأي عندنا أنه عندما تكون القضية لا تستدعي أبحاثاً تكميلية واخرتها المحكمة لتمكين المحامين من تبادل التقارير فحسب فإن هذه الإمكانية ممكنة حتى وان صرفت القضية للمرافعة عملاً بأحكام الفصل 83 جديد من م.م.م.ت. وعليه، سواء أحوالت المحكمة الملف للقاضي المقرر أو أبقته تحت إشرافها فإن ولايتها على القضية لا ترفع باعتبار أن

إحالتها لا تعتبر في الحقيقة إلا تكليفا للقيام ببعض الأبحاث اللازمة. وهذه الولاية بارزة للعيان في الطور التحضيري بمظهرين أساسيين أولهما ما تتخذه المحكمة من إجراءات لإثبات الدعوى طبق أحكام الفصل 86 م.م.م.ت. وهو موضوع الفقرة الأولى أو حسب أحكام الفصل 85 من م.م.م.ت. وهو موضوع الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى - الأبحاث المجراة وفق أحكام الفصل 86 :

اقتضى الفصل 86 من م.م.م.ت. انه «يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات أو إجراء توجّهات واختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرر بإجرائها». ويخلص من هذا الفصل ان المحكمة درست القضية وألمت بكافة معطياتها وترأى لها أن الفصل يتوقف على نتيجة بحث معين فتأذن للقاضي المقرر بإجرائها، ويشير هذا الإذن إشكاليتين تتمثل الأولى في محتوى الأبحاث التي يمكن المحكمة الإذن بها وثانيهما في نفوذ القاضي المقرر عند إجراء أبحاثه.

1 - الأبحاث التي يمكن الإذن بإجرائها :

ان الأبحاث التي يمكن للمحكمة الإذن للقاضي المقرر بإجرائها هي سماع البينات وإجراء التوجّهات والاختبارات وتتبع الزور المدني وغير ذلك من الأبحاث الكاشفة للحقيقة. وستتولى عرضها واحدة واحدة.

أ - سماع البينات :

البيانات جمع بينة وهو الإثبات بشهادة الشهود وقد نظمت أحكامها مجلة الالتزامات والعقود في الفصول من 473 إلى 478 وليس المجال لدراستها في هذا المؤلف انما لتحديد إجراءاتها.

وكما هو معلوم أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود في المادة التجارية في نطاق جميع الوقائع المادية.

والشهادة معناها قيام شخص من غير أطراف الخصومة بالأخبار أمام القاضي المقرر بما يعرفه شخصيا عن حقيقة وقائع تصلح لإثبات الحق المدعى به.⁽¹⁾ وعندما تأذن المحكمة بسماع شاهد فعليها أن تحدد الوقائع المراد اثباتها بالشهادة وتاريخ ذلك ويدعو كل خصم شهوده للحضور في التاريخ المحدد لسماع الشهود ويتولى القاضي المقرر تحرير أقوال كل شاهد ويوقع عليها هذا الأخير وإذا أمتنع يذكر سبب الامتناع في التقرير الذي يمكن للأطراف الاطلاع عليه و

(1) فتحي والي : «الوسيط في القانون القضاء المدني»، ص. 59.

إبداء دفاعهم على أساسه. وأما تقدير الشهادة فهي مسألة موضوعية تخضع لسلطة محكمة الموضوع ولا رقابة عليها من محكمة التعقيب طالما استندت المحكمة على النصوص المنظمة للإثبات ووقائع النزاع المتعده به.⁽¹⁾

ب - إجراء التوجهات والاختبارات :

يقصد بالتوجه انتقال القاضي على عين المكان لمعاينة الواقعة محل الإثبات أما الاختبار هو العمل الذي يقوم به مختص في مسألة فنية تخرج عن نطاق القانون والتي يجب بحثها وإثباتها من أجل أعمال القانون.

ويمكن للمحكمة أن تأذن بالتوجه أو بالاختبار أو بكليهما في أن واحد، وفي هذه الصورة يكون القاضي مصحوبا بالخبير.

- إجراء التوجه :

ان إجراء التوجه بصدد نزاع مطروح على المحكمة يمكن أن يكون مأذوناً به منها من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد الخصوم. وتتم المعاينة بحضور الخصوم ولذلك يجب إعلامهم بقرار الانتقال للمعاينة أن لم تحده المحكمة بالجلسة وثبت بالمحضر. ويتولى القاضي المقرر سماع الأطراف وشهودهم الذين عليهم التوقيع على أقوالهم ويوقع القاضي كذلك معهم. وان التقارير الواردة بتقرير القاضي المقرر خاضعة للسلطة التقديرية للمحكمة المتعده بالقضية.

- إجراء الاختبار :

يمكن للمحكمة أن استشكلت نقطة معينة خاصة بالوقائع المطروحة عليها ان تعين خبيراً من تلقاء نفسها لا بداء رأيه الفني أو بطلب من أحد الخصوم.

وفي هذه الصورة يجب عليها ان تبين الأعمال التي يعهد بها إليه والمبلغ المالي الواجب تسبيقه وتاريخ الجلسة التي تؤجل إليها القضية عملاً بالفصل 103 من م.م.ت. وعلى الخبير ان يحدد تاريخ توجهه على عين المكان واستدعاء الخصوم لذلك بمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ عملاً بالفصل 110 من م.م.ت. ويحرر محضراً بأعماله يتضمن أقوال الخصوم وملاحظاتهم وإمضاءاتهم وجميع الأعمال التي قام بها ثم يودع تقريراً في أعماله بكتابة المحكمة ويعلم الأطراف بذلك بمكاتيب مضمونة الوصول ويمكنهم إبداء ملحوظاتهم الكتابية حول أعمال الخبير التي لا تلزم المحكمة عملاً بأحكام الفصل 112 من م.م.ت. باعتبار أن رأيه عنصر من عناصر الإثبات في الدعوى ولا يخرج عن كونه دليلاً في

(1) نبيل عمر : «سلطة القاضي التقديرية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 490.

الدعوى خاضع لتقدير المحكمة دون رقابة عليها من محكمة القانون ولها أن تأخذ بما انتهى إليه أو أن ترده مع تعليل موقفها.

وفقه القضاء مستقر على تطبيق هذه الأحكام ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بأحد حثياته أنه على «الخبير المنتدب من قبل المحكمة التقيد بالمأمورية المسندة إليه وعليه أن لا يتجاوز موضوعها أو أن يتخطى العناصر التي ضبطتها المحكمة وألا فإن عمله لا يعتد به فيما تجاوز المهمة التي أسندت له»⁽¹⁾

ج - الدفع بالزور المدني :

إن تتبع الزور الوارد بالفصل 86 من م.م.م.ت. يقصد به الزور المدني الذي لا يمكن القيام به إلا بالنسبة للحجج غير الرسمية ضرورة أن الحجج الرسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور الجزائي الخارج عن ولاية المحاكم المدنية التي عليها إيقاف النظر في الدعوى إلى صدور الحكم الجزائي الذي يحوز الحجية أمام المحاكم المدنية عملاً بأحكام الفصل 240 من م.م.م.ت.

أما الحجج غير الرسمية فيمكن القيام في شأنها بالزور المدني الذي نص في شأنه الفصل 459 من المجلة المدنية بأنه «إذا أنكر الخصم خطه أو إمضاءه أو صرح ورثته أو من له حق بعدم معرفتهما اذن الحاكم بتحرير حقيقة الأمر وللمجلس أن يباشر ذلك بنفسه أو يكلف به أهل الخبرة».

وإذا تراءى للمحكمة جدية ادعاء الطرف الممارس لدعوى الزور المدني فعليها وعملاً بالفصل 236 من م.م.م.ت. ان «تأذن بوضع الكتب المخدوش فيه بكتابة المحكمة وذلك بعد أن يضع الرئيس علامة إمضاءه عليه منعا له من التغيير ويتولى الحاكم المكلف بالبحث التحرير على الطالب وسائل احتجاجه على الزور وعلى المطلوب أجوبته على ذلك».

وبعد انتهاء القاضي المقرر من أبحاثه المذكورة يجب على المحكمة أن تفصل في الادعاء بالتزوير قبل الفصل في موضوع الدعوى الأصلية ضرورة أن اعتماد الكتب من عدمه له تأثير على وجه الفصل في الدعوى. وان صدور الحكم بتزوير الكتب أو بصحته يجوز حجية الأمر المقضي به خارج الخصومة التي صدر فيها.⁽¹⁾ على أن هذه الحجية تتعلق بالكتب ولا بصحة أو بطلان التصرف الذي تضمنه.

(1) قرار تعقيبي 24989 المؤرخ في 14 أكتوبر 2003 - نشرية محكمة التعقيب 2003 الجزء الأول ص 45

فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 602.

د - غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة :

ان هذه العبارات جاءت مطلقة ولم تعتمد أي معيار موضوعي عدى كونها كاشفة للحقيقة مما يفتح المجال للمحكمة بان تأذن بإجراء أي بحث للوقوف على كنه النزاع والوصول إلى حل عادل ومنصف. غير أنه بعد أن حدد الفصل بعض وسائل الإثبات كالبينة والتوجه على العين للمعاينة والاختبار لم يبق من وسائل الإثبات سوى اليمين الحاسمة والقرائن.

فأما بخصوص اليمين فإنها إما حاسمة أو استيفائية عملاً بأحكام الفصول من 492 إلى 512 من المجلة المدنية. فإذا ما وجه أحد الأطراف اليمين الحاسمة وقررت المحكمة تحليفه فإنه بإمكانها إحالة الملف على القاضي المقرر لإنجاز نص المأمورية وتسليمه إلى العدلين المكلفين بإنجازها وكذلك الأمر إذا تعلقت المأمورية بيمين الاستيفاء التي توجه إذا ارادت المحكمة تأكيد قناعاتها ضرورة أنه في بعض الأحيان لا تجزم المؤيدات بالحق إلا أنها لا تنفيه وتعين ترك الأمر لضمير المتقاضي.

أما بخصوص القرائن التي يمكن أن تكون قانونية أو قضائية يستخلصها القاضي من واقعة معلومة تؤكد وقوع أمر، وفي هذا الإطار تأذن المحكمة القاضي المقرر للبحث في اتجاه معين وفي الواقعة المنتجة للقربنة والبحث عن الحقيقة يخول لها ذلك ويكون المشرع قد جعل من حياد القاضي حياداً إيجابياً هدفه الوصول إلى حل عادل بين الخصوم أساسه الحقيقة.

2 - سلطة القاضي المقرر عند إجراء الأبحاث :

اقتضى الفصل التسعون من م.م.ت. انه «إذا كانت الأبحاث مأذونا بها من المحكمة فلا يباشر القاضي إلا ما وقع تكليفه بإجرائه أو ما كان نتيجة لإتمامه».

ويخلص من الفصل المذكور أن القاضي المقرر ملزم بإنجاز ما كلف به وفي حدوده وهو ما يبرز التساؤل عن حجية الأعمال المنجزة خارج نطاق المأمورية.

ان الإجابة عن هذا التساؤل تستدعي التفريق بين أمرين أولهما أن يكون التجاوز غير متعلق بموضوع النزاع أو أتى القاضي المقرر أمراً خارجاً عن اختصاصه الفردي كان يوجه اليمين الاستيفائية على المطلوب ويقبل توجيهها، إن توجيه اليمين الاستيفائية خارج عن اختصاصه وتوجيهها المحكمة بعد التفاوض بروية، ولذلك هذا العمل لا قيمة قانونية له.

أما الأمر الثاني فيتعلق بأمر منه للخصومة كإقرار المطلوب أو تصالح الأطراف. ان الإقرار والتصلح منهيان للخصومة ضرورة أن الأول يمكن المحكمة من فصل

النزاع على أساس الإقرار والثاني يجعل المحكمة تقضي بالصلح بين الأطراف وتضع حدا للنزاع باعتبار أن الحكم القاضي بالصلح لا يستأنف وإنما يقع القيام لإبطال أو فسخ الصلح إذا أدخل أحد الأطراف بما تم الاتفاق عليه.⁽¹⁾

الفقرة الثانية - الأبحاث المجرأة وفق الفصل 85 :

اقتضى الفصل 85 من م.م.ت. انه «للمحكمة في القضايا التي لم تصرف للمرافعة ان تؤخرها لجلسة معينة وتحيلها للقاضي المقرر للبحث فيها وتهيئتها للحكم» ويستخلص من الفصل المذكور ان المحكمة لا تحدد للقاضي المقرر نوع الأبحاث المراد إجراؤها مثلما هو الحال بالنسبة للفصل 86 ؟ إلا أن ذلك لا يعني أن له مطلق الحرية في فعل وبحث ما يشاء، باعتبار أن الفصل 87 م.م.ت. حدد نطاق الأبحاث ووسائلها ويبلغ عددها ثلاثة وستعرض إليها على التوالي :

1 - تلقي المؤيدات والتقارير من المحامين :

إن هذه الفقرة من الفصل تحدد الدور الذي يلعبه القاضي المقرر وتظهر علاقته بالمحامين في هذا الطور التحضيري بوصفه مكلفا بتهيئة القضية للفصل وبوصفهم متابعين لإجراءات الدعوى نيابة عن الأطراف. ويتمثل هذا الإجراء في أمرين :

- أولهما يكمن في تلقي التقارير والمؤيدات من المحامين. وهذا الدور سلبي كان يقوم به كاتب المحكمة قبل تنقيح 1986 ويتمثل في تلقي وإضافة ما يراه المحامون لازما للإضافة بالملف من تقارير ومؤيدات وفي هذه المرحلة ليس له من عمل إيجابي سوى التأكد من اطلاع الخصم على ما قدم. وان العلة في إسناد هذا الدور للقاضي المقرر حتى يكون مطلعاً على ما يجد في القضية ويمكنه اتخاذ القرار المناسب في الوقت الملائم.

- وثانيهما يتمثل في مطالبة المحامين بتقديم الوثائق الإضافية والتوضيحات اللازمة ويكون ذلك من تلقاء نفسه وبدون مطالبة من الأطراف عندما يرى غموضاً في التقارير المقدمة بأن يطلب مزيداً من التوضيحات الكتابية. وكذلك يمكن أن يكون المحامون أشاروا إلى مؤيدات في تقاريرهم ولم يقدموها أو أن تتضمن الحجج المقدمة إشارة إلى حجج أخرى كأصل انجرار الملكية في عقد بيع ويرى

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 763.

القاضي ضرورة الاطلاع عليها فيطالب المحامون بإضافتها، لكن هذه المسألة تثير عدة إشكالات :

- فإما الإشكالية الأولى فتتمثل في مدى حرية القاضي المقرر بالمطالبة بأي وثيقة مهما كان دورها في إثبات الدعوى. يبدو أن دوره ينحصر في الوثائق التكميلية والإضافية ولا يمكنه المطالبة بمؤيد على أساسه تم القيام بالدعوى والا فقد حياده الذي يجب أن يلزمه ازاء كل الطرفين.

- والثانية تتعلق بموقفه ازاء الحجج غير المستوفية لشروطها الشكلية، فهل له المطالبة بإتمام هذه الموجبات ؟ ان صيغة النص العامة لا تحول دون ذلك، أما إذا رفض المحامي المعني بالأمر التوضيحات المطلوبة منه أو القيام بما طلب منه فإن دور القاضي المقرر يقتصر على تسجيل قراراته ومواصلة أعماله دون التوقف على الإدلاء بما طلبه وتقرر المحكمة في ذلك الشأن ما تراه باعتبار أن تقدير الأدلة المعتمدة راجع لها.

2 - إجراء الأبحاث التي يستوجبها سير القضية بسماع الطرفين شخصيا وسماع البيئات وتلقي ما لكل منهما من المؤيدات بما في ذلك توجيه اليمين الحاسمة :

ان الإجراء المذكور يتعلق بالأبحاث المكتبية المجراة من طرف القاضي المقرر بمكتبه ويمكن أن تكون مباشرة مع أطراف القضية وهم اصلح من يكون للدفاع عن حقوقه والوصول إلى صلح تصادق عليه المحكمة، ولقد حول الفصل المذكور إجراء هذه الأبحاث بثلاث وسائل سيتم درسها تباعا.

أ - سماع الأطراف وضبط نقاط الخلاف بينهما :

بموجب هذا الإجراء يتولى القاضي المقرر سماع الأطراف وتلخيص أقوالهم ويستفسرهم عما ارتاه من غموض في بعض فروع الدعوى أو تناقض في الأقوال حتى يتسنى له الوقوف عند نقاط الخلاف بينهما. وهذا الأمر يثير أشكالا بشأن المعنى المقصود منه، فإن كان القصد من ذلك هو تلخيص أقوال الأطراف ومقارنتها لتحديد ما هو موضع اتفاق وما هو موضع خلاف حتى يتسنى مزيد البحث حول الخلافات، فإن ذلك أمر مفروغ منه ضرورة أن طبيعة العمل القضائي تقتضي أن يقوم بهذه الأعمال تلقائيا ويحدد النزاع القائم بين الأطراف ويعمل القاعدة القانونية المنطبقة عليه ليخلص لحل عادل مطابق للقانون المنطبق. أمّا إذا كان المقصود منه تسهيل عمل المحكمة عند الاطلاع على الملف فإن ذلك يكون مخالفا للعمل القضائي ضرورة أن المحكمة ملزمة على الاطلاع على الملف بكامل جزئياته حتى يكون قضاؤها قريبا إلى الحقيقة أو مجسدا لها دون أن تعتمد تلخيصا للوقائع من طرف القاضي المقرر، وقد يكون مختلفا عن محتوى الملف بعض الاختلاف، ضرورة أن

التقرير الفردي وتكييف الوقائع لا يخلو من نزعة شخصية يمررها القاضي الفردي حسب فهمه للوقائع والحال أن المشرع بإقراره التركيبة الثلاثية أراد أن يحقق أكثر ما يمكن من الضمانات على العمل القضائي.

ب - سماع البيئات :

لقد سبق وان بيّنا في الفقرة السابقة كيفية سماع البيئات، إلا أنه يستحسن إضافة ان الفصل 92 م.م.م.ت. ينظم كيفية سماع البيئة ويحدد مبدأين أساسيين :

- المبدأ الأول يتمثل في البيئة يحضرها من طلبت شهادته وبالتالي لا يمكن أن يسمع من لم يطلب شهادته أي من الخصوم.

- المبدأ الثاني ويتمثل في التجريح في الشاهد الذي يجب أن يتم قبل سماعه وممن له مصلحة في ذلك وهو التجريح القانوني. أما التجريح الفعلي فإن القاضي يقوم بتسجيله ويسمع الشاهد ويبقى أمر تركه أو اعتماده موكول لتقدير المحكمة عملاً بأحكام الفصل 98 من م.م.م.ت.

ج - تلقي المؤيدات بما في ذلك اليمين الحاسمة :

بعد التنقيح الواقع بموجب القانون عدد 87 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 أصبح بالإمكان تقديم المؤيدات مباشرة للقاضي المقرر مع إمكانية تلقي اليمين الحاسمة من هذا الأخير ضرورة أن من لا يملك دليلاً على دعواه بإمكانه توجيه اليمين الحاسمة على خصمه ولا يمكن للمحكمة رفض هذا الاختيار إلا في حالات حددها القانون على وجه الحصر.

وطالما أن في الأمر قرار يجب أن يتخذ فهل بإمكان القاضي المقرر اتخاذه ام ان دوره يقتصر على تلقي توجيه اليمين من المدعي وإحالته للمحكمة لتقرر ما تراه ؟ إذا أولنا النص تأويلاً حرفياً يتبين لنا أنه بإمكان أي طرف توجيه اليمين الحاسمة على خصمه أمام القاضي المقرر الذي يتوقف دوره على تسجيل هذه الرغبة ويحيل الأمر للمحكمة للفصل فيه.

أما إذا تجاوزنا ذلك لتحليل طبيعة القرار المتخذ بخصوص توجيه اليمين الحاسمة، فإنه يتضح لنا أنها من الأحكام القطعية المتعلقة على شرط⁽¹⁾ ضرورة أن مآل القضية مرتبط بنتيجة اليمين وبذلك فهذا القرار هو حكم تمهيدي⁽²⁾.

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 556.

(2) أحمد أبو الوفاء : نفس المرجع - ص. 557.

وبالرجوع إلى النصوص المنظمة للأحكام يتضح أن الفصل 41 م.م.م.ت. ذكر الأحكام التمهيدية والتحضيرية دون أن يعرفها ولا يحدد معيارا لتمييزها، إلا أن الفقهاء حددوا ذلك واعتبروا أنه إذا كان الحكم من شأنه أن يؤثر على الموضوع ويدل على ما ستحكم به المحكمة فهو تمهيدي، وإن كان مجرد إجراء يراى به استكمال ما يكون عقيدة القاضي فهو حكم تحضيرى.⁽¹⁾

ولذلك وطالما ثبت أن القرار بقبول توجيه اليمين الحاسمة هو حكم تمهيدي وتكون المحكمة ملزمة بنتيجته فإنه لا يمكن للقاضي المقرر اتخاذه بمفرده، بالإضافة إلى إمكانية حصول نزاع حول توجيهها ولا تفصل هذا النزاع إلا المحكمة. 3 - اتمام التوجهات والاذن بإجراء الاختبارات واتخاذ القرارات المتعلقة بالجوانب الشكلية :

لقد سبق وان تعرضنا لهذا الإجراء بالفقرة السابقة عندما يقوم به القاضي المقرر بتكليف من المحكمة إلا اننا نضيف ان اتخاذ القرارات الشكلية التي لا تؤثر على موضوع الدعوى الواردة بالفصل 87 م.م.م.ت. يمكن للقاضي اتخاذا باعتبار ان مقصد المشرع منصب إلى اختصار إجراءات التقاضي وسرعة فصل الخصومة ولا يتسنى ذلك إلا إذا مكن القاضي المقرر من اتخاذ هذه القرارات المتعلقة بالجوانب الشكلية وتهئة القضية للفصل وتكون مكتملة من جميع جوانبها. علاوة على ان الإذن لاحد الأطراف باستخراج حجة وفاة ضرورية لمعرفة هل ان البائع له أحد الوارثين هو إجراء ضروري ولا يستدعي رأي المحكمة ومصادقتها عليه. ولذلك ما يمكن ان يكون موضوع حكم تحضيرى أي متعلق بسير الخصومة يمكن للقاضي المقرر الإذن به، في حين ان ما يمكن ان يكون موضوع حكم تمهيدي أي يستشف منه رأي المحكمة في موضوع الدعوى فلا يمكن للقاضي المقرر اتخاذه بمفرده وعليه إحالة الأمر للمحكمة لتقرر ما تراه بتركيبتها الثلاثية.⁽²⁾

المبحث الثاني - طور المرافعة والتصريح بالحكم

عندما تنتهي الأبحاث اللازمة في القضية ويقدم القاضي المقرر تقريراً في أبحاثه تصرف القضية للمرافعة بجلسة معينة يتولى الأطراف بأنفسهم أو بواسطة محاميهم ان كانت إنابة المحامي وجوبية شرح ادعاءاتهم أو أوجه دفاعهم شفويًا أمام المحكمة واثّر ذلك تحجز القضية للتصريح بالحكم وستولى دراسة كل مسألة في فقرة مستقلة.

(1) أحمد أبو الوفاء : نفس المرجع - ص. 543.

(2) أحمد أبو الوفاء : نظرية الأحكام في قانون المرافعات - المرجع السابق ص. 544.

الفقرة الأولى - طور المرافعة :

إن المرافعة طور أساسي في إجراءات التقاضي المدني ولا يمكن فصل القضية دون المرور به ضرورة انه يعتبر بالنسبة للمحكمة كوقفة تأمل ولسماع الرأي الاخر بخصوص مسألة قانونية معينة، وفي هذا الصدد قيل «ان المحامي البارع يعين القاضي على الوصول إلى الحقيقة»⁽¹⁾ كما ان حجز المقضية للمرافعة يعني اعلام الأطراف بغلق باب تقديم الطلبات والدفع وهذا الطور يمر بمرحلتين أولاهما صرف القضية للمرافعة وثانيتهما جلسة المرافعة الفعلية.

I - تحديد جلسة المرافعة :

لقد جرى العمل القضائي قبل تنقيح المجلة المرافعات بالقانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 على صرف القضية للمرافعة لجلسة يفصلها عن الجلسة التحضيرية الأخيرة زمن طويل تتراوح مدته بين الأسبوعين والشهر ولا يسمح فيه للأطراف إلا بتقديم ملحوظات لا تخرج عن نطاق ما قدم في الطور التحضيري، ونكون بذلك قد استغرقنا وقتا طويلا دون أي إضافة جديدة. وتجاوزا لهذا الاشكال قام المشرع بتعديلين أساسيين على إجراءات التقاضي تمثلا في تدعيم إمكانية المرافعة الحينية وتمكين الأطراف بتقديم الطلبات الجديدة في طور المرافعة عملا بالفصل 84 من م.م.م.ت.

(1) المرافعة الحينية :

اقتضى الفصل 80 من م.م.م.ت. انه «تحيل المحكمة لجلسة المرافعات القضايا التي ترى أنها مهياة للحكم في الأصل ويمكن ان تكون الجلسة في اليوم ذاته» وان المقصود باليوم نفسه هو يوم الجلسة الافتتاحية للدعوى، ويمكن ان تكون هذه المرافعة اثر المناداة على القضية مباشرة وتلقي أجوبة الطرفين، كما يمكن ان تتم مع المرافعة في القضايا المعينة لذلك.

ولقد حدد الفصل 81 م.م.م.ت. الحالات التي يكون فيها بالإمكان صرف القضية للمرافعة الحينية وهي ان يكون أساس الدعوى اعتراف أو كتب رسمي أو كتب معرف بالإمضاء عليه أو قرينة قانونية أو وجود تأكيد يوجب الفصل على وجه السرعة. وان توفر الشروط المذكورة لا تلزم المحكمة الاذن بالمرافعة الحينية ويبقى الخيار للمحكمة بان تأذن بها أو تؤخر المرافعة لجلسة لاحقه وقرارها بإجراء المرافعة الحينية لا يكون مخالفا للقانون الا إذا وقع الطعن في الوسائل المذكورة. وهذه الشروط منها ما هو محدد بموجب القانون ومنها ما ترك لتقدير المحكمة.

(1) Roger PERROT : «Droit judiciaire privé», Tome 2 - p. 586.

أولا - الشروط القانونية :

ان الشروط القانونية وردت بالفصل 81 وهي ان يكون أساس الدعوى اعترافا أو كتبا رسميا أو كتبا بخط اليد معرف بالإمضاء عليه أو قرينة قانونية أو وجود تأكيد يوجب الفصل على وجه السرعة.

- الاعتراف :

إن المقصود بالاعتراف هو إقرار المدعى عليه بصحة دعوى خصمه، ويمكن ان يكون ذلك الاعتراف حكما على معنى أحكام الفصل 428 من المجلة المدنية. لكن التنصيص على

ان القضية مؤسسة على اعتراف يعني حصول هذا الاعتراف قبل رفع الدعوى وهو أمر صعب المنال، غير انه من الممكن الاستناد على استجواب بواسطة عدل منفذ وأقر صلبه المدين بالدين وطلب إمهال أو حدد تاريخا للخلاص.

- الكتب الرسمي :

إن الكتب الرسمي معرف بموجب الفصل 442 من المجلة المدنية وهو الكتب المتلقي من مأمور عمومي منتصب لذلك قانونا في محل تحريرها وعلى الصورة التي يوجبها القانون وكذلك الارتكان إلى ما حرره القضاة رسميا كان يقع الاستناد إلى تقرير توجه في قضية أخرى وثبت من خلاله الواقعة القانونية موضوع النزاع.

- الكتب بخط اليد المعرف فيه بالإمضاء :

إن الكتب بخط اليد يعتبر من الحجج غير الرسمية التي تنظمها الفصول 449 من المجلة المدنية وما بعده ولا تكون لها حجية الحجج الرسمية إلا إذا ثبتت صحتها أو اعترف بها الخصم والتعريف بإمضاء الحجة لدى المصالح المختصة وسيلة لإثبات الصحة ولئن كانت ضرورية فهي غير كافية باعتبار ان السلطة المعرفة بالإمضاء يقتصر دورها على التصديق على ان الإمضاء اسفل الكتب هو إمضاء المعني بالأمر، اما محتوى الكتب واطلاع الممضى عليه فهما واقعتان قابلتان للدخول بكل الوسائل خلافا للكتب الرسمي الذي لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور الجنائي، ولذلك إذا ما انكر الخصم محتوى الكتب أو نعى عليه أي نعي يوجب البحث والتثبت فلا يمكن للمحكمة ان تستند عليه لإصدار حكمها وبالتالي لا يمكن صرف القضية للمرافعة من الجلسة الأولى، بل تأخيرها لزيادة البحث حول ما آثاره المدعى عليه بخصوص صحة الكتب.

- القرينة القانونية :

لقد عرف الفصل 479 من المجلة المدنية القرينة بانها ما يستدل به القانون أو الحاكم على أشياء مجهولة، ويمكن ان تكون هذه القرينة قانونية فتغني صاحبها عن

الإثبات بوسيلة أخرى، باعتبار ان القرينة القانونية لا يمكن دحضها بدليل معاكس عملا بأحكام الفصل 485 من المجلة المدنية.

ولقد عدد الفصل 480 من المجلة المدنية القرائن القانونية التي لا تقبل الدليل المعاكس وهي :

- ما أبطله القانون لصفة محمولة على التدليس في إحكامه.
 - في الصور التي قرر فيها القانون ان تعميم الذمة أو إبرائها يحصلان بحصول شروط معينة كالإبراء بمرور الزمان المحدود.
 - ما أناطه القانون من النفوذ للحكم الذي لا رجوع فيه.
- أما القرائن الأخرى ولئن استمدت وجودها من القانون فهي غير منضوية تحت أحكام الفصلين 480 و 485 من المجلة المدنية ولا يمكن ان تكون سندا للاذن بالمرافعة الحينية، باعتبار انه يمكن إثبات ما يخالفها بينما يجب ان تكون القرينة القانونية المطلقة قاطعة ولا تقبل الدحض بإثبات ما يعاكسها مثلما هو الحال بالنسبة للقرينة البسيطة.

ثانيا - الشروط المتروكة لتقدير المحكمة :

لقد ترك الفصل 81 من م.م.م.م.ت. الحرية للمحكمة بان تأذن بالمرافعة الحينية إذا وجد تأكيد يوجب فصل النزاع على وجه السرعة.

لم يعرف المشرع التأكد بالنسبة للقضاء العادي، إلا ان هذا المصطلح ورد في باب القضاء الاستعجالي وهو شرط من شروط النظر استعجاليا في الدعوى غير ان هذا المصطلح يجب ان يكون له معنى مخالفا عن المعنى المستعمل في القضاء الاستعجالي ضرورة ان الأمر يهم اصل النزاع ويكون الحكم قطعيا بخلاف القضاء الاستعجالي الذي يجب ان لا يمس بالأصل.

ويمكن القول ان التنصيص على هذه الحالة يعتبر الفاتا للنظر من المشرع للقضاة ليسرعوا في فصل بعض النزاعات التي تستوجب السرعة والتأكد لصبغتها المعاشية والاجتماعية، الا انه لم يميز هذه الدعاوى بإجراءات خاصة، ويمكن القياس على بعض الحالات المنصوص عليها بالقانون كحالة ضرورة الإذن ببيع الأصل التجاري بطلب من الدائن في أجل شهر من تاريخ ترسيم القضية بكتابة المحكمة المنصوص عليها بالفصل 243 من المجلة التجارية.

وهذه الحالات كثيرة وعلى القضاء ان يجتهد ويحدد بعض المقاييس الموضوعية تعتمد كأساس لتمييز القضايا المتأكدة عن القضايا العادية، ويحضرني مثال يكون ناطقا بالتأكد ويتمثل في ان مواطنة فرنسية متزوجة بتونسي طلقها ورجع إلى تونس

ومعه أولاده، فأنت في مرة من المرات لقضاء شهر بتونس واراناد زيارا أبنائها فمئعها فقامت عليه قضائيا للتمتع بحق الزيارة واصطحاب أبنائها للنزهة، فقضت المحكمة في ظرف أسبوع ومكئتها من ذلك مع ضرورة ان تكون مرافقة بمرشدة اجتماعية.

وعليه إذا ما أولنا النص بكيفية تضمن مقصد المشرع فإننا نستطيع القول ان المشرع أراد تمكين المحكمة من سرعة فصل النزاعات ذات الصبغة الاجتماعية والمعاشية وذلك راجع لاجتهادها وتقديرها المطلق شريطة تعليل موقفها بما له اصل ثابت في أوراق القضية.

2) المرافعة اللاحقة :

إذا لم تتوفر الشروط اللازمة لصرف القضية للمرافعة الحينية وتبين ان الأمر يستدعي الإدلاء بمؤيدات إضافية فإن المحكمة تصرف القضية للمرافعة لجلسة لاحقة، وفي تلك الفترة وذلك الفاصل الزمني يمكن للأطراف المواصللة في تبادل التقارير والوثائق وحتى تغيير جزء من الدعوى بالزيادة أو النقصان أو تحرير الدعوى وهو ما اقتضاه الفصل 84 من م.م.م.ت.

أ – استمرار الأطراف في تبادل التقارير والوثائق :

اقتضى الفصل 82 من م.م.م.ت. انه «يمكن للمحكمة ان تعين لجلسة المرافعة القضايا التي لا تستدعي أبحاثا بواسطة القاضي المقرر وان تأذن لمحامي الأطراف بتبادل التقارير والوثائق في أجال تضبطها لهم».

إن الشرطين المقررين بالفصل المذكور يتناقضان مع القواعد العامة المنظمة للمرافعة ضرورة انه جرى العمل على تبادل التقارير دون اذن من المحكمة ويحدد القانون الأجال مثلما هو الحال بالفصل 83 من م.م.م.ت. الذي نص على ان «محامي الأطراف يستمرون على تبادل الملحوظات بينهم دون إجراءات خاصة سوى إمضاء كل منهم على توصله بما قدمه له زميله وتقدم نسخ من تلك الملحوظات وكذلك الوثائق لتضاف لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعنية

للمرافعة بعشرة أيام بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة أيام بالنسبة لمحامي المدعى عليه ولا تقبل التقارير المقدمة بعد الأجال المذكورة» وبمقارنة الفصلين المذكورين يتبين ان كلاهما نص على تبادل التقارير والوثائق خلال طور المرافعة، ولكن نظام التبادل يختلف من فصل لآخر مما يبعث على التساؤل عن مجال تطبيق كل فصل وهدف المشرع من ذلك.

للإجابة عن هذا التساؤل نقول ان الفصل 82 جديد قد سن لسد فراغ بخصوص الحالات التي لا يكون فيها الفصل 83 جديد منطبقاً، ونتيجة لذلك يكون الفصل 83 جديد هو القاعدة والفصل 82 جديد هو الاستثناء ويتجلى ذلك كالآتي :

- إن الفصل 83 جديد شامل وعام ومجال انطباقه يتعلق بالطورين التحضيري أو المرافعة ضرورة ان تبادل التقارير والوثائق ممكن للطرفين سواء لدى القاضي المقرر أو لدى المحكمة والإجراءات المبينة بالفصل هي الإجراءات العادية في طور المرافعة ضرورة ان التأخير عادة ما يكون بأجل يفوق العشرة أيام عندما تصرف القضية للمرافعة.

- لكن قد يحدث ان تصرف القضية لجلسة المرافعة وتؤخر لجلسة لأجل يقل عن العشرة الأيام، وهذا ممكن ضرورة ان المشرع ادخل إمكانية النظر في القضايا المتأكدة على وجه السرعة، وتبعاً لذلك يتعذر على المدعي تقديم ملحوظاته في الأجل القانوني فتدخل المحكمة لضبط أجال تقديم الملحوظات لكل من المدعي والمدعى عليه ويتجلى الاختلاف بين الفصلين وهو مقصود من المشرع ولا يفصح إلا عن رغبة في سرعة فصل النزاعات وخاصة المحفوفة بالتأكد.

ب - حق المدعي في تقديم طلبات جديدة :

اقتضى الفصل 84 جديد انه «يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين بالفصل قبله».

من المعلوم ان صرف القضية للمرافعة يعني ان الأبحاث قد اكتملت وان موضوع الدعوى قد حدد ورسم إطاره وان مراكز الخصوم استقرت، ولذلك لا يمكن الخروج عن هذا الإطار المرسوم. وان تبادل التقارير من المحامين خلال المدة السابقة لجلسة المرافعة بعشرة أيام بالنسبة للمدعي وثلاثة أيام بالنسبة للمطلوب لا يمكن ان تتضمن ملحوظات خارج الإطار المرسوم بالتقارير السابقة الا ان المشرع يدخل هذا التجديد ويمنح المدعي هذه الإمكانية باعتباره صاحب الدعوى ومن حقه تكييف طلباته حسبما تنتج دفوع المطلوب وسير الأبحاث أو العوارض الحاصلة على سير الدعوى، أساساً على ذلك يمكن ان تقسم الطلبات التي بإمكان المدعي تقديمها خلال الفترة المحددة بالفصل 83 م.م.م.ت. كالآتي :

- يمكن للمدعي تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت بعد رفع الدعوى.

- يمكن للمدعي إضافة أو تغيير في سبب الدعوى كمن يطالب بالاداء على أساس الكمبيالة بوصفها تخول القيام بدعوى صرفية ويتبين من خلال الأبحاث والتقارير ان الكمبيالة باطلة لسبب ما فيححر دعواه ويعتبر قيامه مدنيا ويدلي بما يفيد تسليم البضاعة للمسحوب عليه.

- يمكن ان يكون الطلب الجديد طلبا فرعيا وهو الذي يبدى أثناء سير الدعوى ويتعلق بموضوع فرعي عن الدعوى، لكن من الأساسي نظره باعتبار انه لا يمكن البت في الأصل دون البت فيه وهو ما يعرف بالمسألة الأولية. ولقد نص الفصل 226 م.م.م.ت. على هذه الدعاوى واشترط تقديمها قبل صرف القضية للمرافعة وبالتالي ان أحكام هذا الفصل متعارضة مع الفصل 84 م.م.م.ت. الذي يخول تقديم هذه الطلبات ولو في طور المرافعة. وأمام هذا الاشكال يمكن ان يتدخل المشرع لتعديل الفصل 226 م.م.م.ت، وفي انتظار ذلك يمكن للقضاء ان يؤول النصوص بالبحث عن مقصد المشرع منها وترجيح الفصل الجديد عن النصوص السابقة له.

وفي هذا الإطار يمكن ان نلاحظ ان المشرع خول للمدعي تقديم طلبات جديدة في طور المرافعة ونسي المدعى عليه ضرورة ان هذا الأخير خول له الفصل 227 من م.م.م.ت. القيام بدعوى معارضة لرد الدعوى الأصلية أو طلب المقاصة أو المطالبة بالغرم الناتج عن التعسف في استعمال الحق في التقاضي. وكان على المشرع منح المطلوب الرد على الطلبات الجديدة المقدمة من المدعي وتخويله القيام بدعوى معارضة ان أراد في طور المرافعة حتى نحقق المساواة بين المتقاضين، علاوة على ان المطلوب هو آخر من يتكلم فإنه من الضروري تمكينه من ممارسة هذا الحق والا نكون قد خرقنا حق الدفاع والمواجهة التي يرتكز عليها نظامنا القضائي. ولذلك من الضروري التدخل لملائمة الفصلين 84 و227 من م.م.م.ت. ومنح المطلوب حق ممارسة دعوى معارضة في طور المرافعة طالما ان المدعي بإمكانه تقديم طلبات جديدة في هذا الطور أيضا.

II - جلسة المرافعة :

إن المرافعة هي الشرح الشفاهي من المحامين للدعاءات المطروحة على المحكمة ولأوجه الدفاع وأسانيدها⁽¹⁾ وتفتتح المرافعة بقرار من رئيس الدائرة وتختتم كذلك بقرار منه ويترتب عن القرارين آثار قانونية مختلفة سنتولى دراستها تباعا.

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 528.

1 - فتح المرافعة وإدارتها :

يجتمع في جلسة المرافعة جميع الأطراف التي لها دور في القضية من المحكمة بكامل هيئتها وأطراف القضية ومحاميهم والخبراء في بعض الأحيان. ولقد حدد القانون دور كل واحد من هؤلاء الأطراف.

أ- دور رئيس الدائرة :

لقد اسند الفصل 114 من م.م.ت. لرئيس الدائرة دورا هاما بوصفه مشرفا على إدارة الجلسة ضرورة انه هو الذي يعلن على افتتاح المرافعة بعرض ملحوظات الخصوم عرضا مقتضبا مع بيان النقاط التي توقفت حولها المحكمة لمزيد الايضاح والبيان من المحامين ثم يأذن لمحامي المدعي ب إبداء ملحوظاته و يليه محامي المطلوب ورئيس الجلسة الذي من المفترض انه مطلع على كامل التقارير يراقب مرافعة المحامين وينبههم بالالتزام بملحوظاتهم الكتابية عند تجاوزها أو الخروج عن محتواها كما يسهر رئيس الجلسة على ان يلازم الأطراف والمحامون والحاضرون الهدوء التام وعليه اخراج كل من يعطل سير الإجراءات ويأذن بتقديم من يرتكب مخالفة للنيابة العمومية بعد تحرير محضر في ذلك يتم صلبه استجواب المعني بالأمر وتثبيت هويته.

ب - دور المحكمة :

إن المرافعة وكما سبق ان قلنا هي الشرح الشفاهي من طرف المحامين للدعاءات أو أوجه الدفاع وأسانيدها أمام المحكمة وبصفة علنية أي بحضور كل من هم بقاعة الجلسة، إلا انه في بعض الحالات وبطلب من الخصوم أو النيابة العمومية أو من المحكمة من تلقاء نفسها تكون المرافعة سرية وذلك محافظة على النظام العام أو الأخلاق الحميدة أو حرمة الاسر وذلك عملا بأحكام الفصل 117 من م.م.ت.

وبعد الاستماع للمرافعة تقرر المحكمة حجز الدعوى للحكم إن كانت الإيضاحات الشفاهية والكتابية كافية لفصل النزاع والحكم فيه، فإن تراءى لها خلاف ذلك فإنه بإمكانها الاذن بحضور الطرفين شخصيا لسماعهما مباشرة واستفسارهما حول نقاط لا زالت غامضة كما يمكنها الأذن بإحضار كل من ترى فائدة في سماعه من خبراء وشهود لطرح الأسئلة اللازمة عليهم واستيضاح ما غمض من وقائع ليتسنى لها الاحاطة بالنزاع بكل الجوانب.

ج - دور الأطراف :

إن إنابة المحامي وجوبية في جل القضايا، وبالتالي ان الدور المحمول على الأطراف يقوم به المحامون الذين يقدمون التقارير ويترافعون على ضوئها في جلسة المرافعة عملاً بأحكام الفصل 115 من م.م.ت، ومع ذلك لقد سمح الفصل 116 من م.م.ت. للأطراف حق إبداء ما تراه لهم من ملحوظات شريطة ان يكون ذلك بحضور المحامي وفي حدود الملحوظات الكتابية واللياقة اللازمة.

وبعد استيفاء الملحوظات من الأطراف أو محاميهم وتبين ان القضية جاهزة للفصل يعلن الرئيس عن ختم المرافعة.

2 - ختم المرافعة :

إن قفل باب المرافعة يعني ان المحكمة قدرت على ضوء ما تراه ان معالم النزاع أصبحت واضحة وانه بالامكان الحكم على أساس القاعدة القانونية المنطبقة. وان القفل يفيد أن الدعوى صالحة للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الادلاء بكل دفاعهم⁽¹⁾ وان حجز القضية للحكم فيها يعتبر ختماً ضمناً للمرافعة ويترتب على ذلك عدة اثار سنتولى تبيانها مع العلم أن قاعدة عامة تحكم ختم المرافعة وكل قاعدة قانونية لها استثناء، كما انه بالامكان إعادة فتح باب المرافعة.

أ - الآثار العامة المترتبة عن ختم المرافعة :

- إن الآثار العامة المترتبة عن ختم المرافعة هي :
- ليس للأطراف تعديل طلباتهم أو تقديم أي طلب عارض.
 - لا يمكن التداخل في القضية ولا إدخال الغير فيها.
 - لا يمكن تقديم تقارير أو ايداع مؤيدات، وان حصل ذلك فإن المحكمة لا تعتمدھا ولا تلتزم بالرد عليها والا كان الحكم عرضة للنقض.
 - اذا حدث سبب من أسباب تعطيل النظر في الخصومة كموت أحد الخصوم أو فقده لاهليته فإن المحكمة تواصل النظر في الدعوى وتصدر حكمها فيها عملاً بأحكام الفصل 412 من م.م.ت.

ب - الاستثناء :

لقد خول المشرع للمحكمة ان تسمح في بعض الحالات لاحد الطرفين بتقديم ملحوظات كتابية بعد حجز القضية للتصريح بالحكم على ان يتم عرضها على

(1) أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، منشأة المعارف بمصر - ص. 67.

الخصم عملاً بأحكام الفصل 119 من م.م.م.ت. وهذا الاستثناء يبدو خارقاً لحقوق الدفاع ضرورة ان الفصل أوجب اطلاع الخصم على الملحوظات دون تمكينه من الرد عليها. ولذلك يكون من المستحسن ان يعدل الفصل بان يمكن الطرف المقابل بالرد على ملحوظات خصمه وعلى المحكمة ان تحدد اجلاً لذلك، فإن لم يجب في الأجل يعتبر متنازلاً عن حقه أو غير حريص على ممارسته.

3 - إعادة فتح باب المرافعة :

ان قرار ختم المرافعة لا يعتبر حكماً قطعياً وانما هو عمل من أعمال الإدارة القضائية ويجوز للمحكمة الرجوع فيه⁽¹⁾ وعلى هذا الأساس يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد الخصوم حل المفاوضة وارجاع القضية للمرافعة. وان الهدف من ذلك زيادة البحث في القضية أو ان تظهر واقعة جديدة بعد ختم المرافعة ولها تأثير على وجه الفصل. وان قرار إعادة فتح باب المرافعة مسألة تقديرية خاضعة لاجتهاد المحكمة وبالتالي ان رفضها حل المفاوضة غير موجب للتعليل ولا لذكر الأسباب.

الفقرة الثانية - التصريح بالحكم :

إن المحكمة وقبل التصريح بالحكم تتأمل في القضية ومؤيداتها وكل التقارير المقدمة من المحامين إذا كانت تركيبتها فردية وان كانت تركيبتها جماعية فإنه يتم تبادل الرأي والنقاش القانوني والتفاوض بعد دراسة المؤيدات حتى يتم في النهاية الاتفاق على رأي وتتم كتابة نص الحكم الذي يجب ان تتوفر فيه عدة شروط شكلية وموضوعية ليحوز على الصحة.

1 - المفاوضة :

إن المفاوضة هو التفكير في الحكم من القاضي الفردي أو تبادل الرأي فيما بين القضاة إذا تعددوا⁽²⁾ وهذا التشاور وتبادل الرأي والنقاش نظمه القانون وحدد شروطه صلب الفصل 120 من م.م.م.ت. ويتوج هذا النقاش بتسجيل لائحة تتضمن نص الحكم ومستنداته.

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، المرجع السابق ص. 69.

(2) فتحي والي : المرجع السابق - ص. 689.

PERROT : «Droit judiciaire privé», p. 587.

أ - الشروط اللازمة لصحة المفاوضة :

- ان المفاوضة لا تتم إلا بين القضاة الذين اشتركوا في سماع المرافعة ولا يمكن لغيرهم ان يحضرها وإلا كان الحكم باطلا لعيب في إجراءات إصداره⁽¹⁾ ولذلك إذا تغير أحد القضاة الذين حصلت المرافعة أمامهم لأي سبب كالعزل أو الاستقالة أو الوفاة أو النقلة وجب حل المفاوضة وإرجاع القضية لطور المرافعة.
- يجب ان تكون المفاوضة سرية ويعني ذلك ان لا يحضرها غير القاضي الذي سمع المرافعة وان لا يدون موقف كل قاض على حدة لان الحكم يعبر عن رأي المحكمة مجتمعة سواء كان ذلك بالأغلبية أو بالإجماع، ومقتضى هذه السرية انه لا يجوز افشاء سرها ممن شارك فيها من القضاة لان ذلك يشكل إخلالا جسيما بواجبات الوظيفة القضائية ويعرض صاحبه للمساءلة التأديبية، لكن لا يعتبر سببا من أسباب إبطال الحكم لعدم وجود نص يصرّح بذلك البطلان.
- اثر النقاش يبدي أقل القضاة أقدمية رأيه فإنّ تساوت الأقدمية يبدأ بالأصغر سنا، فإنّ حصل أكثر من رأيين ينظم الأقل أقدمية إلى أحد الرأيين وان مرد الالتجاء إلى هذه الطريقة هو عدم حصول امتناع عن القضاء بسبب عدم حصول الأغلبية.

ب - تحرير لائحة الحكم :

اقتضى الفصل 121 من م.م.ت. ان المفاوضة تنتهي بتحرير لائحة في نص الحكم ومستنداته يَمْضِيهَا الْحُكَّامُ الْمُتَّفَاوِضُونَ، غير ان جريان العمل استقر على خلاف ذلك ضرورة انه يقتصر على تحرير نص الحكم بمحضر الجلسة ويمضيه القضاة، اما مستندات الحكم فإنها لا تكون جاهزة إلا بعد التصريح بالحكم وتلخيصه.

وقد حرص المشرع على ان تحرر لائحة في نص الحكم ومستنداته مباشرة اثر المفاوضة لتعلق ذلك بحسن أداء القاضي لوظيفته ويحرص على ان لا يصدر حكما الا إذا كانت أسبابه واضحة في ذهنه ومتفق عليها من القضاة الذين شاركوا في الحكم ويستقر اتجاههم على تلك الأسباب وحتى لا يبقى القاضي الذي سيكلف بإعداد نسخة أصلية للحكم في حيرة من أمره إذا تظن لوجود بعض التناقضات ولا يمكنه تلافى الأمر لوقوع التصريح بالحكم.

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، المرجع السابق - ص. 76.

وان جريان العمل المستقر لا يمكن ان يحرز على شرعية من التقادم وعلى أساس إجماع المحاكم على انتهاجه لان النص القانوني لا يندم كيانه بالترك ولا ينقضي حكمه باستعمال ما يخالفه خاصة في مادة الإجراءات ضرورة ان الإجراء عندما يكون مخالفا للقانون يترتب عنه البطلان، وبذلك ان عدم تحرير لائحه في نص الحكم ومستنداته وإيداعها بملف القضية حتى يتسنى للأطراف الاطلاع عليها دون تسلم نسخة منها فإذا لم تودع لائحة الحكم ومستنداته عند النطق بالحكم كان هذا الأخير باطلا، والحكمة من ذلك ترجع إلى انه بهذا الإيداع يتم التأكد أن الحكم قد تمت المفاوضة بشأنه وصدر عن روية وتفكير⁽¹⁾.

2 - التصريح بالحكم :

بعد تحرير لائحة الحكم وإمضائها من القضاة الذين شاركوا في المفاوضة فإن هذه اللائحة لا تأخذ صبغتها النهائية الا بعد التصريح بها بجلسة علنية يحضرها القضاة الذين امضوا اللائحة عملا بأحكام الفصل 121 م.م.م.ت. وبعد التصريح بالحكم تحرر نسخة أصلية له أوجب الفصل 123 م.م.م.ت. ان تحوز عدة شكلية حتى تنتج الأثر الذي رتبته القانون على الأحكام.

أ - شروط صحة الحكم :

اقتضى الفصل 121 م.م.م.ت. انه يجب التصريح بالحكم في جلسة علنية ويكون قد سبق تحديد تاريخها من قبل ضرورة انه من حق الأطراف والمحامين الاستماع إلى تلاوة الحكم مباشرة ولا يمكن التصريح بالحكم في جلسة أخرى غير المعينة له دون التمديد في أجل التصريح بمحضر الجلسة واعلام الأطراف بذلك وشرط العلانية يهيم النظام العام ومخالفته موجبة لبطلان الحكم. والتصريح بالحكم يكون بحضور القضاة الذين امضوا لائحته للتدليل على انه صدر عن الهيئة الحاضرة وحسب ما انتهى إليه اجتهادها وللتأكيد على اقتناعها بما أصدرت فتحوز الأحكام الاحترام الكامل، غير انه إذا تعذر الحضور على أحد أعضاء الهيئة المصدرة للحكم يمكن تعويضه بغيره من القضاة.

ب - شروط صحة نسخة الحكم :

اقتضى الفصل 122 م.م.م.ت. انه يجب تحرير نسخة أصلية للحكم وفق البيانات المنصوص عليها بالفصل 123 م.م.م.ت. في أجل عشرة أيام من تاريخ

(1) نبيل اسماعيل عمر : «المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - ص. 1065.

صدوره وتمضى هذه النسخة من القضاة الذين أصدروا الحكم، والبيانات التي يجب ان يتضمنها الحكم هي المحكمة التي أصدرته، اسماء وصفات ومقرات الخصوم، موضوع الدعوى، ملخص مقالات الخصوم، المستندات الواقعية والقانونية، نص الحكم، تاريخ صدوره، اسماء الحكام الذين أصدروه، بيان درجة الحكم وتحرير مجموع المصاريف ان امكن ذلك.

وان استعمال المشرع لصيغة الوجوب بان يتضمن الحكم البيانات المذكورة فليكون مستكملا بذاته شروط صحته، بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات بأي طريق من طرق الاثبات. ولقد اتحيت الفرصة للقضاء بان يبطل أحكاما ابتدائية ينقصها امضاء أحد القضاة الذين أصدروا الحكم على النسخة الأصلية من الحكم⁽¹⁾ والقضاء المصري كذلك يعتبر ان اغفال اسم المحكوم له هو إغفال لبيان جوهري موجب لبطلان الحكم، ولا يغني على هذا البيان امكان معرفة اسم المحكوم له من ورقة أخرى من أوراق الدعوى ولو كانت رسمية، لان الحكم يجب ان يكون دالا بذاته على استكمال شروط صحته ولا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأي طريق من طرق الاثبات...⁽²⁾

(1) قرار استثنائي عن محكمة تونس عدد 13360 الصادر في 2 فيفري 1994 (غير منشور).
(2) نقض 31 ديسمبر 1953 - عدد 189 سنة 21 قضائية.

الفصل الرابع

عوارض الخصومة :

إن الوضع العادي للخصومة هو تتابع إجراءاتها في نظام محكم لغرض الوصول إلى هدف معين هو فصل النزاع بصدور حكم قاطع فيه. إلا أنه قد تحدث عوارض تحول دون متابعة السير في الخصومة ولقد سماها المشرع «معطلات النوازل».

وهذه العوارض يمكن أن تكون بإرادة الخصوم بأن يقوم أحد الأطراف بقضية أخرى خارجة عن أنظار المحكمة المتعهددة وتضطر هذه الأخيرة إلى وقف النظر في الدعوى إلى صدور الحكم الذي له أثر على وجه الفصل وهو ما اقتضاه الفصل 240 من م.م.م.ت. وستعرض لهذه المسألة بعنوان وقف الخصومة.

وفي حالات أخرى ينص القانون على أن حدوث واقعة معينة يترتب عليه فوراً وقف السير في الدعوى وهي الحالات التي نص عليها الفصل 241 من م.م.م.ت. وقرر إيداع القضية مؤقتاً بكتابة المحكمة وستعرض لهذه المسألة تحت عنوان انقطاع الخصومة.

وفي حالات أخرى يمكن أن تنتهي الخصومة دون صدور حكم في الموضوع وذلك في صورة سقوط الخصومة أي بعد انقضاء ثلاث سنوات دون تعجيلها من الأطراف فإنها تسقط بموجب القانون، كما يمكن أن تنقضي الخصومة بترك المدعى دعواه أو رجوع المستأنف في استئنافه أو تنقضي بالوفاة إذا تعلق الأمر بحق شخصي لا يورث ولا يمكن للورثة مواصلة السير في الدعوى وهو ما ستعرض له تحت عنوان انقضاء الخصومة.

المبحث الأول - وقف الخصومة :

إن وقف الخصومة هو عدم سيرها لسبب اجنبي عن المركز القانوني لا طرفها وذلك حتى يزول هذا السبب⁽¹⁾ ولقد تعرض المشرع لهذه المسألة بالفصل 240 من م.م.م.ت. الذي نص على أنه «في صورة القيام بدعوى الزور الجنائي يعطل

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 652.

الحكم في النازلة الا إذا رات المحكمة ان النازلة يمكن الحكم فيها بقطع النظر عن الكتب المخدوش فيه...» وكذلك الفصل 132 من م.ا.ج. الذي نص على انه «يجوز للمحاكم ان تحكم طبق قواعد القانون المدني في المسائل الأولية ذات الصبغة المدنية التي تثار أثناء قضية جزائية وذلك على شرط ان يكون لتلك المحاكم حق النظر فيها مدنيا والا وجب عليها تأجيل النظر إلى صدور حكم بات في المسألة الأولية» والفصل 49 من مجلة الجنسية الذي اقتضى ان « الاحتجاج بالجنسية التونسية أو بصفة الأجنبي يهيم النظام العام وعلى الحاكم ان يثيره من تلقاء نفسه وهو بالنسبة لغير المحاكم الابتدائية والاستئنافية مسألة أولوية توجب على المحاكم توقيف النظر إلى ان يتم فض النزاع طبقا للإجراءات الواردة بالفصل 51 من هذه المجلة».

ويتضح من الفصول المتفرقة في عدة مجلات قانونية ان المشرع التونسي لم يضع مبادئ عامة لوقف الخصومة ولم يعرف المسألة الأولية مما يضطرنا إلى التعرف إلى مفهوم المسألة الأولية وأنواع المسائل الأولية وأثرها إذا أثرت أمام المحكمة المتعهد.

الفقرة الأولى - مفهوم المسألة الأولية :

إن المشرع استعمل مصطلح المسألة الأولية بصفة موسعة خلافا لما هو معمول به في بعض التشريعات الأخرى وسانده فقه القضاء مما يوجب علينا التعرض للمفهوم الصحيح لهذا المصطلح.

1 - المفهوم الواسع للمسألة الأولية :

يعتبر المشرع التونسي ان المسألة الأولية هي كل مسألة تعترض سير الدعوى ويتطلب فصلها البت في المسألة الأولية حتى يمكن مواصلة النظر في الدعوى والبت في المسألة الأولية يكون من نفس المحكمة المتعهد أو من طرف محكمة أخرى ومثال ذلك قيام أحد المالكين على الشياخ بقضية في القسمة دفع بقية المالكين ببطلان عقد تملكه سند القيام بالدعوى. وهذه هي المسألة الأولية التي يجب نظرها للبت في الدعوى الأصلية. وفي صورة الحال أن المحكمة الابتدائية مختصة، واستنادا على مبدأ «قاضي الأصل هو قاضي الدفع» الا انه في بعض الحالات تكون المحكمة المتعهد غير مختصة للنظر في المسألة القانونية فتوقف النظر لانتظار مآل القضية المنشورة لدى المحكمة الأخرى.

ولقد سائر فقه القضاء ما ذهب إليه المشرع في هذا الاستعمال الموسع للمسألة الأولية ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته ان «القرار المتقدم ما لم يأخذ بهذا الدفع في شأن توقيف النظر في القضية لا يعد ذلك منه تجاوزا لحدود مرجع نظره الحكمي خاصة وان هذا الدفع لا يعتبر من المسائل الأولية التي تستوجب توقيف النظر القضائي حتى يقع فصل النزاع بشأنها من المحكمة المختصة بالنظر فيها»⁽¹⁾.

2 - المفهوم الحقيقي للمسألة الأولية :

إن التشريع الفرنسي تطرق لهذا الاشكال واعتبر المسألة الأولية هي التي إذا ما أثبتت أمام القاضي المتعهد توجب عليه وقف النظر في النزاع إلى ان يقع البت فيها من المحكمة المختصة وهي ما يسمى « La question préjudicielle » اما الدفع الذي يمكن للمحكمة المتعده النظر فيه لدخوله في اختصاصها الحكمي فإنه لا يقع التخلي عنه وهو ما يسمى « La question préalable ».

وان المشرع التونسي قد استعمل هذين المصطلحين في النص الفرنسي للفصل 132 م.إ.ج. وبالتالي فهو يفرق بين مدلوليهما إلا ان الصياغة العربية لم تكن دقيقة وتوحي بالخلط بين المؤسستين⁽²⁾.

وعليه، ان المسألة الأولية هي التي تمثل استثناء من قاعدة «قاضي الأصل، قاضي الدفع»، وهو بخلاف المسألة المتفرعة التي تمثل تأكيدا للقاعدة. ذلك انه عندما تثار مسألة أولية فإن القاضي المتعهد ويكون غير مختص بالنظر فعليه وقف النظر في الدعوى وانتظار مآل الحكم في المسألة الأولية لمن هو مختص ويلزم بذلك الحكم إذا اصبح باتا.

الفقرة الثانية - أنواع المسائل الأولية :

اعتبر الفقهاء ان المسائل الأولية تنفرع إلى نوعين أولهما المسائل الأولية العامة وثانيهما المسائل الخاصة.⁽³⁾

(1) قرار تعقيبي عدد 620 الصادر في ماي 1976 - نشرية محكمة التعقيب - الجزء II - 1976.

(2) عبد الحميد الغزواني : «قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني»، ص. 20. ومذكرة الدراسات المعمقة - بكلية الحقوق والعلوم القانونية، 1988 - 1989.

(3) سوليس وبيرو : «القانون القضائي الخاص»، ص. 511.

1 - المسائل الأولية العامة :

يشمل هذا النوع من المسائل ذات الطابع الإداري أو السياسي أو الجزائي أو الدفع بعدم دستورية القانون المنطبق :

أ - ان الدفوعات أمام القاضي المدني والمتعلقة بالمسائل الإدارية والراجعة بالنظر للمحكمة الإدارية تتعلق أساسا بتأويل المقررات الإدارية أو في شرعيتها. وبالتالي إذا ما تعلق الدفع بعدم شرعية المقرر الإداري فعلى المحكمة المدنية إيقاف النظر في الدعوى إلى أن تبت المحكمة الإدارية في الأمر.

ب- ان المسائل الأولية ذات الطابع السياسي تتعلق بتأويل المعاهدات الدولية المنطبقة على نزاع مطروح على القضاء ففي هذه الحالة إذا كان حل المسألة الأولية من القانون العام وبالتالي خارج عن أنظار المحاكم العدلية فإنه لا يجوز لها النظر وعليها إيقاف النظر في النزاع إلى حين حسم تلك المسألة من السلطة المختصة وهي الحكومة في نظامنا التي لها وحدها بيان موقفها وإيضاح الغموض المتسرب للمعاهدة.

ج- أن المسائل الأولية ذات الطابع الجزائي تعرض لها المشرع بالفصل السابع من مجلة الإجراءات الجزائية الذي اقتضى ان «الدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة ويمكن القيام بها في آن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى المحكمة المدنية وفي هذه الصورة يتوقف النظر فيها إلى ان يقضى بوجه بات في الدعوى العمومية التي وقعت اثارها» وبذلك ان وقف النظر في الدعوى المدنية يجعل من الدعوى الجزائية مسألة أولية يقتضي الفصل فيها من المحكمة المختصة حتى يتمكن القضاء المدني من مواصلة النظر في الدعوى الشخصية.

د- اما الدفع بعدم دستورية القانون المنطبق فلقد اعتبرته عديد التشريعات المقارنة مسألة أولية توجب وقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة المختصة في الموضوع، إلا ان البلدان التي لم ترس محكمة دستورية وسكت المشرع فيها عن كيفية مراقبة دستورية القوانين فأن المحاكم العدلية أقرت هذا الدور لنفسها واعتبرته داخل في اختصاصها⁽¹⁾ وبذلك لم يعد هناك مجال للحديث عن هذه المسألة الأولية، إلا ان محكمة التعقيب رأّت خلاف ذلك

(1) محكمة الاستئناف بسوسة الصادر في 11 أبريل 1988 - المجلة القانونية التونسية 1988. مع تعليق للأستاذ رافع ابن عاشور - ص. 11.

وأكدت انه «لا يجوز للقضاء العادي المكلف أساساً بتطبيق القانون ان يتطرق إلى موضوع دستورية القوانين لان ذلك يؤول به إلى الحكم عليها، الأمر الذي يشكل تجاوزاً لسلطته»⁽¹⁾.

غير أن محكمة التعقيب لم تجب عن السؤال المطروح والمتمثل في الهيكل المخول له مراقبة دستورية القانون، ضرورة ان الأمر لا يخلو من حلين اما إرساء محكمة دستورية تتولي هذه المراقبة عند القيام أمامها مباشرة أو بطريقة الإحالة من المحاكم العدلية عندما يدفع امامها بمناسبة قضية أصلية بعدم دستورية القانون المنطبق وهو ما اقره التشريع الفرنسي والدستور النمساوي الصادر في 1820 والدستور السويسري الصادر في 1884.

وبالتالي ان مسألة دستورية القانون مسألة أولية ويجب إحالة الأمر على المحكمة الدستورية المحدثة بموجب القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2012 التي يحددها القانون عملاً بالمادة 124 من القانون الأساسي المحدث للمحكمة الدستورية، حيث أن هذا القانون لم يصدر إلى حد الآن.

2 - المسائل الأولية الخاصة :

المسائل الأولية الخاصة هي مسائل من اختصاص المحاكم العدلية غير انها خارجة عن الاختصاص الحكمي للمحكمة المتعهددة بالقضية الأصلية، ومرد ذلك إلى الاختصاص الحكمي المطلق الذي يسند لاحد المحاكم المدنية في دعوى معينة أعمالاً لمعيار طبيعة الدعوى.

ومثال ذلك ان الدعوى الاستحقاقية هي من اختصاص المحكمة الابتدائية الحكمي، ولذلك إذا كانت الدعوى مرفوعة لقاضي الناحية وثار نزاع استحقاقية وجب إيقاف النظر في الدعوى الأصلية إلى ان يقع البت في المسألة الأولية الراجعة بالنظر لمحكمة أخرى.

الفقرة الثالثة - اثار الدفع بمسألة أولية :

ان الأثرين الهامين المترتبين عن الدفع بمسألة أولية هما إيقاف النظر في الدعوى الأصلية وانتظار مآل صدور حكم بات في المسألة الأولية.

(1) محكمة التعقيب - القرار الصادر في 1 جوان 1988 - نشرية محكمة التعقيب 1988 - ص. 180.

1 - توقيف النظر في الدعوى الأصلية :

إن وقف النظر في الدعوى الأصلية قد ينجر عنه ضرر للمدعي مما جعل المشرع يحدد بعض الضمانات حتى لا يقع التعسف في استعمال الحق. ولذلك أكد المشرع في العديد من الفصول على المحكمة التي أثبتت لديها مسألة أولية أن تثبت من جدية الأمر ومن ضرورة الفصل فيها حتى يتسنى البت في اصل الدعوى.

ومن أمثلة ذلك ان دعوى الزور المدني تختص بها المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية عملاً بأحكام الفصل 234 م.م.م.ت، وبالتالي إذا دفع المطلوب بالزور المدني في دعوى أصلية منشورة لدى محكمة الناحية فإنه من المتعين إيقاف النظر في الدعوى إلى حين البت في المسألة الأولية. غير ان هذا الإيقاف ليس حتمياً وآلبا عملاً بأحكام الفصل 235 م.م.م.ت. الذي خول للقاضي رفض إيقاف النظر إذا ما تبين ان دعوى الزور المدني لا أساس لها ولا نفع فيها بخصوص الدعوى الأصلية. والامر كذلك إذا ما تبين ان الدفع بالمسألة الأولية يهدف إلى المماطلة وريح الوقت وهو ما اقتضاه الفصل 132 من م.أ.ج عندما نص انه «لا تقبل المسألة الأولية إذا ظهر ان القصد منها مجرد المماطلة ولم يكن لها تأثير خاص ومباشر على التتبع».

والاشكال المطروح بخصوص المسألة الأولية ان المشرع لم يحدد المدة التي يجب ان تستأنف فيها الدعوى الأصلية مما يترك مجالاً للمطلوب للمماطلة، باعتبار ان الأمر يتعلق بانتظار مآل الدعوى المنشورة بخصوص المسألة الأولية وصدور حكم بات فيها. وفي هذه الحالة أي حالة ايقاف النظر لا يمكن القياس على انقطاع الخصومة التي نظمها الفصل 241 من م.م.م.ت. وحدد مدة الإيداع لملف القضية بثلاث سنوات. في حين انه بالنسبة لإيقاف النظر بخصوص مسألة أولية فإنه يمتد إلى حين صدور حكم بات في المسألة والقيد الوحيد الذي سلطه المشرع على من دفع بمسألة أولية هو ان يتولى نشرها في آجال محددة وهو ما اقتضاه الفصل 132 من م.أ.ج بفقرته الثانية التي نصت انه «ويضرب أجل للقائم بالحق الشخصي ليتمكن من عرض المسألة على المحكمة المختصة، واذا انقضى ذلك الأجل ولم يفعل شيئاً يستأنف التتبع» وكذلك الفصل 50 من مجلة الجنسية الذي حدد آجالاً للقيام وقدره ثلاثون يوماً، الا ان مدة التوقف لم يقع تحديدها لإنها مرتبطة بصدور حكم بات في المسألة.

2 - انتظار صدور حكم بات في المسألة :

إن الأمر يستدعي تحديد مفهوم الحكم البات وتعريفه. والحكم البات هو الذي لا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، اما لانه من الأحكام

التي قضى المشرع بعدم جواز الطعن فيه، واما لأنه لا يقبل الطعن بكل أو بعض الطرق وطعن فيه بما هو غير متاح وقضي في الطعن أو انه يقبل الطعن ولم يتم هذا الطعن في المواعيد المحددة قانوناً.⁽¹⁾

ان مثل هذا التمشي يجعل من اثاره المسألة الأولية وسيلة للمخادعة يستعملها المطلوب للمماطلة وتعطيل صدور حكم في اصل النزاع مما جعل فقه القضاء يجتهد في هذا المجال ومن ذلك القرار الاستئنافي الوارد بإحدى حيثياته ان «القضاء بوجه بات في الدعوى العمومية انما هو صدور حكم يبت في الأصل بقطع النظر عن كون هذا الحكم نهائي الدرجة أو كونه حضورياً أو غيبياً».⁽²⁾

وان مثل هذا الاجتهاد خارق للقانون ضرورة ان المشرع اشترط لاستئناف نظر الدعوى الأصلية صدور حكم بات، وطالما ان المعنى جلي فلا مجال للتأويل. والحل يكمن في تدخل المشرع وإقرار أن مدة إيقاف النظر تمتد إلى صدور حكم له قوة الأمر المقضي به أي حكم قابل للتنفيذ حتى يضمن حقوق كل المتقاضين ضرورة انه من غير المعقول أن يبقى المدعي رهين مماطلة المطلوب وان لا يحرم هذا الأخير من حقه في التقاضي على درجتين، وان تعليق استئناف النظر في الدعوى الأصلية على صدور حكم له قوة الأمر المقضي به يضمن ويحفظ هذه الحقوق ويكفل جميع الضمانات.

المبحث الثاني - انقطاع الخصومة :

اقتضى الفصل 241 من م.م.م.ت. انه «يعطل النظر في القضية قانوناً وتودع مؤقتاً بكتابة المحكمة بوفاة أحد الخصوم أو فقداه اهلية الخصومة أو موت نائبه القانوني أو زوال صفة النيابة عنه الا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها فيمكن للمحكمة ان تقضي فيها. وتعتبر الدعوى متهيأة للحكم في موضوعها إذا كان الخصوم قد أبدوا طلباتهم وعينت القضية لجلسة المرافعة».

ويستخلص من الفصل المذكور ان انقطاع الخصومة هو وقف السير فيها بحكم القانون بسبب وفاة أحد الخصوم أو فقداه اهلية الخصومة أو زوال صفة نائبه القانوني. وأن انقطاع الخصومة ولئن كان وقفاً للسير في الخصومة فإنه مختلف عن وقف الخصومة ضرورة ان هذا الأخير يحصل لأسباب لا علاقة لها بمركز الخصوم وصفاتهم في حين ان الانقطاع يحدث بقوة القانون عندما يصبح بعض الخصوم في

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في المرافعات المدنية»، المرجع السابق - ص. 706.

(2) القرار الاستئنافي عدد 76329 الصادر في 9/5/1979 (غير منشور).

حالة يستحيل عليهم معها مواصلة إجراءات الدعوى بسبب حادث طارئ غير من أهليتهم أو صفاتهم حتى تزول آثار ذلك الحادث.

وأن الحكمة من تنظيم الانقطاع هو كفالة حق الدفاع للخصوم باعتبار ان وفاة أحد الخصوم أو فقده لأهليته أو زوال صفة النائب أدت إلى استحالة مباشرة حق الدفاع، ولذلك ينقطع سير الخصومة حتى يحل محل من توفي أو فقد الأهلية من يمكنه مواصلة السير في الدعوى. ولذلك يكون من المتعين التطرق إلى أسباب الانقطاع وبداية سريانه ثم إلى آثار الانقطاع واستئناف سير الخصومة.

الفقرة الأولى - أسباب الانقطاع وبداية سريانه :

1 - أسباب الانقطاع :

أ - موت أحد الخصوم :

إذا رفعت الدعوى على ميت تكون الإجراءات باطلة ولا تنعقد الخصومة، اما إذا رفعت الدعوى على شخص له وجود قانوني وتم استدعاؤه للجلسة فإن الخصومة انعقدت في مواجهته، فإذا توفي هذا الشخص يقف سير الخصومة بقوة القانون.

أما الشخص الاعتباري فينتهي بزوال شخصيته الاعتبارية كالاندماج في شركة أخرى أما تغيير الممثل القانوني للشركة أو وفاته فانهما لا يؤديان إلى انقطاع سير الخصومة.

وان الوفاة المقصودة بالفصل تتعلق بكامل الخصوم أي كانت صفاتهم أو مراكزهم الإجرائية، ضرورة ان النص مطلق ويؤخذ على إطلاقه، وبالتالي سواء كان الخصم طالبا أو مطلوباً أو متداخلاً بمجرد علم المحكمة بوفاته توقف النظر في الدعوى.

ب - فقد أحد الخصوم لأهليته :

إن أهلية الخصومة هي أهلية الأداء ولا يعتبرها المشرع شرطا لقبول الدعوى بل شرطا لانعقاد الخصومة وصحة الطلبات،⁽¹⁾ ولذلك من الواجب توفرها طوال سير الخصومة ضرورة ان الإجراء المتخذ ممن ليس له الأهلية يكون باطلا. وهذه الأهلية تفقد بالجنون أو السفه أو الإفلاس أو السجن المؤبد. وفي هذه الحالة يتعين على من فقد الأهلية ان يكون ممثلاً من مقدم ليوصل مباشرة الإجراءات في الخصومة، وبالتالي لا بد من وقف النظر حتى يتسنى استصدار حكم من حاكم التقادير يقضي بتعيين مقدماً على فاقد الأهلية يواصل مباشرة الإجراءات في حقه.

(1) نور الدين الغزواني : «تعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 117 - تونس - أكتوبر 1996.

ج - زوال صفة النائب أو وفاته :

إن وجود نائب في الدعوى عن أحد الخصوم يفترض ان الخصم الأصلي في الدعوى فاقد للأهلية وكان يمثله نائب تتوفر فيه هذا الأهلية ومثال ذلك قيام الولي في حق ابنه القاصر أو أمين الفلسفة في حق المفلس. فاذا ما زالت صفة التمثيل ببلوغ القاصر سن الرشد أو بعزل أمين الفلسفة فإنه يكون من المتعين إيقاف النظر في الخصومة حتى يتسنى لصاحب الصفة الجديد أن يباشر الإجراءات.

2 - بداية سريان الانقطاع :

اقتضى الفصل 241 من م.م.م.ت. انه «إذا كانت الدعوى مهياً للحكم في موضوعها فيمكن للمحكمة ان تقضي فيها. وتعتبر الدعوى مهياً للحكم في موضوعها إذا كان الخصوم قد ابدوا طلباتهم وعينت القضية لجلسة المرافعة»

ويستخلص من ذلك انه لحدوث الانقطاع لا بد من توفر سببه وان لا تكون الدعوى غير صالحة للحكم فيها، ويعني ذلك ان لا يكون الخصوم قد قدموا طلباتهم وصرفت القضية للمرافعة. وبالتالي ان هدف الفصل هو احترام مبدأ المواجهة وطالما أحترم هذا المبدأ فلا مجال لوقف الخصومة وتصدر المحكمة حكمها على أساس ما قدم لها من طلبات أو دفع.

أما إذا لم تكن القضية جاهزة للفصل فإن المحكمة تقرر إيداع القضية بكتابة المحكمة لمدة أقصاها ثلاث سنوات عملاً بالفصل 244 من م.م.م.ت.

الفقرة الثانية - آثار الانقطاع واستئناف سير الخصومة :

1 - آثار انقطاع الخصومة :

يترتب على انقطاع الخصومة عملاً بالفصل 242 من م.م.م.ت. «توقيف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع».

وعلى أساس هذا الفصل يترتب على انقطاع الخصومة أمران :

أولاً - وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم الذين حصل الانقطاع بسبب يتعلق بهم :

ومثال ذلك إذا كانت المحكمة أصدرت حكماً تحضيرياً ألزمت بموجبه من كان طرفاً في الدعوى بتأمين مبلغ مالي بصندوق الودائع والأمانات في أجل عشرين

يوما من صدور الحكم التحضيري فإنّ هذا الأجل لا يسري على الورثة إلا بداية من استئناف سير الدعوى واستدعائهم للحضور.

ثانيا - بطلان جميع الإجراءات المتخذة أثناء الانقطاع :

من المعلوم انه لا يجوز اتخاذ أي إجراء في الخصومة أثناء فترة الانقطاع وذلك لاحترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع. وأن أي إجراء يتخذ في هذا الفترة يكون باطلا. وهذا البطلان نسبي وقرر لحماية الخصم الذي قام به سبب الانقطاع ولذلك فهو الذي يتمسك به ويجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمنا ولا يجوز للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها.

2 - استئناف سير الخصومة :

اقتضى الفصل 243 من م.م.م.ت. انه «تستأنف الخصومة سيرها باستدعاء يقع من الطرف الآخر إلى من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهلية الخصومة أو زالت صفته أو باستدعاء منه يقع لذلك الطرف الآخر.

وكذلك تستأنف القضية سيرها إذا حضر الجلسة وارث المتوفي أو من يقوم مقام فاقد الأهلية أو مقام من زالت عنه الصفة وطلب متابعة سير القضية».

وتبعاً لذلك يستأنف النظر في الدعوى في حالتين :

أ - إعادة استدعاء الخصم :

إن إعادة استدعاء الخصم الحال محل الخصم القديم غير محدد بأجل معين غير الذي ضبطه الفصل 244 من م.م.م.ت. والبالغ ثلاث سنوات لسقوط الدعوى. واستئناف السير في الدعوى قد يتم من طرف المدعي أو المدعى عليه الذي يبادر باستدعاء خصمه وفق القواعد المنظمة لرفع الدعوى. وتستأنف الدعوى سيرها بداية من النقطة التي توقفت فيها قبل حدوث سبب الانقطاع. ولا يوجب القانون إعادة تبليغ المؤيدات وعريضة الدعوى السابقة حتى يتمكن الخصم من الدفاع عن حقوقه ضرورة انه خلف خاص أو عام للخصم السابق ويحل محله ويمكنه الاطلاع على ملف القضية، غير ان هناك من يرى خلاف ذلك ويؤكد على ضرورة إعادة تبليغ المؤيدات وعريضة الدعوى للخصم الجديد احتراماً لحقوق الدفاع وحتى يتسنى له إعداد وسائل دفاعه.⁽¹⁾

(1) وجدي راغب : «المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 424.

ب - حضور الوارث :

إذا كانت القضية مؤخرة لجلسة معينة وقبل انعقادها حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وحضر الوارث في الجلسة وأدلى بحجة وفاة مورثه وثبت انه وارث وقام بمباشرة السير في الخصومة فإنها تتواصل. وكذلك الأمر بالنسبة للدعويين مقرّونتين فإنّ الحضور في احداها يوجب مواصلة النظر في الدعويين لاتحاد السبب والأطراف والموضوع.

وخلاصة القول في هذا المجال ان عدم استئناف سير الدعوى لمدة ثلاثة سنوات بعد تاريخ صدور القرار في إيداعها بكتابة المحكمة لسبب من أسباب الانقطاع تسقط الخصومة بموجب القانون عملاً بأحكام الفصل 244 م.م.م.ت. وعلى من له مصلحة ان يطلب الحكم بسقوطها بالقيام مباشرة أو عن طريق الدفع إذا ما قام أحد الخصوم بتعجيل الخصومة المودعة بكتابة المحكمة بعد اكثر من ثلاث سنوات.

المبحث الثالث - انتهاء الخصومة :

إن الخصومة المدنية يمكن ان تنتهي دون صدور الحكم في الموضوع وذلك لعدة أسباب بعضها راجع إلى إرادة الخصوم وبعضها راجع لغير ارادتهم. واهم هذه الأسباب هي سقوط الخصومة بموجب القانون أو انقضاؤها لموت الخصم الذي يدافع عن حق لا ينتقل للخلف أو ترك الخصومة من القائم بها.

الفقرة الأولى - سقوط الخصومة :

لقد حدد المشرع أجل ثلاث سنوات على أقصى تقدير لطلب استئناف السير في إجراءات الخصومة المودعة بكتابة المحكمة والتي أوقف النظر فيها عملاً بأحكام الفصل 244 م.م.م.ت.

وسقوط الخصومة باعتباره جزاء يوقع على المدعى المهمل في مواصلة الإجراءات فإنه إذا اثبت ما يفيد حدوث قوة قاهرة أو حادث طارئ منعه من ممارسة هذا الحق فإنه يعلق سريان مرور الزمن.

وإذا انقضى الأجل فكيف يتم طلب الحكم بالسقوط ؟

وإذا حكم بالسقوط فما هي الآثار المترتبة عن ذلك ؟

1 - شروط سقوط الخصومة :

أ - عدم السير في الخصومة مدة ثلاث سنوات :

اقتضى الفصل 244 من م.م.م.ت. انه «اذا مضت على تعطيل القضية ثلاثة أعوام بدون ان يقع طلب استئناف النظر فيها سقطت الخصومة ولكل ذي مصلحة من الخصوم ان يطلب الحكم بسقوطها».

ويستخلص من الفصل المذكور ان عدم تعجيل الخصومة ممن له مصلحة، وفي صورة الحال المدعي، السير في الخصومة مدة ثلاث سنوات من تاريخ صدور القرار بوقفها. وعلة ذلك عدم ترك المطلوب مهديدا بخصومة اهمل المدعي السير فيها.

وبالتالي ان الشرط الأساسي لسقوط الخصومة هو عدم السير فيها بفعل المدعي أو امتناعه عن ذلك مدة ثلاث سنوات ويستوي الرشيد والقاصر بدليل ان الفصل 246 م.م.م.ت. اقتضى ان «المدة المقررة لسقوط الخصومة تسري في حق جميع الخصوم ولو كانوا عديمي الأهلية».

غير ان عدم سير الخصومة بفعل المدعي يفترض ان مدة السقوط قابلة للقطع والتعليق كسائر آجال التقادم بسبب عوامل خارجة عن إرادة المدعي، ومن أمثلة ذلك القوة القاهرة أو الحادث الطارئ أو الاستحالة المطلقة التي تمنع من إعادة السير في الخصومة، لأنه من المسلم به في كل التشريع ان الأجل لا يسري في حق من لا يستطيع اتخاذ الإجراء. واذا زال السبب تعود المدة المحددة للسقوط إلى السريان وتضاف إليها مدة العجز عن القيام بالإجراءات لمدة الثلاث سنوات.

ويختلف القطع عن التعليق ففي القطع تبدأ مدة جديدة من تاريخ آخر إجراء صحيح بينما التعليق يعني ان لا تحسب المدة التي تعطلت فيها الإجراءات بسبب قوة القاهرة أو حادث طارئ، وتقدير ذلك متروك لسلطة المحكمة التقديرية.

ب - كيفية الحكم بالسقوط :

إن السقوط مقرر بموجب القانون ويهم مصلحة الخصوم أي ان القاضي لا يحكم به من تلقاء نفسه ومن له مصلحة يمكنه طلب الحكم بسقوط الخصومة بدعوى أصلية أو بطريقة الدفع إذا استأنفت إجراءات السير في الخصومة.

يكون طلب الحكم بسقوط الخصومة بدعوى أصلية أمام المحكمة التي أقيمت أمامها الخصومة المطلوب الحكم بسقوطها ويستوي ان تكون هذه المحكمة محكمة بداية أو محكمة استئناف عملاً بأحكام الفصل 247 م.م.م.ت. الذي نص على انه «يقدم طلب الحكم بسقوط الخصومة للمحكمة المقامة أمامها بنفس الأوضاع المعتادة لرفع الدعوى».

وقد لا يكون طلب الحكم بسقوط الخصومة بطريقة الدعوى بل بطريقة الدفع في إطار دعوى معارضة إذا عجل المدعي الدعوى بعد مضي المدة المقررة للسقوط وهو ما قرره الفقرة الثانية من الفصل المذكور عندما نصت انه «يمكن ان يقدم في صورة دعوى معارضة إذا طلب المدعي استئناف النظر بعد انقضاء ثلاثة أعوام».

وفي كلتا الحالتين أي سواء طلب الحكم بسقوط الخصومة بدعوى أصلية أو معارضة يجب ان يقدم ضد جميع المدعين أو الطاعنين والا كان غير مقبول عملاً بأحكام الفصل 247 م.م.م.ت. في فقرته الثالثة. والعلة في ذلك ان سقوط الخصومة يشمل إجراءات الخصومة برمتها ولا تتجزأ بالنسبة للمدعين ولو كان موضوع الدعوى قابلاً للتجزئة وأكد المشرع ذلك بان اقر ان المطلب المقدم من أحد الخصوم يستفيد به الباقون.

ج - آثار سقوط الخصومة :

انه من المقرر انه ليس لمعنى السقوط إلغاء الآثار القانونية المترتبة عن الدعوى إلا ان المشرع قد فرق بين آثار سقوط الخصومة باختلاف درجات التقاضي بموجب الفصل 246 من م.م.م.ت. الذي نص على ان «الحكم بسقوط الخصومة لدى الدرجة الأولى يترتب عليه إلغاء جميع الإجراءات بما في ذلك عريضة الدعوى لكن لا يسقط الحق في اصل الدعوى. ويترتب على الحكم بسقوطها في الاستئناف أو في التماس إعادة النظر بسقوط الطعن نفسه».

وبالتالي يجب التفريق بين سقوط الخصومة أمام المحكمة الابتدائية أو عند الطعن بالاستئناف أو بالتماس إعادة النظر :

أولاً - أمام محكمة البداية يترتب على الحكم بسقوط الخصومة زوالها بأثر رجعي ويؤدي ذلك إلى اعتبار إجراءات الخصومة كأن لم تكن وذلك يعني زوال الإجراءات بما فيها عريضة الدعوى وكافة الآثار التي نشأت عن تبليغها كقطع التقادم وسريان الفوائض. أما الإنذارات أو الإقرارات الصادرة بمناسبة القضية فإنها لا تسقط كما لا يترتب على السقوط أي مساس بأصل الحق موضوع الدعوى، ويمكن للمدعي إعادة رفع دعوى جديدة ما لم يكن حقه قد انقضى بمرور الزمن. وبذلك تنصرف آثار السقوط إلى إجراءات الخصومة مع بقاء البعض منها لما له من كيان ذاتي ومنها :

- لا يترتب على السقوط سقوط الإقرارات الصادرة من الخصوم ولا اليمين التي حلفوها، ومن ثم يمكن للخصم التمسك بها لمالها من أثر حاسم بالنسبة للحقوق المتنازع عليها، ولذلك يجوز التمسك بها في خصومة جديدة.

- كما ان سقوط الخصومة لا يمنع الخصوم من التمسك بتقارير الخبراء المحررة بمناسبة الخصومة المحكوم بسقوطها ما لم تكن باطلة في ذاتها.

ثانيا - في الاستئناف والتماس إعادة النظر :

ينص الفصل 246 م.م.م.ت. في فقرته الثانية انه «يترتب على الحكم بسقوطها في الاستئناف أو في التماس إعادة النظر سقوط الطعن نفسه» وعليه، إذا حكم بسقوط الخصومة في الاستئناف اعتبر الحكم المستأنف نهائيا حتى ولو كان حق الطعن بالاستئناف ما زال قائما كأن يكون المستأنف قد رفع استئنافه دون أن يتم إعلامه بالحكم. أما بخصوص التماس إعادة النظر الذي يعتبر طريقا غير عادي للطعن في الأحكام ويرفع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم فإنه يترتب عنه سقوط طلب الالتماس وصيرورة الحكم الملتمس إعادة النظر فيه نهائيا ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام محكمة التعقيب.

الفقرة الثانية - انقضاء الخصومة :

إن انقضاء الخصومة لا يعني انقضاء الدعوى، وانقضاء الخصومة يترتب عنه صدور حكم لم يفصل في اصل النزاع. وقد تنقضي الخصومة بإرادة الأطراف كالصلح الاتفاقي الذي يشتمل على اتفاق بين الخصوم على حسم النزاع بشكل معين ويتبنى القاضي هذا الحل ويصدر حكمه بالمصادقة على الصلح. كما تنتهي الخصومة بترك صاحب المصلحة السير فيها اما صراحة أو عدم السير في إجراءات الخصومة فتتقضي المحكمة بطرح القضية ان كانت في الطور الابتدائي أو بقبول رجوع الطاعن في طعنه. وتنقضي الخصومة أخيرا بغير إرادة الخصوم مثل ذلك وفاة الخصم في الدعاوى التي يعد وجوده فيها عنصرا حيويا، وسبب ذلك يرجع إلى عدم قابلية انتقال الموضوعي إلى الخلف ومثال ذلك دعوى الطلاق أو النفقة أو الحضانة أو إذا أنتفى النزاع ذاته بسبب اتحاد الذمة كما لو توفى المدعي وكان المدعي عليه هو وارثه الوحيد.

1 - الصلح الاتفاقي :

إن للأطراف كامل الحرية لإنهاء الخصومة كما يرون وذلك بإبرام صلح الذي عرفه الفصل 1458 من المجلة المدنية بانه «عقد لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن شيء من مطالبته أو بتسليم شيء من المال أو الحق».

الا انه يوجد من الحقوق التي لا يجوز الصلح في شأنها كالحرية والأبوة والنفقة عملا بأحكام الفصل 1462 من نفس المجلة. ولذلك فإن المحكمة ولئن كانت غير

ملزمة للنظر في الأصل إلا ان لها حق مراقبة الصلح الذي يمكن ان يخرق بعض قواعد تهم النظام العام. وإذا ما طلب منها الأطراف فانها تستجيب لطلبهم بعد مراقبته والتحقق من عدم خرقه لأحكام تهم النظام العام. وإذا تبين صحة الصلح فإنه يقضي بالمصادقة عليه، وتكون الخصومة قد انقضت دون النظر في اصل النزاع وفصله بصفة نهائية، ضرورة ان الأطراف بإمكانهم الرجوع إلى التقاضي لإبطال الصلح أو طلب فسخه لامتناع أحد الخصوم عن تنفيذه.

2 - ترك الخصومة :

ان ترك الخصومة هو تخل إرادي من المدعي في السير في إجراءات الخصومة دون ان يصدر حكم في اصل النزاع وتعين التعرض إلى حالات الترك وإجراءاته.

أ - حالات الترك :

إن ترك الخصومة يمكن ان يكون ضمنيا أو صريحا.

ويكون ضمنيا عندما يتخلى المدعي عن السير في الإجراءات ورتب المشرع عن ذلك الحكم بطرح القضية. فالفصل 49 من م.م.م.ت. اقتضى انه «اذا لم يحضر الطالب بنفسه أو بواسطة محام فإنّ النازلة تطرح» وكذلك الفصل 79 من م.م.م.ت. الوارد في باب الإجراءات لدى المحكمة الابتدائية اقتضى انه «اذا لم يقدم محامي المدعي مؤيدات الدعوي في الأجل المحدد تطرح القضية ما لم يكن المدعي عليه هو الذي قام بتقييدها...» وأخيرا الفصل 155 من نفس المجلة الوارد في باب الإجراءات المتعلقة بالاستئناف والذي نص على انه «إذا عدل المستأنف عن مواصلة التتبع فإنّ الحكم الصادر بقبول رجوعه في الاستئناف يمنع من تمكينه من الاستئناف مرة ثانية ولو كان أجل الطعن ما زال ممتدا...».

ويخلص من الفصول الآنفة الذكر ان المدعي أو الطاعن الذي يتخلى عن السير في إجراءات الخصومة يعتبر تاركا له وتقضي المحكمة بطرح القضية دون الفصل في الموضوع. وفي هذه الحالات لا يطرح أي أشكال لان الخصومة ما زالت في بدايتها لكن إذا تقدمت الخصومة أشواطا وعبر المدعي عن رغبته في الترك الا يعتبر ذلك وسيلة للحيلولة دون صدور حكم في الموضوع مما يستدعي وضع ضوابط أو عدم قبول ذلك الترك إذا كان الهدف منه الأضرار بالخصم.

ب - إجراءات ترك الخصومة :

إذا تقدمت الخصومة أشواطا فإنه من الضروري ان يكون طلب الترك مستوفيا لعدة شروط :

- أن يكون صريحا وذلك بمطلب كتابي وممضى من المدعي أو نائبه قانونا أو بالجلسة ويضمن بمحضرها وهذا الترك لا يرد على الدعاوى التي تتعلق بالنظام العام ومثال ذلك قضايا الافلاس ضرورة ان المصلحة العامة تقتضي السير في الدعوى حتى ولو تنازل المدعي عنها. وكذلك لا يجوز قبول الترك إذا كان بناء على تنازل عامل عن حقوقه المقررة في القانون.⁽¹⁾
- على انه إذا كان حق المدعي مطلقا في ترك الخصومة فإنه لا يجوز ان يضر بمصلحة المدعي عليه، ولذلك من الضروري قبول المدعي عليه لترك الخصومة حتى تصادق عليه المحكمة خاصة إذا تقدمت إجراءات الخصومة ويفهم من طلب الترك الحيلولة دون صدور حكم في الموضوع.
- وعلى كل إذا طرحت القضية أو قبل الرجوع في الاستئناف فإن الخصومة تنقضي وتعتبر كأن لم تكن هي والاثار المتولدة عنها مع بقاء الحق الموضوعي ما لم يكن قد تقادم في الفترة الفاصلة بين رفع الدعوى وحدث ترك الخصومة فيها ويجوز تبعا لذلك إعادة رفع دعوى جديدة بشرط بقاء الحق الموضوعي.

3 - انقضاء الخصومة بالوفاة :

إن بعض الحقوق الشخصية التي لا تنتقل للوارث تحول دون مواصلة السير في الخصومة، وبالتالي حال حدوث وفاة المدعي في خصومة قائمة فإنها تنقضي والمثال الذي كثيرا ما يضربه الفقهاء وفاة المدعي في قضية طلاق ففي هذه الحالة على المحكمة ان تقضي بانقضاء الدعوى ولا تأذن بإيداعها بكتابة المحكمة حتى يتسنى للورثة ان أرادوا تعجيلها ومواصلة السير فيها أن يقوموا بالإجراءات القانونية عملا بأحكام الفصل 241 من م.م.ت.

والأمر كذلك بالنسبة لقضايا النفقة وقضايا الحضانة باعتبار ان هذه الحقوق شخصية ولا تنتقل للورثة، وبذلك تنقضي الخصومة إذا توفي المدعي في قضية موضوعها هذه الحقوق الشخصية.⁽²⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : «الدفع في قانون المرافعات»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 678.

وجدي راغب : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 440.
(2) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، دار النهضة العربية - 1981 - ص. 666.

القسم الثاني

جزاء مخالفة الإجراءات

إن القواعد الإجرائية قننت لخدمة العدالة وحتى تكون أساسا موضوعيا يلتزم به الخصوم ويحترمه القضاة، وقد روعي في ذلك المساواة بين جميع المتقاضين ولا يمكن الاتفاق على انتهاج إجراءات مغايرة للموضوعة من المشرع ولو لم تتعلق بالنظام العام. وفي هذا السياق اقتضى الفصل 14 من م.م.ت. ان «الإجراء يكون باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها. اما مخالفة القواعد التي لا تهم غير مصالح الخصوم الشخصية فلا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج عنها ضرر للمتمسك بالبطلان وبشرط ان يثيره قبل الخوض في الأصل».

وعلى أساس الفصل المذكور إذا نص القانون على البطلان فإن الإجراء يكون باطلا ولا حاجة لمن يتمسك بالبطلان إثبات أي ضرر اما في الأحوال الأخرى والتي لم ينص فيها المشرع على البطلان فإن ذلك لا يمنع من الحكم به شريطة ان يثبت من يتمسك بالبطلان حدوث ضرر له وان يثير ذلك قبل الخوض في موضوع الدعوى. وبالإضافة إلى البطلان قرر المشرع السقوط بان نص الفصل 13 من نفس المجلة ان «المسقطات كلها وجوبية وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها» والسقوط هو الجزاء المترتب على عدم مباشرة الإجراء المعين في القانون للقيام به⁽¹⁾ وذلك، يعني ان القيام بالإجراء بعد الأجل يكون غير مقبول ومثال ذلك الطعن بالاستئناف في حكم ابتدائي بعد أجل العشرين يوما المحددة بموجب القانون.

وبذلك ان المبطلات مردها إجراء مختل في مظهره بإحدى الإخلالات التي نص عليها القانون في حين ان المسقطات مردها الإمساك عن فعل ما يجب فعله بشكل

(1) أحمد أبو الوفاء : «المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص.

معين وفي وقت محدد أي هو الجزاء المترتب على عدم مباشرة الإجراء في الوقت المعين بالقانون.

وتبعاً لذلك يتعين التطرق إلى البطلان ثم إلى السقوط كجزاء لمخالفات الإجراءات المنظمة للخصومة.

الفصل الأول

البطلان

ان الإجراءات التي نظمها قانون المرافعات ونص على القيام بها بطريقة معينة وإلا كان الإجراء باطلا ولا تترتب عليه الآثار المرجوة ولذلك انه من المتفق عليه أن البطلان يتعلق بعيب شكلي ويمكن أن ينسحب على تخلف المقتضيات الموضوعية.⁽¹⁾ وبالإضافة إلى ذلك لا يمكن ان يؤول الحرص على الشكل إلى التضحية بالهدف أي بالحق الموضوعي. ولذلك اختلفت التشريعات حول هذه المسألة وافر كل مشروع أحد الحلول التالية :

- فمنهم من اقر انه لا بطلان بدون نص ولا يجوز الحكم به الا إذا نص القانون على ذلك. ولقد أخذ المشرع الفرنسي بذلك بموجب الفصل 1030 من مجلة المرافعات الصادرة في 1806. الا ان هذا الموقف انتقد بشدة من الفقهاء وتدخل المشرع لإقرار إمكانية الحكم بالبطلان إذا كان الشكل جوهريا وهو ما اقتضاه الفصل 114 من مجلة المرافعات الجديدة الصادرة في 1975.
- ومنهم من اقر مبدأ البطلان الوجوبي أي ان القاضي ملزم بالحكم بالبطلان ومرد ذلك ان وظيفة القاضي تتمثل في تطبيق النصوص الا ان هذا التمشي وجهت له العديد من الانتقادات من ضمنها انه في بعض الحالات قد يؤدي الحكم بالبطلان إلى اهدار الحق والحال انه ليس للشكل فيها أهمية تبرر الجزاء ومن ذلك حضور المدعي عليه رغم عدم ذكر تاريخ الجلسة وقدم مذكرة في دفعه عن الدعوى المرفوعة ضده.
- ومنهم من اقر ان لا بطلان بغير ضرر ومؤدى ذلك انه لا يحكم بالبطلان الا إذا تحقق ضرر من مخالفة الإجراءات. ولقد تبني المشرع الفرنسي هذا المبدأ بموجب الفصل 114 من مجلة الإجراءات الصادرة في 1975 الذي نص انه «أي بطلان لا يمكن الحكم به الا إذا اثبت الخصم الذي يتمسك به ان العيب قد سبب ضررا، ولو تعلق بشكل جوهري أو بشكل من النظام العام».

(1) فتحي والي : «نظرية البطلان»، رسالة دكتوراة 1958 - جامعة القاهرة - ص. 230.

ولقد حاول المشرع التونسي التوفيق بين هذه المبادئ ولم يتبن وجوب ترتيب البطلان على كل عيب يشوب الإجراء ولم يقر البطلان كوسيلة تهديدية لتلافي ما يمكن تلافيه من الإخلالات الإجرائية، الا انه مزج بين هذين المذهبين ونص صراحة انه لا بطلان بدون نص بالفقرة الأولى من الفصل 14 من م.م.ت. وافر انه لا بطلان بدون ضرر وهو محتوى الفقرة الثانية من نفس الفصل.⁽¹⁾ ومما سلف بسطه يتعين التطرق إلى شروط البطلان وكيفية اثارته وزمن ذلك وآثار البطلان إذا ما تم الحكم به.

المبحث الأول - شروط البطلان :

من خلال الفصل 14 من م.م.ت. يتضح ان المشرع وفق بين المبدئين المعروفين أولهما والقائل انه لا بطلان بدون نص وهي الإجراءات والشكليات التي تهم النظام العام والإجراءات الأساسية في التقاضي وثانيهما انه لا بطلان بغير ضرر وهي الإجراءات التي تتعلق بمصالح الخصوم الشخصية والتي نتج عنها ضرر نتيجة العيب الكامن فيها. ولذلك ستعرض إلى البطلان المتعلق بالنظام العام ثم البطلان المتعلق بمصالح الخصوم.

الفقرة الأولى - البطلان المتعلق بالنظام العام :

يكون البطلان متعلقا بالنظام العام إذا صرح النص به أو ترتب عن غياب الإجراء اخلال بقواعد تهم النظام العام أو الإجراءات الأساسية.

1 - البطلان بموجب النص :

إن التنصيص على البطلان يجب ان يكون صريحا لا ضمنيا وذلك بان تستعمل لفظة «البطلان» التي لا يقوم مقامها أي صيغة من النهي أو الوجوب.⁽²⁾ ومن بين حالات البطلان المقررة بنص ما اقتضاه الفصل 11 من م.م.ت. عندما نص ان «الاستدعاءات وإعلامات الدولة ينبغي إبلاغها إلى مكاتب المكلف العام بكتابة الدولة للتصميم والمالية وإلا فإنها تكون باطلة من اصلها». وإذا ما قرر البطلان بنص فعلى القاضي معاينته والحكم به دون تقدير حصول ضرر منه للمطلوب من عدمه.

(1) نور الدين الغزواني : «تعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 134.
(2) حسني مصطفى : «إعلان الأوراق القضائية في ضوء النقض»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 32.

2 - البطلان الناتج عن الإخلال بالقواعد التي تهم النظام العام :

إن إقرار قواعد إجرائية يهدف إلى ضمان حسن سير المحاكم والى إرساء طريق معلوم من كل الناس ولكل الناس وهو ما يسمى بالمساواة أمام القانون ضرورة ان كل المتقاضين ملزمون على انتهاج طريق أساسه معايير موضوعية. ولعل ذلك ما يبرر كون جل القواعد الإجرائية هي قواعد آمرة وتتصل بالنظام العام. إلا ان الصعوبة التي يعترضها القضاة هو سكوت المشرع عن تعريف وتحديد القواعد التي تهم النظام العام وتلك التي لا تهم غير مصلحة الخصوم ولا إقرار معيار موضوعي لتمييزها عن بعضها البعض مما حدا بالفقهاء بمحاولة تحديد الفروق بين هذين النوعين من القواعد. وبالطبع اختلفت الآراء وتعددت المعايير. ولقد تم تحديد ثلاثة أنواع من القواعد الإجرائية منها ما يتعلق بالتنظيم القضائي، وما يتعلق بالاختصاص وما يتعلق بالإجراءات.

فأما النوع الأول فالفقهاء مجمعون على تعلقه بالنظام العام ضرورة أن تنظيم مرفق القضاء وهياكله متصلة بالنظام العام ولا يجوز القيام ابتداءً لدى محكمة الاستئناف لاعتقاد المتقاضى انه توفر أكثر ضمانات.

والاختصاص تم تقسيمه إلى اختصاص حكمي يهم النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفته واختصاص ترابي لا يهم إلا مصلحة الخصوم ويمكن مخالفتها باستثناء الاختصاص الترابي الإلزامي بخصوص الدعاوى العقارية المنصوص عليها بالفصل 38 م.م.م.ت. والقيام على الشركات الذي اقتضاه الفصل 33 من م.م.م.ت. وكذلك الفصلان 34 و35 المتعلقة بالإفلاس والشركات.

وأخيراً القواعد الإجرائية المنظمة لرفع الدعوى وإجراءات الخصومة فانها عادة ما تكون حامية لمصالح المتقاضين وبالتالي لا تهم النظام العام. إلا ان هذه القواعد فيها ما يتصل بالمصلحة العامة وبالمبادئ العمومية المنظمة للنظام القضائي كمبدأ المواجهة بين الخصوم واحترام حق الدفاع وفقه القضاء مستقر في هذا المجال وقد ورد بإحدى حيثيات قرار تعقيبي انه «على العدل المنفذ ان يتحقق من هوية الشخص المسلم له النضير ولما لم يفعل فإن محضر التبليغ يعتبر باطلاً لأن التحقق من الهوية هو إجراء أساسي يتعلق بالنظام العام»⁽¹⁾. ولذلك ان التقسيم المذكور للقواعد والمؤسس على معيار النظام العام لا يضع حداً للاشكال ضرورة ان بعض القواعد

(1) القرار التعقيبي عدد 16709 الصادر في 17/9/2002 - نشرية محكمة التعقيب 2002.
- قرار تعقيبي عدد 16384 الصادر في 13 جانفي 1987 - نشرية محكمة التعقيب -
1987 - ص. 124.

الإجرائية التي ولئن شرعت لمصلحة الأطراف منها ما يرقى إلى مرتبة القواعد التي هي من النظام العام.

ولذلك ليس من الكافي الأخذ بالمصلحة العامة دون ما يوليه المجتمع لبعض القيم كحقوق الدفاع والمساواة بين المتقاضين ولا بد للقاضي ان يتحلى بما يجب من الحس لتبين ما هو من النظام العام وما هي القيمة المحمية ودرجة تعلق المجتمع بها.⁽¹⁾

3 - البطلان الناتج عن الإخلال بالإجراءات الأساسية :

إن الإجراءات الأساسية لم يقع تعريفها من طرف المشرع وحتى الفقهاء الذين تعرضوا للمسألة مواقفهم متناقضة علاوة على غموضها.

ولقد اعتبر الفقه الفرنسي أن الإجراء يكون أساسيا إذا كان هو الشكل اللازم لوجود العمل ويترتب على غيابه الانعدام ولقد نحت محكمة التعقيب الفرنسية هذا التمشي بان أكدت في إحدى قراراتها الذي ورد به «أن المظهر الأساسي للعمل الإجرائي مرتبط بكنهه وجوده وبما هو لازم لتحقيق موضوعه».⁽²⁾

ويستنتج من القرار المذكور أن الإجراء الأساسي يحدد بالوظيفة التي ارادها المشرع عبر العناصر اللازمة لوجوده والعناصر اللازمة لتحقيق الغاية.⁽³⁾

أما الدراسات التي طرحت المسألة في تونس فتتمثل في دارستين اعتبرت الأولى أن الإجراءات الأساسية تتعلق بمصلحة الأطراف الخاصة ولا تكون حالة من حالات البطلان الوجوبي، إلا إنها ولأسباب عارضة أصبحت تكتسي أهمية بالغة في نظام الإجراءات.⁽⁴⁾ أما الثانية فتعتبر ان الإجراءات الأساسية تحتل درجة بين القواعد التي تهتم النظام العام وتلك التي تهتم مصلحة الخصوم والغاية المرجوة منها هي ضمان حسن سير الخصومة أمام القضاء.⁽⁵⁾ وفقه القضاء ولئن لم يعرف الإجراءات الأساسية فهو مستقر على اعتبار ان إجراءات التبليغ من الإجراءات

(1) نور الدين الغزواني : «تعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 136.

(2) قرار تعقيبي فرنسي صادر في 3 مارس 1955 - المجمع القانوني الدوري - 1955 - II - عدد 8654.

(3) درائي : «بطلان الأعمال الإجرائية»، مجمع الإجراءات المدنية - الفصل 173 - الجزء الثاني.

(4) محمد بن سلامة : «نظرية البطلان في مادة الإجراءات المدنية»، مجلة القضاء والتشريع - جوان 1975 - ص. 98.

(5) فؤاد العش : «بطلان الإجراءات في المادة المدنية»، مذكرة الدراسات المعمقة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 1981.

الأساسية⁽¹⁾ كما اقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب ان «امضاء العدل المنفذ على كل من الأصل والنظير هو إجراء أساسي باعتبار ان العدل المنفذ مأمور عمومي وان محضر الاستدعاء هو حجة رسمية وان عدم إمضائه من ذلك المأمور العمومي يفقده صبغة الحجة ولو توفرت البيانات الاخرى»⁽²⁾ وكذلك تامين معلوم الخطية في الطور الاستئنافي⁽³⁾ وتقديم نسخة رسمية من الحكم المطعون فيه.⁽⁴⁾

الفقرة الثانية - البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم :

إن مخالفة الإجراءات التي لا تهم إلا مصلحة الخصوم لا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج ضرر للمتمسك بالبطلان عملاً بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 14 من م.م.م.ت. وبالتالي يتعين معرفة الإجراءات التي تهم مصلحة الخصوم والضرر الذي يمكن ان تحدثه في صورة الإخلال بها.

1 - تحديد الإجراءات التي تهم مصلحة الخصوم :

لم يعرف المشرع ولا فقه القضاء الإجراءات التي تهم مصلحة الخصوم وتعين معرفة موقف الفقهاء في شأن أنواعها والمعيار الموضوعي الذي يمكن ان يساعد على تحديدها.

لقد توخى الفقهاء في البداية طريقة المقارنة والإزاحة، ويعني ذلك إذا أرحنا القواعد المتعلقة بالنظام العام والقواعد المتعلقة بالإجراءات الأساسية ما بقي هي تلك التي عند تخلفها لا يفقد العمل الإجرائي طبيعته ولا تتأثر وظيفته⁽⁵⁾ وان هذه الإجراءات شرعت لحماية المصلحة الشخصية للأطراف وبالتالي لا يمكن الحكم ببطلانها إلا إذا حصل من جرائها ضرر.

(1) قرار تعقيبي عدد 17903 الصادر في 31 نوفمبر 1989 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1989 - ص. 451.

(2) القرار عدد 27728 الصادر في 13 أبريل 1995 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب - 1995 - ص. 34.

(3) القرار الاستئنافي عدد 27431 الصادر في 24 جويلية 1967 - مجلة القضاء والتشريع 1968 - ص. 393.

(4) القرار التعقيبي عدد 8352 الصادر في جانفي 1975 - نشرية محكمة التعقيب 1975 - ص. 44.

(5) الدكتور جايبو : «الجزء في مادة الإجراءات»، المجلة الثلاثية للقانون المدني - 1914 - ص. 227.

2 - حصول الضرر :

إن المتمسك بالبطلان عليه اثارته قبل الخوض في الأصل أي قبل تقديمه جوابه عن الدعوى ضرورة ان الجواب يصحح الإجراء ويعتبر المتمسك بالبطلان قد عدل عن اثارته عملاً بأحكام الفصل 71 من م.م.م.ت. في فقرته الثالثة.

وعلاوة على ذلك لا بد من اثبات الضرر الحاصل من ذلك وللتدليل على ذلك نورد ما اقتضته الفقرة الثانية من الفصل 70 من م.م.م.ت. من وجوب التنبيه على المطلوب بتقديم جوابه كتابة بواسطة محام بالجلسة المعينة لها القضية ففي هذه الحالة إذا حضر المطلوب بواسطة محاميه وقدم جوابه مع المؤيدات فيعتبر قد تخلي عن التمسك بالبطلان وتواصل المحكمة النظر في القضية اما إذا حضر واثبت ان عريضة الدعوى لم تتضمن التنبيه عليه بتقديم جوابه بواسطة محام مع المؤيدات وتمسك ببطلان عريضة الدعوى لحصول ضرر له يتمثل في عدم التنبيه عليه بإنابة محام وإحضار مؤيداته ولا يمكنه حالياً القيام بذلك وهو محق في إثارة هذا الدفع وفقه القضاء مستقر في الحكم بهذا البطلان إذا ما اثبت المتمسك به الضرر الحاصل له.⁽¹⁾

المبحث الثاني - كيفية إثارة البطلان وزمنه :

لقد حدد المشرع حالات البطلان وضبط شروطاً لإمكانية التمسك به وحصرت هذه الشروط في الشخص الذي يمكنه التمسك بالبطلان والفترة الزمنية التي يمكن إثارة البطلان فيها حتى لا تهدر جهود في الأبحاث وينتهي القضاء ببطلان الإجراءات ولو ضع حد لهذه الإمكانية ضبط المشرع الفترة الزمنية التي يمكن إثارة البطلان فيها والاعد من شرع لمصلحته متنازل عن التمسك به. وستتطرق لهذين الشرطين في فقرتين متتاليتين.

الفقرة الأولى - الطرف الذي يمكنه التمسك بالبطلان :

اقتضى الفصل 14 من م.م.م.ت. ان البطلان المتعلق بالنظام العام أو الإجراءات الأساسية تثيره المحكمة من تلقاء نفسها في حين ان البطلان الذي يهم مصالح الخصوم الشخصية يتمسك به من له مصلحة في ذلك واثبات حصول ضرر له من الإجراء.

(1) القرار التعقيبي عدد 744 الصادر في 28 مارس 1961 - مجلة القضاء والتشريع 1961 - ص. 82.

القرار التعقيبي عدد 17374 الصادر في 10/6/2012 - نشرة محكمة التعقيب.

1 - التمسك بالبطلان المطلق :

إذا كان البطلان مقرر كجزء لمخالفة قاعدة مقررّة للمصلحة العامة أو للإجراءات الأساسية فعلى المحكمة ان تتمسك به من تلقاء نفسها وينص القانون عادة على ذلك، وحتى في صورة عدم التنصيب على ذلك صراحة فإن للمحكمة هذه السلطة ومثال ذلك الطعن بالاستئناف في حكم ابتدائي بصفة فردية ودون إنابة محام، ففي هذه الحالة تقضي المحكمة بعدم قبول الاستئناف ولو لم ينص القانون على البطلان لان القاعدة المقررة تتعلق بالإجراءات الأساسية⁽¹⁾ وبالإضافة إلى ذلك انه لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام⁽²⁾ وذلك يعني ان كل من يتأثر ببطلان العمل الإجرائي يكون له حق التمسك بهذا البطلان وهذه الإمكانية ممنوحة لاي طرف سواء كان طرفا اصليا أو متداخلا وسواء كان هو القائم بالإجراء القانوني أو تم القيام به ضده.⁽³⁾

2 - التمسك بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم :

ان البطلان المتعلق بالمصلحة الشخصية للخصوم لا يمكن إثارته إلا من طرفهم وقبل الخوض في الأصل ولا تملك المحكمة سلطة التمسك بهذا البطلان. ولمعرفة الشخص الذي قرر لفائدته هذا الجزاء لا بد من تأويل النصوص واستقراء إرادة المشرع.

وتبعاً لذلك ليس لغير من شرع البطلان لمصلحته ان يتمسك به ولو كان له مصلحة في الحكم به. ومثال ذلك بطلان الاستدعاء بالنسبة لاحد المطلوبين في قضية واحدة لا يخول لباقي المطلوبين التمسك بهذا البطلان ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ورغم توفر المصلحة في جانبهم.

الا ان من كان سببا في بطلان العمل الإجرائي ليس له ان يتمسك بهذا البطلان ضرورة انه ليس لشخص ان يدعي ضد فعله⁽⁴⁾ وان الشرط الوحيد هو توفر علاقة سببية بين فعل الخصم والاخلال بالإجراء وان يكون هو السبب الرئيسي لحدوث الخلل.

(1) قرار تعقيبي عدد 8786 الصادر في 23 أوت 1972 - نشرية محكمة التعقيب 1972.

(2) مورال : «الإجراءات المدنية»، باريس 1949 - ص. .

(3) جلاسون : «الإجراءات المدنية»، ص. 344.

(4) فتحي والي : «نظرية البطلان»، رسالة دكتوراة دولة بالقاهرة 1956 - ص. 283.

الفقرة الثانية - زمن التمسك بالبطلان :

لقد نظم المشرع بالفصلين 14 و15 من م.م.م.ت. زمن التمسك بالبطلان الذي لا يمكن ان يبقى مسلطا على الخصم إلى ما لا نهاية له ويمكن آثاره في أي وقت وفي جميع الحالات. وفي الحقيقة ان الأمر يختلف باختلاف طبيعة البطلان.

1 - زمن التمسك بالبطلان في الإجراء الذي يهم النظام العام :

إن بطلان الإجراء المتعلق بالنظام العام أو بالإجراءات الأساسية يمكن إثارته في أي طور من أطوار القضية وفي أي درجة من درجات التقاضي سواء في الطور الابتدائي أو الاستئنافي أو حتى أمام محكمة التعقيب وهو ما أكدته هذه الأخيرة في إحدى قراراتها الذي ورد بإحدى حيثياته انه «يمكن اثاره البطلان المطلق في الطور التعقيبي والتساهل في إثارة هذا النوع من البطلان يرجع إلى كونه مقرر كجزء لمخالفة قواعد إجرائية هامة تتعلق بالنظام العام وأحكام الإجراءات الأساسية»⁽¹⁾. ويرى البعض أن حق المطالبة بالبطلان ينتهي بصيرورة الحكم باتا.

والحقيقة ان الإجراء الباطل بطلانا مطلقا لا ينتهي حق المطالبة ببطلانه بصيرورة الحكم الصادر على أساسه ضرورة انه من المتعين التفريق بين الحكم الباطل والحكم المعدوم. وفي هذه الحالة الأخيرة لم تنعقد الخصومة ولم يتسنى للخصم الحضور والدفاع عن حقوقه بسبب بطلان الاستدعاء بطلانا مطلقا. ومثال ذلك من سعى إلى تبليغ الاستدعاء لزوجته بمحل الزوجية في قضية طلاق والحال انها بمنزل والدها. وصدر الحكم واصبح باتا لعدم الطعن فيه بالاستئناف ضرورة ان الطعن في أحكام الطلاق يحسب اجله من صدور الحكم لا من تاريخ الإعلام به، هذه الزوجة عندما تفتنت بالأمر قامت بقضية في إبطال الاستدعاء وأستجيب لطلبها. على أساس هذا الحكم يمكنها القيام لدى المحكمة التي أصدرت الحكم في الطلاق وتطلب إلغاءه ومن الواجب الاستجابة لطلبها ضرورة ان الحكم معدوم لصدوره على أساس استدعاء باطل ولم تنعقد الخصومة ولم تمكن المطالبة من الدفاع عن حقوقها وهو ما يراه بعض الفقهاء الذي عرفوا الحكم المعدوم بانه «الحكم الصادر على من لم يعلن إطلاقا بصحيفة الدعوى أو على من تم إعلانه بإجراء معدوم، كما إذا اثبت بحكم من القضاء تزوير محضر الإعلان ففقد الإعلان كيانه ووجوده»⁽²⁾.

(1) القرار التعقيبي عدد 5780 الصادر في 23 ماي 1968 - مجلة القضاء والتشريع أبريل 1968 - ص. 85.

(2) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في المرافعات»، منشأة المعارف بالإسكندرية - 1975 - ص. 222.

2 - زمن التمسك بالبطلان في الإجراء المتعلق بمصلحة الخصوم :

إن التمسك ببطلان الإجراء المتعلق بمصلحة الخصوم يجب ان يتم من قبل التمسك به قبل الخوض في الأصل عملا بأحكام الفصل 14 من م.م.ت، واذا وقع الجواب في الأصل عملا بأحكام الفصل 71 من م.م.ت. فإن ذلك يعد تصحيحا للإجراء وعدول وتنازل عن التمسك بالبطلان.

وهذا الشرط يمثل صعوبة عند التطبيق ضرورة ان قواعد الإجراءات تفسر تفسيراً ضيقاً، ويحدث ان يتم إجراء بعد الخوض في الأصل.⁽¹⁾

إن الصعوبة المتحدث عنها وجودها مفتعل ونظري ضرورة ان أحكام الفصل 15 من م.م.ت. تنطبق على المدعى والمدعى عليه وتتعلق بعريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة. فاذا تم بموجبها إجراء يتعلق بمصلحة الخصوم وثبت بطلانه فعلى من يتمسك بذلك اثارته قبل الخوض في الأصل. أما الإجراءات اللاحقة والمتعلقة بأبحاث تكميلية أو توجهات عينية أو أعمال خبراء فإنها تبقى خاضعة للمناقشة القانونية ويمكن لكلا الطرفين إثارة بطلان أعمال الخبير مثلاً لعدم استدعائه المطلوب وفق القانون وعلى المحكمة أن تأذن بإعادة الاختبار وتصحيح الإجراء.

المبحث الثالث - آثار البطلان :

عندما يتم التمسك بالبطلان أو كان متعلقاً بالنظام العام فإن المحكمة تقضي ببطلان الإجراء إذا ما توفرت شروطه. وهذا الحكم الصادر ببطلان الإجراء حكم مقرر لان الإجراء يعتبر باطلاً من تاريخ القيام به وتبعاً لذلك يعتبر الإجراء كأن لم يكن وتزول الآثار المترتبة عنه، فالحكم ببطلان عريضة الدعوى يترتب عليه زوال الخصومة وزوال انقطاع التقادم، والحكم ببطلان الإعلام بالحكم الابتدائي إلى المحكوم عليه يترتب عليه بقاء أجل الاستئناف مفتوحاً.⁽²⁾

وان بطلان الإجراء يعني زواله بأكمله، غير انه في بعض الحالات يمكن ان يكون مكوناً من أجزاء مختلفة وقابلة للتجزئة فعندها يبطل الجزء المعيب ويحافظ الباقي على صحته وهو ما يسمى بالبطلان الجزئي.⁽³⁾ وبالإضافة إلى بطلان الأجزاء وزوال آثارها فإن الإجراءات اللاحقة له والتي على أساسه بنيت تكون باطلة عملاً بالمبدأ

(1) فؤاد العشّ : «بطلان الإجراءات في مادة المرافعات المدنية»، مذكرة الدراسات المعمقة في القانون - كلية الحقوق والعلوم والسياسة بتونس - ص. 90.

(2) وجدي راغب : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 368.

(3) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، المرجع السابق - ص. 52.

أمنية نمر - أصول المحاكمات المدنية والتجارية - ص. 413.

العام ان ما بني على باطل هو باطل. اما الإجراءات السابقة له فلا تتأثر به ولا يمس من صحتها ومثال ذلك ان بطلان الإعلام بالحكم لا يؤثر في صحة الحكم. كما يشترط ان يكون الإجراء مبنيا على الإجراء الباطل وان يوجد ارتباط قانوني بين الاجرائين كارتباط عريضة الدعوى بالحكم. فاذا أبطلت محكمة الاستئناف عريضة الدعوى الابتدائية فإنها تلغي الحكم الابتدائي. وأمام هذه الإشكالات يتعين التعرض إلى اثر بطلان الإجراء على الإجراءات اللاحقة له وكذلك على الإجراءات السابقة له.

الفقرة الأولى - آثار بطلان الإجراء على الإجراءات اللاحقة له :

يمكن ان يحدث ان يتم القيام بإجراءات بعد تاريخ الإجراء الباطل، ويتعين التفريق بين الإجراء المستقل والذي له كيان خاص عن الإجراء الباطل فهو لا يتأثر به ويحافظ على صحته⁽¹⁾ والأمر على خلاف ذلك إذا كان الإجراء مرتبطا بالإجراء الباطل وصحته مرتبطة بصحة الإجراء الأول أي ان القانون يتطلب لصحة الإجراء ان يسبقه عمل آخر صحيح، وبالتالي إذا كان الإجراء باطلا فإن الإجراء اللاحق له والمرتبط به يكون باطلا أيضا.⁽²⁾

وعليه فإن معيار استقلالية كل إجراء وارتباطه بالإجراء اللاحق له هو المحدد للحكم بالبطلان فبطلان الاستدعاء للجلسة لا يؤدي إلى بطلان العريضة بل لعدم انعقاد الخصومة التي يمكن ان تنعقد لو صحح البطلان، كما ان بطلان الحكم لا يؤثر في صحة المطالبة القضائية التي تبقى قائمة ما لم تسقط بمرور الزمن، ويمكن إعادة التقاضي للمطالبة بموضوع الدعوى المرفوضة على أساس بطلان الاستدعاء.

الفقرة الثانية - آثار البطلان على الإجراءات السابقة له :

إن الأصل ان الأعمال السابقة للعمل الإجرائي الباطل لا تتأثر به، فالإعلام بالحكم لا يؤثر على صحة الحكم. غير ان الأمر أكثر من ذلك تشعبا ضرورة ان الفقهاء مختلفون باعتبار ان بعضهم يرى ان عريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة يعتبران عملا إجرائيا واحدا. والواقع ان إيداع عريضة الدعوى هو إجراء مستقل عن الاستدعاء، وبالتالي إن بطلان الاستدعاء لا يؤدي إلى بطلان عريضة الدعوى إنما يؤدي إلى عدم انعقاد الخصومة.⁽³⁾ والعمل الإجرائي يظل صحيحا ويولد جميع اثاره إلى ان يحكم ببطلانه وسواء كان هذا البطلان متعلقا بالنظام العام أو بمصلحة الخصوم الشخصية وسواء نصت عليه القوانين ام لم تنص.

(1) فتحي والي - نظرية البطلان- رسالة دكتوراة بجامعة القاهرة 1056 - ص. 667.

(2) المرجع السابق ص. 677.

(3) كمال عبد الغزيز : «أصول المرافعات»، ص. 115.

الفصل الثاني

السقوط :

إن سقوط الحق في اتخاذ الإجراء هو الجزاء المترتب على عدم مباشرته في الأجل المحدد من القانون. وبذلك ان الإجراء الذي يتم بعد فوات الأجل يكون غير مقبول لانقضاء الحق في مباشرته،⁽¹⁾ ولا يمكن للخصم القيام بالإجراء مرة ثانية ويكون السقوط جزاءا أكثر خطرا من البطلان⁽²⁾ الذي لا يحول دون تجديد الإجراء الباطل طالما ما زال الأجل قائما.⁽³⁾

كما ان السقوط يتحقق بصرف النظر عن القيام بالعمل الإجرائي، باعتبار ان القانون حدد أجلا للقيام بالإجراء، فإذا انقضى هذا الأجل دون القيام بالإجراء سقط الحق في القيام بهذا العمل. فإن قام الخصم بذلك العمل بعد الأجل تحقق جزاءان، جزاء السقوط الذي تحقق قبل القيام بالعمل بمجرد فوات الأجل وجزاء البطلان الذي يتحقق بالقيام بالعمل خارج الأجل المحدد بالقانون. والبطلان في هذه الحالة يحكم به لعيب في الشكل لفوات الأجل وكذلك لعيب في الموضوع ان تم العمل ممن لا سلطة له في القيام به.⁽⁴⁾

وبعد تعريف السقوط يتعين التعرض لحالاته ثم لأحكامه.

المبحث الأول - حالات السقوط :

إن حالات السقوط تنحصر أساسا في عدم احترام الآجال الإجرائية وعدم احترام الترتيب المحدد من القانون لاتخاذ الأعمال الإجرائية.

الفقرة الأولى - عدم احترام الآجال الإجرائية :

إن السقوط جزاء لعدم القيام بالإجراء في الأجل الذي حدده القانون كسقوط الحق في الطعن لفوات الأجل، ومن ذلك القيام بالطعن بالاستئناف بعد أجل العشرين يوما من الإعلام بالحكم عملا بالفصل 141 من م.م.م.ت. وعمل المحاكم مستقر على

(1) عبد المنعم الشرقاوي : «شرح قانون المرافعات»، ص. 516.

(2) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 419.

(3) وجددي راغب : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 374.

(4) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 421.

الحكم بالسقوط لتعلقه بالنظام العام ضرورة ان الفصل 13 من م.م.ت. اقتضى ان «المسقطات كلها وجوبية وتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها» وهو ما أكدته محكمة التعقيب كذلك في إحدى قراراتها الذي ورد به ان «الاستئناف الواقع بعد الأجل من المسقطات التي يجب على المحكمة ان تتمسك بها من تلقاء نفسها»⁽¹⁾ والاشكال المطروح يتمثل في تأكيد المشرع على ان المسقطات كلها وجوبية صلب الفصل 13 من م.م.ت، في حين ان بعض المجالات الأخرى حددت أجال مسقطه ويرى البعض أنها أجال تقادم ولا تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها ومن ذلك الفصل 53 من م.م.ت. الذي يوجب رفع دعوى الحوز أو تعطيل الأشغال أو استرجاع الحوز المفتك بالقوة في أجل سنة من تاريخ وقوع الشغب، وكذلك حق القيام بالدعوى المدنية الناشئة عن جنحة أو ما ينزل منزلها الذي يسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ حصول العلم للمعتدى عليه بالضرر عملاً بأحكام الفصل 115 من المجلة المدنية وكذلك ما اقتضاه الفصل 23 من مجلة الشغل الذي حدد أجل القيام بدعوى للمطالبة بالغرامات من أجل الطرد التعسفي بعام واحد من تاريخ الطرد. ولقد اعتبرت محكمة التعقيب ان هذا الأجل مسقط تتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها ولا يقبل القطع والتعليق مثلما هو الحال بالنسبة للتقادم.⁽²⁾ وأن هذا التمشي من محكمة التعقيب عرضة للنقد ضرورة انه من المتجه التفريق بين الآجال المسقطه التي شرعت لحسن سير القضاء ولتحقيق مصلحة عامة وتلك التي تهتم مصلحة الخصوم، ولذلك طالما ان السقوط لا يتقرر جزاء لمخالفة قاعدة تتعلق بالنظام العام فإن المحكمة لا يمكنها ان تقضي به الا إذا تمسك به الخصم المقرر السقوط لمصلحته⁽³⁾ وان القواعد التنظيمية لا يترتب السقوط على مخالفتها⁽⁴⁾ وتقضي المحكمة بالسقوط في كل حالة يربط فيها القانون حقاً بأجل أو زمن معين. فاذا تعلق الأمر بحق إجرائي لخصم فإن هذا الحق يسقط إذا لم يستعمل في الأجل الذي حدده القانون، وبذلك لا بد من معرفة مقصد المشرع، وبالتالي إذا تبين ان الحكمة من القاعدة هي تحقيق استقرار المراكز الإجرائية فإنه يحق للطرف الآخر ان يتمسك بها والجزء يكون السقوط.

(1) قرار تعقيبي عدد 370 الصادر في 21 جويلية 1977 - نشرية محكمة التعقيب 1977 ص. 85.

(2) قرار تعقيبي عدد 6562 الصادر في 27 أكتوبر 1981 - نشرية محكمة التعقيب 1981 ص. 17.

- قرار تعقيبي عدد 6446 المؤرخ في 18 ماي 2001 - نشرية محكمة التعقيب 2001 الجزء الاول ص 832

(3) عبد المنعم الشرفاوى : «شرح قانون المرافعات»، ص. 516.

(4) رمزي سيف : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 617.

وبالتالي ان هذه الآجال شرعت لمصلحة الخصوم الشخصية ولل قضاء بالسقوط لا بد ان يتم التمسك بها وهي قابلة للقطع والتعليق.⁽¹⁾

الفقرة الثانية - عدم احترام الترتيب المقرر من المشرع :

لقد أوجب المشرع إتباع ترتيب معين بالنسبة لبعض الإجراءات ولم يتبع الخصم ذلك الترتيب، كما في حالة الدفع الشكلي قبل الخوض في الأصل عملا بأحكام الفصل 15 من م.م.م.ت. وكذلك الأمر بالنسبة لقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة والدعوى الاستحقاقية، فإذا قام المدعي بالدعوى الاستحقاقية فإن حقه في القيام بدعوى الحوز قد سقط. وكذلك الأمر بالنسبة للتداخل فإنه يسقط بصرف القضية للمرافعة عملا بأحكام الفصل 225 من م.م.م.ت.

وبالإضافة إلى هذه الحالات فإن الحق في اتخاذ الإجراء يسقط أيضا في حالة التنازل عنه، فمن يتنازل عن حقه في الطعن في الحكم بأن اذعن لمقتضياته فإن حقه قد سقط ولا يجوز له بعد ذلك الطعن. كما ان الذي طلب الرجوع في الطعن وقضت المحكمة بذلك لا يمكنه ممارسته فيما بعد ولو لم يسقط أجل الطعن عملا بأحكام الفصل 155 من م.م.م.ت.

المبحث الثاني - أحكام السقوط :

اقتضى الفصل 13 من م.م.م.ت. ان «المسقطات كلها وجوبية وتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها» وعمل المحاكم مستقر على تطبيق النص بحرفيته ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بإحدى حيثياته ان «المشرع التونسي لم يوكل أمر تقدير المبطلات والمسقطات إلى المحكمة بل انه عدد الحالات التي يكون فيها الإجراء باطلا أو ساقطا وليس للمحكمة ان تضيف صورة أخرى ما لم يقع المساس بالإجراءات الأساسية أو بقواعد النظام العام حسب منطوق الفقرة الأولى من الفصل 14 من م.م.م.ت. كما انه من المسلم به فقها وقضاء ان الأحكام في مادة الإجراءات لا تؤخذ بطريقة القياس أو التأويل».⁽²⁾

(1) أمينة نمر: «الدعوى وإجراءاتها»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 417.

(2) قرار تعقيبي عدد 35107 الصادر في 21 ديسمبر 1992 - مجلة القضاء والتشريع عدد 9 - نوفمبر 1993 - ص. 95.

قرار تعقيبي عدد 6446 المؤرخ في 18 ماي 2001 نشرية محكمة التعقيب 2001 الجزء الاول ص 333.

ويخلص مما سبق ان المحكمة تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها إذا تعلق الأجل أو الترتيب المقرر من المشرع بالنظام العام أو بالإجراءات الأساسية. فعلى المحكمة ان تحكم من تلقاء نفسها بسقوط الحق في الطعن إذا رفع بعد الأجل سواء في الاستئناف عملاً بأحكام الفصل 143 من م.م.م.ت. أو في التعقيب عملاً بالفصل 195 من م.م.م.ت. ويمكن للخصم التمسك بالسقوط المتعلق بالنظام العام أو الإجراءات الأساسية في أي حالة تكون عليها الدعوى.

اما إذا تعلق السقوط بمخالفة قاعدة مقررة لمصلحة الخصوم الشخصية فلا تقضي به المحكمة الا إذا تمسك به الخصم الذي شرع السقوط لمصلحته وله ان يتنازل عن التمسك به مثلما هو الحال بالنسبة للبطلان⁽¹⁾ كما يمكن للخصم سواء تعلق السقوط بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة ان يدفع بسقوط الحق في اي طور تكون عليه الدعوى ولو بعد الخوض في الموضوع⁽²⁾ الا ان فقه قضائنا مستقر قضائياً على خلاف ذلك ويعتبر ان المسقطات كلها وجوبية ولا يفرق بين ما شرع لضمان حسن سير القضاء والمصلحة العامة كآجال الطعن وبين ما شرع لمصلحة الخصوم كحق القيام في ظرف ثلاث سنوات للمطالبة بعزم الضرر الناتج عن جنحة أو شبه جنحة. ولا يخف على أحد ان الأجلين الأخيرين لا يهتمان غير مصلحة الخصوم ولا يمكن لغيرهم التمسك بها وهو ما اجمع عليه الفقهاء معتبرينها من آجال التقادم وان المحكمة «لا تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها الا إذا تعلق الحق الإجرائي الذي حصلت مخالفته بالنظام العام، اما في غير هذه الحالات فلا بد من التمسك بالسقوط من الخصم صاحب المصلحة»⁽³⁾ وان التمسك بسقوط الحق في الإجراء بالدفع بالسقوط أو بعدم القبول ضرورة ان الخصم الذي سقط حقه لا تكون له سلطة اتخاذه وهو أمر لا يتعلق بالشكل مثلما تؤكد محكمة التعقيب في إحدى قراراتها الذي ورد به «إن المسقطات كلها وجوبية حسب الفصل 13 م.م.م.ت. تتمسك بها المحكمة لانها تهتم النظام العام وبذلك فإن الطعن في حكم الطلاق بعد الأجل القانوني يكون مرفوضاً شكلاً»⁽⁴⁾.

(1) - وجدي راغب : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 376.

- فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ص. 422.

- عبد المنعم الشرقاوي - شرح قانون المرافعات المدنية - ص. 517.

(2) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 521.

(3) نبيل اسماعيل عمر : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 1050.

(4) القرار التعقيبي عدد 6954 الصادر في 11 جانفي 1983 - نشرية محكمة التعقيب 1983 - ص. 106.

وإنما يتعلق بالقبول أمام المحاكم، ولذلك، فإنه من الضروري اعتبار هذا الدفع بعدم القبول وسبق ان بيننا ان هذا الدفع يمارس في أي حالة من حالات الإجراءات وفي أي طور من أطوار الدعوى.⁽¹⁾ وبالتالي ان التمسك بالسقوط على نحو ما ذكر أو كان متعلقا بالنظام العام وجب على المحكمة القضاء به وليس لها سلطة تقديرية في الحكم بالسقوط. كما ان آجال السقوط يواجه بها القاصر طالما وجد من يمثله ولا يمكنه الاحتجاج بتقصير ممثله في الإجراءات بل يعارض بالسقوط وله حق الرجوع على نائبه، إلا أن آجال السقوط تنقطع بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء.⁽²⁾

-
- قرار تعقيبي عدد 6924 الصادر في 6/10/2007 - نشرية محكمة التعقيب 2007.
- (1) - أمينة نمر: «الدعوى وإجراءاتها»، المرجع السابق - ص. 418.
- الشرقاوي: «شرح قانون المرافعات المدنية»، المرجع السابق - ص. 521.
- (2) - فتحي والي: «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 422.
- أحمد أبو الوفاء: «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 522.
- وجدي راغب: «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 376.
- الشرقاوي: «شرح قانون المرافعات المدنية»، ص. 519.

القسم الثالث

آثار الخصومة

ان الغرض الأساسي من رفع الدعوى والسير فيها والركون إلى الأبحاث المجراة هو الوصول لاستصدار حكم يضع حدا للنزاع ويقر الحقوق المدعى بها. فالمدعي لم يرفع دعواه ويدلي بمؤيداته ويجمع أدلته الا للحصول على حكم يؤيد حقه، والمدعى عليه لم يحضر أمام المحكمة ويكثف دفاعه الا لمنع صدور حكم يلزمه بالاداء أو بتسليم المتنازع حوله.

وهذا الحكم عند تحريره لا بد ان تحترم عدة مقتضيات نص عليها القانون وخاصة الفصل 123 م.م.م.ت، بالإضافة إلى تعدد أنواع الأحكام فمنها المقررة لحق أو منشة له ومنها النهائي ومنها الابتدائي، علاوة على الاثار التي تنجر عنه ومنها استنفاد المحكمة المصدرة ولايتها ولا يمكنها إعادة النظر في نفس الخصومة وبين نفس الأطراف، الا ان هذه القاعدة لها استثناءات تتمثل في إمكانية تفسير ما غمض من مقتضياته دون الزيادة في منطوقه عملا بأحكام الفصل 124 م.م.م.ت. أو اصلاح ما تسرب له من أغلاط مادية في الاسماء أو في الحساب عملا بأحكام الفصل 256 م.م.م.ت. وهذا الحكم يحوز حجية وقتية إلى ان يستنفذ الحكم طرق الطعن فيه ويحوز على قوة الأمر المقضي به وينفذ طوعا أو جبرا بواسطة القوة العامة.

الفصل الأول

الحكم وأنواعه :

الحكم هو القرار الصادر عن المحكمة مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت اليها وفق قواعد المرافعات، سواء كان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه.⁽¹⁾ والحكم إذا صدر هو محاط بحصانة تتمثل في

(1) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات والمدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 712.

كونه صحيحا من الناحية الشكلية والموضوعية ولا يمكن للمحكمة التي أصدرته ان تعدله ولا للمحكوم عليه ان يتملص منه. وطالما هذه القرينة خطيرة فلقد تمت الاحاطة بالأحكام بعناية كبيرة وضبط المشرع كيفية تحريرها وتسببها وايداع هذه المسودة بملف القضية وهو ما سنتعرض له في المبحث الأول.

والأحكام مختلفة ومتعددة ومنها المقرر لحق أو المشيء له ومنها الابتدائي الدرجة والنهائي وهو ما سنتعرض له في المبحث الثاني :

المبحث الأول - تحرير الحكم وتسببها :

إن الفصول 121 و 122 و 123 هي التي حددت كيفية تحرير الحكم والبيانات الواجبة الذكر والاجل المضروب لانجاز ذلك، علاوة على تعليل المحكمة من الناحية القانونية والواقعية للنتيجة التي انتهت اليها وهو ما يسمى بتسبب الأحكام وهو ما سنتطرق إليه في فقرتين متتاليتين.

الفقرة الأولى - تحرير الحكم :

أن الحكم تترتب عليه اثار هامة تتعلق بمنح الحماية القضائية ولذلك أوجب القانون ان تتضمن النسخة الأصلية بيانات معينة ذكرت بالفصل 123 م.م.م.ت. وان الترتيب الوارد بالفصل ليس حتميا وواجب الاحترام أي انه لا يترتب على الاخلال به بطلان الحكم والحكم لا يبطل لخلوه من بيان لم يوجبه القانون كخلوه من بيان اسم كاتب الجلسة. اما النقص في البيانات المذكورة بالفصل 123 م.م.م.ت. فهي موجبة للبطلان ولا ستيان ذلك فإن النسخة الأصلية للحكم هي المرجع. وستولى التعرض لهذه البيانات على التوالي.

1 - الديباجة والمحكمة والتاريخ :

إن الأحكام تصدر باسم الشعب التونسي وتنفذ باسم رئيس الجمهورية عملا بأحكام الفصل 253 م.م.م.ت، وبذلك لا بد ان تصدر الأحكام بهذا المصطلح. وهذا الاغفال لا يوجب البطلان ضرورة ان الحكم ما دام قد صدر من محكمة مشكلة وفقا للقانون قد صدر باسم الشعب.⁽¹⁾

ويجب كذلك بيان المحكمة التي أصدرت الحكم وذلك للتأكد من ان الحكم صدر من محكمة مختصة، غير ان اغفال هذا البيان لا يترتب عنه البطلان ضرورة انه يمكن الالتجاء للمحكمة لتدارك الامر.

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون المدني»، ص. 698.

كما ان تاريخ الحكم بيان وجوبي وذلك لمعرفة بداية سريان الطعن في الأحكام التي يبدأ حساب أجل الطعن من تاريخ صدورها كأحكام الطلاق والخطا المادي في تاريخ صدور الحكم لا اثر له لان الأصل في ذلك هو محضر الجلسة الذي اعد لاثبات ما يجري فيها.

2 - بيان اسماء القضاة :

يجب ان يذكر بالحكم اسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا التصريح به مثلما اقتضاه الفصل 123 م.م.م.ت. وذلك للتأكد من ان الحكم صادر عن هيئة صالحة لإصداره وانها شكلت تشكيلا صحيحا.⁽¹⁾ وينص الفصل 121 من م.م.م.ت. على ان أسماء القضاة الواجب ذكرها هي اسماء الذين تلقوا المرافعة وحضروا المفاوضات وامضوا لائحة نص الحكم ومستنداته ويمكن ان يتغيب احدهم عند النطق بالحكم، على انه يجب ذكر المانع الشرعي اسفل الحكم والتصريح بالحكم بحضور قاض آخر.⁽²⁾ يتعين ان يبين الحكم ان القاضي الذي لم يحضر النطق به قد اشترك في المفاوضات ووقع على مسودته والا كان الحكم باطلا. أما إذا ورد اسم أحد القضاة خطأ في ديباجة الحكم ضمن أعضاء الهيئة التي أصدرته، فإن ذلك يعتبر خطأ ماديا لا يترتب عليه بطلان الحكم ويمكن اصلاحه، وهذا الاصلاح يجب ان يستمد مما هو ثابت بمحضر جلسة النطق بالحكم الذي يعتبر مكتملا له وان تكون المحكمة قد انتهت إلى النتيجة بأسباب تؤدي اليها. ويكتفى بذكر اسماء القضاة الذين أصدروا الحكم واشتركوا في المفاوضات وذلك في صدر الحكم دون حاجة إلى اعادتها مرة أخرى في خاتمته، لكن يجب بيان اسماء القضاة والذين هم مجبرون بامضاء النسخة الأصلية للحكم علاوة على امضائهم بمحضر الجلسة المتضمن لنص الحكم وبلائحة الحكم في نصه ومستنداته.

3 - أسماء الخصوم :

بموجب الفصل 123 من م.م.م.ت. يجب ان يبين بالحكم اسماء الخصوم وصفاتهم ومقراتهم وان استعمال صيغة الوجود يقتضي انه يترتب على النقص أو الخطا الجسيم في اسماء الخصوم بطلان الحكم وهذا البيان يقصد به التعريف بأشخاص وصفات الدائرة بينهم الخصومة التي يصدر فيها الحكم تعريفا مانعا من اللبس ويصلح ذلك خاصة عند التنفيذ، فاذا تسرب بالاسم نقص أو خطأ يترتب عليها التجهيل بالخصم أو اللبس في التعريف بشخصه مما قد يؤدي إلى عدم التعرف على

(1) ابراهيم سعد : «المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 239.

(2) نقض مصري 31 مارس 1988 تحت عدد 2023 - الموسوعة - ص. 13 رقم 19.

حقيقة شخصيته أو إلى تغيير شخص بأخر لا شأن له بالخصومة فإن الحكم يكون باطلا مع العلم ان البطلان لا يترتب بداهة إلا على اغفال اسم الخصم الأصيل في النزاع، فلا يترتب البطلان على من طلب الحكم في مواجهته ولم توجه إليه طلبات ولم يدفع بدفع ولم يقدم طلبات ومثال ذلك صدور الحكم بحضور المتسوغ في نزاع بين المالك وشخص آخر حول ملكية المكري مثلما اقتضاه الفصل 752 من المجلة المدنية.

4 - موضوع الدعوى :

أن بيان موضوع الدعوى يعني ان يذكر في الحكم بإيجاز ما يكون ذكره من الوقائع ضروريا للفصل في الدعوى لتعلقه بسير الخصومة فيها وباعتباره حلقة من حلقاتها قام بين الأطراف نزاع بشأنه وبالتالي إذا أسس القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته أو غير مناقض ولكنه من غير الممكن منطقا استخلاص تلك الواقعة منه كان الحكم باطلا. وكذلك الأمر إذا لم يشتمل الحكم على الوقائع الضرورية المؤسس عليها الحكم والموصلة إلى النتيجة التي انتهت إليها المحكمة.⁽¹⁾

5 - ملخص مقالات الخصوم :

إن هذا البيان هام جدا ضرورة ان ذكره في الحكم يحدد نطاق سلطة المحكمة في الفصل في الدعوى، باعتبار ان هذه السلطة تحددها الطلبات الافتتاحية والدفع وأوجه الدفاع الجوهرية التي يجب ان تتعرض لها المحكمة. وان قصد المشرع من ذلك ان تحدد المحكمة موضوع الدعوى وأسبابها الجوهرية التي يجب ان تتعرض لها المحكمة. وان قصد المشرع من ذلك ان تحدد المحكمة موضوع الدعوى وسببها الجوهري والدفع المدلى بها.⁽²⁾

والحكم يجب ان يتعرض إلى كافة طلبات الخصوم سواء كانت أصلية أو في قالب دعوى معارضة مقدمة من المدعى عليهم الأصليين أو من الغير الذي اصبح بعد ان تدخل في القضية خصما وذلك لمعرفة ما إذا كانت المحكمة قد أجابت على كافة الطلبات في منطوق الحكم أو تجاوزت موضوع الطلب القضائي بان قضت بأكثر من الطلبات أو بغير ما طلبه الخصوم.⁽³⁾ وان ذلك من أسباب نقض الحكم وتعديله في الدرجة الثانية أو إحالته على المحكمة المصدرة له في الطور التعقيبي،

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 632.

(2) ابراهيم سعد : «القانون القضائي الخاص»، ص. 245.

(3) ابراهيم سعد : «المرجع السابق»، ص. 249.

أما ردود الخصوم ودفاعهم الجوهرى فذكرها يهدف إلى مراقبة بيان المحكمة لأسباب الحكم ضرورة ان المحكمة ملزمة ببحث ردود الخصوم وان تتولى الرد عليها، ويشمل ذلك وسائل الدفاع المتصلة بالوقائع سواء كانت وقائع مادية كظروف الحادث الذي على أساسه يطالب المتضرر بالتعويض أو وقائع قانونية كتمسك المدعى عليه بصورية العقد سند الدعوى فيجب على المحكمة الإجابة عن هذا الدفع وبيان الأحكام المنظمة للصورية وشروطها وأثارها وترتب الأثر القانوني الواجب الترتيب وإلا كان الحكم قاصرا لإخلاله بحق الدفاع.

وعليه، يجب ان يتضمن الحكم الطلبات والدفع وإغفال هذا البيان يؤدي إلى بطلان الحكم لخرقه حقوق الدفاع ولو لم ينص المشرع على ذلك، كما ان الحكم يجب ان يظهر منه ان المحكمة قد اطلعت على المؤيدات ومحصلتها وانتهت من خلالها إلى النتيجة التي قررتها بما ينبىء عن بحث ودراسة أوراق الدعوى، ولذلك طالما قدم مؤيد له تأثير على وجه الفصل فلا بد من دراسته وبيان موقفها القانوني منه والا كان قاصر البيان وعرضة للنقض إن مارس الخصم حقه في الطعن.

6 - نص الحكم :

إن نص الحكم هو ما قضت به المحكمة في الطلبات المقدمة من الخصوم، وهو اهم أجزاء الحكم وبه تتحدد حقوق الخصوم المحكوم بها وهو الذي يحوز على الحجية ويطعن فيه المحكوم عليه. ويكون الحكم باطلا إذا خلا من المنطوق أو جاء منطوقه متناقضا ولا تستقيم أجزاءه أو مبهما. والعبرة في معرفة ما حكم به وما لم يحكم به إنما هي القول الفصل في الدعوى كان موضع هذا القول سواء أكان في منطوق الحكم ذاته أو في أسبابه التي تعد جزءا من المنطوق ومكملة له. إنما لا يجب ان يحدث هذا التناقض والإبهام الذي يحول دون فهم ما قررته المحكمة وتنفيذ الحكم، ومثال ذلك ما ورد بمنطوق الحكم الابتدائي الذي قضى بقسمة العقار موضوع الدعوى وفق الاقتراح الثالث من تقرير الاختبار. وبعد الإعلام بالحكم وفوات أجل الاستئناف أي صيرورة الحكم باتا أراد الأطراف تنفيذ الحكم فبين بالاطلاع على تقرير الاختبار أن به اقتراحين لقسمة العقار لا ثالث لهما ولا يمكن تنفيذ الحكم رغم صيرورته باتا وذلك لبطلانه وتناقض منطوقه مع أسبابه.

وفي هذه الحالة يكون الأطراف مجبرين لإعادة نشر قضية لاستصدار حكم صحيح وقابل للتنفيذ أو الرجوع أمام الدائرة التي أصدرت الحكم للرجوع في حكمها المعدوم وإصدار حكم صحيح، وستعرض للأحكام المعدومة في الفصول اللاحقة.

الفقرة الثانية - تسبيب الأحكام :

أن المقصود بالتسبيب هو التعرض للأسانيد الواقعية والقانونية التي على أساسها صدر الحكم.⁽¹⁾ وهو من اشق المهمات لان تحرير الحكم وبيان أسبابه تتطلب من القاضي إبراز قناعته بما انتهى إليه كذلك إقناع الآخرين وكل من يتولى الاطلاع على حكمه بقصد مراقبته.⁽²⁾ وهو ما أكدته محكمة التعقيب عندما أقرت ان «تعليل الأحكام أمر جوهرى لصحتها ولا يعتبر الحكم قانونيا إلا إذا شمل كافة عناصر القضية وأدلتها وكان مجيبا عن الدفع الجوهرية التي لها تأثير على وجه الفصل والرد عليها بصورة تمكن محكمة التعقيب من إجراء حقها في مراقبة سلامتها»⁽³⁾ والتسبيب ضروري لاستعمال حق الطعن ضرورة انه عن طريق الأسباب الواقعية والقانونية يستطيع المحكوم عليه معرفة العيوب التي شابت الحكم علاوة على انها تمكن من التحليل العلمي للأحكام واستخلاص اتجاهاتها بما يساعد على حسن تطبيق القانون وتأويله.⁽⁴⁾

ولذلك يجب ان يشتمل الحكم على الأسباب التي بنيت عليه والا كان باطلا. ويقوم القاضي عند تحريره للحكم باستعراض الوقائع وملاحظات الخصوم حولها وبيان ثبوتها من عدمه وهو ما يسمى بالأسباب الواقعية ويتم تكييف الوقائع لتطبيق القاعدة القانونية التي يراها منطبقة ولا يتقيد بالقاعدة التي تمسك بها الخصوم وهو ما يسمى بالأسباب القانونية.

1 - الأسباب الواقعية :

إن المقصود بالأسباب الواقعية هو بيان الوقائع والأدلة التي يستند إليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود واقعة أساسية للحكم، ولذلك يجب التعرض لوقائع الدعوى دون تحريف وان يتجلى من أسباب الحكم ان الوقائع اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية قد توفرت في الدعوى اما إذا تبين ان أسباب الحكم لا تخول تطبيق القاعدة القانونية التي أسست عليها المحكمة قضاءها كان الحكم معيبا في تسبيبه ويحكم ببطلانه ضرورة انه لسلامة الحكم ان لا يصدر على أساس فكرة غامضة لم تتضح

(1) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، 1990 - ص. 753.

(2) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 172.

(3) القرار التعقيبي عدد 19951 في 14 أكتوبر 1990 - نشرية محكمة التعقيب 1990 - ص. 21.

- قرار تعقيبي عدد 22/2013 الصادر في 14/3/2014 - نشرية محكمة التعقيب 2013.

(4) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 637.

معالمها ولا بد من استخلاص ثبوت الوقائع حتى تتمكن محكمة الدرجة الثانية أو محكمة التعقيب من سلامة تطبيق القانون وصحة تأويله.⁽¹⁾

ولذلك فإنّ الحكم يكون باطلا لقصور في تسيبه إذا أهمل الرد على دفاع الخصم أو إذا أهمل الحكم في قضية استحقاقية على أساس التقادم المكسب للملكية التعرض لشروط الحيازة والوقائع المؤدية إلى توافرها أو إذا قضت محكمة الاستئناف بسقوط حق المستأنف لفوات أجل الطعن وأغفلت بحث ما إذا كان الإعلام بالحكم كان كما يجب ام لا ضرورة ان الفصل 141 من م.م.م.ت. اقتضى ان «الأجل المضروب للاستئناف عشرون يوما تبتدى من تاريخ بلوغ الإعلام بالحكم كما يجب للمحكوم عليه...».

الوقائع التي عرضها الخصوم وطلباتهم وادلتهم ودفعوهم يجب ان تسرد كاملة وتبحث ويقع الرد عليها بدقة لبيان الصحيح منها والمعتمد كأساس للحكم، فاذا لم يتم ذلك كان الحكم قاصرا في أسبابه وعرضة للإلغاء عن طريق الطعن. وأسباب الحكم يجب ان تكون على جوهر النزاع، اما إذا كان الأمر خلاف ذلك ودار ذكر الأسباب حول مسألة هامشية في النزاع كان الحكم قاصر الأسباب ويمكن للمحكوم عليه الطعن وبيّن مواضع القصور سواء تعلقت بعدم كفاية الأسباب أو بانعدامها بأن لم يقع الرد على طلب أو دفاع أو مستند جوهرى.⁽²⁾ وفقه القضاء مستقر حول هذه المسألة ومن ذلك قرار محكمة التعقيب الذي ورد بإحدى حيشياته انه «على المحكمة ان تفحص المؤيدات وتبين رايها فيها خاصة إذا كان لها تأثير على وجه الفصل والا فحكمها قاصر التعليل ومعرضا للنقض».⁽³⁾

2 - الأسباب القانونية :

إن الأسباب القانونية هي السند القانوني والحجج القانونية التي أسس عليها الحكم بعد تكييفه للوقائع وتحديده القاعدة القانونية المنطبقة دون التقيد بالسند الذي تمسك به الخصوم. والقصور في أسباب الحكم القانونية لا يعيب الحكم وهو ما استقر عليه فقه القضاء وخاصة إحدى قرارات محكمة التعقيب الذي ورد به أن «ولئن أوجب الفصل 123 م.م.م.ت. تضمين المستندات الواقعية والقانونية

(1) وجدي راغب : «أصول المحاكمات المدنية والتجارية»، ص. 593.

(2) عزمي عبد الفتاح : «تسيب الأحكام»، المرجع السابق - ص. 388.

(3) القرار التعقيبي عدد 2367 الصادر في 22 أوت 1979 - نشرية محكمة التعقيب 1979 ص. 44.

- قرار تعقيبي عدد 13134 الصادر في 12/12/2000 - نشرية محكمة التعقيب 2000.

بالحكم إلا انه لم يوجب بيان النص القانوني به طالما كانت النتيجة التي انتهت إليها المحكمة صحيحة⁽¹⁾.

وتبعاً لذلك ان القصور يشوب الحكم إذا حصل نقص في الوقائع أو تحريفها لها دون الأسباب القانونية ضرورة ان النقص أو التحريف في الوقائع هو الذي يؤثر على القاعدة القانونية المنطبقة ويعوق محكمة التعقيب عن أداء مهمتها في مراقبة صحة تطبيق القانون. ولذلك فالقاضي ملزم بتقديم العناصر التي تبين كيفية اقتناعه وان تكون هذه الوقائع كافية لتطبيق قاعدة قانونية دون أخرى وتوصل بالضرورة إلى النتيجة التي انتهى إليها⁽²⁾.

ولذلك لا بد من توفر عدة شروط ليكون الحكم معللاً تعليلاً كافياً وموصلاً إلى منطوقه.

أ - وجوب استخراج الأسباب من أوراق القضية :

يجب على القاضي ان يستخرج أسباب الحكم من العناصر القائمة في الدعوى والتي طرحت للنقاش بين الخصوم حتى تحترم حقوق الدفاع. وبموجب ذلك، لا يمكن للقاضي ان يستند على عمله الشخصي أي انه لا يجوز له تأسيس حكمه إلا على وقائع مقدمة من الخصوم ومثبتة من طرفهم ومرد ذلك ان القاضي محايد ويقتصر دوره على تلقي منازعات المتقاضين للفصل فيها طبق القانون دون المساس بعناصرها الواقعية. فإن لم يلتزم بذلك يكون قد حاد عن الحياد المفترض فيه⁽³⁾.

ورغم ذلك فالقاضي ليس معزولاً عن المجتمع وقد يلجأ إلى استعمال معلوماته الخاصة أحياناً أثناء التكييف القانوني وللإفلات من رقابة المحكمة الأعلى درجة لا يشير إلى مصادر معلوماته علاوة على ان بعض المعلومات العامة لا تعتبر شخصية خاصة إذا تعلقت ببعض العادات التجارية أو المصرفية والعرف مصدر من مصادر القانون ويفترض في القاضي العلم بالقانون، وبالتالي قد تشابكت المسائل ومن الصعب بمكان التفريق تفريقاً جازماً بين الأسباب الواقعية والأسباب القانونية ولا يوجد معيار يمكن من تحديد ما يعتبر واقعا وما يعتبر قانوناً في نزاع معين⁽⁴⁾.

وإذا ما سلمنا ان المحكمة ملزمة باستخراج الأسباب القانونية من الوقائع، الا ان ذلك لا يعني انها ملزمة بالتكييف القانوني المتمسك به من الخصوم ضرورة

(1) القرار التعقيبي عدد 14963 الصادر في 6 فيفري 1986 - نشرية محكمة التعقيب 1986 - الجزء الأول - ص. 71.

(2) عزمي عبد الفتاح : «تسبب الأحكام»، المرجع السابق - ص. 388.

(3) نبيل اسماعيل عمر : «امتناع القاضي عن القضاء بعلمه»، ص. 128.

(4) نبيل اسماعيل عمر : «النظرية العامة للطعن بالنقض»، ص. 139.

ان تكييف الدعوى من سلطة المحكمة، باعتبار ان تكييف المدعي لدعواه تكييفاً خاطئاً لا يمنع المحكمة من إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها التكييف القانوني الصحيح.

ب - وجوب ورود الأسباب بالحكم :

أن الحكم عمل قانوني يحمل دليل صحته ويقتضي ذلك ان تكون الأسباب مضمنة به، ولا يجوز الإشارة إلى أسباب مضمنة بأحكام أخرى، غير انه إذا كان الحكم صادراً في نفس النزاع ان تحيل المحكمة على الأسباب الواردة في حكم آخر سبق صدوره في نفس النزاع كان تحيل محكمة الاستئناف إذا حكمت بإقرار الحكم الابتدائي إلى الأسباب الواردة به.⁽¹⁾ وعلى شرط ان يكون الحكم قد أودع ملف الدعوى وترافع الخصوم في دلالته وان يكون صحيحاً لم يشبه بطلان⁽²⁾ والا تكون أسباب الحكم المحال إليه معيبة.⁽³⁾

ج - وجوب ان تكون الأسباب منطقية :

إن القاضي ملزم بتسبيب قضاؤه بأسباب واضحة ومنطقية تدل دلالة جلية على انه بحث وقائع القضية بحثاً دقيقاً، ولذلك من الضروري بيان الوقائع التي استند إليها الحكم والأدلة المثبتة لها، فلا يكفي ان تقرر المحكمة ثبوت الواقعة دون بيان كيفية ذلك الثبوت بأدلة قانونية.

وبالإضافة إلى ذلك يجب ان تكون الأسباب منطقية على ان يتوافق منطوق الحكم بالأسباب التي تؤدي إلى النتيجة التي توصلت إليها المحكمة⁽⁴⁾ وإلا كان تقدير المحكمة غير سائغ ويعرض حكمها للنقض⁽⁵⁾ وبالتالي ان المحكمة ملزمة بالوصول إلى نتيجة مستخرجة من الوقائع التي ساققتها. وهذا الاستخراج ينهض على عدة قرائن ويتم بالوصول إلى أمر مجهول عبر واقعة ثابتة ومعلومة. ومثال ذلك ان تستند المحكمة على عدة قرائن وتستدل بها مجتمعة دون بيان أثر كل واحدة منها في تكوين يقين المحكمة فإن عدم ثبوت إحدى هذه القرائن يجعل الحكم مشوباً بالخطأ في الاستدلال وضعيف التعليل.⁽⁶⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، ص. 278.

(2) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 639.

(3) فتحي والي، المرجع السابق - ص. 640.

(4) وجدي راغب، المرجع السابق ص. 595.

(5) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 641.

(6) أحمد أبو السعود : «نظرية بطلان الأحكام»، ص. 192.

كما ان شرط منطوية الأسباب يقتضي ان لا تكون متناقضة فيما بينها أو مع منطوق الحكم، ويظهر هذا التناقض إذا تعارضت الأسباب ويسقط بعضها بعضا ولا يبقى منها ما يعلل ويبرر الحكم، ومثال ذلك ان ينتهي الحكم الاستثنائي في أسبابه إلى خلاف ما قضى به الحكم الابتدائي ومع ذلك يخلص إلى تأييده ويكون هنا تناقض بين الأسباب والمنطوق توجب نقض الحكم إذا مارس المحكوم ضده حقه في الطعن.

المبحث الثاني - أنواع الأحكام :

إن الأحكام كثيرة ومتنوعة وللفقهاء آراء متعددة في تقسيمها على أساس عدة معايير. فمنهم من قسمها بالنظر إلى مضمون الحكم ويكون الحكم اما مقرا أو منشئا لحق. ومنهم من فرق بين الأحكام المنهية للخصومة والأحكام التي تحفظ الحق من التلاشي وقتيا إلى حين صدور الحكم في الأصل وهي الأحكام القطعية والأحكام الوقتية. كما تم التقسيم حسب قابلية الحكم للطعن من عدمه وهي الأحكام الابتدائية القابلة للطعن بالاستئناف والأحكام النهائية الغير قابلة لهذا الطعن. وأخيرا فرق بعض الفقهاء بين الحكم الباطل الذي لم يحرر طبق القانون ولم يتضمن البيانات التي يوجبها القانون أو صدر على أساس إجراء باطل والحكم المعدوم الذي صدر ضد ميت أو صدر ضد من لم يستدعى تماما للحضور والجواب عن حقوقه وبالتالي لم تنعقد الخصومة في حقه ويكون الحكم الصادر ضده معدوما، وهذا التفريق له اهميته في الطعن في الحكم الباطل والحكم المعدوم.

الفقرة الأولى - الأحكام المقررة والأحكام المنشئة :

إن الحكم التقريري هو الذي يؤكد وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني أو واقعة قانونية، وبذلك يزول التشكك حول هذا الوجود⁽¹⁾ ومن أمثلة هذه الأحكام القانونية بثبوت الزيجات العرفية ضرورة انه حال صدور قانون الأحوال الشخصية اصبح الزواج لا يثبت إلا بحجة رسمية إلا ان الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم تبقى سارية ونافذة، لذلك قام بعض المواطنين لإثبات الزواج العرفي المبرم قبل عام 1956 واستجابت المحاكم لطالبتهم وقضت بثبوت الزواج العرفي.

وفي هذه الحالة ينظر إلى الحق أو المركز القانوني في ذاته من حيث وجوده في الحياة القانونية، ولذلك ان صورة الحماية لا تواجه اعتداء يظهر في شكل مخالفة للالتزام وإنما تواجه مجرد اعتراض وكفي لرد هذا الاعتراض صدور حكم يقرر

(1) سوليس وبيرو: «القانون القضائي الخاص»، الجزء الأول - ص. 209.

وجود هذا الحق أو المركز القانوني ضرورة ان هذا التقرير يزيل حالة عدم التأكيد التي اثارها الاعتراض وذلك دون حاجة لان يتضمن أي التزام إنما يعاين وجود الحق.

أما الحكم المنشئ فهو الحكم الذي يقرر حقا إراديا أي سلطة إحداث أثر قانوني بإرادة صاحبه. ويكون اما بنشأة حق جديد أو مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قائم أو إنهائه ويترتب الأثر لصالح صاحب الحق في مواجهة خصمه الذي لا يلتزم بالأداء انما بالخضوع للأثر القانوني. ومن أمثلة هذه الأحكام الحكم القاضي بفسخ أو بطلان عقد أو بتصفية شركة بعد حلها أو برجوع واهب في هبته.⁽¹⁾

وان الحكم المنشئ يحدث تغييرا قانونيا فيجب ان يكون له أثر فوري أي ان يبطل العقد يكون له أثر فوري دون ان ينسحب على الماضي غير ان المشرع يجعل له أثر رجعي بنص صريح ويعود الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب ان يرد ما قبض بموجب العقد.

والحكم المنشئ يحوز حجية الأمر المقضي الا انه لا يصلح سندا تنفيذيا لان الحماية القضائية تتحقق بالحكم دون حاجة لحماية لاحقه عن طريق إجراءات التنفيذ وذلك في أغلب الحالات وشريطة ان لأي كون متضمنا لفرع قضى بالإلزام.

الفقرة الثانية - الحكم القطعي والحكم الوقفي :

الحكم القطعي هو الذي يضع حدا لنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من المحكمة المصدرة له ولا يجوز العدول عنه من ذات المحكمة التي أصدرته ولو كان باطلا أو مؤسسا على إجراءات باطلة. وتعتبر أحكاما قطعية الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى وبعض الأحكام الإجرائية مثل تلك الصادرة في اختصاص المحكمة أو بسقوط الطعن.

وطالما حسمت المحكمة النزاع في المسألة المعروضة عليها فأن سلطتها بشأنها تنقضي ولا تبقى لها أية ولاية في إعادة البحث أو تعديل ما قضى به ولو باتفاق الخصوم.

أما الأحكام الوقفية فالغرض منها اتخاذ إجراء تحفظي لحماية مصالح الخصوم إلى حين الفصل في موضوع النزاع وبذلك أن القصد منها تفادي الأضرار الناتجة عن طول إجراءات التقاضي دون الفصل في الموضوع ومن أمثلة هذه الأحكام تلك القاضية بتعيين حارس قضائي على عقار متنازع على ملكيته. وهذه الأحكام تفصل لمدة مؤقتة في طلبات قائمة على وقائع متغيرة ولذلك فهي تحوز حجية مؤقتة

(1) فتحي والي : «مناهج البحث في قانون المرافعات»، ص. 29.

وبالتالي إذا تغير مركز الخصوم وتغيرت الظروف القائم عليها الحكم الوقتي أمكن تعديله وفق الظروف الجديدة، ولذلك فالأحكام الوقتية لا حجية لها أمام محكمة الموضوع إذ أنها لم تفصل في موضوع النزاع.⁽¹⁾

أما الأحكام المتعلقة بسير الدعوى وبإجراءات الإثبات فهي غير قطعية وتنقسم إلى أحكام تمهيدية وأحكام تحضيرية كالأحكام التي تعين خبيراً أو تقرر إجراء معاينة من طرف المحكمة فهي أحكام تقتصر على تنظيم سير الخصومة وتحقيقها والإجراءات المتعلقة بها وترمي إلى أعداد القضية للحكم في موضوعها⁽²⁾ وهذه الأحكام لا تحسم موضوع النزاع ولا جزء منه ومن ثم لا تستنفذ المحكمة ولايتها بإصدار الحكم غير القطعي ويجوز لها تبعاً لذلك العدول عنه.

الفقرة الثالثة - الحكم الابتدائي والحكم النهائي والبات :

الحكم الابتدائي هو الذي تصدره محكمة الدرجة الأولى سواء كانت محكمة ابتدائية أو محكمة ناحية ويكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف.

أما الحكم النهائي فهو الحكم غير القابل للطعن بالاستئناف ويكون حائزاً لقوة الأمر المقضي لأنه لا يقبل الطعن بطرق الطعن العادية.

وفي تشريعنا أصبحت كل الأحكام ابتدائية حتى حكم النفقة الذي لا يتجاوز المبلغ المحكوم به سنوياً مائتين وأربعين ديناراً بعد تنقيح الفصل ص 39 من م. م. م. بموجب القانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 23 مايو 1994.

أما الحكم البات فهو الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو الغير العادية ولا يجوز إلغاؤه أو تعديله لأن الأحكام لا تكون محل دعوى مبتدئة للبطلان⁽³⁾ ولا يجوز ذلك إلا بمناسبة الطعن في الحكم بالاستئناف إن كان قابلاً لذلك، أو بالتعقيب وتثار مسألة البطلان من ضمن أسباب الطعن الأخرى وأهمية التقسيم الذي أوردناه تكمن في تحديد طرق الطعن في الحكم، باعتبار أن الحكم الابتدائي قابل للطعن بالاستئناف في حين أن الحكم النهائي لا يقبل الطعن إلا بالتعقيب أو بالتماس إعادة النظر.

كما تكمن أهمية التقسيم في تحديد الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري وهي الأحكام النهائية والأحكام الابتدائية الممهورة بالنفاذ العاجل.

(1) أحمد ماهر زغلول : «أعمال القاضي التي تحوز الحجية»، ص. 75.

(2) إبراهيم سعد، المرجع السابق ص. 201.

(3) محمود هاشم : «المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 398.

ورغم ذلك فليس كل الأحكام النهائية قابلة للتنفيذ الجبري باستثناء الأحكام الملزمة أي القاضية بتسليم مبلغ من المال أو عقار أما الأحكام المقررة وهي القاضية بوجود حق أو عدم وجوده، والأحكام المنشئة التي تنشئ مركزا قانونيا جديدا أو منهيمة له فإنه بمجرد صدورهما تتحقق الحماية القانونية دون حاجة إلى إجراءات التنفيذ الجبري.⁽¹⁾

الفقرة الرابعة - الحكم الباطل والحكم المنعوم :

أن الحكم الباطل هو الحكم الصادر دون مراعاة الموجبات الشكلية التي حددها المشرع بالفصول 123 ، 122 ، 121 من م.م.م.ت المتعلقة بالمفاوضة وتحرير الحكم والنطق بمنطوقه أو الإجراءات السابقة له وهي الاستدعاء للجلسة وعريضة الدعوى. ولذلك فمسألة بطلان الحكم تقدر بالنظر إلى صحته من الناحية الشكلية باعتباره عملا إجرائيا وبغض النظر عن مضمونه أي عن سلامة التقدير القضائي الذي انتهى إليه الحكم. ومن أمثلة ذلك الحكم الصادر دون إمضاء القاضي الثالث الذي شارك في المفاوضة أو خلو الحكم من الأسباب أو غموضها.

كما يكون الحكم باطلا لعيب في الإجراءات السابقة على صدوره كأن يصدر الحكم على أساس استدعاء للجلسة الأولى ويكون باطلا.

والحكم الباطل إذا كان قطعيا يحوز حجية الشيء المقضي به ويكون له وجودا قانونيا إلى إن يتقرر بطلانه وبناء على هذا الوجود القانوني يولد آثارا قانونية هي الآثار التي تنتجها الأحكام القضائية.

وللحيلولة دون إن ينتج الحكم اثارا لا بد من الطعن فيه ضرورة انه لا يجوز المطالبة بأبطال الأحكام القضائية عن طريق رفع دعوى قضائية مبتدأة. وعند الطعن في حكم بهدف التوصل إلى تقرير بطلانه فإنه من الواجب التمسك بالبطلان قبل الخوض في الأصل لان التكلم في الموضوع يعد تسليما بصحة الحكم. وإذا ما قضت محكمة الاستئناف ببطلان الحكم فأنها تحكم في اصل

الدعوى شريطة إن تكون محكمة البداية قد استنفذت ولايتها.⁽²⁾

أما إذا لم تستنفذ ولايتها فيجب على محكمة الطعن أن تقضي بالبطلان وإرجاع القضية لمحكمة البداية لمواصلة النظر في الدعوى عملا بأحكام الفصل 149 م. م.ت أما الحكم المنعوم فهو الفاقد لركن أساسي من أركان وجوده، وذلك على

(1) إبراهيم سعد، المرجع السابق - ص. 194.

(2) نبيل عمر إسماعيل : «الطعن بالاستئناف»، ص. 144.

نبيل إسماعيل عمر : «الطعن بالنقض»، ص. 200.

خلاف الحكم الباطل الذي توفرت أركان وجوده ولكن شابها عيب متعلق بشروط الصحة.

ومن أمثلة الأحكام المنعدمة تلك التي تصدر من قاض لم يحلف اليمين أو زالت عنه ولاية القضاء أو الحكم الصادر عن قاضيين عوضاً عن ثلاثة ويثبت ذلك بالإمضاءات على محضر الجلسة الحكيمة وكذلك الحكم الصادر على من لم يستدعى للجلسة الأولى أو تم استدعاؤه بإجراء معدوم والحكم الصادر على ميت. والحكم المنعدم هو والعدم سواء ولا يترتب عليه أي اثر قانوني ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه، وإنما يكفي إنكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء، ويجوز رفع دعوى مبتدئة لطلب انعدامه ولا تزول حالة انعدامه بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً⁽¹⁾ ويكون القيام أمام المحكمة التي أصدرت الحكم باعتبارها لم تستنفذ ولايتها ويطلب منها الرجوع في حكمها وإصدار حكم ثان بين الأطراف المتنازعة.

(1) أحمد أبو الوفاء: «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، ص. 227.

الفصل الثاني

آثار الأحكام

أن الحكم الصادر في نزاع يترتب عليه حسم ذلك النزاع ويمنع على سائر المحاكم بما في ذلك المحكمة التي أصدرت الحكم إعادة النظر فيما قضي به وهو ما يسمى باستنفاد المحكمة لولايتها، والأحكام بطبيعة الحال لا تنشئ كقاعدة عامة حقوقاً للمتناقضين بل هي تبين ما كان لهم من حقوق نشأت قبل رفع الدعوى. فالحكم لا ينشئ حقاً جديداً، وليس من شأنه أن يجدده بل هو يقويه والأصل أن آثار الأحكام تسري كقاعدة عامة من وقت صدورها مع أن المطالبة القضائية لها آثار هامة تسري من وقت رفع الدعوى ويؤكد هذا الحكم الصادر فيها.

ولذلك سنتولّى عرض الأثر الهام والمتمثل في خروج النزاع من ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم والاستثناءات الواردة على هذا المبدأ وهي إمكانية إصلاح الحكم أو تفسيره من طرف المحكمة التي أصدرت الحكم. والأثر الثاني هو حجية الأمر المقضي إلى حين اكتسابه قوة الأمر المقضي وصورته باتاً أو إلغائه من محكمة الدرجة الثانية.

المبحث الأول - استنفاد الولاية :

ما أن يصدر الحكم الحاسم للنزاع حتى تستنفذ المحكمة ولايتها في ذلك النزاع ولا يمكنها إعادة النظر في ذات النزاع مرة أخرى وهو ما سنتولّى درسه وعرضه في فقرة أولى ثمّ التطرق لاستثناءات هذا المبدأ وهي إصلاح الأخطاء المادية عملاً بأحكام الفصل 256 من م.م.م.ت. وشرح الحكم أن اعترافه لبس أو غموض عملاً بأحكام الفصل 124 من م.م.م.ت.

الفقرة الأولى - مفهوم استنفاد الولاية :

أن هدف الخصومة القضائية هو الحصول على حماية وعلى حكم حاسم للنزاع دون تأخير وليتسنى ذلك تم إقرار مبدأ يتمثل في إن المحكمة التي فصلت في نزاع معروض عليها انقضت سلطتها وخرج ذلك النزاع عن ولايتها⁽¹⁾ ولا يمكنها الرجوع

(1) نبيل إسماعيل عمر : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، منشآت المعارف بالإسكندرية

في الحكم ولو تبين لها خطأه أو تعديله ولو ثبتت عدم صحته وذلك من حين النطق به.

واستنفاد الولاية لا يقوم على عدم اختصاص المحكمة لأنها مختصة بالنظر في النزاع بدليل إنها أصدرت الحكم إنما لسقوط حق المحكمة في النظر فيما سبق لها النظر فيه ضرورة انه لا يجب الفصل في موضوع واحد مرتين من محكمة واحدة حتى لا تتضارب الأحكام.

ومبدأ استنفاد الولاية ينسحب على الأحكام القطعية التي لا يجوز العدول عنها ولو كانت باطلة أو مؤسسة على إجراء باطل ومعنى ذلك أن الأحكام القطعية لها حصانة تحول دون المساس بها من طرف المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم لأن قواعد الولاية تهم النظام العام.⁽¹⁾

ومبدأ استنفاد الولاية له من الشبه بحجية الأمر المقضي ذلك أن الحصانة التي تترتب عن استنفاد الولاية يقصد منها أن تنظر المسألة الواحدة مرتين وهو نفس الهدف المراد من حجية الأمر المقضي. في حين أن الاختلاف يكمن في أن الحجية هي صفة من مضمون الحكم وخارجة عن الإجراءات التي على أساسها تم الحكم، بينما استنفاد الولاية هي نتيجة للصفة القطعية في الحكم أي أنها صفة في الحكم ذاته كعمل قانوني داخل الإجراءات التي صدر فيها⁽²⁾ علاوة على أن الحجية هي الأثر الأساسي للحكم في حين ان استنفاد الولاية هي الوسيلة لدوام الاستمرارية لهذا الأثر.⁽³⁾

الفقرة الثانية - الاستثناءات من مبدأ استنفاد الولاية :

أن المحكمة لا تستنفذ ولايتها ويمكنها إذا ما ثبت حصول غلط في الحكم الصادر عنها أن تتولى إصلاحه من تلقاء نفسها أو بطلب أحد الخصوم، عملاً بأحكام الفصل 256 من م.م.م.ت.

كما انه إذا ما ثبت حصول لبس أو غموض يحولان دون تنفيذ الحكم فلها أن تقوم بتفسيره وتبين ما غمض دون زيادة أو نقصان في منطوقه إذا طلب منها أحد الخصوم ذلك عملاً بأحكام الفصل 124 من نفس المجلة.

- ص. 572.

- (1) أحمد ماهر زغلول : «مراجعة الأحكام بغير طريق الطعن فيها»، 1993 - ص. 23.
- (2) نبيل إسماعيل عمر : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، المرجع السابق - ص. 357.
- (3) أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق - ص. 26.

1 - إصلاح الأحكام :

اقتضى الفصل 256 من م.م.م.ت أن «الغلط في الرسم أو الغلطات المادية في الاسم والحساب أو غير ذلك من الاخلالات المبينة من نوع ما ذكر يجب على المحكمة دائما إصلاحها ولو من تلقاء نفسها. ويحكم في إصلاح الغلط والإخلال بدون سبق مرافعة شفوية. ويجب أن ينص بطرة اصل الحكم وبالنسخ المعطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح».

ويستخلص من الفصل المذكور انه لإجراء الإصلاح يجب أن تكون الأغلاط المراد إصلاحها مادية بحتة والقصد من ذلك الغلط في التقدير⁽¹⁾ أي الغلط في الأسماء والأرقام.

والغلط المادي يكون حسابيا أو كتابيا فالغلط الحسابي هو غلط في إجراء عملية حسابية كالخطأ في الجمع عند احتساب المبالغ المستحقة للدائنين أو خطأ في الطرح عند حساب الأقساط المسددة والمبلغ المحكوم به.

أما الأخطاء الكتابية فهي تشمل كل أخطاء السهو كالخطأ في الاسم أو الرقم كرقم الرسم العقاري موضوع الدعوى أو الغلط في تاريخ الحكم ويتم الإصلاح بالرجوع إلى محضر الجلسة الحكمية.

والغلط المادي يمكن أن يحصل في منطوق الحكم أو في جزء آخر من الحكم مكملا للمنطوق أي في أسباب جوهرية ومؤثرة فيما يستفاد منه ألا انه يجب أن يكون هذا الغلط واضحا من بيانات الحكم أو من مقارنة المنطوق بالأسباب حتى لا يكون الإصلاح ذريعة لتعديل الحكم.

واصلاح الأغلاط المادية لا يمثل مساسا بالحكم بل عكس ذلك انه دليل على احترام مقصد المحكمة طالما يوجد ما يؤكد هذا المقصد، ألا انه لا يجب أن يتخذ ذريعة لتعديل الأحكام باعتبار انه لا يمكن للمحكمة أن تتجاوز حدود مجرد الإصلاح لتعديل مضمون الحكم وإلاّ جاز الطعن في قرار الإصلاح بنفس الطرق المتاحة بالنسبة للحكم موضوع الإصلاح.

وتقوم المحكمة بالإصلاح من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم في أي وقت طالما أن الحكم ما زال قائما ولم يبلغ⁽²⁾.

وتنظر المحكمة طلب الإصلاح في غرفة الشورى بغير مرافعة أي دون سماع دفاع أي من الخصوم ولا يتم استدعاء الطرف الآخر وتصدر المحكمة قرار الإصلاح

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 651.

(2) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 651.

ويقوم كاتب المحكمة بإجراء هذا الإصلاح على نسخة الحكم الأصلية ويمضيه رئيس الدائرة والقاضيين العضوين في الدائرة ويطعن في القرار بمفرده حتى وان انقضى ميعاد الطعن بالنسبة للحكم.

والقرار الصادر سواء بالإصلاح أو برفضه يرتبط بالحكم ارتباطا وثيقا ويترتب على هذا الارتباط أن قرار الإصلاح تكون له نفس طبيعة الحكم وبالتالي يجوز الطعن فيه إذا كان الحكم قابلا للطعن غير أن هذه الإمكانية مسموح بها إذا تجاوزت المحكمة صلاحياتها وعدلت الحكم.

كما أن القرار يبقى طالما الحكم ساري المفعول ويزول بزواله لأنه سند وجوده وأساسه.⁽¹⁾

2 - تفسير الأحكام :

اقتضى الفصل 124 من م.م.م.ت أن «المحكمة التي صدر منها الحكم لها وحدها النظر في شرح حكمها بطلب من الخصوم يقدم كتابة لرئيس المحكمة، وتتولى المحكمة شرح الحكم بحجرة الشورى من غير مرافعة بدون زيادة أو نقص على ما يقتضيه نصح. ويكون هذا الحكم التفسيري متمما للحكم الواقع تفسيره ولا يقبل الطعن إلا مع الحكم الواقع تفسيره».

ويخلص من الفصل المذكور أنه إذا أصدرت المحكمة حكما غامضا أو مبهما جاز لأحد الخصوم تقديم طلب تفسير، ويقصد بالتفسير هو إيضاح الغامض ورفع الإبهام وذلك بتحديد مضمون الحكم بدقة من عناصره وليس البحث عن إرادة القاضي الذي أصدره.⁽²⁾

وان تفسير الحكم لا يكون ضروريا ألا إذا شابه غموض أو إبهام في منطوقه مما يصعب معه التنفيذ، وقد يكون سبب الإبهام أو الغموض هو استعمال القاضي لعبارة لا تدل بدقة على مضمون الحكم.

وقرار التفسير يتخذ من طرف المحكمة التي أصدرت الحكم وليس من الضروري أن يقوم بالتفسير القضاة الذين أصدروا الحكم ضرورة أن الأمر لا يتعلق بالبحث عن أرائهم إنما يتعلق بتفسير موضوعي حسب ما ورد بالأسباب الواقعية والقانونية.⁽³⁾

وطلب التفسير يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم وتنظره بحجرة الشورى دون سماع الخصوم وبدون مرافعة وتصدر قرارا قطعيا تفصل فيه المحكمة مسألة

(1) أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق - ص. 120.

(2) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 652.

(3) فتحي والي، المرجع السابق - ص. 653.

مطروحة عليها وذلك بالنفي أو الإيجاب، ويترتب على ذلك استنفاد سلطة المحكمة وبالتالي إن نقضته محكمة الاستئناف فأنها تفصل في مسألة التفسير التي انتقلت إليها نتيجة الطعن في الحكم⁽¹⁾ والقرار التفسيري يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحكم الذي يفسره فهو امتداد له وجزء لا يتجزأ منه، وبالتالي إذا نقض الحكم فإن القرار التفسيري يلقي نفس المصير ويمكن الطعن في القرار التفسيري مع الحكم وبنفس إجراءات الطعن في الأحكام.

المبحث الثاني - حجية الأمر المقضي :

إن الوقائع التي طرحت على القضاء وصدر في شأنها حكم لا يمكن إعادة عرضها من جديد على القضاء إلا بطريق الطعن إن كان ممكناً والعلّة في ذلك أن لا تتأبد النزاعات وتعطل المعاملات بين الناس، بالإضافة إلى إمكانية تناقض الأحكام مما يفقد القضاء هيئته ويزعزع ثقة الناس فيه.

لكل هذه الاعتبارات نظم المشرع فكرة مؤداها أن الحكم حجة فيما فصل فيه ويقصد بذلك حجية الأمر المقضي التي عرفت بكونها قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس مؤداها أن الحكم صدر صحيحاً من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع فهو حجة على ما قضى به.⁽²⁾

وأن الأثر الأساسي للحجّية هو عدم جواز إعادة النظر في الدعوى وأن لا تنظر نفس الدعوى مرتين بدليل أن المشرع خول التمسك بسبق النشر عملاً بأحكام الفصل 15 من م.م.م.ت. وإلى جانب هذا الأثر يوجد آخر يتمثل في احترام مضمون الحكم القضائي في أي دعوى تنور فيها المسألة التي فصل فيها الحكم ولأيّ من الأطراف أن يدفع بسبق النظر في المسألة.

وما يمكن ملاحظته أن حجية الأمر المقضي تختلف عن قوة الأمر المقضي ضرورة أن الحكم يتمتع بها بمجرد صدوره ولئن كان يقبل الطعن بطرق الطعن العادية أو غير العادية في حين أن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي هو الذي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه أو الذي يقبله إنما انقضى أجل الطعن أو حكم برفض الطعن أو سقوطه.

وبعد استعراض مفهوم الحجّية لا بد من التطرق لمداها في فقرة أولى وإلى نطاقها في فقرة ثانية.

(1) أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق - ص. 237.

(2) أحمد أبو الوفاء: «المرافعات المدنية والتجارية»، المرجع السابق - ص. 780.

الفقرة الأولى - مدى حجية الأمر المقضي :

إن المقصود بمدى الحجية هو زمن بدايتها وعمرها والاعمال التي تضيف عليها الحجية وهل تثبت لأسباب الحكم ولمنطوقه ؟

1 - حيازة الحكم للحجية بمجرد صدوره :

أن الحكم القطعي الذي يضع حدا لنزاع في جملته أو في جزء منه يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره ولو كان باطلا أو مؤسسا على إجراء باطل ولا يجوز للمحكمة التي أصدرته أو لغيرها من المحاكم من نفس الدرجة إعادة البت فيما فصل فيه.⁽¹⁾

وهذه الحجية التي يتمتع بها الحكم والتي تحول دون إعادة النظر في نفس المحكمة أو من غيرها من نفس الدرجة هي حجية مؤقتة تنقضي بمجرد الطعن في الحكم بالاستئناف وتبقى هذه الحجية موقوفه إلى حين صدور الحكم الاستئنافي الذي إن أيد الحكم الابتدائي أكد الحجية وأن نقضه أزال عنه الحجية. أما الحكم الابتدائي الذي لم يتم الطعن فيه بالاستئناف وانقضى أجل الطعن فإن الحكم يحوز قوة الأمر المقضي به التي تخول للمحكوم لفائدته تنفيذ حكمه جبريا.

2 - الحجية خاصة بالعمل القضائي :

إن العمل القضائي لا يعتبر كذلك إلا إذا حسم نزاعا بصفه قطعية وفق إجراءات تنهض على مبدأ المواجهة ويكون له دور في تأكيد حماية الحق أو المركز القانوني، وفي هذه الحالة يتمتع بالحجية.⁽²⁾

أما الأعمال الولائية أي التي لا تفصل نزاعا ولا تتم وفق مواجهة الأطراف فإنها لا تتمتع بحجية الأمر المقضي ضرورة أنها لا ترمي إلى فصل نزاع حول الحق.⁽³⁾ وإذا قلنا أن العمل الولائي لا يحوز حجية الأمر المقضي فإن ذلك يعني أنه بإمكان القاضي الرجوع في قراره وإصدار قرار مخالف شريطة تعليله وهو ما اقتضاه الفصل 219 من م.م.م.ت. الذي نص على أن «الحكم الصادر بمناسبة طلب الرجوع في الإذن يجب تعليله».

(1) أحمد أبو السعود : «نظرية البطلان»، ص. 143 .

(2) نبيل اسماعيل عمر : «قانون المرافعات المدنية والتجارية»، المرجع السابق - ص. 583 .

(3) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 139 .

أما بخصوص الأحكام الاستعجالية فقد ذهب البعض إلى اعتبارها متمتعة بحجية الأمر المقضي ضرورة إنها تمنح حماية قضائية ولئن كانت حماية وقتية إلى حين صدور حكم في الأصل من محكمة لا تتقيد بما قضى به الحكم الاستعجالي. على أن جل الفقهاء وهم محقون في ذلك يعتبرون أنه لا حجية للأحكام الاستعجالية باعتبار أن للقضاء الاستعجالي دور وقائي للحلول دون حصول الضرر وتفاقمه ولا يمنح حماية قضائية باعتبار أنه ممنوع عليه المساس بأصل الحق. وأن الحكم الاستعجالي ولئن قيد القاضي الاستعجالي فإن ذلك رهين عدم تغير الظروف التي صدر فيها الحكم، فإن تغيرت جاز للقاضي المستعجل أن يرجع في حكمه أو يعدله وذلك دليل على عدم تمتع الحكم الاستعجالي بالحجية.⁽¹⁾

3 - وقائع الحكم غير مشمولة بالحجية :

إن الحكم الذي فصل نزاعا يشتمل على ثلاثة عناصر وهي الوقائع والأسباب والمنطوق ومما لا شك فيه أن المنطوق يحوز الحجية ضرورة أنه المتضمن للحماية القضائية⁽²⁾ إلا أن الفقه وعمل المحاكم مستقران على أن الحجية تترتب كذلك للأسباب المرتبطة بالمنطوق والتي تكون معه وحدة لا تتجزأ. ومعنى ذلك أن الحكم الذي يحوز الحجية ليس المنطوق فحسب وإنما القول الفصل في النزاع أي كان موضعه ونضرب لذلك مثل الحكم القاضي بطلان العقد موضوع الدعوى وتعرضت الأسباب أن الثمن لم يدفع وقد حصل توافق بين طرفيه لحرمان الدائنين من الحصول على دينهم والرجوع على العقار. أن هذا القضاء يكون مانعا للقضاء من مناقشة صورية العقد في نزاع آخر ضرورة أن المسألة حازت حجية الأمر المقضي. أما الوقائع فهي لا حجية لها في دعوى أخرى إلا أنه في بعض الأحيان قد يكون من اللازم الرجوع للوقائع لتكملة المنطوق إذا حكم بالطلبات دون تحديد دقيق ويكون ضروريا الرجوع إلى عريضة الدعوى لمعرفة الطلبات⁽³⁾ وبذلك تحوز الوقائع الحجية فيما استجيب للمدعي من طلبات.

الفقرة الثانية - نطاق حجية الأمر المقضي :

اقتضى الفصل 481 من المجلة المدنية ان «ما أناطه القانون من النفوذ بأحكام المجالس لا يتعلق إلا بما قضى به المجلس ولا يتمسك به إلا في خصوص موضوعه

(1) أحمد ماهر زغلول : «أعمال القاضي التي تحوز الحجية»، ص. 69.

(2) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 147.

(3) عبد الرزاق السنهوري : «الوسيط في القانون المدني»، الجزء الثاني - ص. 674.

أو ما كان نتيجة ضرورية منه ولا يكون ذلك إلا بوحدة الموضوع ووحدة السبب وأن تكون الدعوى بين نفس الخصوم الصادر بينهم الحكم وبعين الصفة السابقة في الطالب والمطلوب».

ويخلص من الفصل المذكور أن حجية الأمر المقضي لا يكون له اثر إلا في حالة وحدة الموضوع والسبب وكذلك وحدة الأشخاص المحكوم بينهم كما يجدر التساؤل عن طبيعة هذه الحجية أي هل هي متعلقة بالنظام العام؟

1 - وحدة الموضوع والسبب :

إن الشيء المقضي فيه يتحدد بالموضوع والسبب معنى ذلك أنه إذا كان موضوع الدعوى وسببها مختلفين عن موضوع وسبب الدعوى الجديدة فلا حجية للحكم السابق ومثال ذلك صدور حكم بثبوت نشوز الزوجة لا يمنع بقيام دعوى طلاق للضرر. وكذلك إذا تعددت الطلبات وأغفل القاضي الفصل في احداها فإن الحكم لا يحوز الحجية إلا بالنسبة للطلبات التي تم حسمها، أما الطلب الذي لم تنظره المحكمة ولم تفصل فيه فلا حجية بشأنه⁽¹⁾ ويمكن تبعا القيام من جديد لطلب الحكم بالطلب المغفل، وعلى عكس ذلك إذا حكم القاضي بأكثر مما طلبه المدعي فإن حكمه يكون معيبا لكنه يحوز الحجية بالنسبة لما قضى به إلى أن يتم نقضه لدى الاستئناف.⁽²⁾

ووحدة السبب لا تتوفر شروطها إذا أبدى المدعي وسائل دفاع جديدة ضرورة أن ذلك مشروع أما التمسك بوقائع معينه للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وتم رفض هذا الطلب فإن طلب التعويض على أساس المسؤولية العقدية يصبح غير ممكن لحيازة الحكم الأول على حجية الامر المقضي.⁽³⁾

2 - وحدة الأطراف :

إن للحكم حجية بالنسبة للأطراف في الخصومة ولا يسري أثره إلا في حق من كان طرفا فيه ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير. وأطراف الخصومة هم المدعي والمدعي عليه والمتداخل ويكون الحكم حجة لهم أو عليهم ويحق لهم الطعن فيه⁽⁴⁾ والحجية يعارض بها أطراف الخصومة دون ممثلهم ضرورة أن الممثل لا يعتبر طرفا في الخصومة وأثر الحكم ينسحب على الأصيل لا على الوكيل، ولذلك يمكن للأصيل

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 148.

(2) إبراهيم سعد : «قانون المرافعات المدنية والتجارية»، المرجع السابق - ص. 297.

(3) أحمد السيد صاوي : «الشروط الموضوعية للدفع بالحجية»، 1981 - ص. 75.

(4) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، المرجع السابق - ص. 782.

أن يعود لرفع الدعوى من جديد إذا رفضت الدعوى التي أقامها الوكيل⁽¹⁾ إلا أن الحكم على السلف يعتبر حجة على الخلف عاما كان أو خاصا بشأن الحق الذي تلقاه منه عملا بأحكام الفصل 241 من المجلة المدنية. ومثال ذلك حكم القسمة له حجية على المشتري لجزء من أحد المتقاسمين، كما أن الحكم الصادر ضد المورث تكون له حجية ضد الورثة في حدود ما آل لهم من التركة ضرورة أن التركة هو ما بقي بعد الديون ومصاريف التجهيز والوصايا عملا بأحكام الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية.

وباستثناء الأطراف في الخصومة وخلفائهم لا يكون للحكم حجية ازاء الغير، على أنه لا يمكن القول أنه ليس للحكم أثر تماما ضرورة أن الحق أو المركز القانوني الذي قرره الحكم يوجد في مواجهة الجميع وعليهم احترامه، ومثال ذلك الحكم القاضي بالخروج من المكربى يؤثر في مركز المتسوغ تسوغا ثانيا رغم عدم وجوده في الخصومة وعليه أن يدفع معينات الكراء للمالك رغم أنه أكثرى من غيره. كما أن الأحكام المتعلقة بحالة الأشخاص والمقررة للأبوة أو البنوة أو المثبتة لزواج عرفي لا يمكن إلا أن يعترف بها الجميع ولها حجية مطلقة.⁽²⁾

3 - الحجية لا تهتم النظام العام :

إن المشرع التونسي اعتبر حجية الأحكام تهتم مصلحة الخصوم وعليهم التمسك بذلك ومن ذلك أنه اعتبر ان «طلب التخلص من القضية بدعوى سابقة نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها يجب أن يكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الاصل» ومعنى ذلك أنه يقر إمكانية صدور حكمين في نفس الموضوع وبين نفس الأطراف إلا أنه اهتدى لحل ذلك بأن قرر صلب الفصل 198 من م.م.ت. أنه «تختص محكمة التعقيب بالنظر في مطالب التعديل بين المحاكم وذلك إذا حكمت محاكم متعددة متحدة الدرجة في قضية واحدة بكونها من نظرها وذلك بأحكام لها قوة ما اتصل به القضاء».

وبذلك إذا لم يتمسك أحد الخصوم بسابقة النشر أو بسابقة الفصل في قضية وصدر حكمان بين نفس الأطراف ولهما نفس الموضوع والسبب يمكنه القيام لدى محكمة التعقيب لطلب التعديل وتحديد الحكم الواجب التنفيذ. غير أن هذا التمشي غير منطقي ومن الأفضل أن نحذو ما حذته بعض التشريعات عندما اعتبرت أن حجية الأمر المقضي تهتم النظام العام ويمكن للمحكمة أن تتمسك بها من تلقاء

(1) عبد الرزاق السنهوري : «الوسيط في القانون المدني»، الجزء الثاني - ص. 677.

(2) فتحي الوالي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 152.

نفسها ويمكن للأطراف التمسك بهذا الدفع في أي طور من أطوار القضية أو في أي درجة من درجات التقاضي ولو لأول مرة أمام محكمة التعقيب ومثال ذلك المشرع المصري بالفصلين 115، 116 من قانون المرافعات الناصين على جواز الدفع بالحجبة في أي

حالة تكون عليها الدعوى وللمحكمة القضاء بالحجبة من تلقاء نفسها لعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها.⁽¹⁾

الفقرة الثالثة : استثناء حجية الأمر المقضي

لقد سبق وأن قلنا أن المشرع قد أسبغ على الحكم حجية مؤداها أن الحكم حجة فيما فصل فيه ويقصد بذلك حجية الأمر المقضي التي عرفت بكونها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ومعنى ذلك إن الحكم صدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع فهو حجة على ما قضى به⁽²⁾، إلا أن هذه القاعدة القانونية عرفت استثناءات أوردها المشرع بالفصل 484 من مجلة الالتزامات والعقود الذي اقتضى أنه «يجوز نقض الحكم الذي لا رجوع فيه في الصور الآتية : أولا : إذا ثبت زور الرسوم و البيانات الأخرى التي انبنى عليها الحكم وكانت هي السبب الأصلي أو الوحيد في صدوره.

ثانيا : إذا ثبت أن الحكم بني على غلط حسي كان السبب الأصلي أو الوحيد في صدوره.

ثالثا : إذا ثبت من الوقائع ما يقتضي القيام بالدعوى على الحاكم».

وكما هو معلوم أن مجلة الالتزامات والعقود صدرت عام 1906 ونسخت بعض أحكامها ضمينا بقوانين لاحقة وهو ما اقتضاه الفصل 542 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص صراحة على ان «القوانين لا تنسخ إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها». وفي صورة الحال، إن الحالة الأولى وهي حالة زور الرسوم التي أسس عليها الحكم قد نسخت بأحكام الفصل 156 م.م.م.م. الذي حوّل التماس إعادة النظر في الحكم النهائي، أما الحالة الثالثة وهي حالة مؤاخذة الحكام فقد نسخت بأحكام الفصلين 199 و 200 من م.م.م.م. والتي حوّلت مؤاخذة الحكام وأبطال الأعمال التي على أساسها صدر الحكم، ومن ثم إن الاستثناء الوحيد الذي بقي قائما بموجب الفصل 484 م.ا.ع. ويمثل استثناء لحجية الأمر المقضي هو الغلط الحسي الذي كان

(1) فتحي الوالي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 155.

(2) - أحمد أبو الوفاء : المرافعات المدنية والتجارية - المرجع السابق ص 780.

سببا أصليا ووحيداً في صدور الحكم، إلا أنه يتعين لأعمال هذه الأحكام توفر عدة شروط والتي إذا ما توفرت تنتج آثاراً قانونية.

أولاً : شروط القيام على أساس الغلط الحسي

اقتضت أحكام الفصل 484 م.أ.ع أنه لتأسيس الدعوى على الغلط الحسي لا بد من وجود حكم لا رجوع فيه وغلط حسي هو السبب الأصلي والوحيد في صدور الحكم.

أ - وجود حكم لا رجوع

لقد أجمع الفقهاء على أن الحكم الذي لا رجوع فيه هو ذلك الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية ولا يجوز إلغاؤه أو تعديله لأن الأحكام لا تكون محل دعوى مبتدئة للبطلان⁽¹⁾ ولا يجوز ذلك إلا بمناسبة الطعن فيها، أما في صورة الحال فإن الحكم البات لا يمكن الطعن فيه إما لكونه قد استنفذت آجال الطعن فيه أو استنفذ جميع طرق الطعن المقبولة قانوناً، إنما يمكن طلب الرجوع فيه من الهيئة التي أصدرته وذلك حفاظاً على مبدأ التفاضل بين المحاكم أي أنه لا يجوز لمحكمة أقل درجة أن تراقب أعمال محكمة أعلى درجة، وبالتالي إن الحكم الابتدائي الذي أصبح باتاً لفوات آجال الطعن فيه يمكن طلب الرجوع فيه أمام المحكمة الابتدائية والحكم الاستثنائي لا يتم الرجوع فيه إلا أمام محكمة الاستئناف، والحكم الصادر عن محكمة التعقيب التي خوّلها القانون النظر في الموضوع في بعض الحالات عملاً بأحكام الفصل 191 م.م.ت لا يتم الرجوع فيه إلا من محكمة التعقيب وذلك بنفس الإجراءات للقيام بدعوى جديدة أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم باعتبارها لم تستنفذ ولايتها ويطلب منها الرجوع في حكمها وإصدار حكم ثان بين الأطراف المتنازعة وتصحيح الغلط الحسي لأن ما بني على باطل هو باطل ولا يكتسب حجية.

ب : وجود غلط حسي

إن الغلط الحسي لم يتم تعريفه من قبل المشرع إلا أنه يمكننا القول أنه الغلط المخالف لماله أصل ثابت بالأوراق واعتماد مؤيدات لا تتعلق بمحل النزاع وهو مثلما عرفته محكمة التعقيب بقولها أنه «الغلط المادي الذي يحصل بشكل حسي في المقومات الجوهرية والدعامات الأساسية التي قام عليها بناء الحكم وعلى مقتضاها صدر قضاؤه بحيث أن تلك المقومات وهاتيكم الدعامات قد التبست

(1) - محمود هاشم : المرافعات المدنية والتجارية ص 398.

بالخطأ ولازمها الغلط ضمن تركيبتها وعناصر تكوينها غلطا محسوسا ومستخلصا صلب تلك العناصر التي قام عليها بناء الحكم وكانت هي الدعامة في صرحه»⁽¹⁾، وهذا الغلط لا يمكن أن يقوم به من كان حريصا حرص الرجل العادي على عمله وهو يختلف على الغلط في الرسم والغلطات في الرسم أو الحساب التي تم تعدادها بالفصل 256 من م.م.م.ت ويمكن اصلاحها من المحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب ممن له مصلحة، ومن ذلك وقائع الدعوى التي صدر فيها قرار محكمة التعقيب المذكور سلفا والمتمثلة في أن أحد المالكين باع جزءا من عقار مساحته 230 م.م. ثم بعد خمس سنوات قام بقضية استحقاقية يدعي تجاوز المشتري لعقاره وطلب الحكم له بما تم الاستيلاء عليه وقضت له محكمة المهديّة الابتدائية في القضية عد 11040 الصادر فيها حكم بتاريخ 1997/04/07 وتم إقرار ذلك الحكم لدى محكمة الاستئناف في الحكم عدد 10629 ثم قضي برفض التعقيب أصلا، ومن ثم أصبح الحكم باتا إلا أن المحكوم ضده قام بنشر قضية جديدة أمام محكمة المهديّة الابتدائية تحت عد 9359 دد على أساس الغلط الحسي واستجابت محكمة أول درجة لطلبه فتم استئناف الحكم المذكور أمام محكمة الاستئناف بالمنستير بعلّة مخالفة أحكام الفصل 484 م.ا.ع وإن الحكم المطالب بإلغائه اتصل به القضاء وأصبح يشكل قرينة قانونية لا يمكن دحضها عملا بأحكام الفصل 481 من م.ا.ع إلا أن محكمة الاستئناف اعتبرت أن الحكم المراد أبطله صدر على أساس غلط حسي كان السبب الأصلي في صدور الحكم، ومن ثم وطالما أصبح الحكم باتا إلا أنه مبني على غلط حسي فإن المشرع ترك هذا المتنفس والمخرج الوحيد لتصحيح الغلط وذلك بالرجوع في الحكم ونقضه والقضاء من جديد بين نفس الأطراف وإرجاع الأمور إلى نصابها ضرورة أنه لا «يستساغ منطقا ولا يصح قانونا الإبقاء على الغلط الحسي وتكريسه متى ثبت حصوله وتم التحقق من وجوده بعلّة إتصال القضاء بالحكم المشتمل على ذلك الغلط باعتبار أن الرجوع إلى الحق أولى من التماذي على الغلط»⁽²⁾

ثانيا: آثار الحكم

عندما تتوفر شروط قبول الرجوع في الحكم يحق للمحكمة نقض وإلغاء الحكم البات والنظر من جديد في الدعوى باعتبار أن الحكم ليس له حجية لصدوره على أساس غلط حسي ولم تستنفذ المحكمة ولايتها ويمكنها إعادة النظر في الدعوى وفق أوراقها أي أنها ستصلح ذلك الغلط الحسي وترجع الأمور إلى نصابها.

(1) قرار التعقيبي عد 17272 دد المؤرخ في 14/10/2002 (غير منشور).

(2) قرار التعقيبي عد 17272 دد المؤرخ في 14/10/2002 (غير منشور).

القسم الرابع

طرق الطعن في الأحكام ووقف تنفيذها

إن كل عمل إنساني عرضة للخطأ والمشرع مقر بذلك ضرورة أنه عمل على تأمين مصلحة الخصوم بان أجاز الطعن في الأحكام⁽¹⁾.

ولقد حدد القانون طرق الطعن في الأحكام على سبيل الحصر وبمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة ضدّهم بقصد إعادة النظر فيها أو بقصد إلغائها لبطلانها أو لبطلان الإجراءات التي على أساسها صدرت.

وطرق الطعن في النظام القضائي التونسي هي الاعتراض والاستئناف والتماس إعادة النظر والتعقيب. ويمارس الطعن بعدة وسائل اما بقصد سحب الحكم من المحكمة التي أصدرته وإعادة النظر فيه وذلك في الاعتراض أو التماس إعادة النظر، واما بقصد التجريح في الحكم وفي هذه الحالة يرفع الطعن إلى محكمة أعلى درجة لتفصل في موضوع الدعوى من جديد كالأستئناف، وأما بقصد نقض الحكم لدى محكمة التعقيب في حالة خرقه لقاعدة قانونية شكلية كانت أو أصلية.

وطرق الطعن تنقسم إلى طرق عادية وهي الاستئناف وغير عادية وهي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب ولكل طريق شروطه وأحكامه، غير ان النقاط المشتركة تنسحب على كل الطعون ولذلك سوف نتطرق في فصل تمهيدي للأحكام العامة للطعون وأنواعها ثم نتطرق في فصل أوّل للاستئناف بوصفه طريقا عاديا للطعن وفي فصل ثان ل طرق الطعن غير العادية وهي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب وفي فصل ثالث لوقف تنفيذ الأحكام.

(1) Albert BODAS : «Des jugements susceptibles d'appel» Thèse de doctorat - Université de Paris 1904، p. 2.

فصل تهديدي

الأحكام العامة للطعون وأنواعها :

ان الطعون ولئن تعددت فيجمع بينها قاسم مشترك وعدة أحكام عامة تنظمها وتنسحب عليها يتعين التطرق إليها قبل ولوج التقسيم المعتمد لطرق الطعن.

المبحث الأول - الأحكام العامة للطعون :

خلافًا للعديد من التشريعات لم يفرد المشرع التونسي بابا خاصا بمجلة المرافعات يتعلق بالأحكام العامة المنسحبة على الطعون. وتلك القواعد تستقي من نصوص إجرائية متفرقة وتتعلق أساسا بالعمل القضائي المطعون فيه وبأطرافه وبأجله وشكلياته.

الفقرة الأولى - العمل القضائي موضوع الطعن :

ان العمل القضائي موضوع الطعن هو محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من اعتمد معيارا عضويا ومنهم من أكد الخاصيات الشكلية. فالفريق الأول يكتفي بكون العمل القضائي صادر عن محكمة بصرف النظر عن موضوعه أو عن انعقاد خصومة من عدمه أو حصول مواجهة من عدمها. أما الفريق الثاني فلا يعتبر العمل القضائي حكما الا إذا صدر في خصومة انعقدت وفق إجراءات معينة تؤدي إلى احترام مبدأ المواجهة وتضمن حقوق الدفاع.⁽¹⁾

والمعياران المعتمدان لا يخلو كلاهما من القصور وعدم الأخذ بكامل عناصر الحكم ضرورة ان الأول حشر كل الأعمال القضائية الفاصلة في نزاع والمقتصرة على مجرد الإجراء التحفظي للحيلولة دون ضياع الحق وهدره، والثاني ولئن لم يجمع كل الأعمال القضائية إلا انه لا يضمن الصبغة الحكومية على القرارات والاذون الصادرة عن المحاكم دون انعقاد خصومة التي تبقى جميعها خاضعة للطعن وان صدورها في غياب الخصوم لا ينزع عنها الحجية علاوة على أنه ليس بالضرورة أن يصدر الحكم طبق الإجراءات العادية ومن ذلك الأحكام التمهيدية والتحضيرية التي تصدر دون تعليل وبطاقات الجبر والإلزام المشبهة بالأحكام والتي تكسى بالصيغة التنفيذية وتنفذ تنفيذا جبريا.

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، المرجع السابق - ص. 316.

وعلى كل فالحكم هو حسب إجماع الفقهاء هو القرار الصادر عن محكمة لها ولاية قانونية في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام، سواء في نهايتها أو أثناء سيرها وسواء كان صادرا في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية.⁽¹⁾

وهذا التعريف جمع كل أنواع الأحكام القطعية منها والتحضيرية والتمهيدية ولا يحشر الأعمال الولائية المأذون بها في غياب الأطراف ولا ينصرف إلا للإعمال القضائية الصادرة في إطار خصومة التي تفترض حضور الأطراف وممارسة حقهم في الدفاع بواسطة محام إلى حين المرافعة ثم الفصل في النزاع بصفة قاطعة ويكتسي الحكم حجية الأمر المقضي به.

وأنه من خلال التعريف نريد أن نصل إلى كون الأحكام هي التي يتسلط عليها الطعن أو ما شبهها المشرع بالأحكام دون غيرها من الأعمال التي وان صدرت عن قاض فهي متعلقة بإدارة القضاء وحسن سيره.

الفقرة الثانية - أطراف الطعن :

لقد سبق القول، ان الدعوى هي السلطة التي خولها القانون لشخص لطلب الحماية القانونية واشترط في ذلك الأمر بالنسبة للطعن الذي يعتبر وجها من أوجه ممارسة الدعوى، ولذلك فشرط الصفة والأهلية والمصلحة تلازم هذه الممارسة، بالإضافة إلى ذلك لا بد أن يكون الطاعن طرفا في نزاع انتهى بصدر حكم وان لا يغير الصفة التي اعتد بها أو تم القيام عليه بموجبها، وتبعاً لذلك يمكن لكل أطراف القضية سواء الطالب أو المطلوب أو المدخل أو المتداخل الطعن في الحكم.

وهذا الشرط لا ينسحب على المعارض الذي يعتبر غيرا بالنسبة للخصومة الا أن صدور الحكم اضر بحقوقه ويمكنه الاعتراض عليه عملا بأحكام الفصل 168 من م.م.ت. ويكون قيامه وفق الإجراءات والشروط المنطبقة لدى المحكمة التي تم أمامها الاعتراض.

كما يشترط في الطاعن أن يكون له مصلحة أي أن يكون قد حكم عليه لفائدة خصمه أو رفضت المحكمة الاستجابة لبعض طلباته. اما من قضي له بكل طلباته فلا يجوز له الطعن ضرورة أنه لم تعد له مصلحة في الطعن. وكذلك من رفض تداخله أو تم إخراجه من نطاق المطالبة فلا مصلحة له في الطعن وهو ما أقرته محكمة

(1) - أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 812

- محمود هاشم : «قانون القضاء المدني»، ص. 376.

- وجدي راغب : «مبادئ القضاء المنهجي»، ص. 570.

التعقيب التي ورد بإحدى أحكامها ان «قاعدة لا طعن بدون مصلحة تحول دون قبول استئناف المطلوب الذي صدر الحكم بإخراجه من نطاق التقاضي».⁽¹⁾

وان تقدير المصلحة يكون عند صدور الحكم لا من تاريخ ممارسة الطعن لان المصلحة في الطعن مرتبطة بأثر الحكم الذي يبدأ من تاريخ صدوره.

كما ان شرط المصلحة مقترن بعدم التنازل عن ممارسة الطعن، الا أن التشريع التونسي يعتبر حق التقاضي حق مشروع ولا يمكن التنازل عليه، وحتى ان تم ذلك فهو اتفاق باطل لمساسه بالنظام العام. غير أن المسألة أعقد من ذلك ضرورة أن تنقيح الفصل 40 من م.م.م.ت. والذي خول للأطراف الطلب من الدوائر التجارية أن تحكم طبق قواعد العدل والإنصاف ويعد ذلك عدول عن الطعن ضرورة ان التحكيم القضائي مشابه إلى حدما بالتحكيم الحر وجل التشريع أقرت عدم إمكانية الطعن بالاستئناف في القرارات التحكيمية التي تكون نهائية.

الفقرة الثالثة - أجال الطعن :

ان الأجل هو المدة الزمنية التي ضبطها المشرع للطعن في الحكم. وتحسب هذه المدة بداية من اليوم التالي لحصول الإجراء الذي يحدد بداية سريان أجل الطعن وهو الإعلام بالحكم بالنسبة للاستئناف والتعقيب عملا بأحكام الفصلين 141 و195 من م.م.م.ت. أما إذا لم يقع الإعلام بالحكم فإنَّ أجل الطعن يبقى مفتوحا إلى حد تاريخ سقوط الحكم بمضي عشرين سنة من تاريخ صدوره عملا بأحكام الفصل 257 من م.م.م.ت.

أما إذا قام المحكوم لفائدته بالإعلام بالحكم فإنَّ الطعن يسقط بفوات الأجل القانوني وعلى المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها عملا بأحكام الفصل 13 م.م.م.ت. الذي اقتضى ان «المسقطات كلها وجوبية وتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها». وأجال الطعن محددة بعشرين يوما من تاريخ الإعلام بالحكم عملا بأحكام الفصل 141 م.م.م.ت. بالنسبة للاستئناف باستثناء أحكام الطلاق المحدد لها أجل شهر بداية من صدور الحكم. أما بخصوص التعقيب فإنَّ الأجل كذلك هو عشرون يوما من تاريخ الإعلام بالحكم عملا بأحكام الفصل 195 من نفس المجلة.

أما الدعاوى المدنية الواقع القيام بها في إطار الدعوى العامة أمام المحاكم الجزائية عملا بأحكام الفصل 7 من م.ا.ج. فهي غير خاضعة لنفس الأجال وتكون تحت طائلة الإجراءات الجزائية ضرورة أن الفرع يتبع الأصل وتتبع الدعوى المدنية إجراءات الدعوى العامة.

(1) القرار عدد 1786 الصادر في 14 جوان 1979 - نشرية محكمة التعقيب 1980 - ص.

المبحث الثاني - أنواع طرق الطعن :

الفقرة الأولى - تعريف طرق الطعن :

ان طرق الطعن في الأحكام هي الوسائل القضائية التي ينظمها القانون لمراقبة صحة الأحكام ومراجعتها وهي تهدف إلى كشف أخطاء الحكم المطعون فيه سواء تعلقت بالقانون الموضوعي أو بالإجراءات.

كما تهدف تلك الطرق إلى إصلاح الأخطاء ومراقبة القضاة الذين أصدروا الحكم المطعون فيه.⁽¹⁾

ولقد فرق الفقهاء بين طرق الطعن معتمدين في ذلك على معيارين أساسيين هما المحكمة التي يرفع لها الطعن وطبيعة الطعن. فاذا رفع الطعن لنفس المحكمة المصدرة للحكم عد الطعن مراجعة كالاعتراض والتماس إعادة النظر. أما إذا رفع الطعن إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة المصدرة للحكم اعتبر الطعن طعن نقض والاستئناف خير دليل على ذلك. أما التعقيب فهو ليس درجة ثالثة من درجات التقاضي بل مراقبة لحسن تطبيق القانون ويكتفي بالنقض والاحالة، غير ان التنقيح الأخير الواقع في 1 سبتمبر 1986 اقر لمحكمة التعقيب التصدي للموضوع وإصدار حكم في الأصل.

أما بخصوص طبيعة الطعن فإنه إذا كان الطعن مخولا لكل المتقاضين وموقفا لتنفيذ الحكم اعتبر طعنا عاديا، وفي غير تلك الحالة وكان الطعن مسموح به في عدة حالات على وجه الحصر عد الطعن غير عادي وغير موقف للتنفيذ وهذان التقسيمان وجه لهما عدة انتقادات ضرورة ان الأول جمع بين طعون مختلفة من حيث الطبيعة والأثر القانوني والثاني المؤسس على طبيعة الحكم غير دقيق. إلا أن هذا التقسيم ولئن وجهت له عديد الانتقادات فإن المنتقدين لم يطرحوا بديلا علاوة على أن جل التشريعات العربية والغربية اعتمده بمجلات المرافعات المدنية والتجارية كالمشرع الفرنسي والمصري واللبناني الذين افردوا لكل طعن عنوانا. ومشرعنا لم يعتمد هذا التقسيم بل أورد طرق الطعن جميعها بصفة متواترة بدءا بالاستئناف بالفصول 130 إلى 155 فالتماس إعادة النظر بالفصول من 156 إلى 167 ثم الاعتراض من الفصل 168 إلى 174 وانتهاء بالتعقيب من الفصل 175 إلى 197.

(1) اسماعيل نبيل عمر : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 579.

الفقرة الثانية - الآثار المترتبة عن كل صنف من الطعون :

ان تصنيف الطعون إلى عادية وغير عادية يترتب عليها اثار قانونية هامة سنوردها واحدة واحدة مع طرح أشكال الاعتراض الذي يبدو غامض الطبيعة.

1 - استعراض آثار الطعون :

أ) ان الطعن العادي مخول لكل المتقاضين ولكل من تراءى له ان المحكمة جانبت الصواب في حين ان الطعن غير العادي فهو مقرر بموجب القانون الذي حدد حالاته على وجه الحصر ومن ذلك الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب.

ب) لا بد من البدء بالطعن العادي حتى يمكن ولوج الطعن غير العادي ضرورة انه طالما بالإمكان اتباع الطعن العادي فلا يسمح باستعمال إحدى الطعون غير العادية ومثال ذلك من فوت على نفسه الطعن بالاستئناف أصبح الحكم في حقه باتا ولا يمكنه الطعن بالتعقيب.

ج) ان الطعن العادي يترتب عليه إعادة النظر في النزاع من جديد فيما تسلط عليه الطعن، في حين انه في الطعن غير العادي فإنه لا يقع النظر إلا في العيوب التي بني عليها الطعن ومثال ذلك الطعن بالتعقيب لا يسمح بالنظر إلا في المسائل القانونية. كما ان الطعن العادي يوقف تنفيذ الحكم في حين ان الطعون غير العادية لا توجب وقف التنفيذ، غير انه بالإمكان طلب ذلك من رئيس المحكمة المتعهد الذي له عند توفر الشروط وقف التنفيذ لمدة شهر.

2 - أشكال الاعتراض :

لقد تعرضت الفصول من 168 إلى 174 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية إلى الاعتراض وحددت نظامه القانوني. وهذا الطعن مخول لكل شخص لم يسبق له استدعاء للتدخل في القضية وصدر حكم مضر بحقوقه. ولقد حدد الفصل 168 م.م.ت. أسباب الطعن بالاعتراض وحصر حالة إمكانية اللجوء إلى هذا الطعن، وبالإضافة إلى ذلك انه طعن مراجعة ضرورة انه يرفع لنفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويحرم المعارض من درجة من درجات التقاضي إذا كان الاعتراض أمام محكمة الاستئناف، وبذلك يكون الاعتراض طعنا غير عادي وهو ما أقرته محكمة التعقيب عندما أكدت في إحدى قراراتها ان «التماس إعادة النظر والاعتراض يشكلان طريقتين غير عاديتين في الطعن إلا ان لكل منهما قواعده وشروطه الخاصة»⁽¹⁾.

(1) قرار تعقيبي صادر في 2 جوان 1981 - نشرية محكمة التعقيب 1982 - الجزء الثاني - ص. 226.

الفصل الأول

الاستئناف :

ان الهدف من إقرار الاستئناف كدرجة ثانية من درجات التقاضي هو إتاحة الفرصة لمن صدر ضده حكم من محكمة أول درجة إعادة طرح النزاع أمام محكمة أعلى درجة وأكثر خبرة باعتبار ان قضائتها من الذين فاقت أقدميتهم العشر سنوات ولتجاوز الخطأ الذي يمكن ان يرتكبه قاضي أول درجة ضرورة ان كل عمل إنساني عرضة للخطأ والسهو والغفلة والاعمال ولان حكما واحدا في النزاع لا يمثل ضمانات كافية⁽¹⁾ ضرورة ان موضوع الاستئناف ليس حكم الدرجة الأولى إنما الوقائع التي نظرها قاضي البداية، اما ما يكون في الحكم المطعون فيه من عيوب سواء اتصلت بعدالته أو بصحته فإنها تنظر في الاستئناف بطريق غير مباشر. وبالإضافة إلى ذلك ان الاستئناف لا يكون إلا مرة واحدة حرصا على استقرار المراكز القانونية وتطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين فإن كل الأحكام الابتدائية قابلة للطعن بالاستئناف. ولقد حدد المشرع شروط الطعن بالاستئناف وبين إجراءاته وآثاره في الفصول المتراوحة من 130 إلى 155 من م.م.م.ت.

المبحث الأول - شروط الطعن بالاستئناف :

لقد وردت شروط الطعن بالفصول من 130 إلى 143 من م.م.م.ت. وتنقسم إلى شروط شكلية وشروط أصلية.

الفقرة الأولى - الشروط الأصلية للاستئناف :

ان الشروط الأصلية تنحصر في ثلاث أولها يتعلق بالحكم المطعون فيه وثانيها بالأشخاص الذين لهم حق الطعن والذين يمكن أن يرفع ضدهم الاستئناف.

1 - الشروط المتعلقة بالحكم المطعون فيه :

ان الحكم المطعون فيه يجب أن يكون ابتدائي الدرجة وصادرا عن محكمة درجة أولى ويفترض ذلك ان يكون الوصف من حيث الدرجة صحيحا، فإذا لم يكن (1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق - ص. 872.

كذلك فإن محكمة الاستئناف تصحح الوصف باعتبار أن الحكم يستمد وصفه من القانون.⁽¹⁾

كما ان الأحكام الصادرة في مرجع النظر تكون دائما ابتدائية الدرجة وقابلة للاستئناف لتعلقها بالنظام العام وخاصة الاختصاص الحكمي ضرورة أن بعض فروع الاختصاص الترابي تهم النظام العام كذلك.⁽²⁾ وهذا الطعن اقتضته الفقرة الثالثة من الفصل 41 من م.م.م.ت.

وفي الحقيقة ومنذ تقيح مجلة المرافعات المدنية بموجب القانون عدد 87 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 والقانون عدد 59 المؤرخ في 23 ماي 1994 أصبحت الأحكام الصادرة عن محكمتي الناحية والابتدائية ابتدائية الدرجة باستثناء أحكام التبني الصادرة عن محكمة الناحية وبعض الأحكام أو القرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية مثل أحكام التثبيت التي هي في الحقيقة بيع قضائي قابل للطعن بالإبطال أو بعض قرارات القاضي المنتدب للفلسة عملا بأحكام الفصل 427 من م.م.م.ت. والفصل 454 من المجلة التجارية.

2 - الشروط المتعلقة بالطاعن :

ان الطاعن بالاستئناف يجب ان يكون طرفا في الخصومة الصادر فيها الحكم المطعون فيه، ويكون الشخص طرفا في الخصومة إذا قدم طلبات في مواجهة خصمه ولم يتنازل عنها إلى حين صدور الحكم. وهذا الشرط هو في الحقيقة أثر لنسبية الأحكام ضرورة أن الحكم لا تكون له حجية إلا بين أطرافه ولا يعارض به الغير باستثناء الأحكام التي لها حجية مطلقة وهي ليست حاسمة لنزاع كأحكام ثبوت الجنسية والمتعلقة بحالة الأشخاص.⁽³⁾

والطاعن بوصفه طرفا في خصومة قضائية يجب أن تتوفر فيه شروط القيام بالدعوى ضرورة أن الاستئناف هو وسيلة من وسائل الحماية القضائية، وبالتالي أن المصلحة والصفة والأهلية هي من الشروط الواجبة التوفر في الطاعن عملا بأحكام الفصل 19 من م.م.م.ت. الوارد في باب الأحكام العامة المنطبقة على كل المحاكم.

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المراجع السابق - ص. 785.
(2) حسين بن سليمة : «دراسات قانونية لإشكالات تباينت حولها المحاكم»، تونس 1998 - ص. 16.
(3) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المراجع السابق - ص. 184.

أ - وجوب توفر الصفة في الطاعن :

ان شرط الصفة يقتضي أن يكون الطاعن بالاستئناف طرفا في الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه سواء بوصفه طرفاً أصلياً أو دخيلاً، وبذلك أن الغير وحتى في صورة أضرار الحكم المطعون فيه بحقوقه لا يمكنه الطعن فيه بالاستئناف، غير أن الورثة بوصفهم خلفاً للمتوفي يمكنهم مواصلة التقاضي والطعن في الأحكام التي كانت صدرت ضد مورثهم. وهذا المنحى انتهجه فقه القضاء بصفة متواصلة ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بإحدى حيثياته ان «الفصل 130 م.م.م.ت. أو جب على المستأنف أن يصحب عريضة الاستئناف بنسخة من الحكم الابتدائي ونص الفصل 152 من نفس المجلة ان الاستئناف لا يرفع إلا من طرف الأشخاص المشمولين بالحكم. ويستفاد من النصين المذكورين ان مناط الاستئناف هو ما احتوى عليه الحكم المستأنف أشخاصاً وموضوعاً»⁽¹⁾.

ب - وجوب توفر الأهلية في الطاعن :

ان الأهلية شرط لانعقاد الخصومة وليست شرطاً من شروط القيام ضرورة ان الفصل 19 من م.م.م.ت. اقتضى ان «غير أنه إذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل عند القيام فإن تلافيه أثناء القضية يصحح الدعوى...».

ومن هذا المنطلق يتعين تحديد طبيعة الطعن، هل هو خصومة جديدة أو مرحلة من مراحل الخصومة التي ابتدأت لدى الطور الابتدائي؟

يرى البعض أن الاستئناف مرحلة من ذات الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، وبذلك تكون خصومة واحدة مع الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه.⁽²⁾

ويرى آخرون ان الطعن تكملة للخصومة الأولى وهو في نفس الوقت خصومة لها كيان ذاتي.⁽³⁾

في حين ان الفقه الفرنسي يعتبر ان الطعن خصومة جديدة ومستقلة عن خصومة أول درجة باعتبار انه يرفع بإجراءات جديدة أمام محكمة أخرى.⁽⁴⁾

(1) تعقيب مدني عدد 347 الصادر في 19 فيفري 1981 - مجلة القضاء والتشريع عدد 3 لعام 1981.

(2) نبيل إسماعيل عمر : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 1160.

(3) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 837.

(4) DEVEZE : «De la règle des voies de nullité contre les jugements». Thèse - Toulouse - 1938، p. 45.

وإذا قمنا بهذا العرض فللقول ان الطعن هو مرحلة من مراحل الخصومة التي انعقدت في الطور الابتدائي ولا تنعقد الخصومة الا بين أطراف لهم أهلية، في حين ان القيام يكون ممن أهليته مقيدة ويصحح الإجراء أثناء القضية، وطالما انعقدت الخصومة فيجب ان تتواصل بين خصوم أهليتهم مكتملة، وبما ان للاستئناف مفعول انتقالي فإنّ الخصومة تنتقل بكاملها إلى محكمة الاستئناف، وبالتالي ان المستأنف يجب أن يكون كامل الأهلية التي هي شرط لصحة الطعن وليس شرطاً لقبوله. ولذلك يجب ان يكون الطاعن اهلاً للقيام بإجراءات الطعن باسمه ولصالحه أو لصالح غيره. وهذه الأهلية الإجرائية تختلف عن أهلية الاختصاص أي صلاحية الشخص لاعتباره خصماً. وعليه إذا لم تتوفر في الطاعن الأهلية الإجرائية فيجب ان يقوم مقامه من تتوفر فيه هذه الأهلية. فالشخصية المعنوية يمثلها من ينوب عنها قانوناً والقاصر ينوبه وليه أو من قدم عنه.

ج - وجوب توفر المصلحة في الطاعن :

ان المصلحة كما سبق وان عرفناها في باب شروط قبول الدعوى هي المصلحة القانونية الشخصية والمباشرة وان تكون قائمة وحالة.

وبخصوص الاستئناف يشترط في الطاعن ان تكون له مصلحة قانونية في طعنه حتى يتسنى له اتخاذ أي إجراء من إجراءات الخصومة وتقديم طلبات والدفع لرد طلبات الخصوم وهو ما يستخلص من الفصل 19 من م.م.ت. المنطبق أمام كافة المحاكم باعتبار وروده في باب الأحكام العامة وعلى كل الخصوم سواء الطالب أو المطلوب، وعليه فإنّ المستأنف من الواجب أن تتوفر فيه مصلحة في طعنه وإلا كان ماله الرفض وهو ما أقرته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها الذي ورد بإحدى حيثياته ان «الطعن أساسه المصلحة فلا طعن بدون مصلحة»⁽¹⁾.

ولذلك لا بد من تحديد الحالات التي يكون فيها للطاعن مصلحة. وفي هذه الصدد أجمع الفقهاء أنه يكون للطاعن مصلحة إذا لم يحكم لدى محكمة البداية له بكامل طلباته، ورأى قلة ان مناط المصلحة في الطعن هو حصول ضرر للطاعن سواء برفض طلباته كلياً أو جزئياً.

والمشروع لم يعرف المصلحة القانونية وعلى القاضي استخلاصها من المبادئ العامة للقانون أو عن طريق القياس وهي متوفرة عندما يكون الطاعن محكوماً عليه لفائدة خصمه بان لا يقضى بكل طلباته ان كان مدعياً وترفض دعوته ان كان مدعياً عليه.

(1) القرار التعقيبي عدد 4629 بتاريخ 9 مارس 1967 - نشرية 1967 - ص. 29.
- قرار تعقيبي عدد 6087 المؤرخ في 9 مارس 2001 - نشرية محكمة التعقيب 2001 -
الجزء الاول ص 339

وبالإضافة إلى ذلك يشترط ان تكون المصلحة قائمة وحالة ويقصد بذلك ان يكون الحق أو المركز القانوني المراد حمايته قد تم الاعتداء عليه أو المنازعة الجدية فيه. لكن هذه المصلحة هل تبقى قائمة إذا اذعن الطاعن للحكم أو رضي به صراحة أو ضمناً؟

ان الاجابة عن هذا التساؤل يمكن استلهاها من القراءة المتزامنة للفصلين 19 و143 من م.م.م.ت. الذي اقتضى انه «يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني ويجوز للمستأنف ضده إلى حد المرافعة بعد ان فوت على نفسه أجل الطعن أو سبق منه قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي ان يرفع استئنافاً عرضياً...».

وبذلك ان من فوت على نفسه أجل الطعن أو رضي بالحكم لم تعد له مصلحة في الطعن في الحكم لتنازله عن ممارسة ذلك الحق، الا ان المحكوم عليه الذي فاته أجل الطعن في حين ان خصمه مارس حقه في الطعن فيمكنه القيام باستئناف عرضي لان رضاه بالحكم مشروط بعدم الطعن فيه من خصمه.

3 - الشروط المتعلقة بالمطعون ضده :

ان المطعون ضده يجب ان تتوفر فيه المصلحة القانونية ومعنى ذلك ان تكون له مصلحة تخول له الرد عن الطلبات المقدمة من خصمه والتي صدر الحكم الابتدائي في شأنها. ولذلك فإنه لا يقبل الطعن ضد من لم يختصم في الدعوى أو من لم توجه له طلبات أمام محكمة البداية وكذلك الذي لم تكن له طلبات قبل الطاعن⁽¹⁾ وعلاوة على ذلك يجب ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة أي ان يكون المطعون ضده طرفاً حقيقياً في الخصومة ولا يجوز اختصام من لم يكن خصماً في النزاع أمام محكمة البداية، إلا ان من توفي بعد صدور الحكم فيوجه الطعن إلى ورثته الحاليين محله وكذلك من فقد أهليته فيطعن ضد ممثله.

وشروط قبول الطعن تتعلق بالنظام العام وعلى المحكمة ان تتحقق منها ومن توفرها من تلقاء نفسها. كما تتحقق من ان المطعون ضده كان خصماً في الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه عملاً بأحكام الفصل 152 من م.م.م.ت. سواء كان طرفاً أصلياً طالباً أو مطلوباً أو طرفاً متداخلاً تداخلاً جبرياً أو اختيارياً ومرد ذلك ان للاستئناف أثر ناقل، إلا ان هذا المبدأ له

استثناءات قررها الفصل 153 من م.م.م.ت. الذي خول التداخل لمن لم يكن طرفاً في الدعوى الابتدائية شريطة ان يكون تداخله انضمامياً إلى أحد الأطراف. كما

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، ص. 851.

اجاز المشرع وبنفس الفصل المذكور التداخل لكل شخص له حق الاعتراض على الحكم المطعون فيه، وبهذا التداخل يخسر من مارسه درجة من درجات التقاضي الا ان ذلك كان باختياره وله كامل الحرية للتنازل عن حق.

أما بخصوص المشاكل التطبيقية المتعلقة بتحديد الأشخاص الممكن رفع الاستئناف ضدهم فإن أهمها صورة تعدد المستأنف ضدهم، فهل يجب ممارسة الطعن ضد كل من شملهم الحكم الابتدائي ام أن المستأنف له حق قصر استئنافه على البعض دون الكل.

لقد أتاحت الفرصة لفقه القضاء وخاصة محكمة التعقيب التطرق لهذه المسألة وورد بإحدى القرارات ان «محكمة الاستئناف لا تنظر الا في من كان طرفا في الاستئناف وتم استدعاؤه لذلك، وترتبا على ذلك فإن حكم محكمة الاستئناف القاضي بسقوط حق الطاعنة اعتمادا على انها لم تقم بواجب استدعاء أحد الخصوم الذي لم يكن في الحقيقة خصما في القضية الاستئنافية يعتبر مخالفا للقانون ويستحق الرفض»⁽¹⁾.

ويخلص من القرار المذكور ان الطاعن بإمكانه توجيه طعنه ضد البعض من خصومه واستدعاء من وجه ضده الاستئناف وتسليط طعنه على أجزاء من الحكم والرضى بباقي أجزائه وهو ما يقره الفصل 144 من م.م.م.ت. الذي نص على ان «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف».

وطالما أن لكل قاعدة استثناء فإن المبدأ المذكور سلفا لا يكون منطبقا في صورة عدم قابلية الحكم للتجزئة. ففي هذه الحالة يكون الطاعن ملزما بتوجيه طعنه على كافة الخصوم الذين شملهم الحكم الابتدائي وهو ما أقرته محكمة التعقيب في العديد من القرارات ومن بينها القرار الذي ورد بإحدى حيثياته انه «خلاف لما جاء به الفصل 134 م.م.م.ت. حول الحق للمستأنف في رفع استئنافه ضد من يراه خصما له وليس بالضرورة ان يرفعه ضد كافة الخصوم المشمولين في الحكم الابتدائي كما أن محكمة القرار لما أدخلت في القضية من لم يستأنف الحكم الابتدائي من المستحقين المحكوم ضدهم تكون قد أحسنت تطبيق القانون اذ ان ذلك من واجبها عندما يكون موضوع النزاع غير قابل للتجزئة»⁽²⁾.

(1) القرار عدد 11441 في 16 مارس 1976 - نشرية محكمة التعقيب 1976 - الجزء الأول - ص. 105.

(2) القرار عدد 18029 في 6 ديسمبر 1988 - نشرية محكمة التعقيب 1988 - ص. 121.

الفقرة الثانية - شروط الاستئناف الشكلية :

ان الشروط الشكلية للطعن بالاستئناف تتعلق أساسا بمواعيد الطعن وبإجراءات رفعه، كما لا يفوتنا ان نتطرق للإحالة على محكمة الاستئناف من محكمة القانون.

1 - آجال الطعن بالاستئناف :

ان التطرق للآجال يستدعي تحديد ميعادها وبدايتها ونهايتها والعوارض التي تحول دون سريانها. وللآجال أهمية بالغة ضرورة أنه بانقضائها يصبح الطعن غير ممكن ويحوز الحكم الابتدائي قوة الشيء المقضي ويتصل به القضاء ويصبح واجب التنفيذ وان اقتضى الحال بالقوة العامة.

وقبل الولوج إلى أجل الاستئناف ومدته وبداية سريانه يجدر التعرض ولو بإيجاز إلى مفهوم الزمن في الأعمال الإجرائية ضرورة أنه من العناصر الموضوعية المنظمة من قبل المشرع ولا دور لإرادة الأطراف فيها. وبخصوص الطعن فإن مواعيد محددة في القانون وكلها مواعيد ناقصة يتعين اتخاذ الإجراء فيها قبل انقضاء اليوم الأخير، وهي كلها مواعيد سقوط تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها عملا بأحكام الفصل 13 م.م.م.ت. ويعني ذلك أنه يترتب على عدم احترامها سقوط الحق الإجرائي، وبالتالي لا يمكن رفع الطعن بشكل صحيح بعد انقضاء الأجل.

ومواعيد الطعن ولئن أقر الفقهاء وجل التشريعات على أنها مواعيد سقوط فإن الأمر يستدعي تمييزها عن مواعيد التقادم وبيان موقف المشرع التونسي.

اقتضى الفصل 143 م.م.م.ت. على انه «يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني...» ولذلك ينبغي على المحكمة اثاره فوات الأجل من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام، في حين بالنسبة للتقادم لا تتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلقه بمصلحة الخصوم الذين لهم أثارته أو التنازل عنه. بينما آجال السقوط لا يمكن الاتفاق على مخالفتها ويمكن أثارها في أي وقت طالما الدعوى منشورة ولو لأول مرة أمام محكمة التعقيب، في حين ان مواعيد التقادم لا يمكن اثارها بعد الخوض في الأصل. وهذا الموقف يكرسه فقه القضاء ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة التعقيب والذي ورد بإحدى حيثياته ان «الاستئناف يسقط إذا تم القيام به بعد الأجل القانوني، وهذا الأجل يهمل النظام العام ويمكن التمسك به لأول مرة لدى التعقيب»⁽¹⁾.

(1) القرار التعقيبي عدد 22 الصادر في 18 مارس 1978 - نشرية محكمة التعقيب 1978 - ص. 125.

قرار تعقيبي عدد 29 الصادر بـ 22 فيفري 2000 - نشرية محكمة التعقيب 2001 ص 19

أ - ميعاد الطعن وعوارضه :

اقتضى الفصل 141 م.م.ت. ان «الأجل المضروب للاستئناف عشرون يوما تتبدئ من تاريخ الإعلام بالحكم كما يجب للمحكوم عليه ما لم ينص القانون على تاريخ اخر أو طريقة أخرى».

ويخلص من الفصل المذكور ان بداية سريان مهلة الاستئناف قد حددت بالنسبة للأحكام القطعية، أما الأحكام التحضيرية والتمهيدية فتطرح أشكالا من الضروري طرحه ومحاولة إيجاد حلول له في النصوص باعتبار ان مادة الإجراءات لا يخضع فيها التأويل للقياس.

1) مهلة الاستئناف :

ان مهلة الاستئناف مقدرة بعشرين يوما وبانقضائها يسقط الحق في الاستئناف اذ بانتهاء اليوم الأخير منها تنقضي المدة عملا بأحكام الفصل 140 من المجلة المدنية الذي اقتضى ان «يوم ابتداء مدة الأجل لا يكون معدودا منه فإن قدر بالأيام فإنه يتم عند تمام اليوم الأخير منه». والمهلة تتبدئ من تاريخ الإعلام بالحكم كما يجب عملا بأحكام الفصل 141 م.م.ت. المذكور سلفا.

* المبدأ :

ان القاعدة العامة الواردة تقتضي ان أجل الاستئناف عشرون يوما بداية من تاريخ الإعلام بالحكم. وهذا الأجل ينطبق على سائر الأحكام ما لم يعين المشرع أجلا آخر أو طريقة أخرى، وعند سكوت المشرع فإن هذا الأجل هو المنطبق باعتباره القاعدة العامة. ومثال ذلك الأحكام الصادرة في مطالب الرجوع في الأذون على العرائض القابلة للطعن بالاستئناف عملا بأحكام الفصل 228 م.م.ت. تكون خاضعة لنفس الأجل طالما سكت المشرع عن تحديد أجل للطعن فيها. وكذلك الأمر بالنسبة لاستئناف الأوامر بالدفع القابلة للطعن بالاستئناف عملا بأحكام الفصل 66 م.م.ت.

وبذلك يكون واضحا ان أجل الطعن بالاستئناف هو عشرون يوما من تاريخ الإعلام بالحكم المطعون فيه كما يجب. أما إذا كان الإعلام بالحكم باطلا أو لم يقع الإعلام بالحكم فإن الأجل يبقى مفتوحا إلى حد تاريخ سقوط الحكم بمرور عشرين سنة مثلما اقتضاه الفصل 257 م.م.ت. وطلب إبطال الإعلام بالحكم يكون بالقيام بدعوى أصلية لدى المحكمة الابتدائية أو بطريق الدفع أمام المحكمة المتعهددة بالاستئناف ضرورة ان قاضي الأصل هو قاضي الدفع⁽¹⁾.

(1) فتحي والي : «نظرية البطلان في قانون المرافعات»، رسالة دكتوراة بجامعة الاسكندرية 1959 - ص. 259.

2) الاستثناءات من القاعدة العامة :

ان الاستثناءات التي اقرها المشرع هي حالات وقع فيها التمديد في أجل للاستئناف العادي أو تعليق بداية سريانه وهو ما اقتضاه الفصلان 141 و 143 م.م.ت. إلى جانب بعض النصوص الخاصة. وسوف نتعرض للاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات المدنية ثم إلى التي وردت بالنصوص الخاصة.

* الاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات :

ان الاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات تتعلق بمهلة المسافة وبالاستئناف العرضي وبالتمديد في الأجل عندما يكون اليوم الأخير يوم عطلة رسمية.
- الاستثناء الأول والمتعلق بمهلة المسافة :

اقتضت الفقرة الرابعة من الفصل 141 من م.م.ت. انه «إذا كان الخصم متغيبا عن التراب التونسي يوم الإعلام يزداد في أجل الاستئناف مدة ثلاثين يوما».

ويخلص من الفقرة المذكورة ان الخصم المتغيب عن التراب التونسي والمقيم بالخارج يتمتع بأجل إضافي قدره ثلاثون يوما يضاف للمدة العادية المقدرة بعشرين يوما، وعليه تصبح المدة مساوية لخمسين يوما، وذلك لتمكين المقيم بالخارج من ترتيب أمور عودته والاتصال بمحاميه والقيام بإجراءات مطلب الاستئناف، وعليه فالمحكمة ملزمة بالبحث حول إقامة الطاعن وغيبته من عدمها وإذا لم تفعل وقضت بسقوط الاستئناف من تلقاء نفسها يكون حكمها مشوبا بالقصور.⁽¹⁾

ولقد سبق لمحكمة التعقيب ان تطرقت للمسألة في إحدى قراراتها وأكدت ان الزيادة في الأجل العادي للاستئناف لا يمنح إلا عند بقاء الخصم على غيابه.⁽²⁾ وذلك يعني ان تتواصل إقامته بالخارج الفعلية أو القانونية، ذلك هو مفهوم الغيبة خلافا لما تراءى للبعض الذين فسروا الغياب بالإقامة المتواصلة والفعلية في الخارج ونقدوا موقف محكمة التعقيب التي حسب رأيهم قد أضافت شرطا لم يقره المشرع وهو بقاء المعني بالأمر متغيبا عن البلاد التونسية بعد إعلامه بالحكم.⁽³⁾ وبالتالي ان النقد في غير محله ضرورة ان محكمة التعقيب طبقت القانون تطبيقا سليما، باعتبار أن المقصود بالغيبة هي الإقامة الفعلية أو القانونية بالخارج، وبالتالي ان الرجوع للبلاد

(1) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - ص. 851.

(2) القرار التعقيبي عدد 3005 بتاريخ 16 فيفري 1971.

(3) محجوبة اليحياوي : «طرق الطعن العادي في الأحكام المدنية»، مذكرة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء - ص. 100 - السنة الدراسية 1992-1993.

التونسية لقضاء بعض الأسابيع وقطع الإقامة عرضيا لا يحول ولا يمنع من التمتع بمهلة المسافة المنصوص عليها بالفصل 141 من م.م.م.ت.

الاستثناء الثاني والمتعلق بكون اليوم الأخير يوم عطلة رسمية. ولقد اقتضت الفقرة الأخيرة من نفس الفصل 141 المذكور سلفا انه «إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية امتد الأجل إلى اليوم الموالي لانتهاء العطلة».

وبالتالي إذا صادف ان كان اليوم العشرون بعد الإعلام بالحكم يوم عطلة رسمية يصبح الأجل واحدا وعشرين يوما ضرورة ان المشرع خول للمستأنف رفع طعنه في اليوم الموالي لانتهاء العطلة مباشرة حتى وان امتدت لأكثر من يوم وهو ما استقر عليه فقه القضاء بصورة متواترة ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته ان «يوم ابتداء مدة الأجل لا يكون معدودا واذا صاف اليوم الأخير لأجل الاستئناف يوم عيد أمتد الأجل إلى اليوم الموالي»⁽¹⁾.

رغم وضوح النص وتنصيبه على ان التمديد لا يحصل الا إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية فإنه قد يتبادر إلى الذهن إمكانية التمديد إذا تخللت العطلة الرسمية أجل الطعن وهذا التساؤل مشروع اذ أن مدة الأجل ستقص، غير أنه بالرجوع إلى الفصل 141 من م.م.م.ت. نجده يشترط لتمديد الأجل ان يكون اليوم الأخير يوم عطلة. ولذلك وطالما ان القواعد الإجرائية لا تحتمل التأويل الواسع فإن أيام العطل التي تتخلل أجل الطعن لا تعلق الأجل ولا تقطعه.

- الاستثناء الثالث والمتعلق بالاستئناف العرضي :

الاستئناف العرضي هو الطعن المرفوع من الخصم الذي فوت على نفسه ميعاد الاستئناف إذا كان خصمه قد رفع استئنافا أصليا.⁽²⁾ وبالتالي فهو رد فعل المستأنف ضده في مواجهة المستأنف بعد فوات الأجل أو بعد قبوله للحكم.⁽³⁾ ولقد اجاز المشرع هذا الاستئناف ضمن الفصل 143 م.م.م.ت. الذي نص على انه «يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني ويجوز للمستأنف ضده والى ختم المرافعة بعد ان فوت عن نفسه أجل الطعن أو سبق منه قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي ان يرفع استئنافا عرضيا بمذكرة كتابية مشتملة على أسباب استئنافه ومع ذلك فإن هذا الاستئناف العرضي يبقى بقاء الاستئناف الأصلي ويزول بزواله ما لم يكن زوال الاستئناف الأصلي مبنيا على الرجوع فيه».

(1) قرار تعقيبي عدد 375 الصادر في 20 ماي 1976 - نشرية محكمة التعقيب - الجزء الثاني - 1976.

(2) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 749.

(3) وجدي راغب : «أصول المحاكمات المدنية والتجارية»، ص. 638.

وبذلك ان المشرع التونسي قد أقر إمكانية القيام باستئناف عرضي بالإجراءات المعتادة لرفع الاستئناف الأصلي وذلك إلى حد ختم المرافعة، وفقه القضاء مكرس لهذه إمكانية وصدرت العديد من القرارات في هذا الشأن ومنها القرار الذي ورد به انه «يجوز لكل شخص اعتبر طرفا في القضية وكان للاستئناف تأثير على حقوقه ان يقوم من جهته باستئناف عرضي ولو بعد فوات أجل الاستئناف والى حد ختم المرافعة»⁽¹⁾.

وهذا الاستثناء من القاعدة العامة خوله المشرع لمن فاته ميعاد الطعن أو كان رضي بالحكم قبل الاستئناف الأصلي فإن تم القبول بعد رفع الاستئناف الأصلي فلا يقبل الاستئناف العرضي لان العلة في ذلك ان الرضى وكأنه مشروط بعدم استئناف الخصم.

ويوجه الاستئناف العرضي إلى المستأنف الأصلي ولا يوجه إلى من لم يرفع الاستئناف ولئن كان طرفا في الدعوى الابتدائية ويفصل فيه بحكم واحد مع الاستئناف الأصلي وهو ما أقرته محكمة التعقيب في قرارها الذي ورد بإحدى حيثياته انه «إذا قضت المحكمة بقبول الرجوع في الاستئناف الأصلي دون ان تتعرض للاستئناف العرضي فإن حكمها يعتبر قاصر التسيب وهاضما لحقوق الدفاع مما يجعله عرضة للنقض»⁽²⁾.

وبذلك بات واضحا ان هذين الاستئنافين مرتبطين ارتباطا وثيقا ضرورة انه إذا حكم بعدم قبول الاستئناف الأصلي شكلا لعدم توفر الشروط القانونية فإن الاستئناف العرضي يزول. أما إذا قبل الاستئناف الأصلي شكلا ثم تراجع المستأنف الأصلي فإن الاستئناف العرضي يبقى قائما وتفصل فيه المحكمة وهو ما أقره المشرع بالفصل 143 م.م.م.ت. الذي نص على ان الاستئناف العرضي يبقى بقاء الاستئناف الأصلي ويزول بزواله.

* الاستثناءات الواردة بنصوص خاصة :

ان الاستثناءات الواردة على أجل الاستئناف في الأحكام تتعلق بأحكام الطلاق وبالأحكام الخاضعة لموجبات التعليق والنشر في مادة التفليس.

(1) قرار تعقيبي عدد 63 المؤرخ في 30 نوفمبر 1976 - مجلة القضاء والتشريع لعام 1976 عدد 10 - ص. 155.

قرار تعقيبي عدد 2936 المؤرخ في 5/12/2000 - نشرية محكمة التعقيب 2001 الجزء الأول ص 59.

(2) قرار تعقيبي عدد 3943 الصادر في 10 فيفري 1981 - نشرية محكمة التعقيب - الجزء الأول - 1981 - ص. 51.

- الاستثناء الأول والمتعلق بأحكام الطلاق :

اقتضى الفصل 41 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في 1 أوت 1957 ان آجال الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة في مادة الطلاق أو بطلان الزواج تجري في ظرف شهر من تاريخ صدور الحكم أو القرار وذلك بالنسبة لجميع فروعها.

وبذلك ان أحكام الطلاق وبطلان الزواج لا تسري عليها القاعدة العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وأساس ذلك الخصوصيات المصطبغة بالحالة الشخصية وهو ما أقرته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها ومن بينها ذلك الذي ورد بإحدى حيثياته ان «الأحكام الصادرة في مادة الطلاق يكون الطعن فيها في غضون الشهر من تاريخ التصريح بها، بحيث لا مجال للطعن فيها بالاستئناف بعد ذلك الأجل ولو ظفر المحكوم عليه بأحد أسباب الغش الواردة بالفصل 141 في فقرته الثالثة من مجلة المرافعات».

والاختلاف الثاني عن القاعدة العامة هو إقرار بداية سريان آجال الطعن في هذه الأحكام من تاريخ التصريح بها، لا من تاريخ الإعلام بها حتى لا يؤدي ذلك إلى مرور زمن طويل بين صدور الحكم والطعن فيه وهو ما لا يتماشى مع طبيعة النزاع ووضع حد إلى نزاع له اثاره الاجتماعية، بالإضافة إلى أنه في مثل هذه الحالات يكون الأطراف على متابعة متواصلة ومستمرة للقضية وبالتالي من المستبعد ان تقع التجاوزات خاصة بعد تنقيح الفصول المتعلقة بالتبليغ في قضايا الطلاق وحرص المشرع ان يبلغ الاستدعاء للشخص نفسه أينما كان. ونحن نأمل أن ينتهج المشرع التونسي هذا المنحى ويجعل الطعن في جميع الأحكام من تاريخ صدورها مثلما هو الحال بمصر ولبنان والعراق شريطة ان يكون المحكوم عليه أو محاميه حاضرا بجلسة التصريح بالحكم، وان لم يكن حاضرا فكتابة المحكمة هي التي تتولى إعلامه بالحكم ويسري أجل الطعن من تاريخ الإعلام.⁽¹⁾

- الاستثناء الثاني والمتعلق بالأحكام الصادرة في التفليس :

اقتضى الفصل 454 من المجلة التجارية ان الأحكام الصادرة في التفليس تبتدئ آجال الطعن فيها من تاريخ صدورها وبالنسبة للأحكام الخاضعة لموجبات الاشهار والنشر فإن آجال الطعن فيها يبتدئ من تاريخ اليوم الموالي لإتمام الموجبات المذكورة بالفصل الآنف الاماح اليه. والجدير بالملاحظة ان الآجال المضبوطة بالفصل 454 من المجلة التجارية تتعلق بالاعتراضات على قرارات الحاكم المنتدب في حدود وظائفه المتعلقة بالإشراف على الفلسة ومراقبة أمناء الفلسة في أعمالهم،

(1) نبيل اسماعيل عمر : «أحوال المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 1136.

أما القضايا الأصلية التي تبت فيها الدائرة التجارية فالطعن فيها خاضع للأحكام العامة المنظمة للطعون.

ب - بداية سريان أجل الاستئناف :

اقتضى الفصل 141 م.م.م.ت ان «أجل الاستئناف عشرون يوماً تبتدئ من تاريخ الإعلام بالحكم كما يجب...».

ويخلص من الفصل المذكور ان المشرع اقر مبدأ بداية سريان أجل الاستئناف من تاريخ الإعلام الصحيح وحدد بعض الاستثناءات لهذه القاعدة.

1) بداية سريان الاستئناف من تاريخ الإعلام الصحيح :

ان الأجل يسري من تاريخ الإعلام بالحكم كما يجب أي وفق ما تقتضيه قواعد التبليغ. وهذه القواعد تعرضت لها الفصول من 5 إلى 11 من مجلة المرافعات المدنية. واقتضى الفصل 5 م.م.م.ت. ان «كل استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

فأول شرط أوجبه المشرع هو ان يكون الإعلام بالحكم بواسطة عدل منفذ وفقه القضاء مستقر على ذلك ضرورة ان إحدى قرارات محكمة التعقيب نص على «ان مجرد التنصيب بنسخة الحكم المدلى بها على وقوع الإعلام بتاريخ معين دون تحديد كيفية إنجاز ذلك لا يمكن اعتماده ضرورة ان عملية تبليغ الإعلام بالحكم المشار إليه بالفصل 141 م.م.م.ت. لا يمكن اعتباره إلا متى تمت بواسطة عدل تنفيذ وبموجب محضر مشتمل على جميع البيانات التي أوجبها الفصل 5 من م.م.م.ت.»⁽¹⁾.

وهذا الاتجاه كرسته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب وورد بالقرار ان «امضاء محضر الاستدعاء من طرف المبلغ إليه وان كان يعد حجة عليه قانوناً طبق الفصل 448 من المجلة المدنية إلا أنه مع ذلك يبقى التبليغ غير قانوني باعتبار أن المشرع اشترط أن يكون بواسطة عدل منفذ طبق الفصل المشار إليه»⁽²⁾.

وإذا ما تم الإعلام بواسطة عدل منفذ ملزم على تحرير محضره وفق القانون وتضمينه البيانات الوجوبية فإن هذا الإعلام يجب أن يبلغ للمحكوم عليه بمقره الأصلي أو بمقره المختار وفق الإجراءات المنصوص عليها بالفصل الثامن من مجلة المرافعات. والمقصود بالإعلام المقيم خارج البلاد التونسية وله مقر معلوم يوجه له نظير من الإعلام في مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ وذلك طبقاً

(1) قرار تعقيبي عدد 23216 مؤرخ في 26 أبريل 1989 نشرية محكمة التعقيب 1989 - ص. 166.

(2) قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الصادر في 13 أبريل 1995 تحت عدد 27728 منشور بقرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1994/95 - ص. 35.

لأحكام الفصل التاسع. أما إذا بارح المقصود بالإعلام مقره وصار مجهول المقر فيتم الإعلام على أساس الفصل العاشر ويبدأ الأجل من تاريخ تسليم النظر. أما إذا كان المقصود بالإعلام مجهول المقر مطلقاً فإنّ النظر يعلق بالمحكمة المصدرة للحكم وبمركز الولاية التي توجد بها المحكمة ويحسب الأجل من تاريخ التعليق. وعليه فالأجل يسري من يوم الإعلام بالحكم إلا ان فقه القضاء مستقر على أن الأجل يبدأ احتسابه من اليوم الموالي للإعلام عملاً بأحكام الفصل 140 من المجلة المدنية وفقه القضاء مستقر على ذلك ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته ان «يوم ابتداء مدة الأجل لا يكون معدوداً واذا صادف اليوم الأخير لأجل الاستئناف يوم عيد امتد الأجل إلى اليوم الموالي»⁽¹⁾.

وهذا الموقف انتقده البعض معتبرين ان الفصل 141 م.م.ت. صريح ولا مجال لتأويله ويبتدئ الأجل من يوم الإعلام وان الارتكان إلى الفصل 140 من المجلة المدنية في غير طريقة ضرورة أنه ورد في باب الأجل من المقالة الثالثة المعنونة بما يتغير به الالتزام، وبذلك لا يمكن الخلط بين ما قرره المشرع للالتزامات والأجل والشرط في المجلة المدنية وبين ما هو منظم للأجال في الطعون.

(2) الاستثناءات الواردة على المبدأ :

من المعلوم أن آجال السقوط لا تقبل القطع أو التعليق إلا أن المشرع حدد بعض الحالات الاستثنائية لهذا المبدأ وعلّة ذلك أنه لا يعقل ان يبقى الأجل سارياً ضد من لم يعد بإمكانه استئناف الحكم⁽²⁾ كموت المحكوم عليه أو فقدانه لأهلية التقاضي أو ارتكاب التفرير للحصول على حكم أو عدم الإعلام بالحكم من طرف المحكوم لفائدته.

- الاستثناء الأول والمتعلق بموت المحكوم عليه أو فقدانه الأهلية :

اقتضى الفصل 142 من م.م.ت. انه «يظل العمل بأجل الاستئناف إذا مات المحكوم عليه في إثنائه ويقع ابتداء الأجل من جديد لورثته من تاريخ إعلامهم بالحكم».

أنه ولئن اعتبر المشرع الورثة خلفاً عاماً للمورث عملاً بأحكام الفصل 241 من المجلة المدنية إلا أن هؤلاء الورثة من الجائز أن لا يكونوا على علم بالحكم الصادر ضد مورثهم وبالإعلام الموجه له ولذلك يتوقف الأجل عن السريان ويجب إعادة

(1) القرار التعقيبي عدد 37 الصادر في 20 ماي 1976 - نشرية محكمة التعقيب - الجزء الثاني لسنة 1976 -

قرار تعقيبي عدد 24235 الصادر في 15 ماي 2003 - نشرية محكمة التعقيب 2003 الجزء الاول ص 11 ص. 60.

(2) بيرو : «القانون العدلي الخاص»، ص. 660.

اعلام الورثة ولا يسري الأجل في حقهم الا من ذلك التاريخ الا أنه عمليا يصعب على المحكوم له معرفة كل الورثة وتبعاً لذلك يتأخر تنفيذ الحكم ردحا من الزمن مما حدا بالمشرع الفرنسي التحويل للمحكوم له اعلام ورثة المحكوم عليه بصفة جماعية دون ذكر الأسماء في آخر موطن لمورثهم لان العبرة بالتركة وليس بالذم المالية للورثة وهو ما اقتضاه الفصل 70 من مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية.

أما بالنسبة لفقد المحكوم عليه أهلية التقاضي فهي كذلك توقف سريان أجل الطعن إلى حين تعيين مقدم على فاقد الأهلية لدى قاضي التقاديم حتى يتسنى اعلام المقدم بالحكم. وفي نفس الإطار إذا فقد الولي أو الوصي صفة تمثيل القاصر لبلوغه سن الرشد فإن ميعاد الطعن يقف حتى يعلم المحكوم عليه ليتولى الطعن بنفسه في الحكم إذا ختار ذلك.

- الاستثناء الثاني والمتعلق بتزوير وثيقة قاطعة في الدعوى :

اقتضى الفصل 141 م.م.م.ت. في فقرته الثالثة انه «بالنسبة للأحكام الصادرة بناء على تغيير من الخصم أو ورقة مزورة أو بناء على شهادة زور أو بناء على عدم الاستظهار بحجة قاطعة منعت بفعل الخصم فإن أجل الطعن يبتدىء من تاريخ علم المحكوم عليه بثبوت الزور أو ظهور الحجة أو التغيير».

ويخلص من الفقرة المذكورة أنه من تاريخ علم المحكوم عليه بثبوت الزور أو الظفر بالحجة يبدأ سريان أجل الاستئناف، لكن شريطة أن يكون الحكم الصادر مبنياً على هذه الوقائع وأسس عليها ولولاها لما حكم للمحكوم لفائدته.

- الاستثناء الثالث والمتعلق بعدم الإعلام بالحكم :

ان المحكوم له هو احرص الأطراف على الإعلام بالحكم وإذا لم يفعل يبقى أجل الاستئناف مفتوحاً إلى حد تاريخ سقوط الحكم ومدة ذلك عشرين سنة عملاً بأحكام الفصل 257 م.م.م.ت.

الا أنه ولئن قرر المشرع ان الإعلام بالحكم لا يكون الا بواسطة عدل منفذ عملاً بأحكام الفصل الخامس من م.م.م.ت. الا ان حالة العلم اليقيني بالحكم تجعلنا نقر أن أجل الطعن يحسب من تاريخ العلم اليقيني وذلك حتى تستقر المراكز القانونية وينتهي النزاع بين المتخاصمين ويتصل به القضاء وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء عندما أكد أنه «إذا ثبت علم المحكوم عليه اليقيني بالحكم بمنطوقه وأسبابه، فإن هذا يغني عن إعلان به. ويبدأ أجل الطعن فيه من تاريخ هذا العلم اليقيني، كما إذا قدم المحكوم عليه هذا الحكم في قضية أخرى...»⁽¹⁾.

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، ص. 839.

المبحث الثاني - إجراءات الطعن بالاستئناف :

ان الفصول من 130 إلى 151 هي التي نظمت الاستئناف وإجراءاته وسير إجراءاته، الا أنه بالاطلاع عليها لا نجد البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة الطعن ولا الجزاء المترتب عن الاخلال ببعض البيانات ومرد ذلك أن المشرع احالنا إلى الإجراءات المتبعة لدى المحكمة الابتدائية فيما سكتت عنه الفصول المنظمة للاستئناف وهو ما اقتضاه الفصل 140 من م.م.م.ت. الذي اقتضى ان «القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على القضايا الاستئنافية بقدر ما لا تتخالف مع أحكام هذا الباب». وبذلك وطالما لم يبين المشرع البيانات الواجبة التضمين بعريضة الطعن بالاستئناف لا بد من الرجوع إلى الفصول المنظمة لذلك أمام المحكمة الابتدائية وخاصة الفصل 70 من م.م.م.ت. وفقه القضاء مستقر بخصوص هذا المسألة ونذكر على سبيل المثال إحدى القرارات التعقيبية الذي ورد باحدي حيثياته ان «الاستئناف يرفع بعريضة كتابية يحررها محام عن الطاعن لكتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر ويجب أن تشمل على البيانات الواجبة بعريضة افتتاح الدعوى وعلى بيان الحكم المستأنف وعدده وتاريخه وطلبات المستأنف كما يجب أن تكون مصحوبة بنسخة من الحكم المستأنف»⁽¹⁾ ولذلك وجب التطرق لكيفية رفع الاستئناف بأن نتطرق لمحتوى العريضة والبيانات المتعلقة بالخصوم وبأسباب الطعن ثم نتولى دراسة إجراءات رفع الطعن بالاستئناف.

الفقرة الأولى - كيفية رفع الاستئناف :

اقتضى الفصل 130 م.م.م.ت. انه «يرفع الاستئناف بعريضة كتابية يحررها محام عن الطاعن لكتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر.

ويجب ان تشتمل عريضة الاستئناف على البيانات الواجبة بعريضة افتتاح الدعوى وعلى بيان الحكم المستأنف وعدده وتاريخه ويعتبر مقر المحامي مقرا مختارا للمستأنف». ويخلص من الفصل المذكور أن المشرع أوجب أن تتضمن عريضة الطعن نفس البيانات

التي تتضمنها عريضة الدعوى لدى المحكمة الابتدائية المذكورة بالفصل 70 من م.م.م.ت. وتتعلق بالخصوم وأسمائهم وصفاتهم ثم البيانات الخاصة بعريضة الطعن بالاستئناف ذاتها.

(1) القرار التعقيبي عدد 12061 الصادر في 31 أكتوبر 1985 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1985 - ص. 160.

1 - البيانات المتعلقة بالخصوم :

ان عريضة الطعن بالاستئناف يجب ان تتضمن اسم ولقب وحرقة وصفة ومقر كل من المستأنف والمستأنف ضده دون ذكر أسماء كل الخصوم في الطور الابتدائي ضرورة ان الاستئناف لا ينقل الدعوى الا في حدود ما تسلط عليه الطعن عملاً بأحكام الفصل 144 م.م.ت. الذي اقتضى ان «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف»، وبالتالي يمكن للمستأنف أن يطعن في الحكم ويحدد خصومه، فإذا اقتنع أنه لا فائدة ولا جدوى من مواصلة الاختصاص مع أحد الذين استدعاهم في الطور الابتدائي فإنه لا يقيم ضده الطعن ويعتبر الحكم نهائياً في خصوص الفرع الذي لم يقع الطعن في شأنه.

وان ذكر أسماء الخصوم وألقابهم ومهنتهم، القصد منه ان لا يقع من تم استدعاؤه في حيرة جدية وتقدير كفاية البيانات أمر موكول للمحكمة. أما ذكر مهن الخصوم ووظائفهم فلا تعتبر من الحالات المؤدية للبطلان عند أغفالها علاوة ان هذا البطلان نسبي ولا يتمسك به الا من شرع لصالحه ويزول بتنازل هذا الأخير عن إثارته.

2 - البيانات الخاصة بعريضة الطعن :

ان البيانات الخاصة بعريضة الطعن تتعلق بالحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الطعن وطلبات المستأنف، ويجب التعرض للجزء المرتب عن الاخلال بهذه البيانات.

أ - الحكم المستأنف وتاريخه :

انه من الضروري ان تتضمن العريضة موضوع الحكم المستأنف ومنطوقه وتاريخه والمحكمة التي أصدرته، وان الغاية من ذلك هو عدم حصول لبس لدى المستأنف عليه في معرفة حقيقة الحكم المطعون فيه، كما يجب ذكر عدد القضية التي صدر فيها الحكم. واذا كانت صدرت أحكام متعددة بين طرفي الخصومة في نفس التاريخ فمن الضروري إيراد بيانات أخرى غير التاريخ ليتسنى معرفة الحكم المطعون فيه معرفة يقينية حتى يتسنى إعداد وسائل الدفاع بشأن ذلك الحكم.

ب - أسباب الطعن بالاستئناف :

ان الاستئناف طعن عادي ويجوز تأسيسه على أي من الأسباب المتعلقة بالواقع أو بالقانون والتي يرى المستأنف أنها تؤدي إلى عدم عدالة الحكم أو عدم صحته. وان الهدف من ذلك هو ضمان جدية الطعن. في حين يرى بعض الفقهاء ان الهدف من ذكر الأسباب هو أعمال قاعدة التقاضي على درجتين المتعلقة بالنظام العام

ضرورة ان الهدف من الطعن هو ان تعيد محكمة أعلى درجة النظر في النزاع وتطرح الخصومة من جديد وهي رغبة المستأنف في أن تقدر محكمة الاستئناف الخصومة تقديرا مخالفا لما ارتأته محكمة البداية ولا يمكن بأي حال ان يحرم الخصم من الاستئناف وكل اتفاق مخالف لذلك باطل بطلانا مطلقا.⁽¹⁾

وإذا ما سلمنا ان الطعن بالاستئناف يخول للمحكمة التطرق من جديد إلى النزاع من كل جوانبه فإنه لا فائدة من ذكر الأسباب ضرورة ان مهمة محكمة الاستئناف لا تكمن في مراقبة الحكم بل الحكم من جديد على أساس الوقائع المطروحة ويمكن ان يكون لها نفس رأى محكمة البداية فتقر الحكم ويمكن أن تخالفها جزئيا فتعدل الحكم ويمكن أن يكون الخلاف كليا فتلغي الحكم وتقضي من جديد. وعلى كل فإن ذكر الأسباب ضروري باعتبار ان الأثر الناقل فيما تسلط عليه الطعن يوجب على المحكمة ان لا تعيد النظر الا فيما حدده المستأنف ، باعتبار ان هذا الأخير لا يطعن الا في فرع من فروع الدعوى ورضي ببقية الفروع ولا بد من تبيان ذلك للمحكمة وإلا عد مستأنفاً لكامل الحكم بجميع فروع.

ج - طلبات المستأنف :

ان طلبات المستأنف تلعب دورا أساسيا في تحديد خصومة الاستئناف ضرورة ان الأثر الناقل لهذا الطعن يحدد نطاقه الطاعن باعتبار اختياره ان يطعن في فرع دون آخر والقاضي ملزم بالنظر فيما حدد، اما الفرع الذي لم يطعن فيه فقد رضي به الطاعن واتصل به القضاء.⁽²⁾

والحقيقة ان الطعن في الحكم يعني ضمنا طلب إلغاءه، ولذلك فإن الأمر يستدعي تحديد الفرع من الحكم الذي يريد الطاعن استئنافه. فالحكم المشتمل على عدة فروع وناقش الطاعن بعضها وسكت عن الباقي فإن ذلك يعني ان طعنه تسلط على الأجزاء التي ناقشها ورضي بباقي الأجزاء. أما إذا لم يتم التلميح إلى الفرع الذي يطعن فيه فإنه يعتبر طاعنا في الحكم بجميع أجزائه وهو ما يقره الفصل 144 السابق الذكر الذي اقتضى ان «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف». وبذلك ان الطعن دون تحديد نقطة معينة يعتبر تمسكا بذات طلباته أمام محكمة البداية ما لم يتم بتعديلها في الحدود المقررة قانونا.⁽³⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الدفوع»، ص. 492.

(2) نبيل عمر : «سبب الطلب القضائي لدى الاستئناف»، ص. 165.

(3) نبيل اسماعيل عمر : «دراسات في فلسفة قانون المرافعات»، ص. 20.

الفقرة الثانية - إجراءات رفع الاستئناف :

اقتضى الفصل 130 من م.م.م.ت. ان الاستئناف يرفع لكتابة محكمة الاستئناف بعريضة تودع لديها ومرفقة بجميع المؤيدات المثبتة لحقوقه. ويقوم كاتب المحكمة بتقييد الاستئناف بدفتر خاص معد لذلك يوم تقديم العريضة ويسلم وصلا في ذلك لمن قدمها ثم يكاتب كتابة المحكمة الابتدائية يعلمها بوقوع الاستئناف ويطلب منها توجيه ملف القضية. وبمجرد ورود الملف لمحكمة الاستئناف يتولى رئيس المحكمة تعيين المستشار المقرر ويأذن بنشر القضية بالجلسة التي يحددها. وتبعا لذلك يتولى كاتب المحكمة اعلام محامي المستأنف بموعد الجلسة ويستدعيه لحضورها. وعند ذلك يتولى محامي المستأنف القيام بالإجراءات المنصوص عليها بالفصل 134 من م.م.م.ت.

أ - استدعاء المستأنف ضده :

حالما عرف المحامي تاريخ الجلسة المعينة للنظر في الطعن يتولى استدعاء الخصوم الميينة أسماؤهم بعريضة الطعن بواسطة عدل منفذ عملا بأحكام الفصل الخامس من م.م.م.ت. وذلك قبل عشرين يوما من تاريخ الجلسة ويخفض هذا الأجل إلى ثلاثة أيام إذا كان الحكم المستأنف صادرا في المادة الاستعجالية أو القضايا المنصوص عليها بالفصل 81 م.م.م.ت. وهي القضايا التي تكون مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو كتب بخط اليد معرف بالإمضاء عليه أو قرينة قانونية أو كان هناك تاكد يوجب النظر على وجه السرعة.

وان عدم احترام هذه الإجراءات يوجب القضاء بسقوط الطعن عملا بأحكام الفصل 134 م.م.م.ت. وفقه القضاء مستقر في هذا الشأن ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بإحدى حيثياته ان «استدعاء المستأنف عليه من قبل المستأنف للحضور أمام محكمة الاستئناف يجب أن يكون في أجل الثلاثة أيام التي حددها القانون ومخالفة ذلك تعرض الاستئناف للسقوط تطبيقا للفصل 134 من قانون المرافعات المدنية والتجارية والمبطلات وجوبية تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها»⁽¹⁾ كما ان الاستدعاء يجب أن يشمل كل المستأنف ضدهم في حالة التعدد واغفال أحدهم يوجب الحكم برفض الاستئناف شكلا وهو ما قرره محكمة التعقيب في العديد من القرارات ولقد ورد في احداها ان «حادث المرور الذي مات فيه مورث المتضررين المطالبين مدنيا بالتعويض مدنيا ولما صدر لهم الحكم استأنفته شركة التأمين ولم

(1) قرار تعقيبي عدد 979 الصادر في 28 أكتوبر 1976 - مجلة القضاء والتشريع 1986 -

تستدع جميع خصومها باهمالها واحدا منهم يكون استثنائها ساقطا ومرفوضا شكلا، لقبوله والنظر في الأصل مع الحط من الغرامة المحكوم بها يكون معه الحكم خارقا للقانون ومستوجبا للنقض»⁽¹⁾.

ب - جزاء الإخلال باستدعاء وتقديم المستندات :

ان جزاء الإخلال بإجراءات الاستدعاء نظمته الفصول 71 و 72 من م.م.م.ت. ويفهم منها ان الحضور يزيل البطلان بالنسبة للأخطاء في اسم ولقب المستأنف ضده والمحكمة وتاريخ الجلسة ومواعيد الحضور ضرورة أن الاستدعاء قد انتج الهدف المرجو منه وهو تمكين المستأنف ضده من الحضور والدفاع عن حقوقه ولما حضر فلا ضرر ولا يمكنه التمسك ببطلان الاستدعاء. أما إذا تعلق الخلل بعدم التنبيه على المستأنف بتقديم جوابه كتابة مصحوبا بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعنية لها القضية فإنّ البطلان لا يزول بمجرد الحضور بل لا بد من تقديم الجواب، وبالتالي إذا حضر المستأنف ضده وتمسك وقبل الخوض في الأصل ببطلان الإجراءات فالمحكمة تستجيب لطلبه ضرورة أن هذه الضمانات شرعت لمصلحة الخصوم ولا تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها وهو ما أكدته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها التي ورد بها أن «الإجراءات التي شرعت لمصلحة الخصوم الشخصية يجب التمسك بها قبل الخوض في جوهر الدعوى وتفريعا على ذلك يكون غير مقبول أمام محكمة التعقيب المطعن المؤسس على أن محكمة الموضوع قضت في الدعوى دون بيان أسماء كافة القائمين بها»⁽²⁾ أما إذا لم يحضر المستأنف وتبين عدم التنبيه عليه بتقديم جوابه بواسطة محام وتقديم المؤيدات بالجلسة المعنية لها القضية فإنّ المحكمة تقضى من تلقاء نفسها ببطلان الإجراءات ضرورة ان «المحكمة المتعهددة بالنظر في القضية ملزمة بمراقبة الاستدعاء وفق الإجراءات القانونية للتأكد من سلامة إجراءات التبليغ خاصة في صورة عدم حضور المستدعي أو من يمثله كما أنه بموجب المفعول الانتقالي للاستئناف فإنّ محكمة الدرجة الثانية تراقب محضر استدعاء المطلوب للحضور لدى محكمة الدرجة الأولى لما في ذلك من مساس بالإجراءات الأساسية»⁽³⁾.

(1) قرار تعقيبي عدد 4183 الصادر في 20 ماي 1982 - نشرية محكمة التعقيب - لعام 1983 - الجزء الثالث ص. 66.

(2) القرار التعقيبي عدد 25901 الصادر في 2/4/1991 - نشرية 1991 - ص. 13.

(3) القرار التعقيبي عدد 6866 الصادر في 23/6/1969 - نشرية محكمة التعقيب 1969 - ص. 71.

كما ان المستأنف ملزم بعد استدعاء المستأنف ضده للجلسة أن يقدم مستندات الاستئناف ونظيرا من الاستدعاء وما لديه من الوثائق مصحوبة بكشف في ذلك ويقدمها إلى كتابة المحكمة قبل أسبوع من تاريخ الجلسة على الأقل فيمضي الكاتب الكشف ويرجع نظيرا منه إلى الطاعن. وان عدم تقديم ملف الاستئناف ونسخة من الحكم المطعون فيه سبعة أيام قبل الجلسة الأولى إلى كتابة المحكمة حتى تكون على بينة من موضوع القضية وتأذن بالإجراءات اللازمة ربحا للوقت ولسرعة فصل الخصومة يوجب الحكم بسقوط الاستئناف وهو ما أكده الأستاذ العياري في مقاله التعديل لمجلة الإجراءات متعلقة ومرماه عندما ذكر انه «ولا أدري كيف سقطت الفقرة المتعلقة بالجزاء من الفصل 134 م.م.م.ت. عند وضع المشروع في صيغته النهائية باعتبار أن الفصل 70 من المجلة الخاص بعريضة الدعوى نص على سقوط العريضة عند عدم اشتغال الاستدعاء على دعوة المدعي عليه لتقديم جوابه ودفوعاته بواسطة محام فالحالتان متشابهتان والقواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على نوازل للإستئناف بقدر ما لا تتخالف مع أحكام هذا الباب»⁽¹⁾. وان ما درجت عليه محاكم الاستئناف من قبول ملف الاستئناف شكلا تبعا لذلك هو جريان عمل خارق لنصوص تهم النظام العام ولا مجال للاجتهاد فيها وتأويلها بل يجب تطبيقها حرفيا لأنها المسلك الذي شرعه المشرع لكل المتقاضين محترما في ذلك مبدأ المساواة وإذا ما فتح باب التأويل خرق مبدأ المساواة الذي ينهض عليه النظام القضائي وان بعض دوائر محكمة التعقيب نحت هذا المنحى ومن ذلك القرار عدد 18591 المؤرخ في 5 جانفي 1988 الذي ورد به «ان نية تقديم نسخة من الحكم المطعون فيه لا يكفي لانتفاء إجراء قانوني يترتب عن الإخلال به سقوط الطعن بالاستئناف...» وهو ما أكده أحد الفقهاء عندما ذكر «أنه يجب إيقاع السقوط ولو لم ينص عليه القانون لان سقوط الحق هو الجزاء الطبيعي على تجاوز المواعيد المحددة لمباشرة الإجراءات»⁽²⁾.

المبحث الثالث - آثار الاستئناف :

ان إقرار مبدأ التقاضي على درجتين باعتباره يهيم النظام العام يوجب أن يكون للاستئناف أثران أولهما يتمثل في إعادة النظر من جديد في النزاع من طرف محكمة الاستئناف في حدود ما تسلط عليه الطعن وهو ما يسمى بالمفعول الانتقالي

- (1) محمد صالح العياري : «تعديل مجلة المرافعات المدنية والتجارية : متعلقة ومرماه»، مجلة القضاء والتشريع 1987 - ص. 70.
- (2) أحمد أبو الوفاء : «قانون المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 255.

المنصوص عليه بالفصل 144 من م.م.م.ت. ومؤداه ان تنقل الدعوى واقعا وقانونا أمام محكمة الدرجة الثانية، كما ان وظيفة المراجعة والنقض تقتضي أن يعلق الطعن بالاستئناف تنفيذ الحكم الابتدائي الذي هو نتيجة حتمية للمفعول الانتقالي الذي يرجع الطرفان إلى الحالة التي كنا عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه الذي ينحل بموجب الطعن ولسوف نتعرض لكل أثر في فقرتين متتاليتين أولهما الأثر الناقل للاستئناف وثانيهما الأثر التعليقي.

الفقرة الأولى - الأثر الناقل للاستئناف :

ان موضوع الاستئناف هو موضوع الخصومة التي انعقدت أمام محكمة البداية، الا ان خصومة الاستئناف ولئن تناولت نفس الطلبات التي طرحت أمام محكمة البداية فإنه بإمكان الخصوم التمسك بأوجه دفاع وأدلة إثبات جديدة ضرورة ان خصومة الاستئناف استمرار للخصومة التي انعقدت في الطور الابتدائي، ومعنى ذلك ان الخصومة تطرح من جديد بكل عناصرها ليفصل فيها من جديد وفق القاعدة القانونية التي تراها منطبقة على وقائع الدعوى⁽¹⁾ دون ان تنقيد برأي محكمة الدرجة الأولى حتى فيما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا ينبغي لها ان تحجب نفسها عن ممارسة سلطتها لمراجعة تقدير المحكمة المصدرة للحكم للأدلة والقرائن القائمة في الدعوى. غير ان هذه السلطة لها قيود قررها المشرع وللإثر الناقل قيود.

1 - قيود الأثر الناقل :

اقتضى الفصل 144 من م.م.م.ت. ان «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في حدود ما تسلط عليه الاستئناف» ويخلص من الفصل المذكور ان محكمة الاستئناف لا تنظر سوى الطلبات التي فصلت فيها محكمة البداية والتي رفع عنها الاستئناف وان الخصوم هم انفسهم خصوم الدرجة الأولى وتعتبر تلك الأمور قيوداً على محكمة الاستئناف.

أ - ضرورة التقيد بالطلبات المفصولة في الدرجة الأولى :

ان الاستئناف لا ينقل إلى الدرجة الثانية من الطلبات المعروضة على محكمة الدرجة الأولى إلا ما فصلت فيه هذه الأخيرة، أما الطلبات التي لم تفصل لا تنتقل ولم تستنفد محكمة الدرجة الأولى بخصوصها ولايتها، وعلى هذانص الفصل 144

(1) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 890.

م.م.ت. ان «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف» وبالتالي لو نظرت محكمة الاستئناف في الطلبات التي لم تفصل فيها محكمة البداية تكون قد فوتت درجة من درجات التقاضي على الخصوم. والنتيجة الحتمية لذلك واحتراما لمبدأ التقاضي على درجتين فإن الاستئناف لا يطرح على محكمة الاستئناف من الطلبات الموضوعية السابق إيداعها أمام محكمة الدرجة الأولى إلا ما فصلته هذه المحكمة ولذلك إذا نقضت المحكمة حكما صادرا من محكمة البداية قضى بالإحالة أو بعدم الاختصاص فمن واجبه ان لا تنظر في الموضوع وعليها أن ترجع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتنظر فيها والا تكون قد تصدت لموضوع الدعوى وهو أمر محرم على محكمة الاستئناف، بالرغم ان المشرع جعل استثناء لهذه القاعدة صلب الفصل 149 م.م.ت. وسمح لمحكمة الاستئناف ان تتصدى للموضوع إذا كانت القضية جاهزة للفصل، وقلما ما تكون ضرورة انه إذا قضت محكمة البداية بعدم الاختصاص فهي لم تقم بالأبحاث اللازمة ولا يمكن ان تكون القضية جاهزة للفصل ووجب إرجاعها ليتم تجهيزها والحكم فيها. وعليه ان سلطة محكمة الاستئناف مقيدة بعدم نظر طلب لم تفصل فيه محكمة البداية لان الطعن ينقل إلى محكمة الاستئناف الطلبات التي فصلت فيها محكمة البداية وما أقيمت عليه تلك الطلبات من أسباب، ومقتضى ذلك ان الأسباب التي أقام المستأنف ضده عليها طعنه تعتبر مطروحة على محكمة الاستئناف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف.

ب - ضرورة التقيد بما تسلط عليه الاستئناف :

أن الطلبات المطروحة أمام محكمة البداية وتم الفصل فيها لا تنتقل إلى محكمة الاستئناف برمتها وإنما ينتقل إليها الطلبات التي رفع عنها الطعن عملا بأحكام الفصل 144 م.م.ت، ومرد ذلك إلى ان محكمة الاستئناف لا تفصل إلا فيما طلب منها. فإذا حكم للمدعي بعدة طلبات واستأنف المحكوم عليه بالنسبة لبعضها فإن محكمة الاستئناف لا يجوز لها النظر إلا في الطلبات التي عرضت عليها، وباقي الطلبات التي سكت عنها المحكوم عليه يعتبر قد سلم بها واتصل بها القضاء وحازت قوة الأمر المقضي به، غير انه لا يجب ان يغيب عن الذهن ان رفض محكمة البداية للطلب الأصلي والحكم بالطلب الاحتياطي وطعن المحكوم عليه فإن طعنه يفيد أن الطلب الأصلي مطروح على محكمة الاستئناف بقوة القانون دون حاجة لرفع استئناف بشأنه ويكون من الواجب على محكمة الاستئناف إذا نقضت الحكم الابتدائي وقضت برفض الطلب الاحتياطي ان تتعرض للطلب الأصلي وتقضى فيه ما لم يصدر من المستأنف ضده ما يفيد تنازله عنه بقضاء صريح أو ضمنى.⁽¹⁾

(1) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضائي المدني»، ص. 744.

ج - ضرورة التقيد بأطراف خصومة الاستئناف :

عند تعدد الخصوم لدى الطور الابتدائي فإنه بالامكان الطعن من بعض المحكوم عليهم أو ضد بعض المحكوم عليهم، وهذا الطعن لا يستفيد منه الا من رفعه ولا يحتاج به الا على من رفع ضده وهو ما يسمى بنسبية الطعن. فمن لم يطعن من المحكوم عليهم في الأجل المحدد للاستئناف يصبح الحكم في مواجهته غير قابل للطعن ولا يكون طرفا في خصومة الاستئناف وليس له الانضمام لأحد الخصوم بعد الميعاد.

غير أنه إذا كان الحكم صادرا في موضوع غير قابل للتجزئة أو جب المشرع على المحكمة إدخال بقية المحكوم عليهم في القضية عملا بأحكام الفصل 154 م.م.ت. ومن امثلة ذلك الحكم الصادر بتصفية شركة أو صحة عقد أو بطلانه. كما أن الفقرة الثانية من نفس الفصل أو جبت إدخال بعض الخصوم إذا كان الطعن في الحكم من أحدهم من شأنه لو يقبل ان يجعل الحكم بتمامه فاقد الأساس. ومن هذه القضايا دعوى الشفعة اذ يجب ان تقوم في جميع مراحلها بين أطرافها الثلاثة الشفيع والبائع والمشتري أو دعوى القسمة التي يجب أن تقوم بين جميع الشركاء على الشيوخ وكذلك دعوى استحقاق المعقول التي يجب رفعها على الدائن العاقل والمعقول عليه والمتدخل في عملية العقلة عملا بأحكام الفصل 403 م.م.ت. الذي اقتضى ان «دعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتبعات والمعقول عنه ولم تشمل على بيان حجج الملكية».

2 - حدود الأثر الناقل :

إذا تم الطعن في الحكم فإن محكمة الاستئناف تنظر نفس القضية التي فصلت فيها محكمة البداية بكافة عناصرها سواء الموضوع أو السبب أو الأشخاص. وما طرح ابتدائيا من طلبات وأدلة يعاد طرحه أمام محكمة الاستئناف. وباعتبار أن المحكمة تعيد النظر في نفس القضية فلا بد من حدود تحد من هذا الأثر الناقل من ناحية التحديد في الأدلة والطلبات الجديدة والتدخل والإدخال في الاستئناف وكذلك الاستئناف العرضي. ولقد أوضح المشرع هذه الحدود بالفصول 147 و148 و149 م.م.ت. وسوف نتعرض لهذه الحدود المتمثلة في أدلة الإثبات الجديدة وأوجه الدفاع ثم للطلبات الجديدة والتدخل والإدخال في الاستئناف والاستئناف العرضي.

أ - جواز تقديم أدلة جديدة :

ان محكمة الاستئناف تنظر الدعوى على أساس ما يقدم لها من ادلة ودفع بالإضافة إلى ما قدم لمحكمة البداية. ولقد أطلق المشرع العنان للخصوم في إبداء

ما يشاؤون مادام حقهم في إبداء تلك الدفوع لم يسقط، ويكون هذا مراجعة جديدة لاستدراك مافات الخصوم تقديمه من دفاع ولهم إبداء كافة الدفوع الموضوعية الجديدة أو الدفوع الإجرائية التي لم يسقط الحق فيها وهو ما اقتضاه الفصل 148 م.م.م.ت. في فقرته الثانية عندما نص «وكذلك يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف». وفقه القضاء مستقر حول تطبيق هذه الفقرة ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته انه «يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف ولا يعد ذلك تغييراً أو توسعاً في الدعوى»⁽¹⁾.

ب - مدى جواز تقديم طلبات جديدة :

ان المشرع قد أقر قاعدة تمنع تقديم طلبات جديدة عملاً بأحكام الفصل 147 م.م.م.ت، إلا أن لكل قاعدة استثناء وسمح في بعض الحالات بأبداء طلبات.

1) عدم جواز إبداء طلبات جديدة :

اقتضى الفصل 147 م.م.م.ت. ان «الدعوى التي حكم فيها ابتدائياً لا يمكن الزيادة فيها ولا تغييرها لدى الاستئناف ولو رضي الخصم بذلك». وان لهذه القاعدة أساس مؤداه ان قبول طلبات جديدة في الاستئناف يخل بمبدأ التقاضي على درجتين الذي يتعلق بالنظام العام ضرورة ان قبول طلب جديد يفوت درجة من درجات التقاضي على الخصم الذي يوجه له⁽²⁾ علاوة على ان قبول طلب جديد يعتبر مخالفة لقواعد الاختصاص الحكمي التي توجب تقديم الطلبات الجديدة أمام محكمة الدرجة الأولى.

ويعتبر طلباً جديداً الطلب الذي يختلف في أحد عناصره عن الطلب الذي كان أمام محكمة البداية سواء بالنسبة للأشخاص أو الموضوع أو السبب، ومن أمثلة ذلك طلب فسخ العقد وإرجاع ما دفع من عربون بينما كان الطلب لدى محكمة البداية هو تسليم المبيع. ولا يعتبر طلباً جديداً طلب الخروج إذا كان المدعي طلب التمكين من المبيع وهو شقة، فالخروج هو أثر ضمني للقضاء بالتمكين ولا يعد لذلك طلباً جديداً أمام محكمة الاستئناف وبالتالي إذا أبدى المستأنف طلباً جديداً فلخصمه الدفع بعدم القبول وعلى المحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبوله ولو لم يدفع الخصم بذلك لتعلق المسألة بالنظام العام وهو ما دأب عليه فقه القضاء بصفة متواصلة ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته ان «أحكام الفصل 143 والفصل 144 والفصل 147 من م.م.م.ت. التي جاءت بتنظيم الطعن بالاستئناف تهم النظام العام لتعلقها بالإجراءات التي يرتب القانون على عدم مراعاتها البطلان

(1) القرار التعقيبي عدد 557 الصادر في 31 أكتوبر 1976 - نشرية محكمة التعقيب 1976.

(2) نبيل إسماعيل عمر : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 630.

وفقا لأحكام الفصل 14 منها، فإذا ما تعاطت محكمة الاستئناف النظر في القضية دون مراعاة أحكام الفصول أعلاه فقد باشرت الحكم فيما لا تملك حق النظر فيه ويتعين نقض حكمها»⁽¹⁾.

2) الاستثناءات من عدم جواز تقديم طلبات جديدة :

لقد خول المشرع استثناء من القاعدة إبداء طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. هذه الاستثناءات تكون نتيجة لإرادة المشرع أو لإرادة الأطراف بتغيير سبب المطالبة القضائية أو لاختصاص الغير لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. - الاستثناء الأول والمتعلق بملحقات الطلب الأصلي :

لقد اقتضى الفصل 147 م.م.م.ت. ان «الدعوى التي حكم فيها ابتدائيا لا يمكن الزيادة فيها ولا تغييرها لدى الاستئناف ولو رضي الخصم بذلك إلا إذا كانت الزيادة المطلوبة تتعلق بأداء أجر أو فوائض أو كراء أو بقايا ونحوها من الملحقات المتعلقة بالدعوى الأصلية والتي استحقت بعد صدور الحكم أو بغرم ضرر تفاقم أمره بعد صدور الحكم أو بطلب الضمانات المستوجبة بالحكم».

ويخلص من الفصل المذكور أنه بالامكان إضافة إلى الطلب الأصلي الأجور والفوائض والمرتببات ومعينات الكراء وسائر الملحقات التي تستحق بعد صدور الحكم.

وعلة هذا الاستثناء هو أن هذه الطلبات تابعة للطلب الأصلي علاوة على أن هذه الطلبات لم يكن بالإمكان تقديمها أمام محكمة البداية مع الطلب الأصلي وأن عدم جواز تقديمها أمام محكمة الاستئناف سيؤدي إلى إعادة التقاضي وهو ما يتعارض مع مبدأ الاقتصاد في الإجراءات ويتجافى مع الهدف المراد بلوغه وهو ضمان حماية شاملة للمحكوم له.⁽²⁾

غير ان طلب الملحقات ليس مطلقا بل لا بد أن تكون هذه الملحقات قد طلبت أمام محكمة البداية وأن يكون ما طلب منها أمام محكمة الاستئناف هو ما استجد بعد صدور الحكم الابتدائي. أما إذا لم تطلب الفوائض تماما فلا يجوز طلبها لأول مرة لدى محكمة الاستئناف وعلى المحكمة أن تقضي بعدم قبول الطلب من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام.⁽³⁾

(1) قرار تعقيبي عدد 2 الصادر بتاريخ 25 مارس 1971 - نشرية محكمة التعقيب 1971 - ص. 81.

(2) فتحي والي : «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ص. 738.

(3) عبد المنعم حسني : «طرق الطعن في الأحكام»، ص. 431.

كما خول المشرع الطلب لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ما يزيد من التعويضات بعد صدور الحكم. وهذه الطلبات لا تعتبر جديدة لانها طرحت أمام محكمة البداية وقضت بها، الا أن الضرر تفاقم، وبذلك لا يعتبر هذا الطلب زيادة في الدعوى الأصلية بل مواصلة لها ضرورة أنه من حق المتضرر المطالبة بالتعويض عن تفاقم الضرر. وفقه القضاء مستقر في هذا المضمار ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بإحدى حيثياته ان «المطالبة لدى محكمة الاستئناف بتعويض الضرر المتفاقم بعد صدور الحكم الابتدائي لا يعتبر من باب الزيادة في الدعوى الأصلية»⁽¹⁾.

- الاستثناء الثاني والمتعلق بإمكانية تغيير السبب :

اقتضى الفصل 148 م.م.م.ت. انه «يمكن تغيير السبب المبني عليه الطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي باقيا على حاله بدون تغيير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الدرجة الأولى. وكذلك يمكن الاحتجاج بوسيلة جديدة لدى الاستئناف».

ويخلص من الفصل المذكور انه طالما ان الطلب مهما كان سببه يرمي إلى تحقيق حماية قضائية لمركز قانوني معين فإن مبدأ الاقتصاد في الإجراءات يوجب النظر في هذا الطلب من محكمة الاستئناف حتى لا يضطر المستأنف إلى إعادة التقاضي أمام محكمة الدرجة الأولى، غير ان الصعوبة تكمن في التفرقة بين سبب الدعوى ووسائل الدفاع الجديدة⁽²⁾ ضرورة ان القول بعدم جواز تغيير الطلب مع جواز إبداء دفوع جديدة وتغيير السبب قد يطرح صعوبات، ولا بد من تفصيل القول في هذه المسألة.

ان المستأنف يمكنه تغيير سبب طلبه القضائي أو الإضافة إليه شريطة بقاء موضوع الطلب على حاله. وبعبارة أخرى أن القصد من تغيير السبب هو تأكيد الحقبة في الطلب وذلك لأن سبب الدعوى هو الواقعة التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يركن إليها الخصوم للدفاع عن طلباتهم وحقوقهم. فإذا استند المدعي أمام محكمة البداية إلى سبب من أسباب كسب الملكية وهي العقد، الإرث أو الحيازة المكسبة فقضي برفض دعواه، فقام باستئناف الحكم واستند على غير السبب الذي استند إليه ابتداءً وهو محق في ذلك طالما ان طلبه الأصلي وهو الاستحقاق باقيا على حاله أما إذا أمتد التعديل إلى موضوع الطلب فإن ذلك غير مقبول أمام محكمة الاستئناف، فإذا طلب المسوغ أمام

(1) القرار التعقيبي عدد 2644 الصادر بتاريخ 28 جوان 1965 - مجلة القضاء والتشريع - أفريل 1966 - ص. 38.

(2) فتحي والي : «الوسيط في القضاء المدني»، ص. 736.

المحكمة الابتدائية الحكم بخروج المتسوغ من المكري لانتهاؤ المدة فرفض طلبه لتجدد العقد عملا بأحكام الفصل 793 من المجلة المدنية، فاستأنف الحكم طالبا الحكم بالخروج لانفساخ العقد لإخلال المتسوغ بالتزامه. ان هذا الطلب يعتبر طالبا جديدا ضرورة انه يختلف عن الطلب الأول من حيث موضوعه وليس من حيث سببه فقط، ولذلك فهو لا يقبل لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

- الاستثناء الثالث والمتعلق باختصاص الغير :

ان وحدة الطلبات تقتضي ان يكون الخصوم في الدعوى أمام المحكمة الابتدائية هم نفسهم أمام محكمة الاستئناف، وان تدخل شخص ثالث في الدعوى أو تمّ إدخاله أمام محكمة الدرجة الثانية يعتبر من قبيل الطلبات الجديدة وتضيق درجة تقاضي على من يمثل لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

ورغم ذلك فقد تؤدي الضرورة إلى وجود شخص ثالث لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وذلك نظرا للصلة الوثيقة بين المراكز القانونية للعديد من الأفراد ويكون ذلك بموجب الإدخال أو التداخل وهو ما اقتضاه الفصل 153 م.م.م.ت. الذي نص على انه «لا يقبل التداخل لدى الاستئناف الا إذا كان بقصد الانضمام إلى أحد الخصوم أو كان التداخل من شخص يكون له حق الاعتراض على الحكم».

وكذلك الفصل 154 م.م.م.ت. الذي خول للمحكمة إدخال طرف ثالث عند عدم قبول الحكم للتجزئة.

ولقد طرحت مسألة الإدخال والتداخل أمام محكمة الاستئناف العديد من الاشكالات التطبيقية واختلفت وجهات نظر الفقهاء فمن قائل ان التداخل والإدخال أمام محكمة الاستئناف هما استثناء من قاعدة عدم جواز إيداء طلبات جديدة لأول مرة لدى الاستئناف ومن رافض لهذا الإجراء واعتبره خرقا لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يهيم النظام العام، وهذا الخلاف الفقهي انعكس كذلك على فقه القضاء الذي كانت موافقه متباينة⁽¹⁾ ومتأرجحة بين تضييقي ملتزم بأحكام الفصل 153 م.م.م.ت. وهو ما ذهب إليه محكمة التعقيب في إحدى قراراتها الذي ورد بحيثياته ان «أحكام الفصلين 224 و 225 من مجلة المرافعات لا تنطبقان على التداخل لدى الاستئناف الا فيما يتعلق بشكل التداخل وإجراءاته»⁽²⁾ واما الموقف التوسعي فقد تجلّي في قرار محكمة التعقيب الذي ورد به أن «الفصل 153 م.م.م.ت. لا يهيم إلا التداخل الاختياري، أما التداخل الجبري لدى الاستئناف بناء على طلب أحد طرفي الخصومة

(1) المنحي الزغلامي : «تدخل الغير في الدعوى المدنية»، مذكرة الدراسات المعمقة - كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية - ص. 98.

(2) القرار التعقيبي عدد 7108 الصادر في 26 فيفري 1976 - نشرية محكمة التعقيب 1976.

يكون جائزا قانونا بناء على أحكام الفصل 224 م.م.م.ت. ولكن في حالة وحيدة وهي حالة الشخص الذي له الحق في الخدش في الحكم بطريق الاعتراض⁽¹⁾.
اما الإدخال لدى الاستئناف فلقد اقره المشرع بموجب الفصل 154 م.م.م.ت. وهو مشروط بعدم قابلية الحكم للتجزئة.

وعليه لقد حاول المشرع التونسي من خلال الفصلين 153 و 154 م.م.م.ت. المتعلقين بالتداخل والإدخال لدى الاستئناف التوفيق بين إمكانية إقرار حق التداخل والإدخال واحترام قاعدة عدم جواز إبداء طلبات جديدة لأول مرة لدى الاستئناف. والتداخل الاختصاصي لدى الاستئناف يمثل خرقا لعدم جواز إبداء طلبات جديدة لدى الاستئناف على خلاف التداخل الانضمامي ولهذا السبب جعل المشرع حق التداخل لدى الاستئناف ينحصر في التداخل الانضمامي.

- الاستثناء الرابع والمتعلق بالاستئناف العرضي :

اقتضى الفصل 143 م.م.م.ت. انه «يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني ويجوز للمستأنف ضده والى حد ختم المرافعة بعد ان فوت عن نفسه أجل الطعن أو سبق منه قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي ان يرفع استئنافا عرضيا بمذكرة كتابية مشتملة على أسباب استئنافه ومع ذلك فإن هذا الاستئناف العرضي يبقى ببقاء الاستئناف الأصلي ويزول بزواله ما لم يكن زوال الاستئناف الأصلي مبنيا على الرجوع فيه».

ويخلص من الفصل المذكور ان الاستئناف العرضي هو الاستئناف الذي يرفعه المستأنف ضده على المستأنف بعد فوات ميعاد الاستئناف في حقه أو قبوله للحكم المطعون فيه لاعتقاده رضاه خصمه بالحكم. وان فقه القضاء مستقر على تطبيق هذا المنحى ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بإحدى حيثياته أنه «يجوز لكل شخص اعتبر طرفا في القضية وكان للاستئناف تأثيرا على حقوقه ان يقوم من جهته باستئناف عرضي ولو بعد فوات أجل الاستئناف والى حد ختم المرافعة»⁽²⁾ والاستئناف العرضي يعتبر استثناء من قاعدة عدم جواز تقديم طلبات جديدة لدى الاستئناف ضرورة انه إذا تعددت الطلبات فإنه يجوز رفع الاستئناف العرضي عن طلبات لم يرد عليها الاستئناف الأصلي ضرورة ان الاستئناف العرضي غير مقيد في موضوعه بموضوع الاستئناف الأصلي⁽³⁾. ورغم ذلك ان الاستئناف العرضي لا ينشئ خصومة جديدة مستقلة عن

(1) القرار التعقيبي الصادر في 17 نوفمبر 1977 - نشرية محكمة التعقيب 1977 - ص. 568.

(2) قرار تعقيبي عدد 63 الصادر في 30 نوفمبر 1976 - القضاء والتشريع عدد 10 - 1976 - ص. 155.

(3) أحمد أبو الوفاء : «قانون المرافعات المدنية والتجارية»، ص. 917.

الخصومة المنعقدة في الاستئناف الأصلي، ومع ذلك فعلى المحكمة ان تفصل في الاستئنافين والا كان حكمها قاصر التسبب وعرضة للنقص وهو ما أقرته محكمة التعقيب عندما أكدت بحوثات إحدى قراراتها قائلة انه «إذا قضت المحكمة بقبول الرجوع في الاستئناف الأصلي دون ان تتعرض للاستئناف العرضي فإن حكمها يعتبر قاصر التسبب وهاضما لحقوق الدفاع مما يجعله عرضة للنقص»⁽¹⁾ والاستئناف العرضي مرتبط ارتباطا وثيقا بالاستئناف الأصلي ويزول بزواله، فإذا حكم برفض الاستئناف شكلا لتقديمه بعد الميعاد فإن الاستئناف العرضي يكون له نفس المصير. أما اذا قررت المحكمة قبول الاستئناف الأصلي شكلا ثم تراجع المستأنف الأصلي عن استئنافه فإن الاستئناف العرضي يبقى قائما ويجب على المحكمة ان تفصل فيه وهو ما اقتضاه الفصل 143 من م.م.ت.

الفقرة الثانية - الأثر التعليقي للاستئناف :

ان المفعول التعليقي يقتضي ان يوقف تنفيذ الحكم الصادر ابتدائيا إلى ان يحوز قوة الشيء المقضي به وهو أثر حتمي لمبدأ التقاضي على درجتين ويعتبر الحكم كأن لم يكن وتتعهد محكمة الدرجة الثانية بالنزاع وتصدر حكمها الفاصل فيه الذي ان كان إيجابيا يقع تنفيذه وهو ما أقره المشرع التونسي صلب الفصل 146 م.م.ت. الذي اقتضى ان «استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها إلا فيما استثناه القانون. غير انه يجوز لرئيس المحكمة ذات النظر أن يأذن بتوقيف تنفيذ الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية ولا يصدر الإذن بتوقيف التنفيذ إلا بعد سماع المرافعة بجلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت وعلى الطالب ان يستدعي خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وان لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه، والإذن الصادر بتوقيف التنفيذ غير قابل للطعن ولو بطريق التعقيب». ويخلص من الفصل المذكور ان المشرع كرس مبدأ المفعول التعليقي للاستئناف لكنه وضع له بعض الاستثناءات.

1 - تكريس المفعول التعليقي للاستئناف :

ان المفعول الناقل للاستئناف يقتضي إعادة طرح القضية من جديد أمام محكمة الاستئناف بجميع عناصرها الواقعية والقانونية، وقد ينجر عن ذلك نقض الحكم أو تعديله فإن الأثر الحتمي لذلك هو ضرورة وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلى ان يحوز قوة الأمر المقضي به ويصبح قابلا للتنفيذ الجبري ضرورة انه لا يجوز الشروع

(1) القرار التعقيبي عدد 3943 الصادر في 10 فيفري 1981 - نشرية محكمة التعقيب 1981 - ص. 51.

في التنفيذ الجبري إلا بموجب حكم ملزم حاز قوة الأمر المقضي به أو ممهورا بالتنفيذ الوقتي. ونتيجة لذلك ان مجرد قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف مانعة للشروع في التنفيذ الجبري. غير ان مبدأ المفعول التعليقي ليس مطلقا ووردت عليه جملة من الاستثناءات تتعلق بالتنفيذ الوقتي. وهذه الاستثناءات لها مبرراتها الواقعية والقانونية اقتضتها ضرورة حماية الأطراف ومراكزهم القانونية والتوفيق بين العدل والعدالة.

2 - استثناءات المفعول التعليقي :

ان الاستثناءات للمفعول التعليقي وردت بمجلة المرافعات بموجب الفصلين 125 و 126 وكذلك بموجب نصوص خاصة وردت بمجلة الشغل وبمجلة الأحوال الشخصية.

* الاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات :

اقتضى الفصل 125 من م.م.م.ت. انه «على المحكمة الابتدائية ان تأذن بتنفيذ أحكامها مؤقتا بضامن أو بدونه بدون التفات للاستئناف وذلك إذا كان هناك كتب رسمي أو بخط غير مطعون في الإمضاء عليه أو اعتراف أو وعد معترف به أو قضاء سابق صيره مما اتصل به القضاء».

وصيغة الوجوب المستعملة من المشرع لا تعني ان المحكمة ملزمة بالإذن بالتنفيذ الوقتي لمجرد توفر شروطه ومن تلقاء نفسها وانما لابد من طلب ذلك من المدعي وإلا تكون المحكمة قد قضت بما لم يطلبه الخصوم ويكون حكمها عرضة للنقض كما اقتضى الفصل 126 م.م.م.ت. انه «يمكن الإذن بالتنفيذ مؤقتا بضامن من أو بدونه».

أولا - إذا كان الموضوع متعلقا بإصلاحات متأكدة أو توقيف ضرر.

ثانيا - إذا كان النزاع بين خادوم ومخدوم أو فلاح وخماس أو مستأجرين فيما يخص عملهم أو خدمتهم وذلك إذا تولد الخلاف مدة الخدمة أو العمل أو التعليم.

ثالثا - إذا كان النزاع بين المسافرين وأصحاب الفنادق ووسائل النقل.

رابعا - إذا كان الحكم يتعلق بالتصفيق للكراء أو تعيين مؤتمن أو كان للحكم صبغة معاشية.

خامسا - إذا كان الحكم صادرا بأداء أجرة حضانة أو رضاع أو تسليم الصغير لأمه.

سادسا - إذا كان الحكم قاضيا بمنح الطالب تسبقة عن تعويض ضرر لم يقدر بعد

ويشترط ان يكون الضرر ناشئا عن جنحة أو ما ينزل منزلتها ثبتت مسؤوليتها

على المحكوم عليه.

سابعا - وفي كل الصور المحفوفة بالتأكد الكلي.

وان القائمة الواردة بالفصل 126 للحكم بالنفاذ العاجل ليست قائمة حصرية ضرورة ان الفقرة السابعة خولت ذلك في كل الحالات المتأكدة وتقدير ذلك موكول لاجتهاد المحكمة ولمطلق سلطتها التقديرية.

أما إذا أغفلت محكمة البداية الحكم بالتنفيذ الوقي فإنه بإمكان المحكوم عليه طلب ذلك من رئيس المحكمة الاستئنافية ويتم النظر في ذلك بجلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت مع سماع المرافعة عملاً بأحكام الفصل 146 م.م.ت.

* الاستثناءات الواردة بنصوص خاصة :

لقد أقر المشرع علاوة على الاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات استثناءات بمجلة الشغل وبمجلة الأحوال الشخصية.

فأما الاستثناء الأول فلقد ورد بالفصل 218 من قانون الشغل والذي اقتضى أن « التنفيذ الوقي للأحكام الصادرة عن دائرة الشغل يعتبر وحيوا في الصور المنصوص عليها بالفصل 125 من م.م.ت » وكذلك الأمر بالنسبة لفواقع الشغل والأمراض المهنية واقتضى الفصل 79 من القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 / 2 / 1994 ان «الأحكام الصادرة عن حاكم الناحية تنفذ حالاً بقطع النظر عن الطعن فيها بالاستئناف» وعلّة ذلك ان الغرامات والتعويضات المحكوم بها في مادة فواقع الشغل والأمراض المهنية لها صبغة معاشية ومتأكدة وان توقيف تنفيذها قد يكون له آثار سلبية على المحكوم عليه خاصة إذا كانت هذه الغرامات والتعويضات هي مورد رزقه الوحيد بعد ان فقد عمله بموجب الإصابة التي أقعدته عن العمل، وان التنفيذ الوقي لهذه الأحكام يستمد أساسه من القانون أي أن السهو عن التنصيص على ذلك بالحكم لا تأثير له على قابلية الحكم لهذا التنفيذ بقطع النظر عن الاستئناف وذلك حرصاً من المشرع على حماية المتضررين من فواقع الشغل والأمراض المهنية.

وأما الاستثناء الثاني فلقد ورد بمجلة الأحوال الشخصية بموجب الفصل 32 الذي نص على ان أحكام الطلاق المتعلقة بالحضانة والنفقة والجراية العمرية وحق الزيارة لا يوقف تنفيذها الطعن بالاستئناف. وان هذا المنحى منطقي ضرورة ان هذه المسائل لا تحتتمل التأجيل إلى حين صدور الحكم الاستئنافي وذلك لصبغتها المعاشية كالنفقة ولا يمكن لأطفال صغار عاجزين عن الكسب ان يكونوا ضحية بطء التقاضي وسير المحاكم، وبالتالي وحرصاً على الأمن الاجتماعي قرر المشرع ان تنفذ هذه الأحكام بقطع النظر عن استئنافها.

الفصل الثاني

طرق الطعن غير العادية

يعرف التشريع التونسي ثلاث طرق للطعن غير العادي وهي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب ولا يجوز الطعن في الحكم بطريق لم ينظمه القانون ولا يمكن سلوك طريق نظمه القانون الا للطعن في الأحكام التي سمح المشرع الطعن فيها. فاذا تم خرق هذه القاعدة كان الطعن مرفوضا وعلى المحكمة ان تقضي بعدم قبوله من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام.

ولقد سبق ان تعرضنا إلى تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن وانتهينا إلى ان الأحكام الابتدائية هي التي تقبل الطعن بالاستئناف، اما الأحكام غير القابلة للاستئناف سواء أصلا أو لفوات الأجل فهي أحكام نهائية وتعتبر كذلك ولو كانت قابلة للطعن بالاعتراض أو التماس إعادة النظر أو بالتعقيب. اما الحكم البات فهو الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق، وقد يكون باتا منذ صدوره وقد يصبح كذلك لفوات أجل الطعن.

ولسوف نتعرض لكل طعن من الطعون السالفة الذكر في مبحث مستقل.

المبحث الأول - الاعتراض :

إن دور القاضي في الخصومة يتمثل في فحص طلبات الخصوم وببحث وسائل دفاعهم وترجيح حججهم. وبالتالي ان ما يقضي به القاضي لا يعدو ان يكون نتيجة عناصر الإثبات التي قدمها الخصوم وتبعاً لذلك ان ما قضي به يمكن ان يتغير لو أتاحت الفرصة للغير تقديم أدلة جديدة لم تكن تحت نظر القاضي عندما كان متعهدا بالدعوى التي أصدر فيها حكمه. ولذلك فإن قواعد العدل تقتضي ان لا يمتد ما حكم به ليشمل حقوق من لم يكن طرفاً في الدعوى ولم يمكن من إثبات حقه أمام القاضي، وهو ما أخذ به المشرع في الفصل 481 من المجلة المدنية الذي نص ان «ما أناطه القانون من النفوذ بأحكام المجالس التي لا رجوع فيها لا يتعلق إلا بما قضى به المجلس ولا يتمسك به إلا في خصوص موضوعه ولا يكون ذلك إلا بشرط ان يكون الطلب واحدا والسبب واحدا وان تكون الدعوى بين نفس الخصوم الصادر بينهم الحكم وبعين الصفة في الطالب والمطلوب».

والحجية من خلال النص المذكور هي الصفة غير القابلة للمنازعة وفصل في النزاع بحكم قطعي بين أطرافه ولا يكون قابلا للمنازعة فيما بعد⁽¹⁾ الا ان هذه القاعدة لها استثناء حرص من خلاله المشرع التوفيق بين مصلحة المجتمع المتمثلة في الأمن والاستقرار ووضع حد للنزاعات ومصلحة الفرد التوافق إلى العدالة بان مكن من لم يكن طرفا في الخصومة ولم يكون خصما ولم يدع للخصومة الصادر فيها الحكم الماس بحقوقه ان يعترض على ذلك الحكم، عملا بأحكام الفصل 168 من م.م.م.ت. الذي نص على «كل انسان لم يسبق له استدعاء للتدخل في نازلة له القيام بالاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضر بحقوقه»، وبالتالي ما دام الاعتراض قد اقره المشرع التونسي فما هي شروطه وما هي الآثار التي تنجر عنه.

الفقرة الأولى - شروط الاعتراض :

يؤخذ من الفصول 168 و169 و170 من م.م.م.ت. ان الحكم المعترض عليه لا بد ان يكون مضرا بحقوق المعترض ولم يضمحل ذلك الحق وان يرفع للمحكمة التي أصدرت الحكم.

1 - ان يكون الحكم مضرا بحقوقه :

يستفاد من الفصل 168 من م.م.م.ت. ان اعتراض الغير هو طريق غير عادي يتوخاه شخص ثالث للاعتراض على حكم ماس بحقوقه صدر في غيابه لكونه لم يدع إلى المحكمة التي أصدرت ذلك الحكم، ومثال ذلك الحكم الصادر في دعوى استحقاقية، فالحكم بالاستحقاق للمتصرف يتعداه إلى من تلقى الملك منه وكذلك الحكم على ورثة البائع بتسليم المبيع وتبين ان أحد الورثة لم يستدعى للحضور، يمكنه الاعتراض.

2 - ان لا ينقضي الحق :

ان القانون لم يشترط مدة معينة لتقديم الاعتراض إلا ان الفصل 168 م.م.م.ت. اقتضى انه يبقى للغير الحق في الاعتراض على الحكم ما لم يسقط حقه بالتقادم، فإذا حكم بالاستحقاق للمدعي على أساس الحوز المكسب للملكية وكان أحد الورثة قد قطع مدة التقادم إلا انه لم يكن طرفا في القضية فيمكنه الاعتراض طالما لم يضمحل حقه ويسقط بمرور الزمن فإذا ما تم ذلك يقضى برفض الاعتراض شكلا لعدم توفر أحد شروط الاعتراض.

(1) أحمد السيد صاوي : «الشروط للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه»، رسالة دكتوراة - القاهرة 1971 - ص. 165.

3 - الاعتراض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم :

اقتضى الفصل 170 م.م.م.ت. انه «يرفع الاعتراض للمحكمة التي أصدرت الحكم المعارض عليه بنفس الطرق المعتادة لرفع الدعوى لديها...».

ويفهم من الفصل المذكور ان الاعتراض يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المعارض عليه بعريضة تتضمن بيان الأسباب التي يستند إليها المعارض للتجريح في الحكم تبلغ نسخة منها إلى المعارض عليه ثم يجرى تبادل التقارير وفق أحكام القانون ويترتب على ذلك إعادة طرح النزاع من جديد وللمعارض إبداء أوجه دفاعه كيفما شاء ضرورة انه لا يمكن قياس الاعتراض على الاستئناف الذي لا يجيز الطلبات الجديدة. وفي هذا الصدد اختلف الفقهاء فمنهم من يرى ان الاعتراض ليس طرحا لخصومة جديدة منفصلة عن الخصومة الأصلية بل هي ذاتها باعتبار ان الاعتراض يمحو الحكم المعارض عليه ويعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم ويحتفظ كل منهم بمركزه ويظل المدعي مدعيا والمطلوب مطلوباً. ولقد عارض هذا الرأي واعتبر بعض الفقهاء ان طرح الخصومة على المحكمة بعد رفع الاعتراض يعد طرحاً لخصومة جديدة منفصلة عن الخصومة الأصلية ويعتبر المعارض مدعياً والمعارض ضده مدعى عليه وذلك على أساس ان الاعتراض لا يمس الحكم المعارض عليه إلى ان يقضى في الاعتراض بإلغائه أو تعديله. ومؤدى هذا الرأي ان سقوط الخصومة بعد الاعتراض يسقط إجراءات الاعتراض إنما لا يسقط الحكم المعارض عليه لأنه من الأحكام القطعية التي لا يؤثر فيها سقوط الخصومة كما لا يؤثر في الإجراءات السابقة عليه. وهذا الرأي هو الذي تبناه فقه القضاء التونسي ومن ذلك القرار الاستثنائي الذي تمحور حول ان إحدى الوارثات لم تستدعي للحضور في قضية شملت ورثة والدها فاعترضت على الحكم النهائي القاضي بإلزام الورثة بإتمام البيع للموعد له، مع العلم ان أحد أطراف القضية ملك الدولة الخاص الذي يمثله المكلف العام بنزاعات الدولة وفي هذه الحالة اقتضى الفصل الثالث من الأمر المؤرخ في 20 فيفري 1918 انه «يجب مكاتبة مدير الفلاحة قبل القيام وبدون ذلك يكون الإجراء باطلاً» وطالما ان ملك الدولة الخاص طرفاً في القضية ولم تقم المعارضة بمكاتبته قبل الاعتراض يكون الإجراء باطلاً وهو ما أكدته محكمة الاستئناف عندما أقرت في إحدى الحثيات ان «الاعتراض خصومة جديدة ويجب القيام به بنفس الطرق المعتادة لرفع الدعوى وطالما لم تكاتب المعارضة مدير الفلاحة قبل القيام باعتراضها عملاً بأحكام الفصل

الثالث من الأمر العلي المؤرخ في 20 فيفري 1918 فإن اعتراضها يكون مرفوضا شكلا لبطلان الإجراءات المستندة عليه»⁽¹⁾.

الفقرة الثانية - أثر الاعتراض :

أن الاعتراض لا يترتب عن تقديمه اثر موقف بالنسبة للحكم المعترض عليه وهو ما اقتضاه الفصل 172 الذي نص على ان «الاعتراض لا يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا ان رئيس المحكمة أو الحاكم الراجع له النظر يمكن له تعطيل تنفيذ الحكم المطعون فيه بقرار مبني على مطلب كتابي مستقل عن مطلب الاعتراض يقع النظر فيه طبق الإجراءات المبينة في باب القضاء المستعجل. والقرار القاضي بتعطيل التنفيذ لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب».

اما الحكم الصادر في الأصل فإنه لا يلغي من الحكم المعترض عليه الا الجزء الذي يخص المعترض فقط ويمس حقوقه، أما أطراف النزاع الأصليين فيبقى الحكم نافذا في حقهم ويتمتع الحكم بحجية الأمر المقضي بالنسبة لهم. لكن إذا كان الحكم لا يقبل التجزئة أو كان يتعذر تنفيذ الحكمين في آن واحد ألغت المحكمة الحكم المعترض عليه بكامله فيما له علاقة بالمدعي والمدعى عليه وتقوم بتعديله كليا، والحكم الصادر في الاعتراض يقبل الطعن وفقا للقواعد المقررة في قانون المرافعات للأحكام الصادرة عن المحكمة التي قدم إليها الاعتراض.

المبحث الثاني - التماس إعادة النظر :

لقد نظم المشرع وسائل متعددة لمراجعة الأحكام القضائية أو للتظلم منها. وان الهدف من ذلك هو استدراك ما قد يكون وقع فيه القاضي من خطأ في القانون أو في الواقع بغية إصلاحه ورفع عن المتضرر⁽²⁾ فالحكم الابتدائي يكون محلا للطعن بالاستئناف ، اما الحكم النهائي والحائز لقوة الشيء المقضي فإنه يمكن ان يكون محل طعن بالتماس إعادة النظر إذا شاب الحكم خطأ موضوعيا أو بالتعقيب إذا شاب الحكم خطأ في القانون. والالتماس هو طريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لسبب أو أكثر من

(1) القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 2328 بتاريخ 25 مارس 1995 - غير منشور.

(2) نبيل عمر : «الطعن بالتماس إعادة النظر»، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 6.

الأسباب التي حددها القانون.⁽¹⁾ والأصل ان الخطأ في الواقع يصحح بواسطة الطعن بالاستئناف، غير ان الأحكام التي لا تقبل الاستئناف لا يمكن معالجة الأخطاء الواردة بها الا بإعادة النظر فيها.⁽²⁾ من طرف نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه. وبذلك في صورة قبوله شكلا ان الالتماس يهدف إلى إلغاء الحكم المطعون فيه وإعادة النظر في النزاع على أساس أسباب الالتماس.

ولذلك لا بد من التعرض للأحكام القابلة للطعن بالتماس إعادة النظر ولأسباب الالتماس ثم لإجراءاته ومحل نظر المحكمة المتعهددة.

الفقرة الأولى - الأحكام القابلة للالتماس :

اقتضى الفصل 156 م.م.م.ت. انه بإمكان الخصوم التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية، أي ان الالتماس لا يكون إلا في الأحكام الصادرة بصفة نهائية وذلك سواء صدرت من محاكم الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية، وذلك على نحو التالي :

- 1- الأحكام الصادرة نهائيا من محاكم الدرجة الأولى سواء كانت المحكمة الابتدائية أو محكمة الناحية. اما إذا كان الحكم قد صدر ابتدائي الدرجة وفوت المحكوم عليه أجل الاستئناف أو تنازل عنه فليس له التماس إعادة النظر.⁽³⁾ ذلك ان تلك الأحكام لم تصدر نهائية الدرجة وإنما أصبحت نهائية بعد فوات أجل الاستئناف ويحرم المحكوم عليه من الالتماس ما دام قد فوت على نفسه الطعن بالاستئناف.⁽⁴⁾
- 2- الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية سواء صدر الحكم من محكمة ابتدائية بوصفها محكمة استئناف أو من محكمة الاستئناف ذاتها وسواء كانت الأحكام النهائية منهيّة للخصومة أو غير منهيّة لها. علما وان قاعدة عدم جواز الطعن في الأحكام غير المنهيّة للخصومة إلا مع الحكم المنهي للخصومة وما يرد عليها من استثناءات، باعتبار ان الأحكام الوقتية لا تقبل الطعن بالتماس إعادة النظر لما لها من حجية وقتية ومن الممكن طلب تعديلها من قبل المحكمة التي أصدرتها وذلك بطرح النزاع عليها من جديد بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى دونما حاجة للطعن فيها بالالتماس لإعادة النظر.⁽⁵⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : «أصول المرافعات المدنية»، ص. 952.

(2) فتحي والي : «قانون القضاء المدني»، ص. 758.

(3) فتحي والي : «قانون القضاء المدني»، ص. 778.

(4) وجدي راغب : «المرجع السابق»، ص. 651.

(5) نبيل عمر : «الطعن بالالتماس»، ص. 74.

كما ان الحكم الصادر في موضوع الالتماس سواء بقبوله أو برفضه لا يجوز الطعن فيه بالالتماس وهو ما اقتضاه الفصل 164 م.م.م.ت. الذي نص على ان «الحكم الذي يصدر برفض الالتماس والحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن فيهما بالالتماس» ومرد ذلك حرص المشرع على استقرار المراكز القانونية ووضع حد للتقاضي. انما الحكم الصادر في الالتماس يجوز الطعن فيه بالتعقيب ولا يجوز الطعن في أحكام محكمة التعقيب بالتماس إعادة النظر ضرورة انه بالإمكان طلب الحكم بإبطال القرار التعقيبي إذا قام ما يثبت ان أحد القضاة الذين أصدره لإصلاحية له للنظر في الدعوى كأن يكون سبق له ان تعهد بالدعوى أمام محكمة الاستئناف وهو ما اقتضاه الفصل 190 من م.م.م.ت. عندما نص على انه «ويجب ان يشارك في إصدار القرار من سبقت مشاركته في الحكم في القضية».

ولقد سبق لفقهاء القضاء ان تنطرق لهذه المسألة، ذلك انه تم الطعن بالتعقيب في قرار استئنافي ونظرت محكمة التعقيب في الطعن بهيئة تضم مستشارا كان سبق له ان نظر في الدعوى لما كان مستشارا بالاستئناف ونقضت القرار الاستئنافي وأحالته على محكمة الاستئناف للنظر من جديد، فما كان من هذه الأخيرة إلا الحكم برفض التعهد وذلك لبطالان القرار التعقيبي على أساس الفصل 190 من م.م.م.ت.⁽¹⁾ ولقد تلافي المشرع هذا الخلل الإجرائي بان نقح مجلة المرافعات وأقر إمكانية الطعن مرة ثانية للطعن بالتعقيب عند حصول خطأ بين ولسوف تنطرق لهذه المسألة في باب الطعن بالتعقيب.

الفقرة الثانية - أسباب الالتماس بإعادة النظر :

لقد حدد المشرع في الفصل 156 م.م.م.ت. أسباب التماس إعادة النظر وهي المذكورة على سبيل الحصر وهي أسباب استثنائية للطعن ولا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها.⁽²⁾ وعلى من يطعن بالالتماس ان يحدد سببا لطعنه من بين هذه الأسباب ويذكره في عريضة الطعن ويقيم عليه الدليل وإلا كانت العريضة باطلة وهو ما اقتضاه الفصل 161 م.م.م.ت.

1 - وقوع خديعة أثرت في الحكم :

إن الخديعة مصطلح ليس من السهل تعريفه ولذلك لم يضع الفقهاء تعريفا محددًا والمشرع اتخذ موقفا سلبيا ضرورة انه أيضا لم يعرف هذا المصطلح ولكنه تصدى لبعض صورته في جملة من النصوص كالفصل 56 من المجلة المدنية. والعنصر

(1) القرار الاستئنافي عدد 54035 الصادر في 6 جويلية 1982 (غير منشور).

(2) وجدي راغب، المرجع السابق - ص. 652.

الجوهري في الخديعة يكمن في سوء النية ومتى ثبتت الخديعة تكون سوء النية مفترضة وقد تكون الخديعة إحدى صور التعسف في استعمال الحق وذلك عندما يمارس صاحب الحق حقه بطريقة غير مشروعة.⁽¹⁾ ولقد تم تعريف الخديعة بكونها تغيير الحقيقة بأية وسيلة بقصد تحقيق مصلحة خاصة أو غير مشروعة تتعارض مع القانون.⁽²⁾ وبالتالي ان الخديعة هي العمل الاحتيالي المخالف للنزاهة ويكون من شأنه تضليل العدالة ضرورة ان الوسائل الاحتيالية لا تقبل الحصر وعلى المحكمة تقدير ذلك حسب ظروف كل حالة وتستخلص ذلك بماله اصل ثابت بأوراق الدعوى.⁽³⁾

وأن أمثلة الخديعة كثيرة ومنها منع الخصم وصول الإعلام بالحكم إلى من تم إعلامه أو الاتفاق مع محامي خصمه على خيانة موكله أو إذا عمد الخصم إلى تهديد الشهود لحملهم على انكار ما هو في مصلحة خصمه أو سرقة مستندات قدمها الخصم الآخر.⁽⁴⁾

ويجب ان تصدر الخديعة من المحكوم له أو من ممثله القانوني أو الاتفاقي، كما تنسب الخديعة إلى الخصم ولو صدرت من الغير شريطة ان يكون قد ساهم في حصولها أو عالمها بها.⁽⁵⁾ كما يجب ان تكون الخديعة خافية على الملتمس خلال نظر الدعوى ولم يتسنى له تقديم دفاعه وإظهار الحقيقة للمحكمة فأثر ذلك على نتيجة الحكم. اما إذا كان الخصم قد اطلع على أعمال خصمه ولم يناقشها أو كان بإمكانه التفطن للخديعة وسكت عن تصرفات خصمه فلا يمكنه التماس إعادة النظر.

كما يجب ان تكون الخديعة أثرت في الحكم ومعني ذلك ان يكون التقدير الذي اشتمل عليه الحكم قد أسس على الحقيقة الراجعة إلى الخديعة أي انه بغير هذه الخديعة ما كان يصدر الحكم بالمضمون الذي صدر به، وبالتالي لا بد من وجود علاقة سببية بين مضمون الحكم وبين الوقائع المكونة للخديعة، اما إذا لم تعتمد المحكمة تلك الوقائع لإصدار حكمها فلا وجه للالتماس.

2 - بناء الحكم على أوراق مزورة :

اقتضى الفصل 156 م.م.م.ت. انه إذا ثبت بعد صدور الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها الحكم أو قضى بتزويرها جاز الطعن في الحكم بالتماس

- (1) سنية يوسف : «غش الخصوم»، رسالة دكتوراة بجامعة الإسكندرية - ص. 125.
- (2) سنية يوسف، المرجع السابق - ص. 147.
- (3) فتحي والي : «قانون القضاء المدني»، ص. 760.
- (4) وجددي راغب، المرجع السابق - ص. 653.
- (5) فتحي والي، المرجع السابق - ص. 761.

إعادة النظر ضرورة ان الحكم أسس على دليل ثبت فساده. وفي هذه الحالة يكون الالتماس ممكنا سواء كان الزور بعمل الخصم أو بعمل الغير خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للخديعة التي يجب ان تصدر من الخصم.

وليكون الالتماس مقبولا لا بد ان يكون الحكم قد بني على تلك الأوراق وان يثبت زور هذه الأوراق وذلك بحكم بالتزوير سواء كان زورا مدنيا وفق أحكام الفصل 234 من م.م.ت. أو جنائيا عملا بأحكام الفصل 172 من المجلة الجنائية أو بإقرار محرر الورقة بتزويرها وان يثبت الزور بعد صدور الحكم الملتمس إعادة النظر فيه وقبل رفع الالتماس الذي يكون غاية لإصلاح حكم بني على ورقة مزورة وان لا يكون وسيلة لإثبات الزور، باعتبار انه لا يجوز رفع الالتماس والادعاء بالتزوير في دعوى الالتماس في ورقة بني عليها الحكم المطعون فيه.

اما إذا لم يؤسس الحكم على الورقة المزورة انما على أسباب أخرى فإنه لا يجوز الالتماس ومثال ذلك إذا أسس الحكم الابتدائي على ورقة مزورة ثم تأيد الحكم لدى محكمة الاستئناف على أساس أسباب أخرى وقاطعة في الدعوى فلا يجوز الالتماس لان الورقة المزورة لم تكن أساس الحكم النهائي المطعون فيه.

3 - الظفر بأوراق قاطعة في الدعوى :

أن هذه الحالة تفترض وجود أوراق قاطعة في الدعوى أي انه لو كانت قد قدمت أثناء نظر الدعوى لتغير وجه الفصل فيها. كما يجب ان يكون الخصم الآخر قد حال بين خصمه وبين تقديم الأوراق للمحكمة أي ان يكون قد حجزها أو ساهم في الحيلولة على الحصول عليها من طرف خصمه. كما يجب ان يتم الحصول على تلك الأوراق بعد صدور الحكم المطعون فيه بعد ان كانت محجوزة، فإذا كانت معلومة للملتمس ومعلومة للمحكمة قبل إصدار الحكم كان الالتماس غير قائم على سبب سليم. والحصول على الورقة المنصوص عليه بالفصل 156 م.م.ت. لا يقصد به حيازة الملتمس للورقة حيازة مادية وإنما يكفي ان تنكشف له الورقة وتصبح في متناوله ويمكنه الاطلاع عليها دون حائل أو عائق شريطة إثبات تاريخ ذلك بصفة قطعية لان ميعاد الالتماس يحدد بداية من تاريخ الظفر بالورقة وهو ثلاثون يوما من ذلك التاريخ وبانقضائه يسقط الحق في الطعن عملا بأحكام الفصل 158 م.م.ت.

الفقرة الثالثة - إجراءات التماس إعادة النظر :

اقتضى الفصل 157 م.م.ت. ان الالتماس يرفع للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويجوز ان تكون مؤلفة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم، لان الالتماس هو طلب يقدم للمحكمة التي أصدرت الحكم للرجوع فيه لا لسبب

تقدير خاطئ وقعت فيه وإنما لتعيد التقدير على أساس وقائع جديدة. ولذلك لا حرج ان تنظر هذا الطلب ولو كانت مؤلفة من نفس القضاة الذي أصدروا الحكم لأنها تكون اقدر من غيرها على التحقق من هذا العيب.

ويقدم الالتماس بعريضة تودع لدى كتابة المحكمة بعد تبليغها للمعنى بالأمر وفقا لإجراءات رفع الدعوى ويجب ان تتضمن عريضة الالتماس علاوة على بيانات عريضة الدعوى أمام المحكمة الابتدائية بيان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه وتاريخه وأسبابه وإلا كانت العريضة باطلة عملا بأحكام الفصل 161 م.م.ت. كما يجب على الملتمس ان يبين عند عرضه أسباب الالتماس أدلة الإثبات المتعلقة بهذا السبب وان يحدد اليوم الذي ظفر فيه بالورقة أو ثبت فيه التزوير أو اكتشف الخديعة، والهدف من ذلك هو بيان ان سبب الالتماس قد اكتشف بعد صدور الحكم وان الالتماس قد قدم في الأجل القانوني الذي يبدأ من ذلك اليوم. ويجب كذلك تأمين عشرين دينارا بقباضة التسجيل والإدلاء بما يفيد ذلك لكتابة المحكمة والا امتنعت هذه الأخيرة من تسلم العريضة عملا بأحكام الفصل 160 م.م.ت. وأجل الالتماس ثلاثون يوما تبدأ من اليوم الذي ظهرت فيها الخديعة أو الذي أقر فيه بالتزوير أو حكم بثبوتها أو اليوم الذي ظفر فيه الملتمس بالورقة المحتجزة عملا بأحكام الفصل 158 م.م.ت. اما إذا انقضى أجل الطعن بالالتماس سقط الحق فيه وليس للخصم ان يطعن في الحكم بالالتماس أيا كان عذره وسواء كان يرجع لخطئه أو لخطأ وكيله.

الفقرة الرابعة - محل نظر المحكمة المتعددة :

1 - النظر في الشكل :

اقتضى الفصل 163 م.م.ت. ان المحكمة تفصل أولا في قبول إعادة النظر شكلا وذلك بالتثبت في ان الطعن رفع في الأجل ومتعلقا بحكم نهائي ومبني على أحد الأسباب التي نص عليها القانون على وجه الحصر وتنتهي هذه المرحلة إما برفض الالتماس شكلا وتتوقف عند هذا الحد ولا تتعرض لما أثاره الطاعن من طلبات متعلقة بموضوع الالتماس. واما ان تحكم بقبوله، وفي هذا الحالة يترتب على ذلك زوال الحكم المطعون فيه واعتباره كأن لم يكن في حدود ما تسلط عليه الطعن وتصرف القضية للمرافعة للنظر في موضوع الدعوى من جديد. وتكون المرافعة بنفس الجلسة التي تم قبول الطعن فيها شكلا أو يؤجل النظر في القضية بجلسة لا حقة تحدها المحكمة ودون حاجة لإعادة استدعاء الخصوم الذين حضروا الجلسة الأولى وهم على علم بتاريخ الجلسة التي أجلت لها القضية.

2 - النظر في الموضوع :

في هذه المرحلة الثانية وهي مرحلة نظر الموضوع يترتب على قبول الالتماس وما ينتج عن ذلك من إلغاء الحكم المطعون فيه وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم وتكون للمحكمة كافة السلطات التي كانت لها قبل صدور الحكم المطعون فيه ويمكن للخصوم تقديم أدلة جديدة. واثر ذلك تصدر المحكمة حكما جديدا في موضوع الدعوى سواء لصالح الملتمس أو ضده. وإذا قضت المحكمة في موضوع الالتماس وعدلت الحكم المطعون فيه الذي كان قد نفذ ضرورة ان الالتماس لا يوقف التنفيذ عملا بأحكام الفصل 162 م.م.م.ت. فيجب عليها الإذن بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه ولو بدون طلب ضرورة ان نقض الحكم من نتائجه الحتمية إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وطالما نفذ الحكم وطعن فيه الخصم بالالتماس فذاك دليل على عدم رضائه به وان لم يطلب ذلك صراحة.

والحكم الصادر في الالتماس سواء برفضه شكلا أو في الموضوع لا يقبل الطعن الا بنفس الطرق التي كان يقبلها الحكم المطعون فيه، فإذا كان صادرا عن محكمة ابتدائية بوصفها محكمة استئناف فهو يقبل الطعن بالتعقيب وكذلك الأمر إذا كان صادرا عن محكمة الاستئناف بوصفها درجة ثانية من درجات التقاضي.

المبحث الثالث - الطعن بالتعقيب :

إن وظيفة القضاء تتمثل أساسا في حماية القانون ولا يتسنى ذلك إلا إذا كانت الأحكام مطابقة للقانون. وأن إرساء محكمة التعقيب في أعلى هرم القضاء يهدف إلى أن يكون القانون كما تعلنه المحاكم مطابق للقانون كما أراده المشرع⁽¹⁾ ضرورة أن محكمة التعقيب تعمل على تقويم ما تقع فيه الأحكام من اعوجاج وحيدة عن التطبيق السليم للقاعدة القانونية وتحقق المساواة بين المواطنين أمام القانون عن طريق وحدة القضاء ووحدة القانون في الدولة.⁽²⁾

والطعن بالتعقيب هو طعن غير عادي في الحكم ضرورة أنه لا يجوز إلا بالنسبة للأحكام النهائية ولأسباب محددة من طرف المشرع على سبيل الحصر ومهمة محكمة التعقيب لا تتمثل في إعادة النظر في الدعوى بل في مراقبة تطبيق القانون ضرورة أنها لا تبحث الوقائع من جديد بل تسلم بها كما وردت في الحكم المطعون فيه وتراقب إذا كان الحكم المطعون فيه قد طبق على هذه الوقائع حكم القانون.

(1) فتحي والي : «قانون القضاء المدني»، ص. 773.

(2) أحمد مليجي : «أوجه الطعن بالنقض المتصل بواقع الدعوى»، ص. 31.

وبالإضافة إلى ذلك ليس للطعن بالتعقيب اثر موقف ولا يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم عملاً بأحكام الفصل 194 م.م.م.ت. مثلما هو الحال بالطعن بالاستئناف.

وأحكام محكمة التعقيب باستثناء الأحكام الصادرة عن الدوائر المجتمعة ليست لها قوة ملزمة إلا بالنسبة للقضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، ومع ذلك فالمحاكم السفلى تلتزم بها لما لهذه الأحكام من قيمة واقعية وأدبية ويعمل القضاة على الأخذ بها حتى لا تكون أحكامهم عرضة للنقض.

وللإمام بدور محكمة التعقيب لا بد من التعرض إلى الأحكام القابلة للطعن بالتعقيب ثم لأسباب الطعن بالتعقيب وإجراءات الطعن ولنطاق القضية أمام محكمة التعقيب ثم للحكم بالطعن وأثاره وأخيراً المصير القضية بعد نقض الحكم المطعون فيه باعتبار أن التنقيح الأخير لمجلة المرافعات المدنية حول لهذه المحكمة التصدي للموضوع في حالات معينة.

الفقرة الأولى - الأحكام القابلة للطعن بالتعقيب :

اقتضى الفصل 175 م.م.م.ت. أنه «يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائية الدرجة...». ويخلص من الفصل المذكور أنه تنطبق على الطعن بالتعقيب القاعدة العامة التي تقرر عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي لها، وذلك باستثناء الأحكام الاستعجالية والأحكام الصادرة بوقف الخصومة والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص وكذلك الأحكام الصادرة بالاختصاص إذا لم يكن للمحكمة ولاية للحكم في الدعوى وبالتالي أن الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف أو عن المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئناف قابلة للطعن بالتعقيب، ولمحكمة التعقيب في سبيل الفصل في مسألة جواز الطعن بالتعقيب من عدمه أن تراقب تكييف المحكمة الاستئنافية للدعوى وأن تعطى الوصف الصحيح والتكييف السليم ولا تكون مقيدة بالوصف الذي أصبغته محكمة الاستئناف.

وتجدر الملاحظة بالنسبة لقابلية الطعن بالتعقيب أنه :

- 1- عندما يجوز الطعن بالتعقيب في غير أحكام محاكم الاستئناف فإن الأمر يقتصر على حالات مذكورة على سبيل الحصر وهذه الحالات في القانون التونسي :
- الحكم النهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته سواء كانت محكمة ناحية أو محكمة ابتدائية.

- الأحكام النهائية التي يجيز القانون لوكيل الدولة العام الطعن فيها لمصلحة القانون في الحالات التي نص عليها الفصل 195 م.م.م.ت. ودون أن يكون مقيدا بأجل للطعن.

2- لا يجوز الطعن بالتعقيب إلا في الأحكام الصادرة بصفه نهائية، ولذلك فإنه حيث يجوز الطعن بالتعقيب في حكم صادر من محكمة أول درجة فإنه لجواز الطعن يجب أن يكون الحكم قد صدر نهائيا وغير ممكن الطعن فيه بالاستئناف، أما إذا صدر ابتدائيا وفوت المحكوم عليه أجل الطعن فاصبح الحكم نهائيا فإنه لا يقبل الطعن بالتعقيب رغم توافر إحدى حالاته.

3- أن الطعن بالتعقيب يتسلط على الحكم الاستئنافي وليس على الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى سواء قضت محكمة الاستئناف بتأييده أو بإلغائه أو بتعديله، ولذلك فإن سبب الطعن بالتعقيب يجب أن يتوافر في الحكم الاستئنافي ولا يجوز النعي على الحكم الاستئنافي بما ورد في الحكم الابتدائي من أسباب لم يتبناها الحكم الاستئنافي أو بأي عيب منسوب إلى الحكم الابتدائي⁽¹⁾.

4- لا يجوز الطعن بالتعقيب في أحكام المحكمين أو في الأعمال الولائية، وإذا قبل عمل ولائي الطعن فيه بالاستئناف كما هو الحال بالنسبة للأذن على العرائض فإن الطعن بالتعقيب يرد على حكم الاستئناف وهو عمل قضائي وليس على الاذن على عريضه الذي يكيف بكونه عملا ولائيا.

الفقرة الثانية - أسباب الطعن بالتعقيب :

إن الطعن بالتعقيب هو طريق طعن غير عادي ولا يكفي الحكم ضد الطاعن بل يجب أن يوجد في الحكم أحد العيوب التي نص عليها القانون وأن يحدد العيب في الحكم. وتعتبر هذه العيوب أخطاء في التقدير، أي أخطاء في التقدير يرتكبها القاضي عند تطبيقه القاعدة القانونية العامة على الحالة المعينة، وتعتبر العيوب الأخرى أخطاء في الإجراء أي في نشاط القاضي الذي يوجب عليه القانون أن يكون على نسق معين.

ولاعتبار السبب من أسباب الطعن بالتعقيب لا بد أن يكون من ضمن الأخطاء في التقدير أو على خلاف ذلك الأخطاء في الإجراء، وفي الحالة الأولى تقتصر سلطة المحكمة على مراقبة تطبيق القانون، وفي الحالة الثانية تبحث المحكمة في الوقائع،

(1) أحمد أبو الوفاء : «المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالإسكندرية مصر - ص. 882.

وعلى هذا الأساس إذا حكم برفض الاستئناف على أساس أن الطاعن قبل الحكم المطعون فيه فإن محكمة التعقيب تبحث واقعة القبول من عدمه. ولذلك سنتولى البحث في الأسباب المتعلقة بالتحريف ثم الأسباب المتعلقة بتعليل الأحكام.

I - الأسباب المتعلقة بالتحريف :

أن للقاضي سلطة مطلقة في بحث المستندات المقدمة أساسا للدعوى دون أن يكون لمحكمة التعقيب ممارسة رقابتها غير أنه إذا حرف الوقائع بأن انتهى لغير النتيجة التي تؤدي لها الواقعة فإن الحكم يكون عرضة للنقض وقد يكون التحريف في الوقائع أو في المحررات.

1 - تحريف الوقائع كسبب للطعن :

أ - حرية قاضي الموضوع في تقدير الوقائع :

أن حرية قاضي الموضوع في تقدير الوقائع هو من المبادئ الثابتة التي يقرها تشريعنا وتحرص محكمة التعقيب على احترامه والتذكير به في العديد من قراراتها⁽¹⁾ وبالتالي أن اختصاص قضاة الأصل بتقرير الوقائع المادية وحریتهم في تقديرها تعني عدم الصلوحية لمحكمة التعقيب إعادة النظر في وقائع الدعوى على نحو مخالف لما قرره محكمة الموضوع مما يحرم على الأطراف بسط وقائع جديدة وعلى المحكمة إعادة النظر في الوقائع التي بسطت أمام محكمة الموضوع.

لكن لا بد من التفرقة بين رقابة المحكمة على الاستخلاص الواقعي ورقابتها على الاستخلاص القانوني، فإن كان الأول خارجا عن اختصاص محكمة التعقيب فإن الثاني هو في صلب دورها. والحقيقة أن الاشكال مرده صعوبة التفريق بين الواقع والقانون اللذان من الممكن أن يتداخلا ويصعب معرفة ما إذا كانت المسألة التي فصل فيها القاضي هي مسألة موضوعية أم هي مسألة قانونية.⁽²⁾

ب - الإخلال بمبدأ حرية قاضي الموضوع في تقدير الوقائع

إن تحريف الوقائع يؤدي حتما وبالضرورة إلى الخطأ في تطبيق القانون، وهو ما أقرته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها⁽³⁾ وإذا ما أقرت محكمة التعقيب هذا

(1) تعقيب عدد 5283 الصادر في 25/1/1982 م - نشرية 1982 - ص. 93.

تعقيب عدد 4512 الصادر في 24/1/1982 م - نشرية 1982 - ص. 442.

(2) عبد المنعم حسني : « طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية »، ص. 582.

(3) تعقيب عدد 560 الصادر في 11/1/1977 م - نشرية 1977 - ص. 25.

المبدأ فإنه من البديهي أن تراقب سلامة استنتاج محكمة الموضوع وتنظر هل الأدلة التي أعتمدها الحكم تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، فإذا تبين لها انتفاء التلازم المنطقي بين النتيجة التي انتهت إليها محكمة الموضوع وبين عناصر الاستدلال الواقعية فإنها تنقض الحكم المطعون فيه.⁽¹⁾

2 - تحريف المحررات :

إن المحررات من كئائب وعقود مصدرها إرادة الأطراف، وبالتالي لا يمكن تنظيرها بالقانون إلا أن فقه القضاء توسع في السلطة المخولة لمحكمة التعقيب وخول لها الرقابة على تحريف المحررات الكتابية، ضرورة أن محكمة التعقيب أكدت في العديد من المناسبات أنه لا يمكن لقضاة الأصل التستر بسلطتهم لتحريف معنى الكتب الواضح والذي لا يكتنفه غموض وفسرت في العديد من المرات عقودا ونقضت العديد من القرارات التي فسرت تفسيراً مخالفاً لما تراه محكمة التعقيب⁽²⁾ وبذلك تحولت محكمة التعقيب من محكمة قانون هدفها الأساسي النظر في الخلافات القانونية إلى قاضي وقائع وقانون وهو ما يقلص الحواجز الفاصلة بين سلطة قضاة الأصل التقديرية وسلطة محكمة التعقيب المنحصرة أساساً في رقابة حسن تطبيق القانون. وهذا الموقف كان عرضة للنقد واعتبر الفقهاء أنه ليس لمحكمة التعقيب مراقبة تفسير قاضي الموضوع للعقود لأن التفسير يلزم القاضي بالرجوع إلى ظروفه وملابساته الواقعية، وبذلك لا يعد التفسير تأويلاً للقانون بل يتعلق بالواقع ولا يخول لمحكمة التعقيب المراقبة بوصفها محكمة قانون⁽³⁾ إلا أن هذا النقد لم يمنع محكمة التعقيب من التمسك بموقفها الذي عرف استقراراً وأمر الانقاش فيه بدليل الكم الهائل من القرارات المقررة لهذا المبدأ.⁽⁴⁾

II - الأسباب المتعلقة بتعليل الأحكام :

إن الأحكام يجب أن تعلق تعليلاً واقعياً وقانونياً عملاً بأحكام الفصل 123 م.م.ت. ومن أبرز مظاهر التعليل الرد على الدفع الجوهرية التي يتمسك بها الأطراف واحترام حقوق الدفاع والاستناد على أدلة لها أصل ثابت في أوراق

(1) عزمي عبد الفتاح : «تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية»، ص. 490.

(2) تعقيب عدد 1702 الصادر في 19/10/1979، نشرية 1971 - ص. 104.
(3) LECLERC Henri : «De l'influence de motifs au manque de bases légales des décisions judiciaires JCP 1948، Doctrine n° 690.

(4) قرار تعقيبي عدد 1509 الصادر في 17/5/1965 م - نشرية 1966 - ص. 17.
قرار تعقيبي عدد 14001 الصادر في 2/1/1986 - نشرية 1987 - ص. 65.

الدعوى⁽¹⁾ ولقد أقرت محكمة التعقيب هذه المبادئ في العديد من القرارات والتي ورد في أحدها أن «تعليل الأحكام هو أمر جوهري لصحتها ولا يعتبر الحكم قانونيا إلا إذا شمل كافة عناصر القضية وأدلتها وكان مجيبا على الدفوع الجوهرية التي لها تأثير على وجه الفصل والرد عليها بصورة تمكن محكمة التعقيب من إجراء حقها في مراقبة سلامتها».⁽²⁾

وبذلك أن انعدام الأسباب في الحكم موجبة لنقضه ويتجلى ذلك إما بضعف التعليل أو عدم مراعاة حقوق الدفاع بأن لا يقع الرد على أحد الدفوع الجوهرية التي تمسك بها أحد الخصوم.

1 - ضعف التعليل :

أنه من الضروري التمييز بين الأسباب القانونية والأسباب الواقعية للفرقة بين ضعف التعليل والعيوب الأخرى حتى نتتمكن من تحديد حالات ضعف التعليل.

أ - الأسباب الواقعية والأسباب القانونية :

أن الأسباب الواقعية هي التي تبرر الواقع الذي استخلصه القاضي، في حين أن الأسباب القانونية هي التي تبرر اختيار تطبيق قاعدة دون أخرى لحل الاشكال المطروح⁽³⁾ وتكون هذه الأسباب كافية إذا أوضحت أن الوقائع اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية توافرت في الدعوى وتكون غير كافية إذا لم يبرز في الحكم ما يبرر تطبيق القاعدة التي على أساسها صدر الحكم.

وضعف التعليل يحول دون مراقبة محكمة التعقيب لتطبيق القانون باعتبار أن هذا القصور يمنع من معرفة ما إذا كانت القاعدة المطبقة في الدعوى هي التي يجب تطبيقها، بينما عدم إيراد الأسباب القانونية لا يحول دون ممارسة الرقابة ضرورة أن عدم إيراد النص القانوني وتكون نتيجة الحكم صحيحة لا يحول دون أن تستكمل محكمة التعقيب الأسباب القانونية اللازمة أو استدراك ما وجدته من أخطاء قانونية باعتبار أن ذكر النص القانوني غير ضروري إذا كانت النتيجة صحيحة وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب وورد بإحدى قراراتها أنه «ولئن أوجب الفصل 123 م.م.م.ت. تضمين المستندات الواقعية والقانونية بالحكم إلا أنه لم يوجب بيان النص القانوني».⁽⁴⁾

(1) عبد الله الأحمدى : «القاضي والإثبات في النزاع المدني»، ص. 183.

(2) القرار عدد 19958 الصادر في 24/10/1990 - نشرية 1990 - ص. 21.

(3) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام»، دار المعارف بالإسكندرية - مصر - ص. 291.

(4) القرار عدد 14963 الصادر في 6/2/1986 - نشرية 1986 - ج 1 - ص. 71.

ب - ضعف التعليل والعيوب الأخرى :

إن ضعف التعليل هو عيب موضوعي، بينما انعدام الأسباب هو عيب شكلي يجعل الحكم فاقدًا لمقوماته. والتمييز بين هذين المصطلحين له أهمية كبرى بالنسبة لسلطة محكمة التعقيب،⁽¹⁾ ضرورة أنه إذا انعدمت الأسباب ينحصر دور محكمة التعقيب في بيان أن الحكم غير مسبب دون أن تبدي رأيها في قيمتها القانونية، في حين في حالة ضعف التعليل فإن المحكمة تبحث القيمة القانونية للحكم وتبين أوجه قصوره.

كما أن ضعف التعليل يختلف عن مخالفة القانون، باعتبار أن ضعف التعليل يفترض عدم كفاية الأسباب الواقعية، بينما في مخالفة القانون تتوافر في الحكم الأسباب الواقعية إلا أن المحكمة أخطأت في أعمال القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع المطروحة.

كما أنه من الضروري التمييز بين ضعف التعليل وزوال الأساس القانوني للحكم الذي يفترض أن الحكم صدر صحيح من الناحية الواقعية والقانونية، غير أنه نتيجة لحدوث واقعة لاحقه لصدوره كان يصدر قانون جديد يلغي النص الذي أسس عليه الحكم وذلك بأثر رجعي.

ج - حالات ضعف التعليل :

لقد حاول بعض فقهاء القانون حصر حالات ضعف التعليل وانتهوا إلى حصرها في خمسة حالات.⁽²⁾

- الحالة الأولى وهي التي ترد فيها الأسباب معروضة عرضاً معقداً لا يسمح بمعرفة ما إذا كان القاضي قد فصل في الواقع أو في القانون ومثال ذلك الحكم بسقوط الدين بالتقادم عن المدين الأصلي وعدم سقوطه عن الضامن دون توضيح سبب التفرقة بين المدين والضامن ومبررات سقوط الحق بمرور الزمن.⁽³⁾

- الحالة الثانية وهي التي ترد فيها الأسباب مبهمة وعامة ولا تمكن محكمة التعقيب من الرقابة.

- الحالة الثالثة وهي التي ترد فيها الأسباب وقد أخذت في الاعتبار بعض الوقائع دون بيان الشرط الذي يوجب القانون عند تكييف الوقائع لتطبيق حكم القانون عليها

(1) BORE : «La cassation en matiere civile». Sirey - Paris 1980، p. 151.

(2) Ernest FAYE : «La cour de cassation». Edition librairie Douchman - 1970 - p. 135.

(3) Idem p. 135.

ومن أمثلة ذلك أن تقرر المحكمة أن واقعة ثابتته من دفاتر التاجر وتعتمدها لإصدار الحكم دون أن تبحث في توفر صفة التاجر من عدمه في الذي تريد أن تعارضه بهذه الواقعة.

- الحالة الرابعة وهي التي ترد فيها الأسباب قاصرة عن بيان واقعة معينة بيانا كافيا يمكن محكمة التعقيب من إجراء الرقابة على القاعدة القانونية التي اعتمدها الحكم. ومن أمثلة ذلك الفلاح الذي يبيع محصول مزرعته وفي نفس الوقت يمارس عملا تجاريا، فاذا ما باع البضاعة في السوق وحصل نزاع لا بد من التفريق بين البضاعة المتأتية من المزرعة وتلك التي تأتت من المتاجرة ضرورة أن وسائل الإثبات مختلفة باعتبار أن العمل التجاري يثبت بكل الوسائل في حين أن الأعمال الأخرى ينطبق عليها الفصل 473 من المجلة المدنية.

- الحالة الخامسة وهي التي يقوم فيها الحكم على سبب عقيم وغير منتج ويترك المسألة الجوهرية من النزاع بدون حل، ومرد ذلك سوء فهم القاضي للنزاع المطروح عليه أو نتيجة لخطأ في التقدير. ومن أمثلة ذلك أعراض المحكمة عن الأساس الذي أقيمت عليه الدعوى وتطبيقها نصا آخر دون تعليل لموقفها. ولقد قضت محكمة التعقيب في هذا الشأن بأن القضاء على أساس الفصل 163 من مجلة الأحوال الشخصية باعتبار أن المعنى بالأمر ضعيف العقل والحال أن الدعوى أسست على أحكام الفصل الخامس من المجلة المدنية المتعلقة بفاقد أهلية التعاقد بدون تعليل يعتبر ضعفا في التعليل موجبا لنقض الحكم المطعون فيه.⁽¹⁾

2 - هضم حقوق الدفاع :

أن المحكمة علاوة على إيرادها الأسباب الواقعية والقانونية ملزمة بالرد على أوجه دفاع الخصوم الجوهرية التي لم تعتمد عليها، وإذا لم تفعل تكون قد هضمت حقوق الدفاع ويكون حكمها عرضة للنقض، وفي أغلب الأحيان يرتبط هضم حقوق الدفاع بضعف التعليل وينتج عن عدم الرد عن الدفوع الجوهرية.

أ - ارتباط هضم حقوق الدفاع بضعف التعليل :

إن ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع مرتبطان ارتباطا وثيقا ضرورة أنه كلما أغفلت المحكمة الرد على أحد الدفوع الجوهرية التي تمسك بها أحد الخصوم يكون الحكم ضعيف التعليل وهو ما ارتاتته محكمة التعقيب عندما أكدت ان «تعليل الأحكام والتعرض لدفوع الخصوم الجوهرية والرد عليها طبق أحكام الفصل 123

(1) القرار عدد 3189 الصادر في 11/12/1979 - نشرية 1979 - ص. 63.

م.م.ت. هو من الأركان الأساسية لسلامتها ومخالفته تجعل الحكم عرضة للنقض»⁽¹⁾ كما أكدت في قرار آخر أن «الدفع الجوهرية التي تثار من أحد أطراف النزاع أمام محكمة الموضوع يتوجب معه على هذه الأخيرة إبرازها ومناقشتها وتفريعا على هذا يكون قاصر التسبب ومعرضا للنقض القرار الذي أهمل مناقشة الدفع الجوهرية الذي تمسك به الطاعن فيما يخص وجود مشكل تنفيذي من عدمه ولم يبرز العناصر التي من شأنها تبرير توقيف نفاذ الحكم المعروف على التنفيذ»⁽²⁾.
إلا إن الأمر يستدعي التعرض إلى مفهوم الدفع الجوهرية.

ب - مفهوم الدفع الجوهرية :

لم يعرف الفقهاء الدفع الجوهرية ولا يوجد معيار قانوني إنما يمكننا الارتكان إلى معيار موضوعي وهو مدى تأثير الدفع على وجه الفصل في الدعوى. وهو ما أقرته محكمة التعقيب عندما اعتبرت في أحد قراراتها «أن المحكمة إذا ما ناقشت الدفوع الجوهرية وردت عليها لا تكون ملزمة بتناول الدفوعات الهامشية ولا مطعن في ذلك الحكم إذا ما ترك تلك الهوامش»⁽³⁾ كما انه «يعد هضمًا لحقوق الدفاع وموجبًا للنقض تحريف تصريحات لسان الدفاع وتسجيلها بالحكم على غير الأساس المسجلة به في الأوراق»⁽⁴⁾ وبذلك أن محكمة الموضوع ملزمة على الرد على الدفوع الجوهرية وإلا تكون هاضمة لحقوق الدفاع ويكون حكمها عرضة للنقض، وهذا التمشي مستقرة عليه محكمة التعقيب وبارز في العديد من قراراتها ومن ذلك القرار الذي ورد به أنه «إن اثار أحد الطرفين في النزاع معارضة جدية لها مساس بجوهر الموضوع وتجاوزتها المحكمة بدون تسبب فإن ذلك يورث القرار خرقا لأحكام الفصل 123 م.م.ت. ويعرضه للنقض»⁽⁵⁾.

3 - بطلان الحكم أو بطلان الإجراءات سند الحكم :

عملا بأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 175 من م.م.ت. يمكن الطعن في الحكم إذا لم تراعى في الحكم أو في الإجراءات الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط. وفي الحالتين يطعن في الحكم لأنه باطل

- (1) القرار عدد 17776 الصادر في 22/9/1997 - نشرية 1987 - ص. 81.
- (2) القرار عدد 21 الصادر في 11/11/1976 - نشرية 1976 - ص. 117.
- (3) القرار عدد 6131 الصادر في 1/2/1993 - نشرية 1983 - ص. 94.
- (4) قرار عدد 22975 الصادر في 19/7/1989 - نشرية 1989 - ص. 332.
- (5) القرار عدد 74 الصادر في 9/11/1976 - نشرية 1976 - ص. 106.

ومحل الطعن هو تعيب الحكم وليس الإجراءات وقد يقع البطلان في الحكم ذاته في حالة النطق به في جلسة سرية أو إذا لم يشتمل على الأسباب التي بني عليها أو صدر من محكمة غير مختصة أو غير مشكلة تشكيلا صحيحا أو من قاض غير مؤهل لإصداره أو دون سماع المرافعة وإذا لم يحضر القاضي

الذي سمع المرافعة النطق بالحكم ولم يوقع محضر الجلسة الحكمية⁽¹⁾ أما العيب في الإجراءات السابقة للحكم فيقصد بها بطلان إجراءات الدعوى والذي من شأنه التأثير في الحكم ويكون باطلا بالتبعية لان ما بني على باطل فهو باطل.

والبطلان لعيب ذاتي في الحكم يمكن التمسك به سواء تعلق بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة، أما بطلان الحكم لبطلان الإجراءات السابقة لصدوره فيمكن التمسك به أمام محكمة التعقيب إذا كان قد سبق التمسك بذلك الدفع أمام محكمة الاستئناف ورفضته، أما إذا لم يسبق التمسك بهذا البطلان أمام محكمة الموضوع فيجب للتمسك به لأول مرة أمام محكمة التعقيب أن يكون هذا البطلان متعلقا بالنظام العام وإلا يكون قد صحح بأي سبب من أسباب التصحيح مع مراعاة أنه لا يجوز التمسك بالبطلان لعيب ذاتي في الحكم أو لتعيب الإجراءات إلا إذا كان هذا البطلان يتعلق بحكم محكمة الاستئناف الذي هو محل الطعن، فإذا كان حكم المحكمة الابتدائية هو الباطل واستندت إليه محكمة الاستئناف فإن الحكم محل الطعن يكون أيضا في هذه الحالة باطلا لانبائه على حكم باطل.⁽²⁾

4 - التعارض بين أحكام نهائية :

اقتضت الفقرة الخامسة من الفصل 175 من م.م.م.ت. أنه «يمكن الطعن بالتعقيب إذا كانت هناك أحكام نهائية متناقضة في نصها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب».

من المعلوم أن الفصل في نزاع بحكم معين يسلب من أية محكمة سلطة إعادة النظر في النزاع الذي فصل فيه لان ما سبق الفصل فيه وحاز حجية الأمر المقضي به لا يجوز الفصل فيه مرة أخرى، كما أنه من شأن هذا التناقض أن يمنع تنفيذ الأحكام. ويشترط للطعن بالتعقيب لهذا السبب أن يوجد حكم سابق قد حاز قوة الأمر المقضي به سواء لصدوره نهائيا أو صار نهائيا لفوات أجل الاستئناف. ويجب أن يكون هناك تعارض بين الحكمين أي أن يتضمن الحكمان قضاء في مسألة واحدة

(1) أحمد أبو الوفاء: «المرافعات المدنية والتجارية»، دار المعارف بالإسكندرية مصر - ص. 645.

(2) فتحي والي: «قانون القضاء العدلي»، ص. 788.

على نحو مختلف، ومعنى ذلك أن يناقض الحكم الصادر نهائياً حكماً سابقاً حاز قوة الأمر المقضي به في مسألة ثار حولها نزاع واستقرت حقيقتها بين طرفي النزاع بالفصل فيها في الحكم السابق بين نفس الأطراف ولنفس السبب ونفس الموضوع، ولا يغير من ذلك أن تكون المسألة المقضي فيها مسألة كلية شاملة أو مسألة أصلية أساسية، فإذا قضى نهائياً بتخفيض معينات الكراء ثم قضى بعد ذلك بإلزام المتسوغ بأن يؤدي لمشتري العقار خلف المؤجر معينات الكراء دون تخفيضها فإن ذلك مخالف لحجية الحكم السابق ويجوز الطعن فيه بطريق التعقيب.

كما أن التعارض أو التناقض يجب أن يقوم بين أحكام نهائية ولا يصح أن يقوم بين حكم نهائي وحكم بات أي صادر عن محكمة التعقيب، فلا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة عن محكمة التعقيب بدعوى مخالفتها لحكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي به.

وفي صورة الطعن بالتعقيب لتعارض الأحكام فإنه يمكن القول أن الحكم الأول يعد مطروحا هو أيضا على محكمة التعقيب وبقوة القانون أيضا، إذ أن معرفة ما إذا كان الحكم الثاني قد فصل في النزاع ذاته خلافا لحكم سابق بين نفس الخصوم يستلزم هذا القول. ومصير الطعن أمام محكمة التعقيب لا يخلو من أن تحكم أما برفض الطعن لاحد الحكمين ومعنى ذلك أن الحكم الآخر هو الصحيح، وأما أن تقبل الطعن وتقضي بنقض الحكم الأول أو الثاني مما يعني أن الحكم الذي لم ينقض هو الحكم الصحيح. ويجوز لها أن تنقض الحكمين معا، وبالتالي يكون على أصحاب الشأن أن أرادوا أن يرفعوا النزاع أن كان ذلك ممكنا مرة أخرى أمام محكمة الموضوع.⁽¹⁾

الفقرة الثالثة - أجل الطعن بالتعقيب وإجراءاته :

أجل الطعن بالتعقيب عشرون يوما من تاريخ الإعلام بالحكم بصفه قانونية عملا بأحكام الفصل 195 من م.م.ت. في حين أن الطعن في الأحكام الصادرة في مادة الأحوال الشخصية فهو ثلاثون يوما من تاريخ صدور الحكم. وإذا انقضت أجل الطعن بالتعقيب سقط الحق في هذا الطعن، ولا يلزم في تلك الحالة تمسك أحد الخصوم بعدم قبول الطعن لفوات الأجل لأن المحكمة تثير ذلك من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام.

ويرفع الطعن بعريضة تودع قلم كتابة محكمة التعقيب عملا بأحكام الفصل 182 من م.م.ت. وتشتمل عريضة الطعن بالتعقيب علاوة على البيانات المتعلقة باسماء

(1) نبيل إسماعيل عمر : «نظرية الطعن بالنقض»، ص. 241.

الخصوم وصفاتهم ومقر كل واحد منهم على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان الأسباب التي بني عليها الطعن وطلبات الطاعن عملاً بأحكام الفصل 183 من م.م.ت. والبيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومقراتهم يقصد منها إعلام ذوي الشأن إعلاماً كافياً بأسماء الخصوم ومقراتهم، وما يكفي للدلالة عليها يتحقق به الغرض الذي وضع هذا الفصل من أجله، وبالتالي لا يتحقق البطلان على الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم الذي ليس من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم وعلمه بالخصوم أو الخطأ في بيان مقر الخصم طالما تحققت الغاية من الإجراء. أما إذا اغفل بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه أو بيان الأسباب التي بني عليها الطعن أو طلبات الطاعن فإن الطعن يكون باطلاً وتحكم المحكمة ببطلانه من تلقاء نفسها. ولذلك يجب بيان أسباب الطعن بياناً دقيقاً فإذا خلت العريضة من أسباب الطعن في الحكم كان الطعن باطلاً، وأنه ليس من الواجب بيان كل وجه من وجوه الطعن على حدة بل تحديد العيب المنسوب إلى الحكم وموضعه وأثره ولا يغني عن ذلك الإحالة المجملة على ما حوته التقارير المقدمة لمحكمة الموضوع، على أن الطاعن غير ملزم ببيان النص التشريعي الذي ينسب إلى الحكم المطعون فيه مخالفته أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله.

كذلك يجب على الطاعن عند ايداع مذكرة الطعن أن يودع معها ما يفيد تأمينه ثلاثين ديناراً بعنوان خطية، ولا يقبل كاتب المحكمة عريضة الطعن إذا لم ترفق بما يثبت هذا التأمين عملاً بأحكام الفصل 184 من م.م.ت. وتصادر هذه الخطية إذا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن أو برفضه أو بعدم جوازه، والحكمة من هذه الخطية ضمان جدية الطعن ولا يعني من هذه الخطية إلا الدولة والفقراء المسعفون بالاعانة العدلية ويترتب البطلان على اغفال هذا الايداع ولكل ذي مصلحة من الخصوم أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ويجب على الطاعن خلال ثلاثين يوماً من تقديمه عريضة الطعن أن يقدم لكتابة المحكمة محضر اعلام بالحكم المطعون فيه أن وقع إعلامه به ونسخه من الحكم المطعون فيه مشفوعة بنسخة رسمية من الحكم الابتدائي إذا كانت أسباب هذا الحكم متممه له ولم تكن مدرجة به ومذكرة من محاميه في بيان أسباب الطعن وما له من مؤيدات ونسخه من محضر ابلاغ خصومه نظيراً من تلك المذكرة بواسطة عدل منفذ وإلا سقط حقه في الطعن عملاً بأحكام الفصل 195 من م.م.ت.

والمطعون ضده عليه تقديم مذكرة في دفاعه بواسطة محام بعد اطلاع محامي الطاعن عليها وذلك في أجل لا يتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ اعلامه بعريضة أسباب الطعن، وبفوات الأجل لا يجوز لكتابة المحكمة لأي سبب أن تقبل المذكرات،

كما أنه بعد انقضاء هذا الأجل تسلم الكتابة الملف للنياابة العامة التي عليها أن تودع مذكرة بأقوالها وتحيل الملف على الرئيس الأول لتعيين جلسة نظر الطعن وتتولى كتابة المحكمة اعلام المحامين كتابة قبل انعقاد الجلسة بثمانية أيام عملاً بأحكام الفصل 187 من م.م.م.ت. ضرورة أنه بإمكان أحد المحامين تقديم مطلب للمرافعة عملاً بأحكام الفصل 188 من م.م.م.ت.

وهذا النظام المتبع من مشرعنا يجعل القضايا تراكم باعتبار أن المحكمة تحترم تاريخ تقديم الطعون في حين أنه من بين الملفات ما سيكون مآله الرفض شكلاً لتقديمه بعد الأجل ولأي خلل شكلي والمقترح أن تحدث دائرة فحص الطعون مثلما هو الحال ببعض البلدان العربية كمصر وتتولى هذه الدائرة فحص الطعن فإن كان به خلل شكلي تصدر حكماً برفضه وأن كان الطعن جدياً يحال على الرئيس الأول لتعيين جلسة لنظر الطعن.⁽¹⁾ تلك هي إجراءات الطعن بالتعقيب ويمكن الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون ضرورة أن الفصل 180 م.م.م.ت. اقتضى أنه «يمكن لوكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب أن يقوم لديها بالطعن في الحكم لمصلحة القانون إذا كان نصه متضمناً لخرق قاعدة قانونية ولم يرقم أحد طرفيه بالطعن في الإبان» ويرفع هذا الطعن بعرضه يوقعها وكيل الدولة العام وتظر المحكمة الطعن في غرفة الشورى بغير استدعاء الخصوم ولا يستفيد الخصوم من هذا الطعن.

ففي هذه الحالة يطعن وكيل الدولة العام في أي حكم نهائي مخالف للقانون ولا يتقيد هذا الطعن بأجل ويمكن رفعه في أي وقت عملاً بأحكام الفصل 195 م.م.م.ت. ولا يترتب على هذا الحكم أي نتائج عملية للخصوم، فإذا قبلته المحكمة ونقضت الحكم المطعون فيه فإن هذا الحكم يظل منتجاً لآثاره بالنسبة للخصوم وتبدو فائدة هذا الحكم في إزالة قوته الإقناعية كسابقة قضائية يمكن الاستشهاد بها في القضايا الأخرى مما يزيل البلبله والاضطراب الذي يمكن أن يحدثه الحكم المخالف للقانون.

الفقرة الرابعة - نطاق قضية الطعن بالتعقيب :

إن قضية التعقيب لا تشمل الحكم المطعون كليا إنما يقتصر نطاقها على الجزء المطعون فيه من الحكم دون غيره، فإذا تضمن الحكم الفصل في طلبين واقتصر الطعن على ما فصل في أحد الطلبين فلا تبحث المحكمة سواه، فإذا اقتصر الطعن على قضاء الحكم المطعون فيه في موضوع الاستئناف دون شكله فإن قضية الطعن تقتصر على موضوع الاستئناف ولا تتعداه إلى الشكل لأن الجزء من الحكم الذي لم

(1) فتحي والي : «قانون القضاء المدني»، ص. 780.

يطعن فيه يصبح باتا ولا يجوز المساس به. ولكن إذا طعن في قضاء الحكم الوارد في المنطوق فإن الطعن يسلب على ما ورد في الأسباب التي تأسس عليها المنطوق محل الطعن. والطعن بالتعقيب لا يمتد إلى أسباب الحكم الابتدائي إذا لم يأخذ بها الحكم الاستثنائي. أما إذا طعن في شق هو أساس النزاع فإنه يتعين التطرق للشق الآخر ولو لم يكن محل الطعن لأن الدعوى في هذه الحالة غير قابلة للتجزئة.

كما أنه لا يجوز التمسك بالطلبات الجديدة أمام محكمة التعقيب سواء من الطاعن أو من المطعون ضده، فالطلبات الجديدة أن كانت لا تجوز أمام محكمة الاستئناف فهي لا تجوز من باب أولى أمام محكمة التعقيب إذ هي لا تنظر الموضوع. وبالتالي أن نطاق القضية يقتصر على الطلبات الموضوعية التي فصل فيها الحكم المطعون فيه. أما بالنسبة للأسباب فإنه كذلك لا يجوز إبداء أسباب جديدة أمام محكمة التعقيب ضرورة أن محكمة التعقيب ملزمة على التسليم بما أثبتته المحكمة المطعون فيه من وقائع إذ يمنع عليها إعادة البحث من جديد في مسائل واقعية تعرض عليها لأول مرة أي لم تعرض من قبل على قاضي الموضوع. والسبب الجديد له صور عديدة تتمثل في تعديل الطلبات أمام محكمة التعقيب كما إذا تمسك الطاعن بإخلال البائع بالتزامه بالتسليم بعد أن كان أقام دعواه على أساس إخلال البائع بضمان الاستحقاق. كما لا يجوز التمسك بدفوع أو أوجه دفاع جديدة تثير مسألة واقعية لم تطرح على محكمة الموضوع ومثال ذلك التمسك ببطلان عريضة الدعوى لخلوها من البيانات التي يوجبها القانون طالما أن الطاعن لم يتمسك بذلك البطلان أمام محكمة الموضوع. كما لا يجوز التمسك لأول مرة ببطلان الإجراءات التي بني عليها الحكم الابتدائي أو ببطلان شاب الحكم الابتدائي طالما لم يقدم الطاعن ما يدل على تمسكه به أمام محكمة الاستئناف.

إن القاعدة المذكورة سلفا لها بعض الاستثناءات وتقبل الأسباب الجديدة وذلك عندما تكون هذه الأسباب مبنية على عيوب الحكم المطعون فيه نفسه ولم يكن بالإمكان الوقوف عليها قانونا إلا بعد صدور الحكم المطعون فيه، أي إنها أسباب ظهرت من نفس الحكم الاستثنائي، وتبعاً لذلك يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة التعقيب بإغفال بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم أو تخلف أحد القضاة الذين أصدر الحكم عن جلسة النطق به بسبب مانع قهري دون أن يتم التنصيب على ذلك بمحضر الجلسة المشتملة على منطوقه وأن غيره حل محله وقت النطق بالحكم.

كما يجوز الأخذ بالأسباب القانونية الصرفة لأول مرة أمام محكمة التعقيب ويقصد بها أوجه النعي على الحكم المطعون فيه لأسباب تتعلق بالنظام العام

وتستطيع محكمة التعقيب الفصل على ضوء ما أثبتته الحكم المطعون فيه دون إجراء أبحاث جديدة أو تقدير واقعي جديد أي كانت العناصر الواقعية مطروحة على محكمة الموضوع، والعلة في ذلك أن الأسباب المتعلقة بالنظام العام يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة التعقيب لأنها تعتبر مطروحة بطبيعتها على قاضي الموضوع ويشيرها من تلقاء نفسه، إذ هي تعتبر نوعاً من الأسباب القانونية الصرفة، ومن أمثلة ذلك الدفع بعدم الاختصاص ومخالفة قاعدة قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف ومخالفة مواعيد الطعن في الأحكام أو مخالفة قواعد تفسير عبارة العقد الصريحة.

الفقرة الخامسة - الحكم في الطعن وآثاره :

أن محكمة التعقيب هي خاتمة المطاف وأحكامها باتة ولا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، والحالة الوحيدة التي يحق فيها لمحكمة التعقيب أن ترجع في قضائها هي حالة الخطأ البين وستعرض لذلك في فقرة لاحقة. وتأخذ أحكام التعقيب شكل الأحكام وتخضع لقواعد صدورها وفق الفصل 123 من م.م.ت. ويجب تسميتها حتى في صورة رفض الطعن. وعلى محكمة التعقيب أن تتحقق من تلقاء نفسها من صحة الطعن المرفوع أمامها وتتحقق من توفر جميع الشروط لسلامته من الناحية القانونية، وعلى أساس ذلك تصدر حكمها إما لصالح المطعون ضده عند تخلف الشروط أو لصالح الطاعن أن تحققت تلك الشروط. فهي تصدر حكمها لغير صالح الطاعن برفض الطعن شكلاً أو برفضه موضوعاً. ويصدر الحكم بالرفض شكلاً في حالة بطلان عريضة الطعن أو عدم توفر المصلحة أو عدم قابلية الحكم للطعن أو بسبب قبول الطاعن للحكم المطعون فيه أو فوات أجل الطعن. أما إذا نظرت المحكمة موضوع الطعن وتبين لها أن الحكم خال من العيوب التي بني عليها الطعن فإنها تحكم برفض الطعن أصلاً. وإذا وجدت أن الحكم المطعون فيه موافق للقانون في حين أن أسبابه القانونية معيبة فلها أن تصحح أسباب الحكم وتستكمل ما وقع فيه من قصور أو خطأ أو تستبدلها.

ومن جهة أخرى قد تصدر المحكمة حكمها لصالح الطاعن بأن تقبل طعنه وتنقض الحكم المطعون فيه ذلك عندما تتحقق من وجود أحد العيوب التي يقوم عليها الطعن دون أن تلتزم ببحث بقية أسباب الطعن، وإذا انصب النقص على جزء من الطعن، فإن هذا الجزء وحده هو الذي يلغي ويبقى الحكم نافذاً بالنسبة للأجزاء الأخرى عملاً بأحكام الفصل 191 من م.م.ت. الذي اقتضى انه «القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كان عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقص...، على أنه إذا كانت أجزاء الحكم

مرتبة على الجزء الذي تسلط عليه النقض لهذا الجزء يترتب عليه نقض كل ما تأسس على هذا الجزء من الأجزاء الأخرى.

وأن نقض الحكم يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن ويعود الأطراف إلى مراكزهم السابقة لصدور الحكم، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد تم تنفيذه فإنه يصح استرداد ما كان الخصم قد قبضه أو تسلمه من أموال عن طريق تنفيذ الحكم، ويكون ذلك دون حاجة إلى تقاض جديد. كما أنه من نتائج نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام اللاحقة والتي كان ذلك الحكم أساسا لها، فيلغى الحكم الابتدائي الصادر في موضوع الدعوى والقرار الاستئنافي المؤيد له المطعون فيه بالتعقيب. وهذا الإلغاء بحكم القانون ودون حاجة إلى استصدار حكم آخر يقضي بذلك.

ومن آثار النقض أنه لا ينشئ خصومة جديدة بل يلغي الحكم المنقوض ليتابع الخصوم السير في الخصومة أمام محكمة الإحالة بعد تعجيلها ممن يهمله الأمر من الخصوم الذي يقوم باستدعاء خصمه أمام محكمة الإحالة. وأساس هذه الإحالة أن وظيفة محكمة التعقيب هي الرقابة القانونية على الأحكام لا الفصل في الموضوع، فإذا نقض الحكم المطعون فيه عادت القضية إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم أمام المحكمة التي أصدرته لتنظر الدعوى من جديد، لكن الخصومة لا تسير تلقائيا بل يلزم تعجيلها عن طريق أحد الخصوم بتحديد ميعاد جلسة لنظرها واستدعاء الخصم الآخر لحضورها. وبتعجيل الخصومة أمام محكمة الإحالة تستعيد القضية حالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المنقوض وتستعيد سيرها من النقطة التي كانت قد بلغت قبل هذا الحكم وذلك في حدود الجزء الخاص بالمسألة القانونية التي فصلت فيها محكمة التعقيب، وتلتزم محكمة الإحالة باتباع حكم محكمة التعقيب في المسألة القانونية. والخصوم يستعيدوا سلطاتهم أمام محكمة الإحالة التي يعتبر مطروحا أمامها ما سبق إيداعه من دفع و يجوز للخصوم التمسك بدفع أو أوجه دفاع جديدة، كما يمكنهم تعديل الطلبات الذي يكون ضروريا كأثر لحكم محكمة التعقيب وخاصة ما أثارته من تلقاء نفسها والطلبات التي يمكن إيداعها في أي حالة تكون عليها الخصومة.⁽¹⁾

ومحكمة الإحالة ولئن كانت ملزمة بأن تتقيد بحكم محكمة التعقيب في المسألة القانونية فإنها تستعيد سلطاتها بالنسبة للوقائع ويمكنها تقديرها على نحو جديد مخالف لما أرتاته على أساس أدلة وأسانيد جديدة، على أنه على محكمة الإحالة أن تتقيد بقاعدة أن لا يضار الطاعن بطعنه، فهذه القاعدة واجبة الاحترام سواء كان الطعن مطروحا عليها لأول مرة أو بالإحالة بعد النقض.

(1) فتحي والي: «قانون القضاء المدني»، ص. 840.

والأصل أن محكمة التعقيب تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ولا تفصل فيها ضرورة أن محكمة التعقيب ليست درجة ثالثة من درجات التقاضي إلا أن المشرع فرض عليها أن تفصل في موضوع القضية في حالات ستعرض إليها في فقرة لاحقه. والغالب أن محكمة التعقيب تنقض الحكم وتحيل القضية وتتصدى أحيانا لنظرها، وبالتالي لا تنقضي الدعوى بمجرد صدور الحكم والنقض، إلا أنه في بعض الحالات قد تنقضي الدعوى بمجرد صدور الحكم بالنقض وذلك أن لم يبق وجه لنظر الموضوع بعد نقض الحكم المطعون فيه، كما لو نقض الحكم لصدوره في دعوى خارج الحدود العامة للولاية القضائية أو لان الإستئناف غير مقبول شكلا أو كان سبب الطعن هو التعارض بين حكمتين نهائيتين وقامت المحكمة بنقض أحدهما. أما إذا كان النقض لمخالفة قواعد الاختصاص الحكمي أو الترابي فإن محكمة التعقيب يقتصر دورها على الفصل في مسألة الاختصاص وتعين المحكمة المختصة.

الفقرة السادسة - التصدي للموضوع والخطأ البين :

إن محكمة التعقيب بعد تنقيح بعض فصول مجلة المرافعات أصبحت لها وظائف جديدة بالإضافة إلى مراقبة حسن تطبيق القانون وهي التصدي للموضوع والبت فيه بحكم حاسم للنزاع مثلها مثل بقية محاكم الموضوع والنظر في التعقيب المرفوع لها طعنا في قرار تعقيبي صادر عن إحدى الدوائر تأسيسا على صدوره بناء على خطأ بين وقع فيه قضاة الدائرة المصدرة له.

1 - التصدي للموضوع والحكم في الأصل :

أن هذه الوظيفة الجديدة تم إدخالها بعد تنقيح الفصلين 176 و191 من م.م.ت. فالأول اقتضى انه «إذا طعن للمرة الثانية لغير السبب الأول الواقع من أجله النقض ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه فإنها تبت في الموضوع إذا كان مهياً للفصل» ونص الثاني على انه «إذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن المحكمة متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة واذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع أن كان مهياً للفصل».

ويتجلى من الفصلين المذكورين أن محكمة التعقيب تتصدى للموضوع وتبت في أصل النزاع أما بإحدى دوائرها أو بدوائرها المجتمعة.

أ - الحكم في الموضوع من إحدى دوائر محكمة التعقيب :

- يخلص من الفصل 176 من م.م.م.ت. أنه يمكن لإحدى دوائر محكمة التعقيب أن تصدي للموضوع وتحكم في الأصل بحكم حاسم إذا توفرت عدة شروط :
- أن تتعهد الدائرة بالقضية للمرة الثانية أي أن يكون قد سبق طعن أول بالتعقيب وانتهى بنقض الحكم مع الإحالة ثم يتولى أحد الطرفين الطعن بالتعقيب مرة ثانية في حكم محكمة الإحالة.
 - أن يكون الطعن الثاني بالتعقيب مؤسساً على غير السبب الذي ارتكز عليه الطعن الأول، باعتبار أنه لو كان الطعن الثاني مؤسساً على نفس السبب لكان النظر راجعاً وجوباً للدوائر المجتمعة.
 - أن التطرق للأصل والفصل فيه مشروط بنقض الحكم المطعون فيه بصرف النظر عن الأسباب الداعية لذلك سواء كانت موضوعية، واقعية أو قانونية.
 - أن يكون النزاع مهياً للفصل أي أنه لا يستدعي إجراءات تحقيق إضافية كسماع شهود أو تسمية خبير.

ب - الحكم في الأصل من الدوائر المجتمعة :

- أن الفصل 191 من م.م.م.ت. اسند للدوائر المجتمعة حق الحكم في أصل النزاع بصفة حاسمة ونهائية، ويجب أن تتوفر الشروط السالفة الذكر التي أوجبتها المشرع بالنسبة لتعهد دائرة تعقيبية باستثناء شرط واحد وهو أن يكون الطعن الثاني قد ارتكز على نفس السبب الذي تأسس عليه الطعن الأول.

2 - التعقيب على التعقيب من أجل خطابين :

أن تعديل بعض فصول مجلة المرافعات المدنية بموجب القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 استحدث وظيفة جديدة لمحكمة التعقيب نص عليها الفصل 192 الذي اقتضى أنه «تنظر الدوائر المجتمعة أيضاً :

- أ - إذا كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر.
- ب - عند وجود خطأ بين في قرار صادر عن إحدى الدوائر في أول الفقرة ويعتبر الخطأ بينا :
- إذا بني قرار الرفض شكلاً على غلط واضح.
- إذا اعتمد القرار نصاً قانونياً سبق نسخه أو تنقيحه بمصيره غير منطبق.
- متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

ولقد أضاف الفصل 193 م.م.م.ت. أن الرئيس الأول لمحكمة التعقيب هو الذي يقوم بدعوة الدوائر المجتمعة عندما نص على انه «وله دعوتها بطلب من أحد الخصوم للنظر في تصحيح خطابين حاصل في قرار إحدى الدوائر وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره».

ويستخلص من الفصلين المذكورين أن هذا الطعن يتوقف على توفر عدة شروط شكلية وموضوعية.

أ - الشروط الموضوعية :

إن الشروط الموضوعية تنحصر في اثنين :

الشرط الأول : يجب أن يكون القرار المطعون فيه أمام الدوائر المجتمعة لخطأ بين قرارا صادرا عن إحدى دوائر محكمة التعقيب وبذلك تتولى الدوائر المجتمعة مراقبة قضاء دوائر محكمة التعقيب ويعتبر هذا الطعن تعقيبا على تعقيب.

الشرط الثاني : يجب أن يكون هناك خطأ بين. ولقد حدد القانون وعرف الخطأ البين وحصره في ثلاث حالات وهي أولا أن ترفض إحدى الدوائر مطلب التعقيب شكلا بصفه خاطئة كان تعتبر أنه قدم بعد الأجل والحال أنه خلاف ذلك. **والحالة الثانية** وهي حالة تطبيق قضاة الدوائر التعقيبية نصا قانونيا وقع نسخه صراحة أو ضمنا وفق قواعد النسخ المبينة بمجلة الالتزامات والعقود دون أن يقع التفتن لذلك أو أن يطبقوا نصا قديما والحال أنه تم تنقيحه. **والحالة الأخيرة** وهي حالة المشاركة لقاضي من قضاة الدائرة التعقيبية في نفس القضية في نطاق المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية التي سبق لها وأن تعهدت بها من قبل. **والمشروع** في هذه الحالة أراد أن يمنع مراقبة المحاكم الموضوعية لمحكمة التعقيب ضرورة أنه عندما تنقض محكمة التعقيب الحكم الاستئنافية وتحيله لمحكمة الاستئناف لإعادة النظر من جديد في الدعوى بهيئة أخرى ويثبت لمحكمة الاستئناف ان أحد قضاة الدائرة التعقيبية سبق له أن تعهد بالدعوى فإنها ترفض التعهد لبطلان قرار محكمة التعقيب وبذلك تصبح محكمة التعقيب مراقبة من قضاة الأصل وهو ما ياباه المنطق القانوني السليم.

ولقد حصل أن وقع مثل هذا المنحي ضرورة أن محكمة الاستئناف في قرارها عدد 54035 الصادر في 6 جويلية 1982 قضت برفض التعهد، وتمثل الوقائع في أن القاضي عمر سعيد شارك في الحكم الاستئنافية عدد 32168 وفي القرار التعقيبي عدد 3306 الذي بموجبه تمت الإحالة، فاعتبرت محكمة الاستئناف أن الإحالة باطلة وتبعا لذلك رفضت التعهد ضرورة أن سلطة محكمة الاستئناف في إجراء نظرها على الطرق التي عهدا بها القانون في القضايا لم تكن مقيدة بالنسبة لطريقة دون أخرى بل أنها تباشر ذلك ولها أن تتمسك بمقتضيات الفصل 14 الذي

نص على أن يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بالنظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها هذا النص مطلق وعام وغير خاضع في تطبيقه لطور من أطوار التقاضي.

ب - الشروط الشكلية :

أن الشروط الشكلية تنحصر في اثنين أولهما يتعلق بكيفية تعهد الدوائر المجتمعة وثانيهما يتعلق بالأجل .

الشرط الأول والمتعلق بتعهد الدوائر المجتمعة :

تتعهد الدوائر المجتمعة للنظر في الخطأ البين بناء على دعوة من الرئيس الأول لمحكمة التعقيب الذي لا يبادر بدعوتها بصفه تلقائية بل من المفروض أن يقدم له صاحب الطعن مطالبا في ذلك، ولعل المقصود من هذا الإجراء أن يتولى الرئيس الأول النظر في جدية الطلب ولا يعهد الدوائر المجتمعة إلا إذا كان الطلب له ما يبرره، وفي هذا ترشيد للعمل القضائي ضرورة أنه لا يعقل أن تلتئم كل الدوائر للنظر في طلب غير جدي ورئيس محكمة التعقيب له من الأقدمية والكفاءة للتمييز بين الجدي والكيدي والذي يقصد به النكاية وتطويل أمد التقاضي دون أي مبرر.

الشرط الثاني والمتعلق بالأجل :

أن الأجل المحدد لتقديم طلب الطعن على أساس الخطأ البين ثلاثة أشهر عملا بأحكام الفصل 193 من م.م.م.ت. من تاريخ صدور القرار التعقيبي المطعون فيه. وهذا الأجل قصير لان إعداد نسخ القرارات والأحكام يستغرق أحيانا أكثر من هذا الوقت، ولعله من الأنسب أن يبدأ الأجل في السريان من الإعلام بالقرار حتى يكون القرار جاهزا وللمتقاضي الوقت اللازم لإعداد طعنه.

ومن الجدير التساؤل عن الإجراءات الأخرى الواجب توفرها لقبول المطلب ضرورة أن المشرع سكت عن بيان الشروط الإجرائية الخاصة بهذا الطعن ويمكن تأويل هذا السكوت بأنه إحالة على الإجراءات المتبعة عند تقديم مطالب التعقيب العادية وهو ما انتهجته الدوائر المجتمعة التي أقرت أنه علاوة على احترام أجل الثلاثة أشهر يجب استيفاء المطلب للشروط الشكلية المقررة لتقديم مطالب التعقيب العادية.

الفقرة السابعة : توحيد الآراء من قبل الدوائر المجتمعة

إن اختلاف الآراء وارد في الاعتبار نظرا لتعدد محاكم الموضوع ولذلك أسند المشرع للدوائر المجتمعة مهمة التخفيف من حدة الاختلاف في التأويل وكذلك أيضا إلى توحيد آراء محكمة التعقيب نفسها التي كان وما يزال فقه قضائها مختلفا

وذلك لظهور اختلاف بين دوائر محكمة التعقيب وتم البت في المسألة وقضي بقبول الطعن شكلا والتصدي أصلا دون أن تعلق الدوائر المجتمعة وجه تعهدا بالقضية بمقتضى طعن لأول مرة.

ب - القضية ع-5088 دد بتاريخ 1996/12/3⁽¹⁾

إن موضوع هذه الدعوى يتمثل في معرفة مدى قابلية القرارات الصادرة عن قاضي التحقيق أو دائرة الاتهام في مطالب الإفراج للطعن بالتعقيب، ولقد تعهدت الدوائر المجتمعة بمقتضى طعن لأول مرة التعقيب ومسلط على حكم استثنائي، ولقد تمت الإشارة أن التعهد تم على أساس إحالة من الرئيس الأول لمحكمة التعقيب وذلك لفض الخلاف بين قرارين صادقين عن محكمة التعقيب الأول ع-939 دد في عام 1949 والثاني ع-2123 دد والصادر بتاريخ 30 أوت 1962 ولم يكن لهذين القرارين علاقة بموضوع الطعن غير أن أحدهما اعتبر القرار قضائيا قابلا للطعن والثاني رأى خلاف ذلك.

ج - القضية ع-18726 دد بتاريخ 1988/02/26⁽²⁾

وهذه القضية موضوعها التأمين الإجباري للسيارات واختلفت المحاكم حول معنى المؤمن الوارد بالفقرة الثانية من الفصل الرابع من الأمر ع-80 دد لسنة 1951 المؤرخ في 30 جانفي 1961 المتعلق بالحرمان من الضمان واستبعاد التأمين إذا كان المؤمن يسوق سيارته بنفسه وهو بحالة سكر. ولقد قصرت بعض المحاكم النص على مالك السيارة في حين رأى البعض الآخر تطبيقه على المؤمن بوجه عام أي المكتتب والمالك والمأذون منهما بالحراسة أو السياقة حسبما تم تحديده بالفصل الأول من الأمر المذكور سلفا. ولما احتدم الخلاف في قضية واحدة وخالفت محكمة الإحالة محكمة التعقيب فيما قررته إحدى دوائرها المكلفة بالموضوع تولى الرئيس الأول عرض الأمر على الدوائر المجتمعة للنظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وكذلك للنظر في توجيه الآراء القانونية بين الدوائر المختلفة فيما بينها، وانتهت الدوائر بعد الدرس والتمحيص إلى نقض القرار المطعون فيه وذلك بالأخذ بالمعنى الشامل للمؤمن لا المعنى الذي أريد أن يكون مقصورا على المالك.

(1) - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب : مركز الدراسات القانونية والقضائية 1996 - ص 681.

(2) - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب : مركز الدراسات القانونية والقضائية 1996 - ص 528.

د. القضية ع-4373 عدد بتاريخ 27 ماي 1967 (1)

وموضوع هذه القضية يتعلق بالجهة التي يرفع إليها استئناف الأحكام الصادرة في مادة الأكرية التجارية أهو كاتب المحكمة التي ستنظر الطعن أم القاضي الذي أصدر الحكم المستأنف وذلك على أساس القانون المؤرخ في 27/12/1954 والقانون المؤرخ في 15 أكتوبر 1959، ولقد تعهدت الدوائر المجتمعة بالقضية على أساس الفصل 193 م.م.م.ت وعلى أساس طعن لأول مرة وأوردت بقرارها قرارين تعقيبين متناقضين الأول ع-2325 وصادر بتاريخ 23 ماي 1963 وبإحالة من الرئيس الأول لتوحيد الآراء لوجود اختلاف بين الدوائر بخصوص موضوع واحد وانتهت إلى أن الاستئناف يرفع للحاكم الذي بت في القضية.

هـ. القضية ع-12082 عدد بتاريخ 30 جانفي 1976 (2)

وموضوع هذه القضية يتعلق بالوعد بالبيع وطبيعته القانونية أهو حق شخصي أو حق عيني وانتهت الدوائر المجتمعة إلى أنه حق شخصي ولا يحتاج لصحته من الحصول على رخصة الوالي لأنه غير ناقل للملكية ولا يترتب عن العدول عنه إلا التعويض عن الضرر بعد إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وكان تعهد الدوائر المجتمعة بموجب طعن لأول مرة وعلى أساس إحالة من الرئيس الأول وذلك لوجود اختلاف بين الدوائر مثلما يشتهه القراران ع-3500 عدد الصادر في 05/04/1965 والقرار ع-9717 عدد الصادر في 02 جويلية 1974.

2 - الموقف القانوني الواجب الاتباع

بعد استعراض القرارات الصادرة عن الدوائر المجتمعة يتبين إن هذه الأخيرة تتعهد بموجب طعن مقدم لأول مرة وذلك على خلاف ما يوجه القانون الذي يقتضي أن التعهد لا يكون إلا بموجب طعن للمرة الثانية ولنفس السبب في حكم محكمة الإحالة المخالف لما قضت به إحدى دوائر محكمة التعقيب، كما أن هذه الأحكام تشير دائما إلى قرارين تعقيبين صادرين في نفس المسألة القانونية المعروضة ولا علاقة لهما بموضوع الطعن المتعهد به، والسؤال المطروح يتمثل في معرفة إن كان تطبيق أحكام الفصل 192 م.م.م.ت من قبل الدوائر المجتمعة يتطابق مع إرادة المشرع في سنه لتلك الأحكام ويستوعب جميع معانيها أم أن عموم عبارات الفصل

(1) - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب : مركز الدراسات القانونية والقضائية 1991 - ص 126.

(2) - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب : مركز الدراسات القانونية والقضائية 1996 - ص 417.

المتعلق بتوحيد الآراء بين الدوائر تقتضي أعماله كلما كان الأمر يدعو لتوحيد الآراء وذلك بصرف النظر عن كون موضوع النزاع المعروض قد سبق حسمه بحكم بات من إحدى الدوائر.

وللجواب عن هذا التساؤل يجدر القول أن المشرع لم يوضع إجراءات ونطاق تعهد الدوائر المجتمعة بتوحيد الآراء، وباستثناء تخصيص الرئيس الأول لمحكمة التعقيب بالدعوة للنظر في المسألة فإنه لم ينص على أحكام توضح كيفية عمل الدوائر في هذا الصدد وشروط تعهدا وطبيعة القرارات الصادرة عنها وهل هي من فئة الأحكام أم من فئة الفتاوى. والواقع أن هذه المسائل القانونية لم تكن غائبة عن ذهن المشرع الذي خير عدم التنصيص على قواعد خاصة في كيفية تعهد الدوائر المجتمعة عند نظرها لغاية توحيد الآراء بين الدوائر وبذلك يكون قد أراد الإبقاء على عمل الدوائر المجتمعة داخل الإطار الإجرائي العام لتعهد محكمة التعقيب بما في ذلك دوائرها المجتمعة التي لا تتعهد في مسائل توحيد الآراء إلا في إطار طعن بالتعقيب يوجه إلى حكم نهائي الدرجة، باعتبار أن محكمة التعقيب هي محكمة طعن غير عادي تراقب الأحكام القضائية القابلة للطعن بتلك الوسيلة أي أنها تتعهد أساسا بمقتضى طعن وتقرر أما قبوله وتنقض الحكم المطعون فيه وإما الرفض، ولو كان المشرع قصد تحويل الدوائر المجتمعة للنظر في المسائل التي تقتضي توحيد الآراء خارج إجراءات تعهدا العادي أي بغير طعن موجه لحكم نهائي لاعتبرها دائرة فتوى وأحدث نظاما إجرائيا خاصا بذلك وخارج القواعد العامة لتعهد محكمة التعقيب وبين الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة في الغرض مثلما هو الحال بفرنسا بموجب القانون عـ1/491ـ91 عدد المؤرخ في 15 ماي 1991 الذي أضاف فقرة ثالثة للفصل 151 من قانون التنظيم القضائي والتي أحدثت طريقة تعهد جديدة للجلسة العامة بمحكمة التعقيب وهي التعهد بقصد إبداء الرأي في مسألة قانونية يطلب من إحدى محاكم الحق العام، ومن ثم إن الدوائر المجتمعة في تونس لا يمكن أن تتعهد إلا بموجب طعن في حكم نهائي ولو لأول مرة بعد الإحالة من الرئيس الأول لمحكمة التعقيب ضرورة أن الكثير من القضايا تطرح مسائل قانونية شائكة ومن الضروري إيجاد حلول عاجلة لها وذلك لا يتسنى باتباع الطريق العادي لتعهد الدوائر المجتمعة باعتبار أن تدخل الدوائر المجتمعة يفترض إثارة طعن ثان في مواجهة حكم محكمة الإحالة وعلى أساس نفس الأسباب للطعن الأول، ومن ثم إن الطريقة العادية لا تفي بالحاجة عند ما يدعو الحال إلى توحيد الآراء بين الدوائر مما دعا المشرع إلى اختصار آجال وطريقة تعهد الدوائر المجتمعة بتحويلها للنظر في المسألة المراد توحيد الآراء بشأنها منذ أول طعن بالتعقيب وإلا لما كانت دعت الحاجة للتنصيص على طريقة التعهد هذه إلى جانب الطريقة العادية والتي هي كفيلة

بتوحيد الآراء لكن تدخلها قد يحصل بعد عدة سنوات من انطلاق النزاع، وإن إدراك محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة الغاية التي قصدها المشرع مما جعلها وفي القضايا الخمسة المذكورة سلفا تقر تعهدا بالقضية بمجرد الطعن المرفوع لأول مرة على حكم محكمة الدرجة الثانية، وهذا الموقف قد كرسه القانون المقارن وبالخصوص القانون الفرنسي رقم 79/9 المؤرخ في 03/01/1979 والذي حوّل الجلسة العامة لمحكمة التعقيب بالنظر في القضية التي تطرح مسألة مبدئية ولا سيما عند اختلاف الحلول الموضوعية من قبل محاكم الموضوع فيما بينهم أو اختلافها مع الحل الموضوع والموقف المنتهج من قبل محكمة التعقيب، والواقع أن أحكام الفصل 131 في فقرته الثانية من قانون المرافعات الفرنسي لا يشير صراحة إلى تعهد الجلسة العامة لمحكمة التعقيب منذ الطعن المرفوع لأول مرة أو ليس على كل بالصراحة الكافية وإنما هو موقف أقره الفقهاء⁽¹⁾ انطلاقا من النص الذي اقتضى «الإحالة على الدوائر المجتمعة يمكن الإذن بها عندما تطرح القضية مسألة مبدئية وخاصة عند وجود حلول متناقضة سواء بين قضاة الأصل أو بين هؤلاء ومحكمة التعقيب وذلك بعد نقض قرار أول ويتم الطعن بنفس الأسباب في حكم محكمة الإحالة. إن الدائرة المختلطة والجلسة العامة ملتزمان بالبت في الطعن حتى وإن لم تكن شروطه مكتملة»⁽²⁾، إن الفقرة الأخيرة مهمة ولا مثيل لها في التشريع التونسي وهي تلزم الجلسة العامة بالنظر في الطعن المعروض عليها ولوان شروط التعهد غير متوفرة.

وفي رأينا هذان الطريقتان الوحيدتان لتعهد الدوائر المجتمعة، الطريقة الأولى وهي الطريقة العادية المنصوص عليها بالفصل 191 م.م.م.ت وذلك إذا كان الطعن للمرة الثانية ولنفس الأسباب التي وقع النقض من أجلها وفي هذه الصورة يكون الرئيس الأول ملزما بإحالة القضية على الدوائر المجتمعة والطريقة الثانية والمنصوص عليها بالفصل 192 م.م.م.ت وذلك إذا كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر وتجتمع الدوائر المجتمعة بدعوة من الرئيس الأول، وبالطبع يقدم الطاعن طعنه ويطلب من الرئيس الأول إحالة الدعوى على الدوائر المجتمعة ويعلل موقفه بالإدلاء بالقرارات السابقة والتي بنت في المسألة إلا أنها متباينة ومتناقضة ويصدر الرئيس الأول قراره بالإحالة أو بالرفض لأن في هذه الصورة تكون الإحالة اختيارية، كما أنه بإمكانه الإحالة من تلقاء نفسه إذا تراءى له

(1) Roger Perrot : Institution judiciaires 1983 p 500 par 243، Jean Vincent et Guichard، Procédure civile – par 1567.

(2) « Le renvoi devant d'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre des juges du fond soit entre les juges du fond et la

أن الأمر يستدعي توحيد الآراء وهو ما حصل في عدة مناسبات ومن ذلك القضية عد 384 عدد المقدم فيها طلب لتوحيد الآراء بتاريخ 2003/02/04 وأشر الرئيس الأول على الطلب وأحال القضية على الدوائر المجتمعة للنظر في إمكانية توحيد الآراء بشأن المسألة القانونية المختلف فيها.

وصدر الحكم بتاريخ 2004/04/29 وقضى برفض المطلب شكلا ووردا بإحدى حيثياته أن «توحيد الآراء بين الدوائر محصور في الصور التي يكون فيها الاختلاف قانونيا أو متصلا بعمل الدوائر ويتعلق بنزاع مازال منشورا أمام إحدى الدوائر لأن توحيد الآراء إجراء تنسيقي داخلي تتولاه محكمة التعقيب من تلقاء نفسها بمبادرة من الرئيس الأول لتوحيد عمل الدوائر أو لتوحيد الآراء بشأن تأويل نص أو تفسير قاعدة قانونية معينة بصرف النظر عن الوقائع والتصرفات القانونية التي أثير بمناسبة الاختلاف ولذلك فإن الخصوم ليس لهم الصفة لإثارته لأنه ليس بسبب من أسباب الطعن بالتعقيب»⁽¹⁾

cour de cassation· il doit être lorsque après cassation d'un premier arrêt au jugement de la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaqué par les mêmes moyens. La chambre mixte et l'assemblée plénière doivent se prononcer sur le pouvoir même si les conditions de leur saisine n'étaient pas réunies ». 'L'article 131 CPCC Français)

(1) - قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب: رقم 384 / 2004 الصادر في 29 / 04 / 2004.

الفصل الثالث

وقف تنفيذ الأحكام :

لقد أقر المشرع مؤسسة توقيف التنفيذ كحد للصيغة التنفيذية ومعطلة للتنفيذ إلى أن يبت في أصل النزاع، وفي هذا الصدد اعتبر أحد فقهاء القانون أن «الأصل أن التنفيذ واجب لكل حكم أو عقد أو سند رسمي عليه صيغة التنفيذ إلا أنه قد تقوم منازعات قانونية تتضمن ادعاءات لو صحت لأثرت في التنفيذ إذ يترتب عليها أن يصبح التنفيذ جائزا أو غير جائز، صحيحا أو باطلا، فمثل هذه المنازعات تعتبر إشكالا في التنفيذ سواء كان مبناها أسبابا تتصل بالحق الحاصل للتنفيذ اقتضاء له كادعاء المدين وفاءه أم كان مبناها أسبابا تتعلق بالإجراءات كادعاء وجود عيب فيها مبطل للتنفيذ كحصول التنفيذ دون سبق إعلان سنده أو بطلان الحجز الموقع على أموال المدين»⁽¹⁾.

ومن ذلك يتجلى أن توقيف التنفيذ هو الإجراء الذي يحول دون البدء في عمليات التنفيذ والاستمرار فيها ومرد ذلك إلى عيب في الإجراءات أو لعيب في السند المنفذ به وخول المشرع للقضاء مراقبة عمليات التنفيذ وحسم النزاعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ الأحكام والقرارات ولسوف تتعرض لهذه المراقبة أمام قاضي الصعوبات التنفيذية في مبحث أول ثم محاكم الطعن في مبحث ثاني.

المبحث الأول - توقيف تنفيذ الأحكام أمام قاضي الصعوبات التنفيذية :

إن الأحكام التي أحرزت على قوة اتصال القضاء أو المأذون بتنفيذها وقتيا تنفذ بعد تحليتها بالصيغة التنفيذية عملا بأحكام الفصل 286 من مجلة المرافعات، غير أن للقاعدة استثناء وهي إمكانية إيقاف التنفيذ التي خولها المشرع عند وجود أشكال يحول دون التنفيذ وتعين التطرق إلى كيفية تقديم أو القيام بأشكال تنفيذي وكيفية معالجة هذه الأشكال من القاضي الاستعجالي في تونس وقاضي التنفيذ في معظم البلدان العربية كمصر وسوريا والعراق.

(1) يونس ثابت : «اشكالات التنفيذ ونظام قاضي التنفيذ»، مطبعة على مخيمر - الطبعة الأولى 1972 .

الفقرة الأولى - تعهد قاضي الصعوبات التنفيذية :

أن قاضي التنفيذ لا يتعهد بالمطلب إلا بطلب من عدل التنفيذ أو من المنفذ ضده، ولذلك لا بد أن يتوفر في المطلب شروط محددة.

1 - شروط طلب توقيف التنفيذ :

أن شروط المطلب تتعلق بإخلال في إجراءات التنفيذ أو أن تكون الوقائع لاحقة لصدور السند التنفيذي. فإما فيما يتعلق بالإجراءات فإنه بالإمكان أن يكون السند المراد تنفيذه غير قابل لذلك كصورة تقادم السند ومرور عشرين سنة على صدوره عملاً بأحكام الفصل 257 م.م.ت. وهذا الأجل لا يقبل القطع أو التعليق باعتبار النص أمر أو يهيم النظام العام، كما أن فقدان النسخة التنفيذية يحول دون التنفيذ ضرورة أن النسخة المجردة لا تمكن من التنفيذ وعلى من فقد النسخة التنفيذية استخراج نسخته تنفيذية ثانية وفق الشروط المحددة من القانون. كما أن إرادة تنفيذ حكم منعدم الذي لا اثر له ولا يترتب عليه أثر قانوني تخول استشكال الأمر وعلى قاضي الصعوبات التنفيذية توقيف تنفيذ ذلك الحكم باعتباره صادراً عن جهاز قضائي غير مختص ويكون الحكم غير قابل للتنفيذ مطلقاً.⁽¹⁾

كما أنه بالإمكان أن يتعلق الأمر باخلالات متعلقة بقواعد التنفيذ ومن ذلك أن الحكم المراد تنفيذه لم يتم اعلامه بواسطة عدل منفذ مثلما أوجبه الفصل 217 من م.م.ت. والفصل الخامس من نفس المجلة الذي اقتضى ان «كل استدعاء أو اعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » وبالتالي إذا كان الإعلام بالحكم باطلا لأي سبب سواء لكون الإعلام لم يكن بواسطة عدل منفذ أو لغير المحكوم عليه أو إذا لم تتوفر في محضر الإعلام البيانات التي أوجبهها القانون بالفصل السادس من م.م.ت. فإن المحكوم عليه بإمكانه استشكال الأمر والحيلولة دون التنفيذ إلى أن يقضى في بطلان الإعلام بالحكم.

والأمر كذلك بالنسبة للمنازعات المتعلقة بأنواع التنفيذ ضرورة أن المشرع قد قرر طرقاً معينة في الحجز على أموال المدين والتنفيذ عليها وافرد كل عقلة سواء كانت تحفظية أو تنفيذية أو عقارية بإجراءات معينة، وبالتالي إذا تم الحجز على العقار بطريقة الحجز على المنقول أمكن للمدين طلب وقف التنفيذ أمام القاضي الاستعجالي الذي له أن يوقف التنفيذ إلى أن يقع البت في بطلان إجراءات التنفيذ.

(1) أحمد أبو الوفاء : «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، منشأة المعارف.

ومنازعات التنفيذ يمكن أن تتعلق بموانع التنفيذ باعتبار أن المشرع جعل بعض الأموال غير قابلة للحجز مراعاة للمدين الذي لا يجب تجريدته من كل ممتلكاته وأورد الفصل 308 من م.م.م.ت. قائمة على سبيل الحصر في الأموال غير القابلة للحجز ومنها ما يلزم المدين وعائلته من الفراش والملابس وآواني الطبخ وما يكفيهم من طعام مدة خمسة عشر يوماً وما هو ضروري للقيام بالواجبات الدينية والكتب والآلات اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حد مائة دينار حسب اختيار المدين، وما ورد بالفصل 331 من نفس المجلة الذي منع حجز النفقة والتسبقات ذات الصبغة المعاشية عن تعويض ضرر ناشئ عن جنحة أو شبهها أو الإعانات التي تمنحها الدولة بعنوان مساعدات.

كما حدد المشرع أوقاتا لإجراء العقل عملاً بأحكام الفصل 291 من م.م.م.ت. الذي منع إجراء أي عمل تنفيذي ليلاً أو في أيام الأعياد الرسمية، وبالتالي إذا وقعت عمليات تنفيذ خارج الأوقات المسموح بها فإنه بإمكان المدين طلب وقف التنفيذ لعب في الإجراءات وعلى القاضي الاستعجالي إيقاف التنفيذ إلى صدور حكم في الأصل يقضي بطلان إجراءات العقلة ورفعها.

أن المشرع قد خول تقديم المطلب إلا أنه لم يحدد معايير موضوعية تمكن من الوصول إلى حل واضح بل ترك ذلك لاجتهاد القاضي الاستعجالي الذي يقدر مدى جدية المطلب من عدمه واستقر فقه القضاء على اعتماد عدة عناصر أهمها انعدام نية الأضرار من طرف طالب إيقاف التنفيذ وتعارض منطوق السند التنفيذي مع حق الغير وخرق لقواعد التنفيذ وهو ما أكدته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها الذي ورد بإحدى حيثياته أن «المطلوب من المحكمة المنتصبة للنظر استعجالياً في مادة إشكالات التنفيذ أن تقيم مدى جدية الإشكال المعروض عليها وأن تبت في الطلب على ضوء ذلك وأن إهمال جدية الإشكال في المادة الاستعجالية يعرض حكم المحكمة للنقض، وعنصر الجدية مسألة معنوية تخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي حسبما يمليه عليه وجدانه وما تجمع لديه من القرائن وعناصر التقدير»⁽¹⁾ ومن بين هذه العناصر الحيلولة دون إجراء عمليات التنفيذ إذا كان يستحيل معها الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ وكلما كان في الأمر خرق لشروط وصور التنفيذ المؤقت بنوعيه الاختياري والإجباري.

مع العلم أن طلب توقيف التنفيذ لا بد أن يتعلق بوقائع لاحقة على صدور السند التنفيذي ضرورة أن الفقه والقضاء مستقران على اعتبار أن الإشكال لا بد أن يؤسس

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 16329 الصادر في 10/9/1986، نشرية محكمة التعقيب 1986 - ص. 163.

على وقائع لاحقه لصدور السند التنفيذي لان الوقائع السابقة قد بت فيها الحكم المراد تنفيذه وتحول حجته دون إعادة بحث الوقائع الواقع الحسم فيها، إلا أن لهذه المبدأ بعض الاستثناءات ومن ذلك الحكم الصادر على ميت باعتبار هذا الحكم معدوما أي أنه والعدم سواء ولا يترتب عليه أي أثر قانوني ضرورة أن الخصومة لم تنعقد تماما والاستدعاء للجلسة باطل وبالتالي إذا ما ثبت للقاضي الاستعجالي وفاة المحكوم عليه قبل الاستدعاء للجلسة الأولى للحكم المراد تنفيذه فعليه توقيف التنفيذ إلى أن يقوم الورثة بابطال الاستدعاء للجلسة وإلغاء الحكم المراد تنفيذه، على أن بعض الفقهاء ذهبوا أن الحكم المنعقد لا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه وإنما يكفي انكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء ويجوز رفع دعوى مبتدأة بطلب انعدامه.⁽¹⁾

كما أن السند التنفيذي المزور يوجب إيقاف تنفيذه من طرف القاضي الاستعجالي إلى أن يبت في الأصل ضرورة أن الفصلين 199 و 200 من مجلة المرافعات المتعلقة بدعوى مؤاخذة الحكام وفيما يصدر عنهم من غدر أو احتيال مما قد يؤدي إلى تدليس السند يخولان القيام على الحكام، ومن ثم إذا التمس المستشكل توقيف التنفيذ إلى أن يقع البت في مطلب المؤاخذة بعد أن يكون قدمه طبقا للفصل 200 المذكور سلفا فإنه يجب إيقاف التنفيذ بالرغم من أن الفقرة السابعة من الفصل 200 اقتضت أنه لا يحكم ببطلان الحكم رغم ثبوت الزور وهو موقف غير منطقي وسبق أن انتقدناه في باب مؤاخذة الحكام.

وعلاوة على الاستثناءات الواقعية فإن المشرع قرر استثناءات قانونية تتعلق بمطالب الشرح والتفسير أو بمطالب اصلاح الاخطاء المادية المتسربة إلى منطوق الحكم.

فأما بخصوص مطالب الشرح اقتضى الفصل 124 من م.م.م.ت. أن المحكمة التي أصدرت الحكم لها وحدها النظر في المطالب المقدمة إليها قصد شرح ذلك الحكم وتفسيره، ومن ثم أنه ليس من اختصاص قاضي الصعوبات التنفيذية تفسير ما غمض في الحكم سواء منطوقه أو أسبابه، إلا أنه إذا تبين له أن المنازعة التنفيذية تتعلق حول تفسير الحكم وثبت جدية ادعاء المستشكل فله توقيف تنفيذ الحكم إلى أن يقع البت في مطلب الشرح المقدم للمحكمة المختصة.

وكذلك أن مطالب اصلاح للاخطاء المادية المتسربة للحكم تخول طلب توقيف التنفيذ المقدم ممن له مصلحة وصفة إلى القاضي الاستعجالي الذي أن تبين له وجود خطأ مادي يحول دون القيام بالتنفيذ فله أن يوقف التنفيذ إلى أن يبت في مطلب

(1) أحمد أبو الوفاء: «نظرية الأحكام في قانون المرافعات»، ص. 310.

الاصلاح، على أن مطلب الاصلاح لا بد أن يتعلق بما ورد بالحكم من أخطاء مادية دون المساس بجوهر القضاء الوارد به الذي له حجية واتصل به القضاء ولا يمكن الزيادة فيها أو التقيص إنما لا يعدو أن يكون الأمر اصلاحا للغلطات في الرسم والغلطات المادية في الرسم أو الحساب.

2 - طرق طلب توقيف التنفيذ :

لقد خول المشرع لعدل التنفيذ رفع الاشكال التنفيذي للقضاء عملاً بأحكام الفصلين 211 من مجلة المرافعات و26 من قانون العدول المنفذين المؤرخ في 13 مارس 1995 وهذا الرفع ليس تلقائياً بل لا بد من إبداء الطلب أمام العدل المنفذ الذي يحدد موقفه منه ويقرر مآله وهو ما اقتضاه الفصل 211 م.م.م.ت. عندما نص أنه «... يجب على كل من يثير صعوبة عند التنفيذ أن يقدم للعدل المنفذ مشافهة أو كتابة ما له من قول في شأنها ولا يمكن توقيف أعمال التنفيذ إلا إذا أمن مثير الصعوبة عند العدل المنفذ مصاريف نشر القضية» وازاء هذه الحالة يقرر موقف التنفيذ مآل الاعتراض فإن بداله أن الاشكال غير جدي فهو يستمر على التنفيذ وأن بداله غير ذلك فإنه يوقف التنفيذ ويدعو من يهتمهم الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى الحاكم الذي له النظر وذلك بعد أن يحرر محضراً في توقيف التنفيذ ويسلم لكل منهم نسخة من ذلك المحضر⁽¹⁾ لكن هذه الثقة في عدل التنفيذ ومنحه إمكانية تحديد مواصلة التنفيذ من عدمه لا تنفي مسؤوليته المدنية والتأديبية والجزائية. فإما مسؤوليته المدنية فأساسها الفصل 86 من المجلة المدنية الذي اقتضى أنه «إذا أخل مأمور قضائي بمأموريته فهو مسؤول بالخسارة لمن لحقه الضرر من ذلك مهما اقتضت الأحكام الجنائية مؤاخذته» كما أن الفصل 44 من قانون عدول التنفيذ يوجب عقوبة تأديبية بأن نص على أن «كل خرق للقوانين والتراتيب وقواعد المهنة وكل عمل ينال من شرفها يرتكبه العدل المنفذ ولو خارج نطاق العمل يتوجب التأديب» أما المسؤولية الجزائية فهي توجب توفر القصد في التمادي على التنفيذ بنية الاضرار بملك الغير رغم علمه أو وضوح أن تلك الأموال غير راجعة بالملكية للمحكوم عليه وخارجة عن ذمته المالية.

ويخلص مما سلف بسطه أن المشرع التونسي قد خص عدل التنفيذ برفع الاشكال التنفيذي للقضاء إلا أن بعض الفقهاء وفقه القضاء يرون خلاف ذلك ولا يمكن أن يحرم أي انسان من حق التقاضي الذي صانه الدستور.

(1) عمر الشتوي : «الاشكال التنفيذي»، مجلة القضاء والتشريع - عدد 80 لسنة 1993م - ص.7.

فإما الرافضين لرفع الاشكال عن غير العدل المنفذ يرون أنه لا يجوز فتح المجال لمن يريد عرقلة التنفيذ خصوصا أن عدل التنفيذ مسؤول مدنيا وجزائيا وتأديبيا. في حين أن بعض المحاكم تقبل الاشكال التنفيذي المرفوع من المحكوم عليه مباشرة أو من الغير وذلك استنادا إلى أحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات الذي يمنح لرئيس المحكمة الابتدائية مرجع نظر عام في مجال القضاء الاستعجالي بشرط توفر ركني التأكد وعدم المساس بالأصل، إلا أنه لا بد من استدعاء العدل المنفذ الذي يقدم تقريرا يتضمن الرد على ادعاءات المستشكل. والرأي عندنا أنه لا يمكن القيام باشكال تنفيذي إلا عن طريق عدل التنفيذ ضرورة أن النصوص صريحة وواضحة وأن التعلل بالقول أن عدل التنفيذ قد يتمادى على التنفيذ رغم الاعتراض هو قول غير مجد باعتبار أن المشرع حملة مسؤولية مدنية وجزائية وتأديبية إذا ارتكب خطأ مهنيا أو قصد الأضرار بالمحكوم عليه وبالتالي أنه من المتعين التخلي عن الاتجاه الذي يسمح برفع الاشكال التنفيذي على غير طريق عدل التنفيذ حتى لا يفتح الباب للمماطلين وللذين يريدون عرقلة أعمال التنفيذ بدون موجب ولا سبب مشروع علاوة على أنه إذا خص المشرع طريقة للاتيان بعمل فلا بد من الاتيان به على ذلك النحو، وعلى كل فإن المشرع جاد في حسم هذا الخلاف وقد تم إعداد مشروع قانون يتعلّق بتنقيح بعض الفصول من مجلة المرافعات المدنية ومن بينها المادة 211 التي ستحوّل للمستشكل عرض الصعوبة على القضاء إن رفض عدل التنفيذ ذلك، إلا أنه يجب تأمين مبلغ الخطية وقدره خمسون دينارا وتسلب عليه في صورة رفض المطلب، كما يتولّى استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهّمه الأمر للحضور لدى القاضي المختص، وفي هذه الحالة يجب على العدل المنفذ تقديم ملحوظات في شأن الصعوبة.

ولقد صادق المشرع على المشروع المذكور بموجب القانون عدد 28 لسنة 2002 المؤرخ في 3 اوت 2002 واقتضت الفقرة الثالثة من الفصل 112 انه : اذا رفض عدل التنفيذ عرض الصعوبة على القضاء فلمثيرها ان يرفع الامر الى القاضي المختص بعد تأمين مبلغ يساوي خمسين دينارا بالقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط عليه في صورة رفض مطلبه ، وعليه استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهّمه الامر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص، وفي هذه الحالة يجب على عدل التنفيذ تقديم ملحوظات في شأن الصعوبة المثارة

الفقرة الثانية - المحكمة المختصة والحكم الصادر عنها :

يتعين تحديد المحكمة المختصة حكما وترابيا بالاشكال التنفيذي واثار ذلك التطرق لآثار الحكم الصادر بإيقاف التنفيذ أو برفض المطلب.

1 - المحكمة المختصة :

أن الاختصاص في طلبات توقيف التنفيذ يتوزع بين ثلاثة هياكل قضائية وهي رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه باعتباره صاحب الاختصاص العام والمبدئي في المادة الاستعجالية عملاً بأحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية أو قاضي الناحية فيما يرجع له بالنظر عملاً بأحكام الفصول 39 و201 من مجلة المرافعات المدنية و220 من مجلة الشغل أو رئيس دائرة الشغل بمكان تنفيذ السند التنفيذي عملاً بأحكام المادة 220 من مجلة الشغل. فأما اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه فلقد حدده الفصل 210 من مجلة المرافعات المدنية الذي اقتضى أنه ينظر في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية بدون أن يقع استئنافها والأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف سواء كان الحكم صادراً بتقرير الحكم الابتدائي أو بإلغائه والمقصود بذلك هو أن اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية يتعدى نطاق الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية ليشمل أيضاً الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف ولو في صورة إلغائها للحكم الابتدائي.

كما أن رئيس المحكمة مختص بالنظر في المنازعات التنفيذية التي تثار بمناسبة تنفيذ القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب عندما تتصدى للموضوع ضرورة أن الفصلين 176 و191 من م.م.ت. بعد تنقيحهما حولاً لمحكمة التعقيب النظر في الأصل. وكذلك يختص القاضي المذكور سلفاً بالنظر في المنازعات التنفيذية التي تثار بشأن القرارات التحكيمية الداخلية عملاً بأحكام الفصل 33 من مجلة التحكيم. وأن الأسباب الكامنة وراء عقد الاختصاص لرئيس المحكمة هو احترام مبدأ التقاضي على درجتين من طرف المشرع، ويفترض هذا المبدأ أن يتمتع المتقاضي بدرجتين باعتبار أنه قد لا يرضيه الحكم الابتدائي فيطعن فيه طالباً الغاؤه والقضاء من جديد لصالحه.

أما حاكم الناحية فهو يختص أيضاً بالمنازعات التنفيذية المتعلقة بالأحكام الصادرة عنه ولو وقع نقضها من محكمة الاستئناف. كما يختص استثنائياً بالنظر في الصعوبات الناشئة عن تنفيذ قرارات دوائر الشغل كل من رئيس دائرة الشغل التابعة لمكان التنفيذ أو حاكم ناحية نفس المكان عند عدم وجود دائرة شغل به عملاً بأحكام الفصل 220 من مجلة الشغل.

أما رئيس دائرة الشغل فهو يختص أيضاً بالنظر في الصعوبات التنفيذية التي تثار بشأن قرارات دائرة الشغل عملاً بأحكام الفصلين 198 و199 من مجلة الشغل ويختص كذلك في المنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عنه والتي وقع استئنافها

أمام المحكمة الابتدائية وبالقرارات الصادرة عن محكمة التعقيب وتصدت فيه للموضوع.

وبعد تحديد الاختصاص الحكمي لا بد من التطرق للاختصاص الترابي الخاضع لمعايير خاصة تنتج جزاءا خاصا عند الإخلال بها.

وبخصوص المعايير فلقد اقتضى الفصل 210 من مجلة المرافعات أن الحاكم المختص هو الذي أصدر الحكم المراد تنفيذه، وبالتالي أن رئيس المحكمة الابتدائية وحاكم الناحية هما المختصان بالنظر في الصعوبات التنفيذية المتعلقة بالأحكام الصادرة عنهما، وهنا يحدد الاختصاص الحكمي الاختصاص الترابي مما يدعم فكرة أن الاختصاص وحدة لا تتجزأ والتفريق بين الاختصاص الترابي والحكمي هو تفريق مصطنع ووهمي⁽¹⁾.

وإما المعيار الثاني لتحديد الاختصاص الترابي فهو الذي نص عليه الفصل 403 من مجلة المرافعات وخص قاضي مكان إجراء العقلة بالنظر في منازعات التنفيذ الصادرة عن مدعي الاستحقاق، ويعد هذا الموقف مناقضا لأحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية الذي يسند الاختصاص للقاضي الذي أصدر الحكم المستشكل، إن هذا التناقض هو تناقض ظاهري ضرورة أن القاعدة المنصوص عليها بالفصل 201 م.م.م.ت. هي القاعدة العامة التي تنظم المنازعات التنفيذية وجعل لها المشرع استثناءا عندما يتعلق الأمر بأموال معقولة خارجة عن نطاق معيار الفصل 201 م.م.م.ت. وخاضعة للفصل 403 من نفس المجلة المنظمة للاشكال الاستحقاق المرفوع من الغير، ومن ثم أن الخاص يقيد العام ولا يلغيه وما خصه المشرع بصورة معينة بقى على إطلاقه في جميع الصور الأخرى عملا بأحكام الفصل 534 من المجلة المدنية.

والإخلال بمعايير الاختصاص الترابي وكما هو معلوم لا يوجب الحكم برفض الدعوى لعدم الاختصاص من تلقاء نفس المحكمة ضرورة أن هذه القواعد شرعت لمصلحة الخصوم الشخصية ولا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج عنها ضرر للمتمسك بطلانه وعلى صاحب المصلحة أن يثبته قبل الخوض في الأصل، ولذلك إذا ما تمسك صاحب مصلحة بعدم اختصاص القاضي الاستعجالي بالنظر في طلب توقيف التنفيذ ترابيا فعلى هذا الأخير البت في اختصاصه وإذا تراءى له أنه غير مختص فعليه القضاء بالتخلي عن نظر الدعوى لفائدة المحكمة المختصة، أما إذا كان مختصا فإنه يواصل النظر في الطلب ويقرر ما يراه مناسبا.

(1) الدكتور حاتم قطران : «حول تطور نظرية الاختصاص الترابي»، المجلة القانونية 1983 - ص. 461.

2 - الحكم الصادر في طلب توقيف التنفيذ :

أن الحكم الصادر عن القاضي الاستعجالي يكون إيجابيا ويقضي بوقف التنفيذ أو سلبيا ويقضي برفض المطلب وبالطبع في حالة الاختصاص الحكمي أو عدم الدفع بعدم الاختصاص الترابي. وهذا الحكم سترتب عليه آثار على حقوق والتزامات الأطراف المتنازعة.

أ - نتيجة الحكم الاستعجالي :

أن القاضي الاستعجالي إذا كان مختصا بالنظر في منازعة تنفيذية فإنّ قراره إما يكون إيجابيا ويقضي بوقف التنفيذ أو سلبيا ويرفض المطلب.

أن القرار الإيجابي يعني توقيف التنفيذ، لكن الأشكال الذي يمكن أن يطرح هل ينصرف إلى الأعمال التي نفذت أو حتى للأعمال التي لم يشرع فيها؟ من المعلوم أن التوقيف لا ينصرف الا على عمل وقع الشروع فيه وعلى عدل التنفيذ التوقف عند النقطة التي وصل إليها وتبقى الإجراءات السابقة سليمة وصحيحة إلى أن يصدر حكم قاض بخلاف ذلك أما الأعمال اللاحقة عن طلب وقف التنفيذ وقبل صدور الحكم القاضي بوقف التنفيذ فهي باطلة بالنسبة للأشياء المستشكل في شأنها ولا يجوز اعتبار أعمال التنفيذ على مكاسب أخرى للمدين باطلة ضرورة أن نطاق توقيف التنفيذ بالنسبة للإعمال اللاحقة عن رفع الطلب لا يتجاوز حدود عمليات التنفيذ المستشكل في شأنها ويبقى السند قابلا للتنفيذ بالنسبة لغيرها من الممتلكات.⁽¹⁾

أما القرار الاستعجالي القاضي برفض المطلب والتمادي على التنفيذ فإنه وعملا بأحكام الفصل 211 من م.م.ت. ينفذ حالا على المسودة وقبل التسجيل وبقطع النظر عن الاستئناف وبدون لزوم للاعلام به. ويجب على كاتب المحكمة أن يسلم لمن شاء من الطرفين نسخته من نص ذلك القرار بدون مصروف في بحر أربع وعشرين ساعة من وقت التصريح به».

ب - آثار الحكم الاستعجالي :

أن القرار الاستعجالي الصادر لفائدة المستشكل يكون قاضيا بتوقيف التنفيذ والاذن له بالقيام بقضية أصلية لدى المحكمة المختصة في أجل معين يقدر بالقرار حسب الأحوال باعتبار أنه إذا كان الأشكال لغير سبب استحقاقى وعلى أساس الفصلين 403 و462 من م.م.ت. فإن للقاضي الحرية في تحديد الأجل حسب اجتهاده، أما إذا كان لسبب استحقاقى فإن الأجل هو خمسة عشر يوما، وهذا الأجل

(1) فتحي والي : «التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية»، دار النهضة العربية 1995 - ص.701.

غير قابل للقطع والتعليق وبمجرد سريانه يمكن مواصلة التنفيذ إذا لم يرفع المشتكى قضية أصلية⁽¹⁾ ويرى آخرون أن هذا الأجل أجل مسقط لحق القيام بالدعوى الأصلية ضرورة أن الفصل 403 من م.م.م.ت. نص على البطلان صراحة بأن قرر أن «دعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتبعات والمعقول عنه ولم تشمل على بيان حجج الملكية» وهذا الموقف مخالف للقانون ضرورة أن جزء الاخلال بالأجل هو السقوط وليس من الضروري التنصيص عليه صراحة لأنه الجزء الطبيعي لعدم احترام الأجل المحدد لمباشرة الإجراءات⁽²⁾ علاوة على أن المشرع رتب البطلان على عدم القيام على الأشخاص المذكورين بالفصل 403 م.م.م.ت. وهما القائم بالتبعات والمعقول عنه في نفس الوقت، ومن ثم أن عدم القيام بالدعوى الاستحقاقية في الأجل المحدد من القاضي الاستعجالي فإن أعمال التنفيذ تستأنف ويقع اتمام إجراءات التثبيت ويعتبر المبتدئ له مشتر وتنتقل له الملكية، وأن ثبت أن المشتكى فعلا مالك لما تم بيعه فيحكم له بالتعويض أي بقيمة ممتلكاته كما أن القرار الاستعجالي يرتب آثارا هامة في جانب المحكوم ضده ويمكنه الطعن في ذلك القرار بالاستئناف بمجرد صدوره باعتباره ينفذ حالا على المسودة وبدون الإعلام به. ويرفع الاستئناف إلى محكمة الاستئناف المختصة إذا كان القرار صادرا عن رئيس المحكمة الابتدائية عملا بأحكام الفصل 201 من م.م.م.ت. أما إذا كان القرار صادرا عن قاضي الناحية أو عن رئيس دائرة الشغل فإن استئنافه يكون أمام المحكمة الابتدائية المختصة عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل المذكور سلفا والفصل 221 من مجلة الشغل بالنسبة لرئيس دائرة الشغل.

وعلى كل إذا ما تم رفض إيقاف التنفيذ ونفذ الحكم إلا أنه قد تم نقض الحكم سند التنفيذ فيجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ وإرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التنفيذ. لكن هل أن الترجيع تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم؟

لقد اختلفت الآراء وتباينت الأحكام بخصوص هذا المسألة التي تنظمها أحكام الفصل 150 من م.م.م.ت. الذي اقتضى انه «إذا وقع نقض أو تعديل حكم مشمول بالنفاذ العاجل أو كان الحكم المنقوض أو المعدل صادرا باستجابة طلب استعجالي وجب أن ينص حكم النقض أو التعديل على ترجيع ما تم دفعه أو سلمه المستأنف بموجب تنفيذ الحكم المنقوض أو المعدل أو إعادة الحالة لسالف وضعها كل

(1) أحمد بن طالب: «العقلة التحفظية والتنفيذية»، المجلة التونسية للقانون - 1993 - ص. 68.

(2) أحمد أبو الوفاء: «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف - ص. 255.

ذلك في حدود ما وقع نقضه أو تعديله. وعلى المحكمة تدارك ما وقع من سهو عن التراجع أو الإعادة من تلقاء نفسها».

ومن ثم فإن محكمة الاستئناف عندما تقضي بنقض الحكم المستأنف يجب عليها التنصيص على أرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ الحكم الاستعجالي ودونما أن يطلب ذلك المستأنف، وعلى كل إذا لم يقع التنصيص على ذلك فالمستشكل ليس في حاجة إلى استصدار حكم جديد بإلغاء ما تم من إجراءات تنفيذ وما ترتب عنها إنما عليه أن يقدم مطلب تدارك إلى الدائرة التي أصدرت الحكم وعليها إصدار قرار بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بحجرة الشورى دون إعادة استدعاء الأطراف ولا سماع مرافعة لأن الارجاع هو النتيجة الحتمية لنقض الحكم المطعون فيه.

إلا أنه في بعض الأحيان قد يتعذر ارجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ وذلك إذا تعلق حق الغير حسن النية بالمال المراد إرجاعه، ومن ذلك أن يقع تسويق المحل موضوع النزاع إلى متسوغ جديد. لقد أجابت محكمة التعقيب عن هذه الحالة وأكدت في إحدى قراراتها أن «الرجوع إلى المحل لا يمكن طلبه إلا إذا كان ممكناً، أما إذا وقع كراء المحل للغير حسن النية فلا يسع المكتري الأول إلا طلب الفسخ من أجل عدم الوفاء بالالتزامات وله حينئذ طلب التعويض العادل»⁽¹⁾.

المبحث الثاني - توقيف التنفيذ أمام محكمة الطعن

إن توقيف التنفيذ أمام محكمة الطعن يختلف عن توقيف التنفيذ أمام قاضي الصعوبات التنفيذية من حيث الشروط الواجبة التوفر وهي أن لا يكتمل التنفيذ وأن يكون الحكم المراد تنفيذه قد تم الطعن فيه وأن يقدم طلب في وقف التنفيذ وأن التنفيذ قد يحصل عنه ضرر يستحيل تداركه وأنه من المرجح أن ينقض الحكم المطعون فيه. كما يجدر التطرق إلى مآل توقيف التنفيذ وتحديد طبيعة ذلك الحكم والضمانات التي يوفرها القانون للمحكوم عليه بتوقيف التنفيذ باعتباره دائماً ومحكوم له إبتدائياً، ومن الضروري أيضاً التعرض إلى آثار الحكم وطرق الطعن فيه. وبالتالي من الضروري التعرض إلى شروط توقيف التنفيذ أمام محاكم الطعن في فقرة أولى و آثار الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ في فقرة ثانية.

(1) القرار عدد 8531 الصادر في 27 جويليه 1972 - مجلة القضاء والتشريع 1973 - ص. 182.

الفقرة الأولى - شروط توقيف التنفيذ أمام محكمة الطعن :

أن طلب وقف التنفيذ ككل الدعاوى القضائية لا بد أن تتوفر فيه الشروط المفروضة بالفصل 19 من م.م.ت. أي الصفة والأهلية والمصلحة. وعلاوة على ذلك لا بد من توفر شروط خاصة في المطلب وكذلك توفر شروط أخرى للحكم بوقف التنفيذ.

1 - شروط قبول المطلب :

أن الشرط الأول الواجب التوفر هو عدم الشروع في التنفيذ لأنه في الحقيقة أن السند التنفيذي هو المستهدف لوجود عيب فيه، بالإضافة إلى أن المشرع قد حدد آجلا للطعن في الحكم من تاريخ الإعلام به، وعلى ذلك إذا ترقب المحكوم عليه البدء في التنفيذ سوف يفوت على نفسه أجل الطعن ويكون مجبرا على الاذعان بالإضافة إلى أن طلب توقيف التنفيذ هو عمل تبعي للعمل الأصلي المراد من وراءه إلغاء الحكم المطعون فيه الذي على أساسه سيتم التنفيذ.

كما أن المطلب يكون مقبولا ولئن تم الشروع في التنفيذ إلا أنه لا يجب أن تكون أعمال التنفيذ قد اكتملت باعتبار أن اكتمالها يجعل المطلب غير ذي موضوع وتكون المحكمة مجبرة على الحكم بعدم قبول المطلب ويبقى النظر أمام محكمة الطعن مسلطا على الدعوى الأصلية الهادفة إلى إلغاء السند المطعون فيه وأن تم ذلك فترجع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ من تلقاء نفسها وبدون طلب عملا بأحكام الفصل 150 من م.م.ت.

أما الشرط الثاني فهو وجوب الطعن في الحكم المراد تنفيذه، وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز طلب توقيف تنفيذ حكم لم يتم الطعن فيه. ولكن ما هي طرق الطعن التي تتفرع عنها طلبات إيقاف التنفيذ؟ وهل يكفي مجرد الطعن أم لا بد أن يكون الطعن سليماً من العيوب المبطلّة؟

أن الطعن العادي هو الاستئناف، وبالتالي أنه من الجائز الطعن في الحكم أمام محكمة الاستئناف أو أمام المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئناف وطلب توقيف الحكم أمام تلك المحكمة، وبالتالي أن حالات توقيف التنفيذ أمام محكمة الاستئناف هي أن يكون الحكم صادراً في المادة الاستعجالية أو كان صادراً بالتنفيذ الوقتي عملاً بأحكام الفصلين 125 و 126 من مجلة المرافعات أو كان متعلقاً ببطلان قرار تحكيمي على معنى الفصل 43 من مجلة التحكيم، وباستثناء هذه الحالات فإن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف لا يكون مختصاً بالنظر في مطالب توقيف تنفيذ أخرى.

أما بالنسبة لطرق الطعن غير العادية وهي غير موقفة للتنفيذ على خلاف الاستئناف، وبذلك أن طلب توقيف التنفيذ يكون ألياً كلما تم الطعن في الحكم بطريق من طرق الطعن غير العادية. ولقد خول ذلك الفصل 170 من مجلة المرافعات المدنية الذي نص على أن «الاعتراض لا يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا أن رئيس المحكمة أو الحاكم الراجع له النظر يمكن له تعطيل تنفيذ الحكم المطعون فيه بقرار مبني على مطلب كتابي مستقل عن مطلب الاعتراض» وكذلك الأمر بالنسبة للطعن بالتعقيب عملاً بأحكام الفصل 194 من م.م.م.ت. الذي نص على أنه «وبصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه الطاعن ذلك أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه..».

على أن المشرع ولئن تعرض للاعتراض فإنه لم يتعرض لالتماس إعادة النظر ضرورة أن الفصل 162 من م.م.م.ت. اقتضى أن «رفع الالتماس لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه» وبالتالي وحسب الفصل المذكور لا يترتب عن طلب الالتماس توقيف تنفيذ الحكم فهل بأمكان المحكمة المرفوع أمامها الالتماس أن توقف تنفيذ الحكم المطعون فيه أمامها رغم غياب نص تشريعي يسمح بهذا الحل؟ لقد اختلفت الآراء وذهب البعض إلى إمكانية قبول طلب توقيف تنفيذ الحكم الملتمس إعادة النظر فيه وذلك لأن المشرع لم يمنع ذلك وعملاً بالمبادئ العامة للقانون ما لم يمنعه القانون فهو مسموح به وبالإضافة إلى ذلك أن الفصل 44 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 والمتعلق بالمحكمة الإدارية اقتضى انه يمكن توقيف التنفيذ إذا قدم طلب في ذلك إلى المحكمة الإدارية كلما وقع الطعن بالتماس إعادة النظر. في حين يرى أصحاب الرأي المعارض أن توقيف التنفيذ استثناء ولا يمكن تعميمه على بقية الحالات، والرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب ضرورة أنه لو كان في نية المشرع قبول توقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالتماس إعادة النظر لنص على ذلك صراحة ولما سكت فإنه لا يجيز هذه الإمكانية.

أما بخصوص التساؤل الثاني والذي كنا طرحناه سابقاً والمتمثل في كون الطعن مطابق للقانون أو لم يقع الرجوع فيه. من المعلوم أن الرجوع في الطعن يوجب رفض طلب إيقاف التنفيذ لأن الفرع يتبع الأصل لكن هل أن رفض الطعن يوجب رفض المطلب الفرعي.

أن البت في الطلب الفرعي يكون قبل البت في الطلب الأصلي الأمر الذي قد يؤدي إلى تضارب الأحكام ولتجنب هذه الوضعية يمكن لرئيس محكمة الاستئناف الذي خصه المشرع بالنظر في وقف تنفيذ الأحكام عملاً بأحكام الفصل 203 من م.م.م.ت. أن يعين الملف الأصلي في دائرته حتى لا تتناقض الأحكام وهو ما دأب

على القيام به رئيس محكمة الاستئناف السابق المرحوم عبد الوهاب بن عامر فكان يعين الملفات الأصلية بدائره عندما يكون قد قدم في نفس الوقت مطلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه.

2 - وجوب تقديم طلب إيقاف التنفيذ :

أن المحكمة لا تقضي بما لا يطلبه الخصوم ومن ثم أن الطعن في الحكم لا ينجر عنه وقف التنفيذ بموجب القانون ولا بد من تقديم طلب في توقيف التنفيذ، وبالتالي وجب التعرض للقواعد التي تحكم تقديم الطلب وإجراءاته.

فأما بخصوص القواعد المنظمة والتي ينهض عليها طلب توقيف التنفيذ فإن هذا الأخير يكون مقترنا بالطعن الأصلي وبالتالي سابقا له وهو ما يستنتج من بعض الفصول الواردة بمجلة المرافعات المدنية ومن ذلك الفصل 126 الذي نص على «أنه يمكن وبصفه استثنائية لرئيس المحكمة المرفوعة لديها الاستئناف أن يأذن بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه...» وكذلك الفصل 194 من نفس المجلة الذي اقتضى انه «وبصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه ذلك أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه...».

إما بخصوص إجراءات تقديم مطلب توقيف التنفيذ فإن المشرع لم ينظمها، وبالتالي نكون مجبرين على اعتماد القواعد العامة للطعن في الأحكام التي توجب إيداع صحيفة الطعن بكتابة المحكمة بعد تحريرها من طرف المحامي، كما أنه بالإمكان تقديم طلب توقيف التنفيذ أثناء سير الخصومة في شكل مطلب كتابي دون أن يودع بكتابة المحكمة إذا تم اطلاع الخصم عليه قبل تقديمه وذلك بإمضائه أو تبليغه بواسطة عدل منفذ حسب طرق التبليغ القانوني، غير أنه لا يتم البت في المطلب إلا بعد اعلام الخصوم بذلك وحضورهم لدى الحاكم المختص وبعد بيان دواعي الحكم بوقف التنفيذ. غير أن تقديم المطلب إلى المحكمة بتركيبها الثلاثية لا يعني أنها هي المختصة بل أن المشرع قد جعل النظر في مطالب إيقاف التنفيذ من اختصاص حاكم فردي الذي يمكن أن يكون حسب الحالات أما رئيس محكمة الحكم المعترض عليه أو رئيس محكمة الاستئناف أو رئيس محكمة التعقيب.

أن رئيس محكمة الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية مختصان بالنظر في طلبات توقيف التنفيذ باعتبارهما من محاكم الطعن بالنظر إلى الطعن بالاعتراض في الحكم الصادر منهما وكذلك رئيس محكمة الاستئناف يكون مختصا إذا وقع الطعن بالاعتراض في حكم صادر عن محكمة الاستئناف.

أما الأحكام الاستعجالية ضرورة أن الاستئناف لا يوقف تنفيذها وكذلك الأحكام المشمولة بالتنفيذ الوقي فمن اختصاص رئيس محكمة الاستئناف توقيف تنفيذها أن طلب منه ذلك. كما يختص في إيقاف تنفيذ الأحكام الابتدائية الموصوفة غلطا بكونها نهائية عملا بأحكام الفصل 146 من مجلة المرافعات الذي نص على «غير أنه يجوز لرئيس المحكمة ذات النظر أن يأذن بتوقيف تنفيذ الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية...»

وعلى الرغم من أن النص لم يسند هذا الاختصاص لرئيس محكمة الاستئناف فإن الفقهاء مجمعون على اعتبار أن محكمة الاستئناف هي المختصة في هذه الصورة ويسمى هذا الاستئناف بالاستئناف الوصفي⁽¹⁾ ورئيس محكمة الاستئناف بتونس يختص كذلك بوقف تنفيذ القرارات المطعون فيها والصادرة عن هيئة السوق المالية وذلك عملا بأحكام الفصل 54 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية والذي نص على أنه «تختص محكمة الاستئناف بتونس بالنظر في الطعن في قرارات هيئة السوق المالية والطعن لا يوقف التنفيذ إلا أنه يمكن لرئيس محكمة الاستئناف بتونس أن يأذن بتأجيل تنفيذ القرار المطعون فيه إذا كان من شأنه أن يحدث آثارا يستحيل تداركها».

أما رئيس محكمة التعقيب فيختص بالنظر في مطالب توقيف تنفيذ جميع الأحكام النهائية عملا بأحكام الفصل 194 من م.م.م.ت. الذي اقتضى أنه «بصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه الطاعن ذلك أن يأذن بتوقيف الحكم المطعون فيه مدة شهر إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجرائه...» مع العلم أن بعض الأحكام يوقف التعقيب تنفيذها وبالتالي لا حاجة لطلب وقف تنفيذها ضرورة أن التوقيف يكون بموجب القانون، وهذا الأحكام هي الصادرة بإعدام ورقة مرمية بالزور أو حكم الطلاق أو بإبطال عقد زواج أو الأحكام الصادرة ضد الدولة بأداء مال أو برفع عقلة أجزتها الدولة لاستخلاص أموالها.

الفقرة الثانية - شروط الحكم بوقف التنفيذ :

أن الحكم بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه يفترض توفر جملة من الشروط أهمها احتمال حصول ضرر يستحيل بعد التنفيذ تداركه وارجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ أو خرق أحكام التنفيذ المؤقت أي أنه قد تم خرق أحكام الفصلين 125 و 126 من م.م.م.ت. أو أحكام القضاء الاستعجالي أي عنصري التأكد وعدم

(1) أحمد علي خليل : «أصول المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف - ص. 102.

المساس بالأصل. وعلى كل أن هذه الشروط تنقسم إلى شروط عامة وشروط خاصة تتعلق بحالات معينه وتعين تبعا لذلك التطرق إلى الأحكام العامة للحكم بوقف التنفيذ في نقطة أولى والأحكام الخاصة في نقطة ثانية.

1 - الأحكام العامة لتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه :

أن الشرطين الأساسيين لتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه هو إمكانية حصول ضرر يستحيل تداركه أو استحالة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ مع إمكانية إلغاء الحكم المطعون فيه.

فإما بخصوص الشرط الأول فإنه لابد من التيقن أن تنفيذ الحكم المطعون فيه سيحدث ضررا جسيما الذي يختلف عن الضرر العادي الناتج عن كل عملية تنفيذ ضد أموال الغير، والضرر الجسيم هو ذلك الضرر الفاحش الذي يؤثر أثرا بليغا على الحالة المالية والأدبية للمحكوم عليه وهو ما أكدته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الإيطالية⁽¹⁾ وبالإضافة إلى جسامته الضرر إنه من الضروري أن يتعذر رفعه عملا بأحكام الفصل 194 من مجلة المرافعات المدنية الذي اقتضى أن «الرئيس الأول لمحكمة التعقيب يوقف تنفيذ الحكم إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة التي كانت عليه قبل إجرائه...» أن هذا النص ولئن ورد في باب محكمة التعقيب فإنه من الممكن القياس عليه بالنسبة للاستئناف والاعتراض خاصة وأن جل التشاريع الأجنبية نصت صراحة على ذلك باعتبار أنه لا يمكن القياس في مادة الإجراءات، لكن وطالما ترك المشرع سلطة تقديرية للمحكمة لوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه فإنها ملزمة بالارتكان إلى معايير موضوعية احتراماً لمبدأ المساواة بين المتقاضين.

وأما الشرط الثاني الواجب التوفر لإمكانية توقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه هو خرقه للقانون واحتمال إغائه وهو ما يبرر مصلحة القيام بضرورة أن الطاعن عند طعنه في الحكم إنما يرمي من وراء ذلك الحيلولة دون التنفيذ وذلك بالحكم له بإلغاء الحكم المطعون فيه.

2 - الأحكام الخاصة للحكم بتوقيف التنفيذ :

أن الأحكام الخاصة المنطبقة على وقف تنفيذ الأحكام والمتضمنة لشروط تتعلق بحالات خاصة هي حالة التنفيذ الوقتي المنصوص عليه بالفصلين 125 و126 من

(1) فتحي والي : «التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية»، دار النهضة العربية 1990 - ص.49.

مجلة المرافعات المدنية والأحكام الاستعجالية الخاضعة للفصلين 201 و 209 من نفس المجلة.

فإما فيما يتعلق بالتنفيذ الوقتي الذي يجب أن تحكم به المحكمة إذا ما توفرت عدة شروط ذكرت على وجه الحصر بالفصل 125 ويمكنها أن تحكم به في الحالات المذكورة بالفصل 126 من المجلة المذكورة سلفا وبالتالي إذا ما تمت مخالفة الفصلين ولم تتوفر شروط الحكم بالنفاذ المعجل ورغم ذلك قضت المحكمة بذلك فإنه بإمكان المحكوم عليه الطعن في الحكم وطلب توقيف التنفيذ.

أما ما يتعلق بالقضاء الاستعجالي الذي ينهض أساسا وبالضرورة على التأكد وعدم المساس بالأصل عملا بأحكام الفصل 201 من م.م.م.ت. وبالتالي أن القاضي الاستعجالي ملزم من التأكد من توفر هذين الشرطين، وفي صورة مخالفته لهذه القاعدة الاصولية يكون حكمه عرضة للنقض وضمنا لوقف التنفيذ أن طلب الطاعن ذلك وأن دور محكمة الاستئناف هو مراقبة تطبيق قاضي العجلة للقانون تطبيقا سليما باعتبار أن التقدير يتسلط على مدى احترام شرطي التأكد وعدم مساس بالأصل من طرف محكمة الحكم المطعون فيه. وأن قرار رئيس محكمة الاستئناف لا يقبل الطعن بالتعقيب عملا بأحكام الفصل 126 من م.م.م.ت. وبالتالي أن القول بأن الحكم الاستعجالي المطعون فيه بالتعقيب يمكن طلب توقيف تنفيذه بعد أن رفض هذا الطلب أمام رئيس محكمة الاستئناف⁽¹⁾ هو موقف مناقض لأحكام الفصل 126 من م.م.م.ت. ضرورة أنه لا يمكن تعقيب قرار وقف التنفيذ الصادر عن رئيس محكمة الاستئناف سواء بصورة فعلية أو ضمنية، ومن ثم أن الطعن بالتعقيب في الحكم الاستعجالي وطلب التوقيف يعتبر تعقيبا ضمنا لقرار الرفض ويستوجب الرفض لأنه تحايل على القانون.

الفقرة الثالثة - آثار الحكم في طلب توقيف التنفيذ :

أن طلب توقيف التنفيذ ينتج عنه حكم سواء كان إيجابيا بوقف التنفيذ أو سلبيا برفض المطلب، وهذان الموقفان تنجر عنهما آثار قانونية ويترتب عن كليهما مشاكل قانونية صعبة ومتشابكة وتعين التعرض لحالة قبول الطلب وحالة رفضه ثم لآثار الحكم الصادر.

(1) رضا الوسلاتي : «توقيف تنفيذ الأحكام المدنية»، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء - 1995.

1 - قبول طلب توقيف التنفيذ ورفضه :

إذا توفرت الشروط لوقف التنفيذ فإنه من الضروري الحكم بالوقف، لكن ما هو مجال هذا الحكم يطول الأعمال السابقة لتقديم المطلب ؟

إن التنفيذ الواقع قبل تقديم المطلب لن يكون للحكم عليها أي أثر. أما التنفيذ اللاحق على تقديم المطلب فإن المشرع لم ينتهج موقفاً في شأنه وبالتالي إن وقف التنفيذ لا ينصرف إلا للمستقبل ولا يمكن أن يكون له أثر رجعي، غير أن هناك اتجاهات ذهبت إلى القول أنه لا يمكن الاعتداد بأعمال التنفيذ اللاحقة لتقديم المطلب⁽¹⁾ ويكون للحكم أثر رجعي وأن الحل لهذه الأشكال يكمن في تدخل المشرع وإقرار أن تقديم مطلب توقيف التنفيذ له أثر موقوف بقوة القانون لمجرد إبداء الطلب إلى أن يقع البت فيه، وهو ما انتهجه المشرع المصري بالمادة 312 في قانون المرافعات وهو حل توفيق بين مصالح الخصوم ويحقق موازنة في الحماية الوقتية المنشودة.

أما إذا لم تتوفر شروط وقف التنفيذ فإنه يقضي برفض المطلب إلا أن هذا الحكم سيمكن المحكوم له بمواصلة التنفيذ وهو ما يخلق عدم توازن بين طرفي النزاع ولذلك أقر المشرع بعض الضمانات في الحكم برفض طلب توقيف التنفيذ ودعم فقه القضاء ذلك.

وهذه الضمانات هي ضرورة البت في دعوى الطعن الموضوعية في غضون شهر واحد من تاريخ البت في طلب وقف التنفيذ وهو ما اقتضته الفصول 126 و194 و206 من مجلة المرافعات. كما أنه بإمكان القاضي الذي يقضي بتوقيف التنفيذ أن يوجب تقديم كفالة أو ضامن أو يأمر بما يراه كفيلاً بصيانة حق المحكوم عليه في طلب توقيف التنفيذ. وقد تكون هذه الكفالة شخصية أو عينية أو بإيداع مبلغ المال بصندوق الأمانات والودائع.

2 - تنفيذ الحكم الصادر في طلب توقيف التنفيذ :

أن الأحكام الصادرة عن محكمة الطعن تكتسي صبغة خاصة في تنفيذها باعتبار حصوله على قوة النفاذ بقوة القانون ولا ضرورة للحصول على نسخة تنفيذية منه ولا الإعلام به حتى ينفذ إلا أنه يجب التفريق بين الحكم القاضي بوقف التنفيذ والقاضي برفض المطلب.

(1) محكمة لاسان - 20 جانفي 1954 - مجلة القصر 1954 - 1-181.

فالحكم القاضي بوقف التنفيذ يعتبر إلزاما موجهها إلى القائم بالتبع والامتناع عن التنفيذ طيلة المدة المقررة من القاضي ويمكنه متابعة التنفيذ بعد انقضاء تلك المدة دون ترقب البت في النزاع، ويعتبر هذا الموقف خلافا في قانون المرافعات ويمكن تجاوزه بتدخل المشرع وتعديل هذه الأحكام بأن يتم توقيف التنفيذ إلى البت في أصل النزاع.

أما الحكم القاضي برفض المطالب فهو حكم سلبي ويقر بأن الطالب ليس له الحق في طلب توقيف التنفيذ، وضمنا هو في مصلحة المحكوم له الذي سيواصل التنفيذ. والأحكام الصادرة في مطالب وقف التنفيذ غير قابلة للطعن بصريح الفصول المتعلقة بها، فالفصل 172 الخاص بتوقيف تنفيذ الأحكام المعترض عليها اقتضى أن «القرار القاضي بتعطيل التنفيذ لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب» وكذلك الفصل 207 المتعلق بتوقيف تنفيذ القرارات الاستعجالية نص على أن «القرارات الصادرة بالإذن بإيقاف التنفيذ غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب» ويبدو أن هذا الموقف يتنافى مع الأحكام العامة للإجراءات ضرورة أن العمل الإنساني عرضة للخطأ والأفضل أن يبقى باب الطعن مفتوحا حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة أعمال المحاكم الأقل درجة ولقد نحا المشرع المصري هذا المنحى وأقر إمكانية الطعن في القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بإيقاف التنفيذ أمام محكمة النقض بموجب المادة 212 من قانون المرافعات المصري.

المراجع

المراجع بالعربية :

- * الدكتور أبو هيف : « المرافعات المدنية والتجارية في مصر » - القاهرة.
- * الدكتور أحمد مسلم : « أصول المرافعات والتنظيم القضائي » - دار الفكر العربي.
- * الدكتور أحمد أبو الوفاء : « نظرية الأحكام » - منشأة المعارف 1977 .
- « أصول المحاكمات المدنية في القانوني اللبناني ».
- « التعليق على قانون المرافعات المصري ».
- « نظرية الدفوع في قانون المرافعات ».
- * الدكتور أحمد صاوي : « أثر الأحكام بالنسبة للغير » - دار النهضة العربية.
- « الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية القاهرة.
- « الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم به ».
- * أنور العمروسي : « تعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية.
- * أحمد هريدي : « القضاء في الاسلام ».
- * أمينة نمر : « أوامر الأداء في القانون المصري والمقارن » - منشأة المعارف.
- * الدكتور رمزي سيف : « الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية.
- * سليم رستم باز : « شرح مجلة الأحكام العربية ».
- * الدكتور عبد المنعم الشرقاوي : « نظرية المصلحة في الدعوى » - القاهرة 1984 .
- * الدكتور فتحي والي : « نظرية البطلان في قانون المرافعات » - القاهرة 1957 .
- « الوسيط في قانون القضاء المدني » - دار النهضة العربية.
- « التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية » - دار النهضة العربية.
- * الدكتور محمد علي راتب : « قضاء الأمور المستعجلة » - القاهرة.
- * الدكتور وجدي راغب : « النظرية العامة في العمل القضائي ».

- * الدكتور نبيل اسماعيل عمر : «أصول المرافعات المدنية والتجارية منشأة المعارف» - القاهرة.
- «التنفيذ القضائي وإجراءاته» * منشأة المعارف - القاهرة.
- «اشكالات التنفيذ الجبري» * منشأة المعارف - القاهرة.

المراجع بالفرنسية :

- GLASSON: Traite et pratique de procédures civiles.
- MOREL; Traite élémentaire de procédures civiles
- PERROT Roger : Traite élémentaire de procédures civiles
- DIDIER MARTIN : la réforme des procédures civiles d exécution
- LEVEL : Sur la notion de formalité substantielle en droit judiciaire privé.
- JAPIOT: la nullité des actes Juridiques : Thèse de doctorat à l'universite de Dijon 1990 .
- DEVEZE: de la règle des voies de nullités n'ont lieu contre les jugements, Toulouse1938 .
- PERROT : l'influence de la technique sur le but des institutions Juridiques . Thèse de doctorat à Paris 1948.
- MOREAU : Les limites au Principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties . Thèse à Paris en 1966 .
- GROSILIER ; l indivisibilité dans les voies de recours . Thèse a Paris 1965

الفهرس

3.....	تمهيد
5.....	المحتوى
9.....	المقدمة
9.....	الفقرة الأولى - تعريف الإجراءات المدنية والتجارية :
10.....	الفقرة الثانية - تمييز الإجراءات المدنية عن الإجراءات الجزائية والإدارية :
11.....	الفقرة الثالثة - محتوى قانون الإجراءات المدنية :
11.....	1 - النظام القضائي :
11.....	2 - الاختصاص :
12.....	3 - القواعد المنظمة لسير الخصومة :
12.....	4 - طرق الطعن :
12.....	الفقرة الرابعة - خصائص الإجراءات المدنية والتجارية :
12.....	1 - الميزة الشكلية في قانون المرافعات المدنية :
13.....	* مكان العمل الإجرائي :
13.....	* زمن العمل الإجرائي :
13.....	* آجال القيام بالعمل الإجرائي :
13.....	2 - الصبغة الآمرة لقواعد الإجراءات :
14.....	* عدم جواز الاتفاق على قواعد الإجراءات المتعلقة بالنظام العام :
14.....	* التطبيق الفوري لقواعد الإجراءات :
16.....	الفقرة الخامسة - مصادر قواعد الإجراءات المدنية :
16.....	1 - مجلة المرافعات المدنية والتجارية :
17.....	2 - التشريعات المكملة لقانون الإجراءات المدنية :

الجزء الأول

التنظيم القضائي واختصاص المحاكم

القسم الأول

التنظيم القضائي

- 12 الفصل الأول - المبادئ الأساسية للنظام القضائي
- 21 المبحث الأول - مبدأ التقاضي على درجتين :
- 22 الفقرة الأولى - الجذور التاريخية لمبدأ التقاضي على درجتين :
- 22 الفقرة الثانية - الاستئناف تكريس لمبدأ التقاضي على درجتين
- 22 أ - شروط الطعن بالاستئناف :
- 22 (1) الشرط المتعلق بطبيعة الحكم المطعون فيه :
- 23 (2) الشرط المتعلق بالأجل :
- 23 ب - آثار الاستئناف :
- 23 ج - الأثر الانتقالي :
- 24 د - الأثر التعليقي :
- 24 المبحث الثاني - مبدأ استقلالية القضاء :
- 25 الفقرة الأولى - استقلال القضاء من الوجهة القانونية :
- 25 الفقرة الثانية - مظاهر استقلالية القضاء :
- 26 ب - الالتزام بعلوية الدستور :
- 29 المبحث الثالث - مبدأ المواجهة :
- 29 المبحث الرابع - علانية الجلسات :
- 30 المبحث الخامس - مجانية التقاضي :
- 13 الفصل الثاني - أصناف المحاكم
- 31 المبحث الأول - القضاء العادي :

- الفقرة الأولى - المحاكم ذات الاختصاص العام : 31
- 1 - محاكم الدرجة الأولى : 32
- أ - محكمة الناحية : 32
- ب - المحكمة الابتدائية ذات اختصاص شامل : 35
- 2 - محاكم الدرجة الثانية : 36
- ب - اختصاص محكمة الاستئناف : 37
- 3 - محكمة القانون : 38
- أ - تركيبة محكمة التعقيب : 38
- ب - وظيفة محكمة التعقيب : 39
- الفقرة الثانية - المحاكم المتخصصة : 41
- أ - المحاكم الفردية المتخصصة : 41
- 1 - حاكم التقاديم : 41
- 2 - قاضي السجل التجاري : 42
- 3 - قاضي الأسرة : 42
- 4 - قاضي الأطفال : 42
- ب - المحاكم المتخصصة ذات التركيبة الجماعية : 43
- 1 - مجلس العرف : 43
- 2 - المحكمة التجارية : 43
- أ) تركيبة المحكمة التجارية : 44
- ب) اختصاص المحكمة التجارية : 45
- المبحث الثاني - المحاكم المختصة : 46
- الفقرة الأولى - المحكمة العقارية : 47
- 1 - تركيبة المحكمة العقارية : 47
- أ - وظائف رئيس المحكمة العقارية : 47
- ب - وظائف وكلاء الرئيس : 48
- ج - وظائف القاضي المقرر : 48
- 2) اختصاص المحكمة العقارية : 48
- أ - البت في مطالب التسجيل : 48

المجمدة :	50
1- الطعن في قرارات إدارة الملكية العقارية ودائرة الرسوم	50
2- الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة عن دائرة الرسوم	51
المجمدة	51
الفقرة الثانية - المحكمة الإدارية :	51
1 - التنظيم الهيكلي للمحكمة الإدارية :	52
أ - الدوائر الابتدائية :	52
ب - الدوائر الاستئنافية :	52
ج - الدوائر التعقيبية :	52
2 - مجلس تنازع الاختصاص :	53
أ - تركيبة مجلس التنازع :	53
ب - اختصاص مجلس التنازع :	53
الفقرة الثالثة - المحكمة العسكرية :	54
1 - تركيبة المحكمة العسكرية :	54
- تركيبة المحكمة زمن السلم :	55
- تركيبة المحكمة زمن الحرب :	55
2 - اختصاص المحكمة العسكرية :	55
- الاختصاص الموضوعي :	55
- الاختصاص الشخصي للمحكمة العسكرية :	56
الفصل الثالث - القضاة ومساعدو القضاة	57
المبحث الأول - القضاة :	57
الفقرة الأولى - الأحكام العامة المنطبقة على القضاة :	58
أ - شروط تعيين القضاة :	58
1 - ما يتعلق بالجنسية :	58
2 - ما يتعلق بالسن :	58
3 - ما يتعلق بالأهلية المدنية وحسن السيرة :	59
ب - حقوق القضاة :	59

- 1 - بالنسبة لترقية القضاة : 59
- 2 - بالنسبة لنقلة القضاة : 60
- 3 - بالنسبة لتأديب القضاة : 60
- ج - ضمانات حياد القاضي : 60
- 1 - عدم الجمع بين القضاء ومزاولة وظائف أخرى : 61
- 2 - عدم أهلية النظر في بعض القضايا والتجريح في القاضي : 61
- د - مخاصمة القضاة : 62
- 1 - حالات المخاصمة : 62
- 2 - إجراءات المخاصمة : 63
- 3 - آثار مؤاخذة الحاكم : 64
- الفقرة الثانية - النيابة العمومية ودورها : 65
- أ - خصائص أعضاء النيابة العمومية : 65
- ب - وظائف النيابة العمومية : 66
- 1 - النيابة العمومية كطرف أصلي : 66
- 2 - النيابة العمومية طرفاً منضمًا : 66
- المبحث الثاني - مساعدو القضاء : 69
- الفقرة الأولى - المحامون : 70
- أ - شروط الترسيم وممارسة مهنة المحاماة : 70
- أولاً - شروط الترسيم بجدول المحامين : 70
- ثانياً - شروط مباشرة مهنة المحاماة : 71
- ب - حقوق وواجبات المحامي وتأديبه : 73
- حقوق المحامي : 73
- واجبات المحامي : 74
- تأديب المحامي : 75
- الفقرة الثانية - كتبة المحاكم : 76
- الفقرة الثالثة - الخبراء والمترجمون : 76
- الفقرة الرابعة - العدول المنفذون : 77

اختصاص المحاكم

- 81 الفصل الأول - الاختصاص الحكمي للمحاكم
- 82 المبحث الأول - الاختصاص الدولي للمحاكم :
- 82 الفقرة الأولى - صور الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية :
- 83 1 - الاختصاص العادي للمحاكم التونسية :
- 83 أ - المطلوب يقيم بتونس :
- 84 ب - إرادة الأطراف :
- 84 ج - الاختصاص الموضوعي :
- 87 2 - الاختصاص الدولي الإقصائي للمحاكم التونسية :
- 89 الفقرة الثانية - الطبيعة القانونية للاختصاص الدولي للمحاكم :
- 91 المبحث الثاني - معايير تحديد الاختصاص الحكمي للمحاكم :
- 91 الفقرة الأولى - الاختصاص النوعي للمحاكم :
- 92 أ - الاختصاص الحكمي للمحكمة الابتدائية :
- 92 1 - الدعاوى المنظورة بتركيبة جماعية :
- 97 2 - الدعاوى المنظورة بتركيبة فردية :
- 99 ب - الاختصاص الحكمي لمحكمة الناحية :
- 99 أولاً - دعاوى الحوز :
- 100 ثانيا - دعاوى النفقة :
- 100 ثالثاً - دعاوى التبني :
- 101 رابعاً - العقلة على الأجور والمرتبات :
- 101 الفقرة الثانية - الاختصاص القيمي للمحاكم :
- 101 أ - الدعوى المقدرة :
- 102 1 - تقديرات المدعي :
- 103 2 - الاستثناءات من اعتماد تقدير المدعي :
- 107 ب - الدعوى غير المقدرة :

- 1 - التقدير القضائي : 107
- 2 - الطلبات غير القابلة للتقدير : 109
- 3 - آثار الدعوى المعارضة على تقدير قيمة الدعوى : 111
- المبحث الثالث - الاختصاص الترابي للمحاكم : 111**
- الفقرة الأولى - ميدان قاعدة مقر المطلوب وخيار المدعي : 112**
- 1 - الدعاوى في المادة العقدية : 112
- 2 - الضرر الناتج عن جناحة أو شبه جناحة : 113
- 3 - دعاوى استحقاق المنقول : 113
- 4 - حامل سند الأمر أو الكمبيالة : 114
- 5 - دعاوى النفقة : 114
- الفقرة الثانية - الاستثناءات عن القاعدة العامة لحسن سير القضاء 115**
- 1 - الدعاوى العينية : 115
- 2 - الدعاوى المتعلقة بالتركات : 116
- 3 - الدعاوى المتعلقة بالإفلاس : 116
- 4 - دعاوى الضمان : 117
- 5 - الدعاوى الشخصية ضد الدولة : 118
- الفقرة الثالثة - الآثار المترتبة عن الطبيعة القانونية للاختصاص الترابي**
- ونظامه القانوني : 119**
- أ - الاختصاص الترابي متصل بالأصل : 119**
- 1 - الطبيعة القانونية لقاعدة الاختصاص الترابي : 120
- 2 - جزاء قواعد الاختصاص الترابي : 120
- ب - الاختصاص وحدة لا تتجزأ : 122**
- الفصل الثاني - القضاء الاستعجالي 125**
- الفقرة الأولى - شروط الدعوى الاستعجالية : 125**
- 1 - شروط القيام استعجالياً : 125
- أ - الصفة : 126**
- ب - الأهلية : 126**
- ج - المصلحة : 126**
- 2 - شروط قبول الدعوى : 127

أ - التأكد :	127
ب - عدم المساس بالأصل :	127
الفقرة الثانية - ميدان القضاء الاستعجالي وإجراءاته :	129
1 - ميدان القضاء الاستعجالي :	129
أ - الخروج لانتهاء المدة أو لعدم الخلاص أو لانعدام الصفة :	129
ب - تقسيط الديون والإمهال :	130
ج - التحويز بالعقار المنتزع للمصلحة العمومية :	130
د - الاعتراض على أجرة الاختبار :	131
هـ - طلب الرجوع في الإذن على عريضة :	131
و - الإذن بإيداع أو توزيع ثمن بيع الأصل التجاري :	132
ز - تعيين المحكم استعجالاً أو عزله :	132
ر - صور التجارة البحرية :	133
2 - إجراءات التقاضي الاستعجالي :	134
3 - الإجراءات لدى محكمة الدرجة الثانية :	135
الفقرة الثالثة - المحكمة المختصة استعجالاً :	136
1 - اختصاص محاكم الدرجة الأولى :	136
أ - نظر رئيس المحكمة الابتدائية :	136
ب - نظر قاضي الناحية :	136
ج - نظر قاضي العرف :	137
2 - اختصاص محاكم الدرجة الثانية :	137
الفقرة الرابعة - حجية الحكم الاستعجالي وطرق الطعن فيه :	138
1 - حجية الحكم الاستعجالي :	139
2 - طرق الطعن في الحكم الاستعجالي :	140
أ - حالات عدم قابلية الأحكام الاستعجالية للطعن :	140
ب - الطعون التي خولها القانون :	141
3) التعقيب :	142
الفصل الثالث - العمل الولائي	143

- الفقرة الأولى - معايير تمييز العمل الولائي : 143
- 1 - المعيار الشكلي : 143
- 2 - معيار انعدام النزاع : 144
- 3 - العمل الولائي عمل منشئ : 144
- الفقرة الثانية - تطبيقات من الأعمال الولائية : الإذن على عريضة 145
- 1 - ميدان الأذون على العرائض : 145
- 2 - إجراءات الأذون على العرائض : 146
- 3 - الطعن في الأذون على العرائض : 146
- أ - طلب الرجوع في الإذن : 146
- ب - الطعن بالاستئناف : 147
- الفقرة الثالثة : الأمر بالدفع 147
- أولاً : شروط استصدار الأمر بالدفع وإجراءاته 148
- 1 - شروط مطلب الأمر بالدفع : 148
- أ - التنصيصات الوجوبية بالعريضة 148
- ب : المؤيدات المدعمة لعريضة الأمر بالدفع 149
- 2 - الشروط المتعلقة بالمحكمة المختصة : 149
- أ - مرجع النظر الحكمي 149
- ب - مرجع النظر الترابي 150
- 3 - الشروط المتعلقة بالدين : 150
- أ - أن يكون الدين معين المقدار وله سبب تعاقدية 150
- ب - أن يكون الدين ناتجاً عن ورقة تجارية 151
- ج - ضرورة إنذار المدين قبل القيام وبعده 153
- 1 - المفعول التعليقي والانتقالي للاستئناف 154
- أ - المفعول التعليقي 154
- ب - المفعول الانتقالي : 155
- 2 - آثار الطعن بالاستئناف : 156
- أ - آثار الاستئناف في حالة إلغاء الأمر : 156
- أ - آثار الاستئناف عند تأييد الأمر : 156

الجزء الثاني نظرية الدعوى

- الفصل الأول - التطور التاريخي لنظرية الدعوى : 751
- الفقرة الأولى - بسطة تاريخية : 158
- 1 - الفقه التقليدي لنظرية الدعوى : 158
- أ - الفكرة الأولى : 158
- ب - الفكرة الثانية : 158
- 2 - الفقه الحديث لنظرية الدعوى : 159
- أ - الرأي الأول : 159
- ب - الرأي الثاني : 159
- الفقرة الثانية - تمييز الدعوى عن المؤسسات الشبيهة بها : 159
- 1 - الدعوى القضائية والحق : 160
- أ - حالات وجود الدعوى دون الحق : 160
- ب - حالات وجود الحق الذي لا تحميه دعوى : 160
- 2 - الدعوى والخصومة القضائية : 161
- الفقرة الثالثة - تعريف الدعوى : 162
- الفصل الثاني - شروط قبول الدعوى : 163
- الفقرة الأولى - المصلحة في القيام : 163
- 1 - المصلحة القانونية : 163
- 2 - المصلحة الشخصية والمباشرة : 164
- 3 - المصلحة تكون قائمة وحالة : 164
- الفقرة الثانية - صفة القيام : 165
- الفقرة الثالثة - الأهلية : 166
- الفصل الثالث - تقسيم الدعوى : 169
- المبحث الأول تقسيم الدعوى : 169

169	حسب الحق محل الحماية :
169	الفقرة الأولى - الدعوى الشخصية :
170	الفقرة الثانية - الدعاوى العينية :
170	1 - الدعاوى المنقولة :
171	2 - الدعاوى العقارية :
171	الفقرة الثالثة - الدعاوى المختلطة :
172	المبحث الثاني - دعاوى الحق ودعاوى الحيابة :
173	الفقرة الأولى - تمييز الدعوى الحوزية عن الدعوى الاستحقاقية :
173	1 - الاختلاف من حيث المبنى القانوني :
173	2 - الاختلاف من حيث الطبيعة القانونية :
173	3 - الاختلاف من حيث الآجال :
174	4 - الاختلاف من حيث مرجع النظر :
174	الفقرة الثانية - الدعاوى الحوزية :
174	1 - الطبيعة القانونية للدعوى الحوزية :
174	أ - الطبيعة القانونية للدعوى الحوزية :
175	ب - الأساس القانوني :
176	2 - أنواع الدعاوى الحوزية :
176	أ - دعوى كف الشغب :
176	ب - دعوى تعطيل الأشغال :
177	ج - دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة :
177	أ - الشروط العامة للدعوى الحوزية :
181	1 - الحائز العرضي :
181	أ - خصائص الحوز :
183	ب - أجل القيام بالدعوى الحوزية :
185	ج - الشروط الخاصة بكل واحدة من الدعاوى الحوزية :
185	1 - دعوى كف الشغب :
185	2 - دعوى تعطيل الأشغال :
186	3 - دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة :

- 4 - عدم الجمع بين الدعوى الحوزية والدعوى الاستحقاقية : 187
- أ - إلزام الطالب في الدعوى الاستحقاقية بعدم الجمع بين الدعويين : . 187
- ب - الزام المطلوب في الدعوى الحوزية بعدم الجمع بين الدعويين : 188
- ج - وجوب احترام عدم الجمع بين الدعويين من طرف القاضي : 189
- الفصل الرابع - استعمال الدعوى 190
- المبحث الأول - الطلبات : 190
- الفقرة الأولى - أنواع الطلبات وآثارها : 190
- 1 - أنواع الطلبات : 191
- أ - الطلبات الأصلية : 191
- ب - الطلبات العارضة : 191
- 2 - أهمية التفرقة بين الطلبات الأصلية والفرعية : 192
- 3 - آثار الطلبات القضائية : 193
- أ - أثر الطلبات بالنسبة للمحكمة : 193
- ب - أثر الطلبات بالنسبة للأطراف : 194
- الفقرة الثانية - الطلبات العارضة : 195
- 1 - الطلبات العارضة المقدمة من المدعي : 196
- 2 - الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه : 197
- 3 - التداخل : 200
- أ - صور التداخل : 200
- ب - إجراءات التداخل : 200
- ج - آثار التداخل : 201
- 4 - الإدخال : 202
- أ - الإدخال أو التداخل الجبري بطلب من أحد الخصوم : 203
- ب - الإدخال بأمر المحكمة : 205
- المبحث الثاني - الدفع : 206
- الفقرة الأولى - الدفع الموضوعية : 207
- 1 - تعريف الدفع الموضوعي : 207
- 2 - النظام القانوني للدفع : 207

- 208 الفقرة الثانية - الدفع الشكلية :
- 208 1 - تعريف الدفع الشكلي :
- 209 2 - النظام القانوني للدفع الشكلية :
- 209 * ضرورة إبداء الدفع الشكلي قبل الخوض في الأصل :
- 210 * ضرورة إبداء الدفع الشكلية دفعة واحدة :
- 210 * لا يمكن إبداء دفع شكلي لأول مرة في الاستئناف :
- 210 * لا تستنفذ محكمة البداية ولايتها بالنسبة للموضوع بإصدار
- 211 الحكم في الدفع الإجرائي :
- 212 3 - أنواع الدفع الشكلية :
- 212 أولاً - الدفع بعدم الاختصاص :
- 214 الفقرة الثالثة - الدفع بعدم القبول :
- 214 1 - تعريف الدفع بعدم القبول :
- 215 2 - النظام القانوني للدفع بعدم القبول :

الجزء الثالث

نظرية الخصومة المدنية

القسم الأول

إجراءات الخصومة

- 122 الفصل الأول - إجراءات رفع الدعوى :
- 222 المبحث الأول - رفع الدعوى :
- 222 الفقرة الأولى - البيانات الوجوبية لعريضة الدعوى :
- 222 1 - تحديد الخصوم :
- 223 2 - موضوع الدعوى :
- 223 3 - بيان المحكمة المطلوب الحضور أمامها :

- 4 - ذكر اليوم والساعة والشهر المطلوب الحضور فيها : 223
- 5 - التنبيه على المطلوب الجواب بواسطة محام : 224
- الفقرة الثانية - إعلان العريضة وتقييد القضية : 224
- 1 - إعلان عريضة الدعوى : 224
- 2 - تقييد القضية : 225
- المبحث الثاني - آثار رفع الدعوى : 227
- الفقرة الأولى - الآثار الإجرائية : 227
- 1 - تحديد تاريخ انعقاد الخصومة : 227
- 2 - تحديد المحكمة المختصة : 228
- 3 - تحديد نطاق الخصومة : 228
- الفقرة الثانية - الآثار الموضوعية : 228
- 1 - انقطاع التقادم : 228
- 2 - بطلان إحالة الحقوق المتنازع فيها ومنع شرائها : 229
- 3 - بداية سريان الفوائد التأخيرية : 229
- الفصل الثاني - إجراءات التبليغ :** 032
- المبحث الأول - كيفية التبليغ : 230
- الفقرة الأولى - الاستدعاء بالطريقة الإدارية : 230
- الفقرة الثانية - الاستدعاء بواسطة عدل منفذ : 232
- المبحث الثاني - مكان التبليغ : 233
- الفقرة الأولى - المقر الحقيقي : 233
- أ - المقر الحقيقي للشخص الطبيعي : 233
- 1 - المقر الحقيقي الاختياري : 233
- 2 - المقر الحقيقي الخاص : 235
- 3 - مقر الأشخاص المحجور عليهم : 236
- 4 - مقر المرأة المتروجة : 237
- ب - المقر الحقيقي للشخص المعنوي : 237
- * مدلول المقر : 237

238	* تغيير المقر :
238	الفقرة الثانية - المقر المختار :
239	المبحث الثالث - التبليغ الفعلي :
240	الفقرة الأولى - إجراءات التبليغ العادي :
240	1) الشخص الطبيعي :
240	أ - المبلغ له يوجد داخل الوطن :
242	2) الشخص المعنوي :
242	أ - التبليغ للدولة :
244	1 - الأشخاص المخول لهم تسلم الورقة :
245	2 - الشروط الواجبة التوفر في مستلم الورقة :
246	الفقرة الثانية - إجراءات التبليغ الاستثنائي :
247	1 - حالات التبليغ الاستثنائي :
247	أ - عدم وجود من يصح إليه التسليم بمقر المطلوب :
249	2 - المراد إعلامه مجهول المقر :
250	الفقرة الثالثة - الإشكالات التي يطرحها الفصل الثامن :
250	1 - دور الإدارة في التبليغ :
250	2 - عدم تناغم النصوص :
252	الفصل الثالث - إجراءات سير الدعوى
252	المبحث الأول - الطور التحضيري :
253	الفقرة الأولى - الأبحاث المجرة وفق أحكام الفصل 86 :
253	1 - الأبحاث التي يمكن الإذن بإجرائها :
253	أ - سماع البيئات :
254	ب - إجراء التوجهات والاختبارات :
255	ج - الدفع بالزور المدني :
256	د - غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة :
256	2 - سلطة القاضي المقرر عند إجراء الأبحاث :
257	الفقرة الثانية - الأبحاث المجرة وفق الفصل 85 :
257	1 - تلقي المؤيدات والتقارير من المحامين :

- أ - سماع الأطراف وضبط نقاط الخلاف بينهما : 258
- ب - سماع البيئات : 259
- ج - تلقي المؤيدات بما في ذلك اليمين الحاسمة : 259
- المبحث الثاني - طور المرافعة والتصريح بالحكم 260
- الفقرة الأولى - طور المرافعة : 261
- 1) المرافعة الحينية : 261
- أ - استمرار الأطراف في تبادل التقارير والوثائق : 264
- ب - حق المدعي في تقديم طلبات جديدة : 265
- 1 - فتح المرافعة وإدارتها : 267
- أ - دور رئيس الدائرة : 267
- ب - دور المحكمة : 267
- ج - دور الأطراف : 268
- 2 - ختم المرافعة : 268
- أ - الآثار العامة المترتبة عن ختم المرافعة : 268
- ب - الاستثناء : 268
- 3 - إعادة فتح باب المرافعة : 269
- الفقرة الثانية - التصريح بالحكم : 269
- 1 - المفاوضة : 269
- أ - الشروط اللازمة لصحة المفاوضة : 270
- ب - تحرير لائحة الحكم : 270
- 2 - التصريح بالحكم : 271
- أ - شروط صحة الحكم : 271
- ب - شروط صحة نسخة الحكم : 271
- الفصل الرابع - عوارض الخصومة : 273
- المبحث الأول - وقف الخصومة : 273
- الفقرة الأولى - مفهوم المسألة الأولية : 274
- 1 - المفهوم الواسع للمسألة الأولية : 274
- 2 - المفهوم الحقيقي للمسألة الأولية : 275

- الفقرة الثانية - أنواع المسائل الأولية : 275
- 1 - المسائل الأولية العامة : 276
- 2 - المسائل الأولية الخاصة : 277
- الفقرة الثالثة - آثار الدفع بمسألة أولية : 277
- 1 - توقيف النظر في الدعوى الأصلية : 278
- 2 - انتظار صدور حكم بات في المسألة : 278
- المبحث الثاني - انقطاع الخصومة : 279
- الفقرة الأولى - أسباب الانقطاع وبداية سريانه : 280
- 1 - أسباب الانقطاع : 280
- أ - موت أحد الخصوم : 280
- ب - فقد أحد الخصوم لأهليته : 280
- ج - زوال صفة النائب أو وفاته : 281
- 2 - بداية سريان الانقطاع : 281
- الفقرة الثانية - آثار الانقطاع واستئناف سير الخصومة : 281
- 1 - آثار انقطاع الخصومة : 281
- أولاً - وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم الذين حصل
الانقطاع بسبب يتعلق بهم : 281
- ثانياً - بطلان جميع الإجراءات المتخذة أثناء الانقطاع : 282
- 2 - استئناف سير الخصومة : 282
- أ - إعادة استدعاء الخصم : 282
- ب - حضور الوارث : 283
- المبحث الثالث - انتهاء الخصومة : 283
- الفقرة الأولى - سقوط الخصومة : 283
- 1 - شروط سقوط الخصومة : 284
- أ - عدم السير في الخصومة مدة ثلاث سنوات : 284
- ب - كيفية الحكم بالسقوط : 284
- ج - آثار سقوط الخصومة : 285

- 286 الفقرة الثانية - انقضاء الخصومة :
 286 1 - الصلح الاتفاقي :
 287 2 - ترك الخصومة :
 287 أ - حالات الترك :
 287 ب - إجراءات ترك الخصومة :
 288 3 - انقضاء الخصومة بالوفاة :

القسم الثاني

جزاء مخالفة الإجراءات

- 192 الفصل الأول - البطلان
 292 المبحث الأول - شروط البطلان :
 292 الفقرة الأولى - البطلان المتعلق بالنظام العام :
 292 1 - البطلان بموجب النص :
 293 2 - البطلان الناتج عن الإخلال بالقواعد التي تهم النظام العام :
 294 3 - البطلان الناتج عن الإخلال بالإجراءات الأساسية :
 295 الفقرة الثانية - البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم :
 295 1 - تحديد الإجراءات التي تهم مصلحة الخصوم :
 296 2 - حصول الضرر :
 296 المبحث الثاني - كيفية إثارة البطلان وزمنه :
 296 الفقرة الأولى - الطرف الذي يمكنه التمسك بالبطلان :
 297 1 - التمسك بالبطلان المطلق :
 297 2 - التمسك بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم :
 298 الفقرة الثانية - زمن التمسك بالبطلان :
 298 1 - زمن التمسك بالبطلان في الإجراءات الذي يهم النظام العام :
 299 2 - زمن التمسك بالبطلان في الإجراءات المتعلق بمصلحة الخصوم :
 299 المبحث الثالث - آثار البطلان :

- الفقرة الأولى - آثار بطلان الإجراء على الإجراءات اللاحقة له : 300
- الفقرة الثانية - آثار البطلان على الإجراءات السابقة له : 300
- الفصل الثاني - السقوط : 301
- المبحث الأول - حالات السقوط : 301
- الفقرة الأولى - عدم احترام الآجال الإجرائية : 301
- الفقرة الثانية - عدم احترام الترتيب المقرر من المشرع : 303
- المبحث الثاني - أحكام السقوط : 303

القسم الثالث

آثار الخصومة

- الفصل الأول - الحكم وأنواعه : 703
- المبحث الأول - تحرير الحكم وتسيبته : 308
- الفقرة الأولى - تحرير الحكم : 308
- 1 - الديباجة والمحكمة والتاريخ : 308
- 2 - بيان أسماء القضاة : 309
- 3 - أسماء الخصوم : 309
- 4 - موضوع الدعوى : 310
- 5 - ملخص مقالات الخصوم : 310
- 6 - نص الحكم : 311
- الفقرة الثانية - تسيب الأحكام : 312
- 1 - الأسباب الواقعية : 312
- 2 - الأسباب القانونية : 313
- أ - وجوب استخراج الأسباب من أوراق القضية : 314
- ب - وجوب ورود الأسباب بالحكم : 315
- ج - وجوب ان تكون الأسباب منطقية : 315

316	المبحث الثاني - أنواع الأحكام :
316	الفقرة الأولى - الأحكام المقررة والأحكام المنشئة :
317	الفقرة الثانية - الحكم القطعي والحكم الوقتي :
318	الفقرة الثالثة - الحكم الابتدائي والحكم النهائي والبات :
319	الفقرة الرابعة - الحكم الباطل والحكم المنعدم :
321	الفصل الثاني - آثار الأحكام
321	المبحث الأول - استنفاد الولاية :
321	الفقرة الأولى - مفهوم استنفاد الولاية :
322	الفقرة الثانية - الاستثناءات من مبدأ استنفاد الولاية :
323	1 - إصلاح الأحكام :
324	2 - تفسير الأحكام :
325	المبحث الثاني - حجية الأمر المقضي :
326	الفقرة الأولى - مدى حجية الأمر المقضي :
326	1 - حيازة الحكم للحجبة بمجرد صدوره :
326	2 - الحجية خاصة بالعمل القضائي :
327	3 - وقائع الحكم غير مشمولة بالحجبة :
327	الفقرة الثانية - نطاق حجية الأمر المقضي :
328	1 - وحدة الموضوع والسبب :
328	2 - وحدة الأطراف :
329	3 - الحجية لا تهم النظام العام :
330	الفقرة الثالثة : استثناء حجية الأمر المقضي
331	أ- وجود حكم لا رجوع
331	ب : وجود غلط حسي

طرق الطعن في الأحكام ووقف تنفيذها

- 334 **فصل تمهيدي**
- 334 الأحكام العامة للطعون وأنواعها :
- 334 **المبحث الأول - الأحكام العامة للطعون :**
- 334 **الفقرة الأولى - العمل القضائي موضوع الطعن :**
- 335 **الفقرة الثانية - أطراف الطعن :**
- 336 **الفقرة الثالثة - آجال الطعن :**
- 337 **المبحث الثاني - أنواع طرق الطعن :**
- 337 **الفقرة الأولى - تعريف طرق الطعن :**
- 338 **الفقرة الثانية - الآثار المترتبة عن كل صنف من الطعون :**
- 338 1 - استعراض آثار الطعون :
- 338 2 - أشكال الاعتراض :
- 339 **الفصل الأول - الاستئناف :**
- 339 **المبحث الأول - شروط الطعن بالاستئناف :**
- 339 **الفقرة الأولى - الشروط الأصلية للاستئناف :**
- 339 1 - الشروط المتعلقة بالحكم المطعون فيه :
- 340 2 - الشروط المتعلقة بالطاعن :
- 341 أ - وجوب توفر الصفة في الطاعن :
- 341 ب - وجوب توفر الأهلية في الطاعن :
- 342 ج - وجوب توفر المصلحة في الطاعن :
- 343 3 - الشروط المتعلقة بالمطعون ضده :
- 345 **الفقرة الثانية - شروط الاستئناف الشكلية :**
- 345 1 - آجال الطعن بالاستئناف :
- 346 أ - ميعاد الطعن وعوارضه :
- 351 ب - بداية سريان أجل الاستئناف :

354	المبحث الثاني - إجراءات الطعن بالاستئناف :
354	الفقرة الأولى - كيفية رفع الاستئناف :
355	1 - البيانات المتعلقة بالخصوم :
355	2 - البيانات الخاصة بعريضة الطعن :
355	أ - الحكم المستأنف وتاريخه :
355	ب - أسباب الطعن بالاستئناف :
356	ج - طلبات المستأنف :
357	الفقرة الثانية - إجراءات رفع الاستئناف :
357	أ - استدعاء المستأنف ضده :
358	ب - جزاء الإخلال باستدعاء وتقديم المستندات :
359	المبحث الثالث - آثار الاستئناف :
360	الفقرة الأولى - الأثر الناقل للاستئناف :
360	1 - قيود الأثر الناقل :
360	أ - ضرورة التقيد بالطلبات المفصولة في الدرجة الأولى :
361	ب - ضرورة التقيد بما تسلط عليه الاستئناف :
362	ج - ضرورة التقيد بأطراف خصومة الاستئناف :
362	2 - حدود الأثر الناقل :
362	أ - جواز تقديم أدلة جديدة :
363	ب - مدى جواز تقديم طلبات جديدة :
368	الفقرة الثانية - الأثر التعليقي للاستئناف :
368	1 - تكريس المفعول التعليقي للاستئناف :
369	2 - استثناءات المفعول التعليقي :
369	* الاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات :
370	* الاستثناءات الواردة بنصوص خاصة :
371	الفصل الثاني - طرق الطعن غير العادية
371	المبحث الأول - الاعتراض :
372	الفقرة الأولى - شروط الاعتراض :
372	1 - ان يكون الحكم مضرا بحقوقه :

- 372 2 - ان لا ينقضى الحق :
- 373 3 - الاعتراض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم :
- 374 الفقرة الثانية - أثر الاعتراض :
- 374 المبحث الثاني - التماس إعادة النظر :
- 375 الفقرة الأولى - الأحكام القابلة للالتماس :
- 376 الفقرة الثانية - أسباب الالتماس بإعادة النظر :
- 376 1 - وقوع خديعة أثرت في الحكم :
- 377 2 - بناء الحكم على أوراق مزورة :
- 378 3 - الظفر بأوراق قاطعة في الدعوى :
- 378 الفقرة الثالثة - إجراءات التماس إعادة النظر :
- 379 الفقرة الرابعة - محل نظر المحكمة المتعده :
- 379 1 - النظر في الشكل :
- 380 2 - النظر في الموضوع :
- 380 المبحث الثالث - الطعن بالتعقيب :
- 381 الفقرة الأولى - الأحكام القابلة للطعن بالتعقيب :
- 382 الفقرة الثانية - أسباب الطعن بالتعقيب :
- 383 1 - تحريف الوقائع كسبب للطعن :
- 383 أ - حرية قاضي الموضوع في تقدير الوقائع :
- 383 ب - الإخلال بمبدأ حرية قاضي الموضوع في تقدير الوقائع :
- 384 2 - تحريف المحررات :
- 385 1 - ضعف التعليل :
- 385 أ - الأسباب الواقعية والأسباب القانونية :
- 386 ب - ضعف التعليل والعيوب الأخرى :
- 386 ج - حالات ضعف التعليل :
- 387 2 - هضم حقوق الدفاع :
- 387 أ - ارتباط هضم حقوق الدفاع بضعف التعليل :
- 388 ب - مفهوم الدفع الجوهري :
- 388 3 - بطلان الحكم أو بطلان الإجراءات سند الحكم :

- 389 4 - التعارض بين أحكام نهائية :
 390 الفقرة الثالثة - أجل الطعن بالتعقيب وإجراءاته :
 392 الفقرة الرابعة - نطاق قضية الطعن بالتعقيب :
 394 الفقرة الخامسة - الحكم في الطعن وآثاره :
 396 الفقرة السادسة - التصدي للموضوع والخطأ البين :
 396 1 - التصدي للموضوع والحكم في الأصل :
 397 ب - الحكم في الأصل من الدوائر المجتمعة :
 397 2 - التعقيب على التعقيب من أجل خطابين :
 398 أ - الشروط الموضوعية :
 399 ب - الشروط الشكلية :
 399 الفقرة السابعة : توحيد الآراء من قبل الدوائر المجتمعة
 1 - لمحة تاريخية عن تعهد الدوائر المجتمعة بخصوص توحيد الآراء...

400

- 400 أ - القضية عـ706—دد بتاريخ 24 جوان 1961
 401 ب - القضية عـ5088—دد بتاريخ 3/12/1996
 401 ج - القضية عـ18726—دد بتاريخ 26/02/1988
 402 د - القضية عـ4373—دد بتاريخ 27 ماي 1967
 402 هـ - القضية عـ12082—دد بتاريخ 30 جانفي 1976
 402 2 - الموقف القانوني الواجب الاتباع
 406 الفصل الثالث - وقف تنفيذ الأحكام :
 406 المبحث الأول - توقيف تنفيذ الأحكام أمام قاضي الصعوبات التنفيذية :
 407 الفقرة الأولى - تعهد قاضي الصعوبات التنفيذية :
 407 1 - شروط طلب توقيف التنفيذ :
 410 2 - طرق طلب توقيف التنفيذ :
 411 الفقرة الثانية - المحكمة المختصة والحكم الصادر عنها :
 412 1 - المحكمة المختصة :
 414 2 - الحكم الصادر في طلب توقيف التنفيذ :
 414 أ - نتيجة الحكم الاستعجالي :

- ب - آثار الحكم الاستعجالي : 414
- المبحث الثاني - توقيف التنفيذ أمام محكمة الطعن 416
- الفقرة الأولى - شروط توقيف التنفيذ أمام محكمة الطعن : 417
- 1 - شروط قبول المطلب : 417
- 2 - وجوب تقديم طلب إيقاف التنفيذ : 419
- الفقرة الثانية - شروط الحكم بوقف التنفيذ : 420
- 1 - الأحكام العامة لتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه : 421
- 2 - الأحكام الخاصة للحكم بتوقيف التنفيذ : 421
- الفقرة الثالثة - آثار الحكم في طلب توقيف التنفيذ : 422
- 1 - قبول طلب توقيف التنفيذ ورفضه : 423
- 2 - تنفيذ الحكم الصادر في طلب توقيف التنفيذ : 423
- المراجع بالعربية : 425
- المراجع بالفرنسية : 426
- الفهرس 427

