كتاب مناظرة القضاء

الأستاذ رمزي محمدي

- دروس المواد القانونية
- إصلاح مواضيع الإمتحانات السابقة

2017

الثمن : 30 د

نقطة قانونية

إهداء

إليكم

إلى من كنت ولازلت مثلكم
طالبا باحثا في سبيل العلم
والمعرفة.

تقديم

يعتبر هذا الكتاب بمثابة دليل لطالب القانون المقبل على إجتياز مناظرة الدخول للمعهد الأعلى للقضاء
ويحتوي العمل المقدم على دروس لجملة المواد التي يقع اجتياز الاختبارات في شأنها بطريقة واضحة وبسيطة ومبسطة وذلك بالإعتماد على المراجع الفقهية وفقه القضائية الهامة وبالإستناد على النصوص والمجلات القانونية وعلى إصلاح للإختبارات السابقة للمناظرة .

يشمل برنامج مناظرة الدخول إلى المعهد الأعلى للقضاء على مواد كتابية ومواد شفاهية.

* المواد الكتابية :

1- اختبار في الثقافة العامة (مدة تحرير المقال 4 ساعات).

2- اختبار في القانون المدني (مدة تحرير المقال 3 ساعات).

3- اختيار في القانون الجنائي أو الإجراءات الجزائية (مدة تحرير المقال 3 ساعات).

4- اختبار في القانون التجاري (مدة تحرير المقال 3 ساعات).

يمكن تحرير المقالات في المواضيع القانونية باللغة العربية أو اللغة الفرنسية حسب اختيار المترشح.

*المواد الشفاهية :

1- سؤال في القانون المدني

2- سؤال في القانون الجنائي أو الإجراءات الجزائية باختيار لجنة المناظرة.

3- سؤال في الفقه الإسلامي

4- سؤال في الإجراءات المدينة والتجارية

5- سؤال في القانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام باختيار لجنة المناظرة.

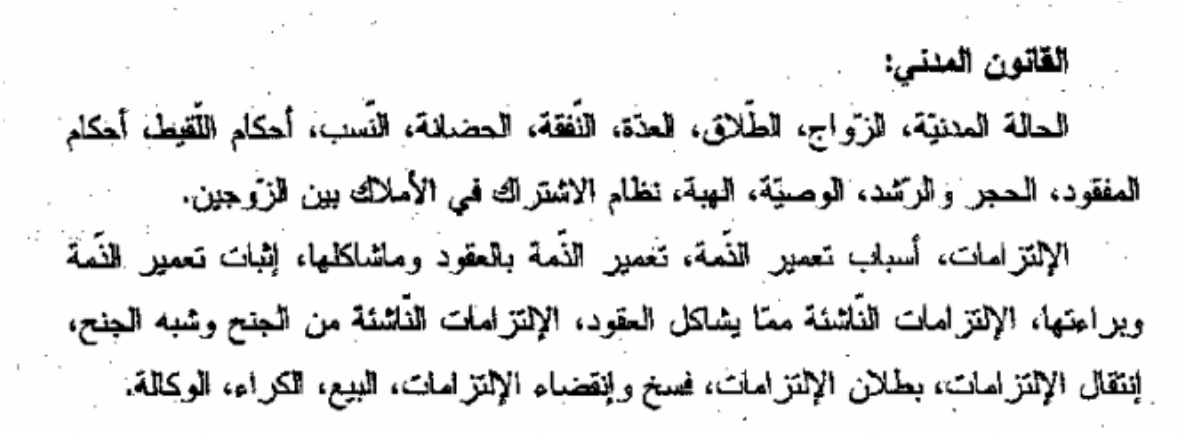
وإن برنامج المفصل للمواد القانونية المبينة أعلاه يقع تعيينه حسب الملحق المصاحب لهذا القرار.

كما تشمل المناظرة اختبارا طبيا ونفسيا نهائيا قبل التصريح بنتائج القبول النهائي.

الباب الأول
مواد مناظرة القضاء

العنوان الأول : القانون المدنـي

تتمثل محاور مواد القانون المدني كما حددها ملحق القرار المتعلق بتنظيم مناظرة المحاماة في :


القانون المدني:

الحالة المدنيّة، الزّواج، الطّلاق، العدّة، النّفقة، الحضانة، النّسب، أحكام اللّقيط، أحكام المفقود، الحجر والرّشد، الوصيّة، الهبة، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين.

الإلتزامات، أسباب تعمير الذّمة، تعمير الذّمة بالعقود وماشاكلها، إثبات تعمير الذّمة وبراءتها، الإلتزامات النّاشئة ممّا يشاكل العقود، الإلتزامات النّاشئة من الجنح وشبه الجنح، إنتقال الإلتزامات، بطلان الإلتزامات، فسخ وإنقضاء الإلتزامات، البيع، الكراء، الوكالة.

- سيتم التطرق لجملة هذه المحاور انطلاقا من مبحثين اثنين :

يتعلق المبحث الأول بقانون الأحوال الشخصية : ويحتوي على محاور الحالة المدنية والزواج والطلاق والعدة والنفقة والحضانة والنسب ونظام الإشتراك في الملكية بين الزوجين وأحكام اللقيط وأحكام المفقود والحجر والرشد والوصية والهبة.
فيما يتعلق المبحث الثاني بقانون الإلتزامات والعقود والمسؤولية المدنية وفيه نتطرق للنظرية العامة للإلتزامات والنظرية العامة للحق ولمادة المسؤولية المدنية ولمادة العقود الخاصة.

العنوان الفرعي 1 : الحالة المدنية والأحوال الشخصية

تعتبر محاضرات الأستاذ ساسي بن حليمة من أهم المراجع الأساسية في مادة قانون الأحوال الشخصية ويمكن الاستعانة بها إلى جانب هذا المصنف عند الرغبة في التوسع في المعلومات.
بالنسبة للمجلات القانونية تعتبر مجلة الأحوال الشخصية المجلة القانونية الأكثر إلماما بمادة قانون العائلة وبالأحوال الشخصية عموما إضافة إلى قانون الحالة المدنية ومجلة الإلتزامات والعقود.
ويحتوي برنامج مناظرة المحاماة فيما يتعلق بمادة الأحوال الشخصية والحالة المدنية على المحاور التالية:
الحالة المدنية وأحكام اللقيط وأحكام المفقود والحجر والرشد والوصية والهبة والزواج والطلاق والعدة والنفقة والحضانة والنسب ونظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين.

الفرع الأول : الحالة المدنية

تم تنظيم الحالة المدنية في تونس بموجب القانون عدد 3 لسنة 1957 والمؤرخ في أول أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية.ويضبط هذا القانون عموما في بابه الأول تحت عنوان الأحكام العامة صفة ضباط الحالة المدنية وأعمالهم ثم يحدد في بابه الثاني كيفية ضبط رسوم الولادات وفي بابه الثالث تنظيم عقود الزواج وترسيمها أما في بابه الرابع فقد حدد كيفية ترسيم الأحكام التي تصدر بالطلاق أو بطلان الزواج أما الباب الخامس فقد اهتم برسوم الوفيات وأما الباب السادس فقد جاء تحت عنوان " في رسوم الحالة المدنية المتعلقة بالجنود والبحارة في بعض الصور الخاصة ".وتعلق الباب السابع والأخير بإجراءات إصلاح رسوم الحالة المدنية.

1 - صفة ضباط الحالة المدنية:

تمنح صفة ضابط الحالة المدنية حسب ما ينص عليه الفصل الأول من قانون 1957 إلى رؤساء البلديات والولاة و المعتمدين الأولين و المعتمدين و العمد و يحدد مرجع نظرهم الترابي بأمر. ويتعهد ضابط الحالة المدنية بتحرير رسوم الحالة المدنية والتنصيص عليها وفقا لموجبات القانون المذكور وشروطه.

وتصنف أعمال ضابط الحالة المدنية إلى أربعة أصناف وهي :

أولا : تلقي التصاريح الخاصة بالوقائع القانونية المتعلقة بالحالة المدنية مثل الولادة والزواج والطلاق والوفاة.وترسيمها بعد التثبت من شرعيتها من حيث شروطها الأصلية والشكلية صلب الدفاتر الجاري بها العمل والمخصصة لذلك.

ثانيا : مسك الدفاتر الآنفة الذكر والمحافظة عليها من التغيير والتلف.

ثالثا : تسليم نسخ ومضامين منها طبقا للتشريع الجاري به العمل

رابعا : إدراج الأحكام والرسوم والتنصيص بالرسوم التي تحتوي عليها الدفاتر على الأحداث التي تطرأ على الحالة المدنية للفرد كالطلاق أو إصلاح الرسم أو إسناد الجنسية.[1]

2 – ضبط رسوم الولادات :

يتم التصريح بالولادة من قبل الأب عند حضوره للولادة ويتم عند غيابه من قبل الطبيب أو القابلة أو كل شخص شهد الوضع (الفصل 24 من قانون الحالة المدنية).

إن الولادات التي يقع التصريح بها هي عندما يكون المولود حيا إذ لا يقع ترسيم ولادة الجنين الذي يسقط قبل تمام المدة الدنيا للحمل أما عند السقط فلا يعتبر المولود حيا بل يقع ترسيمه بدفتر الوفاة فحسب.[2]

يختص ضابط الحالة المدنية بترسيم الولادة التي تتم بدائرته طبقا للفصل 22 من قانون تنظيم الحالة المدنية ويكون أجل التصريح وفق هذا الفصل في ظرف 10 أيام من تاريخ الوضع إذ ينطلق احتساب هذا الأجل من اليوم اللاحق ليوم الولادة ليشمل اليوم العاشر بدخول الغاية وعلى ضابط الحالة المدنية أن يمتنع عن ترسيم الولادة بعد هذا الأجل ولا يمكنه ترسيمها إلا بإذن صادر من المحكمة الإبتدائية بالجهة التي تمت بها الولادة.

---

[1] دليل العمل البلدي لضابط الحالة المدنية :
http://www.cfad.tn/ar/pdf/etat_civil.pdf

[2] منشور كاتبي الدولة للعدل والداخلية تحت عدد 85 بتاريخ 12 ديسمبر 1965.

ويحتوي رسم الولادة على جملة من البيانات حددها كل من الفصل 23 و27 من قانون تنظيم الحالة المدنية والمنشور عدد 85 الصادر عن وزارتي العدل والداخلية بتاريخ 12 ديسمبر 1965.

2 - ضبط رسوم الوفيات

حدد الفصل 43 من قانون الحالة المدنية كيفية التصريح بالوفيات والتي تتم في أجل ثلاثة أيم (الفصل 48) وإذا لم يقع التصريح بالأجل المذكور فإنه لا يمكن لضابط الحالة المدنية ترسيمها بدفاتره إلا بإذن قضائي من رئيس المحكمة الابتدائية بالجهة التي حصلت فيها الوفاة أو إذا كان مكان الوفاة مجهولا فمن طرف رئيس المحكمة التي بدائرتها مقر الهالك.

ويتم ترسيم الوفاة بناء على شهادة طبي تفيد أن الوفاة كانت طبيعية مع بيان تاريخها وتوقيتها أما إذا كانت الوفاة غير طبيعية أي في حالة الوفاة المشبوهة أو الناتجة عن جريمة يتولى ضابط الحالة المدنية إعلام وكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة العدلية بالمنطقة ولا يرسم الوفاة إلا بإذن من أحدهما.

ويحتوي رسم الوفاة على جملة من التنصيصات الهامة وقع تحديدها في الفصل 47 وما بعده من قانون الحالة المدنية.

الفرع الثاني : أحكام اللقيط والمفقود والحجر والرشد

- **أحكام اللقيط :**

حددت أحكام اللقيط في الفصول من 77 إلى 80 من مجلة الأحوال الشخصية والتي تنص على :

الكتاب السابع

في أحكام اللقيـ . ـط

الفصل 77 – من تكفل بلقيط واستأذن من الحاكم وجبت عليه نفقته إلى أن يصير قادرا على التكسب، ما لم يكن لذلك اللقيط مال.

الفصل 78 – يبقى اللقيط بيد ملتقطه ولا يأخذه منه أحد إلا إذا ظهر أبواه وحكم الحاكم لهما بذلك.

الفصل 79 – ما يوجد من المتاع في حيازة اللقيط يبقى له.

الفصل 80 – إذا مات اللقيط من غير وارث رجعت مكاسبه إلى صندوق الدولة غير أنه يمكن للملتقط القيام على الدولة بالمطالبة بما أنفقه على اللقيط في حدود مكاسبه.

- **أحكام المفقود :**

حددت أحكام المفقود في الفصول من 81 إلى 84 من مجلة الأحوال الشخصية.ويتم تحديد صفة المفقود بعد ضرب أجل العامين في الحرب قبل إصدار حكم ويبقى تقدير القاضي للمدة خاضعا لسلطته التقديرية في غيرحالة الحرب.

الكتـ ـاب الثامـ ـن

فـ ـ ـي أحكام المـ ـفقـ ـ ـود

الفصل 81 – يعتبر مفقودا كلّ من انقطع خبره وممكن* الكشف عنه حيا.

الفصل 82 – إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه. وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا.

الفصل 83 – إذا فقد الإنسان ولم يكن له وكيل فإن الحاكم يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته من حياته أو يصدر الحكم بفقدانه.

*) وممكن : هكذا وردت بالنص الأصلي.

الفصل 84 – إذا كان للمفقود وكيل قبل غيابه لا ينعزل الوكيل إلا بعد الحكم بالفقدان.

- **أحكام الحجر :**

تم تحديد أسباب الحجر ضمن الكتاب العاشر من مجلة الأحوال الشخصية وتتمثل هذه الأسباب في صغر السن و الجنون و ضعف العقل و السفه.

أ / صغر السن :

حسب الفصل 153 فإن المحجور الصغير الذي لم يبلغ سن الثامنة عشر وزواج القاصر يرشده فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية.

نميز في هذا الإطار بين الصغير المميز والصغير غير المميز :

+ الصغير غير المميز : هو من لم يبلغ من العمر 13 سنة كاملة. وتعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو كانت نافعة له ويجب أن يكون للصغير غير المميز ولي ويكون حسب الترتيب المبين بالفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية : الأب – الأم - الوصي - وعند عدم وجود وصي يكون الولي هو المقدم القضائي.

أمافي حالة الطلاق تبقى الولاية للأب ولكن إن أسندت الحضانة للأم فإنها تمنح بعض مشمولات الولاية فيما يتعلق بدراسة المحضون وسفره والتصرف في حساباته المالية ويمكن للقاضي أن يمنح الأم مشمولات الولاية عند غياب الأب أو تقاعسه عن ممارسة صلاحيات الولاية [3] ويمارس الولي سلطاته ولكن تبقى كل أعماله خاضعة لرقابة وكيل الجمهورية وقاضي التقاديم.

+ الصغير المميز : هو من تجاوز الثالثة عشر من العمر ولم يبلغ بعد سن الثامنة عشر ما لم يقع ترشيده قانونيا بالزواج او ترشيدا قضائيا.وتعتبر تصرفاته صحيحة إذا كانت من قبيل أعمال النفع المحض صحيحة ولو دون موافقة وليه اما أعمال التصرف والإدارة (وتسمى أعمال الضرر) فلا تصح الا بحضور وليه او بإجازته اللاحقة [4].

ب / الجنون وضعف العقل:

[3] الأستاذ محمود داوود يعقوب ، الأهلية ، مدونة الأستاذ على الأنترنت ، نشر بتاريخ 2013/01/03.
http://maitremahmoudyacoub.blogspot.com/2013/03/blog-post.html

[4] الأستاذ محمود داوود يعقوب ، المرجع السابق الذكر.

الجنون وضعف العقل

الفصل 160 .- المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها.

أما ضعيف العقل فهو الشخص غير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات.

الفصل 161 .- يتعين الحجر في الحالات المبينة في الفصل المتقدم بحكم من الحاكم ويعتمد فيه الحاكم أهل المعرفة.

الفصل 162 .- التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة ولي تكون باطلة إذا لم يجزها الولي.

الفصل 163 .- تصرفات المجنون غير نافذة. وتصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها إذا كان مشتهرا بضعف العقل وقت إبرامها.

المجنون هو من فقد عقله بصفة مستمرة او متقطعة حسب الفصل 160 من م أ ش.وفي هذا الإطار لا يمكن اعتبار الاضطرابات العقلية سببا مبررا للحجر إلا بعد إثبات أن هذه الإضطرابات العقلية مفقدة للقدرة على التمييز والإدراك بصفة دائمة.
وتعتبر تصرفات المجنون باطلة بطلانا مطلقا سواء أن كانت نافعة أو ضارة به.ويتم الحجر على المجنون بموجب حكم قضائي بالحجر يتم فيه تعيين مقدم قضائي للقيام بشؤون المجنون وممارسة أعماله تحت رقابة وكيل الجمهورية وقاضي التقاديم.كما يتم رفع الحجر بحكم قضائي ايضا ويمكن للمجنون القيام بمفرده بدعوى لطلب رفع الحجر عنه.
من جهة أخرى فإن ضعيف العقل هو الشخص غير الكامل للوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات حسب الفصل 160 م ا ش.ويتم الحجر بحكم قضائي أما تصرفات ضعيف العقل فتكون صحيحة إذا كانت من أعمال النفع المحض ولو دون موافقة المقدم عليه أما أعمال التصرف والإدارة فلا تصح إلا بحضور المقدم عليه أو بإجازته اللاحقة لهذه الأعمال.

ج / السفه :

الفصل 164 .- السفيه هو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف والحجر عليه يتوقف على حكم من الحاكم.

الفصل 165 .- جميع التصرفات التي باشرها السفيه قبل الحكم صحيحة نافذة ولا رجوع فيها أما التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه.

(1) عوضت العبارة بالفصل 2 من القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 والمتعلق بتوحيد سن الرشد المدني.

الفصل 166 .- لا يعتد بإقرار السفيه في الأمور المالية.

السفيه هو الشخص الذي لا يحسن التصرف فيما له ويعمل فيه بالتبذير والإسراف.ويقع الحجر على السفيه بسبب سوء تصرفه ولا يكون إلا بحكم قضائي ومن تاريخ ذلك الحكم.أما بالنسبة لتصرفات السفيه فهي صحيحة إن كانت أعمال النفع المحض ولو دون موافقة المحجور له أما أعمال التصرف والإدارة (وتسمى أعمال الضرر) فلا تصح الا بحضور المحجور له او بإجازته اللاحقة لهذه الأعمال.

الفرع الثالث : الوصية والهبة [5]

- **الجزء الأول : أحكام الوصية**

نظم المشرع التونسي أحكام الوصية في الفصول من 171 إلى 199 من مجلة الأحوال الشخصية وتعتبر الوصية سببا من أسباب اكتساب الملكية إما عن طريق الوصية الاختيارية أو بموجب عقد يسمى بالتصرف المعتبر وصية أو بالوصية الواجبة قانونيا.[6]

الفصل الأول: الوصية الاختيارية

هي تصرف قانوني يستوجب لصحتها العديد من الشروط.

أ) الشروط المتعلقة بالموصي وبشكل الوصية :

- الموصي هو الشخص الذي يتبرع بشيء من ماله إلى ما بعد وفاته (الفصل 171 م أ ش) : يجب أن يكون ذا أهلية كاملة، لكن يمكن أن تصح الوصية من المحجور عليه

[5] أحكام المواريث في القانون التونسي ، فرج القصير Publication: المغاربية للطباعة و النشر و الإشهار 1998.
[6] أحكام المواريث في القانون التونسي ، فرج القصير Publication: المغاربية للطباعة و النشر و الإشهار 1998.

لسفهه أو لضعف عقله ومن الصغير الذي عمره 18 سنة إذا تمت المصادقة على هذه الوصية من قبل القاضي (الفصل 178 م أ ش).

- في حالة فقدان الموصي لعقله بعد تاريخ الوصيّة و كان جنونه مطبقا و مات و هو على هذا الحال فإن الوصية تكون باطلة - الفصل 197 من م أ ش.
- تفترض الوصية لصحتها باعتبارها تصرفا شكليا تعبيرا من الموصي عن الإرادة المتجهة نحو القيام بهذا التصرف وذلك في إطار حجة رسمية أو بكتب محرر ومؤرخ و ممضى من طرفه (الفصل 176 م أ ش).وتنطبق نفس هذه الشروط في صورة الرجوع في الوصية أو تغيير أجزاء من محتواها (الفصل 177 م أ ش)
- عند القيام بكتابة الوصية يمكن للموصي أن يضمنها ما يريد من الشروط، فإذا كان الشرط باطلا فإن الوصية تصح و يبطل الشرط (فصل 172 م أش) إذ يتعلق البكلان بالشرك دون الوصية كاملة.
- لا بد أن تكون إرادة الموصي سليمة من عيوب الرضا و هي الغلط و التغرير و الإكراه (الفصل 43 وما بعده م إ ع).

ب) الشروط المتعلقة بالموصى له:

- الموصى له هو المنتفع بالوصية أي الشخص الذي له حق إمتلاك الموصى به بموجب الوصية .

ليتمتع بالوصية يجب أن لا يكون وارثا أي من بين الورثة عند فتح التركة، و يجب موافقة الورثة عليها وفي صورة موافقة البعض و رفض البعض الآخر فإن هذه الوصية تنفذ في حق من أجازها و تبطل في حق من رفضها.

- يشترط كذلك أن يكون الموصى له موجودا في تاريخ الإيصاء، أمّا بالنسبة للجنين فيشترط أن يوضع حيا في مدة لا تتجاوز العام من تاريخ الإيصاء (184 م أ ش)
- تصح الوصية لفائدة شخص واحد أو لأشخاص متعددين (183 م أ ش) و سواء كان شخصا طبيعيا أو ذاتا معنوية (173 م أ ش). و "تصح الوصية مع اختلاف الدين بين الموصي والموصى له" (174 م أ ش.(
- الوصية لا تصح إلا بقبولها من طرف الموصى له سواء صراحة أو ضمنيا و ذلك بسكوته وتبطل برد هذا الأخير لها (197 م أ ش) ويجب أن يتم هذا الرد إن وجد في أجل أقصاه شهران من تاريخ إعلام الموصى له بالوصيّة (194 م أ ش) و الرد يمكن أن يتم من طرف الموصى له نفسه أو من طرف نائبه (193 م أ ش) إذا كان لهذا الأخير إذن خاص بذلك (1120 م إ ع) أمّا إذا توفي الموصى له في أجل الشهرين فورثته هم الذين تقوم مقامه بقبول أو رفض الوصيّة (194 م أ ش) فإذا اختلفوا فيما بينهم فتنفذ في حق من قبلها و تبطل في حق من ردها (فصل 195 م أ ش).
- يمكن للموصى له قبول جزء من الوصيّة و ردّ جزء منها بشرط موافقة الموصي عند ردّ الوصيّة من قبل الموصى له فلا يمكنه التراجع لأنّها أصبحت من حق الورثة و ردّها له تصبح بمثابة التبرع من الورثة له
- يشترط أن يكون الموصى له على قيد الحياة في تاريخ وفاة الموصي فإذا توفي قبل الموصي تبطل الوصيّة (197 م أ ش)

- يمنع الموصى له من تنفيذ الوصية إذا قتل الموصي حسب صريح الفصل 198 من مجلة الأحوال الشخصية.

ج) الشروط المتعلقة بالموصى به:

+الفصل 179 م أ ش "لا وصيّة لوارث و لا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي.

+الفصل 187 م أش "الوصية لغير الوارث تمضي في الثلث من التركة بدون توقف على إجازة الورثة"

و إذا لم يكن للموصي ورثة يمكن للموصى له أن يشمل كل ما بقي من التركة بعد أداء الديون المتعلقة بها (188 م أ ش)

- عندما يكون الموصى به شيئا معينا بذاته يشترط لصحة الوصية أن يكون ملكا للموصي في تاريخ الوصية و أن يكون موجودا من بين الأموال المكونة للتركة في تاريخ وفاة الموصي، فإذا هلك الموصى به المعين بذاته أو فقد الموصي ملكيته له تبطل الوصية . لكن إذا هلك جزء فقط من الموصى به المعين بذاته أو فقد الموصي جزء فقط من ملكيته له فإن ما بقي من الموصى به في التركة يكون ملكا للموصى له بموجب الوصية أي أن الوصية تنفذ في ما بقي من الموصى به المعين بذاته.

الفصل 171 م أ ش: الموصي به يمكن أن يكون عينا (منقولات، عقارات)أو منفعة (حق الإنتفاع، حق السكنى).

الفصل 190 م أش "القرض بقدر معلوم من المال بطريق الوصية لا ينفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازه الورثة."

فالوصية بالمنفعة هو حق الموصى له في استعمال و استغلال شيء معين بذاته على أن تنتقل ملكية رقبة هذا الشيء إلى غيره و أن لا يكون للموصى له إلا حق الانتفاع به، و مدة الانتفاع تحددها عادة الوصية فإذا لم يقع تحديدها فإنها تنتهي بوفاة المنتفع (157 م ح ع.(

و يمكن أن يكون الموصى به لفائدة إثنين فأكثر من الأشخاص، كأن يكون لأحدهما حق الإنتفاع بالعين و للآخر ملكية الرقبة أو أن يكون لكل واحد منهما جزء من المال الموصى به. و في هذه الحالة تقع قسمة المال الموصى به على الموصى لهم" مع مراعاة قصد الموصي في المفاضلة و التساوي (183 م أ ش).

الفصل الثاني: التصرف المعتبر وصية:

- هو تصرف قانوني يختلف في ظاهره عن الوصية الإختيارية لكن يرمي إلى نفس الهدف و هو تبرع القائم به بشيء من ماله إلى ما بعد وفاته في وقت يشعر به بقرب أجله، و لمنع صاحب المال من التحايل على أحكام الوصيّة، يعتبر القانون هذا التصرف وصية اختيارية أي يجعله خاضعا لأحكامها عند توفر شرطان متلازمان وهما أن يكون صاحب المال مريض موت في القيام بالتصرف وأن يترتب عن هذا التصرف تبرع لفائدة معاقد مريض الموت.

فالتصرف المعتبر وصية هو أولا الهبة الصادرة من مريض الموت.

فإذا ثبت أن الواهب كان مريض في تاريخ الوصية فإن الهبة لا تصح للوارث و لا لغير الوارث في ما زاد على ⅓ ثلث قيمة التركة بعد أداء الديون إلا بإجازة الورثة فصل 179 م أش.

- إسقاط الدين في مرض موت الدائن يعتبر أيضا وصية (354 / 355 م إ ع)، فإذا كان الإسقاط لفائدة وارث فلا يصح إلاّ بإجازة جميع الورثة، فصل 354 م إ ع أمّا إذا كان لفائدة الغير فيجب أن لا يتجاوز ⅓ قيمة التركة بعد أداء الديون الموظفة عليها 355 م إ ع.
- يمكن أن يعتبر عقد البيع وصيّة إذا توفرت شروط الفصل 565 م إ ع و هي إذا ثبت أن أحد أطراف العقد كان مريض مرض موت في تاريخ التعاقد، إذا كان لصالح وارث فلا يصح إلاّ بإجازة كل الورثة ، و يبطل لغير الوارث في ما زاد على ⅓ ما يبقى من التركة من أموال بعد آداء الديون الموظفة عليها.
- الوصية الإختيارية لا تصح لفائدة الوارث إلا بإجازة الورثة 179 م أش.

الفصل الثالث: الوصية الواجبة

- هي تمليك مضاف إلى ما بعد موت صاحب المال لفائدة بعض الأشخاص الذي يمنحهم القانون هذا الحق (171 + 191 م أ ش [7]).
- إن أحكام هذه الوصيّة واردة بالفصلين:

191 + م أ ش: حالة الأحفاد الذين يرثون جدّهم في حالة وفاة أبيهم أو أمهم قبل وفاة الجد أو الجدة و هنا وجبت لهؤولاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرثه أبوهم أو والدتهم، فإن أوصى لهم الجد بأقل وجب تكملة الناقض و إن أوصى بأكثر فتطبق على الزائد القواعد العامة للوصية.

الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الإختيارية و الوصايا الإختيارية متساوية و إن تزاحمت تقسم على التناسب."

192 +م أش: "لا تنصرف هذه الوصية إلا للطبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورا أو إناثا و تقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين."

الوصية الواجبة لا تصح إلا إذا توفرت شروط صحتها و هي :

أ) الشروط المتعلقة بالموصى له:

- تصحّ الوصيّة الواجبة فقط للحفيدة أو الحفيد الذي مات والده أو والدته قبل أو في نفس التاريخ الذي مات فيه المورّث ويجب أن يكون الموصى له موجودا في تاريخ وفاة المورث، أمّا الجنين فلا يستحقها إلا إذا ولد حيا في مدة لا تزيد عن العام من يوم وفاة المورّث.
- لا بد من قبول الوصيّة بصفة صريحة أو ضمنيّة (فصل 193 م أ ش)، فإذا ردها بعد وفاة الموصي فإنّها تبطل (فصل 197 م أ ش) كذلك تبطل الوصيّة الواجبة بقتل الموصى له للمورّث عمدا.
- تصحّ الوصيّة الواجبة بين المورّث و الموصى له مع اختلاف الدين، لكن إذا اختلفت الجنسية فيشترط إذا كان قانون الدولة التي ينتمي لها الموصى له يمنح التونسي نفس الحق، أي المعاملة بالمثل (فصل 175 م أش).

ب) الشروط المتعلقة بالموصى به:

- الموصى به بموجب الوصية الواجبة هو نصيب أب أو أم الموصي له من الميراث في حدود ثلث ما يبقى في التركة من أموال بعد أداء الديون الموظفة عليها (الفصل

[7] أحكام المواريث في القانون التونسي ، فرج القصير Publication: المغاربية للطباعة و النشر و الإشهار 1998.

191 م أ ش) أمّا إذا زاد على الثلث فيمكن لبقيّة الورثة تمليك الموصى له كامل نصيب أمه أو أبيه على أن يكون الزائد على ثلث التركة تبرعا يصح في حق كل من أجازه صراحة و له أهلية التبرع بماله (فصل 179 م أ ش).

- تقدّم الوصيّة الواجبة على الوصيّة الاختيارية إذا كان للموصى له حفيدا أو حفيدة واحدة فإنّه يستحق كامل الموصى به بمفرده، أمّا إذا كانت الوصيّة الواجبة لفائدة عدّة أشخاص فتقسّم "بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين" (فصل 192 م أ ش).
- **الجزء الثاني : أحكام الهبة**

نظم المشرع التونسي الهبة بجملة من الاحكام والنصوص القانونية، ضمنها صلب مجلة الاحوال الشخصية، من الفصل 200، إلى الفصل 213، وقد عرفها على انها عقد بمقتضاه يُملِكُ شخص آخر مالا بدون عوض، ويجوز للواهب دون ان يتجرد عن نية التبرع، ان يفرض على الموهوب له القيام بإلتزام معيّن وتسمى «هبة عوض». ولا تصح الهبة الا بوجود حجة رسمية، والحقوق العينية المترتبة عنها بالنسبة للعقارات المسجلة، لا تكون الا بترسيمها بالسجل العقاري. أما في ما يخص المنقولات المادية، فالهبة تصح بالمناولة، على معنى الفصل 204 من مجلة الاحوال الشخصية، المنقح بالقانون عدد 48 لسنة 1992، المؤرخ في 4 ماي 1992.

للهبة شروط وآثار :

أ - شروط الهبة:

شروط شكلية : حجة رسمية و في العقارات المسجلة تقتضي ترسيم العقد بالسجل العقاري

شروط جوهرية : تسليم الموهوب

ب - آثارها:

حل الموهوب محل الواهب

حق الرجوع : دعوى الرجوع عام أو 10 أعوام .

هل يمكن للواهب الرجوع في الهبة [8] ؟

اقتضى الفصل 210 من م.أ.ش أنه "يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونا طلب الرجوع في هبته لأحد الأسباب الآتية ما لم يوجد مانع من الموانع الواردة بالفصل 212 من م.أ.ش.

(1إذا أخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا منه.

(2إذا أصبح الواهب عاجزا من أن يوفّر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو إذا أصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة.

(3 إن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع.

ولا ينتقل هذا الحق إلى ورثة الواهب إلا إذا سبق منه القيام بدعوى الرجوع أو إذا توفي قبل مرور عام على حصول الجحود.

الفرع الرابع : قانون العائلة

[8] فقه القضاء: قرار تعقيبي مدني عدد 12135 مؤرخ في19 نوفمبر :2007 المبدأ: لا يمكن طلب الرجوع في الهبة على أساس إعسار الواهب ضرورة أن محكمة البداية التي أقرت محكمة القرار المنتقد حكمها حققت في هذه المسألة وأذنت بإجراء بحث اجتماعي ثبت من خلاله عدم تغير الوضع المادي للواهب الذي كان يعيش قبل الهبة وبعدها نفس الظروف المادية المتواضعة.

الزواج والطلاق والنسب والعدة والنفقة والحضانة والنسب ونظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين

لم يعرف المشرع التونسي الزواج ولم يورد له تعريفا بمجلة الأحوال الشخصية.ويلاحظ أن هذا المنحى متبع حتى في القوانين المقارنة.

يعرف الأستاذ ساسي بن حليمة الزواج بكونه "عقد رسمي بين رجل وامرأة قصد الحياة المشتركة."كما يثار بمناسبة الحديث عن الزواج نقاش حول الصبغة الدينية أو المدنية للزواج إذ أن الزواج يعتبر مقدسا في جميع الأديان كالدين الإسلامي والدين المسيحي ويكون لدى الكنيسة أو المسجد لكنه أصبح في المجتمعات الحديثة ذو صبغة مدنية ويقام لدى المصالح الإدارية والعمومية للدولة وتتدخل السلطة القضائية في مسألة حل عقدة الزواج فيما بعد.

المسألة الأخرى التي يثار حولها النقاش حول طبيعة الزواج هي : هل أن الزواج عقد أم مؤسسة ؟

وقد انبثق هذا النقاش لدى الفقه الفرنسي إذ اعتبر شق منهم أن الزواج مؤسسة لا يمكن وضع حد لها ولكن هذه الحجة لم تبد مقنعة بالنسبة للعميد " كاربونيي " الذي أكد إمكانية وضع حد للزواج عن طريق مبدأ الطلاق.أما الأستاذ ساسي بن حليمة فيتبنى موقفا يجمع بين الرأيين فالزواج يبدأ كعقد عند إبرامه ويصبح مؤسسة في آثاره ولا ينحل إلا لدى المحكمة.

الجزء الأول : الخطبة أو المراكنة

يمكن دراسة الخطبة انطلاقا من مسألتين الطبيعة القانونية للخطبة والآثار القانونية للخطبة.

- **الطبيعة القانونية للخطبة :**

المشرع الفرنسي تجاهل مسألة الخطبة ولم يتعاطى معها أما المشرع التونسي فقد تعرض لها في الفصلين الأول والثاني من م.أ.ش وكانت أغلب النصوص المتعلقة بها في القوانين العربية لا تتعدى الفصل أو ثلاث فصول.

جاء بالفصل الأول أن " كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به."

ويتضح من هذا النص أن المشرع التونسي لم يورد صبغة إلزامية للخطبة وبالتالي ليست لها طبيعة العقد لكن حاول بعض رجال القانون بيان أن الخطبة عقد ملزم ونجد في هذا الإطار آراء كل من الفقيه الفرنسي Josserand وكذلك الأستاذ المنصف بوقرة وذلك لتوفر الرضا والالتزامات المتبادلة ولتوفر الشرط الخاص في القانون التونسي المتعلق بالخطبة.

- **الآثار القانونية للخطبة :**

تنبثق عن الخطبة عدة آثار يمكن أن تقسم إلى صنفين آثار ناتجة عن النكول المتعلقة بتعويض الضرر وإرجاع الهدايا وآثار في صورة وفاة أحد الخطيبين تتعلق بتعويض الضرر بالنسبة لمن بقي على قيد الحياة وفي نسب ابن الخطيبين في صورة وجود مولود.

1/ **إرجاع الهدايا :** درج العرف على أن الخاطب هو الذي يهدي لكن المشرع اعتبر أن كلا الخطيبين يمكن أن يقدم هدايا ولهذا أتى تنقيح الفصل 2 من م.أ.ش في 12 جويلية 1993 لينّص الفصل في صيغته الجديدة على ما يلي : " لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص."

بالتالي فإن استرجاع الهدايا يفترض شرط عدم النكول من قبل المطالب بالاسترجاع غير أن الأمور قد تبدوا معقدة إذ يمكن للرجل مثلا أن ينكل خطبته ويتمسك أمام المحكمة بسوء سلوك خطيبته الذي دفعه لذلك ويبقى الأمر كما يؤكد الأستاذ ساسي بن حليمة موكولا لاجتهاد المحكمة في تقدير وجود النكول من عدمه وفي إمكانية استرجاع الهدايا من عدمها ويخضع إثبات الهدايا للإثبات بجميع الوسائل.

كما تطرح مسألة إرجاع الهدايا سؤالا آخر حول حق ورثة الطرف الذي لم ينكل الخطبة في المطالبة باسترجاع الهدايا وفي هذا الإطار جاء قرار محكمة التعقيب عدد 4146 في 11 مارس 1982 الذي ورد فيه " بما أن العدول ليس من قبل الخاطب فإنه يحق لأهله استرجاع الهدايا."

2 / تعويض الضرر الناشئ عن النكول :

يمكن بافتراض الصبغة التعاقدية للخطبة أن يتم تعويض الضرر بناء على الإخلال بالتزام تعاقدي وبما أن الخطبة ليست ذات صبغة إلزامية فإن السؤال يطرح حول إمكانية التعويض عن الضرر.

بالنسبة لفقه القضاء التونسي لا نجد أحكاما في هذا المجال إلا قرارا وحيدا هو القرار عدد 1556 في 03 مارس 1959 [9] وجاء في القرار ما يلي : " إن الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله التي تكمن في حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا المطالبة بغرم ناتج عن عدم الوفاء بالالتزام."

وكانت محكمة التعقيب واضحة بشأن عدم إلزامية الخطبة وبشأن الحق في النكول والحق في التعويض عن النكول المسيء تبعا للتعسف في استعمال الحق كما جاء بالفصل 103 من م.ا.ع لكن المحكمة لم تقف عند هذا الحد وأشارت إلى الجنحة المدنية كأساس للتعويض وهذه الإشارة توحي لانطباق الفصلين 82 في الجنحة و 83 في شبه الجنحة وهو ما يشكل تناقضا في حكم المحكمة بين الإشارة للتعسف في استعمال الحق من جهة وبين الإشارة إلى الجنحة التي تقتضي إثبات الخطأ من جهة ثانية [10].

3 / تعويض الضرر في صورة حادث قاتل :

هل يمكن لمن بقي حيا أن يطالب بتعويض للضرر الناشئ عن مقتل الخطيب ؟

بالنسبة لفقه القضاء التونسي فالسؤال لم يقع التعرض له ولعل مبرر ذلك جريان العمل للتعويض للأقارب فقط من الزوجين والأبناء والإخوة والأبوين. أما فقه القضاء الفرنسي فإنها كان يرفض التعويض لكنه تطور شيئا فشيئا خاصة فقه قضاء الدائرة الجنائية وذلك بشرط أن يكون الزواج وشيكا [11].

4 / نسب ابن الخطيبين :

يطرح الأستاذ ساسي بن حليمة عدة احتمالات ويضع لكل منها حلا محتملا :

---

[9] مجلة القضاء والتشريع عدد 6 لسنة 1959 ، صفحة 30 .

[10] الأستاذ ساسي بن حليمة ، محاضرات في القانون المدني ، ص 25 ، دروس مرقونة.

[11] الأستاذ ساسي بن حليمة ، مرجع سبق ذكره ، ص 28.

الاحتمال الأول في صورة تزوج الخطيبين فإن الطفل سيلحق بالخاطب الذي أصبح زوجا على أساس أنه كان مرتبطا بزواج غير رسمي واعترف بالطفل.

الاحتمال الثاني في صورة عدم زواجهما فإن الطفل يلحق بإقرار الخاطب بنسبه عملا بأحكام الفصل 68 من م.أ.ش [12].

الاحتمال الثالث : عند عدم وجود الزواج بين الخطيبين وعدم إقرار النسب من طرف الخاطب فهل يمكن أن يثبت الطفل نسبه إزاء الخاطب ؟ وفي هذا الإطار فإن الأجوبة متباينة لدى محكمة التعقيب ومن القرارات الصادرة نجد القرار عدد 26431 في 2 جوان 1992 [13] والقرار عدد 43354 في 18 أكتوبر 1996 [14] وبالتالي فإن الخاطب إذا كان يرفض إلحاق ابنه لا يمكن للابن أن يثبت النسب.

كما نجد من جهة أخرى قرارات أخرى في فترة يعبر عنها الأستاذ ساسي بن حليمة بقوله "نزعة تشوق لإثبات الأنساب " تجسمت على صعيد فقه القضاء خاصة في القرار عدد 5350 في 2 أفريل 1986 [15] الذي ارتكبت فيه المحكمة "خرقا محمودا " ، والعبارة كذلك للأستاذ ساسي بن حليمة ، لتمكين الطفل من إثبات نسبه.

كما سن المشرع القانون عدد 75 في 28 أكتوبر 1998 يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب وبين فيه المشرع مسألة إثبات البنوة إما بإقرار الأب أوبالشهادة أو بالتحليل الجيني وإثبات البنوة يكسب الحق في اللقب العائلي وفي النفقة [16] ويمكن أن يشمل هذا الإثبات ابن الخطيبين.

<u>الجزء الثاني : إبرام عقد الزواج :</u>

يفترض عقد الزواج شروطا جوهرية وشروطا شكلية.

<u>الفصل الأول : الشروط الجوهرية :</u> تنقسم إلى شروط ذاتية وشروط اجتماعية.

<u>القسم الأول : الشروط الذاتية :</u>

<u>1 / الأهلية :</u> نص الفصل 5 من م.أ.ش بعد تنقيحه بالقانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007 على أن سن الزواج 18 سنة. قبل هذه السن يتوقف قبل هذه السن يتوقف الزواج على إذن من القاضي كما تثار مسألة زواج السفيه والمجنون.

---

[12] الفصل 68 من م.أ.ش : " يثبت النسب بإقرار الأب . "

[13] جاء بالقرار : " إنّ الفصل الأول من م.أ.ش لم يرتب عن الخطبة زواجا ولا يقضى بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين فكل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به فلا يحل ولا يحق للخطيبين تجاوز حدود الحكم من الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصالا غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خنائية لا يترتب عنها نسبيا "

[14] جاء بالقرار ما يلي : " لا يثبت النسب بمجرد وعد بالزواج إذ أن العلاقة لا تعدو عندئذ أن تكون إلا علاقة خنائية غير مثبتة للنسب " .

[15] جاء بالقرار ما يلي : " الوعد بالزواج إذا كان موجودا يعني تبادل الرضاء بين الطرفين لكن بصورة غير رسمية لذا فإن هذا الزواج زواجا باطلا على معنى الفصل 36 من قانون 1 أوت 1957 المثبت للنسب عملا بأحكام الفصل 36 مكرر من القانون نفسه."

[16] أضاف المشرع في تنقيحه للقانون عدد 75 بموجب القانون عدد 51 المؤرخ في 7 جويلية 2003 في الفصل 3 مكرر في فقرته الرابعة : " ويخول للطفل الذي تثبت بنوته الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها في القانون."

- الإذن بالزواج له شرطان الأسباب الخطيرة و المصلحة الواضحة للزوجين / موافقة الولي والأم.

الإذن بالزواج من إختصاص رئيس المحكمة الإبتدائية وهو عمل ولائي يقدم في شكل إذن على عريضة يقدم في نظيرين ويكون مرفوقا ببعض الوثائق من بينها مضمون ولادة للزوج المراد التحصيل في شأنه وكشف طبي يثبت القدرة على الزواج. قد ينقلب إلى عمل قضائي إذا تم الطعن فيه و خاصة من النيابة العمومية .

اعتبرت محكمة التعقيب أن الإذن بالزواج ينطلق كعمل ولائي ثم يتحول إلى عمل قضائي إذا وقع الطعن فيه.

- السفيه : ينص الفصل 7 من م أ ش أن زواج السفيه يحتاج لموافقة المحجور له أما إذا تزوج دون موافقة و وقع الدخول فيعتبر الزواج صحيح أما إذا لم يقع الدخول فيمكن للمحجور له أن يطلب بطلان الزواج .
- المجنون : ينص الفصل 162 من م أ ش أن تصرفات المجنون باطلة إذا لم يجزها المحجور له.

2 / الكشف الطبي : نص القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 على شرط الكشف الطبي السابق للزواج.

إذ يقوم الطبيب بإجراء الفحوصات الطبية للكشف عن سلامة الزوجين ولا يمكنه أن يسلم الكشف الطبي إذا تبين وجود مرض معد.

نص المشرع كذلك على الإعفاء من هذا الشرط في حالة الإحتضار والفائدة من ذلك إكساب الطفل المنتظر وضعية ابن شرعي.

إن الإخلال بهذا الشرط يؤدي إلى تتبعات جزائية تصل عقوبتها إلى 100 د ضد العدلين أو ضابط الحالة المدنية و عقوبات أخرى ضد من سعى عمدا لنقل مرض ساري. [17]

3 / التباين في الجنس : يستنتج هذا الفصل من العبارات المستعملة فالمشرع يستعمل عبارات الرجل والمرأة / الزوج والزوجة.ويثير هذا الشرط إشكالا في البلدان التي تنادي بما يسمى " بالزواج المثلي " .

4 / الشرط النفساني : الرضا : نص الفصل 3 من م.أ.ش على أن الزواج لا ينعقد إلا برضا الطرفين.

ويجب في الرضا أن تتوفر فيه الشروط العامة التي تقتضيه مثلما هو في القانون المدني العام وهو أن يكون موجودا وجديا وغير معيب.

القسم الثاني : الشروط الاجتماعية :

1 / شهادة شاهدين من أهل الثقة : نص الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية في فقرته الثانية على أنه : " ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة ... "

[17] الفصلان 11 و 18 من القانون عدد 71 لسنة 1991 المؤرخ في 27 جويلية 1992 .

2/ المهر : هي مؤسسة تستمد جذورها من الفقه الإسلامي وتفترض تسمية مهر للزوجة حسب منطوق الفصل 3 من م.أ.ش.

وقد جاء بالفصل 12 بأن " كل ما كان مباحا ومقوما بالمال تصلح تسميته مهرا وهو ملكا للمرأة ." وبالتالي فإن المهر قد يكون منقولا أو عقارا بشرط أن يكون مباحا. أما الفصل 32 من قانون الحالة المدنية فيقتضي التنصيص على المهر فدفع المهر ليس شرطا لصحة الزواج وإنما فقط التنصيص عليه.

ولكن يبقى للزوجة الامتناع عن الدخول في صورة عدم دفع المهر وإذا حصل الطلاق فلها نصف المهر وفي صورة الدخول فإن المهر يبقى دينا حسب ما ينص عليه الفصل 13 من م.أ.ش الذي جاء به " أنه ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق. "

3/ موانع الزواج : صنف الفصل 14 من م.أ.ش موانع الزواج إلى موانع مؤبدة وموانع مؤقتة وهذا الفصل ينسجم مع منطوق الفصل 5 من نفس المجلة الذي يشترط أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية.

- الموانع المؤبدة : تتمثل في :

+ التطليق ثلاثا : الفصل 19 من م.أ.ش : يستمد هذا الشرط من الشريعة الإسلامية ويفترض التطليق صدور حكم قضائي.

+ المحرمات بالقرابة :الفصل 15 من م.أ.ش " المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن عاد ".

+ المحرمات بالمصاهرة : الفصل 16 من المجلة : وهم أصول الزوجات بمجرد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالأم وزوجات الآباء وإن علو وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد.

+ المحرمات بالرضاع :الفصل 17 .

جاء في القرار التعقيبي عدد 319 في 17 جانفي 1961 ما يلي :

" يخول القانون للنيابة العمومية القيام بالدعاوي المتعلقة بحقوق الأسرة لأنها راجعة للنظام العام مثل طلب فسخ النكاح لأم الزوجة أخت الزوج من الرضاع ..ومن الممكن إثبات الرضاع بشهادة النساء إذا أفشين ذلك قبل إبرام العقد المطلوب فسخه لأجل الرضاع." ونجد كذلك الموانع الناشئة من التبني و الإبن المسند إليه لقب عائلي.

- الموانع المؤقتة : هي التعدد في الزواج وتعلق حق الغير بعدة حسب ما ينص عليه الفصل 14 من م.أش إضافة إلى حالة إضافية أثارت نقاشا فقهيا تتمثل في الاختلاف في الدين بين الزوجين.

+ تعدد الزوجات : جاء بالفصل 18 أن " تعدد الزوجات ممنوع " وبالتالي فإنه ليس هناك إمكانية لوجود عقد زواج ثان مع وجود زواج أول.

ويعتبر التعدد جريمة يعاقب عليها المشرع بالسجن لمدة عام وخطية قدرها 240 د أو بإحدى العقوبتين وتختص محكمة الناحية بالنظر في ذلك. وتعتبر المرأة التي تعلم أن الزوج متزوج وتتزوج به شريكة وتعاقب بنفس العقاب.

+ تعلق حق الغير بعدة : العدة هي آجل تتربص فيه المرأة قبل إبرام زواج آخر وذلك لتلافي اختلاط النسب وهذا الآجل هو للمطلقة غير الحامل ثلاثة أشهر وللمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرة أيام أما للحامل فعدتها وضع حملها على أن تكون مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة وذلك حسب ما ينص عليه الفصل 35 من م.أ.ش.

+ الاختلاف في الدين : طرح الإشكال حول إمكانية زواج المسلمة من غير المسلم وتعددت الآراء [18] بين المقر بصحته والمقر ببطلانه في ظل غياب نص تشريعي صريح.

ويستند كل طرف على حجج معينة .

الرأي المساند لزواج المسلمة بغير المسلم :

يعتبر هذا الرأي أن تنصيص الفصل 5 من م.أ.ش على عبارة " الموانع الشرعية " يقصد به الموانع القانونية وبالرجوع لبقية الفصول نجد عدم ذكر للتباين في الدين كمانع قانوني .

يستند هذا الرأي كذلك على مصادقة الدولة التونسية على اتفاقية نيويورك في سنة 1967 والتي تكرس لحرية الزواج مهما كانت جنسية الزوج أو لونه أو دينه.

الرأي المعارض لزواج المسلمة بغير المسلم :

يستند هذا الرأي إلى الفصل الأول من الدستور التونسي الذي ينص على أن دين الدولة هو الإسلام وبالتالي فإن مثل هذا الزواج مخالف للإسلام خاصة وأن عبارة " الموانع الشرعية " المستعملة في الفصل 5 من م.أ.ش هي عبارة فقهية مستمدة من الفقه الإسلامي وتعني حسب هذا الرأي الموانع التي نص عليها الدين الإسلامي ومنها التباين في الدين.

وفي هذا الإطار يمكن ذكر منشور وزارة العدل لسنة 1973 الذي حجرت فيه على ضباط الحالة المدنية وعدول الإشهاد تحرير عقد زواج بين مسلمة وغير مسلم والذي تم إلغاءه مؤخرا في 8 سبتمبر 2008 ومازال لحد اللحظة يخلق جدلا داخل الأوساط القانونية.

موقف فقه القضاء : لم يطرح الإشكال أمام فقه القضاء بصفة صريحة وتعتبر أكثر القرارات في هذا الشأن القرار المعروف ب " قرار حورية " [19] والذي تعلق بمسألة تمكين البنت المتزوجة من غير المسلم من الإرث أو حرمانها منه.

---

[18] مقال للأستاذ الهادي كرو " زواج المسلمة بغير المسلم ومصادقة الدولة التونسية على اتفاقية نيويورك في 10 ديسمبر 1962.

[19] القرار عدد 3384 المؤرخ في 31 جانفي 1966 .

يورد الأستاذ ساسي بن حليمة مثالا آخر يتمثل في قرار تعقيبي جزائي تعلقت بتتبع جزائي ضد تونسية خالطت إيطاليا غير مسلم ووقع التمسك ببطلان الزواج ويؤكد أن محكمة التعقيب ركزت على وجود بطلان الزواج المبرم على خلاف الصيغ القانونية دون الاهتمام بمسألة التباين في الدين. [20]

الفصل الثاني : الشروط الشكلية :

المبحث الأول : السلط المختصة : يختص عدول الإشهاد و ضباط الحالة المدنية بإبرام عقود الزواج داخل التراب التونسي أما إذا ابرم زواج خارج البلاد التونسية فيكون من اختصاص الأعوان الدبلوماسيين والقناصل.

المبحث الثاني : الكتب : يعتبر الكتب شرط صحة يبطل دونه الزواج وفق ما ينص عليه الفصلان 13 و 36 من قانون الحالة المدنية.

يمكن إبرام الزواج عن طريق كتب الوكالة إذ جاء بالفصل 9 من مجلة الأحوال الشخصية " للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا." ويشترط في التوكيل أن يكون في حجة رسمية ويتضمن صراحة تعيين الزوجين وإلا عد باطلا كما يتضمن نظام الأموال بين الزوجين.

يفترض عقد الزواج في بعض الحالات مجموعة من الرخص الإدارية مثلما هو الشأن لزواج الأمني والدبلوماسي والعسكري.

الجزء الثالث : آثار العلاقة الزوجية :

الفصل الأول : الواجبات الشخصية :

تتمثل الواجبات الشخصية في عقد الزواج في واجب المعاشرة وواجب المعاملة بالمعروف وواجب الوفاء.

وهذا هو مناط الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء به :

> **الفصل 23** – على كلّ واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنّب إلحاق الضرر به.
>
> ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة.
>
> ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية.
>
> وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة. وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال[2].

الفصل الثاني : الآثار المالية :

[20] محكمة التعقيب تورد في قرارها : " بأن ذلك لا يهم فمهما كان هذا الزواج باطل أو غير باطل فإن الجريمة تعتبر قائمة " ساسي بن حليمة ، محاضرات في القانون المدني ، ص 52.

المبحث الأول : النفقة :

1 / قيام واجب النفقة :

- يفترض لقيام واجب النفقة وجود شرطان :

عقد زواج صحيح تفترض فيه الشروط المستوجبة لهذا العقد بما فيها الشروط الجوهرية والشكلية.

الدخول : والدخول نوعان دخول حكمي ودخول فعلي .

مدة العدة : النفقة تشمل المطلقة مدة عدتها.

- مشمولات النفقة : جاء الفصل 50 م أ ش ناصا على مشمولات النفقة وهي الطعام والكسوة والمسكن والتعليم والضروريات بالعرف و العادة
- تقدير النفقة : تقدر النفقة وفق صريح الفصل 52 م ا ش وفق معيارين :

المعيار الأول وسع المنفق و حال المنفق عليه أما المعيار الثاني فحال المنفق عليه و الأسعار .

2/ أداء النفقة :

- صعوبة التفصي :

لا يمكن التفصي من واجب النفقة إلا في حالتين حالة أولى قررها القانون وحالة ثانية أقرها فقه القضاء :

تتمثل الحالة الأولى في إعسار الزوج والإعسار يثبت بجميع الوسائل باعتباره واقعة قانونية. وينص الفصل 39 على ما يلي :

الفصل 39 - لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوّم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامهما عن الإنفاق طلقت عليه زوجته. وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق.

تتمثل الحالة الثانية في النشوز أي الإخلال بواجب المساكنة وقد تم إقرارها قضائيا.[21] ولم يعرف القانون التونسي صلب مجلة الأحوال الشخصية مفهوم المرأة الناشز.

---

[21] فقه القضاء :

قرار تعقيبي مدني عدد 1950 مؤرخ في 11 جويلية 2000:

المبدأ:

إن امتناع الزوجة عن مساكنة زوجها من شأنه ان يلحق ضررا بهذا الاخير ويعد إخلالا منها بواجب حسن المعاشرة وموجبا للطلاق للضرر بناء على ثبوت النشوز.

قرار تعقيبي مدني عدد 18627 مؤرخ في 27 ديسمبر 2002:

المبدأ:

يثبت نشوز الزوجة من عدم رغبتها في مساكنة زوجها دون أي مبرر معقول وهو ما يتعارض ووقائع قضية الحال والتي أثبت أن عدم مساكنة الزوجة لزوجها إنما تبرره مواصلة هذه الأخيرة لدراستها بالخارج والتي لم ينكر زوجها موافقته عليها.

إلا أن فقه القضاء استقر على اعتبار أن المرأة الناشز هي تلك التي غادرت محل الزوجية بمحض إرادتها وامتنعت عن القيام بواجباتها الزوجية وذلك بالرغم من التنبيه عليها من قبل الزوج بالرجوع إلى محل الزوجية وامتناعها عن ذلك إلاّ إذا أثبتت أن بقاءها بمحل الزوجية رفقة زوجها من شأنه أن يمثل خطرًا عليها أو يلحق ضررا بها نتيجة الاعتداء عليها بالعنف مثلا.

ويمكن القول أن النشوز بالنسبة إلى الزوجة هو بصفة عامة الامتناع من إتمام الالتزام بالمساكنة والتملص من الواجبات الزوجية، سواء تركت الزوجة زوجها بمحل الزوجية الذي غادرته، أو أنّها تحصّنت بمحل الزوجية ومنعت الزوج من الدخول إليه.

- <u>الإخلال بواجب الإتفاق :</u>

إن النفقة ذات صبغة معاشية وهي من أختصاص حاكم الناحية في صورة رفعها كقضية بصفة أصلية ومن اختصاص المحكمة الابتدائية إذا رفعت فرعيا مع دعوى الطلاق الأصلية

ويؤدي الإخلال بالنفقة إلى جريمة الإخلال بواجب النفقة أو ما تسمى بجريمة إهمال عيال التي تفترض : صدور حكم بالنفقة وعدم الأداء عمدا لمدة شهر وفق ما ينص عليه الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية .

قرار تعقيبي مدني عدد 7742 مؤرخ في 2 مارس 2006

المبدأ:

عللت المحكمة قضاءها لصالح الدعوى بأن إقامة الزوج ببنزرت كانت مبررة بعمله هناك وبعد تقاعده واستقلال أبنائه عنه عاد لمسقط رأسه وأصرت الزوجة حتى لدى الطور الاستئنافي على رفض مساكنة زوجها بباجة بالمحل الذي أعده والذي أكد البحث الاجتماعي أنه في حالة جيدة وتتوفر به المرافق الصحية والتهوئة اللازمة وهو ما دفع المحكمة إلى تجاهل طلب التحرير من جديد على الطرفين لانعدام الجدوى من ذلك بعد أن حددت الزوجة موقفها مما يجعلها ناشزا كما أن الزوجة لم تدل بما يفيد نشر قضية جزائية إلا بعد حجز القضية للمفاوضة لدى الطور الثاني وليس لتلك القضية تأثير على وجه الفصل في قضية الحال.

قرار تعقيبي مدني عدد 8493 مؤرخ في 20 أفريل 2006:

المبدأ:

إن رفض الزوجة معاشرة زوجها وامتناعها للمساكنة بالمحل الذي أعده الزوج للغرض كان مبررا ضرورة أن محل السكنى المعروض عليها كان محل سكنى والدي الزوج تقطن به الأرملة وأبناؤها وقد تمسكت هذه الأرملة بأن ابنها الطاعن الآن لا يملك أي شيء معهم في خصوص محل السكنى إضافة إلى أن هذا المحل يتكون من ثلاثة غرف ويأوي عدد 5 أنفار وبالتالي فلا يمكن للزوج أن يتمسك بأنه وفّر للزوجة محلا للسكنى تتوفر به أدنى مقومات العيش.

قرار تعقيبي مدني عدد 8539 مؤرخ في 9 مارس 2006:

المبدأ:

لا يمكن التمسك بتسبب الزوجة في مضرة زوجها باعتبار أنها كانت مرغمة على مغادرة محل الزوجية نظرا لطرد زوجها لها منه ثم لعدم اتفاقه عليها وفق ما يقتضيه العرف والعادة مما اضطرها إلى الالتحاق بيت ذويها.

قرار تعقيبي مدني عدد 8794 مؤرخ في 2 مارس 2006:

المبدأ:

طالما تعذر على الزوج الالتحاق بألمانيا لأسباب خارجة عن إرادته ومتسببة فيها أساسا الزوجة فإنه يجب على هذه الأخيرة الالتحاق بمحل الزوجية الذي اختاره الزوج ضرورة أن المساكنة من أهم الواجبات المحمولة على الزوجة وطالما امتنعت الزوجة من مساكنة زوجها بالمحل الذي اختاره وغادرت محل الزوجية دون مبرر شرعي فإنها تعتبر ناشزا ومخلة بواجباتها المفروضة عليها قانونا بقطع النظر عن كل اتفاق يخل بهذا الواجب.

الفصل 53 (مكرّر) – كلّ من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدّة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار (100د) إلى ألف دينار (1000د).

والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب.

ويتولّى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلدّده وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق.

ويحلّ هذا الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها[1].

المبحث الثاني : نظام الأموال :

يصنف نظام الأموال بين الأزواج إلى نوعين نظام مبدئي **هو نظام الفصل بين الأموال** مناط الفصل 24 من م.أ.ش الذي جاء فيه :

الفصل 24 – لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصّة بها.

ونظام اختياري **هو نظام الإشتراك في الأموال** المكرس في القانون عدد 91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998.

يمثل نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين الذي أرساه المشرع التونسي بموجب القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 استمرارا للوجه التشريعي نحو تكريس التعاون بين الزوجين في إطار العائلة و اعتراف بمجهودات الزوجة التي أصبحت تكتسح سوق العمل و تشارك الزوج الأعباء المالية الناتجة عن الحياة الزوجية؛ و تساهم أحيانا في توفير المسكن العائلي.
و يمثل الاشتراك في الأملاك بصيغته الحالية في القانون التونسي نظاما ماليا اختياريا يتفق عليه الزوجان عند إبرام الزواج أو حتى بعده وبصفة مستقلة ضمن كتب لاحق منفصل عن الكتب المتضمن لعقد الزواج...
وينتج عن سكوت الزوجان أو عدم اتفاقهما على النظام المالي الذي يختار أن عند الزواج الالتجاء آليا إلى تطبيق نظام الفصل في الأموال باعتباره المبدأ و الأصل ؛ و على المأمور العمومي المحرر لعقد الزواج أن يذكر الطرفين بمحتوى هذا النظام و شروطه.
ويشمل نظام الاشتراك العقارات المكتسبة بعد تاريخ الزواج و المعدة للاستغلال العائلي لهذا فان المنقولات كالسيارة أو الأثاث لا تدخل ضمن المال المشترك ولو تم اكتسابها بعد الزواج كما انه من جهة أخرى لا تعتبر مشتركة العقارات غير المعدة للاستعمال العائلي من ذلك مثلا العقار المعد للاستعمال المهني لأحد الزوجين. أخيرا لا تعتبر ضمن المال المشترك العقارات المكتسبة بعد الزواج لكن بدون مقابل؛ كأن يكون العقار مكتسبا بإرث أو هبة أو وصية ولو كان مخصصا لاستعمال العائلة.

بحيث نستنتج مما سبق انه لا تكون مشتركة إلا العقارات المكتسبة بمقابل مالي و أثناء الزواج وتكون معدة لمصلحة العائلة أي أن تكون مخصصة للسكنى المستمرة أو الفصلية؛ أو أن يكون العقار مكرى للغير و تستفيد العائلة من مدا خيله...
هذا و نظم الفصلان 14 و 15 من قانون 9 نوفمبر 1998 نظام الإشهار لإعلام الغير حيث يتم إشهار الاشتراك في دفاتر الحالة المدنية إذ يقع التنصيص عليه ضمن مضامين دفاتر الملكية العقارية و شهائد الملكية التي يسلمها حافظ الملكية العقارية.
ويجوز لكل من الزوجين أن يقوم بمفرده بكل الأعمال التي يستوجبها حفظ الملك المشترك كالتسييج أو التعهد او إبرام العقود اللازمة لذلك غير أن بعض العقود لا يجوز إبرامها إلا بموافقة الزوجين كالبيع أو الرهن و الكراء لمدة تتجاوز ثلاث سنوات و ذلك نظرا لأهمية هذه العقود التي قد تؤدي إلى التفويت في سكنى العائلة.
أخيرا ينتهي نظام الاشتراك سواء بانتهاء العلاقة الزوجية ذاتها بطلاق أو وفاة أو فقدان احد الزوجين؛ أو أثناء قيام العلاقة الزوجية التي و رغم تواصلها يمكن خلالها إنهاء الاشتراك وذلك إما باتفاق الطرفين أو قضائيا بالتجاء احدهما إلى القضاء من اجل إنهاء الاشتراك إذا اثبت أن الطرف الآخر قد أساء التصرف في الملك المشترك. و يقع عند ذلك تحديد الأملاك المشتركة و حصرها ثم قسمتها بين الزوجين أو احد الزوجين وورثة الزوج المتوفى أو المفقود بموجب قسمته قضائية او اتفاقية.
ويحدّد القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين مفهوم الملكية المشتركة وهو نظام يختاره الزوجان عند إبرام عقد الزواج أو بعد إبرامه ويهدف إلى جعل العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة.
ويجب على المأمور العمومي المكلف بتحرير عقد الزواج أن يذكر الطرفين بأحكام هذا القانون وأن ينص على جوابهما بالعقد.
ويعتبر قانون 9 نوفمبر 1998 نظاما قانونيا رضائيا بأتمّ معنى الكلمة إذ يبقى الزوجان على حريتهما في اعتماده أو عدم اعتماده، كما يرجع لهما تحديد زمن ذلك، ومدى الاشتراك وكيفية تسيير المشترك.
+ ليس لأحكام نظام الملكية المشتركة المنظمة بالقانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 مفعولا رجعيا إلا في صورة الاتفاق على الاشتراك بعقد لاحق لعقد الزواج ينص فيه الزوجان صراحة على توسيع نظام الاشتراك ليشمل المكاسب التي تعود ملكيتها إلى ما قبل الاتفاق على الاشتراك في الملكية أو تلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية
تتمثل حدود نظام الملكية المشتركة حسب القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ 09 في نوفمبر1998 في الآتي:
- المهر: يبقى خاصا بالزوجة (الفصل 4 من قانون 09 نوفمبر 1998).
- التوكيل على الزواج: يجب أن يتضمن صراحة رأي الموكل في مسالة الاشتراك في الأملاك من عدمه (الفصل 5 من قانون09 في نوفمبر1998).
- سن المعاقد: اختيار الزوج الذي لم يبلغ سن الرشد لنظام الاشتراك في الأملاك يتوقف على موافقة الولي والأم (الفصل 6 من القانون المؤرخ في 09 نوفمبر 1998).

- وظيفة الملك: العقارات المعدة للاستعمال المهني البحت لا تعتبر مشتركة بين الزوجين (الفصل 10من القانون المؤرخ في09 نوفمبر 1998).
- طبيعة الملك: العقارات المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية لا تدخل في نظام الاشتراك إلا إذا نص المعنيان بالأمر على عكس ذلك صراحة بعقد الزواج أو بالعقد اللاحق شرط أن تكون مخصصة للاستعمال العائلي (الفصل 10 من القانون المؤرخ في 9 نوفمبر 1998).
+ تترتب عن اختيار نظام الاشتراك في الملكية (حسب قانون 09 نوفمبر1998) حقوق وواجبات تضمن استقرار الأسرة في مقر سكناها وحماية مكاسبها من عقارات معدة للسكنى أو الاستعمال العائلي وفي حسن إدارة الأملاك المشتركة والتصرف فيها وذلك بربط كل القرارات المتعلقة بها بموافقة الزوجين معا. ولتحقيق ذلك يجوز لكل واحد من الزوجين القيام بجميع الأعمال الرامية إلى حفظ الأملاك المشتركة وإدارتها والانتفاع بها والقيام بجميع الأعمال النافعة التحسينية، مادية كانت أو قانونية (الفصل 16 من القانون المؤرخ في 09 نوفمبر 1998). وليس على الزوج القائم بتلك الأعمال محاسبة قرينه على ما قام به.
لا يجوز التفويت في المشترك ولا إنشاء الحقوق العينية عليه ولا كرائه للغير لمدة تفوق ثلاث سنوات ولا تجديد كرائه لمدة تتجاوز ثلاث سنوات إلا برضا الزوجين معا (الفصل 17 من القانون المؤرخ في 09 نوفمبر1998).
لا يصح التبرع بالمشترك أو بشيء منه إلا برضا كلا الزوجين.
+ في صورة الطلاق ينتهي نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين ويتعين القيام بقضية في التصفية وهي قضية مدنية مستقلة عن دعوى الطلاق.[22]

- الجزء الأول : قيام نظام الاشتراك :

- الفقرة الأولى : ميدان الإنطباق :

+ المال عقارا و لإستعمال العائلة

+ هو نظام إختياري يمكن التوسيع في نطاقه .

- الفقرة الثانية : تطبيق الإشتراك :

+ الإدارة لا تستدعي موافقة الطرفين لكنها تلزمهما معا

+ التصرف بالتفويت أو الرهن أو الكراء أو التبرع فيقتضي رضاء الزوجين .

---

[22] *فقه القضاء
قرار تعقيبي مدني عدد 38226 مؤرخ في 26 نوفمبر 2009
المبدأ:
لا جدال أن لكل واحد من الزوجين أن يطلب تصفية الأملاك المشتركة باعتبار أن الاشتراك ينتهي بالطلاق.
قبل اتمام الدخول بين الزوجين لا يمكن تطبيق نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، باعتبار أن المشرع حصر هذا النظام في الأملاك المكتسبة بعد الزواج.
*فقه القضاء
قرار تعقيبي عدد 41051 مؤرخ في 16 سبتمبر 2010
المبدأ:
إن نظام الاشتراك في الملكية ينطلق بعد اتمام البناء بين الزوجين وإن عبارة الزواج الواردة في القانون المذكور إنما يراد منها الزواج التام باعتبار أن النص القانوني أصر على القول أن العقار يكون مخصصا لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، والعائلة لا تتكون إلا بعد اتمام البناء.

- الجزء الثاني : إنتهاء حالة الإشتراك :

- الفقرة الأولى : صور انتهاء حالة الاشتراك : الفصل 18:

+ بإنتهاء الرابطة الزوجية

+ التفريق القضائي أوبالإتفاق

- الفقرة الثانية : تصفية الأموال المشتركة : الفصل 19

+ إتفاقيا

+ قضائيا

الجزء الرابع : إنحلال العلاقة الزوجية

ينحل الزواج بالموت لكن قد ينحل كذلك والزوجان على قيد الحياة إما بالبطلان أو بالطلاق.

الفصل الأول : الزواج الباطل :

المبحث الأول : / صور البطلان :

- النوع الأول : البطلان على معنى أحكام الفصل 21 من م.أ.ش : الزواج الفاسد الذي يتنافى مع جوهر العقد إما لشرط متناف مع جوهر العقد أو لخرق بعض القواعد المتعلقة بالشروط الجوهرية أي دون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 3 والفقرة الأولى من الفصل 5 والفصول 15 و 16 17 و 18 و 19 و 20 من المجلة.
- النوع الثاني : البطلان على معنى أحكام الفصل 36 من قانون الحالة المدنية : وذلك في عدم وجود كتب رسمي والذي من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الزواج و 3 أشهر سجن كعقوبة.

المبحث الثاني : / آثار الزواج الباطل :

+ الزواج الباطل على معنى الفصل 21 من م.أ.ش : بطلان الزواج و لا يترتب عن العقد أي أثر.أما الدخول فيرتب استحقاق المرأة المهر – ثبوت النسب – العدة – حرمة المصاهرة حسب ما ينص عليه الفصل 22 من م.أ.ش :

الفصل 22 – يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرّد العقد أي أثر ويترتّب على الدخول الآثار التالية فقط :

أ- استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم.

ب- ثبوت النسب.

ج- وجوب العدّة على الزوجة وتبتدئ هذه العدّة من يوم التفريق.

د- حرمة المصاهرة.

+ الزواج الباطل على معنى الفصل 36 من قانون الحالة المدنية :

ثبوت النسب – العدة – حرمة المصاهرة .

الفصل الثاني : الطلاق :

جاء بالفصل 29 من م.أ.ش أن الطلاق هو حل عقدة الزواج ويقترح الأستاذ ساسي بن حليمة تعريفا آخر مبرره أن حل عقدة الزواج قد يتم بالموت أو البطلان [23].

تختلف مواقف الديانات من الطلاق [24] وقد أقر المشرع التونسي مبدأ الطلاق متأثرا بالتشريع الإسلامي مع بعض التعديلات فالطلاق كان في يد الزوجة وأصبح من حق الزوجين معا وأصبح الطلاق كذلك يتم أمام المحكمة.

إن دراسة الطلاق تفرض التعرض إلى صور الطلاق و إجراءاته التي يمكن أن يشملها عنصر نطاق الطلاق و التعرض كذلك إلى آثار الطلاق.

المبحث الأول : نطاق الطلاق :

1 / صور الطلاق :

نص الفصل 31 من م.أ.ش في فقرته الأولى على صور الطلاق :

الفصل 31 – يحكم بالطلاق :

1– بتراضي الزوجين.

2– بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3– بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

وهي الطلاق بتراضي الزوجين والطلاق للضرر والطلاق لإنشاء.

- الطلاق بالتراضي : وهذا الطلاق عادة ما يشمل لا فقط مبدأ الطلاق وإنما كذلك فروعه من نفقة الزوجة ونفقة الأبناء والحضانة والمسكن والإجراءات في هذه الصورة عادة ما تتميز بسرعتها.
- الطلاق للضرر : يتمسك المدعي في قضية الطلاق بحصول ضرر موجب للطلاق بالضرر وعليه إثبات حدوثه. (الفصل 31)

تثار في هذه الصورة من الطلاق عدة إشكاليات أبرزها :

المرض : اعتبرت المحاكم أنه لا يحكم به كأساس للطلاق : قرار تعقيبي عدد 5929 في 15 ديسمبر 1981.

مصدر الفعل الضار : يصدر عن القرين أو من الغير (حالة السكنى مع عائلة موسعة : قد تفرض المحكمة على الزوج السكنى في محل مستقل وقد يكون عاجزا عن ذلك فتمكن الزوجة من المطالبة بالطلاق للضرر : لا يوجد فقه قضاء رأي الأستاذ ساسي بن حليمة . دروس في القانون المدني ص 65).

---

[23] الطلاق هو حل عقدة زواج صحيح والزوجان على قيد الحياة. ، ساسي بن حليمة محاضرات في القانون المدني ، ص 62.

[24] الإسلام يحل الطلاق رغم مساوئه " أبغض الحلال عند الله الطلاق " حديث نبوي
الديانة المسيحية تحرم الطلاق مطلقا
الديانة اليهودية تحل الطلاق وتشترك مع الديانة الإسلامية في تعداد مساوئه.

المتضرر : مبدئيا القرين وفي بعض الصور تسلط على الوالد وهو ما يعد اعتداء على كرامة الزوجة بشكل يتنافى مع حسن المعاملة : محكمة الاستئناف بسوسة.

الضرر : القانون التونسي لا يعرف الضرر ولا يحدد معيارا له وبالتالي يبقى الأمر خاضعا لاجتهاد المحكمة في تقدير وجود الضرر من عدمه باختلاف الظروف وفي بيان ما إذا كان مخالفا للواجبات المحمولة على الزوجين.

إثبات الضرر : واقعة قانونية تثبت بجميع الوسائل كشهادة الشهود وحكم جزائي في قضية زنا.

- الطلاق إنشاء : الفقرة الثالثة من الفصل 31 : إذا أنشأه الزوج أو طالبت به الزوجة : في صورة فشل المحاولة الصلحية فإن المحكمة ملزمة على التصريح بالطلاق.

2 : إجراءات الطلاق :

- مراحل الطلاق :

الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة : الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية .

+ المرحلة الصلحية :

3 جلسات إذا وجد أبناء قصر ويتخذ القاضي القرارات الفورية المتعلقة بسكنى الزوجين و الحضانة والزيارة و النفقة .

+ المرحلة الحكمية :

دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية : تعيين مرشد اجتماعي للبحث عن الأنسب للحضانة و خبير لتقدير النفقة . و تعيين القضية للمرافعة و لا يصدر الحكم إلا بعد شهرين على الأقل من جلسة المرافعة .

- طرق الطعن :

الاستئناف يوقف التنفيذ إذ له مفعول انتقالي ومفعول تعليقي : الأجل هو 30 يوما من تاريخ صدور الحكم.

التعقيب يوقف التنفيذ كذلك وذلك نظرا لطبيعة القضية : والأجل هو 30 يوما من تاريخ صدور الحكم.

المبحث الثاني : آثار الطلاق :

1 / على الصعيد المادي :

تعويض الضرر : للمدعي عليه في قضية الطلاق إنشاء والمدعي في قضية الطلاق للضرر. أما الأساس القانوني فهو الفصل 31 من م.أ.ش.

نفقة العدة : الفصل 38 م أ ش

نفقة الأبناء : إذا أعطيت الحضانة للأم فإن الوالد ينفق على أبنائه بدفع مبلغ مالي للحاضنة شهريا.

و ينص الفصل 46 من المجلة أن النفقة تستمر إلى أن يبلغ الطفل سن الرشد وتستمر مع تعليمه إلى حدود 25 سنة وبالنسبة للبنت فتستمر النفقة إلى أن تصبح قادرة على التكسب أو تتزوج أمام المعوقين فتستمر نفقتهم إلى الأبد ماداموا غير قادرين على التكسب.

الهدايا : تسترجع إذا لم يتم الدخول.

متاع البيت : المعتاد للرجال والمعتاد للنساء.

جهاز الزوجة : ما تأتي به الزوجة من أدباش فهو لها.

2 / الآثار غير المادية :

- الحضانة : 54 م أ ش :" حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته."

+ إسناد الحضانة : في حالة استمرار العلاقة الزوجية فهي من حق الزوجين و في حالة الانفصال إذا كان بالموت تسند الحضانة للباقي على قيد الحياة وفي الطلاق تسند مع مراعاة مصلحة المحضون و قائمة تفاضلية أو بالاتفاق .

+ إسقاط الحضانة :

متى تسقط ؟ : 67 الطفل بلغ 7 سنوات و البنت 9 سنوات و بتنازل من أسندت إليه (الفصل 64) أوتزوج الحاضنة بغير محرم أو سفر الحاضنة إلى الخارج .

+ الحقوق المنبثقة عن الحضانة :

حقوق الحاضنة : الأجرة و السكن و نفقة المحضون

حقوق غير الحاضن : حق الزيارة .

الفرع الرابع : النسب

القسم الأول : إثبات النسب :

الفقرة الأولى : وسائل الإثبات :

يحدد الفصل 68 م أ ش وسائل إثبات النسب المتمثلة في : الفراش و الإقرار و الشهادة

1 / + قرينة الفراش : تعني أن الطفل الذي يولد من امرأة متزوجة محمول في نسبه على الزوج

لكن هذه الوسيلة تطرح إشكاليات تتعلق ب :

- مدة الحمل : أدناها 6 أشهر و أقصاها عام من عقد الزواج. الفصل 71 من المجلة.

- النسب: يثبت بالدخول في الزواج الفاسد الفصل 22 و بالعقد في الزواج الصحيح الفصل 71.

2 / + الإقرار : الاستلحاق :

- شروطه :

- الطفل المقر له بالنسب :

الإبن الشرعي يعفي المقر من التتبع أما إبن الزنا فإن إقرار الأب يأتي حتى لا يحرم من النسب لكن تبقى التتبعات الجزائية قائمة أما الإبن بالتبني فإن الإقرار في هذه الحالة يعفي من إجراءات التبني .

- الشروط التشريعية :

الفصل 68 / الفصل 70 : النسب يثبت بإقرار الأب مع عدم ثبوت ما يخالف .

- الشروط القضائية :

شكل الإقرار : يمكن أن يكون الإقرار أمام المحكمة أي قضائي أو غيره. (قرار صادر في 25 ماي 1964).

- آثاره :

- حالة الإقرار المثبت للنسب : يعتبر الإبن شرعيا و له الحق في اللقب و النفقة والإرث
- الإقرار المثبت للقرابة : 73 م أ ش تحميل الغير بعض الواجبات

3 / + الشهادة : الفصل 68 :

شروطها : نفس الشروط في الإجراءات المدنية مع إمكانية التجريح طبق ما تنص عليه مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

الفقرة الثانية : دعوى الإثبات :

1 / صفة التداعي :

- المدعي : الطفل الراشد أو القاصر
- المدعي عليه : الوالد المزعوم أو من يمثله

2 / انقراض الدعوى :

ليس هناك نص تشريعي موكول لاجتهاد القاضي .

القسم الثاني : نفي النسب :

**** دعوى نفي النسب الثابت بالزواج :**

1 / إجراءات الدعوى :

يطرح بصفة أصلية أو فرعية و تختص المحكمة الإبتدائية.

الأطراف : ضد الطفل أو من يمثله و المدعي الزوج أو الورثة

2 / إنقراض الدعوى :

- الرأي الأول : لا تنقرض ولا تسقط بمرور الزمن.
- الرأي الثاني :تنقرض لوجوب الإستقرار : تعقيبي مدني 23480 في 13 جوان 1989

**** أساس النفي :**

- صورة الطفل المولود قبل 6 أشهر من تاريخ الزواج
- للطفل أن يتمسك بالدفوعات .

الفرع الخامس : لقب الطفل المهمل أو مجهول النسب

مكنت أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 الطفل المجهول النسب من حمل لقب أمه أو أبيه.
الفصل الأول جديد فقرة أولى + الفصل 3 جديد + الفصل 3 مكرر فقرة أولى.

الفصل الأول (جديد)– على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند إليه اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية. كما عليها في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الوضع أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو نائبه أن يسند إليه اسم أب واسم جدّ ولقبا عائليا يكون في هذه الحالة وجوبا لقب الأم.

الفصل 3 (جديد)– لكل شخص تجاوز سنه العشرين عاما أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يسند إليه اسما ولقبا عائليا واسم أب واسم جدّ واسم أم واسم أبيها ولقبها العائلي أو بعض هذه العناصر إن كان خاليا من ذلك. ويكون اللقب العائلي للطالب وجوبا لقب الأب إن لم تسند إليه والدته لقبها العائلي.

الفصل 3 مكرر– يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل.

كما يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب عرض الأم على التحليل الجيني لإثبات أنها أم المعني بالأمر مجهول النسب.

وتبت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفّر لديها من قرائن متعدّدة ومتظافرة وقوية ومنضبطة.

ويخوّل للطفل الذي تثبت بنوّته الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سنّ الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها بالقانون.

العنوان الفرعي الثاني : الالتزامات والعقود

النظرية العامة للعقد - النظرية العامة للحق - مادة المسؤولية المدنية - مادة العقود الخاصة – قانون الأموال – القانون العقاري والتأمينات العينية.

الفرع الأول :مادة النظرية العامة للإلتزامات(العقد)

الجزء الأول : مفهوم الالتزام

إن الالتزام رابطة قانونية بين دائن ومدين يجبر من خلالها الدائن المدين أن يحيل ملكية الشيء أو أن يقوم بعمل أو أن لا يقوم بعمل.

يختلف الالتزام القانوني عن الالتزام الطبيعي لكون الالتزام الطبيعي خاليا من الجزاء القانوني ووالمقود بعبارة "الطبيعي" هو كون هذا الإلتزام متأتي من القانون الطبيعي.

وينص االفصل 78 من م ا ع في هذا السياق على أنه : "لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بالدين سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع ممن يملك التفويت مجانا ولو دفع ضنا منه أنه يلزمه الأداء أو جهلا بسقوط الدين."

الجزء الثاني : تقسيمات الالتزامات

تتعدد الالتزامات القانونية وقد أبرز الفقهاء ثلاثة تقسيمات فيها حسب معيار المحتوى ومعيار القوة ومعيار المصدر المنشئ.

- معيار المحتوى :نميز في هذا المعيار بين الالتزام بالقيام بعمل والالتزام بعدم القيام بعمل.
- معيار قوة الالتزام وثبوته : نميز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة.
- معيار المصدر : نميز في هذا المعيار بين الأسباب الإرادية للإلتزام (التصرفات والعقود) والأسباب غير الإرادية للإلتزام (شبه العقد والجنحة وشبه الجنحة).

الموضوع : الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة

1 / مبدأ التفرقة بين الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة :

- الإلتزام ببذل عناية : 277 : الإثبات صعب و للمدين التفصي بإثبات أنه فعل كل ما يلزم
- الإلتزام بتحقيق النتيجة : الإثبات بإثبات عدم نحقق النتيجة . و على المدين التفصي بإثبات السبب الأجنبي .

2 / معايير التفرقة :

- التمييز بحكم القانون و طبيعة الإلتزام : التنصيص في العقود المسماة على طبيعة الإلتزام / الإلتزام بإعطاء أو بالعمل
- المعايير الفقهية : الدور الإيجابي و السلبي للأطراف / معيار الإحتمال .

في إطار النظرية العامة للإلتزامات أصبحت الجامعات تدرس هذه المادة انطلاقا من محورين أساسيين يتعلق المحور الأول بالنظرية العامة للعقد ويتعلق المحور الثاني بالمسؤولية المدنية.

الجزء الثالث : تقسيمات العقود

تتعدد تقسيمات العقود وتتنوع بتنوع ميادين تطبيقها إذ يوجد عديد التقسيمات التي من أهمها :

العقود الدولية والعقود الداخلية / العقود الإدارية والعقود المدنية / بين عقود ملزمة لجانب واحد (الهبات) وعقود ملزمة لجانبين (البيع الشراء) / العقود بدون مقابل بدون عوض وعقود بمقابل/بعوض.(تستند جملة هذه التقسيمات إلى المجلة المدنية الفرنسية).

كما نجد كذلك تمييزا بين العقود الحينية وعقود المدة والتمييز بين عقود التكافؤ وعقود الإذعان والتمييز بين عقود الاحتراف وعقود الاستهلاك والتمييز بين العقود المسماة (أي تلك التي أعطاه المشرع تسمية وخصها بنظام قانوني متكامل مثلما هو الحال في الكتاب الثاني من مجلة الالتزامات والعقود التونسية) والعقود غير المسماة.

ويعتبر التمييز بين العقود النهائية والعقود التمهيدية أم أنواع هذه التقسيمات فالعقد النهائي هو العقد المنشود ومن ذلك المقاولة مثلا أو البيع أو غيرهما ... أما العقود التمهيدية فهي عقود تهيؤ للعقد النهائي مثلما هو الحال في عقود المفاوضات ووعود التعاقد.

الجزء الرابع : عناصر العقد : الإيجاب والقبول

+: الإيجاب :

- يشترط فيه أن يكون دقيق و حاسم 23
- وقد يكون مجردا دون مهلة زمنية أو مقيدا بأجل 27

+ : القبول :

- بصفة صريحة أو ضمنية عند توفر مصلحة الموجب أو علاقة تعاقدية سابقة .
- عوارض القبول : نوعان :

تأجيل التعاقد :عقد الشراء بالمراسلة و البيع بالتقسيط 10 أيام .
القبول بالمراسلة : أقر المشرع عدة حلول عند الإختلاف بين مكان الإيجاب و القبول و هي البلوغ والتصريح و العلم و إصدار القبول و تخضع لإتفاق الأطراف . و في صورة عدم الاتفاق يعتمد حل التصريح في المراسلة التقليدية و حل بلوغ القبول في المراسلة الإلكترونية .

الفصل الأول : عنصر الإيجاب

إن الإيجاب تصرف أحادي الجانب يتقدم به طرف يصطلح عليه بالموجب إلى طرف آخر يصطلح عليه بالموجب له يعبر بمقتضاه أي الموجب عن إرادته في إبرام العقد مع الطرف الثاني. ويستوجب الإيجاب لكي يكون ملزما جملة من الشروط.

المبحث الأول : شروط الإيجاب : الدقة والحسم:

القسم الأول : شرط الدقة وتعني تضمن كافة العناصر الخاصة بالعقد المنشود مثل تحديد المبيع ووصفه وثمنه إذا كان الأمر متعلقا بعقد البيع.

القسم الثاني : شرط الحسم، يقتضي هذا الشرط من الموجب أن يبقي على إيجابه مدة من الزمن.

يمكن للموجب أن يحدد فترة معينة ويمكن تضمين الإيجاب كتابيا أو في إطار اتفاق تمهيدي يحدد مدة معينة لقبول الإيجاب خلالها.

في صورة عدم تعيين الموجب يقع الرجوع إلى الفصل 27 في فقرته الأولى والذي ينص على أنه "إذا عرض شخص على شخص آخر حاضر بمجلسه عقد من العقود ولم يعين له أجلا لقبوله أو رفضه فلا يترتب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين".ما يعني إقرار هذا الفصل لقاعدة بقاء الإيجاب ببقاء الجلسة ونهايته بنهايتها.

المبحث الثاني : إلزامية الإيجاب :

تطرح إلزامية الإيجاب تساؤلا جوهريا حول إمكانية تراجع الموجب في إيجابه.التراجع غير ممكن قانونيا ما دام مقيدا من قبل الموجب بمدة معينة أو ما دام مفروضا بمدة معينة تفرضها طبيعة العقد.والإيجاب يصبح ملزماوهو ما يمكن استنتاجه من الفصل 22 إذ بإمكان الموجب الذي صرح بإيجابه إذا لم يعلم به الموجب له أن يتراجع فيه طالما أن هذا العلم لم يقع بعد.

الفصل الثاني : عنصر القبول

يمثل القبول تعبيرا عن إرادة تصدر عن الموجب له تتشكل في مظاهر متعددة كما يمكن أن يشهد هذا القبول جملة من العوارض.

المبحث الأول : مظاهر القبول :

يكون القبول بصفة صريحة عبر التصريح بالقبول والموافقة كما يمكن أن يكون القبول عن طريق الشروع في تنفيذ مقتضيات الإيجاب (الفصل 29 من م ا ع) ويشترط في القبول أن يكون جديا ثابتا لا لبس فيه لكن في هذا الإطار تثار مسألة وجود قبول عن طريق السكوت فمبدئيا "لا قبول مع السكوت " ولكن هناك بعض الحالات التي تفترض السكوت الذي يعتبر قبولا من ذلك مثلا القبول الذي تصحبه ملابسات وظروف تؤيد وجوده كقبول، ومن هذه الملابسات وجود تعاقدات سابقة وإيجاب مقدم لمصلحة الموجب له.

المبحث الثاني : عوارض القبول

عوارض القبول نوعان القبول بالمراسلة وتأجيل التعاقد.

يطرح القبول بالمراسلة عند اختلاف الإيجاب والقبول في المكان أو الزمان وقد حدد الفقه أربعة حلول : أول هذه الحلول التصريح بالقبول وهو ما يعني أعتبار القبول قائما في المكان والزمان اللذان يصرح به فيه أما الحل الثاني فيكون باعتماد المكان والزمان الذين يرسل فيهما الموجب له بقبوله إلى الموجب وهو ما يعرف بإصدار القبول أما الحل الثالث فيعتبر

القبول والعقد قائما في الزمان والمكان اللذين يبلغ فيهما مكتوب القبول للموجب وهو ما يعرف بتلقي القبول ويتمثل الحل رابع: في اعتبار قيام القبول بالزمان والمكان الذين يحصل فيهما العلم للموجب بقبول الموجب له ما يعني العلم بالقبول.

و يترتب عن كل حل نتائج مختلفة من حيث التطبيق فالحل الأول والثاني يؤول إلأى تعيين محكمة الموجب له أي القابل كمحكمة مختصة من حيث الاختصاص الترابي في حين يكون بمحكمة مقر الموجب في الحل الثالث والرابع.وتبقى هذه القواعد احتياطية يمكن الاتفاق على خلافها.

بالنسبة لتأجيل العقد ويكون ذلك بتدخل المشرع لاعتبار العقد قائما لا مع تصريح القابل وإنما بعد مدة يمكن خلالها أن يتراجع في قبولها ولا يكون ذلك إلا بمقتضى تنصيصات خاصة سنها المشرع بالنسبة لبعض العقود المذكورة على سبيل الحصر وهي عقود الإيواء السياحي وعقود البيع بالتقسيط بمقتضى الفصل 10 من القانون المتعلق بها عدد 39 لسنة 1998_ وعقود أخرى متعلقة بطرق البيع (خارج المحلات التجارية) والإشهار التجارية والعقود الإلكترونية.

الجزء السادس : قيام العقد :

الفصل الأول :شروط قيام العقد : الفصل 2 م إ ع :

المبحث الأول : الشروط الذاتية :

- **القسم الأول : الأهلية :**

هي القدرة على إكتساب الحقوق و ممارستها وذلك انطلاقا من جزئيها أهلية الوجوب وأهلية الأداء.
ويمثل سن 18 السن القانونية لقيام الأهلية وذلك بمقتضى الفصل 7 من م إ ع والفصل 153 من م أ ش ويقتضي هذا الفصل أن زواج القاصر يرشده فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملته المدنية والتجارية.

- عوارض الأهلية :نوعان إما الأهلية المنعدمة (صغر السن – الجنون – ذوات منزلة منزلة الصغير) أو الأهلية المقيدة (ضعف العقل و السفيه و المفلس و القاصر) .
- إمكانية التعاقد عبر آلية النيابة في التعاقد:

تصنيفها :

- حسب المصدر: الإتفاق ، القانون ، القضاء
- حسب علم المتعاقد بهوية الأصيل : تامة إذا كان المتعاقد يعلم هوية الأصيل و غير تامة إذا كان المتعاقد لا يعرف إلا الوكيل.

آثارها :

- إنصراف إلتزام النائب إلى الأصيل
- تجاوز النائب لحدود النيابة

النيابة مؤسسة ثلاثية تشهد تدخل ثلاثة أطراف و هي صاحب الحق الأصيل والنائب ومتعاقد يتعاقد معه النائب ولكن في حق الأصيل.

وتتضمن المجلة جملة من النصوص التي تنظم النيابة في التعاقد كالفصل 37 والفصل 549 وانطلاقا من هذه الفصول يمكن تقسيم النيابة إلى نيابة قانونيةمثل نيابة الأب عن ابنه القاصر وقد تكون النيابة قضائية مثل حكم التقديم عن شخص آخرأو تكون النيابة اتفاقية عندما تتمثل في عقد يبرمه الأصيل مع النائب يمكنه القضاء من ممارسة جملة من التصرفات و يعرف هذا العقد بعقد الوكالة والأصيل فيه هو الموكل والنائب فيه هو الوكيل.

ليس للنائب أن ينوب الغير ليتعاقد مع نفسه ولو بواسطة (549) . ولكن يشترط في التعاقد الممنوع أن لا يكون تعاقدا مع النفس بل أن لا يكون تعاقدا مع النفس لفائدة الغير.

القسم الثاني : الرضا :

ينص الفصل 2 من م ا ع على أن يكون الرضا موجودا فبإنعدامه يبطل العقد ومن الصور التي ينعدم بها الرضا استعمال العنف والتعاقد في أمر آخر وهذه حالات الغلط المانع ويقال الغلط الحائل.

الفقرة الأولى : عيوب الرضا :

+ **أولا : العيوب التقليدية :**

1 - الغلط :

- في الحق (الفصل 44 "العقد المبني على جهل معاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين: أولا: إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد.ثانيا: إذا كان مما يعذر فيه بالجهل" أو في الواقع الفصل 45 "الغلط في نفس الشيء يكون موجب للفسخ الغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد.
- يؤسس الغلط لدعوى إبطال تخضع لتقادم مدته عام من تاريخ إكتشاف السبب .
- ويعتبر الغلط واقعة قانونية تخضع لحرية الإثبات و للمدعي عبء الإثبات .

2 - التغرير :

- يشمل التغرير في جملة من المخاتلات والكنايات موضوع الفصل 56 و 57 صادر عن المتعاقد نفسه أو من الغير مع علم المتعاقد به .

الفصل 56

التغرير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو ممن كان متواطئا معه مخاتلات أو كنايات حملت الطرف الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها وكذلك حكم التغرير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به.

الفصل 57

التغرير الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة.

- يقتضي التغرير وجودا لسوء النية و يكون حاسما و أصليا يدفع للتعاقد حتى يعتبر عيبا من عيوب الرضا .
- يؤسس عيب التغرير لدعوى إبطال تخضع لتقادم مدته عام ويؤدي لدعوى تعويض تخضع لتقادم ثلاث سنوات و هو واقعة قانونية تثبت بجميع الوسائل .

3 - الإكراه :

يشترط في الإكراه أن يكون :

- صادر من المتعاقد نفسه أو إستغلال الظروف الناشئة من الإكراه
- يسلط على المتعاقد أو أحد أقاربه .

ومن آثار الإكراه أن يؤسس لدعوى إبطال تخضع لتقادم عام من تاريخ زواله و دعوى تعويض تقادم ثلاث سنوات من تاريخ علم المتضرر .

الفصل 50

الإكراه هو إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملا لم يرتضه.

9

الفصل 51

لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلا في الصور الآتية :

-أولا : إذا كان الإكراه هو السبب الملجئ للعقد.

-ثانيا : إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسنه وكونه ذكرا أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره.

الفصل 52

الخوف المبني على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية لا يوجب الفسخ إلا إذا كان التهديد مما يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله حتى سلبت منه منافع بغير حق أو كان التهديد مصحوبا بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل قبله.

الفصل 53

الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من المعاقد الذي انجرت له منفعة العقد.

الفصل 54

الإكراه يوجب فسخ العقد وإن وقع على من له قرابة قوية مع المعاقد المكره على العقد.

الفصل 55

الخوف المترتب على الحياء لا يقتضي الفسخ إلا إذا صحبه تهديد قوي أو ضرب.

+ثانيا : العيوب المستحدثة :

1 - المرض :

- 59 يفقد القدرة على التمييز

- يتميز عن الأمراض العقلية و الجنون .

الفصل 59

أسباب فسخ العقد المبنية على حالة مرض أو ما شاكله من الحالات موكولة لنظر القاضي.

2 - الغبن :

- نميز بين غبن الرشد إما بالتغرير أو الإكراه 60
- غبن القصر ثلث القيمة الحقيقية 61

الفصل 60

الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغرير العاقد الآخر أو نائبه أو مَن نابه في العقد عدا ما استثني بالفصل الآتي.

الفصل 61

الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث.

المبحث الثاني : الشروط الموضوعية :

القسم الأول : السبب :

مفهوم السبب

السبب هو الشيء أو الأمر أو الغاية التي يتعاقد من أجلها. و قد اعتمد المشرع التونسي للسبب مفهوم واسعا.

نظام السبب

الفصل 68 "كل التزام يحمل على سبب ثابت جائز و لو لم يصرح"

الفصل 69 "السبب المصرح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلافه"

الفصل 70 "إذا تبين أن السبب المصرح إنما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز فعلى من يدعي أن للعقد سبب جائز غيره أن يثبت ذلك".

القرينة الأولى : وجود السبب حتى ولم يتم التصريح به.

القرينة الثانية قرينة جواز السبب وشرعيته فالسبب يبقى جائزا إلى حين يأتي ما يخالف ذلك.

- لا بد أن يكون السبب جائزا 67 68
- هناك قرينة لجواز السبب حتى و إن لم يتم ذكره
- على من يدعي غير ذلك عبء الإثبات .

القسم الثاني : المحل : محل الإلتزام :

أولا : وجود المحل :

أ - تعيين المحل بالذات و النوع : يقتضي شرط التعيين أن يقع تحديده في ماهيته وفي نوعه وفي صفته الفصل 63 .

ب - إمكانية المحل : إن إمكانية المحل تعني أن لا يكون مستحيلا وقد تم التنصيص على شرط الإمكانية بالفصل 64 من م ا ع الذي جاء ناصا على أنه " يبطل العقد إذا كان على

شيء أو عمل غير ممكن حيث طبيعته أو من حيث القانون " وقد تكون هذه الاستحالة واقعية (مثل الالتزام بإعادة شخص إلى الحياة) أو قانونية (التعاقد على التحف الأثرية والتعاقد في المخدرات) وفي هذا الإطار جاء الفصل 66 من المجلة ناصا على أنه لا إلتزام على شيء مستحيل أو تركة مستقبلية.

ثانيا : مشروعية المحل :

+ مبدأ حرية التعامل : إلى ما منعه القانون صراحة الفصل 62 "لا يسوغ التعاقد إلى في ما يسوغ فيه التعاقد من الأشياء و الأعمال و الحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد به يصح التعامل".

+ عدم مشروعية التعامل في الحقوق الشخصية و حقوق الدولة :

منع التعاقد بمقتضى القوانين في أعضاء البدن و متعلقاته طبقا للقانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية و زرعها؛ و من المحلات الممنوعة أيضا في عقود الخواص على الأصل المخدرات و الأسلحة و التحف الأثرية.

الفصل الثاني : جزاء الإخلال بأركان العقد :

المبحث الأول : قيام البطلان :

البطلان هو جزاء عدم إستكمال العقد لأركانه وشروط صحته عند تكوينه أما الفسخ فهو جزاء عدم تنفيذ أحد الطرفين للعقد الذي نشأ صحيحا.

مجلة الإلتزامات والعقود تستخدم مصطلح الفسخ بمعناه الصحيح في الفصول 248 إلى 302 ولكنها تخطأ في إستعمال مصطلح الفسخ دلالة على البطلان النسبي في الفصول من 330 إلى 338.

+القسم الأول : تطور نظرية البطلان :

لقد استقر الفقه وفقه القضاء والمشرع لاحقا إلى تقسيم البطلان إلى نوعان بطلان مطلق وبطلان نسبي حسب الأحكام العامة في العقد ويرجع أساس هذه التفرقة إلى القانون الفرنسي القديم؛ وهنا يطرح التساؤل في الحالات التي لا يتولى فيها المشرع إبراز نوعية الجزاء إن كان من النوع المطلق أم أنه من النوع النسبي؛ ونجد في هذا النوع نظرياتان.

- الجزء الأول : مبررات التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي
- الفقرة الاولى : أسس التفرقة في النظرية التقليدية للبطلان

النظرية الأولى تقليدية وهي تعتمد على درجة الخطورة، فإذا كان الأمر يتعلق بالعناصر المهمة للعقد (أكثر خطورة) يترتب عنه البطلان المطلق؛ وأما إذا كان يتعلق بعناصر غير مهمة (أقل خطورة) يترتب عنه البطلان النسبي.

- الفقرة الثانية : الأسس الحديثة للتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

النظرية الحديثة فتعتد بالمصلحة، إن كانت تهم المجموعة ككل خضعت الحالة المختلة والمخالفة التعاقدية للبطلان المطلق وإن كانت مصلحة فردية خضعت للبطلان النسبي.ويبدو فقه القضاء آخذا أكثر بمعيار المصلحة ولكن لا يستبعد معيار الخطورة وهو ما ينتقل بالموضوع إلى التبرير وترك الحرية للقاضي ولسلطته التقديرية.

- الجزء الثاني : المصلحة القانونية من التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

يسمح التمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق :

- الفقرة الأولى : تحديد نظام البطلان : من حيث الأشخاص الذين يحق لهم حق القيام ومن حيث أجل القيام ومدى إمكانية إجازة العقد الباطل (البطلان النسبي)
- الفقرة الثانية : بإختلاف آثار البطلان النسبي عن أثار البطلان المطلق.

+ **<u>القسم الثاني : نظرية البطلان في القانون التونسي :</u>**

الجزء الأول : التكريس القانوني للنظرية التقليدية للبطلان

الفقرة الأولى : قاعدة لا بطلان بدون نص

حدد الفصل 325 حالات البطلان المطلق كما حدد الفصل 330 حالات البطلان النسبي.ما دفع الفقه إلى إعتبار لا قيام لبطلان بدون نص سابق ينص عليه ولكن كان لهذه النظرية نقائص.

الفقرة الثانية : نقائص النظام القانوني للبطلان

إن قاعدة لا بطلان بدون نص تقيد القاضي وتمنعه من الإعتماد على النظرية الحديثة للبطلان.وتطرح النظرية التقليدية سؤالا حول صمت النص عن الجزاء ؟ وقد اعتمد فقه القضاء البطلان المطلق في حين التجأ بعض الفقهاء لتكريس نظرية العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي (العقد الموقوف هو العقد الذي إنعقد صحيحا لتوافر عناصر الإنعقاد وعناصر الصحة فيه إلا أنه يعتمد لأحد عناصر وهما الملك والأهلية مثال عقد القاصر وبيع ملك الغير الذي يبقى موقوفا على إجازة المالك.)

الجزء الثاني : النظام القانوني للبطلان :

الفقرة الأولى : حالات البطلان :

- **البطلان المطلق :**
  - غياب أحد الأركان : السبب والمحل والأهلية والرضا والشكلية.أي إفتقر العقد لأحد أركانه الأساسية .
  - يرفعه الأطراف أو الولي أو المحكمة أو الخلف العام أو الخلف الخاص .أما الغير المطلق فلا يعترف له بحق القيام إلا عند وجود مصلحة خاصة له وهي صورة إستثنائية كما أن للنيابة العمومية حق الدفاع عن المصلحة العامة والنظام العام 251 م م م ت.

- **البطلان النسبي :**

➢ هو جزاء مخالفة القواعد القانونية المعتمدة لحماية مصلحة المتعاقدين كعيوب الرضا و الأهلية المقيدة.

➢ يرفعه الأطراف أو الولي أو الورثة بعد موت المتعاقد .

الفقرة الثانية : إنقضاء حق القيام بالبطلان :

ينقضي البطلان في صور ثلاث :

الفصل 334

القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد.

الفصل 335

يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى.

ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصول 330 و331 و332 و333 و334.

- 1 بالإمضاء مع العلم بالعيب في البطلان النسبي .
- 2 بالتقادم :
- في البطلان النسبي 334 335 عام من تاريخ إكتشاف الغلط أو العلم بالتغرير أو زوال الإكراه أو عام من تاريخ بلوغ سن الرشد أو عام من تاريخ رفع الحجر و في كل الحالات تخضع لتقادم 15 سنة .
- هناك نقاش حول سقوط البطلان المطلق بأجل 15 عام أو ليس هناك أجل حسب ما جاء بالفصول 330 و331 و332 و333و334 .

<u>الفقرة الثالثة : آثار البطلان :</u>

+ نسبية الأثر الرجعي للبطلان : لا يطرح مشكلة إلا في العقود الممتدة في الزمن فيشمل في هذه الحالة المستقبل فقط كعقد الكراء و الشغل .

+ البطلان الجزئي و تحول الإلتزام :

- قد يقتصر على أجزاء من العقد التبعي دون الأصلي
- تحول الإلتزام : كالكمبيالة إلى سند إذني أو إعتراف بالدين إذا أخلت بالشروط الشكلية 328 م إ ع.

الفصل 328

إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام.

الجزء السابع : آثار العقد

الفصل الأول : آثار العقد من حيث الموضوع :

المبحث الأول : الأثر الأول :القوة الملزمة للعقد :

الفصل 242

ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون.

الفصل 243

يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته.

1 / مبدأ القوة الملزمة للعقد : 242 م إ ع :

+ إلزامية العقد تجاه الأطراف :

- الوفاء بالإلتزام الناشئ عن العقد 242
- الوفاء مع تمام الأمانة 243
- إستحالة النقض الأحادي للعقد 242

+ إلزامية العقد تجاه القاضي :

- العقد شريعة الطرفين و يلتزم القاضي ببنود الفصل 242
- نظرية الظروف الطارئة : ظروف إقتصادية تضر بتكافؤ الإلتزامات ما يفرض تدخل القاضي للمحافظة علة إستقرار العقود .

2 / نطاق القوة الملزمة : 243

+ القانون : القوة الملزمة تشمل القواعد المكملة أما الآمرة لا يمكن الإتفاق على مخالفتها

+ العرف و الإنصاف : العرف جرت العادة على إدراجه و الإلتزام به و الإنصاف كذلك كالإلتزام بالسلامة وحماية الطرف الضعيف .

المبحث الثاني : الأثر الثاني : عدم الوفاء بالإلتزام : تعالج المسألة من جانبين :

1 / النظام العام لعدم الوفاء بالإلتزام :

- المسؤولية العقدية : أركانها / سبل التفصي منها (سيتم تفصيلها في دروس المسؤولية المدنية)
- آثارها : التعويض عن الضرر المادي :
  - طلب تعويض الخسارة عند مماطلة المدين و نعني بالمماطلة تأخر الوفاء في الكل أو الجزء 268
  - تعويض الخسارة يخضع لإجتهاد القاضي 278 أو بالإتفاق .

الفصل 268

يعتبر المدين مماطلا إن تأخر عن الوفاء بما التزم به في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح.

الفصل 269

يعد المدين مماطلا بمضي الأجل المعين في العقد فإذا لم يعين أجل فلا يعد المدين مماطلا إلا بعد أن ينذره الدائن أو نائبه القانوني بوجه صريح بالوفاء بما عليه ويذكر في الإنذار ما يأتي:

أولا – أنه يطلب من المدين الوفاء بما التزم به في مدة معقولة.

ثانيا– أنه إذا مضى هذا الأجل فإن الدائن يعد نفسه بريئا مما تعهد به.

ويجب أن يكون الإنذار كتابة وقد يكون برسالة تلغرافية أو بمكتوب مضمون الوصول أو بطلب المدين للحضور لدى المحكمة ولو كانت غير مختصة.

الفصل 278 – (تمم بالقانون رقم 148 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر 1959).

الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد واعتبار الأحوال الخاصة بكل قضية موكول لحكمة القاضي وعليه أن يقدر الخسائر ويجعل فيها تفاوتا بحسب خطأ المدين أو تغريره.

غير أنه في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون.

ويحكم بهذا الغرم دون أن يلزم الدائن بإثبات حصول أي خسارة.

ويكون الغرم اعتبارا من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين من طرف الدائن.

يمكن للدائن الذي حصل له بسبب سوء نية مدينه ضرر زيادة على المماطلة أن يتحصل على جبر ضرره وذلك بقطع النظر على الفائض المعين لغرم المماطلة.

2 / النظام الخاص للعقود الملزمة لجانبين :

الفصل 273

إذا حل الأجل وتأخر المدين عن الوفاء فللدائن الحق أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا وإلا فسخ العقد مع أداء ما تسبب عن ذلك من الخسارة في كلتا الحالتين.

فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائن إمّا طلب الوفاء الجزئي أو فسخ العقد مع تعويض الخسائر في كلتا الحالتين وتجري في المماطلة القواعد المقررة بالفصول المتعلقة بالعقود الخاصة.

وفسخ العقد لا يكون إلا بحكم.

- الدفع بعدم التنفيذ :
- الإمتناع عن التنفيذ إلى أن يؤدي الطرف الآخر إلتزامه
- يختلف عن الحبس الذي هو وسيلة تنفيذ
- آثاره : التوقف عن تنفيذ الإلتزام
- الفسخ :
- نطاقه : في العقود الملزمة لجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد إذا كانت بعوض كالوكالة و الوديعة و لا يشمل عقد التأمين و القسمة الرضائية .
- شرط إستحالة التنفيذ : تنفيذ الإلتزام أصبح مستحيلا .
- آثاره :
  - فسخ العقد بصفة رجعية : محو الآثار بالنسبة للأطراف و الغير .مع إستثناء العقود الزمنية التي يمتد فيها البطلان نحو المستقبل فقط .
  - مسألة تحمل التبعة : في حالة الأمر الطارئ و القوة القاهرة :
  - هلاك منزل بسبب زلزال يعفي من دفع الكراء أما هلاك المبيع فلا يعفي من دفع الثمن .

الفصل الثاني : آثار العقد من حيث الأشخاص :

المبحث الأول : الأثر الأول : مبدأ النسبية العقدية : 240 / 37 م إ ع

الفصل 273

إذا حل الأجل وتأخر المدين عن الوفاء فللدائن الحق أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا وإلا فسخ العقد مع أداء ما تسبب عن ذلك من الخسارة في كلتا الحالتين.

فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائن إمّا طلب الوفاء الجزئي أو فسخ العقد مع تعويض الخسائر في كلتا الحالتين وتجري في المماطلة القواعد المقررة بالفصول المتعلقة بالعقود الخاصة.

وفسخ العقد لا يكون إلا بحكم.

1 / نسبية الأثر الإلزامي للعقد :

+ يشمل الأثر الإلزامي الأطراف المتعاقدون . الخلف العام و الخلف الخاص و الدائنون العاديون

+ الغير لا ينجر له نفع و لا ضرر

2/ المعارضة بالعقد :

+ حق المتعاقدين في الإحتجاج بالعقد على الغير

+ حق الغير في الإحتجاج على المتعاقدين إذا ما إنجر له ضرر

المبحث الثاني : الأثر الثاني : الإشتراط لمصلحة الغير :

الفصل 38

يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير وإن لم يعين الغير إذا كان ذلك ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين. وحينئذ ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير ويكون له القيام به على الملتزم إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة وإذا اشترط شيء للغير فأعلم الذي اشترطه بعدم قبوله له فلا عمل على الشرط.

الفصل 39

يسوغ لمن اشترط على معاقده شيئا لمنفعة الغير أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشرط إلا إذا ظهر من العقد أن التنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير.

1 / شروطه :

+ وجود عقد بين المشترط و المستفيد

+ المستفيد : لا بد أن يكون معينا أو قابلا للتعيين

2 / آثاره :

+ المشترط و المتعهد : 39 تنفيذ العقد

+ المستفيد و المتعهد : يكتسب حقا مباشرا مستمدا من عقد المشارطة 38

+ المستفيد و المشترط : إنتفاء كل علاقة مديونية و مع إثارة مسألة قابلية الإشتراط للنقض.

- **مبدأ سلطان الإرادة :**

أي دور للإرادة في إنشاء العقود وأي دور لها في إحداث الآثار الملزمة للأطراف ؟ هنا تختلف الإجابة بين نظرية تقليدية مؤسسة على مبدأ سلطان الإرادة ونظرية حديثة تعتبر أن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون لا من الإرادة.

1 / نطاق المبدأ :

إن مبدأ سلطان الإرادة مبدأ أقرته النظرية التقليدية التي تعتبر أن الإرادة هي أساس العقد ومصدر الإلتزامات التي تنشأ عن العقود.

+ تجليات المبدأ :

يعتبر هذا المبدأ وليدا للفلسفة التحررية التي ميزت القرن الثامن عشر سياسيا والقرن 19 اقتصاديا.فالعقد لا ينبع إلا عن إرادة حرة طليقة وهو ما يؤسس للنتائج التالية :

- الحرية التعاقدية : أي حرية الشخص في التعاقد من عدمه وفي تحديد مضمون العقد.
- الرضائية : وتعني تكون العقود تكونا صحيحا بمجرد إلتقاء إرادتين دون تقيد الأطراف بشروط شكلية تقيد مبدأ سلطان الإرادة وتمس به.
- العقد شريعة الطرفين : يؤسس مبدأ سلطان الإرادة أيضا لقاعد ة العقد شريعة الطرفين ما يعني إحترام الإرادة الفردية عند التنفيذ فالعقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون فهو شريعة وقانون أيضا.

+ تأثر م إ ع بمدأ سلطان الإرادة:

تأثرت م إ ع منذ صدورها سنة 1906 بهذا المبدأ والذي تجلى خاصة في

- إقرار الرضائية في تكوين العقود لعدم تنصيص المجلة على شرط شكلي.
- تكريس عيوب الرضا في الفصل 43 وما بعد من م ا ع.
- التنصيص على القوة الملزمة للعقد في الفصل 242 من م إ ع.

2 / قيود المبدأ :

+ على مستوى الحرية التعاقدية : يعتبر شرط الشكلية من أهم القيود التي كرسها المشرع تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة وحماية لمصلحة الأطراف وذلك بإشتراط الكتب وأحيانا الكتب الرسمي في عدة أنواع من العقود على غرار العقارات المسجلة بل وإشتراط كاتبها كوجوبية إبرام العقود المتعلقة بالأصل التجاري من طرف محام مباشر.

+ على مستوى حرية الأطراف : عقود النفول و الشفعة و القواعد الآمرة التي لا يمكن الإتفاق على مخالفتها .

- **<u>تفسير العقد :</u>**

1 / جدوى التفسير :

النظرية الذاتية الفرنسية (التفسير يكشف الإرادة)

النظرية الموضوعية الألمانية (الأخذ بالإرادة الصحيحة) .

2 / قابلية التفسير : 513 إلى 515 :

الفصل 513

إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة.

الفصل 514

يسوغ تأويل العقد في الأحوال الآتية:

أولا : إذا كانت عبارته مناقضة للمقصود ولصريح الغرض منه عند تحريره.

ثانيا : إذا كانت عباراته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها.

ثالثا : إذا كان موجب الريب تناقض في فصول الكتب أوجب ترددا في حقيقة مدلولها.

الفصل 515

العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب.

+ شرط قبول التفسير : غموض العبارات أو وجود تناقض 514

+ جزاء مخالفة الشرط : خطأ : تعريف موجب للنقض .

3 / طرق التفسير :

+ البحث عن الإرادة المشتركة :

517 تأويل الفصول ببعضها البعض :

518 عبارة ذو معنيين الأخذ بما فبه فا ئدة :

الفصل 517

فصول الكتب تؤول ببعضها بأن يعطى لكل منها المعنى الذي تقتضيه جملة الكتب وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخر في نسق الكتابة.

الفصل 518

إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة فيه.

+ ضرورة إحترام قواعد العرف و الإنصاف و حسن النية :

516 إلى 531 مراعاة القواعد الآمرة في التفسير

الفرع الثاني : مادة الإثبات : النظرية العامة للحق

مصادر الحق و الإلتزام أربع حسب الفصل الأول من م إ ع العقد و شبه العقد و الجنحة و شبه الجنحة و هو تصنيف تقليدي يقابله تصنيف حديث يميز بين الواقعة و التصرف .

تطبيقات شبه العقد : هي ثلاثة : عمل الفضول و دفع مالا يلزم و الإثراء بلا سبب

يفترض كل منها شروط مادية و قانونية و آثار تتمثل في إمكانية القيام بالدعوى أمام القضاء للحصول على تعويض .

- التصرف الفضولي 1179 إلى 1194 من م إ ع :
- دفع ما لا يلزم : الفصول من 73 إلى 78 من م إ ع :

الفصل 73

من دفع ما ليس عليه ظنا منه أنه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر له أن يسترجع ما أداه ممن اتصل به لكن لا يلزم هذا بالرد إذا مزق رسم الدين أو أبطله أو سلم في توثقة الدين أو ترك القيام على المدين الحقيقي حتى سقط حقه في القيام بمرور المدة جهلا منه بحقيقة الأمر فلم يبق للدافع والحالة هذه إلا الرجوع على المدين الحقيقي.

الفصل 74

من دفع باختياره ما لا يلزمه عالما بذلك فليس له أن يسترجع ما دفعه.

الفصل 75

يجوز استرداد ما وقع دفعه لسبب مستقبل لم يقع أو لسبب موجود قد زال.

الفصل 76

لا يسترد ما دفع لسبب مستقبل لم يقع إذا كان الدافع عالما بأن حصول ذلك غير ممكن أو منع هو حصوله.

الفصل 77

يجوز استرداد ما دفع لسبب يخل بالقانون أو بالنظام العام أو بالأخلاق الحميدة.

الفصل 78

لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بدين سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع ممن يملك التفويت مجانا ولو دفع ظنا منه انه يلزمه الأداء أو جهلا بسقوط الدين.

- الإثراء بدون سبب : الفصل 71 من مجلة الالتزامات والعقود ينص على أنه : " من اتصل بشيء أو غير ذلك من الأموال مما هو لغيره أو صار ذلك في قبضته بلا سبب موجب لاكتسابه فعليه رده لصاحبه."

الجزء الأول : عبء الإثبات

1 / المبدأ : تحمل المدعي عبء الإثبات :

- الأساس القانوني : 420 م أ ع إمتداد للفقه الروماني و الإسلامي / 561 الأصل براءة الذمة حتى يثبت تعميرها / 562 الأصل بقاء ما كان على ما كان و على من يدعي غير ذلك الإثبات .
- تطبيق المبدأ : المدعي كل من يدعي شيئا في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

2 / الإستثناء : القرائن القانونية :

- الق الق القاطعة حجية مطلقة لا تقبل الدحض إلا بالزور ك ق إتصال القضاء و التقادم و البطلان .
- الق الق البسيطة حجية نسبية كالحوز و النسب و حسن النية .

الجزء الثاني : وسائل الإثبات

الفصل الأول : وسائل الإثبات الكاملة

- **الإقرار :**

- **الإقرار الحكمي :** الإعتراف من خصم او وكيله لدى الحاكم المأمور العمومي قد يكون صريحا أو ضمنيا .و هو وسيلة إثبات كاملة و وحدة كاملة لا يجوز تجزئتها 438 م إ ع . أما آثاره فيؤاخذ المرء بإقراره الحكمي و يؤاخذ به وارثه و من إنجر له حق منه 434 م إ ع .
- **الإقرار غير الحكمي :** 430 م إ ع خارج الجهاز القضائي خبير أو جهاز إداري

شروطه : أهلية الإلتزام و إرادة حرة خالية من عيوب الرضا .

موضوعه : لا يخالف النظام العام و الأخلاق الحميدة و لا يتعلق بأمر مستحيل أو يتناقض مع حكم بات .

آثاره : يلزم من صدر منه فقط

- **الكتب : التنوع حسب الفصل 441 م إ ع**

- الحجة الرسمية : مأمور عمومي قوة إثبات مطلقة تحض بالزور
- الحجة غير الرسمية : كتب يحمل إمضاء الطرفين و لم تصدر عن مأمور عمومي و تعد الوثيقة الإلكترونية كتبا .
- الكتائب الأخرى و نسخ الحجج: كدفاتر التجار و الكتابة على حجة الدين بما يفيد الخلاص

- **اليمين الحاسمة :**

492 إلى 500 يوجهها أحد الخصمين على الآخر

- طبيعتها : صلح بين الطرفين و وسيلة كاملة تنهي النزاع و تلزم القاضي
- شروطها : صفة الوكيل أو الطرف : الولد لا يوجهها على أبيه / الأهلية / موضوع اليمين : كل الدعاوي بإستثناء ما نص عليه الفصل 500 و هي يمين التهمة و إثبات معاملة بحجة رسمية و نفي أمر مثبت بحجة رسمية و مخالفة النظام العام و الأخلاق الحميدة و إثبات ما يخالف حكم بات و عديمة الفائدة .
- إجراءاتها : من يوجه اليمين يفقد حقه في كافة الأدلة و لا يمكن الرجوع فيها بعد قبول الخصم . و يمكن لمن وجهت ضده رفض أدائها و توجيهها على خصمه .

الفصل الثاني : وسائل الإثبات الناقصة :

- **شهادة الشهود :**

- الفصول 498 م إ ع و قواعدها الإجرائية 92 إلى 100 م م م ت
- اللجوء بطريقتين : طلب الأطراف أو الإذن من المحكمة
- الشهادة من القضاء أو الجهاز الديبلوماسي
- حياد الشاهد : تقدير القاضي

- **القرائن القضائية :**

- 487 486 : وسيلة إثبات ناقصة لا تكفي لوحدها لحسم النزاع.
- لا بد من تدعيمها باليمين الإستيفائية

- **اليمين الإستيفائية :**

يوجهها القاضي على الخصمين .

الفصل الثالث : مقبولية وسائل الإثبات :

- **إثبات التصرف القانوني :**

- المبدأ : 473 أكثر من ألف دينار كتب / أقل كل الوسائل
- الإستثناء : حرية الإثبات في الق التجاري
- في المادة المدنية بإتفاق الطرفين أو الحجة غير كاملة 479 و فقدان الكتب أو تعذر الحصول عليه 478

- **إثبات الواقعة القانونية :**

- المبدأ : حرية الإثبات 427
- الاستثناء : وجوبية الكتب في بعض الحالات مثل إثبات الولادة و الوفاة بموجب مضمون الولادة أو رسم الوفاة .

الفرع الثالث : المسؤولية المدنية

تقديم عام

الجزء الأول : أسس المسؤولية

أسس المسؤولية المدنية نوعان إما أسس تقليدية والتي تشمل الخطأ والتبعية أو أسس حديثة أتى بها الفقه .

1 -أسس تقليدية :

- الخطأ: هو المبدأ العام في المسؤولية. أساس ذاتي و شخصي ويقوم الخطأ على تقدير شخصي للسلوك وله إيجابيات تتمثل خاصة في دوره الوقائي بمنع الاشخاص مسبقا من إلحاق الضرر بالغير .وقد إعتمدت م إ ع على النظرية الذاتية في الفصلين 82 و 83.ويتحمل المتضرر عبء الإثبات .
- التبعة: هي نظرية موضوعية تؤسس المسؤولية دون اشتراط الخطأ إذ يتحمل المستفيد تبعات نشاطه المربح.ولها دور وقائي للأضرار .وقد شهدت هذه النظرية تطبيقات وتدعيما بتعميم التأمين في ميدان الأنشطة الصناعية والاقتصادية.

2 - أسس حديثة :

تعتبر هذه النظريات الحديثة المؤسسة للمسؤولية المدنية بمثابة الداعم للنظريات القديمة والمكونة معها للإطار الشامل للمسؤولية المدنية على حد عبارة الأستاذ سامي الجربي في كتابه " شروط المسؤولية المدنية ص 24 :

- نظرية الضمان STARK

دافع B STARK في أطروحة دكتوراه سنة 1947 على نظرية الضمان وذلك بمعالجة أسس المسؤولية من زاوية المتضرر ما يعني تقديم حق الحرمة الجسدية والسلامة البدنية على حق التكسب والنشاط الإقتصادي وبالتالي إعطاء الأولوية للتعويض دون الحاجة إلى إثبات الخطأ فمركز الإهتمام هو المتضرر.

وقدم STARK B تحليلا توفيقيا بين نظرية الخطأ والتبعية ووجدت هذه النظرية انعكاسا لها في صناديق التعويض وتعميم التأمين ولكنها لاقت أيضا نقدا بإعتبارها تؤدي آليا إلى التعويض دون إشتراط مسبق لفعل غير مشروع.

- نظرية André Tunk

بعد أن كان الفقيه أندري تانك مدافعا عن النظرية الذاتية إلى جانب الإخوة MAZEAUD في مؤلفهم المشترك حول المسؤولية المدينة ، أصبح الفقيه المذكور يدافع عن وجهة نظر أخرى خاصة في نقده لتطبيق النظرية الذاتية في قضايا حوادث المرور التي يقوم فيها القضاء بوضع المتضرر والمسؤول على قدر المساواة وتحديد درجة المسؤولية ودرجة المساهمة في الخطأ ويقوم بتجزئة التعويض على هذا الأساس.وهو ما أدى لإستفادة قطاع التأمين الذي نشأ لتغطية الأضرار الناتجة عن حوادث المرور وعن جميع الأنشطة الأخرى وبات غير منصف للمتضررين.

يؤسس أندري تانك نظريته على أساس أن للمتضرر حقا في التعويض لا يجوز أن يحرم منه خاصة عند وجود أضرار جسدية وبالتالي لا بد تعزيز جانب المتضرر و تجاوز سلبيات بقية النظريات.
ولاقت نظريته انتقادا شديدا في فرنسا ثم تم تبنيه في عدة بلدان مثل تونس والجزائر والسويد وفرنسا في سنة 1985.

- نظرية إنشاء الخطر:الفقيهة البلجيكية G. Shamps

تتأسس هذه النظرية على ضرورة التعويض للمتضرر من الأنشطة الخطيرة بطبيعتها أوالتي تنشأ الخطر بتجهيزاتها أو الطاقة المستخدمة فيها وبالتالي يكون التعويض حتميا إذا تعلق بالسلامة الجسدية أو النفسية ولا تعويض عن الضرر اللاحق بالأموال.

- نظرية: مبدأ الحيطة:

تظهر هذه النظرية من خلال تبني الغاية الوقائية إلى جانب الغاية التعويضية: وخاصة في الحقوق المتعلقة بالجانب البيئي : حقوق البيئة.

الجزء الثاني : مفهوم المسؤولية المدنية

تنقسم المسؤولية القانونية إلى مسؤولية جزائية ومسؤولية مدنية يتعين بيان الفرق بينهما وتنقسم المسؤولية المدنية بدورها إلى مسؤولية تعاقدية ومسؤولية تقصيرية .

التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية

1 - ميزات المسؤولية المدنية :

الغاية:مصلحة الفرد
الجزاء:التعويض
الفعل:كل فعل غير مشروع
الدعوى: يثيرها المتضرر الأهلية 13 سنة
التأمين: ممكن
التضامن: ممكن

2 – ميزات المسؤوية الجزائية

الغاية:مصلحة الفرد
الجزاء عقاب
الفعل :مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات
الدعوى:تثار من النيابة أو من المتضرر
الأهلية: 18 سنة + إجراءات خاصة بالصغير غير المميز
التأمين: غير ممكن في الجرائم القصدية
التضامن: لا يمكن إلا في الجرائم الديوانية و الشيكات

3 - قيام المسؤولية المدنية و المسؤولية الجزائية عن فعل واحد

يمكن الخيار وفق ف7 إج:
1 / القيام بدعوى مسؤولية مدنية + الدعوى الجزائية فيحكم القاضي بالإدانة و التعويض/عدم سماع الدعوى و التخلّي عن الدعوى المدنية للقاضي المدني

2/ القيام بدعوى مدنية منفصلة أمام القاضي المدني ما يطرح فرضيتين:

- الأولى: تعهد القاضي المدني بالدعوى بالدعوى المدنية قبل البت في الدعوى العمومية من قبل القاضي الجزائي و في هذه الحالة يتوقف النظر في المدني الى حين البت في الجزائي فـ7 فقرة 2 إج وفق مبدأ "الجزائي يعقل المدني "
- الثانية: تعهد القاضي المدني بالدعوى المدنية بعد حكم جزائي بات

المخطط :

1 / أساس التفرقة :

+ من حيث أساس المسؤولية و مصدرها :

المسؤولية الجزائية : تضرر المجتمع بفعل إجرامي يخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

المسؤولية المدنية : تضرر بفعل شخصي و ليس هناك قائمة تفصيلية إنما نصوص عامة 82 83

+ من حيث إثارة الدعوى و طبيعة الجزاء :

المسؤولية المدنية دعوى مدنية شروط الفصل 19 م م م ت و الجزاء تعويض

المسؤولية الجزائية : دعوى جزائية و مدنية و الجزاء عقابي على الجريمة .

2 / قيام المسؤوليتين على فعل واحد :

الفصل 7 م إ ج :

+ الجمع بين الدعوى العمومية و الدعوى الجزائية :

+ الإنفصال بين الدعويين :

تعهد القاضي المدني قبل صدور حكم جزائي بات : الجزائي يوقف المدني

تعهد القاضي المدني بعد حكم جزائي بات : حجية الأمر المقضي به جزائيا على المدني

4 - مدى حجية الحكم الجزائي السابق عن الدعوى المدنية

نجد في القوانين المقارنة من يكرس الإستقلال التام بين الدعوتين مثل الأنظمة الإنغلوسكسونية و من يكرس الربط المطلق بين الدعوتين أخذا بوحدة الخطأين المدني والجزائي مثل القانون الفرنسي .

في تونس:

- 101 م إع: حكم البراءة الجزائي لا يؤثر على نوع الحكم المدني / حكم الإدانة الجزائي يقيد القاضي المدني.

اختلف فقه القضاء في تأويل الفصل حتى أقرت الدوائر المجتمعة مبدأ وحدة الخطأين و التزام القاضي المدني بالحكم الجزائي إدانة أو براءة لكنها فتحت ممر أمان بتوصل أحكام ف 96 م إع لتأسيس دعوى التعويض على أساس الضمان (قرار تعقيبي مدني في 18 أكتوبر 1996)

- قانون 2005 إضافة باب خامس لمجلة التأمين متعلق بتأمين المسؤولية المدنية و التعويض في حوادث المرور : إذا قضى الحكم الجزائي بعدم تحديد السائق فلا يمكن للقاضي المدني أن يعتبر أحد المتضررين سائقا . و أصبحت التعويضات تعطي على أساس جدول مفصل محدد مسبقا .

الخيار والجمع بين المسؤولية المدنية التقصيرية و المسؤولية المدنية التعاقدية

- تفترض المسؤولية المدنية التعاقدية عقدا.
- سؤال: هل يمكن الجمع بين الدعوى التقصيرية و الدعوى التعاقدية ؟

- الإجابة : المبدأ: عدم الجمع حتى لا يستفيد المتضرر من مزايا النظامين (القضاء الفرنسي لا يجمع عكس انقلترا)

- سؤال: هل يمكن الخيار بين الدعوى التقصيرية و الدعوى المدنية ؟

الإجابة:

- أنصار عدم الخيار الفقه الفرنسي :
- أنصار الخيار غالبية الفقه و غالبية المشرعين :

الحجة 1 : المسؤولية التقصيرية تختلف تماما عن التعاقدية من حيث أركانها و أثارها.

الحجة 2: المسؤولية التقصيرية تهم النظام العام و يمكن اللجوء إليها في أي لحظة و قد أقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب حق الخيار بين المسؤوليتين و بين الدعوتين (قرار 42349 في 16 مارس 1995)

التمييز بين المسؤولية التقصيرية و المسؤولية التعاقدية

1 / التفرقة بين المسؤوليتين :

+ من حيث الأساس : المسؤولية التعاقدية تقتضي عقدا أما التقصيرية فلا تقتضي مثل هذه العلاقة.

+نطاق المسؤوليتين : توسع نطاق المسؤولية التعاقدية ليشمل القيام بدعوى ضد الباعث العقاري و المهندس العقاري و مكتب الدراسات في المسؤولية المتعلقة بالبناء .

2 / الخيار أو عدم الخيار بين المسؤوليتين :

+ الجدل الفقهي : تيار مناصر للخيار (بلجيكيا ألمانيا) و ضد الخيار (فرنسا و مصر)

+ المشرع التونسي : كرس الخيار بين المسؤوليتين و بين الدعويين ت م 42349 في 15 مارس 1995

الجزء الثالث : المسؤولية المدنية في القانون التونسي

يراوح القانون التونسي بين تبني النظرية الذاتية القائمة على الخطأ خاصة في الفصل 82 و 8 من م إ ع وتبني النظرية الموضوعية في الفصول 96 – 99 – 100 من م إ ع.
وتقوم المسؤولية باجتماع 3 أركان: الفعل الضار / الضرر / العلاقة السببية بينهما.

الركن الأول: الفعل الضار

يمكن أن يكون الفعل الضار صادرا عن الشخص نفسه فيكون مسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن الغير فيكون مسؤولية عن فعل الغير أو عن الشي ء فيكون مسؤولية عن فعل الشيء.

القسم الأول : المسؤولية عن الفعل الشخصي: الخطأ

عناصر الخطأ:

- التعدّي (خرق الواجب القانوني أو العرفي أو القضائي)
- إدراك التعدّي و هو الركن المعنوي للخطأ

أنواع الخطأ:

- العمدي ف 82 =جنحة خطأ غير عمدي = شبه جنحة 83
- خطأ بالفعل و خطأ بالترك
- درجات الخطأ : يسير / جسيم

تطبيقات الخطأ :

+ المسؤولية عن الخطأ الرياضي

- قانون 104 في 3 أوت 1994 متعلق بتطوير و تنظيم التربية البدنية و الأنشطة الرياضية.
- ف 27 أرسى نظام التعويض و التأمين الإجباري بالنسبة للهياكل الرياضية
- شروطها

1/ خطر رياضي: اختلف فقه القضاء بين اعتبار الخطر بمعنى الخطأ ما يؤسس لمسؤولية ذاتية و اعتباره ضررا ما يؤسس لمسؤولية موضوعية.
و عموما يقدر الضرر وفق الرياضي الصالح (معيار)
== خطر رياضي يؤدي بعلاقة سببية إلى حصول ضرر.
2/ لاعب مجاز من طرف الجامعة التونسية
3/ مباراة تحت إدارة و مراقبة الجامعة التونسية
--- الإصطدام عفوي أدى إلى كسر بالأضلع و عملية جراحية على الكلية. (حكم عدد 38386 في 25 أفريل 2005 مح ابتدائية بصفاقس)
----التعويض عن الخطر أثناء الحصّة التدريبية :المحكمة الابتدائية بصفاقس 41271 في 18 جوان 2007 ./39535 في 6 سبتمبر 1993 .
- ف61 من قانون 1994 و القرار 6135 في 18 ديسمبر 2009 : الجامعة التونسية تسهر على تنظيم المباريات و هي مسؤولة مدنيا عن عامل الأضرار التي تلحق باللاعبين و تؤمن إجباريا ما يؤدي إلى تحمل شركة التأمين التعويضات

+حماية المعطيات الشخصية:

- قانون 63 في 27 جويلية 2004
- تشمل المعطيات الشخصية الحق في الصورة و هو حق كل شخص بمنع استعمال صورته دون إذنه و منع إدخال تشويهات عليها وهو حق ذاتي حسب القرار التعقيبي 19320 في 25جوان 2008
- تفترض معالجة المعطيات الشخصية شروط ايجابية (احترام المصداقية, احترام الحياة الخاصة, الغرض المشروع, حدود ما هو ضروري) و شروط سلبية (ليس لغاية التشهير ف9 فقرة 2 و ليست للدعاية إلا بموافقة كتابية ف 27)
- استثناءات الموافقة الصريحة و الكتابية حسب قانون 2004 هي البحث العلمي و المصلحة الحيوية ف 12 , و المعلومات المتعلقة بالحياة العامة ف 4 .

قرار عدد 24818 في 15 جوان 2008 أقر التعويض لعاملة مختصة في الاستحمام و التمسيد في نزل نشرت صورتها على شبكة الإنترنت و هي نصف عارية بموافقتها الشفاهية ما مثل خدشا للحياء

قرار تع 67393 في 29 جانفي 2013 برنامج تلفزي حول السمنة نشر صورتين لشخصين.

قرار تعقيبي 20932 في 22 جانفي 2008 نشر صورة إمرأة معصبة العينين وهي في عملية تجميل بدون موافقة كتابية

قرار تعقيبي 62172 في 19 جوان 2012 نشر صورة فتاة وهي تمتطي مركبة ألعاب و استغلال الصورة في الدعاية.

+ التعسف في استعمال الحق

- ف 103 إع " من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن إجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق و لم يفعل فعليه العهدة المالية."
- شرط : ضرر فادح أمكن اجتنابه أو إزالته بدون خسارة
  عدم القيام بالإجتناب
- العهدة المالية: التعويض

مثال: اللجوء إلى القضاء مرات عدة لا يعتبر تعسّفا في استعمال حق التقاضي (قرار تع عدد 68919 في 5 مارس 2013)

+ مضار الجوار:

- ف 99-100 إع
- حدّد الفصلان شروط مضار الجوار

1/ المضار: تكون خارجة عن المألوف : موجات كهرومغناطيسية مح استئناف صفاقس 20290 في 12 أفريل 2007

2/ المتضرر: الجار و العبارة وردت عامة تعني المالك أو مستغل العقار.

3/ تقدير المضار: إزعاج غير مألوف و غير عادي متكرر و متواتر كأزير الطائرات و نباح الكلاب المتكرر

- مضار الجوار: إما اتخاذ الوسائل اللازمة لتجنب الضرر / إزالة النشاط تماما

و يخضع تحديد الجزاء للسلطة التقديرية للقاضي وفق قرار الدوائر المجتمعة عدد 36870 في 24 أفريل 1997.

- الإنتصاب السابق للجار لا يؤخذ بهذه الحجة حسب فقه القضاء الفرنسي

في تونس لم يتعرض لها المشرع و لا فقه القضاء

- الحساسية المفرطة للجار: مبدئيا ينظر للضرر من زاوية الضرر لا من ناحية الحساسية المفرطة للجار.

+مسؤولية الطبيب

- التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وفق ما ينص عليه فصل 31 مجلة واجبات الطبيب و قرار استئنافي عدد 47788 سنة 1998 و أساس هذه المسؤولية :الخطأ (المبدأ)
- يفترض النظام القانوني لمسؤولية الطبيب تحديد شروط المسؤولية و التفصي و التعويض

- شروط: على المريض أن يثبت وجود الخطأ المسبب لضرر و العلاقة السببية
- باثبات انه قام بالعناية اللازمة
- التعويض : حسب المساهمة السببية في الضرر.

**** هناك بعض الإستثناءات التي يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة. (استثناء)

- التشخيص: خطأ في قراءة صورة الأشعة (قرار44674 في 11 جويلية 2010)
- استعمال آلات مستوصفية
- التلقيح الذي يؤدي إلى إصابات جرثومية (46473 في 28 ديسمبر 2009)
- شروط المسؤولية: على المريض إثبات الخطأ و الضرر و العلاقة السببية
- غير ممكن للطبيب إلا بإثبات الأمر الطارئ و القوة القاهرة
- التعويض كلي غير قابل للتجزئة

القسم الثاني :المسؤولية عن فعل الغير

الفصل 93 والفصل 93 مكرر.

- مسؤولية المتبوع عن فعل التابع : حسب الفصل 245 من مجلة الالتزامات والعقود تفترض شروطا تتمثل في (علاقة تبعية وحادث متعلق الوظيفة 117 من المجلة) وتنتج آثارا (التفضي يكون بإثبات السبب الأجنبي ويمكن تدارك النقص التشريعي المتعلق بمسؤولية التابعبتوصل أحكام المسؤولية الشيئية.)
- مسؤولية الأباء عن فعل الأبناء : تفترض شروط تتعلق ب (شرط المساكنة التي تفترض الإقامة والتعهد والمراقبة وشرط أن يكون الطفل غير مميز عند قيامه بالضرر) وتنتج آثارا (القرينة المحمولة على الوالدين هي قرينة خطأ على المتضرر عبء الإثبات ويمكن التفصي من قبل الوالدين بإثبات القيام بالمراقبة اللازمة أو خطا المتضرر / يمكن التداعي على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء والتفصي يكون وفق أحكام كل قرينة).

القسم الثالث : المسؤولية عن فعل الأشياء

1 / قيام المسؤولية :

- شروط القيام :
- الشيء : كلمة عامة كل الأشياء الخطيرة وغير الخطيرة.
- فعل الشيء : الضرر لا بد أن يكون من فعل الأشياء وذلك وفق معيار الاتصال والملامسة أو معيار الحركة والجمود مع إثبات الوضعية غير الصحيحة .
- الحفظ : الحفظ القانوني والحفظ المادي أي الذي له الملك والذي له في حوزته ونميز كذلك بين الحفظ التناوبي والحفظ الجماعي.
- ميدان الانطباق :
- الفصل 96 : يشمل كل أنواع الدعاوي : الدوائر المجتمعة كرست استقلال المسؤولية الشيئية عن المسؤولية الشخصية.
- المسؤولية عن فعل الأشياء هي مسؤولية موضوعية على أساس دعوى الضمان.

2 / التفصي في المسؤولية الشيئية :

- تحمل المدعي عبء الإثبات
- التفصي بإثبات فعل كل ما يلزم لتجنب الضرر أو السبب الأجنبي

القسم الرابع : المسؤولية الخاصة عن حوادث المرور :

القانون المؤرخ في 15 أوت 2005

1 / شروط الانطباق :

- حادث مرور : الفصل 121 من مجلة الطرقات
- حصول الضرر بفعل السير

2 / نظام التعويض :

- الأضرار المادية اللاحقة بالسيارات : (الفصل 96 دعوى الضمان)
- الأضرار البدنية اللاحقة بالأشخاص :
- غير السائق : تعويض كامل المترجل الدراج راكب الجرار ولا يمكن معارضتهم إلا في حالة خطأ فادح غير مغتفر أو خطأ المتضرر الفصل 122 من مجلة التأمين.
- المتضرر السائق : حسب نسبة المسؤولية : جدول ملحق بقانون 2005 في مجلة التأمين يحدد كيفية احتساب الأضرار.

الركن الثاني : الضرر في المسؤولية التعاقدية

- ركن أساسي : الأذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة سواء كانت مادية ـو معنوية . 82 83
- خصائص الضرر : الضرر الثابت و المحقق / الضرر شخصي و مباشر / الضرر ماس بمصلحة مشروعة.

- إدراك الضرر : النقاش النظري نميز فيه بين النظرية الذاتية التي تقتضي وعي الشخص بالضرر و النظرية الموضوعية التي تعتبر أن الضرر ما يلاحظ و يعاين من الغير . أما التطبيق القضائي فيتجه نحو النظرية الموضوعية .
- أنواع الضرر :

- الضرر المادي : في المسؤولية التقصيرية 107 م إ ع و في المسؤولية التعاقدية 278 م إ ع
- الضرر الأدبي :

+ قابلية الضرر الأدبي للتعويض : نقاش فقهي بين الرفض و القبول .

+ المشرع التونسي فقد حسم النقاش الفقهي فالفصول 82 83 لا تميز بين أنواع الضرر فالكل الأنواع قابلة للتعويض .

+ أنواع الضرر الأدبي : ضرر الألم ضرر التمتع بالحياة الضرر الجمالي ضرر الموت ضرر الإكتئاب ضرر خدش العواطف و المعتقدات .

الركن الثالث : العلاقة السببية

1 / قيام العلاقة السببية :

- النظريات :

- نظرية تعدد الأسباب (كل الأسباب لها نفس القيمة ألمانيا)

- نظرية السبب المنتج أو الفعال .

- التطبيق القضائي : أخذ بالنظريتين : ت م 9 فيفري 1971

2 / إنتفاء العلاقة السببية :

- إثبات السببية : المدعي عبء الإثبات .
- أسباب الإعفاء : السبب الأجنبي : (أمر طارئ 282 أو قوة قاهرة 283 282) أو فعل المتضرر و خطأه .

الفرع الرابع : مادة العقود الخاصة

محتوى المادة : الوكالة / البيع / الكراء / الوديعة / القرض / الإيجار على الصنع / العربون.

الجزء الأول : عقد الوكالة

يعرف الفصل 1104 م إ ع الوكالة بأنها " عقد يكلف به شخص شخصا آخر بإجراء عمل جائز في حق المنوب و قد يتعلق بالتوكيل أيضا حق الموكل والوكيل أو حق الموكل والغير أو حق الغير فقط "

- النيابة في التعاقد هي " نظام قانوني مؤداه حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تنصرف أثاره إلى الأصيل لا النائب "

غير أن النيابة يمكن أن تكون قانونية أي مصدرها القانون كما هو الشأن بالنسبة للولاية والتقديم ويمكن أن تكون اتفاقية يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من الأصيل وبهذا تكون الوكالة أبرز تطبيقات النيابة.

- وجب تمييز الوكالة عن الاشتراط لمصلحة الغير نظرا للشبه الكبير بينهما فالاشتراط لمصلحة الغير هو عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص يسمى المتعهد بأن يقوم بأداء عمل معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع فيكتسب هذا الأخير حقا مباشرا بموجب التصرف المبرم بين المشترط والمتعهد وهنا يبرز وجه الاختلاف الجذري بين المؤسستين ضرورة أن الاشتراط لمصلحة الغير يرتب وضعا لا تقتصر فيه آثار التصرف على طرفين وإنما تتعدى لشخص ثالث وفي المقابل فإن الوكالة تفترض بقاء الوكيل بعيدا عن آثار التصرف القانوني الذي يبرمه والتي تقتصر فحسب على الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل .

الجـــزء الأول : قيام الوكالة :

الفصل الأول : شروط صحة التعاقد بالوكالة :

المبحث الأول : الشروط المتصلة بذات المتعاقدين :

تتمحور الشروط المتصلة بذات المتعاقدين حول ركن التراضي كأساس للتعاقد بالوكالة (فقرة أولى) وركن الأهلية كشرط لسلامة التعاقد بالوكالة (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولى : الرضا أساس التعاقد بالوكالة :

إذا كان العقد في حالة الوكالة لا يتكون إلاّ بتلاقي إرادة الوكيل من جهة وإرادة المعاقد الآخر من جهة أخرى فإن ذلك لا يجب أن يحجب عنا أن الوكالة في الأصل عقد رضائي لا ينعقد بإرادة منفردة بل بالإيجاب والقبول حسبما مقتضيات الفصل 1109 م إ ع والذي اقتضى أن التعبير عن الرضا في الوكالة يتم إمّا صراحة (أ) وإما بالدلالة (ب) .

أ- الوكالة الصريحة :

ب- الوكالة الضمنية :

الفقـرة الثانيـــة : الأهلية شرط لسلامة التعاقد بالوكالة :

لئن كان وجوب توفر أهلية " الإلزام للالتزام " في الغير المتعاقد مع الوكيل شرط لا خصوصية فيه لكونه يخضع للأحكام العامة للأهلية فإن المشرع خص الوكيل والموكل بفصل مستقل وميز أهلية الموكل (أهلية كاملة) عن أهلية الوكيل (أهلية مقيدة) .

المبحث الثاني: الشروط المتصلة بمضمون العقد :

الفقرة الأولى: المحل :

الوكالة موضوعها تصرف قانوني وهذا التصرف يجب أن تتوفر فيه الشروط التي حددها الفصل 1107 م إ ع الذي نص بفقرته الأولى على وجوب أن يكون التصرف ممكنا ومعينا وعلى وجوب أن يكون جائزا.

الفقرة الثانية : السبب :

على الرغم من أن المشرع التونسي لم يحدد أحكاما خاصة للسبب في مادة الوكالة فإن ذلك لا ينفي أهمية السبب كركن أساسي في صحة الوكالة ضرورة أن كل التزام يجب أن يكون قائما على سبب يبرره وهو ما يستدعي منا الرجوع على أحكام السبب كيفما نظمتها مجلة الالتزامات والعقود لذا فإن السبب في الوكالة يجب أن يكون جائزا وثابتا.

الفصـل الثـانـــي: حدود التعاقد بالوكالــة :

إن العقد المبرم بمقتضى الوكالة وإن كان يقوم ويرتكز أساسا على مبدأ الحرية التعاقدية فإن ذلك لا يعني أن الوكالة في حد ذاتها لا تقيدها ضوابط قانونية وأخرى اختيارية.

لقد أورد المشرع في مادة الوكالة قيودا خاصة لا يمكن للأطراف أن تتفق على خلافها فمنها ما هو متصل بشكل الوكالة (فقرة أولى) ومنها ما هو متصل بنوعها (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولـــى : القيود الواردة على الشكـل :

لئن خص المشرع في بعض الحالات الوكالة بصيغة مخصوصة فاشترط في بعض الصور تحرير كتب وفي صور أخرى اشترط حجة.

بقدر ما يمكن اعتبار الشكلية استثناءا لمبدأ الرضائية فإن اشتراطها في بعض صور الوكالة يمثل في الحقيقة قيدا على إرادة الأطراف فمهما كانت هذه الشكلية فإن الوكالة لا تصح إلاّ بتوفرها وقيامها حسب الصيغة والطريقة التي حددها القانون .

فقد اشترط المشرع بالنسبة لبعض عقود الوكالة تحرير كتب من ذلك مثلا كاتب التأمين وهم الشخص المكلف بمقتضى التوكيل بإبرام عقود التأمين باسم مؤسسة تأمين ولحسابها كما اشترط المشرع الكتب بالنسبة للوكيل العقاري.

ولم يتردد المشرع في اشتراط الحجة العادلة في حالات أخرى ومن بينها التوكيل في الزواج فالثابت أنه يجوز إعطاء الوكالة من الزوج أو الزوجة طبقا للفصل 9 م أ ش ويجب أن يحرر التوكيل بحجة رسمية ويتضمن صراحة تعيين الزوجين وإلاّ عدّ باطلا وهناك شرط إضافي ورد بالقانون المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 وهو أن يتضمن التوكيل صراحة رأي الوكيل في مسألة الاشتراك في الملكية من عدمه .

الفقرة الثانية: القيود الواردة على النوع :

مهما كان مجال التعاقد بالوكالة واسعا فإن الأطراف لا يمكن أن تتعاقد إلاّ في إطار صنفين اثنين: الوكالة العامة (أ) أو الوكالة الخاصة (ب) .

أ- الوكالة العامة :

عرفها الفصل 1119 م إ ع " إطلاق يد الوكيل في جميع أمور موكله أو التفويض له في أمر خاص " فالتوكيل حسب هذا التعريف إما ذلك الذي يمنح الوكيل صلاحية غير مقيدة في إدارة كل مصالح الموكل أو ذلك الذي يمنحه صلاحيات عامة غير مقيدة في أمر خاص ومثال ذلك أن مالك العقار يفوض النظر للوكيل في أمر بيعه أو كرائه أو المعاوضة به .

غير أن الوكالة العامة لا تخول للوكيل المفوض أن يقوم بعديد الأعمال والتصرفات بدون نص صريح وهذه الأعمال التي تستوجبوا توكيلا خاص هي توجيه اليمين الحاسمة والإقرار لدى القضاء والدفاع أمام القضاء في أصل الدعوى وقبول الحكم والتنازل عنه وإجراء الصلح وقبول التوكيل والإبراء من الدين والتفويت في العقار أو رهنه والتبرع وبيع محل التجارة.

والجدير بالإشارة أن جميع هذه الأعمال أوردها المشرع بالفصل 1120 م إ ع على سبيل الحصر وهي الأعمال التي اصطلح على تسميتها الفقهاء " بأعمال التصرف " .

ب - الوكالة الخاصة :

عرف المشرع الوكالة الخاصة بأنها تلك التي تتعلق بنازلة أو نوازل مخصوصة أو التي تقتصر على مأمورية مخصوصة أي معينة ومن أمثلة الوكالة الخاصة التوكيل على الزواج أو التوكيل على بيع عقار.

ومن أهم ما يميز الوكالة الخاصة أنها لا تخول للوكيل إلى القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري ويستخلص من ذلك أنه لا يمكن التوسع في تفسير التوكيل الخاص بل يجب تفسيره بدقة وبصورة ضيقة فالتوكيل بإبرام تصرف معين لا يشمل القيام بدعوى حول صحة التصرف والتوكيل بالبيع لا يشمل الاقتراض باسم الموكل .

غير أن عدم التوسع في تفسير الوكالة الخاصة لا يتعارض مع وجود نوع من الأعمال الغير معينة في العقد ولكنها مشمولة بالوكالة وذلك إذا كانت من التوابع الضرورية بحسب العرف

ونوع العمل حسبما اقتضاه الفصل 1117 م إ ع فالوكالة في البيع تشمل تسليم المبيع والوكالة في الإيجار تشمل تسليم العين المؤجرة والوكالة في الشراء تفترض تسلم العين المشتراة .

ولكن الشيء الثابت وأن الأطراف متى تقيدت بجملة الضوابط التي حددها المشرع يمكن لها أن تتفق لسبب أو لآخر على وضع ضوابط أخرى تجد مصدرها في الإرادة الشخصية.

الجزء الثانـــي : أثار عقد الوكالة :

الفصل الأول : في علاقة الوكيل بالموكل :

مبحث أول : التزامات الوكيل تجاه الموكل

الفقرة الأولى : الإلتزامات المتصلة بتنفيذ الوكالة

الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في غاية الاعتناء مع تمام الأمانة دون أن يتجاوز حدودها المرسومة غير أن تنفيذ الوكالة وإن كانت لا تثير أي صعوبة من هذه الناحية (أ) فإن الأمر يختلف في حالات محددة كتعدد الوكلاء وجود نائب وكيل لتعلقها بأحكام خاصة (ب) .

أ – كيفية التنفيـذ :

إن تنفيذ الوكالة على أحسن وجه يقتضي من الوكيل أن يبذل العناية الكافية في تنفيذها فعليه القيام بما وكل عليه بغاية الاعتناء والتثبت كما ورد في الفصل 1131 م إ ع وهو مسؤول بالخسارة الناشئة للموكل بسبب تقصيره .

ويعد مسئولا كذلك إذا خالف التعليمات الصادرة له من موكله أما إذا توفرت للوكيل أسباب معتبرة تدفعه إلى مخالفة التعليمات التي تلقاها أو مخالفة ما جرى عليه العرف وجب عليه أن يبادر بإعلام موكله على الفور وأن ينتظر جوابه ما لم يكن في الانتظار خطر .

والملاحظ أن المشرع يوجب تشدد في تفسير التزام بذل العناية في تنفيذ الوكالة وهو ما يؤكده الفصل 1132 م إ ع الذي ينص على أن الضمان الذي قرره الفصل 1131 م إ ع يشتد حكمه إذا كانت الوكالة بأجر أو في حق صغير أو مولى عليه أو ذات معنوية .

كما أن تنفيذ الوكالة على أحسن وجه يقتضى من الوكيل أن ينفذ التزامه مع تمام الأمانة والنزاهة فيمنع عليه أن يتصرف لمصلحته الشخصية فإذا وكل مثلا على الاقتراض فلا يحق له استعمال المبلغ المقترض لمصلحته الشخصية وفي هذا المعنى وبصفة خاصة يمنع على الوكيل أن يتعاقد مع نفسه ولو بواسطة فلا يمكنه شراء ما وكل لبيعه تطبيقا لمقتضيات الفصل 549 م إ ع الذي جاء به أنه " من كان له التصرف بالنيابة عن غيره ... ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة " .

ومن مقتضيات تنفيذ الوكالة أن ينفذ الوكيل المهمة التي كلف بها ضمن الحدود المرسومة له " بلا زيادة ولا نقصان " كما ورد بالفصل 1121 م إ ع وإذا فعل الوكيل ما يتجاوز وكالته أو يخالف التعليمات الصادرة له من موكله يتحمل مسؤولية ذلك يقدر ما تجاوز به توكيله.

غير أن تنفيذ الوكالة قد يعتريه شيء من التداخل والتعقيد في حالة تعدد الوكلاء أو في حالة توكيل الوكيل نفسه لغيره .

ب- حالات تعد الوكلاء ونائب الوكيل :

إذا تعددت التواكيل في نازلة واحدة أجاز المشرع بالفصل 1126 م إ ع لكل من الوكلاء أن يباشر النازلة وذلك في مغيب الباقين .

غير انه إذا عين الموكل بعقد واحد من أجل أمر واحد عدة وكلاء لا يجوز لهؤلاء أن يعملوا منفردين ما لم يكونوا مأذونين في ذلك من الموكل فالأصل أنه لا يجوز لأحد من الوكلاء أن يجري أي عمل في غياب الآخر حتى لو تعذر على هذا الأخير الاشتراك معه في إجرائه والسبب هو أن الأمر يحتاج إلى تشاور وتبادل للأراء لكن هذا الحكم لا ينطبق في الصور التالية :

- إذا كانت الوكالة لرد وديعة أو بالوفاء لدين غير متنازع فيه ومستحق الأداء فهذان العملان لا حاجة فيهما إلى تبادل الرأي بين مختلف الوكلاء .

- إذا كانت الوكالة على خصام أو لاتخاذ إجراء تحفظي في مصلحة الموكل أو كان هناك أمر مستعجل من شأنه إذا ترك أن يلحق ضررا بالموكل أو كانت الوكالة بين تجار في معاملات تجارية.

فهذه الصور تتطلب السرعة لذلك لا يشترط اشتراك الوكلاء في العمل فيجوز فيها لأحد الوكلاء أن ينفرد دونهم بمباشرة العمل الموكل عليه ما لم يصرح بالعكس .

هذا وقد بين الفصل 1140 م إ ع المسؤولية المدنية في حالة تعدد الوكلاء وهي مسؤولية بالتضامن والملاحظ أن هذا الفصل تضمن أحكاما مطابقة للقواعد العامة في التضامن بين المدينين الواردة بالفصل 174 و175 م إ ع .

وأما في خصوص إنابة الوكيل غيره عنه في تنفيذ الوكالة فإنه يجب التمييز بين الوكالة العامة والوكالة الخاصة فإذا كان التوكيل عاما فيجوز للوكيل المفوض أن ينيب عنه شخصا آخر في تنفيذ الوكالة سواء كلها أو بعضها كما جاء في الفصل 1128 م إ ع والأرجح أن هذا الحل يقوم على فكرة الضرورة العملية ولكنه يبدو مخالفا لفكرة تعلق الوكالة في أغلب الأحيان بالاعتبار الشخصي.

وأما إذا كانت الوكالة خاصة فإنه ليس للوكيل مبدئيا أن ينيب غيره في تقييد الوكالة وهو حل منطقي لأن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي ولكنه حل غير مطلق إذا يمكن للوكيل أن ينيب عنه شخصا آخر وذلك في الحالات التالية على وجه الحصر.

- إذا جعل الموكل ذلك أي خوله هذا الحق عند إبرام الوكالة أو أذن له في تاريخ لاحق.

- إذا ما اقتضاه نوع التوكيل أو مقتضيات الحال أي ما اقتضته طبيعة العمل .

وبالنسبة للمسؤولية في حالة إنابة الوكيل غيره فإنه يتعين التمييز بين صورتين :

الأولى إذا لم يكن الوكيل مخولا توكيل غيره في الوكالة ومع ذلك أناب عنه شخصا آخر للقيام يكون حينئذ مسؤولا عمن ينيبه كما يسأل عن أفعاله شخصيا وهو ما يفهم من الفصل 1129 م إ ع.

والثانية إذا كان الوكيل مخولا لتوكيل غيره فالحكم هنا يختلف بحسب تعيين شخص من عدمه فإن كان للوكيل حق توكيل غيره بدون تعيين شخص فلا يكون مسؤولا تجاه الموكل عن الأخطاء التي ارتكبها نائب الوكيل ولكن يصبح الموكل ضامنا أي مسئولا إذا ارتكب هو خطأ أو أخطأ في إعطاء تعليمات كانت سببا في الضرر أو أغفل مراقبة نائب الوكيل والحال أن المراقبة واجب محمول عليه .

وأما إذا كان للوكيل حق توكيل غيره مع تعيين شخص فلا يسأل الوكيل عمن وكله وفي كل الحالات يكون نائب الوكيل مسئولا لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه وله ما للوكيل من الحقوق ويترتب عن ذلك أن يكون للموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

الفقرة الثانية : الالتزامات المتصلة بتقديم الحساب والتسليم :

عملا بالفصول 1135 و1136 و1137 م إ ع 1يلتزم الوكيل تجاه موكله بتقديم الحساب وما يستوجبه ذلك من موافاته بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة (أ) وأن يسلمه ما وصله بمناسبتها (ب) .

أ- الالتزام بإعلام الموكل ومحاسبته :

يوجب القانون على الموكل أن يوافي موكله بكل المعلومات الضرورية المتعلقة بسير تنفيذ الوكالة سواء إثناء تنفيذها أو بعده فهو يتحمل إلتزاما بإعلام موكله بجميع الظروف التي يمكن أن تحمل هذا الأخير على تغيير شروط الوكالة أو الرجوع فيها وهو ما قصده الفصل 1134 م إ ع في التأخير عن الوكالة كما أن الوكيل مطالب بأن يبادر بإعلام الموكل على وجه التفصيل بكل ما يمكنه من الوقوف على مراحل تنفيذ العمل على أن تأخر الموكل عن الجواب بعد إعلامه تأخرا زائدا عما يقتضيه الأمر أو العرف يعد موافقة على ما أجراه الوكيل حتى ولو كان هذا الأخير قد تجاوز حدود وكالته حسبما قرره الفصل 1135 م إ ع .

وبمجرد تنفيذ الوكيل لوكالته يجب عليه أن يعلم موكله بكل ما يتصرف فيه وأن يعدم له حسابا مفصلا وشاملا لجميع الأعمال يتضمن ما قبضه وما أنفقه ومدعما بالمستندات التي يقتضيها العرف أو طبيعة التعامل .

ب- الإلتزام برد ما وصله بمناسبة الوكالة

بعد أن يتولى الوكيل تقديم الحساب للموكل على الوجه الذي تم شرحه فيما تقدم يجب عليه أن يسلم موكله كل ما تسلمه بموجب الوكالة أو بمناسبتها وهو ما يقتضي منه رد ما في يده من وثائق كرسم التوكيل ورسوم الملكية وغيرها من البضائع والمبالغ التي لم يقع صرفها وعليه أن يسلم للموكل كل ما تسلمه من الغير كالشيء الذي إشتراه أو المبالغ التي قبضها غير أن لا شيء يمنع الوكيل من ممارسة حق الحبس على الأشياء التي وجهها إليه الموكل أو سلمها إياه

وذلك لاستيفاء ما يستحقه من مبالغ أو حقوق تخلدت لفائدته في ذمة الموكل و لم يتسنى له استيفاؤها .

والملاحظ أن الوكيل يتحمل مسؤولية كبرى عن الأشياء التي إستلمها فهو وبمقتضى الفصل 1137 م إ ع ضامن عن الأشياء التي قبضها بمناسبة الوكالة وقد أحال الفصل المذكور إلى القواعد المنطبقة على الوديعة مفرقا في ذلك بين الوكيل المتبرع والوكيل المأجور فالوكيل المتبرع ملزم بالمحافظة على صيانة الأشياء التي تسلمها بمناسبة الوكالة كما يحافظ على أشيائه الخاصة ولا يحق له أن ينيب عنه شخصا آخر في المحافظة على تلك الأشياء إلاّ بإذن الموكل أو لضرورة متأكدة حسبما قرره المشرع في الفصل 1006 م إ ع ولكنه لا يكون مسؤولا عن هلاك هذه الأشياء أو تعيبها إذا كان ذلك ناجما عن ماهية الأشياء أو لجود عيب فيها أو عن فعل الموكل أو عن قوة قاهرة وكل ذلك إذا لم يكن متأخرا في إرجاع هذه الأشياء وهو ما يفهم من الفصل 1022 م إ ع الذي أحال إليه الفصل 1018 م إ ع وأما إذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ضامن بصريح عبارة الفصل 1137 م إ ع حتى من أسباب الضياع والضرر التي يمكن التحذر منها وبالإضافة إلى المسؤولية المدنية فإن الوكيل الذي يختلس لم يترك الأشياء المسلمة له على وجه الوكالة بنية الإضرار الموكل يرتكب جريمة الخيانة على معنى الفصل 297 من المجلة الجزائية .

وفي كل الأحوال فإنه بإنقضاء الوكالة وجب على الوكيل رد رسم التوكيل إلى موكله أو وضعه بالمحكمة طبقا لأحكام الفصل 1139 م إ ع ويبقى الموكل أو ورثته مطالبون بإسترداد هذا الرسم .

المبحث الثاني : التزامات الموكل تجاه الوكيل :

لئن كان الموكل مطالب بصفة عامة بتقديم الوسائل اللازمة لمعاقده لتنفيذ الوكالة وذلك بمده بالمبالغ المالية اللازمة وغيرها مما يحتاج إليه لإتمام وكالته طبقا لما جاء بالفصل 1141 م إ ع فهو مطالب بالأخص برد النفقات والتعويض عن الأضرار وبأداء الأجر في حالة الوكالة المأجورة.

الفصل الثاني : في علاقة الوكيل والموكل بالغير المتعاقد

إذا كان جوهر مهمة الوكيل هو لتعاقد مع الغير لحساب الموكل فإن أثر ما يختلف ما إذا كان الوكيل تصرف في حدود السلطة الممنوحة له (مبحث أول) أو تجاوز حدود هذه السلطة أو تصرف دون وكالة أصلا (مبحث ثاني) .

المبحث الأول : تصرف الوكيل في حدود السلطة الممنوحة له

يتعاقد الوكيل في الغالب مع الغير بإسم موكله (فقرة أولى) وفي هذه الصورة يكون نائبا عن موكله نيابة كاملة ومباشرة غير أن الوكيل يتعاقد أحيانا مع الغير باسمه الشخصي (فقرة ثانية) وهي النيابة الناقصة وغير المباشرة .

الفقرة الأولى : تعاقد الوكيل بإسم موكله

عندما يعمل الوكيل باسم موكله وفي حدود وكالته يقع تطبيق قواعد التعاقد بالنيابة بما يعنيه ذلك من إنصراف آثار تصرف الوكيل إلى موكله (أ) غير أن ذلك لا يبقي إمكانية قيام مسؤولية الوكيل في حالات بعينها (ب) .

أ- إنصراف آثار تصرف الوكيل إلى الموكل

الوكيل الذي يتعاقد مع الغير باسم موكله أو كما عرفه الفصل 1149 م إ ع الذي يضيف العقد إلى موكله ويحق للغير في هذه الحالة أن يطالبه بإظهار رسم التوكيل وإن لزم الأمر نسخة قانونية منه. ويتضح من الفصل 1153 م إ ع أن الموكل هو الذي يعتبر طرفا في التعاقد وإليه تنصرف جميع آثار التصرف القانوني الذي أبرمه الوكيل لحسابه فلا تتأثر ذمة الوكيل لا إيجابا ولا سلبا ولا يتحمل مبدئيا أي مسؤولية ومن ثمة يصبح الموكل هو الدائن أو المدين.

وعلى هذا الأساس يترتب قيام علاقة تعاقدية مباشرة بين الموكل والغير الذي تعاقد معه الوكيل وهو ما أكده المشرع في الفصلين 1149 م إ ع و 1154 م إ ع غير أنه استثناءا من ذلك يمكن أن يكون الوكيل مسؤولا حتى ولو تعاقد باسم موكله وذلك في حالات محددة .

ب- مسؤولية الوكيل تجاه الغير

المبدأ أنه لا يجوز للغير في صورة تعاقد الوكيل بإسم موكله أن يطالب إلاّ الموكل فالوكيل لا يتحمل إلتزامات ناشئة عن العقد غير أنه يحق للغير أن يرفع الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد حين يكون تنفيذه داخل في نطاق وكالته كأن يطلب مثلا البائع من الوكيل ثمن البيع إذا كان أداؤه داخلا في وكالته .

كما أنه إذا كانت الوكالة منعقدة في حق الغير على معنى الفصل 1104 م إ ع فإنه يحق لهذا الأخير إلزام الوكيل على تنفيذ الوكالة إعتبارا لمصلحته في ذلك.

ويعتبر كذلك مسؤولا شخصيا عن فعله الوكيل الذي يرتكب خطأ يستوجب مسؤولية كأن يرتكب فعلا ضارا في تنفيذ الوكالة .

وهناك صورة أخرى تمثل استثناءا لمبدأ إنصراف الأثر المباشر لتصرف الوكيل وهي حالة الغش أو التواطئ بين الوكيل والغير لإلحاق المضرة بالموكل كأن يقبل الوكيل بيع الشيء بثمن بخس بموجب توكيل له فالموكل في هذه الحالة لا يلزم بالعقد حتى ولو أن الوكيل لم يتجاوز حدود وكالته والجدير بالملاحظة أن هذا الحلّ وقع تكريسه في فقه قضاء محكمة التعقيب الفرنسية وهو في كل الأحوال حل بتطابق مع المبدأ العام الذي يقضي بأن الغش يبطل التصرفات القانونية .

<u>الفقرة الثانية : تعاقد الوكيل بإسمه الشخصي</u>

إذا أجرى الوكيل تصرفا بإسمه الشخصي ولكن لحساب موكله فإن الوكالة هنا تكون وكالة مستترة وتسمى " عقد التسخير " أو " عقد الاسم المستعار " ويقع الحديث عن تعاقد بإسم مستعار أو بطريقة التسخير ويبقى من المهم التطرق تباعا إلى دواعي تعاقد الوكيل بإسمه الشخصي (أ) ثم إلى أثاره (ب).

أ- دواعي تعاقد الوكيل بإسمه الشخصي

التعاقد بإسم مستعار يكون في الغالب في الحالات التي يحرص فيها الموكل على إخفاء اسمه لسبب من الأسباب سواء كان جائزا أو غير جائز فالأغراض المشروعة لتسخير وكيل كثيرة منها أن يقصد الموكل بذلك أن يشتري ما في المزاد لكنه يخشى بظهور اسمه أن يتقدم أشخاصا يتزايدون عليه لعلمهم بحاجته الماسة إلى شراء ذلك الشيء فيضطر لدفع ثمن أرفع أو حتى لا يرفض البائع البيع إلى المشتري الحقيقي لوجود خلافات بينهما مثلا وهذا النوع من التسخير صحيح قانونا لأنه ضرب من ضروب الصورية والصورية لوحدها ليست سببا لبطلان التصرف كما ذهب إلى ذلك الفقيه إسماعيل عبد النبي شاهين وغيره.

وإما إذا كان التعاقد بطريقة التسخير لسبب غير جائز فيكون باطلا كأن يتعاقد قاض أو محام على شراء حق متنازع فيه ويحجر عليه شراؤه بواسطة شخص آخر يتولى تكليفه بشرائه تحايلا على نص القانون .

وفي نفس السياق حجر الفصل 549 م إ ع على من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير أن يعقد لنفسه ولو بواسطة وذهب فقه القضاء إلى اعتبار أن هذا التحجير "ليس مقصورا على المقدم والمدير المنصوص عليهما بالفصل المذكور بل يمتد حكمه حتى إلى الوكيل الإتفاقي..."

ب- أثار تعاقد الوكيل بإسمه الشخصي :

نص الفصل 1148 م إ ع على أن " حقوق العقد الذي يضيفه الوكيل إلى نفسه ترجع إليه وهو المطلوب مباشرة لمن عاقده ولو علم معاقده أن إسمه في العقد عارية أو بصفة كونه وكيلا".

ويتضح من هذا النص ان الوكيل سواءا على وقت إبرام التصرف أنه يتعاقد لحساب موكل أم لم يعلن فإن أثار هذا التصرف تضاف غيه شخصيا دائنا كان أو مدينا فلا يحق للغير الرجوع مباشرة على الموكل كما لا يحق للموكل الرجوع على الغير أن لا توجد علاقة مباشرة بينهما.

وأما في خصوص العلاقة بين الوكيل والموكل فإنها تبقى خاضعة إلى القواعد الخاصة بالصورية كما نظمتها مجلة الإلتزامات والعقود في الفصل 26 بإعتبار أن الوكالة المستترة هي ضرب من ضروب الصورية كما سبق الإشارة اليه ويبقى عبئ إثبات هذه الوكالة محمول على من يتمسك بها وفقا للقواعد العامة لمادة الإثبات وفي كل الأحوال فإن الوكالة المستترة تنظم بمقتضى أحكام عقد الوكالة بما يترتب من حقوق وإلتزامات.

المبحث الثاني : تجاوز الوكيل لحدود السلطة الممنوحة له أو بدون وكالة

إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته المرسومة وسلطاته الممنوحة فإن علاقة الوكيل والموكل بالغير تطرح مسألتين الأولى تكمن في معرفة من يكون ملزما بتنفيذ ما تعاقد عليه الوكيل (فقرة أولى) والثانية تهم المسؤولية عن تعذر تنفيذ ما تعاقد عليه (فقرة ثانية) وهاتان المسألتان تطرحان كذلك إذا تصرف الوكيل بلا وكالة أصلا .

الفقرة الأولى : الطرف الملزم بتنفيذ ما تعاقد عليه الوكيل

بالرجوع إلى أحكام الفصل 1155 م إ ع يتضح أن المشرع وضع مبدأ مفاده أن الوكيل هو الطرف المعني بتنفيذ ما تعاقد عليه إذا تجاوز حدود وكالته أو بدون وكالة (أ) لكنه أورد صورا إستثنائية (ب) يكون فيها الموكل هو الطرف الملزم بتنفيذ ما ذكر .

أ- المبدأ

متى تصرف الوكيل في حدود الوكالة المرسومة له من قبل الموكل انصرفت أثار تصرفه إلى ذمة موكله غير أنه بخروجه عن تلك الحدود لا تنصرف الأثار إلى الموكل ويعد بحكم الفصل 1155 م إ ع ملزما بتنفيذ ما التزم به تجاه الغير الذي تعاقد معه خارج حدود وكالته أو بدون وكالة ولا يمكنه الاحتجاج على موكله أو معارضته بما أبرمه من تصرفات خارج حدود هذه الوكالة بل أن اتجاها في فقه القضاء الفرنسي ذهب إلى اعتبار أن تصرفات الوكيل خارج حدود وكالته باطلة وفي كل الأحوال فإن الغير المتعاقد لا يمكن له القيام إلاّ ضد الوكيل المزعوم .

ب- الإستثنـــاءات

يكون الموكل ملزما بتنفيذ ما التزم به الوكيل حتى ولو جاوز هذا الأخير حدود وكالته المرسومة في حالات معينة ومن ذلك إذا صادق الموكل على تصرف الوكيل ولا يشترط في المصادقة أن تكون صريحة كما لا تخضع إلى أية شكلية فيمكن أن تكون بالدلالة كما يفهم من الفصل 1155 م إ ع فالمصادقة في هذه الحالة تعد على رأي بعض الفقهاء بمثابة " إنابة لاحقة للتصرف ذات أثر رجعي "

وأما الحالة الثانية فهي أن يكون تصرف الوكيل نافعا للموكل فضلا عن حالة مشابهة تتمثل في إبرام الوكيل تصرفا بشروط افصل مما تضمنته تعليمات الموكل أن الوكيل هنا تصرف بما فيه مصلحة الموكل كما تنصرف أثار تصرف الوكيل المتجاوز لموكله في صورة مخالفة الوكيل لشروط موكله بالزيادة في التكاليف إذا كان التجاوز يسيرا بحسب العرف التجاري أو عرف المكان.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى حالة وجود ظروف واقعية من شأنها ان تجعل الغير يعتقد اعتقادا مشروعا أن الشخص الذي تعاقد معه هو وكيل في التصرف موضوع التعاقد وهي صورة الوكالة الظاهرة فهنا تعتبر التصرفات المبرمة ضمن حدود تلك الوضعية الظاهرة حاصلة بطريقة الوكالة وتنصرف بالتالي أثار التصرف إلى الموكل .

والملاحظ أن المشرع التونسي كرس نظرية الوكالة الظاهرة ومن أهم تطبيقاتها على الصعيد التشريعي الفصل 1163 م إ ع الذي إقتضى أن " عزل الوكيل عن كل الوكالة أو عن بعضها لا يكون حجة على من عاقد الوكيل جاهلا بالعزل وللموكل حينئذ أن يرجع على الوكيل" .

وبقطع النظر عن الطرف الملزم بتنفيذ ما تعاقد عليه الوكيل في صورة تجاوزه لحدود وكالته أومن غيرها فإنه يتجه التساؤل عن المسؤول في حال تعذر تنفيذ العقد الذي أبرمه الوكيل خارج حدود الوكالة .

الفقرة الثانية : المسؤول عن تعذر التنفيذ

إذا لم يتيسر تنفيذ العقد الذي أبرمه الوكيل خارج حدود سلطته أو بلا وكالة فإن المسؤولية عن ذلك تتحدد بحسب جهل الغير المتعاقد (أ) أو علمه بتجاوز الوكيل لحدود وكالته أو من غيرها(ب) .

أ- جهل الغير المتعاقد

ينص الفصل 1156 م إ ع على ما يأتي " إذا تصرف الوكيل بلا وكالة أو تجاوز حدود وكالته لزم غرم الخسارة لمن عاقده إن لم يتيسر إتمام ما تعاقدا عليه إلاّ إذا أعلمه بحقيقة الحال من أول الأمر أو ثبت أنه كان عالما بها كل ذلك ما لم يتكفل بإتمام العقد " .

ويستخلص من النص السالف الذكر أن شخصا إذا أبرم عقدا بإسم غيره دون توكيل أو كان وكيلا ولكنه جاوز حدود سلطاته الممنوحة له فإنه يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء تعذر التنفيذ إذا ثبت أن الغير المتعاقد غير عالم بأن الوكيل يعمل دون وكالة أو خارج حدودها فلا يجوز للغير الرجوع إلاّ على من اتخذ صفة الوكيل للتعويض عن الضرر الناشئ له من جراء عدم تنفيذ العقد .

ب- علم الغير المتعاقد

وفي المقابل فإن الوكيل لا يتحمل أي مسؤولية تجاه الغير الذي تعاقد معه إذا لم يتيسر تنفيذ ما تعاقد عليه وكان الغير عالما بان الوكالة غير موجودة وأن الوكيل جاوز حدودها إن وجدت .

غير أن هذه الحالة تقتضي ثبوت العلم لدى الغير وعلى الوكيل الذي يريد أن يتفصى من المسؤولية أن يثبت أنه أعلم الغير الذي تعاقد معه بمضمون الوكالة أو أن هذا الأخير كان عالما بذلك .

والجدير بالإشارة إلى أن الفصل 1156 م إ ع إستثنى صورة تعهد الوكيل عن موكله وهو ما يستشف من قوله " كل ذلك ما لم يتكفل الوكيل بإتمام العقد أي ما لم يلتزم الوكيل بأن يجعل الموكل يقوم بتنفيذ العقد .

الجزء الثاني : عقد البيع :

الجزء الأول : شروط عقد البيع :

- شروط أصلية : 4 شروط الفصل 2 م إ ع
- الأهلية / الرضا / المحل / السبب

(العودة إلى الأحكام المتعلقة بشروط العقد الواردة في دروس الالتزامات والعقود).

- فيما يتعلق بالأهلية تطرح مسألة البيع في مرض الموت

لهذا البيع شروط تتمثل في :

- المرض :لا بد أن يكون خطيرا ومؤديا للموت وفي فقه القضاء التونسي هناك قرارات تعتبر أن مدة مرض الموت لا تتعدى 3 أشهر ويقتضي في البائع أن يكون مريضا من إبرام عقد البيع إلى تاريخ الوفاة.
- بالنسبة لشرط المحاباة الفصل 565 من م.إ.ع

الفصل 565

بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحاباة كأن يبيع له بأقل من الثمن المتعارف بكثير أو يشتري منه بأزيد.

وإذا كان البيع لغير وارث يتنزل عليه حكم الفصل 355.

الفصل 354

إذا اسقط الدائن في مرض موته ما له على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو البعض فان الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه.

الفصل 355

الإسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته.

- شروط شكلية :
- الكتب الثابت التاريخ

الفصل 581 – (نقح بموجب القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992).

إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانونا ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجّلة[2].

- الرخص الإدارية والقضائية :

الرخص القضائية تتعلق بالوكيل والمقدم على الذين لهم عوارض في الأهلية والرخص الإدارية تتمثل في رخصة الوالي بالنسبة للبيع للأجانب ورخصة الأراضي الفلاحية الدولية والأراضي الصالحة للزراعة بالمناطق العمومية السقوية.

الجزء الثاني : آثار عقد البيع :

- الأثر الشخصي :
- إلتزامات البائع : 591 التسليم و الضمان

1 – الإلتزام بالتسليم

تعرض المشرع التونسي إلى الإلتزام بالتسليم ضمن أحكام الفصول 592 إلى 629 من م إ ع.وينص الفصل 606 من م إ ع على ضرورة تسليم الشيء موضوع المبيع على الحالة التي هو عليها دون تغيير كما أن على البائع تسليم غلال الشيء وتوابعه أيضا.ويتم التسليم في

العقارات بالتخلي عنها في الأراضي وبإخلائها وتسليم مفاتيحها للمشتري إن كان دارا الفصل 593 م إ ع .
ويتم تسليم المنقولات بالمناولة من يد إلى يد أو تسليم مفتاح المحل أو الصندوق الموضوعة فيه (593 م إع) أو بإحالة وصل المستوده أو بالإتفاق أو بكل وجه جرت به العادة.
2 – الإلتزام بالضمان
ينص الفصل 630 م إ ع أن ضمان البائع للمشتري ينحصر في أمرين ضمان الإستحقاق وضمان العيب.
أما ضمان الإستحقاق فيتمثل في ضمان التعرض الشخصي والتعرض من قبل الغير وبالتالي فإن البائع ملزم بعدم القيام بأي عمل من شأنه أن يعكر الحوز الهادئ للمشتري وانتفاعه بمتشتراه أي أنه يمتنع عن مشاغبة المشتري ماديا.ويشمل هذا الضمان الشخصي جميع أصناف التعرض سواء أن كان ماديا أو قانونيا حسب الفصل 631 من م إ ع.
كما أن البائع ملزم بضمان مشاغبة الغير للمشتري طبقا لمقتضيات الفصل 632 و 633 من م إ ع.ويشترط في التعرض الصادر للغير أن يكون مبني على سبب قانوني ومتسبب فيه البائع ويكون في سبب موجود وقت البيع وحسن نية المبيع.
أما ضمان العيوب الخفية وفوات الفرص فيتمثل في كون البائع لم يلتزم فقط بأن ينقل للمشتري ملكية المبيع بل أيضا حيازة متفق عليها لا يظهر فيها عيب خفي مؤثر على المبيع وقد نظم المشرع ضمان العيوب الخفية في الفصول من 647 إلى 674 من م إ ع.

- إلتزامات المشتري : دفع الثمن و تسلم المبيع .

دفع الثمن : الفصل 676 من م إ ع ينص على أنه : " على المشتري ان يؤدي الثمن في التاريخ وبالصورة المتفق عليه..."
تسلم المبيع : نص الفصل 605 من م إ ع على أنه على المشتري مطالب بدفع مصاريف نقل المبيع من محل تسليمه ومصاريف قبوله وأداء ثمنه...

- <u>الأثر العيني : إنتقال الملكية والتبعات</u>

أقر المشرع التونسي صلب الفصل 583 من م إ ع مبدأ إنتقال الملكية بمجرد التراضي إلا أنه يمكن للأطراف الإتفاق على تأجيل إنتقال الملكية.

- إنتقال الملكية

ينطبق مبدأ الإنتقال الفوري بالنسبة لبيع المنقولات بمجرد التراضي للأشياء المعينة بذاتها أو بالنسبة للأشياء الواقع بيعها جزافا (الفصل 582 م إ ع) أما الأشياء المستقبلية فلا تنتقل إلا عند إنجازها.
أما بالنسبة لبيع العقارات غير المسجلة فيكون إنتقال ملكية العقار أو الحق العيني غير المسجل بمجرد الإتفاق على الثمن وتحرير عقد البيع بحجة ثابتة التاريخ طبقا لأحكام الفصل 583 م إ ع دون الحاجة لتسجيل العقد بالقباضة المالية لإنتقال الملكية لأن التسجيل يتعلق بالإحتجاج بالبيع على الغير.
أما بالنسبة للعقارات المسجلة :فإن التي منها غير خاضعة للمفعول المنشئ للترسيم فتنتقل بمجرد إبرام العقد بحجة ثابتة التاريخ قانونا أما بالنسبة للعقارات الخاضعة للمفعول المنشئ

للترسيم فإن إنتقال الملكية لا يحصل أصلا إلا بترسيم البيع بإدارة الملكية العقارية حسب الفصل 305 جديد من م ح ع.
ويمكن تأجيل إنتقال الملكية بالإحتفاظ بها وذلك بأن يحتفظ البائع بملكية الشي إلى حين خلاص كامل ثمنه وإلا فإنه يسترد المبيع .

- إنتقال التبعات

التبعات هي المخاطر التي يمكن أن تلحق بالشيء المبيع وهذه التبعات محمولة على المالك ما لم يكن هناك إتفاق على تأجيل انتقالها إلى المشاري.

ويرتبط إنتقال التبعات بإنتقال الملكية ولو أن المبيع لا يزال تحت حراسة البائع الذي يبقى متحملا للإلتزام بالتسليم وإن تعذر لهلاك الشيء فعليه عبء إثبات القوة القاهرة والأمر الطارئ وإلا فإنه يتحمل الخسارة لعدم تنفيذ إلتزامه.

ولكن يمكن الإتفاق على تأجيل إنتقال التبعات إما شرط التجربة و التذوق في بيع المثليات أو بالإتفاق إلى غاية دفع الثمن

الجزء الثالث : عقد الكراء

عناصر عقد الكراء

- الرضا و الأهلية و المحل والسبب
- المدة تخضع للحرية التعاقدية 793 م إ ع و أدناها 3 سنوات في عقد الكراء الفلاحي
- معين الكراء : التعيين أو القابلية للتعيين

الشكليات الواجبة

- شكليات صحة العقد
- الكتب ليس شرط صحة و إنما يستعمل للترسيم 728 ويعتبر شرط صحة إذا ما تعلق الأمر بالأصل التجاري مثلا.

الفصل 728

يتم الكراء بتراضي المتعاقدين على المكرى وقيمة الكراء وغير ذلك مما عسى أن يشترط في العقد.

- الرخص الإدارية و القضائية .
- شكليات المعارضة بالعقد :
- في المنقول اللجوء إلى ثبوت التاريخ
- في العقار بترسيم العقد بالسجل العقاري في العقار المسجل لمدة كراء تفوق 3 سنوات
- ترسيم العقد بالقباضة المالية في العقار المسجل لمدة كراء لا تفوق 3 سنوات
- بثبوت التاريخ في العقار غير المسجل لكراء لا يفوق السنة
- بترسيم العقد في في القباضة المالية للعقار غير المسجل لمدة كراء تفوق السنة .

الوضعية القانونية للمتعاقدين :

- المكري :
  - التسليم
  - الضمان
- المكتري :
  - الإستقرار
  - الأولوية في الشراء
  - حفظ الكراء
  - أداء ثمن الإيجار

❖ عموما كل عقد يحمل دائما شروط قد يشترك فيها مع الشروط العامة للعقد وهي الأهلية والرضا والمحل والسبب وقد يحمل في داخلها مميزات تتعلق به كاشتراط الكتب أو الرخص الإدارية والقضائية المختلفة أو اشتراط الصفة في إتمام العقد (تاجر أو غيره) .

- **الجزء الرابع : عقد الوديعة :**

الفصول 995 وما بعد من مجلة الالتزامات والعقود.

- **الجزء الخامس : عقد القرض :**

الفصول 1081 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود

- **الجزء السادس : الإيجار على الصنع :**

الجزء الأول : شروط عقد الإجارة على الصنع :

الفقرة الأولى : شروط عامة الفصل 2 م إ ع :

الفقرة الثانية : الشروط الخاصة الواردة بالفصل 882 وما بعد من م إ ع :

الجزء الثاني : آثار عقد الإجارة على الصنع :

الفقرة الأولى : إلتزامات الأجير :

الفقرة الثانية : إلتزامات المؤجر :

الجزء الثالث : إنقضاء عقد الإجارة على الصنع :

الفقرة الأولى : الأسباب العامة :

الأمر الطارئ والقوة القاهرة / فسخ العقد

الفقرة الثانية : إنتهاء المدة أو تمام الصنع

- **الجزء السابع : العربون**

هو تقدمة يقدمها احد المتعاقدين (المشتري) وقت البيع دلالة على تمام العقد أو ثمنا لخيار العدول ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول مقدار هذا العربون للطرف الاخر وإما تأكيد العقد . والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون ويعتبر كدفعة على حساب الثمن في حالة التنفيذ.

في حالة إذا كان فسخ العقد ناتج عن تقصير المعاقد الذي دفع العربون فلمعاقده أن يحتفظ به الى حين دفع الغرامة التي تعينها له المحكمة اذا اقتضى الحال ذلك حسب الفصول المتعلقة بالعربون 303=305 م اع.

الطبيعة القانونية للعربون :

غايات العربون :

مآل العربون في حالة فسخ العقد:

الغرامة الناتجة عن العربون:

الفرع الخامس :

ـ قانون التأمينات العينية – قانون الأموال

العقارات (الطبيعية والحكمية) - الملكية الشائعة - أسباب كسب الملكية – حقوق الارتفاق – الشفعة التأمينات العينية (الرهن - رهن المنقول- رهن العقار- الامتياز).

الجزء الأول : قانون الأموال – القانون العيني

الأصل في الأشياء أنها تدخل في دائرة التعامل ولا يكون الشيء خارجا عن التعامل إلا إذا كان بحكم طبيعته أو بحكم القانون.

يسمى الحق عينيا لأنه يتعلق بالعين والمعلوم أن الحقوق الذاتية المكونة للذمة المالية تتكون من حقوق شخصية وحقوق عينية وهذه التفرقة في القانون التونسي ترتقي لمستوى التدوين إذ هناك مجلة تعنى بالحقوق العينية وهي مجلة الحقوق العينية ومجلة تعنى بالحقوق الشخصية وهي مجلة الالتزامات والعقود.

أسس التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي أن الحق العيني هو السلطة القانونية التي يمارسها الشخص بصفة مستقلة مباشرة على العين أما الحق الشخصي فهو يمثل رابطة قانونية محلها التزام مالي مستفيد منها دائن قبل مدينه.

وهذا الاختلاف في المضمون يفسر التباين الذي يمتد إلى الآثار القانونية عنهما.إذ يمتاز الحق العيني بصفة الإطلاق واستئثار صاحبه بحق التتبع وانفراده بحق الأفضلية.

تنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية .

يقسم القانون التونسي الأموال إلى عقار ومنقول وإلى أموال مسجلة وأموال غير مسجلة.

- العقارات :

العقارات إما أن تكون طبيعية أو تبعية أو حكمية حسب الفصل 4 من مجلة الحقوق العينية.

- العقارات الحكمية :

الفصل 9

يعد عقارات حكمية ما يضعه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الاشياء المرصدا على خدمتها واستغلالها.

الفصل 10

يعد عقارات حكمية ما يضعه المالك بعقاره من الاشياء المنقولة الملتحمة بشكل يتعذر معه فصلها عنه دون إفسادها وإفساد ما هي متصلة به.

- العقارات الطبيعية :

الفصل 5

الاراضي والمباني والنباتات ما دامت متصلة بالأرض عقارات طبيعية.

الفصل 6

الاجهزة والأنابيب اللاصقة بالاراضي والمباني والمتممة لها عقارات طبيعية.

الفصل 7

الصابة على سوقها والثمار في أصولها هي أيضا من العقارات، فإذا جذت صارت من المنقولات ولو لم تنقل.

- العقارات التبعية :

الفصل 11

تعد عقارات تبعية الحقوق العينية العقارية والدعاوى المتعلقة بها.

الفصل 12

الحقوق العينية العقارية هي:

-الملكية،

-الانزال والكردار ودخلهما،

-حق الانتفاع،

-حق الاستعمال،

-حق السكنى،

-حق الهواء،

-الإجارة الطويلة (الامفيتيوز)،

-حق الارتفاق،

-الامتياز،

-الرهن العقاري،

العقارات الحكمية :

الصورة الأولى : صورة الترابط الاقتصادي :

الفصل 9 : شروطها : اتحاد المالك / المنقولات التي ستصبح عقارات تكون من الأدوات والحيوانات والأشياء المرصودة لخدمة الأرض./ التخصيص : خدمة الأرض.

الصورة الثانية : صورة الترابط المادي :

الفصل 10 من م.ح.ع : العقارات الحكمية الملتحمة بالعقار الطبيعي : شرط اتحاد المالك / الالتحام .

تخضع العقارات الحكمية لنفس النظام الذي يسلط على العقار بطبيعته فيندمج معه ليكون كلا متكاملا.

لكن هذا المبدأ يحمل استثناء كرسه الفصل 305 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية:

الفصل 305

ما يعتبره القانون عقارات حكمية لا يمكن أن يعقل إلا مع الأصل الذي هو جزء منه لكن يجوز إجراء عقلة عليه وبيعه مثل المنقولات في ديون لصناعه أو باعته أو لمن أقرض مالا لاشتر ائه أو صنعه أو إصلاحه.

- المنقولات :

المنقول إما أن يكون منقولا بطبيعته أو بحكم القانون حسب الفصل 13 من مجلة الحقوق العينية.

الفصل 14

تعد منقولات بطبيعتها الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها او بمفعول ق وة أجنبية عنها.

الفصل 15

تعد منقولات بحكم القانون الالتزامات والحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بالمنقول والحصص والأسهم والرقاع في مختلف الشركات وإن كانت هذه الشركات مالكة لعقارات.

- حق الملكية :

- خصائص حق الملكية : حق الملكية حق دائم يخول لصاحبه الإستئثار بالمال.

الدوام :ملكية الشيء دائمة بدوام الشيء / حق الملكية دائم رغم عدم استعماله (لا يسقط حق ملكية المال المسجل – لا يسقط حق ملكية المال العام).

الإستئثار : يتمتع به المالك لوحده.

- أسباب اكتساب الملكية :

الفصل 22

تكتسب الملكية بالعقد والميراث والتقادم والالتصاق ومفعول القانون وفي المنقول بالاستيلاء أيضا.

** الأسباب العامة :

+ أسباب الاكتساب ما ينقل الملكية من شخص إلى شخص آخر أي من مالك إلى مالك جديد : كالعقد والميراث.

+ أسباب اكتساب الملكية التي تنشأ ملكية جديدة الالتصاق والتقادم.

الفصل 27

ما أضيف إلى عقار أو منقول واتصل به كان ملكا لصاحب الأصل بطريق الالتصاق.

والالتصاق يكون طبيعيا أو بفعل الانسان.

الفصل 45

من حاز عقارا أو حقا عينيا على عقار مدة خمسة عشر عاما بصفة مالك حوزا بدون ش غب م شاهدا مستمرا وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني بوجه التقادم.

والحوز المعيب لا تأثير له إلا من وقت زوال العيب.

+ سبب مستقل لاكتساب الملكية : مفعول القانون : الصورة العامة هيالانتزاع من أجل المصلحة العامة.

وصور خاصة مثل التجاوز إلى أرض الغير وصور التملك بممارسة الشفعة وصور التمليك المترتب عن حل الأحباس وصورة طلب التمليك الواردة بالفصل 51 من مجلة المياه.

** الأسباب الخاصة بالمنقول :

+ الاستيلاء :

الاستيلاء

الفصل 23

العقارات التي لا مالك لها ملك الدولة.

الفصل 24

من وضع يده بنية التملك على منقول لا مالك له صار مالكا له.

6

ويصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد التنازل عن ملكيته.

الفصل 25

الكنز أو الشيء المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون ثلاثة أخماسه لمالك ما وجد فيه لك الكنز أو ذلك الشيء وخمسه لمكتشفه والخمس الاخير للدولة.

الفصل 26

الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه قوانين خاصة.

+ الحوز :

الفصل 53

من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات شبهة حمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى م ن يدعي خلاف ذلك أن يثبته.

ولا يحمل على الشبهة من علم أو كان من حقه أن يعلم عند توصله بالشيء المنقول أن المتوصل مذ ه ليس له التصرف في ذلك.

الفصل 54

يجوز لمالك المنقول أو السند للحامل إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له.

واذا كان الحائز حسن النية وقت حوزه فدعوى الإسترداد تسقط بمرور ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة.

وإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حوزه قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني او اشتراه ممن يتجر في مثله فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يؤدي له الثمن الذي دفعه.

الملكية المشتركة :

عرف الفصل 56 من مجلة الحقوق العينية بأنه اشتراك شخصين بأكثر من ملكية عين أو حق عيني غير مفرزة حصة كل منهم.

الجزء الأول : الأحكام العامة للشيوع :

الفقرة الأولى : حقوق الشركاء :

- الحق في إدارة المشترك : في استعماله والانتفاع به.
- الحق في التفويت والتصرف في منابه.

الفقرة الثانية : واجبات الشركاء :

- تحديد نظام المصاريف وكيفية المساهمة فيها :

+ المصاريف الناتجة عن التقصير في حفظ المشترك

+ المصاريف الضرورية لحفظ المشترك وصيانته

+ المصاريف المحملة على المشترك

+ المصاريف النافعة التحسينية

- تحديد نظام الإحداثات المقامة من طرف شريك واحد في المشترك

+ المبدأ : على الشريك أن يمتنع عن إقامة أية إحداثات بالمشترك :

+ في صورة المخالفة :

الفصل 62

ليس لأحد الشركاء أن يحدث شيئا في المشترك إلا برضى الباقين صراحة أو دلالة فإن خالف تنطب ق القواعد التالية:

1) إذا كان المشترك قابلا للقسمة يقسم فإن لم يقع المحدث في مناب من أحدثه خير الشريك بين إل زام شريكه بإزالة ما أحدثه على نفقة هذا الأخير مع غرم الضرر إن اقتضى الحال وبين أداء ثمن المواد وأج رة اليد العاملة بدون التفات لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقبة بسبب المحادثات.

2) وإذا كان المشترك غير قابل للقسمة فلبقية الشركاء نفس الخيار فإذا اختاروا أداء ثمن المواد وأجرة اليد العاملة فإن كلا منهم يدفع قدر نصيبه في المشترك وإذا اختلف بقية الشركاء فالقول لأغلبية الجميع عل ى أساس قيمة الأنصباء.

الفقرة الثالثة : انقضاء الشيوع :

ينقضي الشيوع بهلاك المشترك أو بخروج الملكية من أيدي كامل الشركاء أو بانحصار جميع الأنصبة بيد أحد الشركاء أو بالقسمة أو بالمزاد فيما لا ينقسم ويضيف الفصل 71 أنه " لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع. "

- القسمة :

طبيعتها قد تكون رضائية أو قضائية

أحكام دعوى القسمة : دعوى القسمة لا تسقط بمرور الزمن ووضعت مجلة الحقوق العينية صنفين من الأحكام لدعوى القسمة يتمثل الصنف الأول في الأحكام المشتركة أي في الأحكام التي تسري على كل دعاوي القسمة مهما كان مصدر الشيوع (الفصول 116 إلى 130) والصنف الثاني الأحكام الخاصة بقسمة التركات (الفصول من 131 إلى 141).

الشفعة :

الباب الرابع : الفصول 103 وما بعده من مجلة الحقوق العينية .

I / الجزء الأوّل : شروط ممارسة حق الشفعة

* الفرع الأوّل : الشروط الأساسية

(أ) - الشروط المرتبطة بعقد البيع

الفقرة الأولى : وجود عقد بيع صحيح

1- البيع الصحيح

2- البيع الباطل

3- البيع المعلق على شرط

الفقرة الثانية : بيع عقار

الفقرة الثالثة : البيوعات العقارية التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة

(ب) - الشروط المرتبطة بالشفيع

* الفرع الثاني : الشروط الإجرائية

(أ) - إعلام الشفيع

(ب) - صورة تعذر إعلام الشفيع

الفقرة الأولى : العرض

الفقرة الثانية : التأمين

II / الجزء الثاني : آثار ممارسة حق الشفعة

* الفرع الأوّل : دعوى الحلول

(أ) - مفهوم الحلول

(ب) - آثار الحلول

* الفرع الثاني : سقوط دعوى الشفعة

(أ) - عدم احترام الآجال

الفقرة الأولى : آجال سقوط الدعوى

الفقرة الثانية : سلبيات أحكام الآجال

(ب) - تنازل المنتفع بالشفعة :

حقوق الارتفاق :

حق الارتفاق هو حق مرتب على عقار لمنفعة عقار آخر يملكه شخص غير مالك العقار فحق الارتفاق يهم عقارين على ملك شخصين مختلفين عقار مستفيد وعقار متحمل.

يشهد قانون الأموال صنفين من حقوق الارتفاق :

الأول مقرر للمصلحة العامة وضبطته أحكام خاصة خارج مجلة الحقوق العينية (حول حقوق الارتفاق بالمصلحة العامة يراجع أعمال الملتقى الذي نظمه المعهد الأعلى للقضاء يومي 1 و 2 سبتمبر 1989 – مقال السيد رضا خماخم : مدخل لدراسة حقوق الارتفاق في القانون التونسي) .

الثاني مقرر للمصلحة الخاصة ووردت أحكامه بالفصول 165 إلى 190 من مجلة الحقوق العينية.

- الجزء الأول : مصادر حقوق الارتفاق :
- حق الارتفاق الطبيعي :

تتحمل الأراضي المنخفضة إزاء الأراضي المرتفعة عنها سيلان مياهها إذا كانت المياه جارية بنفسها بدون فعل فاعل : القرار التعقيبي المدني عدد 5705 الصادر في 15 مارس 1982 .

ينص على هذه الصورة الفصل 167 من مجلة الحقوق العينية ويقابله في القانون الفرنسي الفصل 640 من المجلة المدنية الفرنسية .

- حق الإرتفاق الناشئ عن القانون :

نظم المشرع 4 أنواع من هذه الحقوق :

- حق الارتفاق الناشئ عن غرس الأشجار أو إحداث نوع من المباني : الفصول 168 و 169 و 170 من مجلة الحقوق العينية .
- الكشف على ملك الجار : الفصول من 172 إلى 175 من مجلة الحقوق العينية. : حق الكشف يتمثل في فتح مطلات من نوافذ وغيرها وفتحات.
- ميازيب السطوح : الفصل 176 من المجلة
- حق المرور : الفصل 178 من المجلة.

- حق الارتفاق الاتفاقي : حق الارتفاق الذي يحدثه الإنسان :حسب ما ينص عليه الفصل 180 من مجلة الحقوق العينية :

الفصل 180

يجوز لمالكي العقارات أن يحدثوا لها أو عليها ما شاءوا من حقوق الارتفاق.

ولا تكتسب هذه الحقوق بالتقادم ولا تثبت إلا بكتب.

وإذا رتب مالك عقارين منفعة لأحدهما على الآخر تقوم هذه الحالة الواقعية مقام الكتب ويتكون من ذلك حق ارتفاق.

ويجرى حكم الفقرة السابقة ولو كان الملك مسجلا.

الجزء الثاني : انقضاء حق الارتفاق :

ينقضي حق الارتفاق : أولا بزوال الموجب وثانيا باجتماع العقار المستفيد والعقار المحمل في يد مالك واحد ويسقط بعدم استعماله لمدة خمس عشر عاما حسب الفصل 189 من مجلة الحقوق العينية.

الجزء الثاني : التأمينات العينية : الرهن والامتياز

التأمينات العينية

التأمينات هي وسائل يتمتع بها الدائن بموجب العقد أو القانون أو حكم قضائي لحمايته من خطر إعسار المدين.

- التأمينات الشخصية : تنشأ إلتزاما شخصيا وتعتبر الكفالة الأكثر إعتمادا وتقوم على فكرة أساسية تتمثل في إضافة ذمة مالية للذمة المالية للمدين كضمان للدين ويمنح ذلك ضمانا كميا.ولا يقدم التأمين العيني بالضرورة حق أفضلية لأن الدائن العادي يزاحمه بقية الدائنين العاديين ودائني الضامن الكفيل عند التنفيذ على مكاسبه.
- التأمينات العينية : تنشأ التأمينات العينية حقا عينيا تبعيا وأحيانا تنشأ حقا مع إلتزام عيني في نفس الوقت في صورة الكفيل العيني .وتقوم التأمينات العينية على تخصيص بعض أو كل مكاسب المدين او الغير لضمان الوفاء بالدين ويسمح بإستخلاص الدين من قيمة ما تم تخصيصه قبل بقية الدائنين.

وتمنح هذه النوعية من التأمينات بالضرورة الأولوية لصاحبها كحق أفضلية وهي ضمان نوعي وقد تعرض لها المشرع على سبيل الحصر في الفصل 193 من م ح ع وهي الإمتياز والرهن والحبس.

أولا : الوضعية القانونية للدائن العادي :

ضمانات الدائن العادي للإستخلاص

1 – حق الضمان العام :

يتمتع الدائن بهذا الحق الذي يعني إمكانية التنفيذ على مكاسب المدين في صورة عدم وفائه . 192 م ح ع .

مبدأ المساواة في بين الدائنين : يمكن لكل دائن التنفيذ على مكاسب المدين وفي صورة عدم كفايتها يتم تحاصص ثمنها وتوزيعها كل حسب نوعية دينه.

يبقى هذا الحق مرتبطا بوجود إعسار المدين.

2 – **الوسائل التحفظية : تحفظ حق الإستخلاص**

- القيد الإحتياطي : من آليات القانون العقاري نظمه المشرع بالفصل 365 وما بعده : يجمد العقار لفائدى الموعود له بالبيع وفي صورة تفويت البائع في المبيع للغير فإن القيد الإحتياي الذي قام به الموعود له إثر الوعد يرفع عن الغير قرينة حسن النية ويمنح حق الأولوية في الترسيم لصاحب الحق. لا يحول دون التفويت والترسيم لكنه يحفظ الحق للموعود له.
- العقلة التحفظية : يمكن للدائن إجراؤها إذا كان الإستخلاص مهدد الخر . يترتب عنها رفع يد المدين عن التصرف في ملكه إلى غاية تحول العقلة التحفظية إلى تنفيذية.
- العقلة التنفيذية والتوقيفية : طرق تنفيذية

3– الآليات ذات الطبيعة المختلطة

الآلية الأولى : الدعوى البليانية

الجزء الأول : الشروط

الفقرة الأولى : الشروط التي تهم الأطراف

- الدائن : الفصل 306 من م إ ع : يمكن لأي دائن القيام بهذه الدعوى سواء دائن عادي أو دائن متمع بـتأمين شخصي أو عيني .ويجب أن يكون دينه غير متنازع فيه لا من حيث الوجود ولا المقدار فإذا وجد نزاع لا يمكن ممارسة الدعوى لأنها تحمي الدين ولحمايته يجب أن لا يكون متنازعا فيه وأن يكون معلوم المقدار وحال الآجال.
- الخلف الخاص : هو الشخص الذي إنجر له حق المدين كالمشتري أو الموهوب له ..

ولم يتعرض المشرع إلى شروط خاصة للخلف الخاص.أما الفقه وفقه القضاء فيقر وضعيتين ففي صورة التصرف بمقابل فإنه يجب إثبات التواطئ أي علم المشتري بأن التصرف يهدف للإضرار بحقوق الدائن.وفي صورة التصرف بدون مقابل فيمكن للطعن في التصرف دون أن يكون دون أن يكون المدعي ملزما بإثبات سوء نية الخلف الخاص.

- المدين : يجب أن يكون معسرا والإعسار هو عدم كفاية المدين بديونه وهو واقعة تثبت بجميع الوسائل من ذلك إقرار المدين بعدم قدرته على الوفاء وإثبات سوء نية المدين أي أن تصرفه تم لغاية حرمان الدائن من إستخلاص الدين.
أما بالنسبة لفقه القضاء فقد إعتبر إتجاه أول أنه يجب إثبات نية المدين في الإضرار بالدائن أما الإتجاه الثاني الحديث والمهيمن فيعتبر أن المقصود من سوء النية هو مجرد العلم بأن التصرف القانوني موضوع الطعن سوء يضر بمصالح الدائن.

الفقرة الثانية : الشروط التي تهم التصرف

يتعرض المشرع إلى العقود بمعنى نقص الأعمال المادية (ناتجة عن جنحة أو شبه جنحة) كما يتعرض للعقود ولا يتعرض للتصرف من جانب واحد.ويشترط في التصرف أن يكون لاحق لنشاط دين الدائن.

الجزء الثاني : جزاء الدعوى :

الفقرة الأولى : غياب الجزاء التشريعي

لم يبين الفصل 306 من م إ ع جزاء واضحا ينتج عن القيام بالدعوى البليانية مما أدى إلى إختلاف المواقف القضائية والفقهية.

الفقرة الثانية : الإختلاف الفقهي والفقه القضائي على جزاء الدعوى البليانية :

تبنى فقه القضاء في أغلب قراراته جزاء البطلان لكن هذا الجزاء لا يحقق النجاعة الكافية نظرا لأثره الرجعي ونظرا لأنه سيعيد الدائن إلى وضعية يتزاحم فيها مع بقية الدائنين عوضا عن حماية حقه.

الآلية الثانية : دعوى الحلول

نظمها المشرع بالفصل 306 فقرة ثانية إلى الفصل 308 م إ ع.

دعوى الحلول يقوم بها الدائن في حق المدين تجاه مدينه لإعسار الذمة المالية لإعادة تأمين الذمة المالية حتى يمكن الدائن من التنفيذ.

الفصل 306 فقرة ثانية : يطرح فكرتين أولهما أن للدائن إجراء عقلة على مكاسب المدين بعد الحصول على الحكم وثانيهما تمكن الدائن من القيام بدعوى الحلول محل المدين تجاه الغير.

الجزء الأول : الشروط

الفقرة الأولى : الشروط المتعلقة بالأشخاص

الدائن : يجب أن يكون دينه حال وثابت ومقدر.

المدين : يجب أن يكون معسرا وتقاعس في القيام بالدعوى

الفقرة الثانية : الشروط : الشروط المتعلقة بالحق موضوع الدعوى

مبدئيا يمكن المطالبة بكل الحقوق.ويمكن إقصاء دعوى الحلول من نطاق بعض الدعاوي.

الجزء الثاني : آثار دعوى الحلول

تختلف حسب الاشخاص

الفقرة الأولى : بالنسبة للدائن القائم بالدعوى :

تكون نتائج الدعوى مستحقة لفائدة المدين وبالتالي ضمان عام لكل دائنيه 192 م ح ع والدائن يجد نفسه مزاحما من قبل بقية الدائنين.

تكون نتائج الدعوى مستحقة لفائدة المدين وبالتالي ضمان عام لكل دائنيه 192 م ح ع والدائن يجد نفسه مزاحما من قبل بقية الدائنين.

وقد تدخل المشرع بالفصل 308 لتفادي النقيصة بأن أقر بأن " الدائن القائم مقام مدينه ينتفع وحده بالمال الذي يقبضه ..."

الفقرة الثانية : بالنسبة للمدين الذي تم الحلول محله :

تختلف وضعية المدين بإختلاف الحالة : فقد يتم إدخال المدين أو يتداخل المدين في الدعوى وينتج الحكم آثاره عملا بمبدأ الأثر الملزم للعقد وقاعدة إتصال القضاء 481 م إ ع وبالتالي لا يمكنه القيام تجاه مدينه.

أما إذا لم يقع غدخاله في الدعوى فلا يمكن إعتباره طرفا في الحكم وبالتالي يمكنه القيام على مدينه لإلزامه بالتنفيذ مثلا.

الآلية الثالثة : الدعوى المباشرة

أهمية الدعوى المباشرة يظهر من حيث مصدرها ومن حيث الضمان التي تقدمها كما أن نطاقها يخضع لضوابط ويتميز بتنوع صور هذه الدعوى.

الجزء الأول : أهمية الدعوى المباشرة

الفقرة الاولى : المصدر القانوني للدعوى المباشرة

هذه الدعوى مصدرها القانون فقط ، الفصل 240 م إ ع.بمعنى إذا لم ينص القانون عليها فلا مجال لها وهو ما يصطلح عليه بالركن القانوني.

الفقرة الثانية : ضمانات الدعوى المباشرة

هي دعوى شخصية يمنحها المشرع مباشرة لفائدة الدائن ويمارسها بإسمه الخاص وتشكل ضمانة هامة في الإستخلاص لأن نتائج الدعوى تمكن الدائن من إستخلاص دينه من مدين مدينه مباشرة فهي تمنح الدائن ذمتين مختلفتين.

كما أنها إستثناء لمبدأ الأثر النسبي للعقد فبإمكان الدائن مطالبة المدين في العقد الذي ليس طرفا فيه بتنفيذ إلتزامه مباشرة لفائدته .

وهي خرق لمبدأ المساواة بين الدائنين لأنها تفتح إمكاينة إستخلاص إضافية للدائن.

الجزء الثاني : نطاق الدعوى المباشرة

الفقرة الأولى : حدود الدعوى المباشرة

هي دعوى ذات طبيعة تعاقدية تخضع من حيث نطاقها ومقدارها إلى حدين : الحد الأول : يهم مقدار إلتزام الدائن القائم بالدعوى الذي لا يطالب إلا في حدود دينه والحد الثاني يتمثل في أن مقدار إلتزام المدين المطلوب في حدود إلتزامه.

الفقرة الثانية : صور الدعوى المباشرة

تعرض المشرع لصور الدعوى المباشرة في عديد الصور في الكراء وفي الوكالة وفي المقاولة مثال حالة الفصل 776 : " للمكرى أن يطالب مباشرة المكتري الثاني ما جاز له مطالبة الاول وله الرجوع على المكتري الأول أي له الحق في التداخل في النزاع.

الآلية الرابعة : دعوى التصريح بالصورية

الجزء الأول : مفهوم الصورية

الفقرة الأولى : التعريف

هي إظهار المتعاقدان الأمر على خلاف حقيقته وهي تفترض عقدا صوريا ظاهرا وآخر باطني والتزامن بين العقدين.

وتؤثر الصورية مباشرة على الضمان العام بالإضرار بالدائن عند خروج بعض المكاسب من ذمن المدين وتؤثر بطريقة غير مباشرة عند التحيل على أحكام الشفعة أو غدارة الجباية.

الفقرة الثانية : أنواع الصورية :

تكون الصورية مطلقة ترد على التصرف القانوني فيتفقان على عدم وجود عقد لكن يبرمان عقد ناقل للملكية أو تكون الصورية نسبية يكون فيها التصرف الظاهر ساترا للخفي وذلك بأن يرد على طبيعة العقد أو على الأشخاص أو على محل العقد.

الجزء الثاني : آثار دعوى الصورية ف 26

الفقرة الأولى : الآثار بين المتعاقدين وورثتهم : يسري بينهم التصرف الخفي

الفقرة الثانية : تجاه الغير : الدائنين : العقد الصوري لا يعتد به تجاه الغير بل يعتد بالعقد الظاهرولم يتعرض الفصل 26 لصورة ما إذا كان من مصلحة الدائن أن يعتد بالعقد الخفي ولكن اتفق الفقهاء وفقه القضاء على أن الغير إذا إقتضت مصلحته يمكنه القيام بدعوى إعلان الصورية للإحتجاج بالعقد السري وبنتائجه القانونية وبشرط ان يثبت هذا التصرف السري بجيمع الوسائل بإعتباره غيرا.

حق الإمتياز

تعريف : هو حق عيني يعطيه القانون في تفضيل بعض الدائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظرا لصفة ديونهم وهو حق تبعي يمكن من حق الأفضلية ويثير نقاشا قانونيا فيما يتعلق بحق التتبع.

الإمتياز مصدره القانون فهو الذي يحدده ويخصص مجاله وهم يسند صفة الإمتياز للدين لا للدائن على عكس بقية التأمينات.

الإمتياز نوعان إما عام يرد على جميع المنقولات والعقارات أو خاص يرد على مكاسب معينة.

نظم المشرع الإمتياز بالفصول 194 إلى 200 من م ح ع كما نجد إمتيازات مذكورة في نصوص أخرى كمجلة الشغل ومجلة المحاسبة العمومية.

الجزء الأول : نطاق الإمتياز

الفقرة الأولى : الإمتياز العام

أولا : مبررات الترتيب التفاضلي للإمتيازات العامة :

رتب المشرع في الفصل 199 الإمتيازات العام ترتيبا تفاضليا بداية من مصاريف الدين فمصاريف الأطباء والصيادلة والممرضين فالمصاريف القضائية فديون الخزينة العامة فأجور الخدمة والعملة وما يميز هذه الإمتيازات أنها عامة وتأتي على جميع المكاسب منقولات أو عقارات.

إن هذا الترتيب التفاضلي يرتبط بمبررات معينة تفرض الأولوية كالإعتبار الديني في مصاريف الدفن والإرتباط بالحق في التقاضي والصحة أو بالمصلحة العامة.

ثانيا : محتوى الإمتيازات العامة : هي 5 إمتيازات حددها الفصل 199 من م ح ع

1 – مصاريف تجهيز الميت : منحت الأفضلية والترتيب الأول لطابعها الديني وهذا ما ينسجم مع مقتضيا الفصل 87 من م أ ش.

2 – ديون الأطباء والصيادلة والممرضين المتعلقة بأجر العلاج والأدوية عن 6 أشهر الأخيرة :

تم إقرار هذا الصنف لأسباب صحية ويثير بعض الإشكاليات التي تتمثل أهمها :

- النقاش حول كيفية ضبط تسعيرة هل يكون بالإستناد لتعريفة الصندوق الإجتماعي أم للجدول المرجعي لعمادة الأطباء.
- النقاش حول كيفية ضبط أجرة الأدوية التي لم يتم التنصيص عليها ضمن الوصفة الطبية الأصلية
- أجور الممرضين تحدد حسب الإرادة.
- ديون المصحات الخاصة فتثير إشكالا في ضبطها خاصة وأن العقد المبرم بين الطبيب والمصحة هو عقد مركب يتداخل فيه الطبيب مع المصحة مع الممرض مع المريض.

- أثير إختلاف آخر حول تفسير عبارة " 6 أشهر الأخيرة " وعند أي تاريخ يعتمد لبداية إحتساب : هل من تاريخ آخر عمل علاجي أم من تاريخ وفاة المريض أم من تاريخ آخر تنفيذ.

4 – إمتياز المصاريف القضائية : تسند إمتيازها من صرفها في مصلحة جميع الدائنين أو من إعتمادها لحفظ الأشياء التي في ضمان جميع الدائنين مثل أجرة المؤتمن العدلي ومصاريف الحفظ ولهذا الإمتياز جذور في المجلة العقارية القديمة في الفصل 229 و الفصل 1630 من م إ ع.

يجدر الملاحظة أن مصاريف التقاضي بالدعوى البليانية وبدعوى الحلو وبدعوى إبطال الرهن ليست بديون ممتازة وذلك لأن الدعوى البليانية جعلت لعدم المعارضة في التصرف ولإرتباط دعوى إبطال الرهن بالرهن العقاري الذي يتقدم عليه الإمتياز كحق عيني.

5 – إمتياز الخزينة : تتمتع به الدولة ويتمثل في الضرائب والأداءات وهو يهم المصلحة العامة.

6 – أجور الخدمة والعملة وكل أجر آخر وثمن لوازم معاش العامل عائلته والنفقة عن 6 أشهر الأخيرة:

كان إمتياز الأجراء مقدما على إمتياز الخزينة عند صدور مجلة الشغل وتراجعت رتبته بصدور م ح ع ثم عاد لرتبته بتنقيح مجلة الشغل سنة 1995 وإضافة الفصل 151 فقرة 2 من مجلة الشغل.

إن إمتياز الأجراء لا يشمل الدين فقط بل يشمل كذلك مستحقات العالم في حدود 6 أشهر الأخيرة.

أما دين النفقة فهو إمتياز عام مهما كانت مصادره.

الفقرة الثانية : الإمتيازات الخاصة

أولا : الإمتيازات على المنقول :

هي عديدة مثل إمتياز بائع الأصل التجاري المتعلق بالثمن وإمتياز أجرة الناقل البحري في الدين الذي يرد على السفينة وإمتياز مصاريف العميل في عقد الوساطة .

ثانيا : الإمتيازات على العقارات :

هي عديدة لعل أهمها

1 – الفصل 200 فقرة أخيرة من م ح ع : دين المعدل : عند تعديل أنصبة الورثة بتمتع أحد الورثة بمال مقابل التخلي عن جزء من التركة عند تخصيص العقار لأحد الشركاء الورثة.ويكون المعدل جراية أو راتب سنوي على أن لا يتجاوز 10 سنوات.

2- دين التسبقة المتعلق : الفصل 21 من قانون 2001 والمتعلق بقيام إدارة الملكية العقارية بإجراء تسبقات عند تحيين الرسوم المجمدة.

3 – الفصل 24 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير

4 – الفصل 31 من مجلة المحاسبة العمومية.

الجزء الثاني : النظام القاوني للإمتياز

الفقرة الأولى : الجدل القانوني حول حق التتبع :

مازال الجدل القانوني قائما حول منح حق الإمتياز لحق التتبع وفي هذا الإطار نجد 3 مواقف فقهية هي :

الموقف الأول : لا إقرار لحق التتبع في الإمتياز

- حججه : الدائن لا ينفذ إلا على مكاسب المدين إلتزاما بالتعريف الوارد للإلتزام بالفصل 194 من م ح ع.كما أن الدائن في الإمتياز قد يصطدم بمعارضة الغير بملكيته هذا ناهيك عن أن عدم إقرار إشهار حق الإمتياز يعني عدم إمكانية معارضة الغير غير العالم به.ولكن هذه الحجة تصطدم بشكليات الإشهار الموجودة في النصوص المتعلقة ببيع الأصل التجاري وإمتياز ديون السفينة والملاحة الجوية.
- يعتبر هذا الرأي الرافض لإقرار حق التتبع في الإمتياز تأسيسا لضمان الإستقرار التعاقدي.

الموقف الثاني :إقرار حق التتبع

- لا يمكن إعتبار الإمتياز ضمان ناجعا للدائن وتأمينا عينيا قادرا على تحقيق غاياته دون إقرار لإمكانية حق التتبع فيه.
- هذا الموقف قد يضر بالإستقرار التعاقدي لإستحالة معرفة حصول الإمتياز وتفاصيله من قبل الجميع.

الموقف الثالث : الموقف الوسطي

- إن غياب نص عام لا يحول دون إقرار حق التتبع بمقتضي النصوص الخاصة التي أقرت الإشهار في إمتياز دين الثمن في عقد بيع الأصل التجاري مثلا.
- سعي الدائن في إشهار الإمتياز يمكن أن يجابه به الغير عن التتبع كسعي إدارة الجباية لترسيم إمتيازها العام على الرسوم العقارية .

الفقرة الثانية : حق الأفضلية

أولا : شروط حق الأفضلية :

1 – وحدة محل التنفيذ : شرط عام : توزيع شيء محدد على عدة دائنين

2 – تعدد الدائنين حتى يكون هناك تزاحم

3 – يفترض تحويل المنقول أو العقار إلى قيمة نقدية عبر عقلته وبيعه بيعا جبريا بالمزاد العلني.

4 – عدم كفاية الثمن المتحصل عليه من المدين عندها سيقع ترتيب الدائنين من قبل القاضي وتوزيع الثمن بتفعيل حق الأفضلية.

5 – لا بد من الإلتزام بضوابط الإشهار في الديون الممتازة مثل إمتياز ديون السفينة والثمن في بيع الاصل التجاري.

ثانيا : صور التزاحم بين الإمتيازات العامة والخاصة

- التزاحم بين الإمتيازات العامة : مرتبة حسب الفصل 199 من م ح ع.
- التزاحم بين الإمتياز العام والخاص : هناك موقف يعتبر تقديم العام على الخاص إعتبارا للمصلحة العامة وهناك موقف مخالف يقدم الإمتيازات الخاصة إعتمادا على المبدأ القائل بأن الخاص يقدم على العام.
- التزاحم بين الإمتيازات الخاصة فيما بينها : قليلا ما تطرح هذه الوضعية لتعلق كل إمتياز بنطاق محدود ومختلف وبتأويل الفصل 200 من م ح ع يمكن الإقرار بالمساواة أو تقديم إمتياز دين الكراء على الدين الفلاحي.

القسم الثاني : الرهن :

تم تنظيم رهن بالفصول من 201 إلى 302 من مجلة الحقوق العينية وهي تكون الأحكام العامة للرهن وهذه الفصول مقسمة إلى ثلاث أنواع من الأحكام وهي أحكام عامة لكل الرهون (201 إلى 209) ورهن المنقول (210 إلى 269) ورهن العقار (من 270 إلى 302).

- الفصل الأول : الرهن العقاري :

- تعريف الرهن العقاري :

الفصل 201

الرهن عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئا منقولا أو عقارا أو حقا مجردا لضمان الوفاء بالتزام ويخول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه.

- خصائص الرهن العقاري :

في إطار كل رهن هناك مجموعة من العناصر المكونة له وهي المرهون موضوع الرهن والراهن المدين والمرتهن الدائن وللرهن العقاري عدة خصائص متفرعة من كون الرهن كعقد والرهن كحق.

+ الرهن كعقد : هو عقد ضمان لدين معين وهو عقد تابع للالتزام الأصلي وهو عقد شكلي الكتب فيه شرط صحة ويفترض الترسيم إذا كان العقار مسجل وهو عقد ملزم لجانب واحد وهو عقد غير حيازي فحيازة العقار تبقى بيد المدين الذي عليه واجب المحافظة على العقار وصيانته حسب الفصل 207 من م.ح.ع.

+ الرهن كحق :هو حق عيني وحق عيني تبعي وهو حق غير قابل للتجزئة حسب الفصل 208 من مجلة الحقوق العينية " قاعدة الكل بالكل والكل بالجزء "

- الفصل الثاني : رهن المنقول :

يشترك رهن المنقول مع رهن العقار في الخصائص المكونة له سواء من حيث أنه عقد أو من حيث أنه حق.

الموضوع : الرهن العقاري

يتم تكوين الرهن العقاري بينشأ أثارا حتى يتم إنقضاءه .

الجزء الأول : تكوين الرهن العقاري

إن الرهن العقاري ذو طبيعة مزدوجة فهو عقد الفصل 201 م ح ع وهو أيضا حق عيني تبعي 12 م ح ع يضمن الدين.

الفقرة الأولى : تكوين عقد الرهن العقاري

يخضع تكوين عقد الرهن العقاري إلى شروط أصلية وشروط شكلية.

العنصر الأول : الشروط الأصلية

- طرفا العقد : يقتضي عقد الرهن العقاري إلتقاء إرادة الدائن المرتهن وإرادة المدين الراهن فالدائن المرتهن يجب أن تكون له أهلية الوجوب فمن له القدرة على البيع والشراء له القدرة على الرهن. أما المدين الراهن فيجب أن تكون له أهلية التصرف لأن الرهن يثقل ذمته المالية وقد يلتزم المرتهن بالرهن مباشرة أو يلتزم به الغير عوضا عنه فيكون النظام مزدوجا بين كفالة ورهن عقاري.على أن بعض الرهون تفترض توافق الطرفين مثل نظام الإشتراك في الأموال بين الزوجين.
- محل عقد الرهن : إن الدين ضروري لنشأة الرهن نظرا لخاصية التبعية فإذا لم يوجد الدين بطل الرهن ويكون الدين صحيحا وثابتا أما العقار فيجب أن يكون معينا ومخصصا للرهن فإذا كان العقار غير مسجل فيجب تعيينه بالموقع والمحتوى حتى يصبح معلوما وإذا كان العقار مسجل فإن التعيين سوف يتم في الكتب حسب الفصل 377 من م ح ع .ويمكن في صورة السهو إدراج الرهن بالرسن العقاري بموجب كتب تكميلي يقدم لإدارة الملكية العقارية.أما الحق **فقد ضبط الفصل 271 من م ح ع** قائمة الحقوق القابلة للرهن العقاري وهي حق الملكية والإنتفاع والإنزال والهواء ثم أضاف الحق العيني الخاص باللزمات في قانون أفريل 2008.

العنصر الثاني : الشروط الشكلية :

- **الكتب شرط عام يخص كل الرهون :**

- الكتب شرط صحة وقد يكون كتبا رسميا أو غير رسمي ويجب أن يقام بالبلاد التونسية. 275 م ح ع.
- الكتب في العقارات المسجلة فيفرض شروط إضافية تتمثل في أن محرري الكتب محددين في قائمة حصرية وهم عدل الإشهاد وحافظ الملكية العقارية والمديرون الجهويين لإدارة الملكية العقارية والمحامي من غير المتمرنين.ويعتبر هذا الشرط عاما بإستثناء إعفاء المؤسسات المالية والبنكية ومؤسسات الإيجار المالي من هذه الإشكالية.ويلزم محرر العقد بالإطلاع على الرسم العقاري قبل تحرير العقد وذكر بياناته مفصلة ونصح الأطراف كما يلتزم بعد تحرير العقد بتسجيله في القباضة المالية وإيداعه بإدارة الملكية العقارية لترسيمه.

- **الرخص :** الرخص قد تكون قضائية كرخصة المقدم وقد تكون إدارية كرخصة الوالي (الرهن للأجانب) أو وزير أملاك الدولة (إستغلال الأراضي الفلاحية الدولية).

الفقرة الثانية : تكوين وإشهار حق الرهن العقاري :

يتم تكوين حق الرهن بين المتعاقدين ثم إشهار حق الرهن العقاري تجاه الغير.

العنصر الأول : تكوين الرهن بين المتعاقدين

ينشأ الرهن في العقار غير المسجل بمجرد تمام العقد دون وجود أي شكلية أما في العقارات المسجلة فالرهن لا ينشأ إلا بعد ترسيمه بالسجل العقاري وذلك بموجب مقتضيات الفصل 278 من م ح ع .

العنصر الثاني : إشهار الرهن تجاه الغير

قد يكون الغير دائنا أو خلفا خاصا أو مشتري العقار أو موهوبا له ولا يمكن معارضة هذا الغير بالرهن العقاري إلا بعد إشهار هذا الحق ويتم الإشهار من قبل الدائن المرتهن عبر إحترام شكليات الإشهار.

- **شكليات الإشهار في العقارات غير المسجلة :** لا بد من التنصيص على وجود الرهن في سند الملكية عن طريق عدل غشهاد.
- **شكليات الإشهار في العقارات المسجلة :** يتم الإشهار بالتنصيص على عقد الرهن بالرسم العقاري وقد يكون الإشهار عبر القيد الإحتياطي فلا يكتمل حق الرهن إلا بعد قيام الدائن بتنفيذ هذا القيد.

فإذا كان الترسيم ينتج مفعوله بشكل دائم فإن القيد الإحتياطي يفترض تجديده كل 3 سنوات بموجب إذن على عريضة.

بعد تكون عقد الرهن ونشأة حق الرهن بعد الإشهار فإن حق الرهن ينتج آثاره.

الجزء الثاني : آثار عقد الرهن

الفقرة الأولى : الآثار تجاه المتعاقدين :

العنصر الأول : تجاه الراهن

- الرهن لا يعدم الملكية إذ يبقى للراهن حق التصرف في عقاره وحق إستعماله واستغلاله والتفويت فيه لكن لا يمكنه الحط من قيمته لأنه له إلتزاما بحفظه ماديا وقانونيا.

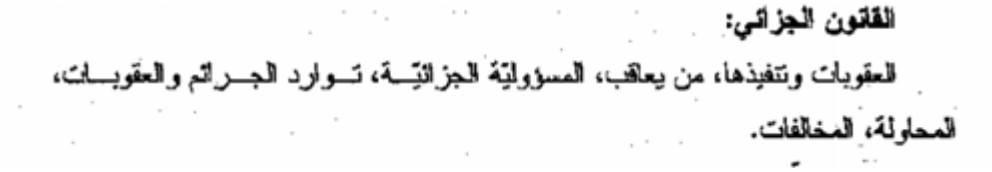
العنصر الثاني : تجاه المرتهن

- للدائن المرتهن الحق في التنفيذ على العقار بعد القيام بإجراءات العقلة والبيع الجبري وبعد إنذار المدين.

الفقرة الثانية : آثار الرهن تجاه الغير

الغير قد يكون خلفا خاص إنتقل له العقار المرهون بموجب البيع وقد يكون بقية دائني المدين.وفي صورة إنتقال العقار المرهون فقد أقر المشرع للدائن المرتهن حق تتبع العقار المرهون وحق الأفضلية.

العنوان الثانى : القانون الجزائى



تقديم عام

العنوان الفرعي الأول : التعريف بالقانون الجزائي

العنصر الأول : موضوع القانون الجزائي

- هو مجمل القواعد التي تأطر مختلف الجرائم وعقوباتها.
- القانون الجزائي الخاص: وهو يتكون من القواعد التي تخص كل جريمة على حداها- كما تقع دراسة كل جريمة بالتفصيل.
- القانون الجزائي العام: يتكون من القواعد والمبادئ المنطبقة على مجموعة من الجرائم. ويتمثل في دراسة إجمالية للقواعد العامة المتعلقة بالعقوبة.

العنصر الثاني : طبيعة القانون الجزائي

برزت ثلاثة آراء:

- الرأي الأول : القانون الجزائي ينتمي إلى القانون العام:

المبرر الأول : الدعوى العمومية خاضعة لسلطة الدولة أي كل جريمة تنشأ عنها دعوى عمومية : تحريك الدعوى العمومية: أي إثارة التتبعات تقررها الدولة بواسطة النيابة العمومية./ المتضرر من الجريمة: ليست له سلطة على الدعوى العمومية سواء في انطلاقها أو في مواصلتها./توقيع العقوبة وتنفيذها هما حكر على الدولة بواسطة جهاز القضاء.

المبرر الثاني: اعتداء كل جريمة على حق أو مصلحة راجعين للمجتمع بأسره.

- الرأي الثاني : القانون الجزائي جزء من القانون الخاص :

المبرر الأول : اختصاص المحاكم، المحاكم العدلية هي التي تنظر في النزاعات الجزائية وهذه المحاكم تطبق القانون الخاص.

المبرر الثاني : دور الفرد في تحريك الدعوى العمومية .

- الرأي الثالث: القانون الجزائي فرع مستقل عن القانون:

عديد الفقهاء يعتبرون أن للقانون الجزائي مكانة متميزة نظرا لطبيعته الخاصة لأن القانون الجزائي قانون زجري يؤمن العقاب للفروع القانونية الأخرى سواء كان خاص أو عام.

العنصر الثالث : دور القانون الجزائي

الرأي الفقهي الغالب يرجح الدور العقابي إلى حد وصف القانون الجزائي بشرطي النظام القانوني بفضل عقوباته الجزائية.

القانون الجزائي يأتي لفرض العقوبات ضمانا لاحترام فروع القانون الأخرى لذلك وصف بأنه قانون وضعي من درجة ثانية.

هذا الدور لم يمنع من الاعتراف به ولا ينفي عنه التنظيم الدوري المباشر، وأحيانا يضبط بنفسه قواعد سلوكية لا توجد في القوانين الأخرى مثل واجب الوشاية، أي إعلام السلطات بالجرائم.

العنوان الفرعي الثاني : تطور مراحل القانون الجزائي :

العنصر الأول : التطور العام :

يمكن دراسة هذا التطور عن طريق أربعة مراحل :

- مرحلة الثأر الخاص : هو رد فعل اجتماعي ضد الجريمة في شكل انتقام ، ويتميز بالعشوائية المطلقة سواء من حيث طبيعته أو من حيث الأشخاص اللذين يمارس ضدهم. وهذا الانتقام هو خاص لأن رد الفعل يكون من الخواص أنفسهم.
- مرحلة العدالة الخاصة: هنا العدالة أصبحت محل انتظام نظرا لوجود ضوابط وأصبح هناك قيود على رد الفعل لخلق توازن بين الألم الذي أحدثته الجريمة والألم الذي سوف يحدثه رد الفعل عنها، وأهم قاعدة من هذه القيود هي قاعدة القصاص وهي تترجم محاولة المساواة بين ألم الجريمة وألم رد الفعل. لكن هذه العدالة بقيت خاصة لأنها تمارس من قبل الخواص تحت رقابة السلطة العامة التي بدأت تنمو.
- مرحلة العدالة العامة: هذه المرحلة بلغتها أوروبا في القرن السادس عشر تحت مقولة كل عدالة تنبع من الملك.

هذه المرحلة تميزت بخاصيتين سلبيتين وهي التعسف نظرا لتعدد مصادر القانون الجزائي وعدم المساواة أمام القانون نظرا للتنوع الطبقي في المجتمع. الخاصية الثانية هي التشدد في الإجراءات والقواعد الموضوعية.هذه المرحلة تواصلت إلى حدود الثورة الفرنسية.

- القانون الجزائي الحديث: بداية من القرن الثامن عشر عرف القانون الجزائي تطورا سريع تحت تأثير عاملين.
  - تأثير المدارس الفقهية : كان لها تأثير مباشر على القانون الجزائي الوضعي، وأخذ هذا الأخير بالعديد من أفكارها.

ومن بين هذه المدارس هناك المدرسة الكلاسيكية التقليدية، وأهم تأثير لها على القانون الجزائي فكرة مبدأ الشرعية التي نادت بتقنين القانون الوضعي. كذلك المدرسة الوضعية الإيطالية، ومن تأثيراتها مؤسسة تأجيل التنفيذ والصراح الشرطي ومدرسة الدفاع الاجتماعي الحديث، ومن أهم تأثيرات اتجاهها الفرنسي إقرار القانون الوضعي لنظام عقابي خاص بالمجرمين الأطفال والقصر.

- بروز وتطور علوم الإجرام: القانون الجزائي يقرر ما هو إجرامي ، أي يحدد ما هو مجرّم، بينما علوم الإجرام تلاحظ ما هو إجرامي لضبط دينامكيته الإنسانية والاجتماعية.وفي هذا الإطار يندرج الطب الشرعي والشرطة الفنية...
- أما في خصوص الحالة الراهنة التي أفضى إليها القانون الجزائي الحديث فتتميز بخاصيتين: الخاصية الأولى التضخم الجزائي تضخم الجرائم وتضخم تشريعي.والخاصية الثانية: التجزئة، وتهم قسمين، القانون الجزائي الخاص الذي تفرع بدوره إلى قسمين:القانون الجزائي الخاص التقليدي والآخر سمي بالقانون الجزائي التقني أو القانون الخاص جدا مثل جرائم البيئة وجرائم الشركات.أما القسم العام، فتجزأ بدوره إلى جزائي عام تقليدي واختصاصات أخرى أصبح لها استقلالية.

العنصر الثاني :التطور الخاص في القانون الجزائي التونسي :

- التشريع الجزائي الإسلامي : تراجع هذا التشريع وأفضى الأمر إلى صدور المجلة الجنائية في 9 جويلية 1913 ودخلت حيز النفاذ في جانفي1914 وهي تكاد أن تكون مطابقة للمجلة الفرنسية القديمة الصادرة في 1810 من حيث الشكل والمضمون وهي تمثل نقطة تحول في القانون الجزائي التونسي لأنها تحقق القطيعة مع التشريع الإسلامي.
- المجلة الجزائية التونسية : تم تنقيحها في عديد المرات وهذه المجلة تحتوي على ثلاثة كتب: الأول يحتوي على القواعد العامة والثاني يحتوي جملة من الجرائم التقليدية من صنف الجنايات والجنح، وأما الثالث يحتوي على جرائم المخالفات.

المحور الأول : دراسة الجريمة

الجزء الأول : مفهومها :

المبحث الأول : تعريفها :

لا يوجد تعريف تشريعي .

الفقه : هي فعل أو سلوك يقتضيه ويجرمه ويعاقب عنه نص من القانون الجزائي : تعريف فقهي واسع يفترض تمييز الجريمة عن المفاهيم القريبة منها مثل الجنحة المدنية أو الجنحة التأديبية من حيث أوجه الاختلاف (المصدر – النتيجة – طبيعة الجزاء) ومن حيث نتيجة الاختلاف (ميدان مستقل لكل من الجريمة والجنحة ومبدان مشترك يتكون فيه الفعل في نفس الوقت من الجريمة والجنحة المدنية).

المبحث الثاني : تصنيف الجرائم :

يمكن الاستناد إلى خمسة معايير: 1 • خطورة الجريمة 2 • معيار طبيعة الحق المعتدى عليه 3 • معيار السلوك الإجرامي 4 • معيار النتيجة الإجرامية 5 • معيار الخطأ الجزائي.

المعيار الأول والثاني يرتبطان بالركن الشرعي ويجتمعان في معيار واحد هو المعيار القانوني.

المعيار الثالث والرابع يستندان للركن المادي للجريمة.

المعيار الخامس فيرتبط بالركن المعنوي أو الذهني للجريمة.

الفقرة الأولى : تصنيف الجرائم حسب جسامتها :

الفصل 122 من مجلة الإجراءات الجزائية الذي جاء فيه" توصف بجنايات الجرائم التي تستوجب عقابا بالإعدام أو بالسجن لمدة تتجاوز 5 أعوام، وتوصف بجنح –نقصد الجنحة الجزائية- الجرائم التي تستوجب عقابا بالسجن لا يقل عن 15 يوما ولا يفوق 5 أعوام أو بالخطية التي تتجاوز 60 دينارا، وتوصف بالمخالفات الجرائم التي لا تستوجب عقابا أكثر من 15 يوما أو 60 دينار خطية".

تطبيق معيار الخطورة يحصل دائما بالرجوع إلى النص والعقوبة الواردة به، وبالتالي فإننا لا نراعي هنا العقوبة التي يحكم بها القاضي.كما أن هذا التصنيف يبقى نسبي بفعل المشرع نفسه،هذه النسبية يحدثها بشأن بعض الجرائم، ظروف تشديد يؤثر على العقاب ويحول الجريمة من أقل إلى أشد خطورة. كما أن هذا التصنيف هو نسبي بفعل القاضي من خلال تقنية التجنيح والتخليف.

التصنيف الثلاثي للجرائم

الجزء الأول : خصائص التقسيم الثلاثي للجرائم :

الفقرة الأولى : مبدأ التقسيم الثلاثي :

- 122 م إ ج : الجنح / الجنايات / المخالفات
- يعتمد هذا التقسيم على معيار العقوبة المحددة بالنص القانوني المتعلق بالجريمة المراد وصفها .

الفقرة الثانية : مزايا التقسيم الثلاثي :

- على مستوى الإجراءات :

إختصاص محكمة الناحية بالمخالفات و الدائرة الجناحية لدى المحكمة الإبتدائية بالجنايات / الجنح عقوبة أقل من عام و 1000 دينار خطية محكمة الناحية و ما أكثر تختص المحكمة الإبتدائية .

التقاضي على درجتين في الجنح و الجنايات و لا في المخالفات .

التقادم : عام / 3 سنوات / 10 سنوات

- على مستوى الأصل :

العود يشمل الجنح و الجنايات فقط

زجر المحاولة آلي في الجنايات و يفترض التنصيص في الجنح و المخالفات .

الجزء الثاني : نقد التقسيم الثلاثي للجرائم :

الفقرة الأولى : في جدوى التقسيم : في نظر رافضيه تقسيم غير منطقي و مصطنع يميز بين الجنح و الجنايات رغم أن هناك جنح لا تقل خطورة عن الجنايات .

الفقرة الثانية : مقترح بديل : كان من الأجدر تقسيم الجرائم إلى صنفين خطيرة و قليلة الخطورة مثلما كانت المجلة الجزائية تتكون من كتابين الجنح و الجنايات في كتاب و المخالفات في كتاب .

الفقرة الثانية : تصنيف الجرائم حسب طبيعتها أي حسب مصلحة الحق المعتدى عليه:

- قد يكون الحق المعتدى عليه عاديا من حيث طبيعته فتصنف الجرائم بعادية أو جرائم الحق العام وتكون خاضعة على الصعيدين الإجرائي والموضوعي إلى القواعد العامة للقانون الجزائي .
- وقد يكون الحق المعتدى عليه خصوصيا أو استثنائي فتوصف الجريمة بالجريمة الخاصة وتخضع لقواعد استثنائي ولذلك تصنف بجرائم قانون خاص. وفي هذا الصنف نجد الجريمة السياسية والعسكرية والإرهابية

الفقرة الثالثة : تقسيم الجرائم وفق زمن إكتشافها :

نميز في هذا التقسيم بين الجرائم المتلبس بها و الجرائم غير المتلبس بها . (الفصول 33 إلى 35 من مجلة الإجراءات الجزائية).هذا التصنيف لا يتعلق إلا بالجنح و الجنايات .

مفهوم الجرائم المتلبس بها :

العنصر الزمني إذا وقع مسك أو إلقاء القبض على مرتكبها و هو بصدد إرتكابها أو بعد وقت قصير من إرتكابها مع وجود قرائن قوية تثبت أنه مرتكب الجريمة .

خصائص الجرائم المتلبس بها :

وكيل الجمهورية يتمتع بسلطات قاضي التحقيق من إجراء المعاينات و التفتيش و الحجز

حاكم التحقيق له إختصاصات وكيل الجمهورية بعد إعلامه في الجناية المتلبس بها .

الجزء الثاني : أركان الجريمة :

المبحث الأول : الركن الشرعي :

النص القانوني المجرم للفعل المرتكب ويحدد العقاب المستوجب له.وهو الأثر المباشر لمبدإ شرعية الجرائم والعقوبات :

الركن الشرعي يفترض دراسة النتائج العملية التطبيقية بمبدأ الشرعية والنتائج النظرية له .

الفقرة الأولى : مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات :

أولا : التكريس القانوني لا جريمة بدون نص :

مبدأ دستوري :

- الفصل الأول من المجلة "لا يعاقب أحد إلاى بمقتضى نص من قانون سابق الوضع"
- الفصل 13 من دستور 1959 "العقوبة ... لا تكون إلى بمقتضى نص قانوني سابق الوضع".
- الفصل 28 من دستور 27 جانفي 2014

ثانيا : المبادئ المتفرعة عن مبدأ الشرعية : (النتائج العملية).

- **مبدأ التحرير الدقيق للنصوص الجزائية:**

- هذا المبدأ يعني المشرع فقط دون القاضي وهو يتفرع عن مبدأ الشرعية الذي يهدف إلى ضمان الحريات الفردية وبالتالي الحد من سلطات القاضي عند تطبيق النص التجريمي.
- التزام المشرع بالوضوح في تحرير النص التشريعي سواء في تحديد الأفعال المجرمة وبتحديد العقوبة لكل جريمة والتي يتعين ضبطها من حيث النوع والمقدار.

- **مبدأ التأويل الضيق :**

1 / نطاق المبدأ :

+ منع الحكم عن طريق القياس

+ إعتماد المعنى الملائم لمقصد المشرع و عند الغموض الرجوع إلى الأعمال التحضيرية

2 / الإستثناء :

+ النص غير التجريمي

+ النص التجريمي في حالة الغموض أو قدم النص.

يعني هذا المبدأ في جوهره تحجير أي دور خلاق عن القاضي، فمن ناحية أولى هو ممنوع من تجريم فعل في غياب النص، ومن ناحية ثانية هو ممنوع من التوسع في نطاق التجريم بسحبه على أفعال شبيهة أو قريبة من الأفعال المجرمة في النص. إذ يحجر استعمال القياس في المادة الجزائية فهذه التقنية معتمدة في المادة المدنية وليس في المادة الجزائية التجريمية.

فهذا المبدأ لا يعني أن القاضي الجزائي يحجر عليه التأويل بصفة مطلقة وإنما عليه فقط الإلتزام بالنص التجريمي وعدم خروجه عن نطاق الأفعال المجرمة.في ما عدا ذلك، القاضي له مجالا للتفسير سواء في المادة التجريمية نفسها أو في غير التجريمية.

فبالنسبة للمادة التجريمية يفسر النص في وضعيتين:

الوضعية الأولى هي غموض ذلك النص من رداءة في تحريره أو استعماله لعبارات تفهم بأكثر من معنى، وأمام ذلك الغموض القاضي مطالب بالتفسير.

الوضعية الثانية: في حالة قِدم النص ويصبح غير متلائم مع الواقع، فيقوم القاضي بملامته مع الظروف الجديدة.

بالنسبة للمادة غير التجريمية:

القاضي يتحرر كليا من المبدأ عندما يتعلق الأمر بمصلحة للمتهم، فيتجه الدور الخلاق الذي يجيزه التأويل في اتجاه إكمال النص التشريعي بقواعد تكميلية كما يمكنه استعمال القياس بسحب النص على وضعيات مشابهة.

- **مبدأ التكييف القانوني للأفعال :**

يجب على القاضي الجزائي أن يربط الأفعال المرتكبة ويحدد بالتبعية النص التجريمي الذي يقبل الانطباق عليها وهي العملية التي بمقتضاها يعطي وصف إجرامي ممكن للأفعال ويحدد بالتبعية النص الذي من شأنه الانطباق عليها.وهذه العملية لها ثلاثة خصائص:

وجوبية بالنسبة للسلطة القضائية، فإذا تعذرت عملية التكييف يتعين على القاضي ترك السبيل

ظرفية إلى حين صدور حكم بات

عملية قانونية تخضع لرقابة محكمة التعقيب.

- **مبدأ عدم الرجعية :**

1 / نطاق المبدأ :

+ التكريس :

الدستور و المجلة الجزائية

+ يلزم القاضي و المشرع

مبدأ عدم الرجعية يلزم المشرع عند وضعه للنص ويلزم القاضي عند التطبيق :

بالنسبة للمشرع يحجر عليه وضع نصوص تجريمية أي التي تحدث تجريم لم يكن موجود في السابق أو تكون مشددة لتجريم سابق.ويحجر على المشرع وضع نصوص تجريمية جديدة يقر فيها بالطابع الرجعي وهذا التحجير مطلق في المادة الجزائية لأن مبدأ شرعية العقاب والتجريم له قيمة دستورية في المادة الجزائية.

بالنسبة للقاضي: يحجر على القاضي تطبيق نص تجريمي جديد بأثر رجعي فنطاق تطبيق النص التجريمي الجديد هي الفترة اللاحقة لصدوره ولا يشمل الفترة السابقة لدخوله حيز التنفيذ.

2 / إستثناءات المبدأ :

+ القانون الأرفق أو الأرحم

يفترض في هذا القانون أن يأتي رفقا بالمتهم مخفضا للعقوبة أو ملغيا لها فيتم تطبيقه على الوضعيات الجارية والتي لم يصدر فيها حكم بات.

+ الإجراءات الجزائية

النص غير التجريمي لا يخضع للمبدأ بل يمثل استثناء له إذ يتعلق بالإجراءات الجزائية أساسا كذلك النص الأرفق للمتهم الذي يلغي جريمة كانت موجودة في السابق أو يخفف العقاب لجريمة معينة والتي يتعين تطبيقه رجعيا في الحالات التي لم يصدر في شأنها حكم بات.

- **مبدأ إقليمية النص الجزائي :**

يتأسس هذا المبدأ على إعتبار قواعد القانون الجزائي غير منطبقة إلا في حدود الإقليم الخاضع لسيادة الدولة.
وعلى هذا الأساس لا تخضع للقانون الجزائي التونسي إلا الجرائم المرتكبة داخل إقليم الدولة التونسية مهما كانت هوية مرتكب الجريمة.

1 / نطاق المبدأ :

+ إنطباق النص الوطني داخل حدود الإقليم :

يفترض إنطباق النص الجزائي الوطني داخل حدود الإقليم تحديد مفهوم الإقليم فالإقليم هو الرقعة الجغرافية البرية والبحرية والجوية التي تخضع لسيادة الدولة التونسية والتي تمارس عليها سلطتها السيادية وهذا الإقليم هو الذي يطبق فيه القانون الجزائي.

+ عدم إنطباقه خارج الإقليم : إحترام السيادة

يقابل مبدأ إنطباق النص الوطني الجزائي داخل الإقليم مبدأ عدم إنطباقه خارج الإقليم وذلك لنفس الإعتبارات المذكورة فكما تتمتع الدولة التونسية بسيادة على إقليمها يجعله خاضعا لقانونها الوطني بما في ذلك شقه الجزائي فإن بقية الدول تمتتع بأحقية انطباق قانونها على إقليمها تطبيقا لمبدأ سيادتها عليه.فمبدأ السيادة يحمل وجهين الوجه الأول يسمح بإنطباق القانون الوطني داخل الإقليم الوطني والوجه الثاني يفرض إحترام انطباق القانون الأجنبي على الإقليم الأجنبي إحترام لمبدأ السيادة التي تتمتع به كل دولة على حدة.

2 / إستثناءات المبدأ :

+ عدم الإنطباق القانون الوطني على جرائم داخل الإقليم :

يحمل كل مبدأ إستثناءات فإن كان مبدأ إقليمية النص الجزائي يسمح بإنطباق هذا النص على الإقليم مهما كانت هوية مرتكب الفعل تونسيا كان أو أجنبيا فإن هناك بعض الحالات تمنع من إمكانية إنطباقه ومن هذه الحالات تمتع أحد الأشخاص المتركبين بالحصانة التي تمنع الدولة من معاقبته والإكتفاء فقط بترحيله مثل الممثلين الدبلوماسيين وكذلك حالات – سقوط بمرور الزمن – العفو

+ إنطباق القانون الوطني على جرائم خارج الإقليم :

يمكن للقانون الوطني أن ينبق خارج الإقليم في حالات معينة وهي التالية :

جريمة ضد مواطن تونسي 305 م إ ج مبدأ شخصية النص الجزائي

جريمة ضد المصالح السياسية للدولة 306 عينية النص الجزائي

جرمة ذات صبغة دولة 307 م إ ج عالمية النص الجزائي

يتحدد النطاق المكاني لتطبيق الجريمة بحدود إقليم الدولة، أي القاضي الوطني يختص بالنظر في الجرائم المرتكبة داخل حدود دولته ويطبق عليها القانون الجزائي الوطني.

الوجه الإيجابي للمبدأ :الانطباق الشامل للقانون الجزائي في الوطن على جميع الجرائم. وهذا يعني استبعاد تطبيق القانون الجزائي الأجنبي على تلك الجرائم.

الوجه السلبي للميدأ يتمثل في عدم انطباق القانون الجزائي الوطني على الجرائم المرتكبة خارج الوطن

بجدر التذكير أن القانون الجزائي لا ينطبق على الجرائم المرتكبة بالوطن إذا ارتكبوها أجانب يتمتعون بحصانة دبلوماسية.

كما أن القانون الجزائي الوطني ينطبق –بشروط- على الجرائم المرتكبة خارج الوطن في الثلاث الحالات المذكورة سابقا.

ثالثا : النتائج النظرية لمبدأ الشرعية :المصادر الشكلية للقانون الجزائي :

- **مصادر القواعد التجريمية:**

مصدر القاعدة التجريمية وهو النص التشريعي القانوني المكتوب ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها، وكذلك المخالفات الجزائية المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية إذا مصدر التشريع هنا السلطة التشريعية.

إمكانية صدور النص التجريمي عن السلطة التنفيذية إذا تعلق الأمر بالتجريم والعقاب في المخالفات التي لا تقتضي عقوبة السجن، بمعنى مصدر التجريم والعقاب في المخالفات التي ليس فيها عقوبات السجن يمكن أن يصدر عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية الترتيبية.

النص التشريعي يمثل المصدر الأساسي للقانون الجزائي بما أن قواعده أغلبها قواعد إجرامية.

إن المصادر الشكلية الأخرى للقانون لا تمثل مصدرا للقانون الجزائي أي لا يمكن أن تكون عرفا أو فقه قضاء.

- **مصادر القواعد غير التجريمية :**

هي القواعد التي لا تضع تجريما أو عقابا،وإنما تخدم مصلحة المتهم، ومنها ما يتعلق بموانع المسؤولية وهي قواعد من القانون الجزائي لكنها غير مجرمة. قد يكون مصدرها النص التشريعي نفسه وقد يكون مصدرها المباشر العرف أو فقه القضاء، وبالتالي يمكن أن يكون

مصدر القواعد غير التجريمية غير مكتوب.ومن هنا نستنتج أن نطاق مبدأ الشرعية يقتصر على التجريم والعقاب ويتراجع بمختلف نتائجه في المادة غير التجريمية.

الفقرة الثانية : أسباب التبرير و الإباحة :

- **أولا : الدفاع الشرعي : الفصول 39 و 40**

الدفاع الشرعي هو الوضعية التي يشكل فيها ارتكاب الجريمة رد فعل مشروع ضد اعتداء خارجي ومرد تبريره أمران:

أولا: تخلف السلطة العامة عن حماية المجتمع مما يجعله يدافع عن نفسه.

ثانيا: علوية مصالح الضحية على مصالح المعتدي.

ويتضح من قراءة الفصل 39 ضبط الشروط العامة للدفاع الشرعي والفصل 40 يحتوي صورتين خاصتين للدفاع الشرعي.

الفرع الأول : الشروط العامة للدفاع الشرعي :

العنصر الأول : شروط فعل الاعتداء :

- الشروط متعلقة بالأشخاص: الاعتداء مسلط على الشخص ذاته أو على أقاربه والأقارب هم الأصول والفروع والأخوات أما إذا كان الشخص المتعرض للخطر من غير هؤلاء فللقاضي تحديد درجة المسؤولية.
- الطابع الخطير للاعتداء: يعتبر الاعتداء خطيرا إذا عرض الحياة للخطر وإذا استهدف حياة الإنسان.لا يتحقق الدفاع الشرعي في ثلاثة وضعيات:أولها: إذا كان مستهدف للحرمة الجسدية دون الحق في الحياة فإنه لا يتحقق به شرط الخطورة.وثانيهما: إذا كان الاعتداء يمس الشرف، كالاعتداء برد فعل ضد اعتداء قولي، لا يعتبر شرعي.وثالثها: إذا كان الاعتداء على الملك أي على المال بوجه عام.ومن هنا نتبين أن الفصل 39 لا يشمل الاعتداء على الأملاك وإنما يشمل الاعتداء على الجسد.
- الطابع الزمني للاعتداء: يجب أن يكون الاعتداء معرضا الحياة لخطر حتمي ولا يكون قد حصل في الماضي قبل مدة من رد الفعل وإلا اعتبر هذا الأخير غير شرعي فيوجب هذا الشرط التزامن بين رد الفعل والهجوم.
- الطابع غير المشروع للاعتداء: أي يشترط في الاعتداء عديم السند القانوني؛ وهذا الشرط لم يقتضيه الفصل 39.

العنصر الثاني :شروط فعل الدفاع :

يتضح من الفصل 39 أن فعل الدفاع يجب أن يكون ضروري ويضيف الفقه وفقه القضاء الطابع المتناسب مع الاعتداء.

- الطابع الضروري: يقصد به أن يكون الفعل الإجرامي الحاصل بوجه الدفاع هو الوسيلة الوحيدة للنجاة من الهجوم وهذا الشرط يعتبر مختلا إذا وجدت سبل أخرى للتخلص من الاعتداء كالفرار أو إطلاق النار في الفضاء؛ و هذا ما أقرته محكمة التعقيب.
- الطابع المتناسب مع الاعتداء: المجلة الجزائية الفرنسية الجديدة بالفصل 122 خامسا يستبعد الدفاع الشرعي "في صورة عدم التناسب بين وسائل الدفاع المستعملة؛ إذا لم يوجد تناسب بين فعل الدفاع والاعتداء يبقى تقديره خاضعا للقاضي".

يقصد بالتناسب أن فعل الدفاع يجب أن يبذل بالقدر الكافي واللازم لإنهاء الاعتداء؛ فالتناسب لا يعني بالضرورة التساوي أو من باب أولى أن يكون فعل الدفاع أقل خطورة، وإنما التناسب يعني الكفاية في صد الهجوم.

- الطابع القصدي : يشترط الفقه وفقه القضاء الفرنسيين أن يكون فعل الدفاع قصديا، ويترتب عن ذلك أن الدفاع الشرعي لا يبرر الجرائم الغير قصدية وإن نطاقه ينحصر في الجرائم القصدية .

الفرع الثاني : الصور الخاصة للدفاع الشرعي :

- الصورة الأولى: الفعل الإجرامي المتمثل في الاعتداء بالعنف ليلا لصد اقتحام غير مشروع بالخلع أو التصور أو بثقب جدران لمحلات سكنى أو توابعه.
- الصورة الثانية: هي صورة نفس الفعل الإجرامي تتمثل في القتل أو التعنيف لصد سرقة بالقوة؛ وهذه الصورة تختلف عن سابقتها في كونها لا تقتضي شرطا زمانيا أو مكانيا معين وإنما تقتضي في المقابل أمرين متصلين بالاعتداء الذي يشترط فيه أن يكون مصدره جماعيا، أي عن مجموعة من الأشخاص لاستعمال المشرع صيغة الجمع، ومن حيث غايته وهي السلب والسرقة بالقوة.

محكمة التعقيب قرار عدد 26361 المؤرخ في 7 فيفري 2008: "قرينة الدفاع الشرعي الواردة بالفصل 40 من المجلة الجزائية تختلف عن الصورة الواردة بالفصل 39 لعدم اشتراط الخطر المحدق ووجوب التناسب بين الهجوم ورده."

- **ثانيا : رضاء الضحية :**

هناك إجماع فقهي على أن موافقة المتضرر من الجريمة لا تشكل عذرا مبررا لمرتكبها.

وقد كرس المشرع هذا الموقف في نصوص متفرقة دون تخصيصه بنص عام.

مثال الفصل 232 من المجلة الجزائية.

- **ثالثا : الإكراه :**

جاء بالفصل 41 أن [طاعة المجرم بسبب شدة تعظيمه لمن يأمره بارتكاب جريمة لا تنجر له منها صفة الجبر].

يؤكد الأستاذ كارم الجوة في تعليقه على هذا النص أن المشرع أراد الاعتراف بالإكراه كمانع من موانع المسؤولية إلا أنه لم يحسن القول فلا هو حدد مفهوم الإكراه ولا هو ضبط الشروط

أو الخصائص التي تسير الإكراه كمانع من موانع المسؤوليةلم يعترف به بوجه صريح و مباشر و إنما اعترف به بطريقة ملتوية عن طريق وضع هذا النص في قسم عدم المؤاخذة بالجرائم و هذا ما يطرح التساؤل عن مفهوم الإكراه والشروط التي يجب أن تتوفر فيه حتى يكون نافيا للمسؤولية الجزائية.

- مفهوم الإكراه : يتمثل في قوة مادية أو معنوية تضغط على الإرادة فتضلها وتكبلها سواء كان مصدرها خارجي أم ذاتي.
- شروط الإكراه: وفق الفقه وفقه القضاء الفرنسي تتمحور حول شرطين : أولا الطابع الغير قابل للدفع أو الصد، ثانيا الطابع غير المتوقع.

- **رابعا : حالة الضرورة :**

التشريع الفرنسي فقد تطور سنة 1992 عندما وضع عذر آخر مبرر وهي حالة الضرورة {l'état de néssécitéé} التي وردت بالفصل 122 سابعا.

تعرف حالة الضرورة بالوضعية التي لا يجد فيها الشخص من سبيل غير ارتكاب الجريمة لحماية حق أسمى قيمة من ذلك المهدور بارتكاب تلك الجريمة. إذً ارتكاب الفعل الإجرامي هو فعل متبصر، أي عن وعي وحرية اختيار، وهو ترجيح للمصلحة الأرقى التي لا يمكن حمايتها إلا بارتكاب الجريمة.

أما شروط حالة الضرورة: وجود خطر حتمي يهدد الإنسان في سلامته الجسدية أو ماله؛ / والطابع الضروري لارتكاب الفعل الإجرامي/الطابع المتناسب لذلك الفعل والخطر المراد دفعه.

- **خامسا : إذن القانون و أمر السلطة العامة الفصل 42 :**

يتعلق الأمر بعذرين مبررين مستقلين كل منهما كافيا بذاته لكن المشرع جمعهما في الفصل 42 ويعتبر الفقه أن للعذرين نطاق شامل يتسع على كل الجرائم بقطع النظر عن خطورتها.

الفرع الأول : إجازة القانون :

المقصود بالقانون هو التشريع والإجماع حاصلا فقهيا على أن التشريع يأخذ في مفهومه المادي وليس الضيق؛ كما أقر فقه القضاء الفرنسي أن إذن القانون قد يصدر من العرف ومن ذلك تأديب الولي لابنه.

ويعتبر الفقه أن إجازة القانون الذي قد يتخذ أمرا أو ترخيص يبرر لوحده الفعل الإجرامي عندما يكون موجها مباشرة لشخص ليس له أن يتلقى الأوامر من شخص آخر وليس عليه إلاى احترام القانون ذاته.

من أمثلة ذلك قاضي التحقيق الذي يصدر بطاقة إيداع بالسجن ضد متهم/الطبيب الذي يعلم السلط الصحية بالمرض الساري الذي يشكوه حريفه، لا يؤاخذ بجريمة إفشاء السر المهني.

الفرع الثاني : أمر السلطة الشرعية

يفترض ذلك شرطان أساسيان :

السلطة التي أصدرت الأمر يجب أن تكون شرعية، وهذا ما يقتضي إحرازها أمرين (أولا تكون سلطة عامة، فبإجماع فقهي تتعلق عبارة سلطة بالقطاع العام، وهذا ما يقصي الأوامر الصادرة عن سلطة خاصة كالأبوين أو المؤجر./ثانيا: أن تكون سلطة مختصة، وهذا يفترض من ناحية أولى أن تكون تسميتها قانونية ومن ناحية ثانية يكون إصدار الأمر من أنظارها أي داخل في اختصاصها الوظيفي الفصل 42 ينص على ذلك صراحة عندما اقتضى أن يكون الأمر صادر عن السلطة التي لها النظر)

الأمر الوارد تنفيذه، فيشترط أن يكون قانونيا أي في كنف القانون بواجب الطاعة المحمول على المرؤوس : هذا الشرط يطرح إشكالا لأن المرؤوس قد لا يعلم أن الأمر مطابق أو مخالف للقانون ولذلك تدخل المشرع الفرنسي في المجلة الجزائية الجديدة بإقصاء الفعل المخالف للقانون بصفة بارزة.وعندما يكون الأمر في حالات يكون الفعل فيها مخالف للقانون بصفة ظاهرة يبقى الاجتهاد للقاضي.

المبحث الثاني : الركن المادي :

الفقرة الأولى : العنصر القار : السلوك الإجرامي :

- طبيعة السلوك الإجرامي : نميز فيه بين الجرائم الإيجابية و الجرائم السلبية .
- شكل السلوك الإجرامي : نميز فيه بين :

- زمن السلوك الإجرامي الذي يسمح بتقسيم الجرائم إلى جرائم حينية و جرائم مستمرة.
- تركيبة السلوك نميز فيه بين الجريمة البسيطة و الجريمة المركبة و في الجرائم المركبة بين الإعتياد والمركبة بالمعنى الدقيق .

الفقرة الثانية : العناصر غير القارة : النتيجة و العلاقة السببية :

تسمح بتصنيف الجرائم إلى :

- جرائم شكلية و هي جرائم السلوك المحض
- جرائم مادية نميز في إطارها بين الجريمة المادية التامة و الجريمة المادية غير التامة أي محاولة إرتكاب جريمة .

الموضوع : المحاولة : الفصل 59 :

1 / أصناف المحاولة :

+ الجريمة المبتورة :المحاولة المعطلة :

تتألف المحاولة المعطلة من شرطين أساسيين :

- الشرط الأول :فعل الشروع في التنفيذ: هذا ما يعبر عنه الفقهاء بالركن المادي للمحاولة المعطلة

هذا الركن يقتضيه فقه القضاء صراحة ويشير إليه الفصل 59 من خلال عبارة التعطيل الذي يعني عدم استكمال الفاعل في تحقيق نتيجة. هذا الشرط يطرح إشكالا على الصعيد النظري بما يسمى العمل التحضيري الذي لا يدخل في نطاق الركن المادي للجريمة رغم أنه سلوك

مادي يتجاوز به مرتكب الجريمة مرحلة العزم الجنائي. فالملاحظ هنا أن ما يسمى بالتمشي الإجرامي الذي قد يمر أحيانا عبر ثلاثة مراحل يفصل بينهما انقطاع وهما العزم •التحضير •التنفيذ؛ ولئن كانت المرحلتين الأولين غير مجرمتين، فإن الشروع في المرحلة الثالثة من شأنه تحقق المحاولة المعطلة ولذلك وجب ضبط معيار خاص به لفصله عن مراحل التحضير

موقف محكمة التعقيب :تقدير مسألة فعل الشروع وتمييزه عن العمل التحضيري هي مسألة واقعية ترجع إلى اجتهاد قاضي الموضوع.

- الشرط الثاني : عدم العدول التلقائي: وهو شرط سلبي يعني أن مرتكب فعل الشروع لا ينقطع عنه تلقائيا وإنما ينقطع عنه بسبب تدخل أجنبي يبتر نشاطه الإجرامي إما ماديا، كأن يلقى عليه القبض، أو بالتأثير على نفسيته مما قد يدفعه إلى التراجع.

+ الجريمة الخائبة :

المجرم لا يعدل عن نشاطه الإجرامي ولا يعطل في استكماله، ومع ذلك فإنه يخيب في تحقق النتيجة وقد درج الفقه التقليدي على تمييز هذه الصورة من المحاولة وبينما يعرف بالجريمة المستحيلة التي يستكمل فيها الفاعل نشاطه الإجرامي دون أن يفلح في تحقيق نتيجة لقيام استحالة مادية يجهلها إما بمحل الجريمة أو وسيلتها كأن يطلق المجرم النار على ميت أو يستعمل مسدس فارغ...

وقد أدى الإقرار بهذا الاختلاف إلى طرح السؤال حول قابلية زجر الجريمة، ومن ناحية أخرى أدى هذا الإقرار باختلاف الجريمة الخائبة عن الجريمة المستحيلة إلى اعتبار هذه الأخيرة غير مشمولة بالنص المؤطر للمحاولة.

إن الفقه الحديث لم يعد يأخذ بهذا التمييز تأييدا لموقف محكمة التعقيب الفرنسية المؤرخة في 16 جانفي 1986 الذي اعتبرت فيه أن الجريمة المستحيلة ليست إلى محاولة موجبة للعقاب.

وعلى هذا الأساس أصبح الفقه الفرنسي يرى أن الجريمة المستحيلة ليست في حقيقتها إلى مظهرا للجريمة الخائبة بما أنها تفترض جريمة استكملت نشاطها والنية في تحقيق النتيجة بسبب خارجي، ويستوي الأمر بين أن يكون السبب سابقا أو معاصر لارتكاب الفعل الإجرامي. والثابت أن هذا الموقف قابل للاعتماد في القانون التونسي لأن الفصل 59 لا يتضمن أي إشارة أو شرط بخصوص الوقت أو الزمن الذي ينشأ فيه العامل الخارجي الذي منع من تحقيق نتيجة وهو ما يسمح بالاستنتاج أن هذا النص يستوعب الجريمة المستحيلة التي يمكن بمقتضاها إرجاعها إلى الجريمة الخائبة واعتبارها مندمجة بها، أي هي أحد مظاهرها.

2 / عقاب المحاولة :

+ المبدأ : عقاب الجريمة هو عقاب المحاولة 59 :

+ مدى زجر المحاولة : الزجر آلي في الجنايات و يستوجب التنصيص في الجنح و المخالفات

متى نعاقب عن المحاولة؟ وكيف سنعاقب عنها؟

بالنسبة للسؤال الأول، المشرع التونسي تبنى موقف وسطي بين النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية أو الذاتية

النظرية الموضوعية: لا عقاب في المحاولة.

النظرية الشخصية: إذا كان لهذا الشخص نية إجرامية ويقصد تحقيق نتيجة إجرامية فهو يتماثل تماما مع الذي حاول ونجح.

هذا الموقف الوسطي أساسه التمييز بحسب صنف الجريمة من حيث الخطورة، فبالنسبة للجنايات يكون الزجر أساسه الفصل 59 ولذلك فإن الزجر لا يحتاج إلى تنصيص صريح صلب النص المحدث لكل جناية والمبدأ هنا شامل ولا يحتمل الاستثناء إذً المحاولة موجبة للعقاب في كل الجنايات.

أما بخصوص الجنح والمخالفات، فالزجر استثناءي وهو ما يستوجب التنصيص عليه صلب النص المحدث للمخالفات.

وبالنسبة للسؤال الثاني المتعلق بطبيعة العقاب ، المشرع تبنى نظرية شخصية التي تقر بالزجر في المحاولة. كما يكون العقاب في الجريمة التامة.

المبحث الثالث : الركن المعنوي :

الفقرة الأولى : طبيعة الإرادة المؤدية إلى الإدانة :

الفصل 37 م ج : لا يعاقب أحد إلا بفعل إرتكب قصدا عدا الصور المقررة بوجه خاص بالقانون .

- القصد الجزائي :

+ تعريف القصد الجزائي : النية المتجهة لإرتكاب الجريمة مع العلم به .

+ التمييز عن الدافع الذاتي لإرتكاب الجريمة

+ أصنافه : قصد عام و خاص / قصد بسيط و مركب .

- الخطأ الجزائي : إرتكاب سلوك إجرامي دون نية الإضرار :

الجرائم القصدية الفصل 37 و الجرائم غير القصدية القائمة على الخطأ الجزائي.

- أسباب عدم الإسناد المعنوي : موانع المسؤولية الجزائية : الفصل 38 م ج :

- صغر السن

صغر السن إلى حدود سن ثلاثة عشر كاملة:

➢ حسب الفصل 38 من المجلة الجزائية وهذه القاعدة تمثل في حقيقتها امتدادا لأحكام الفصل 156 الفقرة الأولى من مجلة الأحوال الشخصية التي أورد فيها المشرع قرينة

قانونية قاطعة على انعدام القدرة على التمييز لدى الصغير الذي لم يبلغ ثلاثة عشر كاملة فهو غير مميز.

- ومن هذا المنطلق يمنع الإسناد في شأن هذا الصنف وبالتالي انعدام المؤاخذة الجزائية.
- وقد أكدت مجلة حماية الطفل ما جاء بالفصلين 156 من مجلة الأحوال الشخصية و 38 من المجلة الجزائية، وجمعت بين القاعدتين الواردتين بهما وذلك بالفصل 68 في فقرته الأولى.

- **الجنون أو فقدان العقل**

نص الفصل 38 يشترط أن تكون مرحلة فقدان العقل مزاولة للجريمة

- الفصل 160 في فقرته الأولى من مجلة الأحوال الشخصية : المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا تعتريه فترات يثوب أليه عقله فيها.
- من خلال ذاك التعريف نستنتج أمرين أساسيين أولهما أن الجنون هو فقدام العقل، فهو مرض عقلي يعدم القدرة على التمييز ، ويصبح في منزلة الصغير دون 13 سنة. ومن الضروري أن نميز الجنون عن الحالات القريبة منه دون أن تكون لها نفس الآثار القانونية:
- ما يعبر عنه الفقهاء بالأمراض العقلية الجزئية وهي أمراض لا تعدم كليا القدرة على التمييز فهي لا تعدم المسؤولية الجزائية مثل الاضطرابات العقلية وحالات السكر الاختيارية.
- الجنون في مفهومه القانوني أوسع نطاق في المفهوم الطبي الضيق، فمن منظار قانوني يشكل الجنون كل مرض عقلي يعدم القدرة على التمييز، أي إذا كان مصدره العقل أو وظيفته أو مدته.
- الجنون اللاحق للجريمة لا ينفي المسؤولية، لكن المحاكمة تبقى معلقة إلى حين شفاء المجنون.

المحور الثاني : المجرم :

المبحث الاول : المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين :

1 / الفاعل الأصلي :

- + فاعل مادي : مرتكب الفعل . قد يكون مجرما واحدا أو متعددا :
- لم يعرف المشرع الفاعل الأصلي المادي لكن يمكن تعريفه أنه هو الذي يرتكب السلوك المادي المجرم إذا كانت الجريمة بسيطة أو هو الذي يرتكب أحد الأعمال المركبة للجريمة.
- يمكن أن نستنتج أن الفاعل المادي قد يكون منفردا إذا تحققت على يده الركن المادي للجريمة. كما يمكن أن يكون متعددا ويسمى فاعلا أصلي مع غيره إذا تداخلت عدة أشخاص في تحقيق ذلك الركن المادي للجريمة سواء بارتكاب كل واحد منهم نفس السلوك المجرم البسيط أو بارتكاب كل أحد منهم نمط من أنماط السلوك المكون لنفس الجريمة.

+ فاعل معنوي : يأمر أو يحرض على إرتكاب الجريمة ينزل منزلة الشريك / لكن قد ينص النص على أنه فاعل أصلي مثل إختطاف شخص بواسطة الغير 237 م ج :

- هو مصطلح فقهي ويعرف بكونه من يتولى تسخير غيره في ارتكاب الجريمة، فهو من يدبر ويخطط للجريمة لكن لا ينفذها بنفسه وإنما "يرتكبها" بواسطة غيره.
- المشرع، و إن لم يستعمل المصطلح ولا يعرفه ولم يخصه بنص عام، فإنه لا يجهل المفهوم بل يراعيه أحيانا من خلال تنزيل "الفاعل المعنوي" منزلة الفاعل الأصلي لاقتضائه بمعاقبة المجرم. (مثال الفصول 137 101 من م.ج)
- لكن في ما عدا الحالات التي ينزل فيها المشرع الفاعل المعنوي منزلة الفاعل الأصلي فإن مسألة الفاعل المعنوي لا تثار إلى في نظرية المشاركة، حيث يوصف بالشريك، وهذا ما يفترض تحقق الشروط العامة للمشاركة والشروط الخاصة في المشاركة بالتحريض
- الأستاذ كارم الجوة يقول في هذا الإطار أن الطابع غير الدقيق للفاعل المعنوي يحتاج مزيد من التوضيح والتدقيق في عبارتيه : فعبارة "المعنوي" لا تعني عدم ارتكاب هذا الشخص لأي فعل مادي فهذا الشخص يرتكب سلوك خارجي كالقول أو الكتابة الكفيلين بتبليغ تعليماته وطلباته إلى المنفذ؛ لذلك فإن عبارة "معنوي" تعني فقط أن الشخص الذي يوصف بها لا يرتكب بنفسه السلوك المادي المجرم. أما عبارة "الفاعل" لا تعني بالضرورة صفة الفاعل الأصلي بل قد تعني صفة الشريك بتوفر شروط المشاركة.

2 / الشريك :

تبني المشرع التونسي النظرية المادية القائمة على تعدد أفعال المشاركة لا النظرية الشخصية القائمة على النية الإجرامية.

أ / شروط المشاركة :

+ وجود جريمة أصلية و التنصيص على عقاب المشاركة :

- المشاركة لا توجد بذاتها وإنما هي مشاركة في جريمة أصلية تتبعها وتستعير التجريم منها، فتجريم المشاركة مستمد من تجريم الفعل الأصلي، و هذا ما يقتضي وجوده وقابلية عقابه.
- التبعية واستعارة التجريم التي تكون عليها المشاركة إنما تتعلق بالفعل الأصلي الموجب للعقاب.وفي المقابل لا تمتد التبعية إلى شخص الفاعل الأصلي الذي قد يفلت من العقاب لأسباب شخصية لا تأثير لها على وجود المشاركة و عقابها.

+ إتجاه الإرادة إلى إرتكاب فعل المشاركة :

- الركن المعنوي أو الذهني يتمثل في إجماع الفقه في القصد الإجرامي، فجريمة السرقة هي قصد (تفترض عنصر العلم والشراكة)، هذا الطابع القصدي للمشاركة أكده المشرع بالفصل 32من خلال استعمال عبارات دالة عليه كقوله "مع علمه" أو "عمدا"...

- يقتضي الوجود المادي للمشاركة ارتكاب فعل مادي خارجي فيه مساهمة تبعية فرعية في الجريمة الأصلية.
- فالفصل 32 من المجلة الجزائية حدد بصفة حصرية الأفعال المادية المكونة المشاركة والتي تتميز بالطابع التام، فالإجماع حصلا فقهيا على أنه لا يوجد محاولة في المشاركة، فالمشاركة إما تامة أو غير موجودة.والطابع الإيجابي: جميع مظاهر فعل المشاركة في الفصل32 هي أفعال إيجابية وبالتالي فإن المشاركة هي جريمة إيجابية؛ أي لا تقوم بمجرد الامتناع. لكن المشرع أورد بنفس الفصل استثناء لهذه القاعد! وقد ورد بنص خاص هو الفقرة 3 من الفصل 2 من الأمر المؤرخ في 9 جويلية 1942 الذي يكرس بوجه استثنائي ومحدود النطاق ما يعرف بالمشاركة السلبية التي تقوم عن الامتناع عن الإعلام أو إخبار السلطات العمومية بمشاريع الجرائم التي يعلمها الشخص أو بما يشاهده من جرائم ترتكب أمامه (واجب الوشاية).
- تنوع أفعال المشاركة : االفصل 32 قد يكون سابقا أو لاحقا أو متزامنا مع الفعل الأصلي و تتميز هذه الأفعال بصبغتها الحصرية والإيجابية :

الفصل 32 يحتوي 5 فقرات تحتوي على أحكام المشاركة والتي يمكن تصنيفها حسب الزمان إلى أفعال مشاركة سابقة للفعل الأصلي (هي الأفعال المؤدية أو المسهلة على ارتكاب الجريمة الأصلية، وقد وردت بالفقرات الثلاثة الأولى من الفصل 32 و هي التحريض والإرشاد وتقديم الوسائل للإعانة) وأفعال مشاركة لاحقة للفعل الأصلي (وردت بالفقرة 4 من الفصل 32 تتمثل في إعانة الفاعل الأصلي على الانتفاع بالجريمة، هنا أورد المشرع مثالا وهو إخفاء المسروق وفي إعانة الفاعل الأصلي على التخلص من عواقب الجريمة) وأفعال مشاركة غير المرتبطة زمنيا بالفاعل الأصلي (وردت بالفقرة الأخيرة من الفصل 32 "..الأشخاص الذين مع العلم بسوء المجرمين الشخص الذي اعتدى إعداد محل للسكنى أو إخفاء أو اجتماع متعاطي جرائم قطع الطريق أو الاعتداء على أمن الدولة أو الاعتداء على أمنها العام أو الأشخاص أو الأملاك مع علمهم بالجريمة " المشاركة هنا شاذة لأنها تكاد أن تكون منعدمة في التطبيق وضيقة جدا.وهذه الشروط تبرر ندرتها في التطبيق، وهي شروط مردها أساسا: الاعتياد، وهو لم يشترط في الفقرات السابقة ونوعية الجريمة الأصلية، هذا الصنف لا ينصرف إلى كل الجرائم وإنما ينصرف إلى جرائم حددها المشرع بوجه خاص و تعدد الفاعلين الأصليين، الإعانة هنا لا تتحقق في شأن فاعل أصلي واحد وإنما تنصرف إلى مجموعة من المجرمين مؤلفة لعصابة أو لوفاق دائم غايتها ارتكاب الجرائم المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة. وفعل الإعانة يتمثل من حيث طبيعته في إعداد محل للسكنى هؤلاء المجرمين أو إخفائهم أو اجتماعهم.).

ب / عقاب المشاركة :

+ استعارة التجريم و العقاب : 33 تتأثر المشاركة بتشديد و تخفيف العقوبة :

الفصل 33 : يكرس استعارة العقاب الذي يمثل نتيجة حتمية استعارة التجريم التي تقوم عليها المشاركة وعمليا، القاضي غير ملزم بالحكم بعقاب متماثل في شأن كل من الفاعل الأصلي والشريك، تفعيلا لأعمال اجتهاده وظروف التخفيف، فإن العقاب المحكوم على الفاعل والشريك قد يكون متفاوتا.

+ استثناءات نظرية إستعارة التجريم :

الفصل 34 يحتوي استثناء جزئي لقاعدة استعارة العقاب الواردة بالفصل السابق، وهذا الاستثناء يتعلق بصور محددة للمشاركة بواسطة إخفاء المسروق إذ تعوض عقوبة الإعدام المقررة للفاعلين الأصليين للجريمة بالسجن بقية العمر بالنسبة لمشاركيهم في إخفاء المسروق ويكون 10 سنوات إذا لم يثبت على المشاركين في إخفاء المسروق علمهم بالأسباب التي انجر عنها الحكم على الفاعلين الأصليين بالإعدام.

الفصل 35 يكرس استثناء كلي لقاعدة استعارة العقاب فيما يتعلق بالمخالفات.

المبحث الثاني : المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية :

1 / تطور الفقه :

أ / الرفض : تيار تقليدي ساد في القرن 19 لا يأخذ بالمسؤولية الجزائية للذات المعنوية.

ب / القبول : تيار حديث منذ بداية القرن 20 يؤيد المسؤولية الجزائية للذات المعنوية.

2 / موقف القانون التونسي :

أ - الموقف التشريعي:

لا يوجد في المجلة الجزائية نص عام يكرس المسؤولية الجزائية للذات المعنوية؛ هذا السكوت تبرره أسباب تاريخية مردها أنه لا يوجد نص بالمجلة الفرنسية (الفصل 122 ثانيا من المجلة الجزائية الفرنسية يكرس صراحة المسؤولية الجزائية للذات المعنوية عن الجرائم التي ترتكب لصالحها من قبل هياكلها أو مسيريها ولا تسأل الدولة جزائيا.)

مع ذلك، فعدم وجود نص عام بالمجلة الجزائية لم يمنع المشرع التونسي من الإقرار بالمسؤولية الجزائية للذات المعنوية صراحة في إطار نصوص تتعلق بجرائم معينة (الفصل 33 من مجلة الصرف والتجارة الخارجية الفصل 412 من المجلة التجارية).

ب - الموقف القضائي:

رفضت محكمة التعقيب في ثمانينات القرن الماضي الرأي الآخذ بالمسؤولية الجزائية للذات المعنوية مقابل اكتفائها بالمسؤولية الجزائية لمسيريها ولا تمتد المسؤولية الجزائية للذات المعنوية نفسها، وكان ذلك صلب قرارين الأول عدد 8435 بتاريخ 29 ديسمبر 1982 في قضية تعرف بالبترول الأزرق، والثاني عدد 4233 بتاريخ 7 جانفي1983 وتعرف بقضية خليج القردة.

لكن محكمة التعقيب غيرت موقفها تماشيا مع "التطور الفقهي والتشريعي" وذلك خلال العشرية الأولى من هذا القرن بموجب القرار الأول عدد 7221 بتاريخ 16 ديسمبر 2004 ثم دعمته بقرار آخر عدد 29254 بتاريخ 5 أوت 2008

إذً فقه القضاء التونسي تبنى الموقف المؤيد للمسؤولية الجزائية للذات المعنوية، وبذلك فإن فقه القضاء يكمل النقص الحاصل على مستوى التشريع.

المحور الثالث : العقوبة :

الجزء الأول : غايات العقوبة :

للعقوبة أغراض متنوعة، فهي من وجهة تقليدية تهدف إلى الردع أولا وإلى العدالة ثانيا؛ وتهدف حديثا إلى الإصلاح.

بالنسبة لغاية الردع –وتسمى أيضا بالترهيب- تسعى العقوبة إلى التخويف والترهيب للحد من الجرائم، فعلى الصعيد الجماعي تحقق العقوبة الردع العام أي تخويف الناس بالأنظار والتهديد الذي تمثله لكل الناس لعواقب ارتكاب الجريمة.أما على الصعيد الفردي فهي تحقق الردع الخاص الذي تمارسه على الفرد نفسه مما قد يجنبه ارتكاب الجريمة مرة أخرى

بالنسبة لغاية العدالة، تهدف العقوبة إلى إقرار العدالة باعتبار العقوبة تمثل جزاء الإثم الذي ارتكبه المجرم فالعقوبة تعيد التوازن الاجتماعي.

بالنسبة لغاية الإصلاح، تهدف العقوبة إلى إصلاح المجرم وهذه الغاية لا تقصي سابقتها بل تفسر توجه القانون الجزائي الحديث وتم الاستغناء على العقوبات التقليدية ذات الطابع الإقصائي.

الجزء الثاني : خصائص العقوبة :

الطابع المؤلم، العقوبة بمختلف أنواعها تحتوي قدرا من الألم الذي يسيرها موجعة.

الطابع المحقر؛ فالعقوبة تحقر من تسلط عليه لأنها تجلب له نبذ وازدراء المجتمع. هذه الخاصية ترتبط بغاية العدالة في نفس الوقت.

الطابع المحدد للعقوبة؛ فالعقوبة محددة تشريعيا عند وضع النص ومحددة قضائيا عند التطبيق.

الطابع النهائي؛ بعد نطق القاضي بالعقوبة واستفاء أوجه الطعن بشأن الحكم بها فإنه يتعين تنفيذها على حالها دون تغييرها مستقبلا،أي إذا أصبح الحكم بات لا يمكن تغييره.

الجزء الثالث : المبادئ الضامنة للعقوبة :

- مبدأ شرعية العقوبة (العقاب لا بد أن يكون منصوص عليه بنص سابق الوضع كما أنه لا مانع قانوني من انطباق النص الأرفق أو الأرحم بالمتهم في صورة إذا ما كان الحكم غير بات)
- مبدأ المساواة في العقاب (كل المواطنون متساوون أمام القانون وبالتالي لا فرق في تطبيق القانون الجزائي إلا أن لهذا المبدأ استثناءات تتعلق بالحصانة والبعثات الدبلوماسية)

- مبدأ شخصية العقوبة (العقاب الشخصي يعاقب مرتكب الفعل ولكن لهذا المبدأ أيضا استثناءات تتعلق بإمكانية أن تكون الدولة مسؤولة عن أفعال موظفيها الشركة كذلك والوالدين بالنسبة للأبناء.).

الجزء الرابع : تصنيف العقوبات :

+ المبحث الأول :تصنيف العقوبات حسب خطورتها :

- العقوبات الجنائية وهي الجنايات؛ تنحصر حاليا في الإعدام والسجن المؤبد والسجن الذي يتجاوز خمسة سنوات والأشغال الشاقة باقية العمر أو لمدة معينة.
- العقوبات الجناحية ؛ هي المحددة لصنف الجنح والمتوسطة من حيث وقعها المؤلم وتشكل السجن من ستة عشرة يوما إلى خمسي سنوات والخطية التي تتجاوز ستين دينار والعمل للمصلحة العامة بالنسبة لبعض الجنح حسب الفصل 15 مكرر من المجلة الجزائية وفي صورة الحكم بالسجن لمدة سنة واحدة، التعويض الجزائي، وذلك في صورة الحكم بالسجن لمدة أقصاها ستة أشهر وباستثناؤ الجنح المعددة بالفصل 15 رابعا.
- العقوبات المخالفاتية: وهي الأقل آلاما من حيث أثرها وتشمل السجن من يوم إلى 15 يوما والخطية في حدود ستين دينارا، العمل لفائدة المصلحة العامة بمدة لا تتجاوز 30 ساعة، التعويض الجزائي.

+ المبحث الثاني : تصنيف العقوبات حسب دورها :

تنقسم إلى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية وعقوبات تبعية.

+ المبحث الثالث : تصنيف العقوبات حسب موضوعها :

يتسلط الأثر المؤلم للعقوبة على محل له مكانة أساسية بالنسبة للشخص تتمثل في جسمه أو حريته أو ذمته المالية؛ وبناءا عليه تنقسم العقوبات حسب الموضوع عقوبات بدنية وعقوبات ماسة من الحرية و عقوبات مالية وعقوبات ماسة من الاعتبار

- **العقوبات البدنية :** هي التي تعيب الجسم بآذاها المباشر :المشرع التونسي الذي تخلى عن عقوبة الضرب والجلد منذ القرن 18 لكن أبقى إلى اليوم على عقوبة الإعدام في صدارة العقوبات الأصلية الواردة بالفصل 5 من المجلة الجزائية وذلك رغم مناهضتها من قبل بعض التيارات.
- **العقوبات المؤثرة على الحرية :**هي التي تمس من الحق في حرية التنقل إما أن تسلبها كليا أو تقيدها وتتمثل العقوبات السالبة للحرية في السجن المؤبد أو المؤقت. أما العقوبات المقيدة أو المضيقة للحرية فهي التي لا تحرم المحكوم عليه كليا من حرية التنقل والحركة، أي تقيدها في حدود ما وقع ارتكابه وتتمثل في النفي –مع الإشارة إلى أن هذه العقوبة ألغاها القانون التونسي بصفة مبدئية (قانون عدد 34 لسنة 64 مؤرخ في 2 جويلية 1964) ثم بصفة تكميلية بالقانون المؤرخ في 3 جوان 2005 وعقوبة منع الإقامة و المراقبة الإدارية: و العمل لفائدة المصلحة العامة وبدون أجر: أضيفت هذه العقوبة إلى العقوبات الأصلية ويصنفها الفقهاء كعقوبة مقيدة للحرية بما

أنها تلزم المحكوم عليه بالعمل للمصلحة العامة مما يجبره على الحضور بمركز ذلك العمل وهذا يقيد من حريته وعقوبة الإقصاء.

- **العقوبات المالية :**هي التي تصيب بأذاها الذمة المالية للمحكوم عليه وهي الخطية والتعويض الجزائي والمصادرة

➢ **الخطية :**

وردت بالفقرة – 1 من الفصل5 لكن المشرع لم يعرفها.

عرفها الفقهاء بأنها إلتزام المحكوم عليه بدفع مبلغ مالي إلى خزينة الدولة تحت عنوان الجزاء الجنائي، وهي تثير ثلاثة ملاحظات أساسية : الملاحظة الأولى تتعلق بكثرة فوائدها وهي تحرز تفضيلا في الفقه مقابل عقوبة السجن .و الملاحظة الثانية تتعلق بضرورة تمييزها عن غيرها من المبالغ المالية التي قد يحكم بها على المجرم مثل الغرامات التعويضية المحكوم بها لفائدة المتضرر من الجريمة جبرا لضرره الشخصي الناجم عنها والخطية الجبائية التي تقبل الصلح مع الإدارات المعنية والملاحظة الثالثة تتعلق بشمولية الخطية، إذ يمكن الحكم بها في المخالفات والجنح والجنايات فالخطية عقوبة أصلية في المخالفات والجنح لكن في الجنايات تتخذ طابع خاص لأنها تصبح عقوبة ملحقة.

➢ **التعويض الجزائي :**

أضيفت هذه العقوبة إلى الفقرة 1 من الفصل الخامس بقانون68 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بإرساء عقوبة التعويض الجزائي وتطوير الآليات البديلة للسجن وبموجب هذا القانون أصبحت هذه العقوبة تحتل المرتبة في الفقرة 1 من الفصل الخامس وتشكل مثل العمل لفائدة المصلحة العامة، عقوبة بديلة للسجن لأنها تستبدله وهي تتمثل حسب الفصل 15 رابعا في تعويض مالي أي مبلغ معين من النقود يلزم المحكوم عليه بأدائه للمتضرر من الجريمة. ومن هنا فإن التعويض الجزائي يمثل رجوع إلى ما كان يعرف بالفدية أوالفدية الخاصة التي كان معمول بها في مرحلة العدالة الخاصة والتي كرسها التشريع الإسلامي مقابل التنازل عن القصاص.

➢ **المصادرة :**

يعرفها الفقه بنقل ملكية المجرم إلى الدولة، وهي عقوبة ناقلة للملكية جوهرها حلول الدولة محل المجرم أو غيره في ملكية مال، وهذا التعريف يحدد خصائص المصادرة باعتباره من ناحية أولى عقوبة مالية تسلط على مكاسب المجرم وتحرمه منها؛ ومن ناحية ثانية هي عقوبة عينية وناقلة للملكية مجانا، وهي في القانون التونسي عقوبة تكميلية.

المصادرة حسب الفصل الخامس تتفرع إلى مصادرة عامة ومصادرة خاصة:

- المصادرة العامة:

وردت بالفقرة 4 من الفقرة –ب بعنوان -مصادرة المكاسب في الصور التي نص عليها القانون

الحكم بالمصادرة العامة التي تختلف عن مجرد تجميد المكاسب أو الائتمان على مكاسب المتهم الفار.

يقتضي الحكم بالمصادرة العامة ثلاثة شروط:

-1 أن يحكم على المتهم بعقوبة أصلية: وهذا ما يفترض ثبوت إدانته من أجل الجرائم المنسوبة له.

-2 أن يقضي النص المجرم تطبيق عقوبة المصادرة

-3 أن يكون موضع المصادرة كل أو بعض المكاسب المنقولة العقارية الراجعة للمحكوم عليه إما منفردا أو مشاعا، بقطع النظر عن قيام صلة بينها وبين الجريمة الحاصلة.

- المصادرة الخاصة:

وردت بالمطة 5 من الفقرة –ب تحت عنوان [-الحجز الخاص] وقد عرفها الفصل 28 "الحجز الخاص هو أن يؤخذ لفائدة خزينة الدولة ما حصل من الجريمة أو الآلات التي استعملت أو التي يمكن استعمالها في الجريمة"وهذا التعريف يسمح بالوقوف على :

+ التمييز بين المصادرة الخاصة والمصادرة العامة والذي يكمن في ثلاثة مستويات أساسية:

-1 أن تكون المكاسب في المصادرة الخاصة على صلة بالجريمة موضوع المحاكمة: فهي إما متأتية من الجريمة أو مستعملة في إتيانها.

-2 تكون المكاسب في المصادرة الخاصة على ملك المجرم أو غيره وليس مثل المصادرة العامة التي تكون فيها المكاسب على ملك الشخص فقط.

-3 تكون المكاسب في المصادرة الخاصة مبدئيا من المنقولات مثلما تدل عليه عبارة "أشياء" التي وردت بالفقرتين الثانية والثالثة، لكن المشرع لم يلتزم بهذا المبدأ بصفة مطلقة وأجاز في بعض النصوص الخاصة مصادرة المكاسب العقارية.

+ النظام القانوني للمصادرة الخاصة فإنها تكون اختيارية أو وجوبية فالاختيارية وردت بالفقرة 2 من الفصل 28 أما المصادرة الوجوبية فوردت بالفقرة 3 من الفصل 28 وهذه الصورة لا تقتضي بالضرورة معاقبة المجرم بل هي ممكنة وواردة حتى في صورة بقائه مجهولا حتى في الوسائل الممنوعة، بحيث أن تلك الأعمال في حد ذاتها جريمة مستقلة.

- **العقوبات الماسة من الاعتبار :**
  - حرمان المحكوم عليه من بعض الحقوق والامتيازات والتصرفات القانونية :
  - الوضع تحت قيد الحجر:

الفصل 30 :يكون حتما تحت قيد الحجر كل محكوم بجناية واحدة.."

-1 نطاق العقوبة الواردة به: فهذه العقوبة لا تهم إلى الجنايات وتحديدا إذا حكم على المجرم بعقوبة أصلية بالسجن مدة تزيد عن 5 سنوات من أجل جناية واحدة.

-2 مدة هذه العقوبة التي تكون مدتها من تاريخ الحكم بالعقوبة الأصلية إلى إتمام مدة عقابه.

-3 الأثر القانوني لهذه العقوبة: فهي تؤدي إلى حرمان جزئي للمحجور عليه من أهلية الممارسة وذلك من خلال منعه من التصرف القانوني في مكاسبه وحرمانه من قبض أي مبلغ من مداخيله.لكن يبقى له الحق في ممارسة حقوقه الشخصية كالزواج... وهذه العقوبة توصف حسب معيار الدور بكونها عقوبة تبعية، تتبع العقوبة الأصلية، أي المجرم يجد نفسه بمقتضى القانون تحت قيد الحجر.

- التشهير علنا بالمحكوم عليه بواسطة نشر الجريمة :

المطة 8 من الفصل 5 تحت عنوان "نشر بعض مضامين هذه الأحكام"؛ وقد أوضح وأكمل عنوان هذه المطة في الفصل 31 بقوله [على المحكمة في صورة الإذن بنشر أحكام الإدانة أن تحدد المصاريف التي يدفعها المحكوم عليه للغرض]، النشر يحصل على نفقة المحكوم عليه، لكن المشرع لم يوضح بالمجلة بقية الآليات المتعلقة بالنشر وبالرجوع إلى النصوص المجرمة التي تجيز هذه العقوبة يكون النشر إما تعليق أو نشر في الصحف وهذا يعني أن النشر يكون كتابيا.أما بخصوص المدة فإن المحكمة هي التي تحددها.

الجزء الخامس : التطبيق القضائي للعقوبة :

المبحث الأول : تفريد العقوبة :

يعتبر النص التجريمي آلية أولى للتفريد (السجن الفصل 14 الخطية الفصل 16).

الفصل 14 (نقح بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923).

ضبطت بخمسة أعوام أدنى عقوبة السجن في الجرائم التي يعتبرها القانون جناية على معنى الفصل 122 من مجلة الإجراءات الجزائية وبستة عشر يوما في مادة الجنح وبيوم واحد في مادة المخالفات واليوم أربع وعشرون ساعة والشهر ثلاثون يوما.

الفصل 16 –(نقح بالقانون عدد 45 لسنة 2009 مؤرخ في 6 جوان 2005)

لا يمكن أن يقل مقدار الخطية عن دينار واحد في مادة المخالفات ولا عن ستين دينارا في غير ذلك من الصور عدا الحالات المقرّرة بوجه خاص بالقانون.

يمكن للقاضي على ضوء سلطته التقديرية تقرير العقوبة المتعلقة بالجريمة على ضوء النصوص التجريمية التي تجيز الاختيار بين السجن والخطية وعلى ضوء الفصلين 14 و 16 الذي يحددان الحد الأدنى للسجن والخطية في كل نوع من أنواع الجريمة وهذا ما يدل على أن النص التجريمي يعتبر آلية أولى من آليات التفريد.

إضافة إلى ذلك فتفريد العقوبة يكون إما بالتخفيف فيها أو بالتشديد أو بضم العقوبات :

الفصل الأول : التخفيف في العقوبة :

يكون بطريقتين بإتباع سبل التخفيف أو تعليق العقوبة :

- **الطريقة الأولى : سبل التخفيف : أعذار التخفيف :**

نجد فيها أعذارا قانونية و أعذار قضائية :

1 / الأعذار القانونية : محددة حصرا إما عامة كصغر السن بين 13 و 18 سنة حسب الفصل 43 م ج أو خاصة كقتل الأم لمولودها بمجرد ولادته أو الإخبار عن جريمة إرهابية .

الفصل 43 (نقح بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989 وبالقانون عدد 93 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995).

يقع تطبيق القانون الجزائي على المتهمين الذين سنهم أكثر من ثلاثة عشر عاما كاملة وأقل من ثمانية عشر عاما كاملة.

لكن إذا كان العقاب المستوجب هو الإعدام أو السجن بقية العمر يعوض ذلك العقاب بالسجن مدة عشرة أعوام.

وإذا كان العقاب المستوجب هو السجن لمدة معينة تحط مدته إلى النصف على أن لا يتجاوز العقاب المحكوم به الخمسة أعوام.

ولا تطبق العقوبات التكميلية المنصوص عليها بالفصل 5 من هذه المجلة وكذلك قواعد العود.

الفصل 44 (ألغي بالأمر المؤرخ في 30 جوان 1955).

الفصل 45 (ألغي بالأمر المؤرخ في 22 جوان 1950).

الفصل 46

إذا كان سن المتهم غير محققة فالقاضي الذي ينظر في الجريمة المنسوبة إليه هو الذي يقدّر سنّه.

2 / الأعذار القضائية : ظروف التخفيف : الفصل 53 :

اللجوء إليها إختياري و تستوجب التعليل

عن طريق آليتين :

النزول بالعقاب إلى ما دون الأدنى القانوني

النزول بالعقاب درجة أو درجتين في سلم العقاب مع تعذر الجمع بين الآليتين .

+ تأثير ظروف التخفيف على العقوبة الأصلية :

بالنسبة للجنايات : الفقرات 3 و 4 و 6 من الفصل 53.

3) « إذا كان العقاب المستوجب السجن بقية العمر فالحط من مدته لا يكون لأقل من خمسة أعوام » **(نقحت بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989)،**

4) «إذا كان العقاب المستوجب السجن لمدة تساوي عشرة أعوام أو أكثر فالحطّ من مدته لا يكون لأقل من عامين» **(نقحت بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989)،**

5) **(ألغيت بالقانون عدد 34 لسنة 1964 المؤرخ في 2 جويلية 1964)،**

6) «إذا كان العقاب المستوجب السجن مدة تتجاوز خمسة أعوام وتقل عن عشرة فالحط من مدته لا يكون لأقل من ستة أشهر» **(نقحت بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989)،**

بالنسبة للجنح والمخالفات : الفقرات 7 و 8 و 9 و 10 من الفصل 53.

7) «إذا كان العقاب المستوجب السجن مدة خمسة أعوام فما دون فإنه يمكن النزول بالعقاب إلى يوم واحد ويمكن أيضا تعويضه بخطية لا يمكن أن يتجاوز مقدارها ضعف الأقصى المعين للجريمة» **(نقحت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

8) «إذا كان العقاب المستوجب بالسجن فقط فإنه لا يمكن في صورة تعويض السجن بالخطية، أن يتجاوز أقصاها أربعة دنانير في مادة المخالفات وألفي دينار في مادة الجنح».

(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923 ثم نقحت بالأمر المؤرخ في 18 جانفي 1947)،

9) «إذا كان العقاب المستوجب السجن والخطية في آن واحد يمكن الحط من كليهما ولو في المخالفات أو الحكم بأحدهما فقط دون أن يتجاوز مقدار الخطية في هذه الصورة ضعف الأقصى المنصوص عليه

للجريمة» **(نقحت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

10) «إذا كان العقاب المستوجب بالخطية فقط فإنه يمكن الحطّ منه إلى دينار واحد مهما كانت المحكمة المتعهدة بالقضية» **(نقحت بالقانون عدد 45 لسنة 2005 المؤرخ في 6 جوان 2005)،**

في صورة العود الفقرة 11 من الفصل 53.

11) «في صورة العود، ترفع أدنى العقوبات المبيّنة آنفا إلى ضعفها» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)،**

+ تأثير ظروف التخفيف على العقوبات التكميلية :

العقوبات الإختيارية يمكن التخلي عنها نظرا لطبيعتها.

العقوبات الوجوبية تبقى حتى بإعتماد التخفيف فهي تزول بزوال العقوبة الأصلية لا بتخفيفها.

- **الطريقة الثانية : تعليق العقوبة :**

1 / تأجيل التنفيذ :

اللجوء إلى تأجيل التنفيذ إختياري يستوجب التعليل وقد رود ذكره في الفقرات من 13 إلى 19 الفصل 53 م ج.

13) «إذا صدر الحكم في جنحة أو إذا صدر الحكم بالسجن في جناية فإن . له يمكن للمحكمة في جميع الصور التي لا يمنع فيها القانون أن تأمر بالحكم نفسه مع تعليل قضائها بتأجيل تنفيذ العقوبة إن لم يسبق الحكم على المتهم بالسجن في جناية أو جنحة على أنه لا يمكن منح تأجيل التنفيذ في القضايا الجنائية إلا إذا كانت أدنى العقوبة المحكوم بها مع تطبيق ظروف التخفيف لا تتجاوز عامين سجنا» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923 ثم نقحت بالأمر المؤرخ في 2 مارس 1944)**،

14) « إذا لم يرتكب المحكوم عليه في أجل قدره خمسة أعوام ابتداء من تاريخ الحكم جناية أو جنحة آلت إلى الحكم عليه بالسجن أو بعقوبة أشد منها فالحكم المذكور يعد كأن لم يكن.

أما إذا حصل خلاف ذلك فإن العقوبة الأولى تنفذ بادئ ذي بدء دون ضمها إلى الثانية» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)**،

15) **(ألغيت بالأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 1956)**،

16) «لا يشمل تأجيل تنفيذ العقوبة دفع مصاريف القضية ومقدار غرم الضرر والخطايا المحكوم بها في جرائم الجباية والغابات» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)**،

17) «لا ينسحب تأجيل التنفيذ أيضا على العقوبات الفرعية والتحاجير الناتجة عن الحكم بالعقاب غير أنّ التحاجير يزول مفعولها بزوال مفعول العقاب الأصلي» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)**،

18) «على المحكمة عند القضاء بتأجيل التنفيذ أن تنذر المحكوم عليه بأنه لو حكم عليه من جديد في الظروف المبيّنة آنفا تنفذ عليه العقوبة الأولى وأن العقوبات المقرّرة للعود تسلط عليه» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)**،

19) «الحكم بالإدانة مع إسعاف المحكوم عليه بتأجيل التنفيذ، ولو بالخطية، لا يرسم ببطاقة السوابق العدلية التي تسلم للخصوم إلا إذا حصل خلال مدة خمسة أعوام تتبع عقبه حكم بالإدانة على معنى الفقرة 14 من هذا الفصل» **(أضيفت بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923)**.

أ / شروط تأجيل التنفيذ :

شروط متعلقة بالعقوبة : فقرة 16 و 17 و 18

شروط متعلقة بالمتهم : لم يسبق عليه الحكم بالسجن في جناية أو جنحة

ب / آثار تأجيل التنفيذ :

آثار حينية : التأجيل ل 5 سنوات و ترسيم الحكم بالبطاقة عدد 1 و 2

آثار مستقبلية : إنقضاء العقوبة بمرور 5 سنوات و إن خالف الشروط يقضي العقوبة الأولى ثم الثانية .

2 / السراح الشرطي :

أ / شروط السراح الشرطي :

+ السجن :قضاء نصف المدة أو ثلثها في صورة العود

+ قرار السراح الشرطي : قاضي تنفيذ العقوبات و وزير العدل بعد موافقة لجنة السراح الشرطي:

ب / آثار السراح الشرطي :

+ الأثر الفوري : الإفراج

+ الرجوع في القرار : عند إرتكاب جريمة خلال مدة السراح

يمنح السراح الشرطي حسب الشروط التالية :

-أن يقضي المحكوم عليه جزءا من العقاب أو من كامل العقوبات يساوي:

-1 نصف مدة العقاب أو العقوبات بالنسبة للمحكوم عليه أول مرة على أن لا تصل مدة العقوبة المقضاة 3 أشهر.

-2ثلثي مدة العقاب أو العقوبات بالنسبة للمحكوم عليهم ذوي السوابق العدلية على أن لا تصل مدة العقاب المقضاة 6 أشهر.

-أن تكون مدة الاختبار 15 عاما بالنسبة للمحكوم عليه بالسجن بقية العمر

-يمكن عدم مراعاة الأحكام السابقة في الصور التالية:

-1 إذا بلغ المحكوم عليه 60 عاما كاملة في تاريخ سراحه الشرطي

-2 إذا لم يبلغ 20 سنة كاملة في التاريخ نفسه

-3 إذا كان مصابا بسقوط خطير أو بمرض عضال

(الفصل 353 وما بعده من مجلة الإجراءات الجزائية).

الفصل الثاني : التشديد في العقوبة :

ظروف تشديد خاصة : الإضمار و قتل الفرع للأصل و الفعل جريمة إرهابية .

ظروف تشديد عامة و هي العود : إرتكاب جريمتين يفصل بينهما حكم (الفصول من 47 إلى 52).

- **العود**

1 - شروط العود :

+الفصل 47 : ارتكاب الجريمة خلال مدة الإختبار 5 سنوات من يوم الحكم و 10 سنوات إذا كانت الجريمة الأولى و الثانية تقتضي عقابا يفوق 10 أعوام .

+ الفصل 48 : عدم إشتراط تماثل الجريمتين نظام العود العام و الإستثناء الجؤائم العسكرية

2 - آثار العود :

+ تشديد العقاب : الحد الاقصى ضعف الوارد بالنص التجريمي و الادنى مساويا للعقاب بالنص .

+ حدود تشديد العقاب : لا يؤثر على قواعد الإختصاص الحكمي أو نوعية الجرائم 12 م إ ج و لا يحول دون تطبيق الفصل 53

الفصل 47 (نقح بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989).

يعدّ عائدا كل من يرتكب جريمة بعد عقابه بموجب أخرى قبل أن تمضي خمسة أعوام على قضاء العقاب الأول أو على إسقاطه أو على سقوطه بمرور الزمن القانوني.

ويكون الأجل عشرة أعوام إذا كانت الجريمتان مستوجبتين للعقاب بالسجن لمدة عشرة أعوام فما فوق.

الفصل 48

لا يعتبر في تقدير العود :

أولا : العقوبات المنصوص عليها بالكتاب الثالث من هذه المجلة،

ثانيا: العقوبات المحكوم بها من المحاكم العسكرية ما لم تكن مسببة عن جرائم الحق العام،

ثالثا: العقوبات المستوجبة بسبب الجرائم المنصوص عليها بالفصلين 217 و225 من هذه المجلة وبصفة عامة بسبب الجرائم التي لا شيء فيها يدل على العمد إلا إذا كانت المحاكمة الجارية واقعة على متهم سبق الحكم عليه في جريمة من نوعها.

الفصل 49 (ألغي بالأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 1956).

الفصل 50 (نقح بالأمر المؤرخ في 15 سبتمبر 1923).

في صورة العود لا يمكن أن يكون العقاب دون الأقصى المنصوص عليه بالفصل المنطبق على الجريمة الجديدة ولا أكثر من ضعف ذلك المقدار لكن بدون أن يمنع ذلك من اعتماد الفصل 53 عند الاقتضاء.

الفصل 51 (ألغي بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989).

الفصل 52

إذا ارتكب السكر مرة ثانية فالعقاب يكون بأقصى العقوبات المقرّرة بالفصل 317 من هذا القانون.

وتكرّر ارتكاب السكر فيما بعد يوجب العقاب بالسجن مدة ستة أشهر.

الفصل الثالث : ضم العقوبات : التوارد

1 - صور التوارد :

+ التوارد المثالي : رابطة بين الجرائم على أساس وحدة السلوك أو وحدة القصد

+التوارد المادي : إنفصال الجرائم و إستقلالها عن بعضها البعض

2 - جزاء التوارد :

+ جزاء التوارد المثالي : الحكم بالعقاب الأشد و في صورة التساوي العقاب الذي به أكثر عقوبات تكميلية

+ جزاء التوارد المادي : المبدأ عدم الضم و الإستثناء القابلية للضم

3 - حدود التوارد :

+ محجر في العقوبات المالية 57 و في المراقبة الإدارية و منع الإقامة 58 و في الجرائم الإرهابية

+ لا يكون أمام محاكم مختلفة .

الفصل 54

إذا تكون من الفعل الواحد عدة جرائم فالعقاب المقرّر للجريمة التي تستوجب أكبر عقاب هو الذي يقع الحكم به وحده.

16

الفصل 55

الجرائم الواقعة لمقصد واحد ولها ارتباط ببعضها بعضا بحيث يصير مجموعها غير قابل للتجزئة تعتبر جريمة واحدة توجب العقاب المنصوص عليه لأشد جريمة منها.

الفصل 56

كل إنسان ارتكب عدة جرائم متباينة يعاقب لأجل كل واحدة بانفرادها ولا تضم العقوبات لبعضها إلا إذا حكم الحاكم بخلاف ذلك.

الفصل 57

العقوبات المالية لا تضم لبعضها بعضا.

الفصل 58

العقاب بمنع الإقامة وبالمراقبة الإدارية لا يضم بعضه لبعض.

الجزء السادس : إنقضاء العقوبة :

تنقضي العقوبة : بالصلح و التقادم و إسترداد الحقوق و إسقاط المتضرر لحقوقه و الوفاة والعفو العام و الخاص.

العنوان الثالث : القانون التجاري

القانون التّجاري:

- التّجار، الأعمال التّجارية، الأصل التّجاري، الكمبيالة، سند الأمر، الشيك، إنقاذ المؤسّسات التّي تمرّ بصعوبات إقتصاديّة، التّفليس، القواعد الخاصّة ببعض العقود التّجاريّة.
- الشّركات التّجاريّة: أنواع الشّركات، إنحلال الشّركات، إندماج الشركات وإنقسامها تغيير شكلها.
- المبادلات والتّجارة الإلكترونيّة.

العنوان الفرعي 1 : القانون التجاري العام

تعريف القانون التجاري :

القانون التجاري هو جملة القواعد القانونية المنظمة للتجارة.

أما المعنى الدقيق للتجارة فيختلف فيه المفهوم الإقتصادي عن المفهوم القانوني.

المفهوم الإقتصادي للتجارة:

تنقسم القطاعات الإقتصادية إلى ثلاث قطاعات رئيسية: القطاع الفلاحي، القطاع الصناعي، قطاع التجارة و الخدمات، و يضيف البعض قطاعا رابعا يتعلق بالإتصالات. ونلاحظ من خلال هذا التقسيم فصلا بين الصناعي و التاجر.

إلا أن هذا المفهوم يبقى ضيقا مقارنة بالمفهوم القانوني.

المفهوم القانوني للتجارة:

بالرجوع إلى أحكام الفصل 2 من المجلة التجارية يتبين أن التاجر هو كل شخص يحترف أعمال الإنتاج، التداول، المضاربة أو التوسط. و بالتالي فإن أعمال الإنتاج الصناعي تعد من الأعمال التجارية . فالفصل 2 م ت اعتبر صراحة في فقرته الثانية تحويل المواد الاولية و تصنيعها من قبيل التجارة. فالصناعي هو تاجر حسب المفهوم القانوني للتجارة.

مجال التطبيق :

ينص الفصل 1 م ت "تنطبق أحكام هذا القانون على التجار و الأعمال التجارية".

يحدد هذا الفصل نطاق تطبيق القانون التجاري و يبدو أنه إعتمد على نظريتين متكاملتين:

-النظرية الموضوعية : مجال تطبيق القانون التجاري يتوقف على تحديد الانشطة التجارية.

-النظرية الذاتية : القانون التجاري هو القانون المطبق على التجار.

الجزء الأول : الأعمال التجارية

تم تنظيم الأعمال التجارية من الفصل الأول إلى الفصل الرابع من المجلة التجارية.

وتم تعدادها في الفصل الثاني في فقرته الثانية الذي ورد فيه :

الفصل 2

يعد تاجرا كل شخص اتخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالقانون.

ويعد تاجرا بالخصوص كل من يباشر على وجه الاحتراف:

- استخراج المواد الأولية
- صنع المواد المكيفة وتحويلها
- شراء المكاسب مهما كان نوعها وبيعها وتأجيرها
- الانتصاب لحفظ الودائع بالمخازن العمومية أو القيام على إدارتها
- نقل المكاسب والأشخاص برا وبحرا وجوا
- عمليات التأمين البري والبحري والجوي على اختلاف أوضاعها
- عمليات الصرف والمصارف والبورصة
- عمليات توسط العملاء والسمسرة
- استغلال وكالات للقيام بشؤون العموم
- استغلال منشآت الملاهي العمومية
- استغلال منشآت الإشهار والطباعة والأخبار بالأنباء أو الإرشادات ونقلها.

على أنه لا يعتبر تاجرا من كان يحترف الفلاحة إذا كان عمله مقصورا على تحويل محصولات أرضه وبيعها.

وتنقسم الأعمال التجارية وفق هذا الفصل والفصول الموالية إلى :

الأعمال التجارية بطبيعتها

الأعمال التجارية بالشكل

الأعمال التجارية بالتبعية

الأعمال المختلطة بين المدني والتجاري

الفصل الأول : تصنيف الأعمال التجارية

إن تحديد مفهوم الأعمال التجارية يقوم على تصنيفها.. وينجر عن اعتبار العمل تجاريا إخضاعه لقواعد القانون التجاري بما يختص به من آليات ضامنة للسرعة و السلامة.

و يمكن التمييز بين ثلاثة اصناف يضاف إليها صنف رابع مختلط بين المدني والتجاري :

الأعمال التجارية بطبيعتها:

يستجيب العمل إلى أحد المعاييرالاربعة التي جاء بها الفصل 2 م ت وهي: الإنتاج، التداول، المضاربة، التوسط. و خصوصية هذا الصنف من الأعمال هو كونه يمنح القائم به صفة التاجر إذا مارس العمل على وجه الإحتراف.

الإنتاج - المضاربة - التداول - التوسط

الأعمال التجارية بالشكل: يطلق هذا الوصف على أعمال معينة تكتسي دائما الصبغة التجارية مهما كانت صفة القائم بها ولو كان غير تاجر، و هي تجارية لاستجابتها لمعيار الشكل. وتنحصر هذه الأعمال في:

-الكمبيالة طبقا للفصل 269 م ت

-الشركات التجارية بالشكل أي الشركة خفية الإسم، شركة المقارضة بالأسهم، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، طبقا للفصل 7 م ش ت .

الأعمال التجارية بالتبعية: يتمثل هذا الصنف في اعمال مدنية في الأصل لكنها تكتسي الصبغة التجارية لأن التاجر يقوم بها من اجل احتياجات تجارته، فهي تابعة لنشاط تجاري اصلي. و هذا الترابط يفسر إخضاع العمل المدني لنظام الأعمال التجارية حسب ما قرره الفصل 4 م ت .

الأعمال المدنية:

استثنى القانون التجاري صراحة بعض الانشطة من دائرة النشاط التجاري لتدخل بذلك تحت طائلة الأعمال المدنية وهذا الإقصاء يتعلق أساسا ب:

-النشاط الفلاحي من إنتاج و تحويل و بيع عندما يمارسه الفلاح على منتوجاته الفلاحية الخاصة.(الفصل 2 فقرة اخيرة م ت)
-الحرف أو المهن الصغرى و التي تتعلق بنشاط إنتاج يكون يدويا بالأساس.(قانون عدد 2005-15 المؤرخ في 16 فيفري2005 المنقح لقانون عدد 83-106 المؤرخ في 3 ديسمبر 1983)
- المهن الحرة.
-أعمال الإنتاج الأدبي: كتأليف الكتب و القطع الموسيقية و غيرها من الاعمال الفنية.

الأعمال المختلطة :

سمّيت هذه الأعمال بالمختلطة لكونها تجمع بين طرفين أحدهما تاجر و الآخر غير تاجر.

مثال :

"يعدّ من قبيل الأعمال المختلطة العقد الذي يبرمه مقاول الاشغال الذي له صفة التاجر مع من ليس له هذه الصفة و تعتبر مدنية بالنسبة لأحد الطرفين و تجارية بالنسبة للطرف الآخر"(حكم ابتدائي عدد 953 مؤرخ في 28 جانفي1964 ، م ق ت 1964، ص 40).

المبحث الأول :الأعمال التجارية بطبيعتها:

ينظم الفصل 2 م ت الأعمال التجارية بطبيعتها.

حيث يضبط هذا الفصل المعايير العامة المعتمدة لتكييف هذه الأعمال وهي حصريا أربعة معايير،ثم يحدد قائمة غير حصرية وردت على سبيل الذكر وذلك بإستعمال المشرع لعبارة "بالخصوص "

ويعد تاجرا بالخصوص كل من يباشر على وجه الاحتراف:

كما يعلن الفصل الثاني وجود استثناءات تم إقصاءها من هذا الصنف.

اعتمد الفصل 2 م ت أربعة معايير لاعتبار العمل تجاريا بطبيعته وهي الإنتاج، التداول، المضاربة، التوسط.

وهذه المعايير غير متلازمة بدليل استعمال الفصل لعبارة "أو" بحيث أن توفر أحدها يكون كافيا إلا أن المضاربة أي قصد الربح يبدو معيارا عاما يحكم أي عمل تجاري.

الفقرة الأولى : الإنتاج :

يقصد بالإنتاج عموما كل عمل يقصد منه خلق ثروة أومنتوج.

و يورد الفصل الثاني من المجلة التجارية الأمثلة التالية تطبيقا لمعيار الإنتاج:

-استخراج المواد الأولية: كاستغلال المناجم واستخراج الحجارة من المقاطع

-صنع المواد المكيفة و تحويلها: مثال:صنع الأحذية أو تركيب و تجميع الآلات.

اما التحويل فيقصد به الحصول على مادة معينة انطلاقا من مادة اخرى.

مثال: "إن النّجارة من قبيل الصناعات ذلك لأن عمل النّجارة يتمثل في شراء الخشب و تحويلها الى مصنوعات و بيعها طبق الفصل 2 م ت" (قرا ر تعقيبي عدد 19386 مؤرخ في 19 جانفي 1988).

-استغلال منشآت الملاهي العمومية و منشآت الطباعة و الإشهار و دور النشر ووكالات الأخبار:

الفقرة الثانية : التداول :

يقوم التداول على توزيع وقد يتعلق الامر بتوزيع ملكية هذه الأشياء أو بتوزيع استعمال أو حيازة هذه الأشياء.

يذكر الفصل 2 م ت الامثلة التالية:

- نقل الأشخاص و البضائع مهما كانت الوسيلة (برا، بحرا،جوا).

- شراء الأموال مهما كان نوعها من أجل إعادة بيعها أو تأجيرها: هذا العمل يشتمل على نقل ملكية الشيء او نقل حق استعماله.

- كراء المنقولات و العقارات.

-الإنتصاب لحفظ الودائع بالمخازن و المغازات العامة أو القيام على إدارتها: يتعلق الأمربخزن المواد الاولية أو المصنعة و البضائع و السلع التي يريد الفلاح او الصناعي خزنها. و تمثل هذه العملية تداولا لأنها تسهل تداول البضائع حيث يصدر المودع لديه وصولات تثبت الإيداع من جهة و تصلح لبيع و رهن البضاعة من جهة أخرى.

-عمليات البورصة: تتعلق بتداول الأوراق المالية

-عملية الإستيراد والتصدير

<u>الفقرة الثالثة : المضاربة :</u>

تحصل المضاربة عندما يقوم التاجر بالإستفادة من تقلبات السوق قصد تحقيق الربح.

وردت بالفصل 2 لهذا المعيار بالخصوص الأنشطة المالية المتعلقة بالتأمين و البنك والبورصة:

-عمليات التأمين(البري/البحري/الجوي) : تتحقق المضاربة بحصول شركة التأمين على أقساط دورية من المؤمن له في حين يبقى التعويض احتماليا في صورة تحقق الخطر المؤمن.

إلا أن ممارسة نشاط التأمين في شكل تعاونية قد يطرح تساؤلا حول الصبغة التجارية لهذا النشاط ذلك أن التعاونية لا تبحث عن تحقيق الربح بل تسعى لتمكين المنخرطين من دفع اقل قسط ممكن مع إرجاع الفارق عند عدم تحقق الخطر.

و قد وضح الفصل 55 من مجلة التأمين بأن تعاونية التأمين تكون مدنية إذا توفرت فيها ثلاثة شروط: 1-أن تدفع كامل تعهداتها في صورة تحقق أحد المخاطر

2-أن لا تلجأ لوسطاء مأجورين لاكتتاب عقود التأمين

3-أن توزع فائض المقابيض على منخرطيها.

وفي غياب هذه الشروط يصبح نشاط التعاونية تجاريا.

-عمليات البنك و الصرف و البورصة: تتعلق عملية الصرف بتغيير و تحويل العملة، اما عمليات البنك فتتعلق بإيداع الاموال و منح القروض مقابل فوائض و عمولات تمثل هامش

الربح، اما عمليات البورصة فتتعلق بتداول الاسهم بالبيع و الشراء من قبل الوسطاء باسمهم و لحساب الحرفاء.

-عمليات البيع و الشراء و الكراء: تكون عملية شراء السلع و البضائع تجارية إذا تكررت بنية تحقيق الربح من خلال إعادة بيعها أو تأجيرها وإذا كان الشراء بغرض الإستهلاك فلا تكون تجارية بل مدنية. وإذا كان الشراء أو البيع عملية معزولة غير متكررة فلا تكون تجارية.

هل يكون الشراء غيرالمتبوع بعملية بيع تجاريا؟

إذا تعلق الأمر ببضاعة سريعة التلف فغياب البيع لا ينفي عن الشراء طابعه التجاري فمجرد الشراء بنية البيع كاف و إن لم يتحقق البيع فعليا.

هل يكون البيع بالخسارة تجاريا؟

قد يندرج البيع بالخسارة في إطار الربح السلبي كأن يعمد التاجر إلى بيع البضاعة بتخفيضات حادة تفاديا لخسارة أكبر، و بالتالي فإن العملية تكتسي الصبغة التجارية رغم غياب الربح الإيجابي.

الفقرة الرابعة : التوسط :

يمثل الوسيط حلقة الربط بين المنتج و المستهلك، بين العرض و الطلب.و يقوم بنشاطات الوساطة ثلاثة أصناف من الوسطاء:

وكيل الأعمال

السمسار

العميل.

-وكيل الأعمال : هو من يدير أعمال الغير كوكالة الأسفار التي تقوم بتنظيم السفرات، شركات استخلاص الديون، وكيل التأمين (ف 62 م التأمين)، الوكيل التجاري الذي يقوم بإبرام عقود البيع و الشراء باسم تاجر و لحسابه الخاص

- السمسار: يعرفه الفصل 609 م ت بكونه من يسعى في البحث عن شخص لربط الصلة بينه و بين شخص آخر لعقد اتفاق فهو لا يمثل أي طرف ولا يبرم العقد بل يساعد على إبرامه.

- العميل : يتعاقد العميل مع غيره باسمه الخاص و لكن لحساب موكله. مثال: وسيط النقل (الذي يلتزم باسمه الخاص و لحساب مفوضه نقل اشخاص أو أشياء)، الوسيط في البورصة.

*******استثناءات الأعمال التجارية بطبيعتها :**

الإقصاءات نوعان الإقصاءات القانونية والإقصاءات الفقهية وفقه القضائية :

أولا : الإقصاء الوارد بالمجلة التجارية : النشاط الفلاحي:

–أسس إقصاء الفلاحة من النشاط التجاري:

إقصاء الفلاحة يستوجب تحديد الأساس التشريعي للإقصاء / البحث عن مبررات الإقصاء / تحديد المفاهيم.

يقصي الفصل 2 م ت صراحة الفلاحة من النشاط التجاري حيث ينص الفصل 2 فقرة 3 م ت على ما يلي: "على أنه لا يعتبر تاجرا من كان يحترف الفلاحة إذا كان عمله مقصورا على تحويل محصولات ارضه و بيعها"

يشمل النشاط الفلاحي ثلاثة مجالات: الزراعة، تربية الحيوانات و الصيد البحري.

و قد يفسر البعض إقصاء النشاط الفلاحي بعدة أسباب منها :

-نيّة المشرع في حماية الفلاح من الناحية الجبائية بحيث لا يكون خاضعا للباتيندة و الضريبة على الإنتاج و إنما يخضع لنظام تقديري ينظمه القانون عدد 71 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962والمتعلق بالأداء على الإنتاج الفلاحي. ويراعي هذا النظام خصوصية الإنتاج الفلاحي المتقلب حسب الظروف المناخية، ويمنحه عديد الإمتيازات و الإعفاءات الجبائية الرامية للتشجيع على الإستثمار الفلاحي.

-التفريق من الناحية الإقتصادية بين القطاع الفلاحي و قطاع التجارة والخدمات.

-التباين الإجتماعي بين فئة التجار و فئة الفلاحين.

إلا أن كل هذه العناصر لا تنفي إمكانية إخضاع النشاط الفلاحي إلى القانون التجاري.

- حدود الإقصاء:

إن إقصاء الفلاحة من مجال التجارة وقع انتقاده نظرا للتقارب بينهما إذا قام الفلاح بعملية مضاربة أو استعمل وسائل تجارية أو صناعية ،حيث يمكن التقريب بين النشاطين الفلاحي و التجاري باستعمال عدة معايير:

معيار المصدر:

بقراءة عكسية للفصل 2 نستنتج أن الفلاح يعد تاجرا:

- إذا قام بتحويل و بيع محصولات أرض ليست على ملكه الخاص: مثال: الفلاح الذي يستغل أرضا بموجب عقد كراء أو عقد مغارسة.

-إذا قام بتحويل و بيع محصولات اشتراها من الغير. مثال: الفلاح الذي يشتري منتوجات فلاحية من خضر أو غلال ليقوم بتعليبها و بيعها

-إن هذا التأويل العكسي لا يخلو من الصعوبات إذا أضاف الفلاح محصولات اشتراها من الغير إلى محصولات أرضه مما يدعو إلى تطبيق معيار ثان هو المعيار الكمي.

المعيار الكمّي:

قد يقوم الفلاح بإضافة منتوج غيره إلى منتوج أرضه .

اعتمد فقه القضاء الفرنسي في تكييفه لمثل هذه الوضعيات على معيار كمي يقوم على مقارنة نسبة الكمية المشتراة بكمية المنتوج الخاص وإن تطبيقه يضعنا أمام ثلاث فرضيات:

-الكمية المشتراة من الغير أقل من المنتوج الخاص : لا يكون الفلاح تاجرا ، إلا أنه إذا كانت الكمية القليلة المشتراة ضرورية للتحويل كالخمائر لتحويل الحليب الى ياغرت فإن النشاط يتحول غلى تجاري

-الكمية المشتراة من الغير أكثر من المنتوج الخاص: يصبح الفلاح تاجرا

-الكمية المشتراة من الغير على قدر المنتوج الخاص: لا يكون الفلاح تاجرا

غير ان هذا الإجتهاد لا ينطبق على تربية الماشية ذلك ان فقه القضاء اعتبر هذا النشاط مدنيا مهما كان مصدر العلف .

-معيار استعمال الوسائل التجارية و الصناعية:

ينبغي التفريق بين الفلاحة التقليدية التي تعد نشاطا مدنيا و الفلاحة العصرية التي تشبه إلى حد بعيد التجارة من حيث الوسائل المعتمدة.

فالفلاح يعمد إلى الحصول على القروض البنكية وإلى التعامل بالأوراق التجارية من كمبيالات و شيكات،كما أنه يستعمل علامة الصنع و قد يكتري محلا تجاريا لتسويق منتوجاته . و على ذلك الأساس اعتبرت المحكمة الإدارية أن مربي النحل يقوم بعمل تجاري (قرار المحكمة الإدارية المؤرخ في 24 مارس 1983).

وكذلك الشان إذا وقعت ممارسة النشاط الفلاحي في شكل شركات تجارية بالشكل حيث يجيزقانون 6 أوت 1982 للشركات خفية الإسم و للشركات ذات المسؤولية المحدودة الإستثمار في المجال الفلاحي و الصيد البحري.

كما أن الفصل 3 من مجلة الشغل ينص " ولا تعتبر مؤسسات فلاحية بل تعتبر محلات تجارية و صناعية جميع الانواع الآتية و لو كانت في قالب تعاضديات فلاحية:

1)محلات الضمان و القرض

2)مؤسسات الهندسة الريفية

3)الملاحات

4)مؤسسات شق الأرض و الحصاد ودرس الصابة و جمعها و نقلها و حفظها..

5) معاصر الزيت و المواجل و معامل التقطير و معامل الحليب و الجبن و معامل التصبير و بصفة عامة جميع المعامل المعدة لتحويل المنتوجات الفلاحية و لو كانت مضافة لضيعة فلاحية ما عدا المعامل التي لا تشتغل إلا بوسائل الصناعة التقليدية لتحويل المادة الأولية"

وتطبيقا لهذا الفصل فإن التصنيع من شأنه تغيير طبيعة المؤسسة الفلاحية من مدنية إلى تجارية.

ثانيا : الإقصاءات الواردة خارج المجلة التجارية:

***الحرف**

-أسس إقصاء النشاط الحرفي من النشاط التجاري

ينظم القانون عدد 15 المؤرخ في 16 فيفري 2005 نشاطات المهن الصغرى و الصناعات التقليدية و قد جاء لينسخ القانون عدد 106 المؤرخ في 3 ديسمبر 1983 الذي كان ينظم مهنة الحرفي.

و يعتبرالفصل12 من قانون 2005 مهنا صغرى كل نشاطات الإنتاج و التحويل و تقديم خدمات يدوية بالاساس كما تعتبر صناعات تقليدية على معنى الفصل 16 من نفس القانون كل نشاطات الإنتاج و الصيانة والتي تكون يدوية بالاساس.

وتمارس هذه الانشطة اليدوية بصفة أساسية و دائمة وعلى سبيل الإحتراف بهدف تحقيق الربح.

ويتميز الحرفي عن الصناعي بالخصوصيات التالية:

-الطابع اليدوي: يفترض هذا العنصر غياب وسائل الإنتاج الصناعية المتطورة(آلات) فالحرفي يختلف عن الصناعي بكونه يعتمد في ممارسته لنشاطه على مهاراته الفنية (قرار تعقيبي عدد 22 مؤرخ في 4 نوفمبر 1976).

-العدد المحدود لليد العاملة: ينص الفصل 13 من قانون 2005 على أن عدد العمال لا يتجاوز 15 شخصا باستثناء ترخيص خاص.

وباعتماد هذين المعيارين نخلص إلى القول بأن النشاط الحرفي رغم قيامه بالتحويل و البيع بقصد الربح ليس تجاريا لغياب المضاربة على وسائل الإنتاج و على اليد العاملة و هو ما يميزه عن النشاط الصناعي .

كما أن الحرفي غير مطالب بالتسجيل بالسجل التجاري و إنما يقوم بتصريح ضمن قائمة الحرفيين و المؤسسات الحرفية.

- حدود إقصاء الحرف من النشاط التجاري:

اتجه القانون و فقه القضاء إلى التقريب بين صفتي الحرفي و التاجر:

ينطبق قانون 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية على الحرفيين الذين يمكنهم على غرار التجار الإنتفاع بإجراءات التسوية الرضائية القضائية.

ينطبق القانون عدد 77-37 المؤرخ في 25 ماي 1977 و المتعلق بالأكرية ذات الصبغة التجارية ، الصناعية، و الحرفية على الحرفيين الذين يمكنهم التمتع بحق الإيجار أي الحق في التجديد و في غرامة الحرمان في صورة رفض التجديد. إلا أن إستفادة الحرفي بالحق في الإيجار يتوقف على شرط هو ممارسة نشاط تجاري ينضاف إلى ممارسة الحرفة.

مثال: أن يقوم الحلاق ببيع مواد تجميل، أن تقوم الحلاقة بكراء ملابس الأفراح...

وقد تعرض فقه القضاء إلى هذه المسألة في عديد القضايا بخصوص حق الحلاق في التمسك بحق الإيجار و استقر على أنه يتمتع به إذا كان له أصل تجاري و أن ذلك يرتبط بممارسة نشاط تجاري حسب ما يقتضيه الفصل 189 فقرة 1 م ت .(قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 42333 المؤرخ في 13 مارس 1995)

***المهن الحرة**

-أسس الإقصاء من النشاط التجاري

تتعلق المهن الحرة بالأنشطة الفكرية و الأدبية ذات الطابع النبيل و المتعلقة بالمصلحة العامة، و هي غالبا ما تكون منظمة في شكل عمادات مهنية، و لا يتلقى أصحاب المهن الحرة أجرا و إنما أتعابا. مثال:

-المحاماة: ينظمها مرسوم عدد 79 لسنة 2011 مؤرخ في 20 أوت 2011

-الطب: أمر20 أكتوبر 1973 المنظم لأخلاقيات مهنة الأطباء.

-الهندسة: قانون عدد 74-76 مؤرخ في 22 ماي 1974، مجلة الإلتزامات المهنية الصادرة في 4 نوفمبر 1983.

- حدود الإقصاء

توجد عديد الأوجه التي تقرب المهن الحرة من النشاط التجاري من ذلك:

-ممارسة المهنة في شكل شركات مهنية ذات المسؤولية المحدودة.

مثال: الفصول 4-12 من قانون 20 جويلية1998 يمكن المحامين من ممارسة نشاطهم في شكل شركات تجارية.

-قيام المهن الحرة على تواجد الحرفاء

-بعض المهن الحرة تمكن أصحابها من التمتع بحق الإيجار الذي ينظمه قانون 1977 المتعلق بالأكرية التجارية ،

مثال:

1) مؤسسات التعليم الخاص أو الحر: تتمتع هذه المؤسسات بالحق في التجديد بصريح الفصل 2 من قانون 1977. لكن ذلك التوسع من نطاق تطبيق قانون 1977 لا يعني أن نشاط هذه المؤسسات أصبح تجاريا.

و قد أكد فقه القضاء الفرنسي في قرار تعقيبي صادر بتاريخ 3جوان1983 ان نشاط مؤسسات التعليم الخاص له طابع مدني، أما خدمات المطعم المتواجدة بها فهي تابعة للنشاط الأساسي المدني تطبيقا للمبدأ العام" التابع يتبع الأصل".

أما فقه القضاء التونسي فقد اختلف بخصوص الإقرار بالحق في التجديد لصالح محاضن الأطفال . ففي قرار محكمة التعقيب عدد 21318 المؤرخ في 7 سبتمبر 1982 اشترطت المحكمة أن تمارس روضة الأطفال نشاط التحضير إلى التعليم الاساسي.

وفي قرار محكمة التعقيب المؤرخ في 26 جانفي 2001 أقرت المحكمة المحكمة حق التجديد للحضانة المدرسية قياسا على مؤسسات التعليم باعتبار أن الفصل 2 من قانون 1977 جاء عاما.

2)الصيدليات

3)المشفى الخاص: يجب التفريق بين المؤسسة التي تضارب على المعدات الطبية و على الإطار الطبي و بالتالي هي تجارية على خلاف الأطباء و الممرضين الذين يتعاطون مهنة حرة.

4) منشآت استغلال الملاهي العمومية و الإشهار و الطباعة و الأخبار : تقوم هذه المنشآت بتوزيع منتجات أدبية فهي تقوم بأعمال مضاربة و تداول على منتوج الغير على عكس صاحب العمل الفكري و الأدبي(صحفي، مؤلف المقطوعة الموسيقية أو الكتاب) الذي ليس له صفة التاجر و لو قصد من عمله تحقيق الربح.

المبحث الثاني: الأعمال التجارية بالتبعية

ينص الفصل 4 م ت "تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الافعال و الأعمال القانونية التابعة لممارسة التجارة . و تعتبر جميع الافعال و الأعمال التي يقوم بها التاجر كما سبق تعريفه بالفصل 2 تابعة لممارسة التجارة ما لم تقم الحجة على خلافه"

يقوم هذا الصنف من الأعمال التجارية على المبدأ القانوني العام "الفرع يتبع الأصل ".

و تكمن الإختلاف بين العمل التجاري بطبيعته عن العمل التجاري بالتبعية في ما يلي:

-في العمل التجاري بطبيعته تنتقل الصفة التجارية من العمل الذي تم القيام به باحتراف إلى شخص القائم به.

-في العمل التجاري بالتبعية تنزل الصفة التجارية من الشخص الذي يحترف التجارة إلى العمل المتصل بتجارته.

شروط تطبيق نظرية التبعية :

الشرط الأول :صفة التاجر

الشرط الثاني :علاقة الأعمال و الوقائع المدنية بالنشاط التجاري.

+ أمثلة لأعمال قانونية مرتبطة بالنشاط التجاري:

شراء أو كراء أدوات عمل- عقود التأمين على سلامة المحل من مخاطر الحريق و السرقة- عقد التأمين على السيارة التجارية المعدة لتوزيع المنتوجات - التوكيلات الضرورية لممارسة التجارة-

إذا كانت الكفالة بمقابل واتصلت بمعاملة تجارية فتكون تجارية . و قد نص الفصل 1493 م ا ع على أن " ما يقع بين التجار في المعاملات التجارية فيجري على عرفهم"

وبالتالي أمكن القول أن الكفالة تكون عملا تجاريا بالتبعية كلما كانت العلاقة بين تاجرين مما يقصي عنها الطابع التجاري في العقود المختلطة.

كما يعتبرعقد الرهن عملا تجاريا بالتبعية إذا وقع رهن الشيء لضمان دين تجاري. فالرهن عملية معزولة لا تمثل عملا تجاريا بطبيعته و إن كان فيه تداول.

مثال: رهن الاصل التجاري لضمان الديون المتعلقة باستغلاله.

على أنه لا بد من التنبيه إلى أن القانون عدد 19 لسنة 2001 المتعلق برهن معدات وأدوات التجهيز قد اعتبر في الفصل 11 منه هذه الرهون عقودا تجارية لفائدة البائعين بالتقسيط أو المؤسسات التي تمول شراء أدوات التجهيز المهني، و بالتالي فإن هذا النوع من الرهون يعد عملا تجاريا بالشكل.

آثار تطبيق مبدأ التبعية:

*قرينة التبعية

ينشأ عن الترابط بين العمل و التجارة قرينة التبعية بمعنى أن من يتعامل مع التاجر ليس مطالبا بإثبات الصبغة التجارية للعمل أو الفعل التبعي، إلا أنها قرينة قانونية بسيطة تقبل الدحض بإثبات العكس .

فإذا أراد التاجر دحضها يكفي أن يثبت ان العمل أو الفعل إتصل بحياته الخاصة و ليس بتجارته.

مثال: يقوم التاجر بعمل يهم حياته الخاصة إذا اشترى منزلا ليجعل منه مقر سكناه أو اشترى مواد غذائية لاستهلاكه الشخصي ، و كذلك الأعمال التي يقوم بها على سبيل التبرع أو الهبة.

*نظام الإثبات و فصل النزاعات

ينجر عن تطبيق قرينة التبعية توحيد النظام القانوني بين النشاط التجاري و ما يتصل به من أعمال و أفعال و ذلك على مستوى الاثبات من جهة و فصل النزاعات من جهة اخرى.

و تبرز أهمية قرينة التبعية في مستوى إثبات الاعمال التبعية حيث ان هذه الاعمال التي هي في الاصل مدنية من المفروض ان تخضع طبق القانون المدني الى وجوبية الكتب كلما فاقت قيمة الالتزام 1000د. و بتطبيق مبدا التبعية تصبح خاضعة لمبدأ حرية الاثبات شان الاعمال التجارية بطبيعتها . اما بالنسبة للافعال فلا يتغير شيء من اخضاعها للقانون التجاري ذلك انها تخضع حتى في القانون المدني الى مبدا حرية الاثبات.

اما بخصوص فصل النزاع فتختص الغرف التجارية بالمحاكم الابتدائية بالنظر في الاعمال التجارية بالتبعية (سواء تعلق الأمر بأعمال قانونية أو بوقائع كالمنافسة غير النزيهة) حيث ينص الفصل 40 جديد م م م ت على أنه " تعتبر دعاوى تجارية الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم".

المبحث الثالث: الأعمال التجارية بالشكل

هي الأعمال التي تكون دائما تجارية حتى و إن كانت منعزلة. و هي تجارية بالنظر إلى شكلها و بقطع النظر عن صفة القائم بها. و تتمتع هذه الاعمال بقرينة مطلقة على كونها تجارية

و هي تختلف عن الأعمال التجارية بطبيعتها في النقاط التالية:

- لا تمنح صفة التاجر للقائم بها و لو بصفة متكررة.

-لا تخضع لمعايير عامة بل هي ثلاث حالات واردة على سبيل الحصر لا الذكر فلا تحتمل القياس عليها لحالات أخرى مشابهة.

و تنحصر الأعمال التجارية بالشكل في:

1)الكمبيالة (ف 269 م ت) :سيقع التطرق لها في محور خاص بها في إطار الأوراق التجارية

2)الشركات التجارية بالشكل(ف 7 م ش ت، ف 48 م ش ت)

ينص الفصل 7 من مجلة الشركات التجارية" تعد تجارية من حيث الشكل و مهما كان موضوعها شركات المقارضة بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة و الشركات خفية الإسم"

كما ينص الفصل 150 م ش ت " إن شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة هي شركة تجارية من حيث الشكل بقطع النظر عن موضوعها".

و بناء على هذه الفصول تنقسم الشركات التجارية بالشكل إلى نوعين:

-شركات الأموال: و هي الشركة خفية الإسم و شركة المقارضة بالأسهم

-الشركات ذات المسؤولية المحدودة: سواء كانت متعددة الأشخاص أو ذات الشخص الواحد.

3)رهن المعدات و الأدوات المهنية :

القانون عدد 19 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 و المتعلق برهن الأدوات ومعدات التجهيز المهنية.(الرائد الرسمي عدد 12 المؤرخ في 9 فيفري 2001)،

ينص الفصل الأول - "يجوز تكوين رهن ضمانا لثمن أدوات ومعدات تجهيز مهنية على أساس البيع بأجل لأداء الثمن ويثبت الرهن للدائن سواء كان بائع الأدوات والمعدات أو مؤسسة بنكية أو مالية تولت دفع ثمن الأشياء إلى البائع."

و يضيف الفصل 11 "تعتبر عقود الرهن المبرمة وفق أحكام هذا القانون عقودا تجارية وتعتبر القضايا المتعلقة بها دعاوى تجارية".

يتبين من خلال هذا القانون أن المدين، سواء كان تاجرا أم لا ، قد يحتاج إلى ضمان لدفع ثمن معدات التجهيز المهنية التي يشتريها بالتقسيط ، و لهذا الغرض بإمكانه أن يبرم رهنا على تلك المعدات لفائدة البائعين بالتقسيط أو المؤسسات التي تمول شراء تلك الأدوات .

و قد اعتبر القانون أن هذه الأعمال تجارية أي مهما كانت صفة الاشخاص القائمين بها .

المبحث الرابع : الأعمال المختلطة :

هي الأعمال التي تبرم بين التاجر والمستهلك

وتسمى مختلطة لأنها تقوم بين طرف تجاري وطرف مدني

وتخضع من حيث الإثبات إلى قواعد القانون المدني بالنسبة للمستهلك المدني وقاعد القانون التجاري بالنسبة للمحترف التجاري.

ومن حيث الإختصاص فإنه ينعقد للمحكمة المدنية وليس للدائرة التجارية نظرا لأن النزاع ليس بين تاجرين وليس نزاعا تجاريا صرفا.

الجزء الثاني : خصوصيات القانون التجاري

نظام الإثبات:

1) نظام إثبات الأعمال التجارية بين التجار :مبدأ حرية الإثبات

مبدأ حرية الإثبات:

وقع تكريس مبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية واكده فقه القضاء في عديد القرارات من ذلك القرار التعقيبي عدد 2597 المؤرخ في 7 جويلية 2004 و يقوم مبدأ حرية الاثبات على أسسين اثنين:

أولا.**الفصل 478 م إع** ثانيا.**الفصل 598 م ت (المجلة التجارية**.

حدود المبدأ:

1) يقتصر تطبيق هذا المبدأ على العلاقة التي يكون جميع أطرافها تجارا و يستبعد إذا تعلق الامر بعقد مختلط

2) إن مبدأ رضائية العقود التجارية يحتمل بعض الإستثناءات التي يفرض فيها القانون التجاري شكلية الكتب لصحة بعض التصرفات القانونية .

و يذكر بالخصوص عقد الشركة والشكليات المحيطة بالكمبيالة و جميع العقود المتعلقة بالأصل التجاري من بيع و كراء و رهن ومساهمة .

3/ نظام إثبات الأعمال المختلطة:

لا تخضع الاعمال المختلطة من حيث قواعد الاثبات الى نظام متجانس حيث ان تحديد القواعد الواجب تطبيقها يتوقف على صفة المدعى عليه الذي يقع ضده الاثبات.

فصل النزاعات:

إن فصل النزاعات في المادة التجارية يخضع الى بعض القواعد الخاصة المتعلقة باختصاص الدوائر التجارية من جهة، و امكانية اللجوء الى التحكيم من جهة اخرى.

1) اختصاص الدوائر التجارية:

أقر الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية المنقح بمقتضى قانون 2 ماي 1995 إنشاء دوائر تجارية صلب المحاكم الابتدائية تختص بالنظر في الدعاوى التجارية.و المقصود بالدعاوي التجارية النزاعات التي يكون كل أطرافها تجارا و من أجل نشاطهم التجاري.

فلا يخضع لاختصاصها النزاع المتعلق بعقد مختلط باعتبار ان احد اطرافه غير تاجر، و كذلك النزاع الذي يكون موضوعه عمل غير تجاري. فاذا عرض على الدوائر التجارية نزاع خارج عن اختصاصها عليها ان تقضي بعدم اختصاصها.

- تركيبة الدوائر التجارية:

تتكون الدوائر التجارية من رئيس و قاضيين و عضوين تاجرين كلما تعلق النزاع بتفليس او تصفية شركة او انقاذ مؤسسة تمر بصعوبات اقتصادية او استئناف حكم صادر في المادة التجارية عن محاكم الناحية.

ويقع اختيار التجار من ضمن قائمة رسمية للتجار الاكثر تمثيلا في كل قطاع تضبطها وزارة الصناعة و التجارة، الا ان دورهم في القضاء ليس سوى دور استشاري.

وتتكون من رئيس وتاجرين في النزاعات المتعلقة بلتجار فيما بينهم .

-اجراءات الفصل في النزاع: تتميز الاجراءات بامكانية اللجوء الى الصلح. كما ان القضاة يمكنهم تطبيق قواعد قانونية غير مكتوبة تتمثل اساسا في العرف التجاري و قواعد الانصاف.

2) التحكيم :

يمثل التحكيم قضاء خاصا يلجأ إليه التجار خاصة في النزاعات الدولية . و يقوم الاطراف بتعيين محكم او هيئة تحكيمية إما بصفة سابقة لنشأة النزاع بمقتضى شرط تحكيمي، أو بصفة لاحقة له بمقتضى اتفاقية تحكيم. و يتمتع المحكم بسلطة واسعة في الاستقصاء لكن يبقى ملزما باحترام المبادئ العامة للاجراءات كاحترام حق الدفاع و المساواة بين الاطراف.

وتصدر هيئة التحكيم رأيا تحكيميا يجب إكساؤه الصيغة التنفيذية حتى يصبح قابلا للتنفيذ و ملزما للطرفين. ولا يكون الرأي قابلا للإستئناف و إنما يقبل الإلغاء.

آجال التقادم:

التقادم هو انقضاء الالتزام بمرور الزمن و هو يترتب عن تقاعس الدائن عن المطالبة بحقوقه طوال مدة محددة قانونا.

آجال التقادم مختصرة تماشيا مع سرعة المعاملات و ضرورة ضمان استقرارها حيث تسقط دعوى رجوع حامل الشيك على المظهرين و الساحب في مادة الشيك بمضي 6 أشهر من تاريخ انقضاء اجل العرض(ف 389 م ت)

كما تسقط دعوى أرباب المصانع في المطالبة بثمن ما سلموه من بضائع بمضي 365 يوما، و كذلك دعاوى الوسطاء و من يحترفون كراء الأثاث و المنقولات.

كما ينص قانون الشركات على أجل ثلاث سنوات بخصوص دعوى المسؤولية ضد الوكلاء و الشركاء المتسببين في بطلان الشركة.(ف106 م ش) .

قرينة التضامن بين المدينين:

تنجر قاعدة التضامن من أحكام الفصل 175 م إ ع الذي ينص"يحصل التضامن قانونا فيما يلتزم به التجار لبعضهم في نازلة تجارية إلا إذا صرح العقد أو القانون بخلافه".

والتضامن المقصود بهذا الفصل هو التضامن السلبي الذي ينشأ بين مجموعة من المدينين حين يكونون مطالبين بأداء دين مشترك بينهم إزاء دائن معين.

مثال: في الكمبيالة يكون الإلتزام تجاريا فيكون كل واحد من الممضين مدينا شخصيا بأداء كامل مبلغ الكمبيالة للحامل.

الجزء الثالث : التاجر

شروط إكتساب صفة التاجر :

الشرط الأول: ممارسة عمل تجاري بطبيعتها :

ينبغي التمييز بين التاجر كشخص طبيعي و التاجر كشخص معنوي:

-التاجر كشخص طبيعي:

لا يكتسب صفة التاجر إلا إذا مارس عملا تجاريا بطبيعته بصفة محترفة (ف 2 م ت)

و بالتالي فهو لا يكتسب تلك الصفة بممارسة غيرها من الأعمال التجارية أي :

-الأعمال التجارية بالتبعية التي هي في الأصل مدنية، تفترض تواجد صفة التاجر مسبقا فالعمل التبعي يكتسب صبغته التجارية من صفة الشخص القائم به .

-الأعمال التجارية بالشكل:(الكمبيالة و الشركات التجارية بالشكل) لا تمنح صفة التاجر لمن يقوم بها و لو بصفة متكررة. فلا بد أن يكون نشاط الشركة تجاريا .

-التاجر كشخص معنوي:

يجب التمييز بين صنفين من الشركات التجارية:

° **الشركات التجارية بالشكل:** وهي ثلاثة أصناف: الشركة خفية الإسم، شركة المقارضة بالأسهم، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، هذه الشركات تتمتع بقرينة قانونية على صبغتها التجارية إلا ان الشركاء ليست لهم صفة التاجرو يتحملون مسؤولية محدودة .

°**الشركات التجارية بالنشاط:** تنحصر في شركات الأشخاص وهي ثلاثة أصناف: شركة المفاوضة، شركة المقارضة البسيطة و شركة المحاصة. و يكون للشركاء صفة التاجر ويتحملون مسؤولية غير محدودة و بالتضامن .

الشرط الثاني : الإحتراف:

يقوم الإحتراف على ثلاث عناصر:

1-العنصر المادي: و يتمثل في التكرارفي ممارسة العمل.

2-العنصر النفساني أو القصدي: يكون الشخص تاجرا محترفاعندما يمارس العمل التجاري ليجعل منه نشاطه الأساسي بنية تحقيق الربح. و تبرزنية التصرف كمحترف من خلال تنظيم النشاط في شكل مؤسسة أو مشروع و تخصيص محل للتعامل مع الحرفاء فيكون النشاط مستقرا و واضحا للغير.

3-العنصر القانوني: يتوفر العنصر القانوني عندما يفي التاجر بالإلتزامات المحمولة عليه قانونا و تتمثل بالأساس في التسجيل بالسجل التجاري و مسك الحسابات .

الشرط الثالث: الإستقلالية

يقصد بالإستقلالية تحمل التاجر لمخاطر النشاط فلا يكون مستقلا إلا من يمارس العمل التجاري بطبيعته باسمه و لحسابه الخاص فيكون مسؤولاشخصيا عن ديون تلك التجارة.

و لا يتوفر هذا الشرط في من يمارس التجارة بصفته أجيرا أو وكيلا لأنه يتصرف باسم و لحساب الغير.

حدود اكتساب صفة التاجر

أولا : الأهلية :

ينص الفصل 5 م ت "كل شخص أهل للإلتزام يجوز له أن يتعاطى التجارة"

حدد سن الرشد في المادة المدنية ب 18. أما في المادة التجارية فيجوز للقاصر ممارسة التجارة إذا تم ترشيده و الترشيد نوعان: -ترشيد قضائي - ترشيد بالزواج

ثانيا : الحدود القانونية :

1-عدم التلاؤم في الصفة القانونية:

إن صفة التاجر لا تتوافق مع بعض المهن:

- المهن الحرة : يمنع القانون الأساسي المنظم لبعض المهن كمهنة المحاماة، عدول الإشهاد و التنفيذ، المهندسين، وغيرهم من المهنيين من ممارسة التجارة والهدف من ذلك المنع هو ضمان شرف المهنة القائمة على فكرة المصلحة العامة وليس الربح.

- الوظيفة العمومية: لايكتسب الموظف العمومي و لو كان تابعا لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري أو تابعا لديوان أو لشركة تملك الدولة حصة في رأس مالها ، صفة التاجر. الغرض من هذا الحظر هو منع التداخل في المصالح وضمان استمرارية المرفق العام.
- الإجارة: يكون الأجيرتابعا لصاحب العمل و هو مطلوب للامتثال لتعليماته و هذه العلاقة التبعية تتنافى مع صفة التاجر الذي يجب أن يتصف بالإستقلالية.

- الوكالة: يتصرف الوكيل باسم ولحساب الغير و لا يتحمل مخاطر للتجارة وهو بذلك لا يتصفبالإستقلالية.

2-الأنشطةالمنظمة:

إن مبدأ حرية التجارة والصناعة تطرأ عليه بعض القيود بسبب تدخل الدولة في احتكار بعض الأنشطة أو منعها أو إخضاع ممارستها لإذن مسبق.

- الأنشطة المخصصة للدولة:

الدولة تحتكر استيراد وتوزيع وتصدير وتسويق منتجات معينة مثل الكهرباء والوقود والغاز.و يجوز للدولة أن تفوض احتكارها لمؤسسة عمومية مستقلة.
- **الأنشطة المحظورة**:لا يجوز للتاجر أن يمارس نشاطه إلا فيما هو قابل للتعامل و يكون خارجا عن التعامل مثلا الملك العمومي، وجسم الإنسان.. كما يمنع كل نشاط يتعارض مع مقتضيات النظام العام والأخلاق الحميدة كتجارة المخدرات.
- **الأنشطة الخاضعة للترخيص**: لا يتم تنفيذ بعض الأنشطة إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق من الجهات الرسمية أو الأتجابة لكرا س شروط و ذلك لضمان احترام المواصفات.
مثال : ممارسة الأعمال المصرفية والنقل والتأمين و وكالات الأسفار.

ثالثا: الحدود الإتفاقية :

تتمثل القيود التعاقدية في البنود التي يدرجها الاطراف في عقود البيع لمنع المنافسة مثال: البنود التي يمكن إدراجها في عقد بيع الأصول التجارية ويمنع على البائع بمقتضاها من ممارسة الأعمال التجارية المماثلة لجلب الزبائن. ولكن هذه القيود الإتفاقية لا تكون صحيحة إلا إذا كانت محدودة في الزمان والمكان ونوع النشاط.

العنوان الفرعي 2 : الأصل التجاري

ضبط بالفصول من 189 إلى 268 من المجلة التجارية

مكونات الأصل التجاري :

العناصر المقصاة : الأشخاص كالعمال / الديون / العقار

العناصر المكونة :

عناصر مادية : المعدات و الآلات (ليست للبيع) و السلع (معدة للبيع) .

لا بد من تمييز ثمنهما عند بيع الأصل التجاري كل على حدة 205 م ت و الرهن يشمل المعدات دون السلع 277 م ت .

عناصر معنوية :

- عناصر إجبارية : 189 ف 2 الحرفاء و السمعة التجارية إذ ترتبط السمعة التجارية بموقع الأصل التجاري أما الحرفاء فيرتبطون بالتاجر .
- عناصر إختيارية : تتمثل في براءات الإختراع و الأشكال و النماذج و حقوق الملكية الفكرية و الأدبية و الصناعية و الإسم التجاري و الحق في الإجارة .

الحق في تجديد الكراء :

القانون عدد 37 في 25 ماي 1977

شروطه :

1 / محل مستأجر : عقار أو محل ما يفترض وجود الحرفاء و السمعة التجارية . كما يسمح القانون بتجديد المحل التابع للمحل الأصلي إذا كان ضروريا .

2 / المتسوغ قد يكون تاجرا أو حرفيا أو صناعيا .

3 / مدة التسويغ : طيلة عامين متاتليين : عقد تسويغ

4 / عقد التسويغ أو الكراء يفترض أن يكون صحيحا

تجديد الكراء :

شروط التجديد : المحل ليس مهملا و مستغل ما يفترض توفر الحرفاء و السمعة التجارية

إجراءات التجديد : الفصل 5 يقدم المطلب في 6 أشهر السالفة لإنتهاء الكراء عن طريق عدل منفذ وفق الصيغ القانونية و يعد السكوت قبولا .

-رفض التجديد الموجه من المالك:

لا بد ان يوجه المالك التنبيه برفض التجديد عن طريق عدل منفذ

- الأجل: لا بد ان يقع توجيه التنبيه قبل ستة أشهر من انقضاء العقد
- المحتوى: يجب ان يشتمل التنبيه وجوبا على عبارات الفصل 27 من قانون 1977 الذي يمنح المتسوغ اجل قيام لدى القضاء لا يتجاوز 3 اشهر من توجيه الاعلام قصد المطالبة بحقوقه في غرامة الحرمان. و هو اجل سقوط لا تقبل بعد ذلك مطالب المتسوغ شكلا و لو كان له حق في الغرامة.
- السبب: يعتبر سبب رفض التجديد مهما بالنسبة للمتسوغ لانه يحدد حقه في الغرامة.

آثار رفض التجديد:

يتمثل الاثر الرئيسي لرفض التجديد في دفع المالك غرامة الحرمان لفائدة المتسوغ الذي يتمتع بالحق في البقاء في المكان حتى يقع دفع الغرامة. الا ان القانون ربط هذا الاثر بسبب رفض التجديد فتوجد حالات تؤدي للاعفاء من الغرامة و حالات تؤدي الى تسقيفها و اخرى الى دفعها كاملة.

أ-حالات الاعفاء من دفع الغرامة: ينص عليها الفصل 8 من قانون 1977

أولا: خطأ المتسوغ:

ثانيا: المحل الآيل للسقوط:

<u>حالات تسقيف الغرامة</u>

تتمثل هذه الحالات في امكانية استرداد المالك للمحل لأسباب حددها القانون و رتب في شانها دفع غرامة تعويضية حدد مبلغها الأقصى و هي التالية:

اولا: استرداد المحل لغرض السكنى: مبلغ الغرامة لا يفوق قيمة 5 سنوات كراء : الفصل 13

ثانيا:استرداد المحل لأعادة بنائه: مبلغ الغرامة لا يفوق قيمة 4 سنوات كراء : الفصل 9

ثالثا: استرداد المحل لتعليته: مبلغ الغرامة لا يفوق قيمة 3 سنوات كراء :

<u>حالات دفع الغرامة كاملة:</u>

من حق المؤجر بصفته مالكا ان يرفض التجديد فان لم يكن مستندا لاحد الاسباب المؤدية الى الاعفاء او الى حالات الاسترداد فان المالك يكون مطالبا بدفع الغرامة كاملة و هي حسب الفصل7 فقرة 3 من قانون 1977 تشمل خصوصا القيمة الشرائية للاصل حسب الاعراف التجارية، مصاريف الانتقال و مصاريف التسجيل . و يقوم القاضي بتعيين خبير لتقدير قيمة الاصل و يستعين بعنصر موضوعي هو قيمة الارباح التي وقع تحقيقها طيلة الثلاث سنوات الاخيرة.

الا انه قد تنحصر قيمة الغرامة في مصاريف الانتقال الى مكان آخر اذا ثبت ان تغيير الموقع ليس من شأنه فقدان التاجر لحرفائه.

<u>الحق في التراجع في قرار رفض التجديد:</u>

اذا تبين للمالك ان قيمة الغرامة المحكوم بها مرتفعة فانه بامكانه التراجع في قرار رفض التجديد للتفصي من دفع الغرامة و ذلك بشرطين:

- الاجل: التراجع في اجل لا يتجاوز 15 يوم من تاريخ صيرورة الحكم بالغرامة نهائيا
- ان لا يكون المستأجر قد غادر المحل او اشترى او استأجر محلا آخر.

<u>بيع الأصل التجاري :</u>

<u>1 / الشروط :</u>

شروط أصلية : الفصل 2 من م إ ع

شروط شكلية : 190 م ت : الكتب شرط صحة خطي محرر بواسطة محامي مباشر غير متمرن مرسم أو كتب رسمي يحرره مأمور عمومي / الإشهار بالرائد الرسمي و بجريدتين يوميتين خلال 15 يوما من تاريخ إبرام عقد البيع .

2 / الآثار :

تجاه الطرفين : إنتقال الملكية / إلتزام البائع : التسليم و الضمان / إلتزام المشتري : دفع الثمن و التحوز بالأصل .

تجاه دائني البائع : يكرس القانون حقين :

الإعتراض : 20 يوما من تاريخ الإشهار بالرائد الرسمي .

الزيادة بمقدار السدس : في أجل 10 أيام من إنقضاء أجل المعارضة إذا كان ثمن البيع بالتراضي

كراء الأصل التجاري :

الفصول 229 إلى 232 المجلة التجارية

1 / الشروط :

شروط أصلية : الفصل 2 م أ ع

شروط شكلية : عقد كتب يحرره محامي مرسم 189 مكرر م ت / الإشهار : 15 يوما من تاريخ إبرامه بالرائد الرسمي و جريدتين يوميتين .

2 / الآثار :

تجاه الطرفين : دفع معلوم الكراء / يكتسب المكتري صفة التاجر

تجاه الغير : لدائني المؤجر طلب الحلول الفوري للدين المتعلق بإستغلال الأصل التجاري في أجل 3 أشهر من تاريخ إشهار العقد .

رهن الأصل التجاري :

1 / الشروط :

شروط أصلية : 2 م إ ع و 237 م ت

شروط شكلية : 238 عقد رسمي أو خطي يحرره محامي مرسم 189 مكرر / الإشهار يقيد بكتابة المحكمة في أجل شهر

2 / الآثار :

تجاه الدائنين المرتهنين : حق الأفضلية (إجراء البيع الجبري) و حق التتبع (التنفيذ في يد الغير)

تجاه الدائن : إعلام جميع الدائنين المرسمين حول إعتزامه القيام بفسخ عقد الإيجار .

العنوان الفرعي 3 : الشركات التجارية

المحور الأول : نشأة الشركة :

عقد الشركة :

شروط عامة : الفصل 2 م إ ع

شروط خاصة :

تجميع المساهمات : مناب كل شريك : 19 م ت موضوع المساهمة قد يكون نقدا أو عينا أو عملا مع الملاحظة أن المساهمة بعمل لا تدخل في تركيبة رأس المال .الفصل 5 م ش ت

التشارك في نتائج الإستثمار : في الأرباح و الخسائر كل حسب منابه 1300 و ما بعده م إ ع و الإنتفاع بما قد يحصل من إقتصاد 2 م ش ت .

نية الإشتراك : ما يميزها عن الشركة الوهمية و يميز الشريك عن العامل .

شكليات التأسيس و الإشهار :

محتوى الشكليات :

الكتب : كتب خطي أو حجة رسمية : يستجيب لتنصيصات الفصل 9 م ش ت و هو وسيلة إثبات بين الشركاء .

التسجيل : تسجيل العقود و العقارات بالقباضة المالية و بقية الإجراءات الجبائية .

الإشهار : بإستثناء شركة المحاصة 15 م ش ت تخضع بقية الإجراءات إلى :

نشر العقد بالرائد الرسمي و بجريدتين في أجل شهر من تاريخ تكوين العقد .

ترسيم الشركة بالسجل التجاري 14 م ش ت .

جزاء مخالفة الشكليات :

على المستوى الجزائي : خطية بين 300 و 3000 دينار 20 م ش ت

على المستوى المدني : مخالفة شكليات الإشهار تؤدي إلى البطلان مع إمكانية الإصلاح

للبطلان أثر رجعي و ينشر بالسجل التجار و يأخذ بعين الإعتبار حقوق الغير 104 م ش ت

مسؤولية بالتضامن بين الشركاء و الوكلاء تجاه الغير 106 م ش ت

آثار الإشهار :

تمتع الشركة بالشخصية المعنوية من يوم ترسيم الشركة بالسجل التجاري و تصبح للشركة شخصية معنوية مستقلة لها غسم و مقر و جنسية و ذمة مالية .

لا تتمتع شركة المحاصة و تجمع الشركات بالشخصية المعنوية .

المحور الثاني : حياة الشركة :

- ممارسة السلطة من قبل المسيرين : الشركاء لهم الحق في تعيين المسيرين و عزلهم .

الشركة خفية الإسم تدار من قبل مجلس إدارة و رئيس أو إدارة جماعية و مجلس مراقبة .

شركات الأشخاص يسيرها عادة أهم شريك

الشركة ذات المسؤولية المحدودة : من قبل وكيل أو عدة وكلاء .

- مشاركة الشركاء في الحياة الإجتماعية :

الحق في إتخاذ القرار

الحق في البقاء في الشركة

الحق في الإعلام 11 م ش ت

المحور الثالث : تطور الشركة :

تغير شكل الشركة :

- الأحكام العامة :

الاسباب : قد تكون بإرادة الشركاء أو بتدخل من القاضي (إجراءات الإنقاذ)

الشروط : شركة المحاصة غير قابلة للتغيير و يمكن إختيار التغيير إلى أي نوع آخر لكن الشركة الخفية الإسم لا تصبح إلا شركة مقارضة بالأسهم أو ذات مسؤولية محدودة بشرط مرور سنتين من تأسيسها .

- **الآثار :**

تجاه الشركاء : تعهدات جديدة / مطالبين بديون الشركة السابقة

تجاه الدائنين : الإحتفاظ بحقوقهم 137 م ش ت

إنحلال الشركة :

23 إلى 26 م ش ت

أسباب الإنحلال :

- أسباب قانونية : إنقضاء مدة الشركة / إنقضاء موضوع النشاط 25 م ش ت / تلف المال الممنوح كمساهمة عينية بالملكية أو الإنتفاع قبل تسليمه 24 م ش ت / الأموال الذاتية للشركة دون رأس مالها / الإنحلال الوارد بالعقد التأسيسي .
- أسباب مثارة : إنحلال إرادي مسبق بإتفاق الشركاء / إنحلال قضائي 1323 م إ ع طلب الشريك

آثار الإنحلال :

- إشهار الإنحلال : 29 م ش ت الترسيم بالسجل التجاري و النشر بالرائد الرسمي في أجل شهر من تاريخ الإنحلال من أجل معارضة الغير به .
- تصفية الشركة و القسمة :

التصفية :

- إنهاء الإلتزامات و خلاص الديون ذو طابع إجباري 29 م ش ت تكون بصفة تلقائية أو قضائية . و تبقى الشخصية المعنوية للشركة حتى إستكمال أعمال التصفية.
- القاضي المصفي : هو الممثل القانوني للشركة و يقوم بخلاص الدائنين و تمنع إحالى أي حقوق له . 42 م ش ت
- حقوق الدائنين : توزيع الأموال على الدائنين حسب رتبهم .

في صورة تساوي الرتبة و عدم كفاية ناتج التصفية يوزع حسب نسب ديونهم بعد أجل الإعتراض 90 يوما .

القسمة :

- توزيع محصول التصفية : 26 م ش ت / 116 م إ ع
- رضائية أو قضائية : توزع حسب المساهمة في رأس المال
- إشهار ختم التصفية : بالسجل التجاري و في أجل 15 يوما من الإشهار بالسجل التجاري ينشر بالرائد الرسمي و بجريديتين يوميتين 48 م ش ت .

إندماج الشركات : 417 م ش ت

شروطه : إعداد مشروع الإندماج / الإشهار بالرائد الرسمي و جريدتين يوميتين .

آثاره : توحيد الشركات و توحيد الذمة المالية .

إنقسام الشركات :

شروطه : الإشهار

آثاره : إنقسام في الذمة المالية و كل شركة تصبح على حدة .

أنواع الشركات :

شركات الأشخاص :

- شركة المقارضة : أدنى عدد الشركاء إثنان لهم صفة التاجر و هم مسؤولين شخصيا و بالتضامن عن ديون الشركة و تفليس الشركة يعني تفليس الشركاء .
- شركة المقارضة البسيطة : المقارضة قد تكون بالمال أو بعمل أدنى عدد الشركاء أربعة إثنان من كل صنف .
- شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية

شركات الأموال :

- شركة المقارضة بالأسهم : أنظر مجلة الشركات التجارية
- الشركة الخفية الإسم : قد تكون ذات مساهمة خصوصية أقل رأس المال 5 آلاف دينار و قد تكون ذات مساهمة عامة أقلها 50 ألف دينار .

الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

- الشريك مسؤول في حدود مساهمته . 90 م ش ت

- الحد الأقصى للشركاء 50 شريك

- الحد الأدنى لرأس المال 1000 دينار

رأس المال في الشركات التجارية

1 / تكوين رأس المال :

- الأحكام العامة : المساهمات الداخلة عينا و نقدا المساهمات المقصاة عملا
- الأحكام الخاصة : قيمة رأس المال تختلف حسب نوع الشركة كما سبق توضيحه

2 / تطور رأس المال :

- تغير رأس المال : تغير الشركة و الترفيع في رأس المال الإنقسام الإندماج
- تصفية رأس المال عند تصفية الشركة و إنحلالها

الشركات خفية الإسم

الجزء الأول : تكوين الشركات خفية الإسم

الفقرة الأولى : قواعد التأسيس

- التكوين عن طريق دعوة العموم للإدخار (الشركة ذات المساهمة العامة) 164 م ش ت .
- التكوين بدون دعوة العموم للإدخار (الشركة خفية الإسم ذات المساهمة الخصوصية) 180 م ش ت

الفقرة الثانية : عقوبات قواعد التأسيس

- البطلان : 179 م ش ت
- مسؤولية المؤسسين : المدنية والجزائية 182 _+ 183 إلى 187 م ش ت.

الجزء الثاني : السندات التي تصدرها الشركات خفية الإسم

الفقرة الأولى : القواعد العامة للسندات

تداول السندات – تجريد السندات أو شكلها – العمليات المتعلقة بالسندات (انتقال ملكية الأوراق المالية – الرهن) – عقلة الأوراق المالية - بورصة الأوراق المالية وهيئة السوق المالية.

الفقرة الثانية : القواعد الخاصة بكل سند تصدره الشركات خفية الإسم

الأسهم – الرقاع - حصص التأسيس - الأوراق المالية الجديدة

- يمكن الإطلاع على دروس في الشركات التجارية للأستاذ نذير بن عمو.

العنوان الفرعي 4

إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية : الإجراءات الجماعية

القانون القديم الملغى عدد 34 في 17 أفريل 1995 - التنقيح بالقانون عدد 63 في 15 جويلية 1999 – التنقيح بالقانون عدد 79 في 29 ديسمبر 2003 .

صدور القانون الجديد عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 أفريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية – إضافة كتاب رابع للمجلة التجارية.

- **إنقاذ المؤسسات**

غايات القانون : الفصل الأول من قانون 34 قديما والفصل 415 من المجلة التجارية الحالية.

غايات الإجراءات الجماعية هي نفسها وهي : مواصلة النشاط / المحافظة على مواطن الشغل / الوفاء بالدين .

الحلول المطروحة :

- مواصلة النشاط :41 / 44 : إحالة بعض الممتلكات أو الأنشطة الفرعية / تغيير النظام الأساسي / الترفيع في رأس المال ./ منع التفويت في ممتلكات المؤسسة الضرورية .
- كراء المؤسسة أو إعطائها في إطار وكالة حرة : 52 مكرر يمكن كراء المؤسسة في أجل عامان من صدور قرار الإنقاذ . و لا يتجاوز الكراء 7 أعوام . 52 ثالثا .
- إحالة المؤسسة : بصفة كلية أو جزئية : إشهار الإحالة بالرائد الرسمي خلال 20 يوما الموالية لصدور قرار الإحالة .
- التفليس : خروج الشركة من السجل التجاري .

مجال الإنطباق :

- المؤسسات المنتفعة : كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاط تجاري ، تجاري أو حرفي /شركات الفلاحة والصيد البحري 9 يمكن أن تنتفع كل مؤسسة ثبت أنها خسرت كامل أموالها أو سجلت خسائر ب ثلاث أرباع طيلة 3 سنوات متتالية .
- المؤسسات غير المنتفعة : هي المؤسسات والمنشآت العمومية حسب الفصل 416 من المجلة التجارية وكذلك المؤسسات غير الخاضعة للنظام الجبائي الحقيقي والمؤسسات المدنية غير الحرفية وهي المؤسسات الفلاحية والمؤسسات ذات الطابع الجمعياتي أو التضامني والمؤسسات المتعلقة بالمهن الحرة.

كل مؤسسة تماطل في دفع ديونها رغم قدرتها على ذلك و كل و كل مؤسسة توقفت نهائيا عن النشاط من مدة عام على الأقل .

القسم الأول : الإجراءات الإحتياطية الأولية :

- **الإشعار ببوادر الصعوبات الإقتصادية :**

الجزء الأول : الإشعار الداخلي :

الفقرة الأولى : الإشعار من قبل مراقبي الحسابات :

يقوم مراقب الحسابات بإشعار الشركة بالصعوبات الإقتصادية وفي صورة عدم تجاوبها يقوم بإشعار القاضي أو لجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية مباشرة.

حسب الفصل 420 من م ت يقوم مراقب الحسابات بطلب توضيحات من قبل المسيرين بالشركة وفي صورة عدم الإجابة في ظرف 8 أيام يقوم مراقب الحساباب بتقديم استفساراته لمجلس الإدارة أو مجلس الرقابة في الشركة ويقوم بإستدعاء الجلسة العامة للشركاء لتوضيح حقيقة الوضع.

في صورة تواصل الصعوبات الإقتصادية وعدم تجاوب المؤسسة مع هذه الإشكالات والوقوف على تجاوزها وجديتها يقوم مراقب الحسابات في ظرف شهر من عدم التجاوب بتوجيه تقريره حول وضعية الشركة للرئيس الأول للمحكمة الإبتدائية التي يوجد بها مقر المؤسسة ونسخة من التقرير إلى لجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية.

في صورة إخلال مراقب الحسابات بهذه الواجبات المحمولة عليه طبقا لمقتضيات الفصل 420 فإنه يتعرض لمسؤولية جزائية يكون عقابها من 1000 دينار إلى 10000 دينار كخطية مالية حسب الفصل 549 من المجلة التجارية .

وتتمثل مواطن التجديد في دور مراقب الحسابات بين قانون 2016 وقانون 1995 في ثلاثة محاور أساسية وهي :

- طبيعة الصعوبات المعلن عنها : إن كان دور مراقب الحسابات مقتصرا على تقديم المعطيات المتعلقة بالمؤسسة فإن قانون 2016 منحه إضافة إلى ذلك تقديم توقعاته بالتصرفات الخطيرة.
- إجابة المسيرين عن إشعار مراقب الحسابات لهم : كانت في ظرف 15 يوم في القانون القديم وأصبحت في ظرف 8 ايام بوجب قانون 2016 وهو ما يؤكد أنه كلما كان الأجل قصيرا كلما كان الإنقاذ أسهل وأسرع.
- كان مراقب الحسابات في ظل القانون القديم يقتصر على تقديم تقريره للجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية واصبح بموجب القانون الجديد مطالبا بتقديمه للجنة وللقاضي.

ورغم مواطن التجديد فإن دور مراقب الحسابات مازال ضعيفا وذلك لعدة أسباب من أهمها إقتصار دوره على الشركات التي يفرض القانون إنتدابها لمراقب الحسابات وهي غالبا ما تكون الشركات خفية الإسم في إقصاء واضح لإمكانية تدخل مراقب الحسابات في بقية الأنواع من الشركات.وينضاف لهذا السبب توجه مراقب الحسابات في الواقع إلى تجنب الإشعار كما أن مراقب الحسابات ونظرا لعدم قدرته على الإطلاع بكل دقة على كل تفاصيل المؤسسة فإنه يبقى قاصرا عن الإشعار بكل الصعوبات.

الفقرة الثانية : الآليات الأخرى للإشعار الداخلي

- الإشعار من قبل الشركاء :

أقر قانون 2016 أنه من حق كل شريك مساهم بنسبة 5 بالمائة على الأقل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وفي شركات الأموال أن يقوم بالإشعار بالصعوبات الإقتصادية ورغم هذا التنقيح الإيجابي فإن الشريك الذي يتمتع بهذه السماهمة الضعيفة يبقى غير قادر على الإشعار تطبيقيا لأن الإطلاع على المعلومات والمراقبة لأعمال التصرف لا يمكن أن يمارسها إلا الشركاء الذين لهم 10 بالمائة من المساهمات في رأس المال ولا يمكن بالتالي لمن لا يملك المعلومات الدقيقة عن المؤسسة أن يكتشف الصعوبات التي تمر بها ليقوم بعملية الإشعار.

- المسيرين أو مالكي المؤسسة

أقر الفصل 419 الإمكانية للمسيرين ومالكي المؤسسة إمكانية الإشعار حتى في حالة التوقف عن الدفع.

ونستنتج في الأخير أن ما يعاب عن نظام الإشعار هو إقصاءه الواضح واللامبرر للعملة من أحقيتهم في الإشعار بالصعوبات الإقتصادية التي تمر بها المؤسسة خاصة وأنهم أكثر المتضررين من الصعوبات التي تمر بها.

الجزء الثاني : الإشعار الخارجي بالصعوبات الإقتصادية :

الفقرة الأولى : الإشعار الإداري : إشعار مركزي وتقليدي

- الإشعار من قبل الهياكل الإدارية والمالية : تقوم به 3 إدارات أساسية وهي : مصالح تفقدية الشغل / الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي / مصالح المحاسبة العمومية و البنوك يعلمون لجنة المتابعة الإقتصادية الفصل 419 م ت .يقومون بإشعار لجنة المتابعة الإقتصادية.
- الإشعار من قبل لجنة المتابعة الإقتصادية :

تشعر اللجنة رئيس المحكمة الإبتدائية التي بمقرها المؤسسة إختياريا بطلب من رئيس الم إ و إجباريا إذا بلغت مؤسسة خسارتها ثلث رأس مالها و مؤسسة تهدد إستمرارها لنشاطها .

الفقرة الثانية : الإشعار القضائي :

الفصل 421 جديد من المجلة التجارية.

يقوم رئيس المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقر المؤسسة بإستدعاء المسيرين لإتخاذ الإجراءات المناسبة لإنقاذ المؤسسة وذلك في ظرف شهر.

بعد إنتهاء هذا الأجل وفي صورة عدم الوصول إلى حلول مناسبة يمكن لرئيس المحكمة الغبتدائية المرور إلى مرحلة التسوية الرضائية بعد موافقة المسيرين أو المرور مباشرة إلى مرحلة التسوية القضائية في حالة توفر شروط المرور إليها.

يمكن لرئيس المحكمة وفي إطار عمله إستدعاء كل شخص يرى أنه قد يساعد على إنقاذ المؤسسة أو كل شخص تكون شهادته مهمة في تبين الوضعية الحقيقة للمؤسسة.

- **التسوية الرضائية : عوضت الصلح الإحتياطي**

إنقاذ المؤسسة بإتفاق بين الدائن و المؤسسة قبل التوقف عن الدفع . و لها طابع عقدي وقضائي .

- إفتتاح التسوية :

+ شروطها : مطلب يقدم إلى لجنة متابعة المؤسسات من قبل مسير المؤسسة يتضمن تنصيصات / دراسة اللجنة للملف و تحيله في ظرف شهر لرئيس الم إ . / مواقفة القاضي

+ آثار الإفتتاح : تعيين مصالح لمدة 3 أشهر تمدد لشهر واحد / تعليق إجراءات التقاضي و التنفيذ السابقة عن إتفاق التسوية لكن لا تعلق إجراءات التقاضي بالنسبة غلى الضمانات الشخصية كالكفيل و أجور العمال .

- سير التسوية :

+ الإتفاق : له طابع عقدي و طابع قضائي إذ يقتضي مصادقة القاضي التي تكون إجبارية إذا إجتمع جميع الدائنين و إختيارية الدائنين أصحاب ثلثي مجمل الديون .

يودع الإتفاق بكتابة المحكمة ويرسم بالسجل التجاري و ينشر بالرائد الرسمي و تحال نسخة منه إلى لجنة المتابعة .

+ عراقيل التسوية : الإخلال بالتنفيذ 15 جديد لمدة 6 أشهر و يمكن طلب فسخ العقد / صعوبة الوصول إلى إتفاق / تقاعس المدين عن الحضور لدى المصالح.

القسم الثاني : التسوية القضائية :

- إفتتاح التسوية :

+ شروط شكلية : عند عدم الإتفاق على التسوية الرضائية أو بطلب من المسير

+ شروط موضوعية : التوقف عن الدفع

-سير التسوية :

+ القاضي: يمكن أن يعين خبير أو قاضي مراقب للوضع الإقتصادي والمالي و الإجتماعي للمؤسسة .

إدراج قرار القاضي بفتح فترة المراقبة بالسجل التجاري و تحال نسخة إلى اللجنة و ينشر بالرائد الرسمي

+ مهام المتصرف القضائي : المراقبة و المساعدة في أعمال التصرف / تحديد مصير الديون السابقة / إعداد برنامج الإنقاذ .

+ فترة المراقبة : مواصلة نشاط المؤسسة / ضبط الديون / تحيد مراكز الدائنين.

نورد في هذا الإطار مقالا قانونيا نشر بجريدة الصباح : تحت عنوان قانون إنقاذ المؤسسات وحكم التفليس.

بقلم الأستاذ عدنان البديوي المحامي -

صدر مؤخرا قانون عدد 36 لسنة 2016 والمؤرخ في 29 أفريل 2016 ويتعلق بالإجراءات الجماعية والذي ألغى عنوان الكتاب الرابع من المجلة التجارية» في الصلح الاحتياطي والتفليس» وعوضه بعنوان « في الإجراءات الجماعية « وللإشارة فقد سبق أن عوض القانون عدد 35 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وألغى ما يسمى بالصلح الاحتياطي الوارد بالمجلة التجارية بالفصول 413 إلى الفصل 444 وأعطى القانون الجديد عدد 36 لسنة 2016 تعريفا للإجراءات الجماعية وحصرها في إجراءات إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وكذلك التفليس بالفصل 413 للمجلة التجارية وأصبح من الناحية الشكلية قانون إنقاذ المؤسسات صلب المجلة التجارية ويمكن لرئيس المحكمة عند افتتاح التسوية الرضائية أن يعين مصالحا يمكن أن تكون لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية إذا وافق المدين وستضبطقائمة المصالحين بمقتضى قرار من وزير العدل لخطة مصالح في إجراءات إنقاذ المؤسسات.

وفي خصوص تعليق وإيقاف تنفيذ الديون الرامية إلى استخلاص دين سابق عن تاريخ إيداع الملف بالمحكمة فقد عوض الفصل 427 جديد الفصل 12 من قانون إنقاذ المؤسسات لسنة 1995 فقد جاء النص الجديد بضرورة ذكر أعمال التنفيذ التي يأذن رئيس المحكمة بتعليقها حصرا واشترط في خلاصها عدم تعكير حالة المؤسسة وعرقلة إمكانية إنقاذها ويستثني الديون الصغيرة في حدود 5 بالمائة من محمل الديون والدائنين المتحدين وذوي الديون المجردة وديون الامتياز العام عدى أجور الخدمة والعملة حسب نص الفقرة 4 من الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية بعد أن كان بمقتضى قانون خاص.

واشترط المشرع للاستفادة من هذا القانون النظام الجبائي الحقيقي تعاطي نشاطا تجاريا أو حرفيا وكذلك الشركات الفلاحية واستثنى المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية وأوجب أن يكون المطلب المدعم لإنقاذ المؤسسة مشفوعا بجملة حصرية وقائمة في المؤيدات صعبة المنال ويكون مآل المطلب الرفض من رئيس المحكمة في صورة نقصان وثيقة ما ،كما أنه يخضع لتقديره إن كان غير جدي ولم يبين القانون كيف يكون جديا من عدمه وترك الأمر لرئيس المحكمة دون طلب تعليل الرفض أو القبول بالفصل 417 من القانون المذكور وقد أبقى القانون تقريبا على نفس الشكليات والإجراءات والآثار القانونية لقانون الإنقاذ لسنة 1995.

ويضيف القانون إمكانية إحالة المؤسسة للغير أو كرائها أو إعطائها للغير في شكل وكالة حرة وهو قانون وان أعاد صياغة فصول قديمة بالمجلة التجارية لسنة 1959 إلا أنها فرصة لدراسة النظام القانوني للمؤسسات في حالة عجز ويأس علما أن قانون سنة 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات وقع إلغاؤه بعد أن انتفعت بأحكامه عديد الشركات الراجعة لرجال الأعمال بنظام ما قبل الثورة وأنقذ الشركات التي استولت على أموال البنوك والأموال العمومية وقع فسخ العقود والإعفاء من رفع الديون البنكية والجبائية مع إيقاف تنفيذ كل الأحكام القضائية والإدارية ضدهم.

وقد أعطى المشرع تعريفا لمفهوم التوقف عن الدفع-cessation de paiment -لكنه بقي تعريفا غير دقيق ولا كاملا ولا يعرف بشكل يؤطر ويحصر هذا المفهوم قبل الحكم بتفليس التاجر أو الذين انقطعوا عن النشاط حسب صيغ وشروط ضبطتها الفصل 475 وما يليه من القانون واعتبر المشرع بالفصل 434 من القانون كل مؤسسة غير قادرة على مجابهة الديون التي حل أجلها بما هو موجود لديها من سيولة وهي موجودات قابلة للصرف أي التصرف فيها على المدى القصير وهو مفهوم خطير يجعل من كل توقف عن الدفع على نطاق أوسع ولمجرد عجز المدين عن تسديد ديون في أجل قصير عرضة لتطبيق أحكام التفليس المدني والتجاري والجزائي.

العنوان الفرعي 5 : الأوراق التجارية

التمييز بين الكمبيالة و الشيك

-الكمبيالة أداة ائتمان(اداة قرض) قصير الأمد (صلاحية الكمبيالة لا تتجاوز ثلاثة أشهر) على عكس الشيك الذي يمثل أداة خلاص فدفعه لا يكون الا بمجرد الاطلاع .

مثال: المؤونة يمكن الا تكون موجودة عند نشأة الكمبيالة و انما فقط عند حلول الاجل، في حين يتطلب إصدار الشيك وجود رصيد سابق في حساب جار و غير مجمد بالبنك و ذلك تجنبا لجريمة اصدار شيك بدون رصيد.

- يشترك الشيك و الكمبيالة في التركيبة الثلاثية (ساحب، مسحوب عليه، مستفيد) لكن لا يمكن أن يكون المستفيد في الشيك الا بنكا أو مؤسسة مالية، على عكس الكمبيالة.

التمييز بين الكمبيالة و السند للأمر

السند للأمر(billet à ordre) هو عبارة عن علاقة ثنائية بين مكتتب(موقع) و مستفيد. يصدرالمكتتب السند ويلتزم دون سواه بأداء قيمته للمستفيد. (اي ان المكتتب يلعب في نفس الوقت دور الساحب و المسحوب عليه)و بالتالي فان المستفيد له ضامن وحيد هو الموقع بينما المستفيد من الكمبيالة له ضامنون متعددون.

كما أن السند للامر لا يولي اهمية كبرى للمؤونة و لا يقتضي القبول.

لكن كلاهما يشترك في إمكانية التظهير و تطبيق مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع.

الساحب:tireur هو الشخص الذي يصدر الكمبيالة، وهو دائن المسحوب عليه و مدين المستفيد

المسحوب عليه:tiré (من يجب عليه الدفع) و هو المدين الحالي و اللاحق للساحب

المستفيد:bénéficiaire هو حامل ا لكمبيالة ، اي من يعطى له السند و يمكنه نقله

المظهر:endosseur إذا قرر المستفيد الحصول على مبلغ الكمبيالة قبل اجل الحلول يمكنه تمرير الكمبيالة الى مظهر. و في كل تظهير يسلم المظهر الكمبيالة الى الحامل الجديد وفاء بدين في ذمته.

المظهر له:endossataire هو آخر حامل للكمبيالة و هو من سيقدمها للأداء ضد المسحوب عليه

شروط الكمبيالة

الفصل 269

يعتبر القانون الكمبيالة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص المتعاملون بها وتحتوي على:

1) ذكر كمبيالة في نص السند باللغة المستعملة في تحريره

2) التوكيل المجرد المطلق بدفع مبلغ المعين

3) اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)

4) بيان أجل الحلول

5) بيان المكان الذي يجب فيه الدفع

6) اسم من يجب له الدفع أو من يكون الدفع بأمره

7) بيان التاريخ والمكان اللذين أنشئ فيهما السند

8) توقيع منشئ السند (الساحب).

إذا خلا السند من إحدى البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة فلا يعد كمبيالة إلا في الأحوال المعينة بـ الفقرة الآتية:

إن الكمبيالة التي لا تحتوي على بيان أجل الحلول تعتبر واجبة الأداء بمجرد الاطلاع عليها.

إذا لم يعين مكان خاص للدفع فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعد محلا للدفع وفي الوقت نفسه مقرا للمسحوب عليه.

إن الكمبيالة التي لم يذكر بها مكان إنشائها تعتبر ملتزما بها في المكان المبين بجانب اسم الساحب.

---

1 / الكتب : شرط صحة : تنصيصات وجوبية 269 م ت

الجزاء بطلان نسبي إمكانية الإصلاح :

في غياب تحديد الأجل (بمجرد الإطلاع)

في غياب مكان الدفع (عنوان المسحوب عليه)

غباب مكان الدفع (عنوان المسحوب عليه)

غياب مكان الإنشاء (عنوان الساحب) .

2 / الاهلية التجارية : سن الرشد : أو عن طريق النيابة .

3 / القبول .

<u>صرامة الإلتزام الصرفي على مستوى التنفيذ :</u>

1 / التضامن بين المدينين : 310 م ت إمكانية تتبع أي شخص أمضى الكمبيالة و كل المظهرين متضامنين إزاء الحامل .

2 /غياب فضل الآجل : 338 م ت تدفع الكمبيالة بمجرد الإطلاع .

3 / مبدأ إستقلالية التوقيعات : 273 م ت العيب الذي يطال إلتزام أحد المتدخلين لا يبطل السند و يبقى إلتزام البقية قائما .

4 / عدم الإحتجاج بالدفوع : 280 م ت لا يمكن التمسك ضد حامل الكمبيالة بوسائل معارضة تخص الساحب و الحاملين السابقين كعيب الرضا أو إنعدام الأهلية إلا إذا كان الحامل سيء النية .

المؤونة : 275 م.ت : الأساس المادي للورقة التجارية .

الفصل 275

المؤونة على الساحب أو على الشخص الذي تسحب لحسابه الكمبيالة وهذا لا يمنع من بقاء الساحب لحساب غيره ملتزما شخصيا للمظهرين[1] والحامل فحسب.

تكون المؤونة موجودة عند حلول أجل دفع الكمبيالة إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب أو لمن سحبت لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة.

تنقل ملكية المؤونة قانونا إلى حملة الكمبيالة على التعاقب.

إن القبول قرينة على وجود المؤونة.

وهذا القبول مثبت لوجودها بالنظر للمظهرين.

وعلى الساحب وحده سواء حصل القبول أو لم يحصل أن يثبت في حالة الإنكار أن المسحوب عليه كان لديه المؤونة عند الحلول وإلا لزمه ضمانها حتى ولو أن الاحتجاج قد أقيم بعد الآجال المعينة.

---

1 / أهمية المؤوونة :

في العلاقة بين الساحب و المسحوب عليه :

في العلاقة بين الساحب و الحامل :

في العلاقة بين الحامل و المسحوب عليه :

في العلاقة بين الحامل و المظهرين :

2 / ملكية المؤونة :

3 / تقديم المؤونة و مكانها :

4 / إثبات وجود المؤونة :

التظهير و تداول الكمبيالة : 276 – 282

التظهير الناقل للملكية :

الفصل 276

كل كمبيالة وإن لم يشترط فيها صراحة سحبها لأمر تكون قابلة للإنتقال بطريقة التظهير.

وإذا أدرج الساحب في نص الكمبيالة كلمات "ليس لأمر" أو عبارة مماثلة فلا يكون السند قابلا للإنتقال إلا بصيغة الإحالة العادية والنتائج المترتبة عليها.

ويمكن أن يكون التظهير حاصلا لصالح المسحوب عليه سواء أكان قابلا للسند أو لا أو لصالح الساحب أو أي ملتزم آخر سواه وهؤلاء الأشخاص يمكنهم أن يظهروا الكمبيالة من جديد.

يجب أن يكون التظهير مجردا ومطلقا.

وكل شرط يعلق عليه التظهير يعد لاغيا.

إن التظهير الجزئي باطل.

والتظهير المشترط للحامل يعد بمثابة تظهير على بياض.

يجب أن يكون التظهير على الكمبيالة ذاتها أو على ورقة ملحقة بها أي المضافة ويجب أن يكون مشتملا على توقيع المظهر.

---

[1] إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 41 بتاريخ 7 أوت 1962 ص 1212.

ويجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المستفيد منه أو أن يقتصر على توقيع المظهر لا غيره وهو تظهير على بياض وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحا إلا إذا كان على ظهر الكمبيالة أو على المضافة.

الفصل 277

إن التظهير تنتقل بمقتضاه جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة.

وإذا كان التظهير على بياض فإنه يمكن للحامل:

1) أن يملأ البياض بوضع اسمه أو اسم شخص آخر.

2) أن يظهر الكمبيالة من جديد على بياض أو أن يظهرها لشخص آخر.

3) أن يسلم الكمبيالة إلى أجنبي بدون أن يملأ البياض وبدون تظهير.

شروط التظهير الناقل للملكية :

الشروط الموضوعية :

تتعلق بالعمل القانوني / المظهر / المظهر له .

الشروط الشكلية :

التظهير كتابة على ظهر الورقة أو ورقة إضافية

توقيع المظهر

آثار التظهير الناقل للملكية :

إنتقال الملكية للمظهر له

المظهر ضامن للقبول و الوفاء

التظهير التوكيلي : 281 م ت:

الفقرات الثلاث الأولى :

الفصل 281

إذا كان التظهير محتويا على عبارة "قيمة للاستيفاء" أو "للقبض" أو "بالوكالة" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد مجرد التوكيل فيمكن للحامل أن يجري جميع الحقوق الناتجة عن الكمبيالة ولكنه لا يمكن له أن يظهرها إلا على سبيل الوكالة.

ولا يمكن في هذه الحالة للملتزمين أن يتمسكوا ضد الحامل إلا بوسائل المعارضة التي كان من الممكن لهم معارضة المظهر بها.

إن النيابة التي يتضمنها التظهير التوكيلي لا ينقضي حكمها بوفاة الموكل أو بفقدانه الأهلية.

شروط التظهير التوكيلي :

شروط موضوعية :

شروط شكلية :

آثار التظهير التوكيلي :

في علاقة المظهر بالمظهر له

بالنسبة للغير

التظهير على سبيل الضمان أوالرهن :

الفقرة الرابعة من الفصل 281 :

إذا كان التظهير يحتوي على عبارة "القيمة موضوعة ضمانا" أو "القيمة موضوعة رهنا" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرهن فيمكن للحامل أن يجري جميع الحقوق المترتبة على الكمبيالة ولكنه إذا حصل منه تظهير فلا يعد تظهيره إلا على سبيل الوكالة.

شروط موضوعية و شكلية

آثار في علاقة المظهر بالمظهر له و بالنسبة للغير

الموضوع : المؤونة

تندرج المؤونة ضمن الضمانات الخاصة للوفاء بالكمبيالة .والمؤونة هنا هي دين بمبلغ من المال مساو على الأقل لمبلغ الكمبيالة في ذمة المسحوب عليه للساحب يكون موجودا أو مستحق الأداء في تاريخ حلول أجل الوفاء بالكمبيالة.

تنتقل المؤونة في ملكيتها للحامل وفي حالة وجودها لدى المسحوب عليه هي ضمان من ضمانات الوفاء بالكمبيالة وقد نص عليه الفصل 275 من م ت المؤونة على الساحب أو على الشخص الذي تسحب لحسابه الكمبيالة وهذا لا يمنع من بقاء الساحب لحساب غيره ملتزما شخصيا للمظهرين والحامل فحسب.

المبحث الأول : أهمية المؤونة

- أهمية المؤونة في علاقة الساحب بالمسحوب عليه :

عندما يوفر الساحب المؤونة للمسحوب عليه فيحق له أن يطلب من هذا الأخير قبول الكمبيالة ودفع قيمتها للحامل عند حلول الأجل. أما في حالة عدم توفر المؤونة لدى المسحوب عليه فيحقق لهذا الأخير عدم قبول الكمبيالة ودفع قيمتها، وفي حالة قبوله للكمبيالة رغم عدم توفر المؤونة فإنه يلتزم بدفع قيمتها والرّجوع بعد ذلك على الساحب.

- في العلاقة بين الساحب والحامل

يمكن أن نميز بين حالتين:

ففي الحالة التي تكون فيها المؤونة موجودة لدى المسحوب عليه فإنّ الساحب يمكنه أن يسلّم الكمبيالة فورا للحامل وعلى هذا الأخير أن يقوم عند حلول الأجل بالإجراءات المفروضة لاستخلاص قيمة الكمبيالة من قبل المسحوب عليه وإلاّ فإنّه يفقد حق الرّجوع على الساحب، أمّا في حالة لم يوفر الساحب المؤونة لدى المسحوب عليه فإنه يبقى للحامل حق الرّجوع على الساحب حتى لو كان حاملا مهملا في الرّجوع على المسحوب عليه عند حلول أجل الاستحقاق.

- في العلاقة بين الحامل والمسحوب عليه

تمثّل المؤونة إحدى الضمانات الرّئيسية للحامل حيث تمكنه من استيفاء حقه في استخلاص الكمبيالة عند حلول الأجل، فإنه عندما تكوين المؤونة متوفرة لدى المسحوب عليه عند حلول الأجل وامتنع هذا الأخير عن الدفع فإنه يمكن للحامل الرّجوع عليه [29]أما في حالة عدم توفر المؤونة لدى المسحوب عليه عند حلول الأجل فإنّ للحامل الرجوع على الساحب وسائر الموقعين على الكمبيالة.

المبحث الثاني : ماهية المؤونة :

- **مكونات المؤونة**

ينصّ الفصل 275 .م.ت على أنه "تكون المؤونة موجودة عند حلول أجل دفع الكمبيالة إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب أو لمن سحب لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة".

من خلال قراءة هذا الفصل تبرز حقيقة المؤونة بما هي بين الساحب لدى المسحوب عليه إلا أنه لم يحدد بدقة جميع الشروط الواجب توفرها في هذا الدين كما أنه يحدد خصائص وحور الدين المكون للمؤونة.

- المؤونة ضمان خلاص لفائدة الحامل

تعتبر المؤونة ضمان من ضمن الضمانات الخاصّة للوفاء بالكمبيالة ذلك أنه في مجال المعاملات المالية كلّ متعاقد يبحث عن ضمانات من شأنها أن تضمن له حقاوالضمان هو "كل لوسيلة قانونية تمكن الدائن من خطر عدم وفاء المدين".

ونظرا لأهميّة الكمبيالة في المجال الاقتصادي وحرصا منه على ضمان تسيير المعاملات التجارية ، فقد حرص المشرّع التّونسي على إحاطة هذه الورقة التجارية بمجموعة من الضمانات لتجنّب المستطاع خطر عدم الوفاء تقيمها، فمثلا ألقى قانون الصرف على عائق المظهر إضافة إلى ضمان وجود الحق عند حلول أجل التّظهير، ضمان الوفاء في أجال الاستحقاق وكذلك أقرار وكذلك إقرار بمبدأ استقلال التواقيع، ولكن قانون الصرف لم يكتفي بهذه الضمانات لطمأنة عامل الكمبيالة من إشيقاء حقه. بل زاد في ضماناته بأن تقل إليه الحق في ملكية المؤونة بما هي دين بذمة المسحوب عليه والذي يعد أساس تحرير الكمبيالة ولتأكيد ضمان حقه مكن قانون الصرف حامل الكمبيالة من تقديمها قبل حلول الأجل للمسحوب عليه، فيصبح بذلك مدينا أصليا يضاف التزامه بالضمان إلى التزامات الموقعين الآخرين.

المبحث الثالث : النظام القانوني لإثبات وجود المؤونة

قد ينشأ نزاع بين الساحب والمسحوب عليه، حيث يسعى الأول لإثبات أنه دفع قيمة الكمبيالة دون أن يتلقى المؤونة، كما يمكن أن ينشأ نزاع بينه وبين الحامل المهمل الذي أهمل في القيام بإجراءات المطالبة بالمؤونة، كذلك يمكن أن تكون للحامل مصلحة في إثبات وجود المؤونة وذلك في حالة أراد الرّجوع على المسحوب عليه غير القابل وبناء عليه وبالنظر إلى أهميّة إثبات وجود المؤونة فإن طرق الإثبات تتشعب وتتعدّد بحسب طبيعة الكمبيالة إن كانت مقبولة أو غير مقبولة .

- ***في الكمبيالة المقبولة*** : جعل المشرّع ضمن الفصل 275 م ت قبول المسحوب عليه للكمبيالة قرينة على وجود المؤونة ذلك أن هذا الأخير لا يقبل الكمبيالة إلاّ متى تلقى المؤونة من الساحب أو كان متأكد من تلقيها عند حلول الأجل. وحسب نصّ الفصل سابق الذكر فإن القبول يعتبر قرينة قانونية على وجود المؤونة.
- ***في الكمبيالة غير المقبولة*** : قد يرفض المسحوب عليه قبول الكمبيالة وذلك لأسباب عديدة أما لأنه ليس مدينا للساحب، أو أنه لم يتسلّم المؤونة أو لأنه لا يرغب في الارتباط بالالتزام الصرفي الذي ينتج عن القبول .(وبالتالي فإن الحامل يحرم من الانتفاع بقرينة القبول التي نصّ عليها الفصل 275 م ت الفقرة الرابعة والخامسة

والتي تنصّ على أن القبول بثبت وجود المؤونة لدى المسحوب عليه لفائدة الحامل والمظهرين وبناء عليه فإنه لا يبقى الحامل غير المقولة سوى الاعتماد على القواعد العامّة للإثبات التي وردت مواد ضمن مجلة الالتزامات والعقود أو ضمن المجلة التجارية .

عقد الحساب الجاري

الموضوع الأول : خصوصية الحساب الجاري :

الجزء الأول : خصوصية الحساب الجاري على مستوى العناصر المكونة له

الفقرة الأولى: العنصر المعنوي كصفة مميزة للحساب الجاري –

- مضمون العنصر المعنوي للحساب الجاري
- إثبات العنصر المعنوي للحساب الجاري

الفقرة الثانية: العناصر المادية للحساب الجاري كصفة مميزة له

- عمومية الحساب الجاري
- دفعات القبض

الجزء الثاني : خصوصية الحساب الجاري على مستوى نظامه القانوني

الفقرة الأولى: خصوصية النظام القانوني للحساب الجاري أثناء سيره

-آثار دخول الدين في الحساب الجاري

- الحقوق المترتبة للأطراف بدخول الدين في الحساب الجاري

الفقرة الثانية: خصائص النظام القانوني للحساب الجاري عند غلقه

-

الأستاذ رمزي محمدي

- أسباب غلق الحساب الجاري
- النتائج المترتبة عن غلق الحساب الجاري

• العنوان الفرعي 6 : عقلة الأوراق المالية وحصص الشركاء وبيعها : الفصل 404 إلى الفصل 409 .

هذه الورقات كتبت أساسا بالاعتماد على ما كتبه

الأستاذ محمد الطيب بن شعبان : محاضرة ختم تمرين لسنة 2013 – 2014

بعنوان " عقلة الأوراق المالية وحصص الشركاء وبيعها "

الفصل الأول: شروط عقلة الأوراق المالية و حصص الشركاء و بيعها

المبحث الأول : في الشروط المتعلقة بالأوراق المالية و حصص الشركاء

الفقرة الأولى: تحديد الأوراق المالية و حصص الشركاء القابلة للعقلة

تشمل الأوراق المالية على معنى مجلة الشركات التجارية الأسهم و الرقاع و الأسهم ذات الأولوية في الربح دون حق الإقتراع و سندات المساهمة و شهادات الإستثمار و شهادات حق الإقتراع[25] في حين أنها تشمل و على معنى موجبات الفصل الأول من القانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرخ في 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية الأسهم و الأسهم ذات الأولوية في الربح دون حق الإقتراع و شهادات الإستثمار و سندات المساهمة و الرقاع القابلة للتحويل إلى أسهم و حصص صناديق التوظيف الجماعي في الأوراق المالية و الحقوق المرتبطة بالأوراق المالية التي سبق ذكرها و الأدوات المالية الأخرى القابلة للتداول داخل أسواق منظمة.

الفقرة الثانية: مضمون الأوراق المالية و حصص الشركاء القابلة للعقلة

تمنح الأوراق المالية و حصص الشركاء لأصحابها إما حقوقا سياسية و مالية معا على غرار الأسهم و حصص الشركاء و إما حقوقا مالية فقط من ذلك الأسهم ذات الأولوية في الربح و شهادات الإستثمار[26] و من البديهي هنا الإشارة إلى أن العقلة تقتصر على الحقوق المالية أما الحقوق السياسية على غرار الحق في التصويت و الحق في الحضور و الترشح فتلك حقوق غير ذمية لا تقبل العقلة[27] فالعقلة تتسلط إذن على الحقوق المالية ضرورة أن مكاسب المدين ضمان لدائنيه على معنى أحكام الفصل 192 من م ح ع و بإعتبار أن رأس مال الشركة ضمان لدائنيها على معنى أحكام الفصل 5 من م ش ت.

و جدير الملاحظة هنا أنه و بالنسبة لحصص الشركاء داخل شركات الأشخاص فإن الأمر و على خلاف شركات الأسهم لا يقف في حدود رأس مال الشركة بل يمتد إلى أموال الشركاء الخاصة و الموجودة خارج إطار الشركة وهو ما قد يخرج المسألة من نطاق عقلة الحصص إلى غير ذلك من المكتسبات الأمر الذي ينأى عن نطاق هذه الدارسة.

المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالعقلة

فقرة أولى : في عدم ملائمة العقلة التحفظية

خلع المشرع التونسي عن الأوراق المالية أي صبغة مادية و ذلك بموجب القانون عدد 35 لسنة 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية وهو ما أفضى إلى إستحالة عقلة الأوراق المالية تحفظيا لعدم إمكان وجودها بيد مالكها ذلك أن السندات غير المادية يتم مسك حساباتها من قبل الذات المعنوية التي أصدرتها و التي لا تكون هي الحامل لها إذ أن الشخص لا يعقل أن يكون شريكا في نفسه أودائنا لها و هو ما دفع بالمشرع الإجرائي إلى تكريس قاعدة حتمية خضوع الأوراق المالية إلى قواعد العقلة التوقيفية و ذلك صلب أحكام الفصل 405 من م م م ت.

---

[25] يراجع في هذا الصدد الفرع الخامس من العنوان الأول من الكتاب الرابع من مجلة الشركات التجارية.

[26] من ذلك مثلا شهادات الإستثمار.

[27] من المتجه هنا التنويه إلى أن هناك من الفقهاء من يعتبر أن شهادة الإقتراع ورقة مالية وهو ما لا يستقيم ضرورة أن هذه الشهادات لا تمنح لصاحبها إلا حقوقا سياسية وهي حقوق لا يمكن عقلتها الامر الذي يكون معه القول بأنها ورقة مالية قول في غير طريقه .

غير أن ذلك قد يفرز إشكالا قانونيا و ذلك في صورة شراء الشركة بعضا من أسهمها لتعديل قيمتها في السوق أو منع تدهورها عملا بأحكام الفصل 19 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/11/14 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية فإذا تم القول بعدم جواز عقلة هذه السندات تحفظيا تحت يد الشركة المصدرة و المالكة لها فإن ذلك سيؤول حتما إلى إهدار حق الدائن دون أي مبرر.

و في سبيل تجاوز هذا الإشكال يتجه التأكيد بداية أن أحكام الفصل 19 المذكور تقتصر على الأوراق المالية الخاصة بشركات المساهمة العامة هذا من جهة و من أخرى تنص أحكام الفقرة الأولى من الفصل 79 من القانون عدد 117 لسنة 1994 على أنه " يتم وجوبا إلى جانب الأوراق المالية المسلمة إلى أصحابها من طرف الشركات المصدرة إيداع الأوراق المالية المدرجة بالبورصة من طرف تلك الشركات لدى شركات الإيداع و المقاصة و التسوية في شكل شهادة جماعية وحيدة بعدد الأوراق المدرجة" وهو ما يجيز ضرب عقلة تحفظية على هذه الأسهم لدى شركات الإيداع و المقاصة و التسوية.

و حيث ينهض مما سبق جواز عقلة الأوراق المالية تحفظيا لدى الشركة المصدرة لها و تلك عقلة و إن كانت تحفظية غير أنها تصبطغ بصبغة العقلة التوقيفية على معنى أحكام الفصل 405 من م مم ت ضرورة أن العقلة تتم ليس بين يدي المدين و إنما بين يدي الغير سواء كانت الشركة المصدرة أو شركات الإيداع و المقاصة و التسوية.

أما بالنسبة لحصص الشركاء فينص الفصل 407 من م مم ت فقرة اولى أنه " يجوز أن تعقل توقيفيا بين أيدي الشركة الحصص في شركات في شركات المفاوضة أو المقارضة البسيطة أو ذات المسؤولية المحدودة و كذلك الأسهم و أجزاء الأسهم في الشركات ذات ِرأس المال المتغير".

ويؤخذ من عبارات الفصل المذكور أنه لا حائل يحول دون عقلة حصص الشركاء عقلة تحفظية بإعتبار أن عبارة " يجوز الواردة في طالع الفصل 407 تفيد الإمكان و كأن بالمشرع التونسي يسعى إلى التنظير بين إجراءات عقلة حصص الشركاء و إجراءات عقلة الأوراق المالية غير أن ذلك لا يقف حائلا دون عقلة حصص الشركاء تحفظيا هذا فضلا عن جواز عقلتها توقيفيا و تلك ميزة بين حصص الشركاء و الأوراق المالية أكدتها عبارات الفصل 405 من م م م ت التي توجب عدم بيع الاوراق المالية إلا بعد عقلتها توقيفيا.

فقرة ثانية: في ضرورة ضرب عقلة توقيفية

إقتضى المشرع صراحة صلب أحكام الفصل 405 من م م م ت أن الأوراق المالية تخضع إلى نظام العقلة التوقيفية و تتمثل العقلة التوقيفية في تجميد أموال راجعة للمدين و موجودة فعليا تحت يد الغير و منعه من تسليمها إلى صاحبها (المدين).و ذلك إلى حين بيعها و استخلاص الدين منها إن كان الدين ثابتا بسند تنفيذي أو إلى حين الحكم بصحة العقلة و استيفاء دينها من قيمتها إن قضي بصحة العقلة[28].

[28] يراجع في هذا الصدد موجبات الفصل 333 من م م م ت.

و تتميز العقلة التوقيفية عن العقلة التحفظية من حيث أن الثانية تجرى على الأموال الموجودة تحت يد المدين نفسه **و مبدئيا فإن ذلك لا يستقيم بالنظر للصبغة غير المادية للأوراق المالية و حصص الشركاء.**

و تتم هذه العقلة بين يدي الشركة المصدرة لها نفسها في صورة ما إذا كانت هي الماسكة لحساباتها أما إذا كان الحساب الذي قيدت به الأوراق المالية ممسوكا من قبل وسيط مرخص له طبق الفصل 314 من م ش ت فإن العقلة تجري بين يدي ذلك الوسيط المرخص له.

ويحصل إجراء العقلة التوقيفية بواسطة محضر يحرره العدل المنفذ و يعلم به المعقول تحت يده و يضيف إليه نسخة من الحكم الذي أجريت العقلة بمقتضاه أو من القرار الذي أذن بإجرائها و من العريضة التي بني عليها هذا القرار.

و يجب أن يشتمل محضر العقلة التوقيفية على ما يلي و إلا يكون باطلا: أولا: التنصيص على القرار الذي أذن بإجراء العقلة التوقيفية أو الحكم الذي أجريت بمقتضاه. ثانيا: بيان مقدار دين العاقل. ثالثا: بيان الهوية الكاملة للمدين المعقول عنه و مقره و بيان عدد ترسيمه بالسجل التجاري و مكانه إن كان تاجرا أو شخصا معنويا. و إن لم يكن المدين مرسما فالتنصيص على ذلك صراحة بالمحضر. رابعا: النص الحرفي للفصول 333 و 337 إلى 339 و 341 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية.

كما أنه على الدائن العاقل أن يعلم المدين المعقول عنه بالعقلة في ظرف خمسة أيام من إجرائها بواسطة محضر محرر من أحد العدول المنفذين و مشتمل على إستدعائه للجلسة للحضور أمام المحكمة المختصة خلال أجل لا يقل عن ثمانية أيام و لا يتجاوز واحدا و عشرين يوما لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة و إلا بطلت العقلة. كما يجب على الدائن العاقل أيضا أن يدخل الغير المعقول تحت يده في القضية المرفوعة لتصحيح العقلة قبل انعقاد الجلسة الأولى بخمسة أيام على الأقل و يجب أن يتضمن محضر الإدخال عدد القضية و تاريخ الجلسة و إلا بطلت العقلة.

فقرة ثالثة: في الشروط المتعلقة بسند العقلة :

يجب التمييز هنا بين الصورة الأولى و تتعلق بحيازة الدائن لحكم و الصورة الثانية و ذلك في صورة غياب ذلكم السند. و لكن و قبل التمعن في ذلك فإنه لا بد من الوقوف عند الشرط الأولي و هو أن يكون الدين ثابتا و معنى ذلك أن لا يكون الدين موضوع نزاع أو يستلزم اجراء وسيلة من وسائل البحث بقصد اثبات قيمته[29].

أما في صورة حيازة الدائن لحكم فإنه يتجه بداية تحديد مفهوم الحكم وهو ما ضبطه الفصل 330 من م م م ت الذي ينص " و لا حاجة لإستئذان القاضي إذا كان بيد الدائن **حكم و لو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ** " و الجدير بالذكر في هذا السياق هو أن أحكام الفصل المذكور لا تستوجب أن يكون الحكم سند العقلة قابلا للتنفيذ على معنى احكام الفصل 285 من م م م ت أي الحكم الذي لم يعد محل طعن بأحد وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ.

[29] يراجع في هذا الصدد القرار التعقيبي عدد 24431 الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2003.

و اي كان الأمر فإنه على الدائن العاقل القيام بقضية أمام المحكمة المختصة لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة و إلا بطلت العقلة و ذلك على معنى أحكام الفصل 335 من م م م ت فقرة أولى التي تنص " على الدائن العاقل أن يعلم المدين المعقول عنه بالعقلة في ظرف خمسة أيام من إجراءها بواسطة محضر محرر من أحد العدول المنفذين و مشتمل على استدعائه للحضور أمام المحكمة المختصة خلال أجل لا يقل عن ثمانية أيام و لا يتجاوز واحدا و عشرين يوما لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة و إلا بطلت العقلة"[30].

أما لو لم يكن بحوز الدائن سند فإنه يستأذن رئيس المحكمة الابتدائية أو قاضي الناحية كل في حدود نظره لإجراء عقلة توقيفية و عليه القيام أمام القاضي المختص غير أنه و في هذه الصورة فإنه على الدائن العاقل القيام بدعوى رامية إلى الحكم على المدين بأداء دين العاقل و كذا بصحة إجراءات العقلة و ذلك عملا بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 335 من م م م ت الذي ينص " أما إذا أجريت العقلة بإذن القاضي وجب ان يكون استدعاء المدين راميا أيضا إلى سماع الحكم عليه بأداء دين العاقل و في هذه الصورة يقع البت بحكم واحد في طلب الأداء و في صحة إجراءات العقلة".

الفصل الثاني: في بيع الأوراق المالية و حصص الشركاء

على خلاف ما يقتضيه الأمر بالنسبة للعقلة التوقيفية أو حتى التحفظية من جواز إجرائها حتى بغياب سند تنفيذي على معنى أحكام الفصلين 285 و 287 من م م م ت فإنه و حتى يتسنى مباشرة أعمال البيع فإنه لا بد من حيازة الدائن العاقل لسند تنفيذي أي لحكم لم يعد خاضعا لأي وسيلة من وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ و المتمثلة أساسا[31] في الطعن بالإستئناف[32] .

و نميز في إطار بيع الأوراق المالية و حصص الشركاء و ذلك عند حيازة الدائن العاقل لسند تنفيذي بين بيع الأوراق المالية (المبحث الأول) و بيع حصص الشركاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول: في بيع الأوراق المالية

و نميز في هذا الإطار بين نظام بيع الأوراق المالية داخل إطار البورصة (الفقرة الأولى) و بين نظام بيع الأوراق المالية خارج إطار البورصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: في بيع الأوراق المالية في إطار البورصة

ينص الفصل 186 من الترتيب العام للبورصة أنه " تتم بيوعات الأوراق المالية للأحكام القضائية تحت مسؤولية العدل المنفذ المكلف بالتتبع و وسيط البورصة المكلف بالبيع طبقا لأحد الإجرائيين التاليين حسبما تقرره البورصة:

---

[30] يراجع في هذا الصدد موجبات الفقرة الأولى من الفصل 14 من م م م ت.

[31] غير أنه يجوز وبمناسبة الطعن بالتعقيب أن يقد م الطاعن طلب الإيقاف التنفيذ وذلك على معنى أحكام الفصل 194 من م م م ت.

[32] يراجع في هذا الصدد موجبات لفصل 146 من م م م ت الذي ينص " استئناف لأحكام الإبتدائية يعطل تنفيذها إلا فيما استثناه القانون".

-البيع مباشرة في السوق

-البيع بالمزاد العلني".

أ-: البيع مباشرة بالبورصة

ينص الفصل 189 من الترتيب العام للبورصة على أنه " يتم البيع مباشرة في السوق كلما تعلق الأمر **بأوراق مالية مدرجة بالبورصة إذا كانت الكميات المعروضة للبيع لا تتجاوز الإمكانيات العادية للسوق.** و يقوم وسيط البورصة المكلف بالعملية ببيع الأوراق المالية حسب الإجراءات العادية المتبعة في السوق"

و يجلو من عبارات الفصل المذكور أن البيع مباشرة بالبورصة يقتصر على الأوراق المالية المدرجة بالبورصة و يكون بكميات لا تتجاوز الإمكانيات العادية للسوق.

ب- البيع بالمزاد العلني

وهو بيع من نوع خاص بالنظر لكونه يتم بالبورصة من جهة و لأنه خاضع لقواعد استثنائية من جهة أخرى و ذلك تجنبا للبطئ الذي يعطل البيع بالمزاد العلني وهو ما لا ينسجم و المعاملات بالبورصة المتسمة بالسرعة.وإعتبارا لهذه المعطيات فقد تم إقرار البيع بالمزاد العلني و لكن بما يتلاءم وخصوصية السوق المالية.

و تأسيسا على ذلك فإنه و عملا بأحكام الفصل 190 من الترتيب العام للبورصة[33] فإن البيع بالمزاد العلني هو إجراء خاص بالأوراق غير المدرجة بالبورصة و كذا بالأوراق المدرجة بالبورصة التي لم يقرر لها إجراء البيع المباشر في السوق وذاك دليل على سعة مجال البيع بالمزاد العلني لشمولها للأوراق غير المدرجة بالبورصة و كذا الأوراق المدرجة بالبورصة التي لم يقرر لها إجراء البيع المباشر في السوق و لقد أجاز الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة سحب نظام التداول إلى شركات المساهمة الخصوصية إذ يقتضي " تتم البيوعات العدلية للأوراق المالية التي تصدرها شركات المساهمة الخصوصية حسب اختيار العدل المنفذ إما بالبورصة و في هذه الحالة فإنها تنجز حسب شروط الباب السابق أو خارج البورصة تحت مسؤوليته و في هذه الحالة الثانية فإنه يجب أن تسجل نتيجة التبتيت لاحقا بالبورصة طبقا لأحكام الباب الأول من العنوان الثالث من هذا الترتيب العام من قبل وسيط البورصة الذي يعينه العدل المنفذ".

و تجد هذه الإمكانية أساسها في موجبات الفقرة الأخيرة من الفصل 71 من قانون 14 نوفمبر 1994 الناصة على ما يلي " إلا أنه يمكن تداول الأوراق المالية المصدرة من طرف شركات المساهمة الخصوصية بطلب من عارضيها أو طالبيها الذين يرومون الإستفادة من مزايا السوق و ذلك طبقا للشروط التي يحددها الترتيب العام للبورصة".

---

33 الذي ينص على ما يلي " يتم البيع بالمزاد العلني و حسب الشروط التي تضبطها البورصة و يخصص هذا الإجراء إلى الأوراق المالية غير المدرجة بالبورصة أو التي لم يقرر لها إجراء البيع المباشر في السوق...".

و يكون البيع بالمزاد العلني بواسطة التداول داخل السوق الخارجة عن الإدراج و ذلك طبقا لأحكام الفصل 74 من الترتيب العام للبورصة الناص على ما يلي " يتم تداول اوراق المساهمة في راس المال وسندات الدين التي تصدرها شركات المساهمة العامة غير المدرجة بالبورصة في سوق يشار اليها فيما يلي بالسوق الموازية."

و يتسم البيع بالمزاد العلني بالتدخل الضروري للبورصة و ذلك طبقا لموجبات الفصل 190 من الترتيب العام للبورصة الناص على أنه " يتم البيع بالمزاد العلني و حسب الشروط التي تضبطها البورصة ... و يعلن عن هذا البيع في بلاغ من البورصة يضبط كمية الأوراق المالية المعروضة للبيع و طبيعتها و خصائصها والسعر الأدنى المطلوب و تتم المزايدة من طرف وسطاء البورصة و تصرح البورصة بالتبتيت حال ما تنفذ المزايدات و ينشر سعر التبتيت في بلاغ و تضبط البورصة في قرار شروط إنجاز عمليات البيع بالمزاد العلني".

و تتدخل البورصة لضبط شروط تقديم طلب البيع بالمزاد العلني و قد تم تنظيم طريقة تقديم طلب البيع بموجب قرار البورصة عدد 14 لسنة 1997 المتعلق بشروط البيع بالمزاد العلني خارج السوق المركزية و هي طريقة تذكر في جانب كبير منها الطريقة المقررة صلب القرار عدد 22 لسنة 1997 المتعلق بضبط قائمة الوثائق المطلوبة في البيوعات القضائية.

في هذا الصدد نتساءل هل أن الوسيط بالبورصة[34] المكلف بالبيع ملزم بتقديم نفس الوثائق قبل أن تقرر طريقة البيع و كذا بعد أن يتخذ هذا القرار أم أنه ملزم بأن يقدم في كل مرة طلب و ذلك قبل خمسة أيام من حصة تنفيذ البيع أليس حريا الإكتفاء بطلب واحد وهو ما يجعل من الطلب الثاني المصحوب بالوثائق أمرا غير مجد هذا فضلا عما يرتبه ذلك من إهدار للوقت.

و عند تسلم الطلب المدعم بالوثائق اللازمة تقوم البورصة بتفحص الملف و التثبت من مدى تواجد التنصيصات الوجوبية ثم تقوم بإشهار العملية بواسطة إشعار ينشر بنشرية البورصة طبقا لأحكام قرار البورصة عدد 41 لسنة 1997 المتعلق بشروط البيع بالمزاد العلني خارج السوق المركزية و الذي ينص على أنه " بتسلم الطلب تقوم البورصة بفحص الملف و نشر العملية بنشريتها و ذلك قبل حصتين على الأقل من حصة البيع".

وهو ما أكده أيضا الفصل 190 من الترتيب العام للبورصة الذي ينص " ...ويعلن عن هذا البيع في بلاغ من البورصة يضبط كمية الأوراق المالية المعروضة للبيع و طبيعتها و خصائصها و السعر الأدنى المطلوب."

و الملاحظ هنا أن المعلومات المبينة ببلاغ البورصة تظل قاصرة عن تعيين المبيع و ذلك خاصة فيما يتصل بالشركة المصدرة لتلك الأوراق وحالتها وهو ما يفسر تجنب هذه البيوعات و لذا فعلى البورصة أن تعالج هذا النقص لضمان حسن سير البيع المتسم أيضا بتدخل البورصة فقد وضعت البورصة آلية لمراقبة عمليات البيع بالمزاد العلني و هو ما يجلو من قرار البورصة عدد 14 لسنة 1997 المتعلق بشروط البيع بالمزاد العلني خارج السوق المركزية و الذي جاء فيه " يعيين رئيس المدير العام بالبورصة من بين الأعوان الخاضعين لسلطته مراقبين...".

[34] حفيظة مسعود " مسؤولية الوسيط في بورصة الأوراق المالية" مجل القضاء والتشريع أكتوبر 2002 ص 395 وما يليها.

بمثل ما تلعب البورصة دورا هاما فيما يتعلق بتحقيق عملية البيع بالمزاد العلني في هذا الصدد فإن إدراج الأوراق تتحقق من خلال مقابلة عروض البيع و عروض الشراء وهو ما يذكر في جزء كبير إجراءات البيع المباشر وهو ما يجعل من المزايدة في البورصة فرصة سانحة للوصول إلى سعر عادل وإن كان ذلك دون الثمن الذي قد يتحقق في البيع المباشر.

وإن كان لا بد من الإشارة إلى أن بيع الأوراق المعقولة قد لا يتم في حصة واحدة و إنما خلال عدة حصص حسب إمكانيات السوق طبقا لأحكام الفصل 191 من الترتيب العام للبورصة و تعتبر هذه الإمكانية متاحة بالنسبة لكلا طرق البيع بالبورصة.

في الختام لا بد من التذكير أن حضور عدل التنفيذ إلزامي في عملية البيع و ذلك طبقا لقرار البورصة عدد 14 لسنة 1997.

الفقرة الثانية :في بيع الأوراق المالية خارج إطار البورصة.

يتسم البيع خارج البورصة بخضوعه إلى قواعد القانون العام و تحديدا إلى قواعد مجلة المرافعات المدنية و التجارية وهو ما يجعل منه بيعا بطيئا و معقدا.

و يجلو هذا التعقيد الإجرائي سواء عند إعداد البيع الخاضع لجملة من الشروط (أ) و كذلك عند إتمام هذا البيع (ب).

أ- شروط البيع خارج البورصة

حدد الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة شروط البيع خارج البورصة (1) و يضاف إلى هذه الشروط وجوب إحترام الإجراءات العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية و التجارية (2).

1- شروط الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة

و تتمثل هذه الشروط في أن تصدر هذه الأوراق المالية عن شركة مساهمة خصوصية وهي الشركات التي لا يتوافر بها أحد المعايير الواردة بالفصل الأول من القانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية و تتميز هذه الشركات بنية إشتراك قوية لهذا السبب فقد خصها الفصل 71 من قانون إعادة تنظيم السوق المالية بنظام التسجيل إذ اقتضى " فيما عدا حالة الميراث يتم تسجيل المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية و الحقوق المرتبطة بها و المصدرة من طرف شركات المساهمة الخصوصية لدى بورصة الأوراق المالية بتونس عن طريق وسطاء البورصة طبق الشروط المضبوطة بالترتيب العام للبورصة..." و أن يتجه اختيار عدل التنفيذ إلى ذلك فيكون إختيار عدل التنفيذ هو منطلق البيع خارج البورصة و في هذا الصدد ينص الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة على " تتم البيوعات العدلية للأوراق المالية التي تصدرها شركات المساهمة الخصوصية حسب إختيار عدل التنفيذ إما بالبورصة ...أو خارج البورصة..." وهو اختيار يبرره أساسا خلو عمل البورصة من الشفافية و بطئها و كذلك إرتفاع مصاريف وسيط البورصة.

2-الشروط الواردة بمجلة المرافعات المدنية و التجارية

شكلت حماية الدائن محور إهتمام المشرع التونسي وهو ذات النهج الذي إتخذته مجلة المرافعات المدنية و التجارية من خلال تنقيح 2002 التي أقرت إلى جانب البيع الجبري بيعا رضائيا هكذا أصبح للمدين التي تخضع أوراقه المالية للبيع خارج البورصة لإمكان إبرام بيع رضائي و ذلك بشروط معينة و في صورة عدم نجاح البيع الرضائي يقع اللجوء حينئذ للبيع الجبري.

ب- القيام بالبيع

لم ينص الترتيب العام للبورصة على أي إجراءات خاصة يجب إتباعها في بيع الأوراق المالية خارج البورصة فيتم البيع حينئذ طبقا للبيوعات بالمزاد العلني الكلاسيكية (1) و تتميز هذه البيوعات بدور هام لعدل التنفيذ و كذا بدور بارز لوسيط البورصة (2).

1- البيع بالمزاد العلني الكلاسيكي

يخضع هذا البيع إلى مجلة المرافعات المدنية و التجارية و بالنسبة لمكان البيع فقد إقتضى الفصل 396 من م م م ت أن " البيع بالمزاد العلني يكون بأقرب سوق أو أي مكان آخر يمكن أن يعطي نتيجة هامة ".

في هذا الصدد فإن البيوعات الحاصلة غالبا ما تتم بمكتب عدل التنفيذ و قبل افتتاح المزيدات فعلى عدل التنفيذ الإعلان عن قيمة مصاريف العقلة و البيع و في هذا الصدد ينص الفصل 301 من م م م ت أنه " و تحمل مصاريف العقلة التنفيذية و البيع على المبتت له و تعتبر هذه المصاريف ممتازة و تدفع زيادة على الثمن".

بعد إفتتاح البتة تكون المزايدات و يرسو المزاد على من قدم ثمنا أكبر و لا تسلم الأوراق المالية إلا بعد الإدلاء بما يفيد دفع مصاريف العقلة و البيع و باق الثمن بعد طرح قيمة التسبقة.

و يمكن للمدين إيقاف البتة حتى بعد إنطلاقها و ذلك بدفع أصل الدين و توابعه غير أنه و خلافا لما إقتضاه المشرع التونسي بشأن الإمتياز فإنه ليس للمدين المشاركة في البتة و لو بواسطة.

و يسند محصول البتة للمدين غير أنه لو تبين أن محصول البتة يفوق قيمة الدين فيتم عندئذ منح الفارق للمدين و على المبتت له إعلام الشركة بنتيجة التبتيت و طلب الموافقة على قبوله إذا تضمن عقد الشركة شرط أفضلية و مصادقة و ذلك بالنسبة إلى شركات المساهمة التي تكون أوراقها المالية غير مدرجة بالبورصة و تعتبر الموافقة حاصلة قانونا إذا لم تعلم الشركة المبتت له بقرار رفض قبوله في الأجل المحدد بالعقد التأسيسي على أن لا يتجاوز شهرا من تاريخ الطلب و إذا أعربت الشركة خلال الأجل المبين بالفقرة السابقة عن رفضها قبول المبتت له فإن عليها أن تتولى خلال الشهر الموالي للإعلام بالرفض إيجاد مشتر من بين الشركاء أو من غيرهم أو تخفيض رأس مال الشركة و شراء الأوراق المالية على أساس سعر البتة مع المصاريف و إذا انقضى الأجل المحدد دون حصول أي حل من الحلول المذكورة و لم يقع دفع الثمن و المصاريف إلى المبتت له فإن قبوله يعتبر حاصلا قانونا

و أي كان الأمر فإنه لا بد من تسجيل البيع بالبورصة وهنا يبرز دور وسيط البورصة.

2- دور وسيط البورصة

لئن تم البيع خارج البورصة فإنه يكون لزاما تسجيل البيع بالبورصة طبقا لأحكام الفصل 71 من قانون 14 نوفمبر 1994 الذي يحيل للترتيب العام للبورصة مسألة تحديد الشروط.

و ينص الفصل 193 من الترتيب العام للبورصة أنه " ...وفي هذه الحالة الثانية (البيع خارج البورصة) فإنه يجب تسجيل نتيجة و التبتيت لاحقا بالبورصة طبقا لأحكام الباب الاول من العنوان الثالث من هذا الترتيب العام من قبل وسيط البورصة الذي يعينه العدل المنفذ".

غير أنه و قبل تسجيل عملية البيع فإنه يجب على البورصة أن تتحرى و تتثبت من أن البيع قد شمل أوراقا مالية لم تصدر عن شركة مساهمة عامة الأمر الذي يخول مراقبة و متابعة أي عملية بيع كانت الهدف من ورائها التفصي من مبدأ التداول.

وفي هذا الإطار رصد المشرع التونسي في الفصل 71 من قانون 14 نوفمبر 1994 جزاء البطلان لكل معاملة تمت دون إحترام موجبات الفصل 71 و 72 من هذا القانون وهو جزاء يسري أيضا على كل معاملة لم تلتزم إجراء التسجيل بالنسبة للأوراق المالية الخاصة بشركات المساهمة الخصوصية.

و في هذا الإطار فإنه يمكن للبورصة أن تعترض على التسجيل المعاملة إما لكونها خاصة لنظام التداول أو لكونها لم تلتزم التنصيصات الوجوبية التي أتى بها الفصل 124 من الترتيب العام للبورصة والفصل 125.

المبحث الثاني: بيع حصص الشركاء

تنص الفقرة الثانية من موجبات الفصل 407 من م مم ت " و تباع الحصص ...حسب الصيغ الواردة بالباب السادس من هذا العنوان متى صدر حكم قاض بصحة العقلة التوقيفية و أصبح قابلا للتنفيذ".

ويؤخذ من عبارات الفصل المذكور أنه و بالنسبة لبيع حصص الشركاء فإنها تتم طبق الإجراءات التي سبق تفصيلها بالنسبة لبيع الأوراق المالية خارج إطار البورصة بالمزاد العلني الكلاسيكي[35] و شريطة التحصيل أيضا على حكم في صحة إجراءات العقلة يكون قابلا للتنفيذ على معنى أحكام الفصل 287 من م مم ت.

و يقتضي الفصل 408 من م مم ت أنه " على الشركة التي أجريت العقلة التوقيفية بين أيديها أن تقدم للعدل المنفذ المكلف ببيع الحصص...قائمتي الإحصاء و الموازنة المتعلقتين بميزانيتها الاخيرة و يمكن الإطلاع عليهما بين أيدي العدل المنفذ قبل البتة".

و على المبتت له و طبقا لأحكام الفصل 409 من م مم ت إعلام الشركة بنتيجة التبتيت و طلب الموافقة على قبوله إذا تضمن عقد الشركة شرط أفضلية و مصادقة و ذلك بالنسبة إلى شركة الأشخاص و الشركات المدنية و الشركات ذات المسؤولية المحدودة عدا شركات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة و تجمع المصالح الاقتصادية الذي يكون له رأس

[35] انظر الصفحة 38 أعلاه.

مال و تعتبر الموافقة حاصلة قانونا إذا لم تعلم الشركة المبتت له بقرار رفض قبوله في الأجل المحدد بالعقد التأسيسي على أن لا يتجاوز شهرا من تاريخ الطلب و إذا أعربت الشركة خلال الأجل المبين بالفقرة السابقة عن رفضها قبول المبتت له فإن عليها أن تتولى خلال الشهر الموالي للإعلام بالرفض إيجاد مشتر من بين الشركاء أو من غيرهم أو تخفيض رأس مال الشركة و شراء الحصص على أساس سعر البتة مع المصاريف و إذا انقضى الأجل المحدد دون حصول أي حل من الحلول المذكورة و لم يقع دفع الثمن و المصاريف إلى المبتت له فإن قبوله يعتبر حاصلا قانونا.

وهنا تبرز الوحدة بين النظام القانوني الخاص ببيع الأوراق المالية غير المدرجة بالبورصة و التي تم التفويت فيها خارج إطار البورصة و بيع الحصص الإجتماعية و يظل الفارق بينهما فيما يتعلق بالتسجيل بالبورصة المالية فبينما يكون البطلان جزاء لعدم تسجيل بيع الاوراق المالية بالبورصة فإن الامر على خلاف ذلك بالنسبة للحصص الاجتماعية .

العنوان الفرعي 7 مسؤولية الناقل البحري

- الموضوع الأول : الأسس القانونية لمسؤولية الناقل البحري

الجزء الأول : الأسس الدولية لمسؤولية الناقل البحري:

الفقرة الأولى : اساس المسؤولية من خلال اتفاقية بروكسيل لسنة 1924:

لقد قامت اتفاقية بروكسيل المؤرخة في 25 اوت 1924 بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بوثيقة الشحن ، تم تنقيح هذه الاتفاقية الدولية بموجب البروتوكول الأول وذلك بتاريخ 23 فيفري 1968 والثاني بتاريخ 21 ديسمبر 1979 وعلى اثر ذلك انقسمت المجموعة الدولية إلى ثلاثة أقسام كل قسم ينتمي إلى بروتوكول معين ونذكر على سبيل المثال قسم متكون من 27 دولة صادقت على البروتوكول لسنة، وأخيرا قسم ثالث متكون من ثمانية وعشرين دولة صادقت على بروتوكول 1979 وهذا ما ادى الى تواجد ما يقارب ستة مجموعات اساسية، مجموعة متكونة من حوالي سبعين دولة لم يقوموا بالمصادقة على بروتوكولات سنتي 1968 و1979، نجد مجموعة ثانية متكونة من حوالي خمسة وستون بلدا قاموا بالمصادقة على اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 في نسختها الاصلية ولم يقوموا بالمصادقة على بروتوكولات سنتي 1968 و1979 مثال ذلك الولايات المتحدة الامريكية، مجموعة ثالثة متكونة من خمسة دول قاموا بالمصادقة على اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 وبروتوكول 1968 ولكنهم لم يقوموا بالمصادقة على بروتوكول 1979 مثال ذلك سنغفورة.

أدى هذا التعدد في البروتوكولات إلى وجود ستة مجموعات دولية كل واحدة منها تختلف عن الأخرى في مدى اقتناعها باتفاقية بروكسيل إذ نجد حوالي ثمانية دول تركوا اتفاقية بروكسيل

الأصلية وقاموا بالمصادقة على بروتوكول 1968 و 1979 مثال ذلك المملكة المتحدة ودول أخرى صادقت على الاتفاقيات البحرية الثلاثة و هي فرنسا وسويسرا وبلجيكا.

الفقرة الثانية : اساس المسؤولية من خلال اتفاقية هامبورغ لسنة 1978

نشأة اتفاقية هامبورغ 1978/03/31 ودخلت حيز التنفيذ في 1992/11/1.

صادقت البلاد التونسية على اتفاقية هامبورغ بمقتضى القانون عدد 33 لسنة 1980 المؤرخ في 1980/05/28

تنص المادة 4 من المعاهدة على ان "مسؤولية الناقل البحري تشمل المدة التي تكون فيها البضاعة في عهدته من ميناء الشحن وأثناء النقل في ميناء التفريغ"

والمقصود بعهدته هو منذ تسلمه البضاعة من الشاحن أو شخص يعمل نيابة عنه أو سلطة أو طرف ثالث آخر, يوجب القانون أو اللوائح السارية في ميناء الشحن، تسليمها إليه للشحن الى الوقت الذي يقوم فيه بتسليم البضاعة الى المرسل اليه او لصاحب الحق فيها او ممثلها.

حيث يستنتج من خلال الفصل الرابع من اتفاقية هامبورغ أن النطاق الزمني لمسؤولية الناقل محدد من وقت تكون فيه البضاعة في عهدة الناقل في ميناء الشحن وأثناء النقل وفي ميناء التفريغ .

الجزء الثاني : الأسس الوطنية لمسؤولية الناقل البحري

الفقرة الأولى : مجلة التجارة البحرية (القانون التونسي)

وقع تكريس مبدأ مسؤولية الناقل البحري في القانون التونسي ضمن أحكام الفصل 145 مجلة التجارة البحرية الذي ينص "على الناقل ضمان جميع ما يلحق البضاعة من تلف أو تعيب أو أضرار لعدم بذله عناية معقولة"

عند قراءة هذا الفصل نلاحظ أن الناقل البحري يكون ملزما ببذل عناية ولا بتحقيق نتيجة وببلوغ غاية وأن بذله عناية فحسب لا تعفيه من المسؤولية ذلك إذا رجعنا الى أحكام مجلة

التجارة البحرية وبالتحديد الفصول 144 و 145 و 146 فانه يتبين أن الناقل البحري مسؤول بقوة القانون عن الأضرار التي تلحق البضاعة وكذلك عن تلفها.

الفقرة الثانية : التزامات الناقل البحري في القانون التونسي : (هو كذلك موضوع فرعي).

ان الفصل 212 م ت ب يضع عل كاهل الناقل البحري نوعين من الالتزامات الاول يتعلق بعناية السفينة والثاني بالبضاعة المشحونة على متنها.

- عناية السفينة :

التزام بتقديم سفينة صالحة للملاحة ويعني ذلك تجهيزها وتزويدها بالمعدات والمؤن اللازمة للرحلة البحرية كما يقوم بإعداد العنابر والغرف الباردة وجعلها في حالة حسنة ثم يقع ترصيف البضاعة أي توزيعها وترتيبها داخل هذه العنابر بطريقة تقي البضاعة من التلف والهلاك. في هذه الصورة يمكن ان تقوم مسؤولية الناقل البحري بسبب عيب في الرصف ادى الى فقدان السفينة لتوازنها.

ولقد أكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 6493 المؤرخ في10 مارس 1983 على هذا المبدأ "اذا ثبت ان الناقل البحري شحن عل متن باخرته بضاعة تفوق حمولتها ولم يرصفها على كيفية لا تفقدها توازنها وثبت ان الباخرة تمايلت ثم غرقت بما عليها بسبب كل ما ذكر فان هذه العناصر يبرز منها عدم بذل الناقل عناية معقولة لحفظ البضاعة من التلف الموجبة عليه ضمانها.

- عناية البضاعة :

عندما يتعهد الناقل بنقل بضاعة ما إلى مكان معين، فان تعهده هذا يتضمن عناصر تتعلق بمدة السفر ومسافته، لكنه قد تتبدل حالة البضاعة بعد انقضاء هذه المدة، وقطع تلك المسافة إذ قد لا تكون بطبيعتها قابلة لتحمل مخاطر السفر مثال أن وقع نقل البضاعة في فصل الصيف وفي باخرة غير مبردة: فالناقل يكفيه إذن أن يثبت أنه هنالك ترابط بين طبيعة البضاعة وظروف النقل والضرر.

ان قواعد المسؤولية المشار اليها لا تجري الا حالة وقوع التلف اثناء الرحلة البحرية أي ابتداء من وضع الربان او اعوان الناقل البحري ايديهم على البضاعة الى حين تسليمها الى المرسل اليه.

- الموضوع 2 : مسؤولية الناقل البحري اثناء الرحلة البحرية

الجزء الأول : قيام مسؤولية الناقل البحري:

الفقرة الأولى : المشرع التونسي والمسؤولية :

ان تحديد نقطة انطلاق الرحلة البحرية وانتهائها من المسائل الهامة في تحديد مسؤولية الناقل البحري.

ينص الفصل 144 م ت على ان "...ابتداء من وضع الربان او اعوان الناقل البحري ايديهم على البضاعة..."

الفقرة الثانية : موقف فقه القضاء من تحديد مسؤولية الناقل البحري

بالتمعن في فقه قضاء التونسي منذ اكثر من ثلاثين سنة أي منذ صدور المجلة التجارة البحرية سنة 1962 الى تاريخ دخول معاهدة هامبورغ حيز التنفيذ 1992 نتحسس استقرار بخصوص جل المسائل التي كانت تطرح وأهمها تحديد مسؤولية الناقل البحري وأسباب الاعفاء من المسؤولية.

والسؤال المطروح عند دخول معاهدة هامبورغ حيز التنفيذ هل ستكون قطيعة مع البناء القضائي الذي تم تشييده تطبيقا لأحكام المجلة التجارية البحرية خاصة وان احكاما اخرى مماثلة تكاد تحل محلها لتطابقها معا؟ وهل ان المعاهدة هي التي ستسير القاضي التونسي ام لا؟

تمسك فقه القضاء بأحكام المجلة واستبعد احكام المعاهدة رافضا تخليه عن النظام القانوني لمسؤولية الناقل البحري الذي بناه منذ اكثر من ثلاثين سنة.

الجزء الثاني : إعفاء الناقل البحري من المسؤولية

الفقرة الأولى : حالات الإعفاء

وجوب غياب خطأ من قبل الناقل البحري

تنص الفقرة الاخيرة من الفصل 145 م ت ب على أن "الشاحن .....ان يثبت ان التلف او الاضرار ناتجة عن خطأ الناقل او ناتجة عن خطأ مستخدميه في غير صور العدد الاول من هذا الفصل"

حالات الإعفاء المرتبطة بالقوة القاهرة

إن من شروط القوة القاهرة المبرئة من المسؤولية هي أن تكون غير ملحوظة ولا يمكن دفعها وتلافي نتائجها. وأن القوة القاهرة التي تقصي من المسؤولية هي العامل الطبيعي غير المرتقب وقوعه والذي لا يمكن مقاومته إذ يتوجب على الناقل يستفيد من الإعفاء أن يثبت أن سفينته صالحة للملاحة وان هياج البحر او العواصف التي صادفتها تتوف فيها القوة القاهرة وبإمكانه في سبيل ذلك أن يلجأ إلى كافة طرق .الفقرة الثانية : إثبات الناقل لإعفاء كلي أو جزئي من المسؤولية الذاتية

ينص الفصل 161 مجلة التجارة البحرية أنه "يعتبر لاغيا سواء كان النقل قوميا أو دوليا كل شرط يخالف أحكام الأبواب الأول و الثاني والثالث والرابع من هذا العنوان أو يرمي إلى النزول بالمسؤولية دون الحدود الواردة بها أو إلى الزيادة في أسباب الإعفاء القانوني من المسؤولية أو إلى قلب عبء الإثبات على غير ما جاء به الإثبات..." فالناقل عليه إثبات أو إقامة الدليل بأن لا ضلع له في الضرر اللاحق بالبضاعة وذلك بإثبات أن المسؤولية تعود للشاحن مثلا الذي يعترف بذلك وفي هذه الحالة لا يمكن تتبعه أو مسائلته.

- إعفاء كلي من المسؤولية:

أهمية وثيقة الشحن وما تتضمنه هذه الأخيرة من بيانات تقيم الحجة على أن الناقل البحري تسلم البضاعة من الشاحن بالأوصاف المذكورة بوثيقة الشحن ولنقلها حسب الاتفاق.

إن العلاقة القائمة بين الشاحن والناقل البحري تقتضي في حقيقة الأمر أن تكون البيانات المقدمة مطابقة لحقيقة أوصاف البضاعة وحالتها وان كانت للناقل شك في صحة وثيقة الشحن أو لم تكن لديه الوسائل العادية للتأكد منها يجوز للناقل البحري ذكر أسباب التحفظ على قيد البيانات على وثيقة الشحن وبالتالي يمكن إعفاءه من المسؤولية ويتحملها الشاحن كليا: إذن فيما يتعلق بوثيقة الشحن وما تتضمنها من بيانات لا تهم ولا تلزم الناقل البحري وإنما يكون الشاحن مسؤولا تجاه ذلك وتكون وثيقة الشحن وما ذكر بها حجة عليه وهو ما يمكن استنتاجه من خلال أحكام الفصل 215 مجلة التجارة البحرية حيث وتبعا لما سبق ذكره فان الناقل البحري لا يتحمل أية مسؤولية تجاه الشاحن عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة وهي بين يديه خاصة إذا كانت تصريحات الشاحن مخالفة لواقع وحالة البضائع المشحونة على متن السفينة.

- إعفاء جزئي من المسؤولية:

المقصود بذلك اشتراط أطراف عديدة لها مصلحة في الرحلة البحرية بتجزئة المسؤولية، إن الأضرار الحاصلة بالبضاعة أو السفينة أو أجرة النقل والتي تصنف ضمن الخسائر المشتركة لا يتحملها الناقل البحري لوحده ولا تثار مسؤوليته وحده وإنما يتقاسمها جميع الأطراف التي لها مصلحة في الرحلة البحرية وينص الفصل 145 مجلة التجارة البحرية الفقرة 6 على أن الناقل البحري يعد مسؤولا في كل ما يلحق بالبضاعة من ضرر بما في ذلك النقص إلا فيما يجيزه العرف.

المبدأ هو قيام مسؤولية الناقل البحري بصفة تلقائية وآلية إلا إذا أثبت هذا الأخير أن الضرر الحاصل بالبضاعة ناجم عن بعض الاستثناءات التي عددها الفصل السابق الذكر ومنها " النقص الحاصل أثناء الشغل في حجم البضاعة أو في وزنها حسب طبيعتها وطول السفرة وتقلبات الجو وما يجيزه العرف ".

العنوان الرابع : المرافعات المدنية والتجارية

اختصاص المحاكم، مرجع النظر الترابي، مرجع النظر الحكمي، إجراءات رفع الدعوى لدى حكّام النواحي والإجراءات لدى المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، ومحكمة التعقيب، طرق الطّعن، الوسائل الوقتية، الأحكام المشتركة بين المحاكم.

لا يكفي أن يتوفر الحق وإنما يجب أن تتوفر الإجراءات الكفيلة بحمايته واستعادته والحصول عليه.

وعادة ما يطلق عليها " قواعد إجرائية "

الخاصيات المتعلقة بالإجراءات المدنية والتجارية :

- الصبغة الشكلية للإجراءات :

لا تهتم القواعد الإجرائية بأصل الحق بصفة مباشرة وإنما تهتم بالوسائل الواجب إتباعها من أجل حماية الحق " فالشكل هو توأم الحرية " [36] .

تتلخص الشكلية في أمرين :

وجوب صياغة الإجراء طبقا لشروط محددة.

تتمة الإجراء في مكان وموعد معين .

- الصبغة الآمرة للإجراءات : والمقصود بذلك عدم الاتفاق على خلافها لأن أغلبها تهم النظام العام ويترتب على عدم احترامها جزاء وفق ما ينص عليه الفصل 14 من م.م.م.ت.
- الصبغة المباشرة للإجراءات : تنطبق الإجراءات بصفة مباشرة بمجرد دخولها حيز التنفيذ ما لم ينص القانون على موعد لاحق .
- مواكبة قانون الإجراءات للتطور : هو قانون متطور لحاجيات المجتمع يتميز بصبغته العملية وتأثيره المباشر على حياة الناس.

إن في تطور قانون الإجراءات عبر التاريخ هو سعي نحو ضمانه للجدوى والشرعية في فصل النزاعات وقد مر في تونس بثلاث مراحل رئيسية :

- ما قبل الحماية :

تميزت هذه المرحلة بوجود المحاكم الفقهية فوجد قضاء حنفي وقضاء مالكي واستمد أغلب أحكامه من القرآن والسنة.

[36] الأستاذ كمال نقرة ، القانون العدلي الخاص ، دروس مرقونة ، ص 2 2008 / 2009 كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس المنار.

وقد كان الإمام سحنون مجددا في القضاء بإخراجه عمل القضاء من المساجد إلى أماكن مهيئة لذلك وأنشأ دوائر مختصة مثل دائرة المظالم ودائرة الحسبة ودفاتر لتدوين القضايا والأحكام وأنشأ الاستدعاء الكتابي و " الاستقدام الجبري " .

ثم كان دستور 1861 منظما للقضاء بتركيز مجالس قضائية مختصة كمجلس التجارة ومجلس الجنايات ومجلس الضبطية ومجلس الحرب ومجلس التحقيق إلى أن تم إلغاء ذلك بموجب أمر جويلية 1866 كما وجدت قبل الحماية محاكم تسمى بمحاكم القنصلية تفصل في النزاعات التي يكون طرفها أجنبي.

- فترة الحماية :

تميزت هذه الفترة ب بتعدد المحاكم وتكثف النصوص القانونية فإلى جانب المجلس العقاري وجدت أربعة محاكم مختصة هي :

المحاكم الفرنسية و المحاكم الشرعية (ذات فرعين : المحاكم المالكية والمحاكم الحنفية) ومحاكم الأحبار ومحاكم تونسية عصرية أحدث بموجب أمر 18 مارس 1896 ركزت فيها قاعدة التقاضي على درجتين وصدرت مجلة رسمية مدنية في 24 ديسمبر 1910 .

- فترة الاستقلال :

تم إثر الاستقلال توحيد القضاء ودخول م.م.م.ت حيز التنفيذ في 1 جانفي 1960 وتشمل هذه المجلة محورين : محور يتعلق بالإجراءات لدى المحاكم ومحور يتعلق بطرق التنفيذ وتعتمد أحكام هذه المجلة ما لم توجد أحكام إجرائية خاصة بنصوص خاصة مثل مجلة الشغل أو مجلة الشركات التجارية أو مجلة الأحوال الشخصية وغيرها.

يمكن تقسيم دراسة مادة المرافعات المدنية والتجارية إلى جزأين وفق ما هو موجود بم .م.م.ت جزء أول يتعلق بالإجراءات المتعلقة بالتقاضي من أجل الحصول على حكم وجزء ثان يتعلق بإجراءات تنفيذ الحكم أي طرق التنفيذ.

الجزء الأول : الإجراءات المدنية والتجارية : إجراءات التقاضي :

تستوجب إجراءات التقاضي دراسة الإطار الذي توجد به هذه الإجراءات (الفصل الأول) والتعرض إلى الدعوى القضائية (الفصل الثاني).

الفصل الأول : التنظيم القضائي :

يفترض القضاء لأداء مهمته مجموعة من المبادئ الأساسية تضمن عدالته ونزاهته (المبحث الأول) ونظاما محكما للمحاكم يبين وحدته (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : المبادئ العامة للتنظيم القضائي :

يستند التنظيم القضائي على مبادئ أساسية يمكن تقسيمها إلى صنفين صنف يتعلق بالقضاء كمرفق عمومي وصنف يتعلق بسير القضاء .

الفقرة الأولى : المبادئ المتعلقة بالقضاء كمرفق عمومي :

تتمثل في : مبدإ استقلال القضاء و مبدأ علنية الجلسات والتشكيلة المجلسية للمحاكم.

أ) مبدأ استقلال القضاء :

الفصل 102:

القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات.

القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون.

تم تكريس هذا المبدأ بالفصل 102 من الدستور التونسي الجديد وكذلك كان مكرسا في الفصل 65 من دستور 1959 . فالقضاء باعتباره سلطة من سلطات الدولة الثلاث إلى جانب السلطة التنفيذية والتشريعية فإنه يمارس وظيفته باستقلالية .

ومظاهر هذه الاستقلالية تبرز على المستوى الموضوعي في وجود قانون أساسي ينظم مهنتهم هو القانون الأساسي للقضاة عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 17 جويلية 1967 ومجلس أعلى للقضاء يتولى الإشراف على هذه السلطة.

ب) مبدأ مجانية التقاضي :

يقصد بذلك عدم دفع أجر للقضاة من أجل ممارستهم لوظيفتهم فأجور القضاة تحمل على خزينة الدولة.

ولا تعني مجانية تقاضي عدم دفع المعاليم الجبائية لاستخراج الرسوم أو عدم دفع أجر المحامين والخبراء والعدول ومن هذه المعاليم نجد معاليم الاستدعاء للجلسة ومصاريف الاختبارات.

يمكن أن ينتفع المتقاضي بالإعانة العدلية في مختلف القضايا المدنية وذلك بتوفر شرطين :

الشرط الأول : أن يتبين أن طالب الإعانة فقير وفي حاجة أكيدة إليها يتعذر معها الحصول على الحق دون وجود الإعانة.

الشرط الثاني : أن تكون دعوته جدية.

ويقدم المطلب لوكيل الجمهورية الذي يحيله للجنة المختصة بإسناد الإعانة.

وتشمل الإعانة العدلية مصاريف تسجيل الحكم وأجرة العدول المنفذين والخبراء ومصاريف المحاماة .

ج) مبدأ علنية الجلسات :

تتم الجلسات في القضاء بصفة علنية إذ يمكن لكل شخص الحضور كما أن النطق بالحكم يكون بصفة علنية وهذا المبدأ هو ضمانة للقضاء إذ ينص الفصل 177 من م.م.م.ت :

" تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من النيابة العمومية أو أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة."

كما أوجب الفصل 121 أن يكون التصريح بالحكم في جلسة علنية .

وتنطبق هذه القواعد على محكمة الاستئناف لكن لا تنطبق على محكمة التعقيب التي تتم جلساتها بمجلس الشورى دون حضور الخصوم ولا يمكن للمحامي الترافع إلا إذا طلب ذلك كتابة حسب الفصل 188.

د) مبدأ التركيبة الجماعية للمحاكم :

اعتمدت المجلة التركيبة الجماعية للمحاكم عوضا عن التركيبة الفردية إذ تتركب التركيبة الجماعية عادة من رئيس وقاضيين ويتعدد القضاة ضمن هيئة واحدة تسمى " دائرة " تتم فيها المفاوضة وتأخذ فيها القرارات بالأغلبية .

لكن هذه التركيبة لا تنفي وجود أعمال فردية في عديد الحالات فمحكمة الناحية تتركب من قاضي فردي هو قاضي الناحية وكذلك القضاء الإستعجالي و قاضي التقاديم وقاضي الضمان الاجتماعي .

<u>الفقرة الثانية : المبادئ المتعلقة بحسن سير القضاء :</u>

من أهم هذه المبادئ نجد : مبدأ التقاضي على درجتين ومبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ حياد القاضي.

أ) مبدأ التقاضي على درجتين :

هو الحق بالنسبة لكل متقاضي في النظر في نزاعه مرتين من قبل محكمتين مختلفتي الدرجة فمن حقه الطعن في الحكم الصادر عن الدرجة الأولى .7ولمبدإ التقاضي على درجتين أثاران : أثر إنتقالي وأثر تعليقي.

الأثر الإنتقالي : يتمثل في نقل الدعوى برمتها إلى محكمة الدرجة الثانية لتعيد النظر فيها من الناحية الواقعية والناحية القانونية في حدود ما تسلط الاستئناف.

الأثر التعليقي : بمجرد الطعن بالاستئناف يتعطل التنفيذ إلى أن تبت محكمة الدرجة الثانية في الاستئناف.

ب) مبدأ المواجهة بين الخصوم :

يقصد به تمكين الطرفين أو ممثليهم من الحضور لدى المحكمة وتقديم أوجه دفاعهم فلا يمكن إعتماد مؤيدات أو طلبات أو تقارير فلا يمكن إعتماد مؤيدات أو طلبات أو تقارير إلا بعد تمكين الطرف الثاني من الإطلاع عليها وتحديد موقفه منها.

ج) مبدأ حياد القاضي :

- إن حياد القاضي هو حياد بمعناه الإيجابي .فالقاضي ملزم وجوبا بالحياد تجاه الطرفين (الفصل 22 من القانون الأساسي للقضاة) ويترتب عن هذا المبدإ أن لا يكون للقاضي مصلحة في النزاع المعروض عليه وأن لا يكون له رأي مسبق من النزاع وأن يمكن الطرفين من فرص متساوية للدفاع وأن يحترم حق الدفاع وأن لا يحكم بأكثر مما طلب منه .
- خصص المشرع الباب السادس من م.م.م.ت لمسألة التجريح في القضاة وذلك لغاية حمله عن التخلي في الدعوى :

خصص المشرع الفصول 248 و 249 و 250 لهذه المسألة.

- الفصل 248 : يحدد الحالات التي يحجر فيها على القاضي النظر في النزاع ويحتوي النص على ثمان حالات :

الفصل 248

تحجر مباشرة الوظائف العدلية أصـ . الة على الحكام :

أولا : في النوازل التي هم فيها خصوم أو لهم مشاركة مع الخصوم أو مشاركة فـ ي التـ زام لأحـ د الخصوم أو كان عليهم فيها مرجع الدرك.

ثانيا : في نوازل نسائهم ولو بعد انفصال الزواج.

ثالثا : في نوازل أقاربهم أو مصاهريهم بدون نهاية بسلسلة النسب المستقيم وحواشيهم إلـ ى الدرجـ ة السادسة بالنسبة للأقارب وإلى الدرجة الرابعة بالنسبة للأصهار.

رابعا : في النوازل التي لزمهم القيام فيها بصفة نائب قانوني عن أحد الخصوم.

خامسا : في النوازل التي وقع سماعهم فيها بصفة شهود أو التي باشروها بصفة حكام أو محكمين أو سبق منهم إعطاء رأي فيها.

سادسا : إذا كانوا دائنين أو مدينين لأحد الخصوم.

سابعا : إذا كان أحد الخصوم مستخدما عندهم.

ثامنا : إذا سبق خصام بينهم وبين أحد الخصوم.

- الفصل 249 و 250 من م.م.م.ت : يتعلقان بإجراءات التجريح في القاضي فالفصل 249 يلزم القاضي بالتجريح في نفسه والتخلي تلقائيا أما الفصل 250 فيتعلق بكيفية طلب التجريح فهو يقدم لرئيس المحكمة ويكون كتابيا وإذا كان المجرح فيه رئيس المحكمة فيقدم الطلب لأقدم قاضي في المحكمة وإذا تم التجريح في قاضي الناحية فيتم لدى رئيس المحكمة الابتدائية.

- نص المشرع على جزاء الإخلال بواجب الحياد : وللجزاء وجهان مدني وجزائي : أما الجزاء المدني فيتمثل في مؤاخذة القاضي لخرقه لواجب الحياد طبق الفصلين 199 و 200 من م.م.م.ت وتتم الإجراءات لدى محكمة التعقيب إذ نص الفصل 199 على حالات المؤاخذة وهي الغرر والاحتيال والارتشاء ومسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضرر.أما الفصل 200 فيهم إجراءات المؤاخذة وتتمثل في تقديم مطلب بواسطة محام للرئيس الأول لمحكمة التعقيب مرفقا بالمؤيدات. أما من الناحية الجزائية فلقد خصص المشرع الفصول 88 و 89 و 90 من المجلة الجزائية لجريمة ارتشاء قاضي.

ونميز بين التجريح والمؤاخذة فالتجريح قبل الحكم أما المؤاخذة فتكون بعد الحكم.

- إن القاضي يراقب الإجراءات ويقدر رجاحة الأدلة ويستمع للشهود ويأذن بالقيام بالاختبارات .

المبحث الثاني : المحاكم

يستوجب هذا المبحث التعرض إلى مسألتين : المسألة الأولى تتعلق بالمتدخلين على مستوى المحاكم أما المسألة الثانية فتتعلق باختصاص المحاكم.

الفقرة الأولى : المتدخلون على مستوى المحاكم

أ) القضاة : يخضعون إلى النظام الأساسي للقضاة وينقسمون أساسا إلى صنفين : الصنف الأول وهم القضاة الجالسون الذين ينظرون في القضايا ويبتون فيها ويصدروا الأحكام . والصنف الثاني هم القضاة الواقفون والمقصود بذلك النيابة العمومية وهم ينوبون الحق العام.

- دور النيابة العمومية في المادة المدنية :

ينظم هذا الدور الفصل 251 من م.م.م.ت :

النيابة كطرف أصلي في النزاع المدني : تكون كذلك عندما تباشر الدعوى فتنطبق عليها إجراءات الدعوى ووسائل الطعن وتلزم باحترام الآجال والإجراءات .

النيابة كطرف منظم في النزاع المدني: أي تدخل النيابة العمومية في دعوى قائمة لتساند أحد الموقفين أو تبدي رأيها كما يمكن أن تطعن بالتعقيب ويتبين أن تدخلها كطرف منظم يكون ذو وجه وجوبي ووجه اختياري : التدخل الوجوبي يكون في عرض المحكمة الملف على النيابة لتبدي رأيها فيه وذلك قبل ثلاثة أيام على الأقل قبل الجلسة وهذا العرض يكون كلما كانت الدولة أوهيئة عمومية طرفا في هذا النزاع. / في صورة الدفع بعدم الاختصاص الحكمي / إذا تعلق النزاع بعديمي الأهلية أو المفقودين/ في صورة التجريح في الحكام أو مؤاخذتهم.

أما التدخل الاختياري فيكون موكولا لاجتهاد المحكمة فتعرض الملف على النيابة كلما رأت في ذلك فائدة .

ب) المحامي و مساعدي القضاء

- المحامي : لم يعد المحامي مساعدا للقضاء بل أصبح شريكا في إقامة العدل وذلك بعد صدور المرسوم عدد 79 لسنة 2011 والفصل 105 من الدستور الجديد .
- مساعدي القضاء :

- العدول المنفذون : منظمة بالقانون عدد 29 ل 13 مارس 1995.وهو مأمور عمومي يختص بتبليغ الاستدعاء وإقامة المحاضر .
- عدول الإشهاد : منظمة بالقانون عدد 64 ل 23 ماي 1994 وهو مأمور عمومي يختص بتحرير الحجج الرسمية و إجراء الاستجوابات وتحرير الفرائض ومهام أخرى خاصة.
- الخبراء العدليون : تعين المحكمة خبيرا للحصول على رأي فني من أهل الاختصاص في الميدان موضوع النزاع. وتنظم اختصاصاته بالقانون عدد 61 ل 23 جوان 1193.
- أمناء الفلسات والمؤتمنون العدليون والمصفون والمتصرفون القضائيّين : القانون عدد 71 ل 11 نوفمبر 1997.

- المترجمون المحلفون : القانون عدد 80 ل 4 جويلية 1994.
- كتبة المحاكم : النظام الأساسي محدد بالأمر عدد 958 ل 29 ماي 1995 .ويخضعون لقانون الوظيفة وينظم عملهم بموجب قواعد مجلة المرافعات.

الفقرة الثانية : نظام المحاكم :

يمكن التمييز في هذا الإطار بين محاكم الأصل ومحكمة التعقيب .

أ) محاكم الأصل

تتميز بتأهيلها للبت في النزاع بمختلف جوانبه الموضوعية والقانونية وتنقسم إلى محاكم درجة أولى ومحاكم درجة ثانية.

1 / محاكم الدرجة الأولى

باستثناء المحكمة العقارية التي تخضع لنظام خاص فإن محاكم الدرجة الأولى هي التي تتعهد بالنزاع أولا وتصدر أحكاما ابتدائية فيه.

ويتحدد مرجع نظرها بوجهين : مرجع نظر حكمي حسب طبيعة النزاع ومقداره ومرجع نظر ترابي حسب الموقع الجغرافي.

- **مرجع النظر الحكمي :**

يوصف بالاختصاص النوعي ويهم النظام العام والمحكمة تثيره من تلقاء نفسها إذ اقتضى الفصل 3 من مجلة المرافعات " لا عمل على كل اتفاق من شأنه مخالفة الاختصاص الحكمي المعين بالمجلة."

ويتوزع الاختصاص الحكمي بين المحكمة الابتدائية وهيئات متخصصة.

- **المحكمة الابتدائية :**

للمحكمة الابتدائية اختصاص عام يؤكده ما جاء بالفقرة الأولى من الفصل 40 وتوجد في تونس 27 محكمة ابتدائية تنتصب للقضاء بتركيبتين مختلفتين : تركيبة جماعية وتركيبة فردية حسب طبيعة النزاع.

أولا : التركيبة الجماعية :

- يمكن تقسيم التركيبة الجماعية العادية للمحكمة الابتدائية إلى نوعين تركيبة عادية وتركيبة خاصة .

التركيبة العادية تتكون من رئيس وقاضيين وكاتب الجلسة (الفصل 40 في فقرته الثالثة).

التركيبة الخاصة تكون في المادة التجارية حسب ما يقتضيه الفصل 40 في فقرته الرابعة وتتركب الدوائر التجارية من رئيس وتاجرين عندما يكون النزاع بين تاجرين فيما يخص نشاطهم التجاري وتنظر بتركيبة جماعية خماسية من رئيس وقاضيين وتاجرين في النزاعات المتعلقة بالشركات في تكوينها أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها أو التي تمر بصعوبات اقتصادية وكذلك عندما تنظر استئنافيا فيما يدخل في اختصاصها.

ولا يتوقف نظر الدائرة التجارية إذا لم يحضر التاجرين أو أحدهما ويمكن أن يكلف الرئيس أحد الأعضاء بمحاولة إبرام الصلح بين المتنازعين ويمكن للأطراف الطلب في النظر في النزاع وفق قواعد العدل والإنصاف ولا يكون القرار في هذه الحالة قابلا للطعن إلا بالتعقيب.

➢ الدعاوي المنظورة بتركيبة جماعية :

الدعاوي الاستحقاقية : هي الدعاوي التي تستند إلى حق عيني عقاري وفق الفصل 20 من م.م.م.ت والحقوق العينية العقارية هي الملكية الانتفاع والإنزال والكردار والسكنى والهواء والإجارة الطويلة والارتفاق والامتياز والرهن العقاري.

دعاوي الأحوال الشخصية : مثل الطلاق والزواج ونظام الأموال بين الزوجين

الدعاوي المتعلقة بالجنسية : الفصل 8 من مجلة الجنسية .

دعاوي الإكساء بالصيغة التنفيذية : 317 من م.م.م.ت " يطلب الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي باستدعاء الخصم المراد التنفيذ عليه للمحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقره إن وجد وإلا فلدى المحكمة الابتدائية التي يجب إجراء التنفيذ بدائرتها ."

الدعاوي التجارية : بين تاجرين فيما يتعلق بنشاطهم التجاري.

ثانيا : التركيبة الفردية :

تتعلق التركيبة الفردية باختصاصات منحها المشرع إما لرئيس المحكمة الابتدائية أو لقضاة متخصصين .

➢ **اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية :**

يختص رئيس المحكمة الابتدائية إما بطريقة قضائية أو بطريقة ولائية .

✓ الاختصاص القضائي لرئيس المحكمة الابتدائية :

ينظر رئيس المحكمة الابتدائية في النزاع وفقا لمبدئي المواجهة واحترام حق الدفاع فتكون بذلك الإجراءات بمحضر الطرفين أو من يمثلهما ويشمل الاختصاص القضائي القضاء الاستعجالي ونزاعات الملكية التجارية والتقاديم ويباشر رئيس المحكمة هذه الاختصاصات بنفسه أو ينيب أحد القضاة التابعين له.

- القضاء الاستعجالي : وذلك باتخاذ تدابير وقتية عند التأكد في انتظار صدور حكم في الأصل.

التأكد : وجود خطر يهدد الحق

عدم المساس بالأصل : الحكم على ظاهر الأوراق دون اتخاذ موقف من أصل الحق.

عند شدة التأكد يمكن أن يتم الاستدعاء لدى القاضي الاستعجالي في نفس اليوم أي من ساعة إلى أخرى حسب الفصل 206.

الأحكام التي تصدر في إطار القضاء الاستعجالي تكون قابلة للتنفيذ بعد 24 ساعة من الإعلام بها ويمكن التنفيذ على المسودة في حالة شديد التأكد.

الطعن بالاستئناف في الحكم الاستعجالي لا يوقف تنفيذه .

✓ الاختصاص الولائي لرئيس المحكمة الابتدائية :

العمل الولائي هو الذي يصدر عن القاضي دون أن يتعلق بفصل نزاع وإنما هو إجراء معين دون حاجة لسماع الطرفين إذ لا يخضع للعلنية والمواجهة والتعليل ومن أبرز هذه الوظائف الولائية لرئيس المحكمة الأوامر بالدفع والأذون على المطالب والحالة المدنية :

- الأوامر بالدفع :

الفصل 59 : هو أمر يصدره رئيس المحكمة للمدين بدين ثابت وحال بتسديد هذا الدين ويختص رئيس المحكمة كلما تجاوز الدين 7 آلاف دينار وكان الأمر يتعلق بدين له سبب تعاقدي أو كان الالتزام فيه ناتجا عن شيك أو كمبيالة أو سند لأمر أو عن كفالة في إحدى هاتين الورقتين الأخيرتين.

ويصدر الإذن بناء على مطلب في نظيرين يرفق بسند الدين وبعد صدور تنبيه على المدين يرفق بنسخة من سند الدين بواسطة عدل منفذ بتسديد ما بذمته في أجل 5 أيام وإلا يتم إجراءات الأمر بالدفع ولا يشترط الإنذار المسبق إذا كان الدين لا يتجاوز 150 د .

استئناف الأوامر بالدفع يوقف تنفيذها غير أن لهذا المبدإ استثناءات ثلاثة :

الاستثناء الأول : الأوامر بالدفع المتعلقة بأداء كمبيالة أقيم بشأنها احتجاج بعد الخلاص.

الاستثناء الثاني : يتعلق بالشيكات التي أقيم احتجاج بعدم خلاصها.

الاستثناء الثالث : يهم الأوامر بالدفع التي تصدر لفائدة نقابة المالكين بالنسبة للعمارات الفصل 97 من م.ح.ع.

ويتميز الأمر بالدفع بأنه لا يمكن تقديمه إلا مرة واحدة فإذا رفض لأي سبب كان فلا يبقى من حق الدائن إلا القيام لدى محكمة الأصل بإتباع إجراءات المواجهة (الفصل 36 / 64) .

- الأذون على المطالب / الأذون على العرائض :

الفصول 213 وما يليه من م.م.م.ت : عمل ولائي يتولى بموجبه رئيس المحكمة أو من ينوبه بناء على مجرد مطلب كتابي الإذن باتخاذ الوسائل الكفيلة لحماية الحقوق بصفة تحفظية ووقتية دون المساس بالأصل.

الإذن على عريضة صنفان الصنف الأول يتعلق بحالات محددة قانونا كتعيين مصف للتركة (135 م.ح.ع) أو الإذن ببيع منقولات معقولة تحفظيا أو بيع منقول موضوع رهن (247 م.ح.ع) ، أو الإذن بتأمين مال أو سحب مال من الخزينة العمومية أما الصنف الثاني فهو عام يشترط وجود خطر ملم بالحق يقدر توفره القاضي مثل إذن في إجراء اختبار لمعاينة أضرار بعقار.

لا تقبل الأذون على العرائض الطعن بالاستئناف ولكن تقبل طلب الرجوع فيها في إطار قضية استعجالية لدى نفس المحكمة في أجل لا يتجاوز 8 أيام من تاريخ العلم به ويكون الحكم الذي يصدر في طلب الرجوع في الإذن على عريضة معللا وقابلا للاستئناف.

تقبل الأذون التنفيذ حالا بواسطة عدل منفذ بمجرد الإعلام بها (220 من م.م.م.ت).

- الحالة المدنية : يختص رئيس المحكمة الابتدائية بالنظر في مطالب إصلاح رسوم الحالة المدنية بتدارك النقص أو الأخطاء الواردة بهذه الرسوم وفي مطالب ترسيم الولادات التي لم يتم الإعلام بها خلال 10 أيام التي تلي الولادة والوفيات التي لم يتم الإعلام بها خلال 3 أيام من تاريخ الوفاة وكذلك في مطالب إسناد اسم أب أو اسم جد ولقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب.

➢ **<u>قضاة متخصصين :</u>**

- <u>قاضي الضمان الاجتماعي</u> :

القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 : النظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق الأنظمة القانونية للضمان الاجتماعي في القطاعين الخاص والعام باستثناء النزاعات المتعلقة بحوادث الشغل والأمراض المهنية التي هي من اختصاص قاضي الناحية.

- <u>القاضي المكلف بتوزيع الأموال وترتيب درجة الدائنين :</u>

إذا كان المتحصل بموجب العلقة غير كاف لخلاص الدائنين فإنه يتعين توزيعه بالتراضي وفي صورة عدم الاتفاق يقع تأمينه بالخزينة العامة على ذمة الدائنين العاقلين والمعترضين ويتعهد القاضي المكلف بتوزيع الدين بعد ترتيب الديون الممتازة والديون العادية ويحرر في ذلك لائحة تقبل الاعتراض لدى المحكمة الابتدائية.

- <u>القاضي المكلف بتوزيع ثمن بيع الأصل التجاري :</u>
- <u>القاضي المنتدب للفلسة :</u>

تتمثل وظيفة أمين الفلسة في القيام بالإشهارات القانونية للفلسة ووضع الأختام على محلات المفلس وممتلكاته وجرد ممتلكاته وديونه .

- <u>قاضي الأسرة :</u> تم إحداثها بموجب مجلة حماية الطفل في 9 نوفمبر 1995 وهو يختص بالنظر أساسا في وضعية الطفل المهدد. وتتميز الإجراءات ببساطتها وعدم وجوبية إنابة محامي.

وتنفذ قرارات قاضي الأسرة فورا وهي قابلة للمراجعة وهي غير قابلة للاستئناف إلا ما تعلق بالقرارات التي تفصل الطفل عن عائلته فهي تقبل الطعن بالإستئناف في أجل 10 أيام من صدورها.

ولقاضي الأسرة كذلك إجراء المحاولات الصلحية في قضايا الطلاق واتخاذ ما يهم الحضانة والنفقة والسكنى.

- <u>قاضي السجل التجاري :</u>

ينظم وظائفه وفق القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 والمتعلق بالسجل التجاري فهو مكلف بالإشراف على السجل التجاري وعلى الترسيمات بالسجل وإصدار

قرارات بإلزام التاجر سواء أ كان ذات طبيعية أو معنوية باتباع إجراءات التسجيل والبت في الصعوبات التي تنشأ بمناسبة الترسيم بالسجل التجاري.

ويتم الإعلان بقرارات قاضي السجل التجاري من طرف كاتب المحكمة بواسطة مكاتيب مضمونة الوصول وهذه القرارات تقبل الاعتراض لدى المحكمة الابتدائية بتركيبتها المجلسية في أجل 15 يوما من تاريخ الإعلام بها.

- قاضي المؤسسة : تتعلق بالإجراءات الجماعية لإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية .
- قاضي التقاديم .

- **الهيئات القضائية المتخصصة :**

أولا : قاضي الناحية :

تتميز بتركيبتها الفردية وتعد حاليا 86 محكمة ناحية وينظم اختصاص قاضي الناحية الفصل 39 من م.م.م.ت إضافة إلى نصوص أخرى ولقاضي الناحية وجهان من الاختصاص اختصاص قضائي واختصاص ولائي.

- الاختصاص القضائي لقاضي الناحية : له نوعان من الاختصاص القضائي اختصاص عام واختصاص حصري دون غيره.
  - ✓ الاختصاص العام : ينظر قاضي الناحية ابتدائيا إلى نهاية 7 آلاف دينار في الدعاوي المدنية الشخصية والدعاوي المتعلقة بمنقول ومطالب أداء الديون التجارية والدعوى الشخصية (الفصل 20).

وينظر قاضي الناحية استعجاليا في مطالب إيقاف تنفيذ أحكامه المعترض عليها وفي الصعوبات الناشئة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ومطالب التمكين من نسخة تنفيذية ثانية حسب مقتضيات الفصل 254 من م.م.م.ت.

- ✓ الاختصاص الحصري : ينفرد به دون غيره مهما كانت قيمة النزاع وذلك ابتدائيا في الدعاوي الحوزية وفي قضايا النفقة التي ترفع بصفة أصلية والنزاعات المتعلقة بالتعويض في مادة حوادث الشغل والأمراض المهنية.
  - الدعوى الحوزية :

الفصول 51 وما بعد من م.م.م.ت. : هي القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو حق عيني على عقار بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال وفيما عدى صورة افتكاك الحوز بالقوة فإن القيام بالدعوى الحوزية لا يقبل إلا عند توفر ثلاثة شروط : أول هذه الشروط أن يكون الطالب حائزا منذ عام على الأقل عند وقوع الشغب أو إفتكاك الحوز منه وثاني هذه الشروط يجب أن يكون لم يسكت مدة عام من تاريخ وقوع ذلك الشغب أو إفتكاك الحوز منه وثالث هذه الشروط أن يكون هذا الحوز مستمرا ودون التباس وعلني وبصفة مالك وإذا وقع ارتكاب الحوز بالقوة فإنه يمكن القيام جزائيا.

ولا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت حق الملكية أو نفيه إذ أن النظر في الملكية هو من مشمولات المحكمة الابتدائية دون غيرها وذلك في نطاق دعوى استحقاق غير أن لقاضي الناحية أن يتأمل في الأدلة المدلى بها من الطرفين.

ومن وقع القيام ضده بدعوى الحوز لا يمكنه القيام بدعوى استحقاقية إلا بعد البت في دعوى الحوز وإن حكم ضده في الحوز فله أن ينفذ الحكم ثم القيام بدعوى الاستحقاق.

وتهم الدعوى الحوزية بم.م.ت العقارات غير المسجلة فهي التي تقبل الحوز وتخضع لآجال التقادم أما في العقارات المسجلة فإن الحوز دائما بيد المالك لذلك فالقيام بدعوى كف شغب غير مقيد بأجل بالنسبة للعقارات المسجلة حسب الفصل 307 من م.ح.ع لذلك فدعوى كف الشغب على معنى الفصل 307 من م.ح.ع تقوم على ثبوت الملكية وهي لا تتأثر بعامل الزمن أما الدعوى الحوزية على معنى م.م.ت فهي تقوم على قرينة ملكية بسيطة تتأثر بعامل الزمن.

وتختلف الدعوى الحوزية عن دعوى رفع الضرر فالأولى تهدف إلى حماية حوز عقار والتصدي لكل ما يعد تعد على هذا الحوز أما دعوى رفع الضرر فهي تهدف إلى حماية حقوق الذات البشرية بصفة عامة وبمختلف أشكالها وهي دعوى غير مقدرة من اختصاص المحكمة الابتدائية.

- مادة النفقة : يختص قاضي الناحية في قضايا النفقة التي ترفع بصفة أصلية مهما كان المبلغ المطلوب وتنفذ هذه الأحكام بقطع النظر عن الاستئناف نظرا لصبغتها المعاشية وتتمتع بالحماية الجزائية فتوقف النفقة لمدة شهر يتولد عنه جريمة إهمال عيال حسب الفصل 53 من م.أ.ش.
- مادة حوادث الشغل والأمراض المهنية :

بالنسبة للقطاع الخاص فقد نص عليه القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 وبالنسبة للقطاع العام ينص عليه القانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 .

إذ يختص قاضي الناحية في النزاعات المتعلقة بحوادث الشغل والأمراض المهنية وجبر الأضرار الناجمة عنها مهما كان مقدار الطلب وفي النزاعات المتعلقة بإسداء مصاريف علاج ومصاريف الدفن.

➢ **الاختصاص الولائي** :

بالنظر في الأمر بالدفع والأذون على عرائض في حدود اختصاصه وكذلك في المصادقة على عقود الكفالة والبت في مطالب التبني وتسليم شهادات الجنسية .

ثانيا : دائرة الشغل :

عمليا تم تعميم إحداث دوائر الشغل لدى سائر المحاكم الابتدائية فهي تندرج ضمن الهيئات المتخصصة التي تختص بالنظر في النزاعات الفردية بين المؤجرين والعمال بمناسبة عقد شغل أو عقد تدريب وفي النزاعات بين العمال بمناسبة عقد شغل.

وتنظر مهما كان المبلغ المطلوب بإجراءات مبسطة ونيابة المحامي غير وجوبية.

ويختص رئيس دائرة الشغل في النظر استعجاليا في الصعوبات التنفيذية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عنه وعن محكمة الاستئناف (ف 220 م الشغل) وتتألف دائرة الشغل من قاض وعضوين أحدهما من الأعراف والثاني من العملة.

ثالثا : المحكمة العقارية : البت في مطالب التسجيل في إطار مطلب تسجيل اختياري أو في إطار المسح الإجباري كما تختص بتخليص الرسوم من الجمود .

وأحكام المحكمة العقارية نهائية الدرجة ولا تقبل الطعن إلا بالتعقيب.

- **مرجع النظر الترابي** :

على عكس قواعد الاختصاص الحكمي فإن قواعد الاختصاص الترابي يمكن الاتفاق على مخالفتها فهي لا تهم النظام العام ويجب إثارتها من قبل الخصوم قبل الخوض في الأصل وفق ما ينص عليه الفصل 14 من م.م.م.ت إذ لا تهم غير مصالح الخصوم.

في تحديد المحكمة المختصة ترابيا يوجد مبدأ واستثناءات :

المبدأ : مقر المدعي عليه : ويمكن أن يكون المقر الأصلي أو المقر المختار حسب ما ينص عليه الفصل 7 وفي حالة تعدد المطلوبين فإن يمكن الخيار بين مقر أحدهم (الفصل 30 فقرة ثانية) وإذا كان المطلوب غير معلوم المقر أو مجهول المقر مطلقا فإن الدعوى ترفع أمام محاكم تونس العاصمة أما إذا كان المطلوب في الخارج فالمحكمة التي بدائرتها الطالب وإذا كان المطلوب والطالب بالخارج فالدعوى ترفع أمام محاكم تونس العاصمة.

الاستثناء :

+ الدعاوي التي تكون الدولة طرفا فيها : الفصل 32 من م.م.م.ت لدى المحاكم المنتصبة بتونس.

+ دعوى الرجوع بضمان الاستحقاق والدعوى الحوزية والدعاوي المتعلقة بالأكرية التجارية بالمحكمة الكائن بدائرتها العقار : 37 و 38 من م.م.م.ت و الفصل 28 من قانون 1977.

+ دعوى الإفلاس : المحكمة بدائرتها محل الاستغلال الأصلي : 35 من م.م.م.ت

+ دعوى التركة لدى المحكمة التي افتتحت بدائرتها التركة 34

+ نزاع الشركات والجمعيات لدى المحكمة التي بدائرتها مقر الجمعية أو الشركة أو أحد فروعها : الفصل 33 .

2) محاكم الدرجة الثانية :

تختص المحاكم الاستئنافية بوصفها محاكم درجة ثانية بإعادة النظر في الأحكام الابتدائية الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى التابعة لها بالنظر بهيئة ثلاثية لإعادة النظر في النزاع

المعروض عليها في حدود ما تسلط عليه الاستئناف وفي حدود الإطار الذي نظرت فيه محكمة الدرجة الأولى إذ لا يمكن إثارة مسائل جديدة لدى الاستئناف إلا إذا تعلقت بالنظام العام.

تختص كذلك محكمة الاستئناف بالنظر في استئناف المقررات الصادرة من الهيئات المهنية كالطعون في القرارات الصادرة من هيئة الأطباء والصيادلة والمهندسين.

لرئيس المحكمة الاستئنافية وظيفة تتمثل في في النظر في مطالب إيقاف تنفيذ الأحكام الاستعجالية ومطالب إيقاف تنفيذ الأحكام الابتدائية المستأنفة والصادرة في الأصل والمأذون فيها بالتنفيذ الوقتي.

وتنتصب المحكمة الابتدائية كمحكمة استئناف للأحكام الصادرة من قضاء النواحي والأحكام الصادرة عن قاضي التقاديم وقاضي الضمان الاجتماعي.

ب) محكمة التعقيب :

1) الوظيفة الأصلية لمحكمة التعقيب :

تنظر محكمة التعقيب في الأحكام النهائية وذلك ضمانا لحسن تطبيق القانون وحسن تأويله وتتركب كل دائرة من دوائر محكمة التعقيب من رئيس ومستشارين وتصدر قراراتها بحجرة الشورى بمحضر ممثل من النيابة العمومية كاتب المحكمة.

وتتركب الدوائر المجتمعة من رئيس أول ورئيس كل دائرة وأقدم مستشار لكل دائرة إضافة إلى وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب وكاتب المحكمة ويوجد حاليا 22 دائرة تعقيبية.

وتلتئم الدوائر المجتمعة في الحالات التالية : أولا عند الطعن بالتعقيب للمرة الثانية ولنفس السبب وثانيا بدعوى من رئيسها لتصحيح خطأ بين وثالثا بطلب من الرئيس الأول لمحكمة التعقيب لتوحيد فقه القضاء داخل محكمة التعقيب ذاتها.

وتصدر محكمة التعقيب صنفين من القرارات :

الصنف الأول القرارات الصادرة بالرفض الرفض شكلا وذلك عند عدم احترام إجراءات الطعن بالتعقيب وشروطه والرفض موضوعا.

الصنف الثاني القرارات بالنقض وهي ثلاث أوجه أولها قرار النقض بدون إحالة (انتفاء موجب الإحالة فتكتفي محكمة التعقيب بإلغاء الحكم المطعون فيه) وثانيها قرار النقض مع الإحالة (تلغي الحكم المطعون فيه وترجع القضية لنفس محكمة الدرجة الثانية لتعيد النظر فيها مجددا بهيئة أخرى كما يمكن أن تحيل القضية على محكمة أخرى من نفس الدرجة) وثالث هذه الوجوه التصدي للأصل والبت فيه اختزالا للإجراءات وهي حالة اختيارية لمحكمة التعقيب (الفصل 176 من م.م.م.ت) .

في جميع الحالات فإن القرار الذي تصدره محكمة التعقيب غير ملزم لمحاكم الأصل وبالأخص فهي لا تقيد محكمة الإحالة وذلك باستثناء محكمة الإحالة التي تتعهد من قبل الدوائر المجتمعة التي تتقيد بهذا الرأي (الفصل 191 من م.م.م.ت).

2) بقية وظائف محكمة التعقيب :

لمحكمة التعقيب وظائف أخرى تتمثل في مؤاخذة الحكام والتعديل بين المحاكم.

بالنسبة لمؤاخذة الحكام (199 – 200 م.م.م.ت) عند مخالفة القضاة لواجب الحياد والأمانة

بالنسبة للتعديل بين المحاكم (198) تعيين المحكمة المختصة عند وجود تنازع إيجابي إذا حكمت محاكم متعددة الدرجة في قضية واحدة بكونها من نظرها أو تنازع سلبي إذا حكمت عدة محاكم متعددة الدرجة بعدم دخول القضية في مشمولات أنظارها.

الفصل الثاني : الدعوى القضائية :

المبحث الأول : النظام العام للدعوى القضائية :

الفقرة الأولى : تصنيف الدعاوي :

أ) من حيث الموضوع :

يصنف الفصل 20 الدعاوي من حيث موضوعها إلى أربعة أصناف :

- الدعوى الشخصية متعلقة بحق شخصي أو علاقة مديونية أي أنها مبنية على التزام شخصي مصدره القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة ويتحدد الاختصاص الحكمي لهذه الدعوى بحسب قيمة الطلب وإذا كان غير قابل للتقدير فالاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية
- الدعوى المتعلقة بمنقول القصد منها استحقاق شيء منقول بطبيعته أو بحكم القانون ويتحدد مرجع النظر الحكمي حسب قيمة المنقول وقت رفع الدعوى
- الدعوى الاستحقاقية الدعاوي التي تستند إلى حق عيني عقاري وهي من اختصاص المحكمة الابتدائية
- الدعوى المختلطة هي المبنية في آن واحد على حق عيني عقاري وحق شخصي .

ب) من حيث شكلها :

- الدعوى الأصلية : يباشرها المدعي وتتعهد بموجبها المحكمة بالنزاع وتتضمن الطلبات الرئيسية ويتحدد على ضوءها مرجع النظر الحكمي والترابي.
- الدعوى العارضة أو الفرعية : الطلبات الإضافية التي تصدر عن المدعي تسمى الدعوى الفرعية.

الفصل 226

يمكن للطالب ما دامت القضية بصدد التحضير أن يدعي في صورة دعوى عارضة أو فرعية بأية دعوى متعلقة بالدعوى الأصلية ولا تقبل إلا إذا كانت أسبابها موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية.

تتميز هذه الدعوى بأنها غير مستقلة عن الدعوى الأصلية عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل.

الفصل 228

يحكم في الدعاوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة مع الدعوى الأصلية.

ويحدد الاختصاص الحكمي وفق ما يقتضيه الفصل 26 الذي ينص على أنه إذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإن تلك الفروع تضاف لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم.

- الدعوى المعارضة [37] : الفصلان 28 و 227 من م.م.م.ت : الدعوى التي يقوم بها المدعي عليه لرد الدعوى الأصلية أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطلب غرم الضرر المتولد له عن القضية.

الفصل 227

حق القيام بدعوى المعارضة مختص بالمطلوب ويمكن عرضها ما دامت القضية بصدد التحضير ولا تقبل هذه الدعوى إلا إذا كان المقصود منها الدفاع لرد الدعوى الأصلية أو المقاصة أو طلب غ رم الـ ضرر المتسبب عن النازلة.

الفصل 28 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل1980)

دعوى المعارضة هي التي يقوم بها المطلوب للمدافعة عن نفسه في دعوى موجه ـة علي ـه بق صد معارضة طالبه بما يطلبه منه أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطالب غرم في مقابل الـ ضرر المتـ سبب ع ن القضية، ولا تضاف تلك الدعوى للدعوى الأصلية فيما يخص تحرير مقدار درجة الحكم لكن إذا كانت إحدى الدعويين تتجاوز مقدار ما يحكم فيه نهائيا فإن الحكم يكون ابتدائيا في الكل.

الدعوى المعارضة لا تضاف للدعوى الأصلية في تقدير مرجع النظر الحكمي إذ هي مستقلة عنها ولا يمكن القيام بها لدى الاستئناف احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين ولكنها تؤثر في الاختصاص الحكمي (دعوى أصلية لدى محكمة الناحية – تجاوزت الدعوى المعارضة مبلغ 7 آلاف دينار – قاضي الناحية لا بد أن يتخلى عن الدعويين لعدم الاختصاص الحكمي) وفق ما ينص عليه الفصل 29 من م.م.م.ت الذي يكرس استثناء وحيدا متعلقا بالتصدي للتحايل على الإجراءات :

[37] قرار تعقيبي عدد 35401 في 28 سبتمبر 1992 : " المقصود منها هو الدفاع لرد الدعوى الأصلية وهي الدعوى التي لا ترمي إلى تغيير طبيعة الدعوى الأصلية وإنما هي على صلة وثيقة بها ومرتبطة بها بصورة تجعل من المصلحة النظر فيها أمام محكمة واحدة لكي تفصل فيها معا توفيرا للوقت والمصاريف. " نشرية محكمة التعقيب 1992 ، ص 43.

الفصل 29 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

إذا وقع القيام بدعوى المعارضة لدى قاضي الناحية وكان مقدارها متجاوزا حد ما 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 أن القائم بدعوى المعارضة تعمد الزيادة فيها قصد إخراج القضية عن نظره فإنه يرد القيمة إلى نصابها ويفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى.

الفقرة الثانية : مباشرة الدعوى :

تخضع الدعوى في مباشرتها لشروط تتعلق بالقيام بها وطرق للتصدي لها.

أ) شروط القيام :

الفصل 19

حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام.

غير أنه 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.

غير أنه إذا كان شرط الأهلية المفقودة هو المختل عند القيام فان تلافيه أثناء نشر القضية يصحح الدعوى.

وتقضي المحكمة فيما وقعت إثارته في هذا الشأن طبق ما هو مبين بالفصل 16.

المصلحة : المنفعة ويجب أن تكون مشروعة ويبيحها القانون "لا قيام دون مصلحة " المصلحة مشترطة وقت القيام وطيلة مدة التقاضي وبالنسبة لكل طعن أو دفع أو طعن.

الصفة : تمارس الدعوى من صاحب الحق أو ممثله القانوني.

الأهلية : 18 سنة كاملة ويدخل الفصل 19 استثناء متعلقا بقبول القيام من القاصر المميز في المادة الاستعجالية.

ب) أوجه التصدي للدعوى :

يتم التصدي للدعوى عن طريق الدفوع وتصنف إلى ثلاثة أصناف : دفوع موضوعية ودفوع بعدم القبول ودفوع شكلية :

- الدفوع الموضوعية : تتعلق بذات الحق المتنازع فيه ومن حق المدعي عليه التمسك بها في جميع مراحل الدعوى لدى محكمة الأصل.

- الدفوع بعدم القبول : تتعلق بالشروط الواجب توفرها للقيام بالدعوى مثل الدفع بعدم الصفة أو بسقوط الدعوى بمرور الزمن أو بعدم حلول أجل الوفاء بالتزام أو وجود شرط فهي تتعلق بأسباب تسبق الدعوى وتحول دون قبولها وهذه الأسباب يمكن تداركها أثناء نشر القضية بإصلاحها كناقص الأهلية الذي يترشد.
- الدفوع الشكلية : المنازعة في صحة الإجراءات وتهدف إلى الحكم برفض الدعوى أو بالتخلي عنها دون الخوض في أصل الحق مثل الدفع ببطلان عريضة الدعوى أو بعدم اختصاص المحكمة ترابيا أو حكميا أو الدفع بسبق النشر أو بالدفع بالارتباط وهذه الدفوع يجب إثارتها قبل الخوض في الأصل إلا ما تعلق بالنظام العام فيمكن إثارته في أي طور من أطوار الدعوى.

المبحث الثاني : مراحل الدعوى :

تشهد القضية عديد الأطوار التي تؤدي لصدور الحكم.

الفقرة الأولى : مراحل صدور الحكم :

أ) الطور التحضيري :

1 / رفع الدعوى :

يخضع رفع الدعوى لقواعد ذات صبغة أساسية يترتب عن عدم احترامها جزاء معين.

- إجراءات رفع الدعوى :
- مواعيد محددة : تقدر باليوم والساعة والشهر (143 من م.إ.ع).
- قواعد شكلية محددة :

الفصل 68 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

إنابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية ومقر المحامي يعتبر مقرا مختارا لمنوّبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها.

الفصل 69 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

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.

الفصل 70 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

يجب أن يبين بعريضة الدعوى إسم كل واحد من الخصوم ولقبه ومهنته ومقره وصفته وعند الاقتضاء عدد الترسيم بالسجل التجاري ومكانه ووقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها القانونية والمحكمة الواقع الاستدعاء للحضور لديها وتاريخ الحضور سنة وشهرا ويوما وساعة.

وإن كان الخصم شخصا معنويا يجب أن يشتمل المحضر على إسمه ومقره الإجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

كما يجب أن تتضمن العريضة التنبيه على المستدعى بتقديم جوابه كتابة مصحوبا بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعينة لها القضية وإلا فإن المحكمة تنظر فيها حسب أوراقها.

ولا يمكن أن يقل ميعاد الحضور عن واحد وعشرين يوما إذا كان للخصم مقر بالبلاد التونسية وعن ستين يوما إذا كان مقره بالخارج وكذلك بالنسبة إلى الدولة والمؤسسات العمومية.

الفصل 5

كل استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

الفصل 6 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)

يجب أن تشتمل المحاضر التي يحررها العدول المنفذون على ما يأتي:

أوّلا: التاريخ الذي حصل فيه الإعلام يوما وشهرا وسنة وساعة.

ثانيا: اسم الطالب ولقبه ومهنته ومقره المختار وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه إن كان تاجرا واسم من يمثله إن وجد ولقبه ومهنته ومقره.

وإذا كان الطالب شخصا معنويا، يجب أن يشتمل المحضر على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

ثالثا: اسم العدل المنفذ والمحكمة التي يعمل بدائرتها.

رابعا: اسم الموجه إليه الإعلام ولقبه ومهنته ومقره وإن لم يكن له مقر معلوم وقت الإعلام فآخر مقر إقامة كان له وعند الاقتضاء عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

وإذا كان الموجه إليه الإعلام شخصا معنويا يجب أن يشتمل المحضر على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعند الاقتضاء عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

خامسا: إسم من سلم إليه الإعلام وإمضاؤه أو وضع علامة إبهامه على الأصل أو تسجيل امتناعه وسببه.

سادسا: إمضاء العدل المنفذ وختمه على كل من الأصل والنظير.

سابعا: بيان مصاريف الإعلام وأجره بكل من الأصل والنظير.

ثامنا : العدد الرتبي للمحضر بمكتب العدل المنفذ.

- جزاء مخالفة هذه القواعد :

ينص على ذلك الفصل 71 :

الفصل 71 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

تبطل عريضة الدعوى :

أولا : إذا وقع فيها خطأ أو نقص في بيان اسم ولقب المدعى عليه أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو إذا لم تقع مراعاة مواعيد الحضور.

ثانيا : إذا لم يقع التنبيه على المدعى عليه بما أوجبته الفقرة الثانية من الفصل 70 أو لم تبلغ إليه نسخة من مؤيدات الدعوى.

ويزول البطلان بحضور المدعى عليه أو محاميه إذا كان الخلل من الصنف الوارد بالفقرة الأولى وبتقديم الجواب عن الدعوى إذا كان الخلل موضوع الفقرة الثانية.

وعلى المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان عريضة الدعوى إذا تبين بطلانها وذلك عند تخلف المدعى عليه أو محاميه عن الحضور أو عن تقديم الجواب بحسب الأحوال.

هذه القواعد المقررة بالإجراءات لدى المحكمة الابتدائية تنطبق لدى محكمة الدرجة الثانية غير أنه توجد جزاءات أخرى بخلاف البطلان.

البطلان يتولد عن الخلل في الإجراءات بمختلف أشكالها

السقوط ينال الدعوى برمته عند عدم مباشرتها في الأجل القانوني فيفقد الشخص الحق نهائيا في الالتجاء إلى القضاء فإن كان البطلان يجيز التدارك إما أثناء نشر القضية أو بالقيام بقضية جديدة فهذا الأمر غير ممكن في حالة السقوط.

السقوط يتميز في آجاله بعدم قابليتها للقطع والتعليق على عكس آجال البطلان كما أن المسقطات تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها إذ تهم النظام العام أما المبطلات فلا تثيرها المحكمة إلا إذا نص القانون على ذلك وتعلق الأمر بالإخلال بإجراء أساسي.

2 / تهيئة القضية للحكم :

بعد نشر القضية بكتابة المحكمة تمر الدعوى بمراحل عادية قد تتعرض لعوارض تؤثر في سيرها العادي.

- المراحل العادية :

تتوزع فيها المهام بين الطرفين من جهة والمحكمة من جهة أخرى.

- بين الطرفين :

إذا كلف المدعي عليه محام فهذا الأخير يعلم ذلك بصفة أصلية ومباشرة أو بواسطة عدل منفذ ويمكنه من نسخة من تقريره قبل إضافته لملف القضية ويستمر محاموا الطرفين في تبادل التقارير بينهم دون إجراءات خاصة سوى إمضاء كل منهم على توصله بما قدمه له زميله.وتضاف نسخ من الملحوظات والوثائق لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة للمرافعة بعشرة أيام على الأقل بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة أيام على الأقل بالنسبة لمحامي المدعي عليه وفي الأثناء يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها حسب ما تقتضيه مصلحته.

وعندما تصبح القضية جاهزة للحكم تقرر المحكمة تعيينها لجلسة المرافعة بطلب من الطرفين أو بمبادرة منها.

- المحكمة :

للقاضي المقرر إجراء كل ما يراه مناسبا لغاية الوقوف على الحقيقة من تسليط لليمين الإستيفائية والإذن بإتمام اليمين الحاسمة كذلك إجراء الاختبارات وسماع الشهود .

- عوارض الدعوى :

يتأثر السير العادي للدعوى بتدخل الغير إذا كان النزاع يهمه أو عند تعطل السير العادي للدعوى.

- التداخل : الفصلان 224 و 225 :

من حق الغير التداخل في القضية لحماية مصالحه ولهذا التداخل وجهان وجه اختياري ووجه إجباري : التداخل التلقائي يقرر فيه الغير الانضمام للقضية ويباشر الإجراءات في ذلك.

أما التداخل الإجباري فهو الإدخال إذ يتم إقحام الغير في النزاع إما بطلب من أحد الخصوم أو مباشرة بإذن من المحكمة.

وطلب التداخل أو الإدخال يقع بنفس الإجراءات التي ترفع بمقتضاها الدعوى لدى المحكمة المتعهدة بالقضية ويجب أن يتم في كل الحالات قبل تعيين القضية في جلسة المرافعة.

- تعطل سير الدعوى :

يتعطل السير الطبيعي للدعوى إما لوجود مساءل أولية تفترض حلها قبل الحسم في الدعوى أو لوجود معطلات للقضية في حد ذاتها يصطلح عليها بمعطلات النوازل.

المسائل الأولية : هي ما يثار لدى المحكمة من إشكالات تخرج عن اختصاصها كرفع الحصانة مثلا فيتعطل مؤقتا النظر في القضية.

معطلات النوازل : تنظمها مجلة المرافعات في الفصول من 241 إلى 247 منها.

ب) طور المرافعة والتصريح بالحكم :

بعد انتهاء تقديم الملحوظات والمؤيدات تعين القضية لجلسة المرافعة فيترافع محاميا الطرفين على ضوء التقارير الكتابية التي تم تقديمها إذا رغبا في ذلك وإلا فإن كل منهما يكتفي بالتمسك بتقريره وطلباته الكتابية.

وتكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من النيابة العمومية أو من أحد الخصوم إجراءها سرا وإثر المرافعة تحجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم ويمكن للتصريح أن يتم بالجلسة نفسها أو في جلسة مقبلة.

الفقرة الثانية : الحكم ووسائل الطعن فيه :

أ) الحكم : يخضع الحكم إلى شروط إجرائية وشروط شكلية.

تتمثل الشروط الإجرائية في أنه باستثناء التركيبة الفردية والخماسية الاستثنائية فإن الحكم يصدر من ثلاثة قضاة بأغلبية الآراء فيطلب الرئيس من القاضيين رأيهما مبتدأ بأقلهما أقدمية ولا يبدي رأيه إلا بعدهما وذلك تجنبا لأي تأثير على رأي زميله وإذا تكون أكثر من رأيين فالقاضي الأقل أقدمية ملزم بالانضمام لأحد الرأيين الذين أبداهما زميلاه وتكون المفاوضة سرية ولا يشارك فيها غير القضاة الذين حضروا المرافعة وبعد حصول الأغلبية تحرر لائحة في نص الحكم ومستنداته يمضيها القضاة المتفاوضون تكتسي صبغة نهائية بعد النطق بها بجلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين أمضوها.

يوجب الفصل 122 كذلك تحرير نسخة أصلية للحكم طبق موجبات الفصل 123 في أجل لا يتجاوز 10 أيام من تاريخ صدوره وإمضاءها من طرف القضاة الذين أصدروا الحكم.

أما الشروط الشكلية فهي منصوص عليها بالفصل 123 من م.م.م.ت .

الفصل 123 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل1980)

يجب أن يضمن بكل حكم :

أولا : بيان المحكمة التي أصدرته.

ثانيا : أسماء وصفات ومقرات الخصوم.

ثالثا : موضوع الدعوى.

رابعا : ملخص مقالات الخصوم.

خامسا : المستندات الواقعية والقانونية.

سادسا : نص الحكم.

سابعا : تاريخ صدوره.

ثامنا : اسم الحاكم أو أسماء الحكام الصادر عنهم.

28

تاسعا : بيان درجة الحكم.

عاشرا : تحرير مجموع المصاريف إن أمكن ذلك.

1

تم تحديد كيفية ضبط المصاريف وعلى من تحمل في الفصلين 128 و 129 .

شرح الحكم غير الواضح : 124 من م.م.م.ت.

ب) طرق الطعن في الأحكام :

تكون الأحكام الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى ابتدائية الدرجة في أغلب الأحيان فتقبل الطعن بالاستئناف وفقا لمبدأ التقاضي على درجتين. ويمكن الطعن بوسائل طعن غير عادية تتمثل في الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب.

1 / الاستئناف :

- شروط الطعن بالاستئناف :
- الشروط الموضوعية :

+ تحديد الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف : يهم جل الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى لأنه من المبادئ الأساسية ويستثنى من ذلك حالات لا يجيز فيها القانون مثل هذا الطعن صراحة مثل الأحكام الصادرة عن المحكمة العقارية والأذون الصادرة عن رئيس المحكمة الاستئنافية لإيقاف التنفيذ لمدة شهر في انتظار صدور الحكم الاستئنافي والأحكام الابتدائية القاضية بالتنفيذ الوقتي خارج الحالات المنصوص عليها بالفصلين 125 و 126 من مجلة المرافعات فقرار إيقاف تنفيذها لمدة شهر غير قابل للاستئناف.

+ موعد الطعن بالاستئناف : حدد الفصل 141 من المجلة أجل الطعن ب 20 يوما من تاريخ الإعلام بالحكم المحكوم ضده ما لم ينص القانون على أجل آخر.
كالطلاق وبطلان الزواج (30 يوما من تاريخ صدور الحكم) وفي الإفلاس (20 يوما من تاريخ صدور الحكم الفصل 454 من المجلة التجارية) أو من تاريخ علم المحكوم عليه بثبوت الزور أو ظهور الحجة أو التغرير وإذا كان الخصم متغيبا فيكون الطعن في أجل 50 يوما من الإعلام بالحكم.

- الشروط الشخصية للاستئناف : حق الطعن بالاستئناف مخول للأشخاص الذين شملهم الحكم المستأنف أي الخصوم أو خلفاءهم أو ممثل النيابة العمومية في الحالات التي نص عليها القانون

- **سير الاستئناف وآثاره :**

- سير الاستئناف :

يخضع الاستئناف في بدايته إلى تحريره عن طريق عريضة دعوى وتبليغ الاستدعاء للخصم وتبادل التقارير بين المحامين وتعيين جلسة المرافعة والتصريح بالحكم.

- آثار الاستئناف :

الأثر التعليقي والأثر الانتقالي للاستئناف.

- المفعول الانتقالي : الفصل 147 من مجلة المرافعات.
- المفعول التعليقي : استئناف الأحكام الابتدائية يعطل مبدئيا تنفيذها مع وجود حالات خاصة مثل الأحكام الاستعجالية والأحكام القاضية بالإفلاس والأحكام الصادرة في مادة النفقة والأحكام المأذون فيها بالتنفيذ الوقتي بإذن من محكمة الدرجة الأولى.

إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي رأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضية لمحكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع كما لها أن تبت في الموضوع الفصل 149 من مجلة المرافعات.

وإذا تم نقض حكم مشمول بالتنفيذ الوقتي حسب الفصلين 125 و 126 أو كان الحكم استعجاليا وسبق التنفيذ فإن محكمة الدرجة الثانية تقضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ الحكم المنقوض (الفصل 150 من المجلة).

2 / الطعون غير العادية :

- الاعتراض :

من لم يتدخل في الدعوى ولم يكن طرفا فيها ومس الحكم بحقوقه يتولد لديه حق استثنائي للطعن فيه هو حق الاعتراض الذي يكون لكل شخص لم يكن طرفا في القضية ولم يسبق استدعاؤه للتداخل فيها ولم يكن خلفا لأحد الطرفين.

- شروط الاعتراض : 169 من المجلة : الاعتراض غير مقيد بأجل يستمر باستمرار الحق المؤسس عليه ويمكن الطعن في الأحكام الصادرة في الأصل ابتدائية أو نهائية الدرجة حتى ولو تم تنفيذها لكن لا يعترض على حكم ابتدائي موضوع استئناف إذ يمكن في هذه الحالة التداخل.

- آثار الاعتراض : لا يعطل الاعتراض تنفيذ الحكم لكن يمكن طلب الإذن بإيقاف التنفيذ إلى أن يتم البت في الاعتراض. ويترتب على الاعتراض إعادة نشر القضية من جديد والنظر فيها في حدود ما تسلط عليه الاعتراض ولا تأثير للحكم بقبول مطلب الاعتراض على غير حقوق المعترض ولا ينتفع بذلك من صدر عليه الحكم المعترض عليه إلا إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة.

- **<u>التماس إعادة النظر :</u>**

هو وسيلة طعن غير عادية لحماية مصالح الطرف المحكوم ضده عند صدور خديعة من خصمه كانت سببا مباشرا للحكم ضده.

- شروطه : لا تقبل الطعن بالالتماس إلا الأحكام النهائية الدرجة وقد حدد الفصل 156 نطاق التماس إعادة النظر في حالات ثلاثة حصرية.

الفصل 156

يمكن الطعن في الحكم النهائي بالتماس إعادة النظر فيه :

أولا : إذا وقعت خديعة من الخصم كان لها تأثير على الحكم ولم يكن المحكوم عليه عالما بها أثناء نشر القضية المطعون في حكمها.

ثانيا : إذا ثبت زور الرسوم أو البيانات الأخرى التي انبنى عليها الحكم بإقرار الخصم أو بحكم وكانت هي السبب الأصلي أو الوحيد في صدوره بشرط أن يكون هذا الثبوت واقعا بعد الحكم وقبل القيام بطلب إعادة النظر.

ثالثا: إذا ظفر الطاعن بعد الحكم بورقة قاطعة في الدعوى كانت ممنوعة عنه بفعل الخصم على شرط أن يكون تاريخ الظفر بها ثابتا.

- إجراءاته : يتم رفع الالتماس حسب الفصل 157 إلى نفس المحكمة الصادر عنها الحكم المطعون فيه وذلك في أجل 30 يوما من تاريخ السبب الداعي للالتماس وهذا الأجل هو أجل سقوط فهو لا يقبل القطع والتعليق ويرفع الالتماس بنفس الطريقة المقررة لرفع الدعوى لدى المحكمة الواقع الالتماس لديها.

ونظرا لصبغته الاستثنائية فإن هذا الطعن لا يعطل تنفيذ الحكم المطعون فيه ويتم البت في مطلب الالتماس على مرحلتين :

المرحلة الأولى تنظر المحكمة فيها في قبول مطلب الالتماس شكلا بجلسة علنية وعند قبوله تؤجل القضية لجلسة أخرى تخصص لمرافعة في موضوع النزاع. (الفصل 163). والحكم الصادر فيه يقبل الطعن بالتعقيب.

- **<u>التعقيب :</u>**

يتميز هذا الطن بصبغته الاستثنائية وبإجراءاته.

- <u>الصبغة الاستثنائية للطعن بالتعقيب :</u> لا يعطل التعقيب تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه حسب الفصل 194 إلا في استثناءات خاصة منها ما هو وجوبي ومنها ما هو اختياري.

الفصل 194 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

لا يوقف رفع الطعن بالتعقيب تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا كان صادرا بإعدام ورقة مرمية بالزور أو محو آثارها أو كان صادرا بالطلاق أو بفساد عقد زواج أو كان صادرا على الدولة بأداء مـ ـال أو برفـ ـع عقلة أجرتها الدولة لاستخلاص أموالها.

وبصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه الطاعن ذلك أن يـ أذن بتوقيـ ـف تنفيذ الحكم المطعون فيه مدة شهر إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبـ ـل إجرائه وعلى طالب توقيف التنفيذ تأمين المحكوم به ضمانا للتنفيذ إذا كان مبلغا ماليا وتحمل عليه مصاريف التأمين بقطع النظر عن غرم الضرر الذي يمكن أن يحكم به عليه في صورة رفض مطلب التعقيب.

ولقد حصر الفصل 175 حالات الطعن بالتعقيب في سبع حالات تتلخص في سوء تطبيق القانون وسوء تأويله ولا يمكن التوسع فيها.

- إجراءات الطعن بالتعقيب : الطعن خاص بالطرفين ورثتهما ولا يكون إلا في الأحكام النهائية الدرجة والأحكام المتعلقة بالتسجيل الاختياري عن المحكمة العقارية (القانون عدد 67 لسنة 2008 في 3 نوفمبر 2008 الفصل 357 جديد من مجلة الحقوق العينية – الطعن في هذه الحالة يعلق التنفيذ). وأجل لطعن هو 20 من تاريخ الإعلام بالحكم حسب الفصل 195 وهو أجل سقوط له استثناءات تتعلق بالطلاق وما تفرع عنه (30 يوما من صدور الحكم) و أحكام المحكمة العقارية (60 يوما من صدور الحكم).

أما وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب فلا يتقيد بأي أجل لأن طعنه يتم لصالح القانون.

ويرفع الطعن بعريضة كتابية بواسطة محام يقدمها لكتابة المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه مع ما يفيد خلاص معلوم الخطية وعلى الطاعن أن يقدم في أجل 30 يوما من تاريخ تقديم عريضة الطعن لكتابة محكمة التعقيب ما يضبطه الفصل 185 من مجلة المرافعات وإلا سقط طعنه.

وعلى المعقب ضده إذا أراد الرد أن يقدم بواسطة محام إلى كتابة محكمة التعقيب مذكرة في دفاعه ومؤيداته بعد عرضها على محامي الطاعن في أجل 30 يوما من تاريخ إعلامه بمستندات التعقيب.

وبعد هذا الأجل يحيل كاتب المحكمة ملف القضية على وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب ليتولى بنفسه أو أحد المدعين العامين تحرير الملحوظات الكتابية في ما يراه حول صحة الطعن من عدمه.

العنوان الخامس : الإجراءات الجزائية

الإجراءات الجزائية هي مجمل الأحكام والقواعد القانونية المتعلقة بالمحاكمة الجزائية تحديدا للهياكل المتداخلة وللمحاكم المختصة [38].

- من الناحية التاريخية :

بعد صدور المجلة الجزائية في سنة 2013 إلتفت المشرع التونسي المتأثر بالمنظومة القانونية الفرنسية بإعتماد قانون للمرافعات الجنائية وذلك بموجب أمر الباي بتاريخ 30 ديسمبر 1921 الذي بقي معتمدا منذ سنة 1922 وإلى حد صدور مجلة الإجراءات الجزائية الحديثة والحالية بموجب القانون عدد 23 لسنة 1968 والمؤرخ في 24 جويلية 1968.

شهدت م إ ج عديد التعديلات آخرها القانون عدد 5 لسنة 2016 ولكنها بقيت غير قادرة على إستيعاب كامل النصوص الإجرائية فبقيت بعض هذه النصوص مستقلة عن المجلة منسجمة معها في الواقع.ومن هذه النصوص نجد قانون الإعانة العدلية وتنظيم السجون والقانون الأساسي لقوات الأمن الداخلي والتعويض عن الموقوفين والمحكوم عليهم الذين ثبتت براءتهم.وكذلك مجلات أخرى مستقلة كمجلة حماية الطفل ومجلة المرافعات والعقوبات العسكرية.

- أنظمة المحاكمات الجزائية :

عرفت أنظمة المحاكمات الجزائية عدة تطبيقات إختصرها الفقهاء في ثلاث أنظمة وهي :

1 – النظام الإدعائي :

2 – النظام الإستقرائي

3 – النظام المختلط

الجزء الأول : الدعوى العمومية

الفقرة الأولى : من يثير الدعوى العمومية : الفصل 2 م إ ج

أولا : الحكام :

الفصل 20 النيابة العمومية تثير الدعوى العمومية كما تطلب تطبيق القانون و تتولى تنفيذ الأحكام.

أ / مدى تمثيل النيابة العمومية :

- وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب
- الوكلاء العامون لدى محكمة الإستئناف

[38] دروس في الإجراءات الجزائية ، الأستاذ علي كحلون ، ص 1 ، مجمع الأطرش للكتاب المختص.

- وكلاء الجمهورية : لدى المحاكم الإبتدائية

ب / خصائص النيابة العمومية :

- التبعية التدريجية : من خلال التمثيل لدى المحاكم
- وحدة النيابة العمومية : مواصلة أحد الأعضاء عمل زميله
- إستقلال النيابة العمومية : عن القضاء الجالس و الإدارة
- عدم مساءلة النيابة العمومية أو التجريح فيها 297 م إ ج

ثانيا : الموظفون :

- الحق لبعض الإدارات في إثارة الدعوى العمومية تكرسها أساسا مجلة الديوانة و مجلة الغابات و إدارة الصيد البحري و إدارة الأداءات .
- مجمل الإدارات تقوم بالأبحاث الأولية ثم تحيل المحاضر على النيابة لتقوم بمواصلة تحريك الدعوى إما بالإحالة على المحكمة المختصة أو بإتخاذ قرار بفتح تحقيق إذا تعلق الأمر بجناية .

ثالثا : المتضرر :

الفصل 36 و ما بعد من م إ ج بشرطين :

- الشرط الأول : صدور قرار في الحفظ من وكيل الجمهورية
- الشرط الثاني : الإثارة على نفقة المتضرر الشخصية

الفقرة الثانية : ممارسة الدعوى العمومية

1/ مبدأ ملائمة المتابعة :

+ الفصل 30 م إ ج يختلف عن مبدأ شرعية المتابعة

+ محتوى المبدأ : هو حرية المتابعة و عدم المتابعة (قرار الحفظ)

2 / حدود المبدأ :

+ الحدود المتعلقة بحرية المتابعة :

- مانع إجرائي كوجوب حصول شكاية قبل التتبع مثل زنا الزوجية
- الحصول على الإذن في حصانة القضاة و النواب
- في مسألة أولية و عارضة : مسائل عارضة للتتبع و هي مسائل قانونية يجب الحسم فيها قبل الخوض في الدعوى مثل إبطال الزواج قبل المتابعة في جريمة تحويل وجهة قاصر و مسائل عارضة للحكم و هي مسائل لا بد من التقاضي فيها مدنيا قبل الخوض فيها جزائيا .

+ الحدود المتعلة بحرية عدم المتابعة :

- تلقي النيابة العمومية أمرا من السلطة التي تعلوها
- الفصل 116 م إ ج

- متابعة الدعوى من قبل المتضرر

الفقرة الثالثة : طرق إثارة الدعوى العمومية :

الإجراء القضائي الذي تحرك به الدعوى العمومية هناك طريقتين :

أولا : الإستدعاء المباشر : معتمدة في الجنح و المخالفات فتتم الإحالة للمحكمة المختصة بموجب قرار الإحالة و في الجنايات تتعهد المحكمة بموجب قرار من دائرة الإتهام .

كيفية تبليغ الإستدعاء الفصول 134 إلى 140 و 200 إلى 206 من مجلة الإجراءات الجزائية .

ثانيا : القرار في فتح تحقيق : الفصل 47 وجوبي في مادة الجنايات و إختياري في مادة الجنح و المخالفات .

الفقرة الرابعة : إنقضاء الدعوى العمومية :

أولا : الأسباب العامة :

+ التقادم :

يهمل المدعي دعواه أمام المحاكم المختصة لمدة طويلة يترتب عنها سقوط التتبع .

- شروطه :

مرور مدة زمنية معينة الفصل 5 م إ ج و سريان المدة من تاريخ وقوع الجريمة

عدم قطع مدة التقادم : 5 م إ ج بسبب عمل تحقيق أو تتبع

عدم تعليق مدة التقادم : بدوافع قانونية كالمسائل التي تستوجب ترخيصا أو إذنا أو حكما في البت في مسألة أولية أما الدوافع الواقعية فهي سياسية أو طبيعية

+ موت المتهم

+ العفو 377 376 م إ ج :

+ إتصال القضاء : أن يكون الحكم ذو طبيعة قضائية / أن يكون الحكم صادرا في الأصل / أن يكون باتا .

+ نسخ النص الجزائي

ثانيا : الاسباب الخاصة :

+ الصلح و المصالحة في الجريمة الإقتصادية و الحبائية

+ سحب الشكاية عندما تكون الشكاية شرط للتتبع مثل جريمة الزنا و إعتداء الخلف على السلف و التحرش الجنسي .

الجزء الثاني : التحقيق و البحث في الجرائم :

الفقرة الأولى : الأبحاث التمهيدية الأولية :

يقوم بها أعوان الضابطة العدلية و الإجراءات سرية و كتابية و غير حضورية

أولا : تكوين و مهام الضابطة العدلية :

- وكيل الجمهورية : 9 م إ ج
- حكام النواحي 12
- محافظو الشرطة و ضباطها و رؤساء مراكزها و ضابط الحرس الوطني و ضباط الصف و رؤسائه
- العمدة 15
- أعوان الإدارة
- حاكم التحقيق لا يمارس مهامه كضابط عدلي إلا بشروط الفصل 14
- يباشر أعوان الضابطة العدلية مهامهم ما لم يصدر قرار في فتح تحقيق

ثانيا : مضمون البحث التمهيدي :

- يحدده الفصل 9 م إ ج : في الحالتين أعمال مأمورو الضابطة العدلية تحال على الجهة المكلفة بالبحث . التي تتعهد بطريقتين إما بتكليف من أعضاء النيابة العمومية و إما بتكليف من أحد مأموري الضابطة العدلية و إما بطلب من المتضرر.

مضمون البحث التمهيدي في حالة التلبس :

مفهوم التلبس حسب حالات الفصل 33 م إ ج

أعوان الضابطة العدلية المكلفون بالتحقيق الإعدادي في حالة التلبس هم وكيل الجمهورية الفصل 34 و يمارس سلطة التحقيق الإعدادي إستثنائيا الفصل 26 و حاكم التحقيق الفصل 35 .

الفقرة الثانية : التحقيق الإعدادي :

جمع الأدلة و تقييمها ذو طبيعة قضائية و إجراءته سرية و كتابية و غير حضورية و نظم بالفصول 47 إلى 121 م إ ج .

أولا : الجهات المكلفة :

- قاضي التحقيق :

- يتعهد قاضي التحقيق بثلاث طرق :

الطريقة الأولى بمقتضى قرار في فتح تحقيق يتخذه وكيل الجمهورية وجوبي في الجنايات و إختياري في الجنح و المخالفات . ف 51

الطريقة الثانية طلب إحالة التحقيق بشكاية مرفقة بالحق الشخصي 36 و ما بعد م إ ج

الطريقة الثالثة : التعهد رأسا في الجنايات المتلبس بها . ف 35

- سلطات قاضي التحقيق : الفصل 50 الكشف عن الحقيقة
+ التنقل على العين 56 و التفتيش 93 94 95 96 و الحجز 97

+ سماع الشهود من أهم وسائل الإثبات 150

+ إستنطاق المضنون فيه : الإستنطاق الأولي 69 و الإستنطاق التفصيلي 72 73 74

+ إصدار البطاقات القضائية : بطاقة الجلب 78 79 و بطاقة الإيداع 80 إلى 83

+ الإيقاف التحفظي : 84 في حالتين أدلة جديدة قوية 85 أو التلبس 84

مدته : 6 أشهر في الجنايات تمدد لفترتين الواحدة أربع اشهر

6 أشهر في الجنح تمدد لمرة واحدة ثلاث أشهر

- دائرة الإتهام :

دائرة الإتّهام هي هيئة تحقيق ثانية تنظر في القرارت الّتي تصدر عن حاكم التحقيق ،، فمن يصدر ضدّه قرار من قبل حاكم التحقيق يقضي بإحالة ملفّه إلى الدائرة القضائية المختصّة لمحاكمته ، يمكنه تقديم مطلب استئناف للقرار المذكور أمام دائرة الإتّهام الّتي تعتبر "هيئة استئناف" بالنسبة لحاكم التحقيق و قد تنقض قرار حاكم التحقيق أو تقضي بإقراره. حاكم التحقيق يوجد على مستوى المحكمة الإبتدائية ، في حين أنّ دائرة الإتّهام توجد على مستوى محكمة الإستئناف

الجزء الثالث : المحاكم الجزائية :

الفرع الأول : الهيئات القضائية الزجرية التابعة للحق العام :

هي جزء من التنظيم العدلي وتتمتع إلى جانب اختصاصها في المادة المدنية باختصاص جزائي.

ينقسم الاختصاص الداخلي للهيئات القضائية الزجرية التابعة للحق العام إلى اختصاص نوعي واختصاص مكاني.

أولا : الاختصاص النوعي :

يتحدد بحسب طبيعة الجريمة والوصف القانوني لها وفق الفصل 122 من م.إ.ج أي الجنايات والجنح والمخالفات.

- محاكم النواحي :

ينظر في المخالفات بصفة نهائية وفي الجنح ابتدائيا إذا كان يعاقب بالسجن فيها لمدة لا تتجاوز العام أو بخطية لا تتجاوز ألف دينار (يبقى النظر للمحكمة الابتدائية بصفة استثنائية

في جنحة الجرح على وجه الخطأ والحريق من غير عمد) وفي الجنح التي أسند إليها النظر بمقتضى نص خاص.

ويتعهد قاضي الناحية في المخالفات حسب الفصل 200 من م.إ.ج بمقتضى إحالة مباشرة من وكيل الجمهورية أومن الإدارات والفروع المالية أو من المتضرر / بمقتضى إحالة من حاكم التحقيق أو محكمة أخرى / إحالة المخالف توا من طرف وكيل الجمهورية الفصل202 من م.إ.ج / وللحاكم أن يتعهد بدون توقف على إحالة في صورة التلبس بالمخالفة. أما في الجنح فيتعهد قاضي الناحية بمقتضى إحالة مباشرة أو توا من وكيل الجمهورية أو بمقتضى إحالة من حاكم التحقيق أو من محكمة أخرى.

- المحاكم الابتدائية :

في سائر الجنح باستثناء ما هو من أنظار حاكم الناحية.وتنظر نهائيا بوصفها محكمة استئناف في الأحكام المستأنفة الصادرة عن محكمة الناحية.وفي الجنايات .

وتتعهد المحكمة الابتدائية بثلاث طرق بمقتضى إحالة مباشرة من وكيل الجمهورية أو الإدارات والفروع المالية أومن المتضرر (الفصل 36) أو عند إحالة المظنون فيه توا على المحكمة من طرف وكيل الجمهورية بعد استنطاق بسيط في صورة الجريمة المتلبس بها وإما بمقتضى إحالة من حاكم التحقيق أو من محكمة أخرى (206 من م.إ.ج).

- محاكم الاستئناف :الاستئناف المتعلق بالجنح المحكوم فيها من طرف المحكمة الابتدائية (الفصل 126 من م.إ.ج).والاستئناف المتعلق بالجنايات.
- الهيئات القضائية المختصة بالأطفال : الفصول من 81 إلى 84 من مجلة حماية الطفل.

ثانيا : الاختصاص المكاني :

الفصل 129-(نقح بالقانون عدد 85 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005)

تنظر في الجريمة محكمة الجهة التي ارتكبت فيها أو محكمة المكان الذي به مقر المظنون فيه أو المكان الذي به محل إقامته الأخير أو محكمة المكان الذي وجد فيه.

وعلى المحكمة التي تعهدت أوّلا بالقضية أن تبتّ فيها.

وإذا ارتكبت الجريمة على متن أو ضد سفينة أو طائرة مسجلة بالبلاد التونسية أو مؤجرة دون طاقم لفائدة مستغل يكون مقرّه الرئيسي أو إقامته الدائمة بالتراب التونسي فإن المحكمة المختصة بالنظر تكون محكمة مكان النزول أو الإرساء.

وتكون هذه المحكمة مختصة أيضا ولو مع عدم توفر أحد الشرطين المبينين بالفقرة المتقدمة إذا هبطت الطائرة أو أرست السفينة بالتراب التونسي وكان على متنها المظنون فيه.

الفرع الثاني : الهيئات القضائية الزجرية غير التابعة للاختصاص العام :

- المحكمة العسكرية
- دائرة الزجر المالي
- هيئة السوق المالية
- مجلس المنافسة

الجزء الرابع :طرق الطعن في الأحكام الجزائية :

الفرع الأول : طرق الطعن العادية :

- **الإستئناف :**

الفصل 207 –(نقح بالقانون عدد 43 لسنة 2000 المؤرخ في 17 أفريل 2000)

الأحكام الصادرة في المادتين الجناحية والجنائية يمكن الطعن فيها بطريق الاستئناف.

ويرفع استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في مادة الجنح والأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية المنتصبة بمقرات محاكم استئناف في مادة الجنايات إلى محكمة الاستئناف.

ويرفع استئناف الأحكام الصادرة عن قضاة النواحي إلى المحكمة الابتدائية.

- **الاعتراض :**

الفصل 175

إذا بلغ التنبيه لشخص المتهم ولم يحضر في الأجل المعين فلا يتوقف الحاكم على حضوره ويصدر حكما يعتبر حضوريا.

وإذا استدعي المتهم بصفة قانونية ولم يحضر يحكم عليه غيابيا رغم عدم بلوغ الاستدعاء إليه شخصيا والإعلام بالحكم الغيابي يتولاه كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم.

41

والاعتراض على الحكم الغيابي يقدمه لكتابة المحكمة التي أصدرته المعترض نفسه أو نائبه في العشرة أيام الموالية لتاريخ الإعلام.

وإذا كان المعترض قاطنا خارج تراب الجمهورية فإن الأجل يكون ثلاثين يوما.

وإذا كان المعترض موقوفا فإن الاعتراض يتلقاه كبير حراس السجن ويحيله بدون تأخير على كتابة المحكمة.

ويقدم الاعتراض أمّا بتّصريح شفاهي يسجل كتابة في الحين أو بإعلام كتابي. وعلى المعترض أن يمضي وإذا امتنع من الإمضاء أو كان غير قادر عليه ينص على ذلك.

ويتولى كاتب المحكمة توا تعيين الجلسة وإعلام المعترض بتاريخها وفي جميع الأحوال يجب أن تعقد الجلسة في أجل أقصاه شهر من تاريخ الاعتراض.

ويعلم المعترض أو نائبه بالاعتراض الخصوم الذين يهمهم الأمر باستثناء ممثّل النيابة العمومية ويستدعيهم للجلسة بواسطة عدل منفذ في أجل ثلاثة أيام على الأقلّ قبل تاريخها وإلا يرفض اعتراضه.

ولا يستدعى القائم بالحق الشخصي إلاّ إذا كان القصد من الاعتراض عرض الدعوى المدنية من جديد على الحاكم.

الفصل 176

إذا لم يبلغ الإعلام بالحكم للشخص نفسه، أو لم يتبين من أعمال تنفيذ الحكم أنّ المظنون فيه حصل له العلم به، يمكن قبول الاعتراض إلى انقضاء آجال سقوط العقاب.

الفرع الثاني : طرق الطعن غير العادية :

- **التعقيب :**

الأحكام القابلة للتعقيب : هي القرارات الصادرة في الأصل نهائيا (الفصل 258) والقرار الصادر عن دائرة الاتهام والقاضي بإحالة المتهم على المحكمة الجنائية أو الناحية إذا بتت الدائرة المذكورة من تلقاء نسفها أو بطلب من أحد الخصوم في مسألة تتعلق بمرجع النظر أو كان قرارها يتضمن مقتضيات نهائية ليس للمحكمة المحالة عليها القضية حق تعديلها. (الفصل 259).

نضيف كذلك الفصل 260 :

الفصل 260

لا يجوز للقائم بالحق الشخصي أن يطلب تعقيب القرارات الصادرة عن دائرة الاتّهام إلا إذا طلب تعقيبها ممثّل النيابة العمومية.

غير أنّ مطلب تعقيب القائم بالحق الشخصي بانفراده يمكن قبوله في الصور الآتية :

54

أوّلا: إذا كان قرار دائرة الاتّهام قاضيا بان لا وجه للتتبع.

ثانيا: إذا قضى القرار بعدم قبول الدعوى الشخصية.

ثالثا: إذا قضى القرار بانقراض الدعوى العمومية بمرور الزمن.

رابعا: إذا قضت دائرة الاتّهام من تلقاء نفسها أو بطلب من الخصوم بعدم اختصاص المحكمة المتعهدة.

خامسا: إذا أهمل القرار البتّ في وجه من أوجه التهمة.

- **مطلب إعادة النظر : التماس إعادة النظر :**

الباب الثاني
في مطالب إعادة النظر

الفصل 277

لا يقبل مطلب إعادة النظر إلاّ لتدارك خطإ مادي تضرر منه شخص حكم عليه من أجل جناية أو جنحة.

ويجوز تقديم مطلب إعادة النظر في الأحوال الآتية أيّا كانت المحكمة التي قضت في الدعوى، والعقاب المحكوم به:

أوّلا: إذا أدلي بعد الحكم لأجل القتل بوثائق أو عناصر إثبات يستنتج منها قرائن كافية على وجود المدعى قتله حيا.

ثانيا: إذا حكم على شخص من أجل فعلة ثم صدر حكم على شخص آخر لأجل الفعلة عينها وكان بين الحكمين اللذين لا يمكن التوفيق بينهما تناقض يثبت براءة أحد المحكوم عليها.

ثالثا: إذا حكم على شخص، وبعد صدور الحكم وقع تتبع أحد الشهود الذين كانوا شهودا عليه ومحاكمته من أجل الشهادة زورا. وهذا الشاهد المحكوم عليه كما ذكر لا يمكن سماعه في المحاكمة الجديدة.

رابعا: إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع أو قدمت وثائق لم تكن معلومة وقت المحاكمة وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق أن تثبت براءة المحكوم عليه أو أن تبين أن الجريمة المرتكبة أقل خطورة من الجريمة التي حوكم من أجلها.

الجزء الخامس : الإثبات في المادة الجزائية :

الفصل 150

يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويقضي الحاكم حسب وجدانه الخالص.

وإذا لم تقم الحجة، فانه يحكم بتَرك سبيل المتهم.

الفصل 151

لا يمكن للحاكم أن يبني حكمه إلاّ على حجج قدمت أثناء المرافعة وتم التناقش فيها أمامه شفويا وبمحضر جميع الخصوم.

الفصل 152

الإقرار مثل سائر وسائل الإثبات يخضع لاجتهاد الحاكم المطلق.

الفصل 153

إذا كان وجود الجريمة يتوقف على وجود حق شخصي، فإن الحاكم يعتمد وسائل الإثبات الخاصّة بذلك الحق.

الفصل 154

المحاضر والتقارير التي يحرّرها مأمورو الضابطة العدلية أو الموظفون أو الأعوان الذين أسند إليهم القانون سلطة معاينة الجنح والمخالفات تكون معتمدة إلى أن يثبتّ ما يخالفها وذلك فيما عدا الصور التي نص القانون فيها على خلاف ذلك.

وإثبات ما يخالف تلك المحاضر أو التقارير يكون بالكتابة أو بشهادة الشهود.

الفصل 155

المحضر لا يعتمد كحجة إلاّ إذا كان من الوجهة الشكلية محررا طبق القانون وضمن به محرره ما سمعه أو شاهده شخصيا أثناء مباشرته لوظيفه في مادة من اختصاصه.

الفصل 156

المواد التي تكون موضوع تقارير معتمدة إلى وقوع الطعن فيها بالزور تنظمها القوانين الخاصّة، ويقع الطعن بالزور طبقا للإجراءات الواردة بالفصل 284 وما بعده ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

الفصل 157

إذا رأت المحكمة لزوم إجراء اختبار فإنه يجري العمل بأحكام الفصل 101 وما بعده.

الفصل 158

يستدعى الشهود طبق أحكام الفصل 134 وما بعده.

الفصل 159

تنطبق أحكام الفصلين 61 و67 لدى محاكم القضاء.

الفصل 160

الأشخاص المشار إليهم بالفصل 63 يمكن سماعهم بالجلسة على سبيل الاسترشاد بدون أن يؤدّوا اليمين ما لم يعارض في ذلك ممثّل النيابة العمومية أو المتهم.

الفصل 161

إذا تبين أثناء المرافعات أن شاهدا تعمد التصريح بما ينافي الحقيقة فالرئيس يحرر محضرا في هذا الحادث والشاهد يوقف بعد سماع ممثّل النيابة العمومية ويمكن الحكم عليه حالا.

العنوان السادس : مادة القانون الدولي الخاص

تحديد الإطار القانوني للعلاقات الدولية القائمة بين أشخاص خاضعة للقانون الخاص .

- **موضوع القانون الدولي الخاص :**

المقاربة الضيقة : تنازع القوانين

المقاربة الموسعة : تنازع القوانين و تنازع القضاء

المقاربة الموسعة للقانون التونسي : 4 أقسام تنازع القوانين / تنازع القضاء / الجنسية/الأجانب.

- **مصادر القانون الدولي :**

المصادر الداخلية : مجلة القانون الدولي الخاص – مجلة الجنسية – فقه القضاء

المصادر الدولية : معاهدة مراكش بين دول المغرب العربي في 17 فيفري 1989

الإتفاقيات العربية للتعاون القضائي بالرياض 6 أفريل 1983

فقه القضاء الدولي : المحكمة الدائمة للعدل الدولي و محكمة العدل الدولية

العرف كالحالة المتعلقة بالحصانة القضائية لرؤساء الدول.

- **القوانين الخاصة بالقانون الدولي الخاص في تونس :**

مجلة القانون الدولي الخاص

القانون 8 مارس 1968 المتعلق بوضعية الأجانب الذي يحدد شروط دخول و بقاء الأجانب في تونس

القانون 18 أوت 1988 المحدد للنظام المنطبق على شركات التجارة الدولية

القانون 27 أوت 1998 المتعلق بعقارات على ملك الأجانب

الباب الثالث من مجلة التحكيم : الفصول من 47 إلى 82 .

الفصل 162 ف 2 مجلة التجارة البحرية .

الجزء الأول : النزاعات القضائية :

قواعد القانون القضائي في نزاع دولي يشمل مسألتين :

- الإختصاص الدولي للهيئات القضائية في تونس
- آثار القرارات الأجنبية في تونس :

العنوان الأول : الإختصاص الدولي للهيئات القضائية في تونس :

معرفة الإختصاص تتطلب التطرق إلى :

النظام المزدوج في مادة الإختصاص الدولي في المحاكم التونسية

النظام العام في نزاع أشخاص طبيعيين و معنويين من القانون الخاص

النظام الخاص أطرافها دولة أجنبية ، مجموعة عمومية و أشخاص يتصرفون في سيادتها .

المبحث الأول : النظام العام :

لا بد من التأكد من الإختصاص حتى تنظر المحكمة في النزاع الدولي . حسب الفصل 3 إلى 10 م ق د خ.

إذ أن حالات الإختصاص الدولي للمحاكم التونسية صنفان إختصاص مطلق و إختصاص ممكن.

القسم الأول : الإختصاص الدولي المطلق للمحاكم التونسية :

الفقرة الأولى : إختيار المتقاضين على المحاكم التونسية يسمح لها بالإختصاص المطلق

الفقرة الثانية : حالات الإختصاص الإقصائي : الفصل 8

- نزاع مؤسس على السيادة : النزاعات المتعلقة بالجنسية التونسية أي إقرار تمتع الشخص المعني بالجنسية التونسية و الدعاوي المتعلقة بطلب إجراء تحفظي للتنفيذ بالتراب التونسي إذ أن القوة العامة لا تستجيب إلا لأوامر سلطة قضائية وطنية ف 8 ف 4 .
- الإقصائية المؤسسة على الرغبة في حسن سير القضاء : يختص القضاء التونسي في الدعاوي الإستحقاقية و الحوزية المتعلقة بالعقار الموجود في تونس ف 8 فقرة 2 و الدعاوي المتعلقة بإجراء جماعي مفتوح في تونس ف 8 فقرة ثالثة كنزاعات الديون في مادة الإفلاس
- الحالات الممنوحة بنص خاص : الفصل 33 من إتفاقية المغرب العربي

القسم الثاني : الإختصاص الدولي الممكن للمحاكم التونسية :

الإختصاص يخضع للمنافسة مع المحاكم الأخرى الأجنبية إذ يعرف كل نظام قانوني طريقة أحادية تحدد حالات إختصاص محاكمه خارج فرضيات الفصل 8

يعتمد القانون التونسي على معيارين إما على أساس إرتباط إقليمي بالقانون التونسي أو على أساس إتفاق مشترك بين الأطراف .

الفقرة الأولى : المعايير الإقليمية :

1 / المعيار الرئيسي : المدعي يرفع دعواه أمام محكمة المدعي عليه . الفصل 3

2 / المعايير التكميلية الإحتياطية : 3 أصناف من معايير إرتباط النزاع بالإقليم التونسي :

+ المعايير المؤسسة على فكرة القرب :

في الإلتزامات (في المسؤولية التقصيرية حدوث الواقعة بتونس أو الضرر في تونس و في المسؤولية التعاقدية عند تنفيذ العقد بتونس) و لا تختص المحاكم التونسية إذا إشترط أطراف العقد إسناد الإختصاص لمحكمة دولة أجنبية .

في نزاعات الأموال : تختص المحاكم التونسية في الأموال المنقولة إذا كان موضوعها حق منقول موجود في تونس ف 5 فقرة 8 و في أموال التركات إذا كان نزاع التركة إفتتح بتونس أو مرتبط بإنتقال الملكية بموجب إرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد ف 6 فقرة ثالثة .

أو نزاعات الملكية الفكرية إذا وقع التمسك بها في تونس .

+ المعايير المؤسسة على فكرة الإنصاف :

حماية الطفل إذا كان في تونس دعاوي البنوة

حماية الطرف المحتاج الدائن في دعاوي النفقة في تونس فصل 6 فقرة ثانية

+ المعايير المؤسسة على فكرة الترابط : النظر في النزاعات الدولية إذا كانت مرتبطة بقضية أخرى منشورة لديها فصل 7

الفقرة الثانية : التوسيع الإرادي للإختصاص الدولي للمحاكم التونسية :

الفصل 4 إما صريحا أو ضمنيا

المبحث الثاني : النظام الإستثنائي :

يتمتع أصحاب السلطة الأجنبية كرئيس الدولة و الاعوان الديبلوماسيين و القناصل بحصانة قضائية .

يتمتع الأشخاص المعنويين الأجانب بالحصانة القضائية الفصل 19 و 20 من المجلة .

العنوان الثاني : آثار القرارات الأجنبية في تونس :

+ شروط الإذن بالتنفيذ : الفصل 11 المبدأ الإذن بالتنفيذ و الإستثناء الرفض

لا بد من إكساء الحكم بالصبغة التنفيذية.

+ العوائق :

العوائق بالرجوع إلى النظام القانوني المستقبل كعدم إختصاص القاضي الأجنبي الذي أصدر القرار أو عدم تطابق القرار الأجنبي مع النظام العام التونسي جوهريا أو إجرائيا .

العوائق بالرجوع إلى النظام القانوني الأصلي كالصبغة غير التنفيذيى للقرار الأجنبي أو عدم إحترام قاعدة المعاملة بالمثل . الفصل 11 فقرة 5

الجزء الثاني : تنازع القوانين :

تقوم أساسا على المنهج التنازعي الذي يقوم على قاعدة التنازع و عنصر الإسناد .

- **المقاربة الثابتة لقاعدة التنازع :**
  - **وصف قاعدة التنازع الكلاسيكية :**

1 / الهيكلة :

الفصل 56 عنصر الإسناد الجنسية / 73 فقرة 1 مكان وقوع الحادث / في الأحوال الشخصية الجنسية و مقر الإقامة / في الحقوق العينية مكان وجود الأموال / في مادة الإلتزامات إرتباط وثيق بمصدر الإلتزامات .

2 / خصائصها :

الطابع غير المباشر : تعين القانون المنطبق و ليس جوهره

الطابع الثنائي : يمكن أن تعين القانون الوطني أو الأجنبي

الطابع الحيادي : مبدأ المساواة بين القوانين .

- **تعديل هيكلية قاعدة التنازع :**

1 / تطور الدور المعترف به للأطراف : إرادة الأطراف في الميدان التعاقدي 62 و توسع في صنف الإلتزامات غير التعاقدية كحادث مرور التمسك بقانون مكان الحادث . 73

2 / توسع سلطات القاضي : الفصول 50 إلى 52 و الفصل 54 و 26

- **المقاربة الديناميكية لقاعدة التنازع :**
  - **تعيين القانون المنطبق :**

إختيار القانون المنطبق فتحديد قاعدة التنازع فتعيين القانون :

مبدأ هيمنة المفاهيم الوطنية في عملية التكييف 27 فقرة أولى

الإستثناء لتفادي الهيمنة : الإشكاليات المنظمة بالمعاهدات الدولية

سلطة قاعدة التنازع قد تهم النظام العام 28 أو تكون ملزمة للقاضي

- **تطبيق القانون المعين :**

يطبق القانون الوطني و كأن النزاع داخلي لا يطرح إشكاليات

- **تطبيق القانون الأجنبي :**

البحث عن محتوى القانون الأجنبي 23 فقرة ثانية

وسائل الإثبات حرة 32 فقرة ثالثة

تأويل القانون الأجنبي امام القاضي الوطني

عوائق تطبيق القانون الأجنبي : النظام العام يستثني تطبيقه أو التحايل على القانون الفصل 30 من المجلة .

العنوان السابع : مادة المواريث

الميراث: هو ما خلّف المورّث من الأموال التي تنتقل بموته إلى من يثبت له استحقاقها. فهو سبب من أسباب انتقال الملكيّة.

الجزء الأوّل: أركان الميراث

الميراث لا يتحقق إلا إذا اجتمعت 3 أركان و هي الموّرث، الوارث، التركة.

الباب الأوّل: الموّرث :

الموّرث هو المتوفّي صاحب التركة المراد تقسيمها على ورثته.

المبحث الأوّل: وفاة المورّث :

الوفاة هي موت الإنسان و تحصل بمفارقة الروح للجسد. و بوفاته يصبح الإنسان مورّثا ولتيسير الإثبات في هذا الميدان أوجب القانون ترسيم الوفاة مهما كان نوعها.

في الأصل يثبت الموت بشهادة أهل الخبرة و المعرفة و هنا تكون الوفاة حقيقية و يمكن أن تكون وفاة حكميّة وذلك عندما يصدر القاضي حكما يعتبر فيه أنّ الوفاة قد حصلت. (حالة المفقود: الفصل 81 م أ ش: كلّ من انقطع خبره و لا يمكن الكشف عنه حيّا).

و الفقدان نوعان:

* الحالات التي يغلب فيها إحتمال الموت، كالحرب و الكوارث الطبيعية، و القاضي هنا يحدّد أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عن المفقود ثم يحكم باعتباره ميتا فصل 82 م أ ش.

* الحالات التي لا يغلب فيها احتمال الموت، كالمسافر الذي ينقطع خبره و هنا المدّة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

بعد صدور الحكم يقع ترسيم الوفاة الحكميّة بدفاتر الحالة المدنية تماما مثل ما يجب أن يقع بالنسبة للوفاة الحقيقية.

يجب إعلام ضابط الحالة المدنية بالوفاة ليتولى ترسيمها بدفاتره بالتاريخ الذي وقعت فيه أو بالتاريخ الذي عينه لها القاضي، ففي الوفاة الثابتة يجب إعلامه في ظرف 3 أيام فإذا تجاوز المدّة فلا يمكنه ترسيم الوفاة إلاّ بمقتضى إذن صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها المكان الذي حصلت به الوفاة.

يترتب عن حصول الوفاة و ترسيمها بدفاتر الحالة المدنية فتح التركة.

المبحث الثاني: فتح تركة الموّرث :

تاريخ فتح التركة هو تاريخ وفاة المورث. و يقع التنصيص عنه بالسنة والشهر و اليوم و الساعة (الفصل 63 م.ح.م).

تكمن أهمية تحديد تاريخ فتح التركة في:

← أنه يبتدأ به حق الورثة و الموصى لهم بملكيّة الأموال المكونة للتركة ابتداء من هذا التاريخ.

← أن كلّ ديون المورّث تصبح حالّة في هذا التاريخ.

←أنه يساعد على تحديد الورثة المستحقين للميراث و على تحديد مكان فتح التركة.

مكان فتح التركة هو آخر مقرّ للمورث بالبلاد التونسية أمّا إذا لم يكن له مقرّ بمكان وفاته أو دفنه أو بالمكان الذي توجد به أغلب أموال التركة (الفصل 11 مجلّة التسجيل و الطابع الجبائي).

تكمن أهميّة تحديد مكان فتح التركة:

- في كون حجة الوفاة تحرر بمحكمة الناحية الموجودة بدائرتها هذا المكان.

- كونه يساعد على تحديد المح المختصة ترابيا في مادة المواريث و على تحديد القباضة المالية التي يتم بها آداء معاليم التسجيل على التركة.

الباب الثاني: الوارث :

الوارث هو الشخص الذي يستحق نصيبا من تركة مورثه لكونه مرتبط به بأحد أسباب الميراث و كونه موجودا في تاريخ فتح التركة و كونه خاليا من كل مانع من موانع الميراث.

المبحث الأول: أسباب الميراث :

الفرع الأول: القرابة :

الوارثون بموجب هذه القرابة هم 13 (8 من الذكور ، 5 من الإناث) حدّدهم الفصل 90 م أ ش:

الذكور: الأب، الجد و إن علا بشرط عدم الإنفصال بأنثى و هو بذلك الجد للأب فقط، الإبن، إبن الإبن و إن سفل، الأخ سواء كان شقيقا أو لأب أو لأم، إبن الأخ الشقيق أو لأب، العم الشقيق أو لأب و إن علا، إبن العم الشقيق أو لأب سواء سفل العم أو علا كعم الأب أو الجد.

الإناث: الأم، الجدة و هي الجدة للأم بشرط أن لا تنفصل عن الموّرث بذكر و الجدة للأب بشرط أن لا تنفصل عن المورّث بذكر ما عدا الأب، البنت، بنت الإبن و إن سفلت بشرط أن لا تنفصل عن الموّرث بأنثى، الأخت سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم.

و كل هؤلاء الأقارب يمكن تقسيمهم إلى 3 أصناف فروع وأصول وحواشي وفق ما تنص عليه مجلة الأحوال الشخصية :

الفرع الثاني: الزوجية :

الزوجية سبب لوجوب الميراث لمن كان حيا من الزوجين بعد وفاة الآخر. (90 م أ ش).

و الزوجية التي تعد سببا للميراث هي القائمة على عقد زواج صحيح سواء تم الدخول بالزوجة قبل الوفاة أم لا (22 م أ ش + 90 م أ ش + 36 مكرر م ح ع).

و وجود قضية في الطلاق بين الزوجين لا ينهي العلاقة الزوجية بينهما و لو تعلقت الدعوى بطلب الطلاق إنشاء إلى حين صدور حكم بالطلاق و يصبح هذا الحكم باتا.

المبحث الثاني: حياة الوارث :

حياة الوارث قد تكون ثابتة و هذا هو الغالب، أو تقديرية و غير ثابتة و هي حالة الجنين أو المفقود أو حالة وفاة العديد من الأشخاص في وقت واحد فيطرح السؤال عن الوارث منهم و الموّرث.

الفرع الأّوّل: الجنين :

يعد الجنين وارثا بموجب القرابة منذ تكوينه. ز يقسّم الفصل 150 م أش الحالات التي يكتسب فيها الجنين صفة الوارث إلى صنفين:

أ) الحالات التي يرث فيها الجنين أباه:

و هو الذّي يولد حياّ لمدّة لا تتجاوز العام إبتدا من تاريخ وفاة المورّث إذا كانت الزوجية قائمة بين أمه و أبيه في ذلك التاريخ، أو إبتداء من تاريخ الفرقة بين الزوجين إن حصلت هذه الفرقة قبل وفاة المورّث (العام : 365 يوم).

ب)الحالات التي يرث فيها الجنين غير أبيه:

يرث الجنين غير أبيه في حالتين مختلفتين و هما:

1) الحالة التي تكون فيها الزوجية قائمة بين أمه و أبيه و هنا إذا ولد حيا خلال مدّة لا تتجاوز 270 يوم من تاريخ وفاة المورث.

2) إذا كانت الزوجية غير قائمة بين أمه و أبيه: إذا ولد حيا لمدّة لا تتجاوز عام من تاريخ وفاة أبيه أو الفرقة بين أمه و أيه و بشرط أن يتوفى المورث خلال هذه المدة.

الفرع الثاني: المفقود :

إذا كان الوارث مفقودا في تاريخ وفاة المورّث، فإنه قبل الحكم بموته يعتبر حيا، فيوقف له نصيبه من تركة موّرثه (151 م أش).

← فإذا ظهر حيا قبل الحكم بموته فإنه يأخذ نصيبه من التركة.

← أمّا إذا صدر الحكم بموته: ← بعد تاريخ وفاة المورث فنصيبه من التركة يكون من حق ورثة المفقود.

← قبل تاريخ وفاة المورث فلا يرث من تركة المورث و بالتالي يرد النصيب الذي وقف له إلى ورثة المورّث.

لكن إذا ظهر المفقود حيا بعد قسمة التركة التي لم يكن له منها نصيب، فإنه يبين نصيبه من تركة مورّثه ثم يسترد ما بقي من هذا النصيب بأيدي الورثة (151 م أش).

الفرع الثالث: وفاة العديد من الأشخاص ممّن يرث بعضهم البعض في تاريخ واحد :

في هذه الوضعيّة يحكم بعدم توارث هؤلاء الأشخاص من بعضهم البعض و بالتّالي كلّ واحد يكون مورّثا فقط و تقسم تركته على ورثته الموجودين على قيد الحياة في تاريخ الوفاة.

المبحث الثالث: موانع الميراث

الفرع الأول: القتل العمد :

الفصل 88 م أ ش: "القتل العمد من موانع الإرث فلا يرث القاتل سواء أكان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه".

← فالقتل المانع من الميراث في القانون التونسي هو القتل العمد فقط.

الفرع الثاني: إختلاف الدين :

أي عدم اتحاد الدين بين الوارث و المورّث.

أ) منع التوارث بين المسلم و غير المسلم:

إذا كان المورّث مسلما فإنّ الوارث الذي له عقيدة مخالفة للعقيدة الإسلامية لا يرثه. و هذا ما يؤكده فقه القضاء التونسي. و كذلك لا يرث المسلم من تركة غير المسلم، و كلتا الحالتين أكدّهما الفقه الإسلامي بقول الرسول صلى الله عليه و سلّم"لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم".

ب)التوارث بين غير المسلمين:

لم يدلي فقه القضاء موقفا صريحا من هذه المسألة، لكن الفقه لإسلامي طرح رأيين مختلفين: أحدهما يقبل التوارث فيما بينهم معتبرا أنّ الكفر ملّة واحدة لقوله تعالى "و الذّين كفرو بعضهم أولياء بعض" الآية 73 من صورة الأنفال، و الآخر يرفض.

الباب الثالث: التركة :

هي ما يتركه الشخص من أموال بعد موته و يكتسب الورثة ملكية أموال التركة من يوم وفاة المورّث (85 م أ ش) لكن بعد آداء حق دائني الموّرث و حق الموصى لهم (87 م أ ش).

المبحث الأول: الأموال المكونة للتركة :

هي الأموال الثابتة للمورّث في تاريخ وفاته، هي كلّ الأشياء التي كانت للمورث و القابلة للتعامل فيها و التي يمكن أن تكون "موضوع حق ذي قيمة نقدية" (1 م ح ع).

الفرع الأول: العقارات المكوّنة للتركة :

هي كل ما كان يملكه الموّرث من عقارات طبيعية و حكميّة و تبعيّة (4 و ما بعده م ح ع). و الأصل أن تشمل ملكية العقار حق الرقبة و حق الإنتفاع، و لكن إذا كان الموّرث لا يملك إلا حق الرقبة على العقار فإن حق الإنتفاع بالعقار يبقى خارج التركة إلى أن ينقضي.

الفرع الثاني: المنقولات المكونة للتركة :

هي ما تركه المورّث من أشياء مادية و حقوق ذات طبيعة مالية لا تدخل في صنف العقارات.

و المنقولات تنقسم إلى منقولات طبيعية و هي كل الأشياء المادية التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر بدون إتلافها و التي ليست من العقارات الحكمية و إلى منقولات حكمية و تشمل الحقوق العينية و الدعاوى المتعلقة بالمنقولات و الحقوق الشخصية ذات الطبيعة المالية و الحصص و الأسهم في مختلف الشركات و كذلك الأشياء الغير مادية التي لها قيمة نقدية في

المعاملات المالية مثل الأصل التجاري و براءة الإختراع و العلامة التجارية و المصنفات الأدبية و الفنية و كذلك الأموال التي يكتسبها الوارث و تكون مستقلة عن التركة كالمبالغ المالية المستحقة للزوجة و الأولاد بمقتضى التشريع الجاري به العمل في مادة التغطية الإجتماعية و مبالغ التأمين عن الحياة.

المبحث الثاني: حق الدائنين :

لا تصبح الأموال المكونة للتركة حقا خالصا للورثة إلاّ بعد آداء الديون الموظفة على التركة و بعد تنفيذ الوصايا المتعلقة بها.

الفرع الأول: حق الدائنين في استخلاص ديونهم من أموال التركة :

بوفاة المورث تصبح كل الديون المتعلقة بالتركة حالّة (150 م إ ع) و إذا لم يؤدي الورثة الدين في الأجل لا يعتبرهم القانون مماطلون "إلا بعد أن ينذرهم الدائن أو من ناب عنه"(فصل 271 م إ ع) فإذا امتنعو يمكن للدائن القيام عليهم قضائيا لإستخلاص حقوقه من أموال التركة.

إذا لم يكن للتركة ورثة و كانت أموال التركة راجعة لصندوق الدولة (فصل 87 م أ ش) فإن المطالب بأداء حق الدائنين هو المقدم على التركة.

عندما تكون أموال التركة في حوزة الورثة فالدائن الذي يرى أن حقوقه في خطر يمكنه إستصدار حكم إستعجالي أو إذن على عريضة في اتخاذ الوسائل و التدابير الكفيلة لحفظ حقوقه كطلب ضبط أموال التركة أو وضعها تحت الحراسة القضائية أو وضع الأختام عليها أو إجراء عقلة تحفظية عليها.

و لمنع هذا الإجراء أو رفعه بعد تنفيذه يجب على الورثة آداء الدّين أو وضع ما يكفي من المال بصندوق الأمائن و الودائع .

وإذا كان الدائن قد تحصل على حكم المورّث قبل وفاته فإنه لا يمكنه تنفيذه على التركة إلا بعد إعلام الورثة وإمهالهم 20 يوما من تاريخ الإعلام (الفصل 287 م م م ت).

لكن إذا بدأ الشروع في التنفيذ على المحكوم عليه قبل وفاته فإن هذا التنفيذ "يستمر عند الإقتضاء ضد الورثة بدون لزوم لإعلامهم بالحكم من جديد أو لضرب أجل جديد لهم".

و في كل الأحوال يجب على الدائن إثبات حقه الموظف على التركة إذا أراد إلزام الورثة بالأداء كتوجيه اليمين الحاسمة على الورثة فيما يعلمونه.

الفرع الثاني: ترتيب حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة :

رتّبها الفصل 87 م أ ش كالآتي:

الحقوق المتعلقة بعين التركة، مصاريف التجهيز و الدفن و أخيرا الديون الثابتة في الذمة.

لكن الفصلان 195 + 199 م ح ع رتّبا حقوق الدائنين كالآتي:

أوّلا مصاريف التجهيز و الدفن، ثانيا الحقوق المتعلقة بعين التركة و أخيرا الديون المتعلقة بالتركة.

و نظرا لكون م ح ع صدرت بعد م أ ش فإنه يأخذ بترتيب م ح ع و تشمل مصاريف التجهيز و الدفن ما يترتب عن غسل و كفن و حمل و دفن الميت من مصاريف و يجب أن لا تتعدى الحد الوسط و إلاّ فإنّ القائم بالإنفاق هو الذي يتحمل المصاريف الزائدة.

و بعد مصاريف التجهيز و الدفن تؤدي الديون الممتازة الأخرى و تشمل معاليم تسجيل التركة ثم الديون المتعلقة بعين التركة، و من ذلك مثلا الديون الموثقة برهن. فإذا تعذر أداء الدين بكامله من ثمن العين المرهونة فإن ما بقي من الدين يصبح مجرد دين ثابت في الذمة وأخيرا تأتي الديون العادية الثابتة في ذمة المورّث.

المبحث الثالث: حق الموصى لهم : (تم توضيحها في أول الكتاب القانون المدني ضمن جذر مستقل).

المبحث الرابع: حق الورثة :

قبل وفاة المورّث كل تصرف في أمواله من طرف ورثته يكون باطلا بطلانا مطلقا لكن، إبتداء من تاريخ وفاة المورّث تصبح أموال التركة ملكا للورثة، فيكون لهم حق التصرف و الإنتفاع بها على أنها ملك مشاع بينهم. وينتهي هذا الشيوع بالقسمة التي تمكن كل وارث من الإختصاص بملكية جزء من أموال التركة يناسب نصيبه منها.

و ينص الفصل 66 من م.إ.ع بطلان تصرف الورثة في أموال المورّث قبل وفاته.

أما قسمة الأموال بين الورثة فتتم :

أ) القسمة من طرف المورّث :

الفصل 180 م أ ش "تخصيص الموصي في حياته جميع ورثته أو بعضهم بأعيان من ماله تعادل منابهم من الإرث جائز و يلزم بالوفاة، و الزائد على المناب يجري على أحكام الوصية للوارث" (هذه الزيادة لا تصح إلا بإجازة بقية الورثة عليها فصل 179 م أ ش)، لكن هذه القسمة لا تثبت إلا بالحجة الرسمية أو بكتب محرر وممضى من طرف المورّث (ف 176 م أ ش).

حسب الفصل 180 م أش الموّرث يمكن أن يقسّم كلّ أمواله أو جزء منها و في هذه الحالة تبقى الأموال غير مقسومة قابلة للقسمة القضائية أو الرضائية.

ب)القسمة الرضائية:

ج) القسمة القضائية :

<u>الجزء الثاني: تحديد أنصبة الورثة من التركة</u>

قسمة التركة تستوجب معرفة النسبة التي يستحقها كل وارث من القيمة الجملية للتركة بعد تطهيرها من الديون والوصايا الموظفة عليها (131 م ح ع)، و هذه النسبة تسمى مناب أو نصيب الوارث من التركة.

الباب الأول: أنواع الإرث :

المبحث الأول: الإرث بالفرض (فصل 91 و ما بعده م أش)

الفصل 91 م أ ش : هو نصيب محدد للوارث في تركة موّرثه.

الفرع الأول: أصحاب الفروض :

12 ← 4 ذكور: الأب، الجد للأب و إن علا، الأخ للأم، الزوج.

← 8 إناث: الأم، الجدة و إن علت سواء كانت للأم أو للأب، البنت، بنت الإبن و إن سلفت، الأخت الشقيقة، الأخت للأب، الأخت للأم، الزوجة.

الفرع الثاني : طريقة توريث أصحاب الفروض مختلفة فمنهم من:

+ يرثون بالفرض فقط و هم 6: الأم، الجدة، الأخ للأم، الأخت للأم، الزوج، الزوجة.

+ يرثون بالفرض و الميراث بالتعصيب و هم 2: الأب، الجد

+ يرثون بالفرض في حالات و بالتعصيب في حالات أخرى و لا يمكنهم الجمع بين الفرض و التعصيب فهن 4 إناث: البنت، بنت الإبن و إن سفلت، الأخت الشقيقة، الأخت للأب.

الفرع الثالث: أنواع الفروض المقدرة لأصحابها: 6 أنواع :

- النصف ½ أصحابها 5 و هم:

1) الزوج بشرط أن لا يكون معه فروع
2) البنت بشرط أن لا يكون معها أخوة.
3) بنت الإبن بشرط أن لا يكون معها أبناع و لا أبناء أخوة آخرين.
4) الأخت الشقيقة بشرط أن لا يكون معها لا جد و لا أب و لا أشقة آخرين و لا فروع.
5) الأخت للأب بشرط أن لا يكون معها لا جد و لا أب و فروع و لا أشقة و لا أخوة للأب.

- الربع ¼:

1) الزوج إذا كان معه فرع وارث.
2) الزوجة بشرط أن لا يكون معها فرع وارث فصل 94 م أش.

- الثمن ⅛ :

1) الزوجة وحدها إذا كان معها فرع وارث . فصل 95 م أش

- الثلثين ⅔: 4 إناث و هم :

1) البنتان فأكثر بشرط أن لا يكون معهما إبن.
2) بنتا الإبن فأكثر بشرط أن لا يكون معهما أبناء و لا إبن إبن.
3) الشقيقتان فأكثر بشرط أن لا يكون معهما جد و لا أب و لا شقيق و لا فرع.
4) الأخت للأب بشرط أن لا يكون معها جد و لا أب و لا أشقة و لا أخ للأب و لا فرع. فصل 96 م أ ش

- الثلث ⅓:

1) الأم بشرط أن لا يكون معها إثنان فأكثر من الأخوة أو فروع.
2) الإخوة للأم و الأخوات للأم بشرط التعدد و أن لا يكون معهم لا جد و لا أب و لا فروع.
3) الجد إن كان مع إخوة ذكورا كانوا أو إناث و كان الثلث أوفر له. فصل 97 م أش

- السدس 1/6:

1) الأب إذا كان مع فرع وارث.
2) الأم إذا كان معها فرع وارث أو إخوة.
3) بنت الإبن إنفردت أو تعددت إذا كانت مع بنت واحدة ترث النصف و لم يكن معها إبن إبن.
4) الأخت للأب إذا كانت مع شقيقة واحدة ترث النصف و لم يكن معها أخ للأب.
5) الأخت للأم الواحدة أو الأخ للأم الواحد بشرط أن لا يكون معه جد أو أب أو فرع.
6) الجدة سواء كانت لأم أو لأب، أما إذا اجتمع الجدتان فيتقاسمان السدس.
7) الجد إذا لم يكن معه أب و كان معه فرع وارث.

المبحث الثاني: الإرث بالتعصيب :

العاصب هو الذي يحيط بقرينه لحمايته. أمّا الوارث بالتعصيب هو الذي يرث كل التركة إذا لم يكن معه صاحب فرض و يرث الباقي إذا كان معه صاحب فرض. و يبين الفصل 113 م أ ش أنّ **هناك 3 أنواع من العصبة:**

الفرع الأول: العصبة بالنفس

هم الورثة الذكور الذين ينتسبون إلى المورّث بدون واسطة الأنثى وحدها.

وهم 8: الجد للأب و إن علا، الأب، الإبن، إبن الإبن،

إبن الأخ الشقيق أو إبن الأخ للأب و إن سفل، العم الشقيق أو العم للأب و إن علا، إبن العم الشقيق أو إبن العم للأب .

و يضيف الفصل 114 م أ ش صندوق الدولة كعاصب بالنفس احتياطي عند عدم وجود وارث و هذا لا يمنع الوارث من الإيصاء لمن يريد بأكثر من ⅓ التركة أي حتّى بكلّ ماله (فصل 188 م أ ش).

الفرع الثاني: العصبة بالغير :

العاصب بغيره هو وارث بالفرض أصالة يصبح وارثا بالتعصيب عندما يعصبه عاصب بالنفس و العصبة بالغير 4 إناث و هن:

1) البنت التي يعصبها الإبن
2) بنت الإبن التي يعصبها ابن الإبن المساوي لها في الدرجة.

3) الأخت الشقيقة التي يعصبها الأخ الشقيق أو الجد الذي يختار مقاسمتها.

4) الأخت للأب التي يعصبها الأخ للأب أو الجد الذي يختار مقاسمتها.

العاصبة بالغير هي إذن صاحبة فرض أصالة يعصبها أخوها أو إبن عمها أو جدها فيرث معها للذكر مثل حظ الأنثيين.

الفرع الثالث: العصبة مع الغير :

الفصل 121 م أ ش "العاصب مع الغير كل أنثى تصير عاصبة باجتماعها مع أخرى" و هما اثنان الأخت الشقيقة أو الأخت للأب و التي تكون مع أصحاب فروض فقط من بينهم بنت أو بنت إبن ترث البقية من التركة بعد أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم.

الباب الثاني: الحجب :

الحجب هو منع وارث معين من كامل نصيبه من الميراث أو من جزء منه بوارث آخر (فصل 122 م أ ش) و الحجب نوعان :

المبحث الأول: حجب الحرمان :

هو الحجب الذي يؤدي إلى منع الوارث المحجوب من كل نصيبه من التركة بوارث آخر حاجب له لتقدمه عليه في الميراث. فصل 122 م أ ش

ستة من الورثة لا يحجبون حجب حرمان أبدا مهما كان نوع إرثهم و مهما كان ترتيبهم بالنسبة لبقية الورثة وهم:

- 1) الأب، 2) الأم، 3) الإبن، 4) البنت، 5) الزوج، 6) الزوجة
- هناك 17 حاجب: الجد، الأب، الأم، الإبن، البنت، إبن الإبن، بنت الإبن، الجدة للأم، الأخ الشقيق، الشقيقتان فأكثر، الأخ للأب، إبن الأخ الشقيق، إبن الأخ للأب، العم الشقيق، العم للأب، إبن العم الشقيق، إبن العم للأب.

مثال لحجب الحرمان: الأم ← الجدة مطلقا / الجدة للأم ← الجدة للأب الأبعد منها درجة / الإبن ← الفرع الأسفل منه درجة، الإخوة و أبناءهم و الأعمام و بنوهم.

المبحث الثاني: حجب النقصان :

هو الحجب الذي ينقل الوارث المحجوب من نصيب معين إلى نصيب أقل منه لوجود وارث آخر حاجب لتقدمه عليه في الميراث فصل 122 م أ ش.

و المحجبون حجب نقصان 9 من الورثة و هم :

1) البنت بنقلها من فرض النصف أو الثلثين إلى التعصيب بالغير.

2) بنت الإبن بنقلها من فرض النصف أو الثلثين إلى فرض السدس.

3) الأب بنقله من التعصيب إلى فرض السدس.

4) الأم بنقلها من فرض ثلث كامل التركة إلى فرض ثلث الباقي.

5) الجد بنقله من التعصيب إلى فرض السدس.

6) الأخت الشقيقة بنقلها من فرض النصف أو الثلثين إذا كان معها من يعصبها.

7) الأخت للأب بنقلها من فلرض النصف أو الثلثين إلى فرض السدس.

8) الزوج بنقله من فرض النصف إلى فرض الربع.

9) الزوجة بنقلها من فرض الربع إلى فرض الثمن.

الباب الثالث: ميراث كل واحد من الورثة :

المبحث الأول: ميراث كل واحد من الفروع

الفرع الأول: ميراث الإبن

يرث بالتعصيب فقط و هو عاصب بنفسه فيرث كل التركة إذا انفرد بها و يرث ما بقي منها إذا كان معه أصحاب فروض.

يحجب إسقاطا الفروع و الحواشي فصل 130 م أ ش.

يحجب نقصا البنت ،الأب، الأم ، الزوج ، الزوجة. (119 + 125 م أ ش).

الفرع الثاني: ميراث البنت :

ترث بالفرض أصالة و فرضها النصف عند الإنفراد و الثلثان عند التعدد. و ترث أيضا بالتعصيب إذا كانت مع أخ لها يعصبها، فترث معه للذكر مثل حظ الأنثيين. و لكنها لا تجمع بين الفرض و التعصيب.

تُحجب نقصانا بالإبن الذي ينقلها من فرضها إلى التعصيب (فصل 199 م أ ش).

تَحجب إسقاطا بنت الإبن و الحواشي الفصل 131+ 143 مكرر م أ ش.

و تَحجب نقصا بنت الإبن و الأب و الأم و الجد و الزوج و الزوجة (فصل 126 م أ ش).

الفرع الثالث: ميراث إبن الإبن.

يرث بالتعصيب فقط و هو عاصب بنفسه. يُحجب إبن الإبن إسقاطا بالإبن و لا يُحجب نقصا.
يُحجب إسقاطا الفرع و الحواشي فصل 130 م أ ش.
و يَحجب نقصا بنت الإبن و الأب و الأم و الجد و الزوج و الزوجة (119 + 125 م أ ش).

الفرع الرابع: ميراث بنت الإبن

ترث بالفرض أصالة. و فرضها النصف عند الإنفراد والثلثان عند التعدد بشرط أن لا يكون معها إبن و لا بنت و لا إبن إبن، و ترث السدس إذا كانت مع بنت ترث النصف. و ترث بالتعصيب إذا كان معها إبن ابن.

← بنت الإبن ترث بالفرض أو بالتعصيب و لا تجمع بينهما.

تُحجب إسقاطا بالإبن و بالبنتين فأكثر الذين يرثان الثلثين. و تُحجب نقصا بالبنت التي ترث النصف فتنقلها من فرض النصف أو الثلثين إلى فرض السدس، و بإبن الإبن الذي ينقلها من الفرض إلى التعصيب الذي يجعلها ترث معه للذكر مثل حظ الأنثيين 119 + 126 م أ ش.
تَحجب إسقاطا بنت الإبن الأسفل منها درجة عندما ترث هي الثلثان و لا يكون لبنت الإبن الأسفل درجة من يعصبها، و الحواشي. فصل 131 + 143 مكرر م أ ش.
و تَحجب نقصا بنت الإبن الأسفل منها درجة بنقلها من فرض النصف أو الثلثين إلى فرض السدس (عندما تكون بنت الإبن الأعلى درجة صاحبة النصف و لا يكون لبنت الإبن الأسفل درجة من يعصبها)، و الأب و الأم و الجد و الزوج و الزوجة 127 م أ ش.

المبحث الثاني: ميراث كل واحد من الأصول :

الفرع الأول: ميراث الأب :

يرث بالتعصيب أصالة و بالفرض في بعض الحالات و يجمع بين الفرض و التعصيب في حالات أخرى.
يرث بالتعصيب فقط إذا انتفى الفرع الوارث، و بالفرض فقط إذا كان معه فرع وارث ذكر و فرضه في هذه الحالة السدس لا يتعداه.
و يجمع بين الفرض و التعصيب إذا كان معه فرع وارث من الإناث، (يرث السدس بالفرض و يبقى يترقب الباقي بالتعصيب) .

لا يُحجب حجب حرمان و لا يَحجب غيره نقصا. لكن يُحجب نقصا إذا كان مع فرع وارث ذكر ينقله من التعصيب إلى فرض السدس أو مع فرع وارث من الإناث ينقله من التعصيب إلى فرض السدس مع ترقب الباقي (125 + 127 م أ ش).

و يَحجب إسقاطا الجد و الجدة للأب و الحواشي (140 م أ ش).

الفرع الثاني: ميراث الأم :

ترث الأم بالفرض فقط و فرضها يدور بين الثلث (عندما لا يكون معها فرع وارث و لا إثنان من الإخوة) و الثلث الباقي (في حالتين زوج و و أم و أب أ جد / زوجة و أم و أب أو جد)والسدس (عندما يكون معها فرع وارث أو إثنان فأكثر من الإخوة).

و لا تُحجب إسقاطا و لكنها تُحجب نقصا بالفرع الوارث و بالزوج و بالزوجة و بإثنين فأكثر من الإخوة.

الفرع الثالث: ميراث الجد :

يرث فقط الجدّ للأب و ذلك لعدم إنفصاله بأنثى (فصل 90 م أ ش). يرث أصالة بالتعصيب و بالفرض في حالات و يجمع بين الفرض و التعصيب في حالات أخرى. ينحصر ميراث الجد في 5 صور:

1) عندما يكون العاصب الوحيد و لا يكون معه فرع وارث فيرث كل المال أو الباقي منه بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم.

2) عندما يكون معه فرع وارث ذكر فيكون له السدس بالفرض.

3)عندما يكون معه فرع وارث من الإناث فيكون له السدس بالفرض و الباقي بالتعصيب .

4)عندما يكون معه أخوة أشقاء أو لأب فقط فيكون له الأفضل من ثلث كامل التركة.

5)عندما يكون معه أصحاب فروض من غير الفروع و إخوة أشقاء أو لأب فيكون له الأفضل من ثلاث: سدس كامل التركة أو ثلث الباقي بعد أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم.

يُحجب إسقاطا بالأب و يُحجب نقصا بالفر ع الوارث الذكر الذي ينقله من التعصيب إلى فرض السدس و بالفرع الوارث من الإناث الذي ينقله من التعصيب إلى فرض السدس مع ترقب الباقي.

يَحجب إسقاطا الجد الأعلى منه درجة و الإخوة و الأخوات للأم و أبناء الإخوة و الأعمام و بنوهم، يَحجب نقصا الأخت الشقيقة أو لأب بنقلها من الفرض إلى التعصيب.

الفرع الرابع: ميراث الجدة :

تشمل الجدّتين للأم و للأب و ترث بالفرض فقط لا تتعداه سواء كانت واحدة أو متعددة و ميراثها له 4 صور:

1) عند انفراد إحدى الجدات فيكون لها السدس.
2) عند اجتماع الجدتان فتتقاسمان السدس بالتساوي.
3) عند اجتماع الجدتين لكن تكون الجدة للأب أقرب درجة للمورث تتقاسمان السدس.
4) عند اجتماع الجدتين لكن الجدّة للأم أقرب تنفرد بكامل السدس.

تُحجب الجدة للأم إسقاطا بالأم فقط و تُحجب الجدة للأب إسقاطا كذلك بالأم و بالأب و بالجدة للأم الأقرب منها درجة.

المبحث الثالث: ميراث كل واحد من الحواشي :

الفرع الأول: ميراث الأخ الشقيق :

يرث بالتعصيب فقط و هو عاصب بنفسه، و بالتالي يرث كل المال إذا انفرد به، و إذا كان معه أصحاب فروض فإنه يرث الباقي بعد أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم.

لا يُحجب حجب نقصان و لكنه يُحجب حجب إسقاط بالفرع الوارث الذكر و كذلك الأنثى و بالأب.

يَحجب إسقاطا الأخ و الأخت للأب و أبناء الإخوة و الأعمام و بنوهم (فصل 115 + 132 م أش).

و يَحجب نقصا الأخت الشقيقة بنقلها من فرض النصف أو الثلثين إلى التعصيب الذي يجعلها ترث معه للذكر مثل حظ الأنثيين، و إذا انضم له و إذا انضم له أخ آخر فينقل الأم من فرض الثلث إلى فرض السدس.

الفرع الثاني: ميراث الأخت الشقيقة

ترث بالفرض أصالة و بالتعصيب في بعض الحالات و لكنها لا تجمع بينهما.

فرض الشقيقة النصف عند الإنفراد و الثلثان عند التعدد. و ترث بالتعصيب عندما يعصبها الأخ الشقيق أو الجد فيجعلها ترث معه للذكر مثل حظ الأنثيين.

تُحجب إسقاطا بالفرع الوارث الذكر و الأنثى (143 مكرر م أ ش). و تُحجب نقصا بالجد أو بالأخ الشقيق الذي ينقلها من الميراث بالفرض إلى الميراث بالتعصيب.

تَحجب إسقاطا الأخت للأب و الأخ للأب، و نقصا الأخت للأب بنقلها من فرض النصف أو الثلثين إلى فرض السدس عندما تكون الشقيقة ترث النصف بالفرض و لا يكون مع لأخت للأب أخ للأب يعصبها، و كذلك الأم بنقلها من فرض الثلث إلى فرض السدس.

الفرع الثالث: ميراث الأخ للأب :

يرث بالتعصيب فقط وهو عاصب بنفسه.

يُحجب إسقاطا بالفرع الوارث الذكر أو الأنثى (فصل 143 مكرر م أش) و بالأب و بالشقيق و بالشقيقة التي يعصبها الجد.

يَحجب إسقاطا أبناء الإخوة مطلقا و الأعمام و أبناءهم. و يحجب نقصا الأخت للأب بنقلها من الفرض إلى التعصيب و الأم بنقلها من فرض الثلث إلى فرض السدس.

الفرع الرابع: ميراث الأخت للأب :

ترث بالفرض أصالة و بالتعصيب و لكنها لا تجمع بينهما.

ترث الأخت للأب الواحدة النصف و ترث الأخت للأب المعددة الثلثين إذا لم يكن معها فرع وارث و لا أب و لا أخ شقيق و لا أخت شقيقة و أخ للأب و لا جد. و يكون لها السدس بالفرض إذا كانت ترث مع أخت شقيقة صاحبة النصف و لم يكن معها أخ لأب أو جد. و ترث الأخت للأب بالتعصيب إذا كان معها أخ لأب أو جد.

تُحجب إسقاطا و نقصا و لا تَحجب غيرها إسقاطا و تَحجب الأم نقصا بنقلها من فرض الثلث إلى فرض السدس إذا انضم لها أخ آخر أو أخت أخرى.

تُحجب إسقاطا بالفرع الوارث الذكر أو الأنثى (فصل 143 مكرر م أ ش) و بالأب و بالشقيق و بالشقيقتين فأكثر صاحبات الثلثين و بالشقيقة التي يعصبها الجد.

تُحجب بالشقيقة صاحبة النصف التي تنقلها من فرض النصف أو الثلثين إلى فرض السدس، و بالأخ للأب أو بالجد الذي ينقلها من الفرض إلى التعصيب.

الفرع الخامس: ميراث الإخوة و الأخوات للأم :

يرثون بالفرض فقط، و فرضهم الثلث أو السدس: يرثون الثلث عند التعدد و السدس عند الإنفراد أي عندما يكون هناك أخ لأم واحد أو أخت لأم واحدة.

و يُحجبون إسقاطا بالفرع الوارث و بالأب و بالجد و لا يَحجبون غيرهم إسقاطا.

و يَحجب الأخ أو الأخت للأم نقصا الأم بنقلها من فرض الثلث إلى فرض السدس إذا اجتمع معه أخ أو أخت أخرى.

الفرع السادس: ميراث أبناء الإخوة :

وهم أبناء الإخوة الإشقاء و إن سفلوا و أبناء الإخوة للأب و إن سفلوا.

يرث إبن الأخ بالتعصيب فقط و هو عاصب بنفسه و يُحجب إسقاطا بالفرع الوارث الذكر أو الأنثى (143 مكرر م أ ش) و بالأب و بالجد و بالأخ العاصب و لا يُحجب نقصا.

يَحجب إسقاطا ابن الأخ للأب (فصل 118 م أ ش) و إبن إبن الأخ (فصل 117 م أ ش) و إبن الأخ و الأعمام و أبناء الأعمام.

الفرع السابع: ميراث الأعمام :

العم الوارث هو العم الشقيق أو العم للأب و إن علا (أي سواء كان عم المورّث أو عم أب الموّرث أو عم جد المورّث (114 م أ ش). و يرث العم بالتعصيب فقط و هو وارث بنفسه.

يُحجب العم إسقاط بالفرع الوارث الذكر أو الأنثى (143 مكرر م أ ش) و بالأب و بالجد و بالأخ العاصب و بإبن الأخ و يَحجب إسقاطا أبناء العم و يُحجب العم للأب إسقاطا بالعم الشقيق. ويُحجب عم أب المورّث إسقاطا بعم المورّث.

يُحجب العم اسقاطا و لا يُحجب نقصانا و يَحجب غيره إسقاطا و لا يَحجبه نقصانا .

الفرع الثامن: ميراث أبناء العم :

إبن العم الوارث هو إبن العم الشقيق أو إبن العم للأب (114 م أ ش).

يرث ابن العم بالتعصيب فقط و هو عاصب بنفسه.

يُحجب إبن العم إسقاطا بالفرع الوارث الذكر و بالفرع الوارث الأنثى (143 م أ ش) و بالأب و بالجد و بالأخ العاصب و بإبن الأخ و بالعم. و يُحجب إبن العم للأب إسقاطا بإبن العم

الشقيق و يُحجب إبن عم أب المورّث إسقاطا بإبن عم المورّث لأن هذا الأخير أقرب منه درجة.

المبحث الرابع: ميراث كل واحد من الزوجين :

الفرع الأول: ميراث الزوج :

يرث بالفرض فقط و فرضه النصف عندما لا يكون معه فرع وارث و الربع عندما لا يكون معه فرع وارث.

لا يُحجب إسقاط و يُحجب نقصا بالفرع الوارث الذي ينقله من فرض النصف إلى فرض الربع.

و لا يَحجب الزوج غيره إسقاطا و يَحجب الأم نقصا فينقلها من فرض ثلث كامل المال إلى ثلث الباقي عندما يرث مع أم و أب أو مع أم و جد.

الفرع الثاني: ميراث الزوجة :

ترث بالفرض فقط و فرضها الربع عندما يكون معها فرع وارث و الثمن عندما لا يكون معها فرع وارث.

لا تُحجب إسقاطا و تُحجب نقصا بالفرع الوارث الذي ينقلها من فرض الربع إلى فرض الثمن.

و لا تَحجب الزوجة غيرها إسقاطا و تحجب الأم نقصا بقلها من فرض ثلث كامل المال إلى ثلث الباقي إذا كانت ترث مع أم و أب أو مع أم و جد.

الباب الرابع: أصل الفريضة :

أصل الفريضة هو أصغر عدد صحيح يمثل مجموع الأسهم المكونة للتركة و هو متكون من مجموع الأعداد الصيحة الممثلة للأسهم المكونة لأنصبة الورثة.

و لتحديد هذا العدد في كل مسألة من مسائل المواريث يجب أن نستعمل قواعد الحساب المعتمدة عادة في البحث عن أصل الفريضة و أن نقوم عند الضرورة بتصحيح أصل الفريضة إذا استوجب الأمر هذا التصحيح. و ليكتمل البحث في موضوع أصل الفريضة لابد من بيان أصل الفريضة بالنسبة لبعض المسائل المتنوعة التي تتميز عن المسائل العادية بخاصيات معينة.

المبحث الأول: قواعد الحساب المعتمدة لتحديد أصل الفريضة :

تختلف باختلاف نوع الإرث

الفرع الأول: أصل الفريضة المتعلقة بورثة كلّهم عصبة :

الورثة كلهم عصبة بالنفس فإن مجموع رؤوسهم يكون مساويا لعددهم أما إذا كانوا عصبة بالنفس و عصبة بالغير معا فإن مجموع رؤوسهم يكون مساويا لعدد يعتبر فيه كل عاصب بالنفس إثنان و كل عاصب بالغير واحد.

مثال:

ماتت إمرأة عن أخوين لأب و ثلاثة أخوات لأب. أصل الفريضة سبعة.

الفرع الثاني: أصل الفريضة المتعلقة بأصحاب فروض :

إذا كان بعض الورثة أو كلهم أصحاب فروض فإن تحديد أصل الفريضة يتم بالإعتماد على الفروض المستحقة للورثة.

وهناك 6 أنواع فروض: النصف (2/1)، الربع (4/1)، الثمن (8/1)، الثلثان (3/2)، الثلث (3/1)، السدس (6/1).

مثال 1:

ماتت إمرأة عن زوج و إبن. صاحب الفرض في هذه المسألة هو الزوج و فرض الربع (¼)، فيكون أصل الفريضة أربعة.

أما عندما يكون من بين الورثة أكثر من صاحب فرض واحد فإنه يتم تحديد أصل الفريضة بالإعتماد على إحدى القواعد الأربعة الآتية :

أ) التماثل:

التماثل هو مساواة عدد لآخر و الحكم فيه يكون بالإكتفاء بالعدد. فإذا كان هناك عدة ورثة يرثون نفس الفرض فإن أصل الفريضة يكون مساويا للعدد الذي تقسم عليه التركة و يكون لكل صاحب فرض جزء منه و هو مقام الفرض. فمثلا يكون أصل الفريضة إثنان إذا كان هناك عدة أصحاب فروض يرثون النصف و يكون أصل الفريضة ستة إذا كان هناك عدة أصحاب فروض يرثون السدس.

ب) التداخل:

هو أن يكون أحد العددين أكبر من الآخر و أن يقسم الأكبر على الأصغر قسمة صحيحة لا انكسار فيها. و الحكم في التداخل هو الاكتفاء بأكبر العددين، كأن يكون من بين الورثة من يرث النصف بالفرض و آخر الربع بالفرض كذلك فيكون أصل الفريضة أربعة و أن يكون من بين الورثة من يرث النصف بالفرض و آخر الثمن بالفرض كذلك فيكون أصل الفريضة ثمانية.

ج) التوافق:

هو أن يكون أحد العددين أكبر من الآخر و أن لا يقسم الأكبر على الأصغر قسمة صحيحة لا انكسار لافيها و أن يكون بين العددين توافق يتمثل في إمكانية تسليط قاسم مشترك عليهما. و الحكم في التوافق هو قسمة أحد العددين على القاسم المشترك و ضرب نتيجة القسمة في العدد الآخر.

و في الواقع يكون التوافق في صورتين فقط و هما إجتماع صاحب الربع مع صاحب السدس و اجتماع صاحبة الثمن مع صاحب السدس.

د) التباين :

هو اختلاف تام بين عددين لا يوجد بينهما لا تداخل و لا توافق. و الحكم في التباين فهو ضرب أحد العددين في الآخر.

و في الواقع يوجد 3 صور للتباين و هي إجماع صاحب النصف مع صاحب الثلث و اجتماع صاحب الربع مع صاحب الثلث و اجتماع صاحبة الثمن مع صاحبات الثلثين.

المبحث الثاني: تصحيح أصل الفريضة :

يتم في العديد من الحالات اللجوء إلى تصحيح أصل الفريضة لتمكن كل وارث كل وارث من عدد صحيح من الأسهم، و يكون ذلك في أربعة حالات مختلفة :

الفرع الأول: تعدد المستحقين لفرض واحد أو للباقي بالتعصيب :

عندما يتعدد المستحقون لفرض واحد أو للباقي بالتعصيب نضطر إلى تصحيح أصل الفريضة إذا كان عدد الأهم المستحقة بالفرض أو بالتعصيب لا يقسم قسمة صحيحة على عدد المستحقين ليتمكن كل وارث من عدد صحيح من الأسهم لا إنكسار فيه.

و يتم التصحيح بالإعتماد على قاعدتي التوافق و التباين بين عدد الأسهم و عدد الرؤوس المستحقة لهذه الأسهم. لكن إذا تبين بعد التصحيح أنه يمكن تسليط قاسم مشترك على أصل الفريضة و على الأعداد المكونة لأنصبة الورثة فإنه يجب إختصار أصل الفريضة إلى أصغر عدد ممكن.

الفرع الثاني: المناسخة :

هي انتقال نصيب أحد الورثة إلى ورثته بسبب وفاته قبل قسمة التركة.

لكن إذا كانت ورثة الوارث المتوفى هي نفس ورثة المورث الأصلي و كان كل الورثة يرثون في كلا الحالتين بنفس الصفة فإنه للبحث عن أصل الفريضة لا يأخذ بعين الإعتبار إلا من كان على قيد الحياة من الورثة.

الفرع الثالث: العول :

العول في اللغة هو الجور و تجاوز الحد، يقال على فلان أي ظلم و تجاوز حدوده، أما في اصطلاح الفقهاء فالعول هو زيادة في أصل الفريضة يترتب عنها نقص في أنصبة الورثة و تسمى هذه الفريضة "فريضة عائلة".

و تكون الفريضة عائلة عندما يكون مجموع الأسهم المستحقة لأصحاب الفروض أكثر من أصل الفريضة، فنضطر إلى تصحيح أصل الفريضة بزيادة فيه تجعله مساويا لمجموع أسهم أصحاب الفروض.

و يترتب عن هذه الزيادة في أصل الفريضة نقص في أنصبة أصحاب الفروض بنسبة فروضهم. هذا ما جاء به الفصل 112 م أ ش الذي ينصّ على أنه " إذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة أنصباءهم في الإرث". و هكذا يتحمل كل وارث جزء من النقص بنسبة نصيبه في التركة.

ينحصر العول في 3 أنواع من أصول الفرائض و هم :

أ) عول الستة

تعول الستة إلى سبعة و ثمانية و تسعة و عشرة.

ب) عول الإثني عشر:

تعول الإثنا عشر إلى ثلاثة عشر و خمسة عشر و سبعة عشر

ج) عول الأربعة و العشرين :

تعول الأربعة و العشرون إلى سبعة و عشرين فقط.

الفرع الرابع: الرد :

الرد هو عكس العول لأن يؤدي إلى زيادة في أنصبة الورثة لوجود عدد من الأسهم بدون مستحق و ذلك لعدم وجود عاصب من بين الورثة يمكنه أخذ الباقي بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، فيكون الحل برد هذا الباقي على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم و ذلك بجعل أصل الفريضة مساويا لعدد الأسهم المكونة لمجموع أنصبة أصحاب الفروض، و تسمى الفريضة في هذه الحالة "فريضة قاصرة". و بالإظافة لهذه القاعدة جاء القانون التونسي بحكم آخر للرد بالفصل 143 مكرر جديد م أ ش يقضي بمنع العصبة من العمومة و الإخوة من الميراث عند إجتماعهم مع بنت أو بنت إبن ورد نصيبهم على البنت و بنت الإبن، و هذا الحكم هو في حقيقته حجب لأنه يؤدي إلى حرمان وارث بوارث آخر و هذا هو الحجب، لكنه حجب يؤدي إلى رد نصيب المحجوب لفائدة صنف واحد من الورثة و هم البنات و بنات الإبن فقط و لهذا سمي "ردا". من خلال الفصل 143 مكرر جديد م أ ش نوعان للرد:

أ) الرد لفائدة كل أصحاب الفروض عند فقد العصبة:

الأصل هو أن الرد يكون عند فقد العاصب من بين الورثة و عند بقاء شيء من التركة بدون مستحق فيقسم هذا الباقي على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم. فصل 143 مكرر جديد فقرة 1.

ب)الرد لفائدة البنت و بنت الإبن عند وجود العصبة من الإخوة أو العمومة:

المقصود بالعصبة من لإخوة و العمومة هنا هو العصبة من الحواشي مطلقا أي الأخ الشقيق و الأخت الشقيقة و الأخ للأب و الأخت للأب و أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب و الأعمام الأشقاء أو لأب و أبناء العم الأشقاء أو لأب.

عند وجود واحد من هؤولاء مع بنت أو بنت إبن يكون في الأصل عاصبا و يرث الباقي بعد أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم، و لكن بموجب الفقرة 2 من فصل 143 مكرر (جديد) م أ ش يرد الباقي على البنت و بنت الإبن.

المبحث الثالث: أصل الفريضة بالنسبة لبعض المسائل المتنوعة :

يمكن حصر أهم المسائل المتنوعة في ثلاثة أصناف :

الفرع الأول: المسائل التي لها أحكام خاصة بها :

أ) المسألة المشتركة:

نصّ عليها الفصل 144 م أش "إذا تركت المرأة زوجا و أما أو جدة و إخوة لأم وشقيقا فأكثر فإن الإخوة للأم و الأشقاء يقتسمون ما فضل عن فرض الزوج و الأم أو الجدة بينهم على السواء لا فرق في ذلك بين الذكر و الأنثى و الشقيق و الذي للأم، فلو كان مع الأشقاء إخوة لأب سقطوا".

و يختلف هذا الحكم عن القواعد العامة في كونه يجعل الإخوة الإشقاء و الإخوة للأم يشتركون في ما يبقى عن فرضي الزوج و الأم أو الجدة بينما الأصل هو أن يكون للأخوة للأم الثلث بالفرض و للشقيق الباقي بالتعصيب. و لكن نظرا لكون الفروض تستغرق كل التركة في هذه المسألة و لا يبقى شيء للعصبة أعتبر ثلث الإخوة للأم باقي يشترك فيه الإخوة للأم و الأشقاء على السواء لا فرق بين الشقيق و الذي للأم و لا بين الذكر منهم و الأنثى. و يهدف هذا الحكم الإستثنائي إلى تمكين الأشقاء من شيء من الميراث نظرا لكونهم يشتركون مع الإخوة للأم في القرابة التي تربطهم بالمورّث من جهة الأم.

ب)المسألة المالكية: (سميّت هكذا نسبة للإمام المالكي) :

نصّ عليه الفصل 145 م أ ش و هو "إذا تركت إمرأة زوجا و أما أو جدة و إخوة لأم و شقيقا فأكثر و جدا فللزوج النصف و للأم أو الجدة السدس و للجد السدس و للأخ الشقيق أو الذي للأب الباقي بالتعصيب و هو السدس و لا شيء للأخوة للأم".

و لكن في حقيقة الأمر هذا الحكم لا يختلف عن القواعد العامة إذ أن الجد في هذه المسألة يحجب الأخوة للأم حجب إقاط و يرث الأفضل من ثلاث و هو السدس أو ثلث الباقي أو مقاسمة الإخوة، و السدس أفضل له فيبقى سدس للعصبة من الإخوة الأشقاء أو للأب.

ففي المسألة المالكية رث الزوج النصف و ترث الأم أو الجدة السدس و يرث الجد السدس و هو الأفضل له و يرث الإخوة الشقاء أو لأب السدس الباقي بالتعصيب سواء كانوا عصبة بالنفس فقط أو عصبة بالنفس و صعبة بالغير معا.

ج) المسألة الأكدرية:

نصّ عليها الفصل 146 م أ ش و هي "إذا تركت المرأة زوجا و أما وأختا شقيقة أو لأب و جدا فللزوج النصف و للأم الثلث و للأخت النصف و للجد السدس لكن يجمع ما ينوب الأخت و الجد و يقسم بينهما الذكر مثل حظ الأنثيين".

يخرج هذا الحل عن القواعد العامة في كونه يجعل الشقيقة في آن واحد صاحبة فرض و عاصبة بالغير.

الفرع الثاني: المسائل التي يوجد فيها جنين من بين الورثة :

"يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ إبن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل و لا تقسم التركة".

فصل 148 م أ ش "إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فمن لا يتغير فرضه يعد حظه و من يتغير فرضه من الأكثر إلى الأقل يعط الأقل و من يسقط في إحدى حالتي الحمل لا يعطي شيئا".

=> يتضح من هذين النصين أنه لا يمكن قسمة التركة قبل ولادة الجنين إلا إذا كان الجنين لا يحجب بقية الورثة حجب إسقاط. و هنا يمكن قسمة التركة و ذلك بإيقاف من التركة للجنين الأكثر من نصيب ذكر واحد أو أنثى واحدة.

الفرع الثالث: المسائل التي تجتمع فيها الوصية مع الميراث :

يمكن تقسيمها إل ثلاثة أصناف:

أ) إجتماع وصية اختيارية مع ميراث:

عند اجتماع ميراث مع وصية اختيارية بجزء من التركة لا يتجاوز الثلث تقسم التركة مرة واحدة بين الموصى لهم و الورثة فيكون أصل الفريضة متعلقا بالتركة بكاملها.

ب)إجتماع وصية واجبة مع ميراث:

عند اجتماع وصية واجبة مع ميراث تقسم التركة مرة واحدة بين الموصى لهم و الورثة فيكون أصل الفريضة متعلقا بالتركة بكاملها.

ج) إجازة كل الورثة أو بعضهم للوصية بأكثر من ثلث التركة :

المبدأ هو أن الوصية سواء كانت إختيارية أو واجبة لا تصح لغير الوارث في ما زاد على ثلث التركة (فصل 179 م أ ش).

فالزائد على ثلث التركة لا يمضي إلا في حق الوارث الذي يجيزه، فإذا أجاز كل الورثة الوصية بأكثر من الثلث فإن هذه الوصية تنفذ في حق جميع الورثة، لكن إذا أجازها بعض الورثة و رفض البعض الآخر تنفيذها في ما زاد على الثلث فإن الزيادة لا تنفذ إلا في حق من أجازها من الورثة.

العنوان الثامن : مادة التشريع الإسلامي

- ينقسم التشريع الإسلامي إلى تشريع إسلامي خاص وتشريع إسلامي عام :

التشريع الإسلامي الخاص : تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم مثل البيع والشراء والكراء والزواج والطلاق والميراث.

التشريع الإسلامي العام :مجموع القواعد التي ترمي إلى تنظيم صلاحيات المؤسسات ذات الصبغة السياسية وأساليب الحكم.

- العلاقة بين الدين والقانون :

يتضمن الدين على غرار القانون بعض القواعد المنظمة لحياة الأفراد داخل المجتمع كمنع القتل والسرقة والزنا كما أن المجتمعات القديمة كانت خاضعة لأحكام الدين الذي استمدت منه قواعدها القانونية وكانت سلطة القضاء بيد رجال الدين.

أولا : نفي العلاقة بين الدين والقانون :

وقد نفى عديد من المفكرين ورجال القانون إمكانية قيام علاقة بين الدين والقانون .

فهذ المفكّر هشام جعيّط يؤكد في كتابه " الشخصية والمصير العربي الاسلامي " (2) ،ان مفهومه للاتكية التي يتبناها هو "ضرورة الفصل الجذري بين المؤسسات الاجتماعية والقانون وبين الدّين " ، ويرى ان " القرآن هو تشريع مقدس ولكنه وليد ظروف تاريخية واجتماعية وليس تعبيرا عن حقيقة الاهية مطلقة ، لذلك يوجد تناقض أساسي بين فكرة الحقيقة الالاهية المطلقة المنسوبة للقرآن وضرورة تقبّل القيم الحديثة ، وهذا التناقض يفرض عليها التشريع في الميدان الإجتماعي بعيدا وخارجا عن المعطى الديني " .

ويرى الاستاذ محمد الشرفي في كتابه مدخل لدراسة القانون " أن الدين والقانون ميدانان مختلفان لكل منهما مواضيعه الخاصة به " ... فدور الدين هو تهذيب الاخلاق وتنقية الضمائر واعطاء حلول لمشاكل من نوع آخر هي مشاكل الحياة والموت ...الخ زيادة على ذلك فان الدولة المعاصرة هي دولة لا تقوم على أساس الانتماء لدين ولكن على أساس الانتماء لوطن يجمع ضمنه كل المواطنين على اختلاف دياناتهم لذلك يجب أن تبقى الدولة هي صاحبة السيادة وان تعطي للمشاكل الاجتماعية حلولا قانونية دون الرجوع الى أي دين . " وانه من المنطقي اذن أن يكون الفصل تاما بين القواعد القانونية والقواعد الدينية ..... والدين يجب أن يظل دوما مسألة ضمير لا مجموعة من القواعد القانونية والعقوبات الزجرية

ثانيا : الإقرار بالعلاقة بين القانون والدين :

القانون ليس وليد الصدفة فكل مشرع خاضع حتما لإيديولوجيا معينة أي لمجموعة من الأفكار والتصورات والقيم التي يتبناها في ذلك العصر والمضمنة في الدستور أوالواقع حولها إجماع فقهي [39] .

من هنا فالقانون لا يمكن أن يكتفي بنفسه بعيدا عن الدين والأخلاق والمؤثرات الخارجية.

- تعريف التشريع الإسلامي : تعرف الشريعة بأنها الطريق الآمن و المستقيم .
- موضوع التشريع الإسلامي : الشريعة (الأحكام المنزلة) و الفقه (علم بالرأي و الإجتهاد) و الإجتهاد (الأحكام المستنبطة) .
- طبيعة القانون الإسلامي : هل هو قانون وضعي ؟

قانون وضعي : محمد آركون

[39] *الإسلام والخلافة في العصر الحديث ، نقد كتاب الإسلام وأصول الحكم ، محمد ضياء الدين،الرئيس 1976 ، ص 271.*

غير وضعي : منزل

- خصائص القانون الإسلامي :
- رباني المصدر
- الواقعية و التيسير
- العدل المطلق
- الموازنة بين الفرد و الجماعة
- العالمية
- المرونة و القابلية للتطور : و ذلك لإحتواء المصادر على أدوات تشريعية (القياس الإجماع المصالح المرسلة ...) و تطور الأحكام وتغير بتغير العلة و تغير العرف و العادة و الضرورة والحاجة والمصلحة العامة .

- مراحل التشريع الإسلامي :

- جذور النشأة : عصر التشريع في عهد الرسول صل الله عليه وسلم والخلفاء.
- الدور التأسيسي للفقه : العصر الأموي
- النهضة الفقهية : تأسيس المذاهب و تدوين الحديث
- التقليد و غلق باب الإجتهاد
- اليقظة الفكرية و حركة الإصلاح الديني

- مصادر القانون الإسلامي :

- المصادر الأصلية : القرآن و السنة و الإجماع .
- المصادر الفرعية : القياس و العرف و المصلحة .

<u>أولا</u>: القرآن الكريم :

- تعريفه: [هو كلام الله تعالى المعجز المنزل على سيدنا محمد باللفظ العربي، المنقول إلينا بالتواتر، المكتوب بالمصاحف، المتعبد بتلاوته، المبدوء بسورة الفاتحة، المختوم بسورة الناس].

- حجيته: اتفق جميع المسلمين على حجية القرآن الكريم، ووجوب العمل بمقتضى كل حكم ورد فيه، ويعد المرجع الأول الذي يعود إليه المجتهد لمعرفة حكم الله، ولا ينتقل إلى غيره من المصادر إلا عند عدم وجود الحكم المبتغى فيه.
- نزول القرآن منجما: اقتضت حكمة الله عز وجل أن ينزل القرآن مفرقا مستغرقا مدة الرسالة كلها.
- أنواع الأحكام التي اشتمل عليها القرآن الكريم: اشتمل القرآن الكريم على جميع الأحكام التي تخص الإنسان، ويمكن تصنيفها في الأنواع التالية: الأحكام الإعتقادية: وهي الأحكام المتعلقة بالعقيدة ./ الأحكام الأخلاقية: وهي الأحكام المتعلقة بأمهات الفضائل/ الأحكام العملية
- بيان القرآن للأحكام : جاء بيان القرآن للأحكام على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: بيان كلي أي بذكر القواعد والمبادئ العامة التي تكون أساسا لتفريع الأحكام وابتنائها عليها

النوع الثاني: بيان إجمالي، أي ذكر الأحكام بصورة مجملة تحتاج إلى بيان و تفصيل

النوع الثالث: بيان تفصيلي: أي ذكر الأحكام بصورة تفصيلية لا إجمال فيها، مثل: أنصبة الورثة، وكيفية الطلاق وعدده، وكيفية اللعان بين الزوجين، والمحرمات من النساء في النكاح.

- دلالة القرآن على الأحكام: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُون...﴾ [سورة الحجر، الآية 9].أما دلالة النص القرآني على الحكم فليست واحدة، فمنها ما هو قطعي الدلالة و منها ما هو ظني الدلالة.

ثانيا: السنة النبوية

- تعريف السنة:

أ. لغة: الطريقة المعتادة، حسنة كانت أو سيئة، ومنه قوله تعالى: ﴿سُنَّةَ مَنْ قَدْ أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنْ رُسُلِنَا وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا﴾ [سورة الإسراء، الآية 77]، ومنه قول رسول الله : (من سن

في الإسلام حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أجورهم شيء، ومن سن في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أوزارهم شيء) [مسلم وغيره].

ب. اصطلاحا: يراد بالسنة ما صدر عن النبي غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير.

- حجيتها: اتفق العلماء على أن السنة الصحيحة الثابتة التي صدرت عن رسول الله بقصد التشريع
- مرتبة السنة في الاحتجاج بها:تأتي السنة النبوية - في الاحتجاج بها - في المرتبة الثانية بعد القرآن الكريم، فالمفتي والمجتهد يرجع إلى الكتاب أولا ثم إلى السنة ثانيا في كل ما يطرح من سؤال أو يقع من قضية.
- تدوين السنة: من الثابت المعلوم أن السنة لم تكتب في عهد الرسول عليه السلام كما كتب القرآن، لأن الرسول نهاهم عن كتابتها خوف اختلاطها بالقرآن، وتوفي عليه السلام وهي محفوظة في صدور الصحابة كل على مقدار استعداده ومبلغ حضوره مجالس الرسول عليه السلام، وفي خلافة أبي بكر رضي الله عنه لم يفكر أحد في تدوينها للسبب السابق، ولقصر خلافة الصديق، فلما وليها عمر رضي الله عنه عرضت له فكرة التدوين، فشاور الصحابة فيها، فأشاروا عليه بجمعها، ولكنه مكث شهرا يستخير الله حتى انتهى إلى العدول عن هذا الأمر لأسباب منها:أنه وجد هذا العمل يصعب تنفيذه، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي تاركا سنته موزعة في صدور أصحابه وهم كثيرون تفرقوا في البلدان، كما كان يخشى اختلاطها بالقرآن وانشغال الناس بها عنه، ثم عرضت الفكرة للخليفة العادل عمر بن عبد العزيز في أواخر حياته، ففي عام 100ه أمر أبا بكر بن حزم قاضي المدينة أن يجمع السنة فامتثل، و لكن الخليفة توفي بعد عام في سنة 101ه، والعام الواحد لا يكفي لتحقيق هذا الطلب حينذاك، ولم يعن من جاء بعده من خلفاء بني أمية بهذا الأمر لانشغالهم بالسياسة وإدارة الحكم، إذا استثنينا ما روي عن هشام بن عبد الملك أنه لما تولى الحكم سنة 105ه حث ابن شهاب الزهري على تدوين الحديث بل قيل أنه أكرهه على

ذلك، وتوفي هشام سنة 125هـ.وفي عهد العباسيين جمعت السنة، وابتدأ تدوينها في منتصف القرن الثاني الهجري تقريبا في مكة والمدينة والشام ومصر والكوفة والبصرة، وكل بلد إسلامي وجد به علماء دونوا السنة، أمثال الإمام مالك بالمدينة، والإمام الأوزاعي بالشام، والإمام الليث بن سعد في مصر، وسفيان الثوري في الكوفة، إلا أن هذه المجموعات لم يصلنا منها إلا القليل، مثل: كتاب " الموطأ " للإمام مالك بن أنس، وهو يعطينا صورة عن الكتب التي ألفت في السنة حينذاك، وهي أنها كانت خليطا من الأحاديث و أقوال الصحابة و فتاواهم، و لم يعن أصحابها بالسنة عناية من جاء بعدهم ممن تخصص في جمع الأحاديث وترتيبها.تلك هي الخطوة الأولى في جمع السنة ثم تلتها الخطوة الثانية، وفيها عني أصحابها بإفراد أحاديث رسول الله عن فتاوى الصحابة وأقوال التابعين، و كانت هذه الخطوة على رأس المائتين للهجرة، و لكنها ابتدأت بطريقة المسانيد، وهي جمع أحاديث كل صحابي على حدا في جميع الأبواب، وهذه وإن كانت جردت الأحاديث من غيرها إلا أنها لم تفرد الصحيح من غيره.وفي القرن الثالث ظهرت طريقة جديدة، وهو تمييز الأحاديث الصحيحة من غيرها، والبحث عن الرواة، فكان هذا أزهى عصور الحديث، وفيه ألف البخاري المتوفى سنة 256هـ، ومسلم بن الحجاج المتوفى سنة 261هـ صحيحيهما، وأبو داود المتوفى سنة 275هـ، وابن ماجة المتوفى سنة 275هـ، والنسائي المتوفى سنة 303 سننهم، وكتب هؤلاء هي المعروفة بالكتب الستة، ويلحق بها مسند الإمام أحمد المتوفى سنة 241هـ.

- أقسام السنة:

أ. من حيث ماهيتها تنقسم إلى ما يلي:

1. سنة قولية: وهي ما نقل عن الرسول من قول على سبيل التشريع

2. سنة فعلية: و هي كل ما فعله الرسول صلى الله عليه و سلم على سبيل التشريع، مثل كيفية أدائه الصلاة، و أدائه مناسك الحج.

3. سنة تقريرية: هي استحسان النبي صلى الله عليه و سلم أو سكوته عن إنكار قول أو فعل صدر عن الصحابة.

ب. من حيث سندها: وانقسم العلماء في ذلك إلى قسمين:

الأول: يمثله علماء الحديث وجمهور علماء الأصول، ويقسمون السنة إلى: سنة متواترة وسنة آحاد.

الثاني: يمثله علماء الحنفية الذين زادوا السنة المشهورة.

1. السنة المتواترة: التواتر لغة التتابع، وفي الاصطلاح: ما رواه جمع عن جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب، أي ينقله عن رسول الله عليه السلام عدد كبير من الصحابة، ثم ينقله عنهم عدد من التابعين، و هكذا حتى يصل العلماء الذين قاموا بتدوين السنة وتسجيلها في القرنين الثاني والثالث الهجريين.

والسنة المتواترة تكثر في السنة العملية، وتقل في السنة القولية. والسنة المتواترة حجة كاملة، وتفيد العلم اليقيني القطعي في صحتها وثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

2. السنة المشهورة: وهي ما رواها عن النبي صلى الله عليه وسلم واحد أو اثنان، أي عدد لا يبلغ حد التواتر، ثم اشتهرت فنقلها جموع التواتر، ثم اشتهرت فنقلها جموع التواتر في عصر التابعين وتابعي التابعين، مثل ما رواه عمر بن الخطاب عن رسول الله أنه قال: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى).

3. سنة الآحاد: وهي ما يرويها عن النبي عدد لم يبلغ حد التواتر، ثم يرويها عنهم مثلهم وهكذا حتى تصل إلى عهد التدوين.

- السنة تشريع وغير تشريع: تنقسم السنة باعتبارها تشريعا أو غير تشريع إلى قسمين:

الأول: ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم باعتباره نبيا ومبلغا عن الله، فهذا يعتبر تشريعا للأمة بلا خلاف.

الثاني: ولا يعتبر تشريعا:

1. ما صدر عن الرسول عليه السلام من الأقوال والأفعال والتقريرات قبل البعثة.

2. ما صدر عنه بمقتضى طبيعته البشرية، كالأكل والشرب والنوم والمشي والتزاور...

3. ما صدر عنه بمقتضى الخبرة البشرية التي استقاها من تجاربه الخاصة في الحياة، كالتجارة والزراعة وقيادة الجيش ووصف الدواء وغير ذلك...

4. ما كان خاصا بالنبي صلى الله عليه وسلم مثل وصاله في الصوم والتزوج بأكثر من أربع زوجات والتهجد بالليل، واكتفائه في إثبات الدعوى بشهادة خزيمة وحده في مجال إثبات الواقعة.

- قطعية السنة و ظنيتها: إن السنة النبوية قد تكون قطعية الثبوت إذا كانت متواترة، وقد تكون ظنية الثبوت والنسبة إلى الرسول إذا كانت مشهورة أو كانت أحادية. ثم هي بعد ذلك - سواء أكانت قطعية الثبوت أم ظنية الثبوت والورود - قد تكون قطعية الدلالة على معناها إذا لم تحتمل معنى غيره، وقد تكون ظنية الدلالة إذا احتملت معنى آخر، فقوله : (أطعموا الجدة السدس) ظني في ثبوته، لأنه حديث أحادي قطعي في دلالته على أن فرض الجدة السدس، وقوله : (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب) ظني في ثبوته لكونه حديثا أحاديا، وظني في دلالته أيضا لاحتمال توجه النفي إلى صحة الصلاة، كما قال الشافعي، أي لا صلاة صحيحة، أو توجهه إلى كمال الصلاة كما قال الإمام أبو حنيفة أي لا صلاة كاملة.
- أنواع الأحكام التي جاءت بها السنة

<u>النوع الأول</u>: أحكام موافقة لأحكام القرآن ومؤكدة لها

<u>النوع الثاني</u>: أحكام مبينة لما جاء في القرآن

<u>ثالثا</u>: الإجماع

- تعريفه :هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم من الأحكام الشرعية العملية.
- حجيته:

أمن القرآن: قال تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقْ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ [سورة النساء، الآية 115].وأول من استدل بهذه الآية على حجية الإجماع هو الإمام الشافعي، كما ذكرت أمهات كتب الأصول و غيرها.

من السنة النبوية: روي عن رسول الله الكثير من الأحاديث التي تواتر معناها، وإن لم يتواتر لفظها لورودها بألفاظ مختلفة : (لا تجتمع أمتي على ضلالة) (لا تجتمع أمتي على خطأ) (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) (يد الله مع الجماعة) (من فارق الجماعة و مات فميتته جاهلية) (من خرج عن الجماعة قيد شبر فقد خلع رقبة الإسلام من عنقه).

- أنواعه :

الإجماع الصريح: و هو الإجماع الذي يبدي فيه كل واحد من المجتهدين برأيه صراحة في مسألة فقهية، و هو الإجماع المعتد عند جمهور العلماء.

الإجماع السكوتي: هو الذي يعلن فيه أحد المجتهدين عن رأيه في مسألة فقهية، ويسكت باقي المجتهدين دون إنكار عليه وقد ذهب الشافعي و بعض الحنفية إلى عدم الاحتجاج به،وذهب الإمام أحمد وأكثر الحنفية و بعض أصحاب الشافعي إلا أنه يحتج بالإجماع السكوتي، ودليلهم على ذلك ما يأتي:

أمثلة من الإجماع :

الإجماع على تحريم الزواج بالجدة استنادا إلى قول تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية 22] أي أصولكم، إذن فالجدة أم.

إجماع الصحابة على توريث الجدة السدس، استنادا إلى ما رواه المغيرة بن شعبة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم.

إجماع الصحابة على جمع القرآن في مصحف واحد.

- مرتبته: يأتي الإجماع في المرتبة الثالثة بعد القرآن والسنة، قال ابن مسعود: [إذا سئل أحدكم فلينظر في كتاب الله، فإن لم يجد ففي سنة رسول الله، فإن لم يجد فلينظر في ما اجتمع عليه المسلمون وإلا فليجتهد].

رابعا: القياس

- تعريفه : هو مساواة أمر لأمر آخر في الحكم الثابت له لاشتراكهما في علة الحكم.
- أركانه: يرتكز القياس على أربعة أركان هي:

الأصل: و هو المقيس عليه أو المشبه به.

الفرع: و هو المقيس أو المشبه (الواقعة أو الحادثة التي نريد معرفة حكمها.)

حكم الأصل: و هو الحكم الشرعي الذي يراد بيان مساواة الفرع للأصل فيه.

العلة: التي انبنى عليها تشريع الحكم في الأصل، و يتساوى معه الفرع فيها، و تسمى جامعا.

- حجيته: قال تعالى: ﴿...فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾ [سورة الحشر، الآية 2]، فالاعتبار هو القياس، و الآية أمرت بالاعتبار، و الأمر يفيد الوجوب، فيكون القياس واجبا على المجتهد.وإن القرآن يستعمل القياس في الإقناع و إلزام الحجة، فقد رد القرآن على منكري البعث الذين قالوا: ﴿...مَنْ يُحْيِ الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ﴾ [سورة يس، الآية 78]، بقوله تعالى: ﴿قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ...﴾ [سورة يس، الآية 79]، فقاس سبحانه إعادة المخلوقات وبعثها بعد فنائها على النشأة الأولى وبدء الخلقة، وبين أن من قدر على بدء الخلق قادر على إعادته، بل هو أهون عليه.وروي أن النبي صلى الله عليه و سلم بعث معاذا وأبا موسى الأشعري إلى اليمن قاضيين، كل واحد منهما

في ناحية، و أنهما لما سئلا قالا: إذا لم نجد في القرآن ولا في السنة نقيس الأمر بالأمر، فما كان أقرب إلى الحق عملنا به، فقال صلى الله عليه و سلم: أصبتما.

- شروط صحة القياس:

أ. شروط حكم الأصل:

1. أن يكون حكم الأصل ثابتا بالكتاب كحرمة الخمر الثابتة بالقرآن، أو ثابتا بالسنة، أو بالإجماع (في رأي كثير من العلماء).

2. أن يكون الحكم معقول المعنى، يعني أن يستطيع العقل إدراك علته كتحريم الخمر، فإن الخمر تدرك علته و هي الإسكار.

3. أن لا يكون حكم الأصل مختصا به، لأن الدليل الدال على هذا الاختصاص يمنع تعدي هذا الحكم إلى الفرع بطريق القياس.

ب. شروط الفرع:

1. ألا يكون قد ورد نص أو إجماع بحكم في الفرع يخالف القياس.

2. أن يتساوى الفرع مع الأصل في علة الحكم دون فارق جوهري بينهما، حتى لا يكون القياس قياسا مع الفارق.

ج. شروط العلة:

تتضح شروط العلة من خلال تعريفها، فالعلة هي الوصف الظاهر المنضبط المتعدي المناسب للحكم، فيشترط في الوصف الذي يعلل به الحكم ما يأتي:

1. أن يكون وصفا ظاهرا يمكن التحقق من وجوده و عدمه كالإسكار.

2. أن يكون وصفا منضبطا، له حدود معينة.

3. أن يكون وصفا متعديا غير قاصر، يعني يمكن وجوده في غير الأمر الأصلي المقيس عليه.

4. أن يكون وصفا مناسبا ملائما لتشريع الحكم، أي أن ربط الحكم به وجودا و عدما من شأنه أن يحقق مصلحة للناس أو أن يدفع عنهم مفسدة.

خامسا : المصالح المرسلة :

1- أنواع المصالح التي تقوم عليها الشريعة:

أ. المصالح الضرورية: (وهي التي تكون الأمة بمجموعها وآحادها في ضرورة إلى تحصيلها، بحيث لا يستقيم النظام باختلالها، بحيث إذا انخرمت تؤول حالة الأمة إلى فساد وتلاش).

وتتمثل هذه المصالح فيما يلي:1. الدين.2. النفس.3. النسل4. العقل 5. المال

ب. المصالح الحاجية: ويراد بها الأمور التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج عنهم، وبدونها لا يختل نظام حياتهم ولكنهم يحسون بالضيق والحرج. ومن أحكام رفع الحرج إباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض، وقصر الصلاة الرباعية في السفر، والتيمم عند فقد الماء أو عدم القدرة على استعماله.

ج. المصالح التحسينية: وهي ما يتعلق بمكارم الأخلاق، ومحاسن العادات كالطهارة، ولبس الجديد من اللباس، وكل ما يرتقي بحياة الناس إلى مستوى أفضل.

2- أقسام المصالح من حيث اعتبار الشريعة أو عدم اعتبارها لها:

أ. المصالح المعتبرة: وهي المصالح التي وردت نصوص لتحقيقها، فهي معتبرة بذلك في نظر الشريعة كالمصالح المذكورة آنفا.

ب. المصالح الملغاة: وهي المصالح التي وردت نصوص دالة على إلغائها مثل: دعوى مساواة الابن والبنت في الميراث، فتلك مصلحة ملغاة بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ...﴾ [سورة النساء، الآية 10].

ج. المصلحة المرسلة: وهي المصلحة المطلقة التي لم يرد نص يعتبرها أو يلغيها. كما تعرف بأنها: (المعاني التي يحصل من ربط الحكم بها وبنائه عليها جلب منفعة أو رفع مفسدة، ولم يقم دليل معين يدل على اعتبارها أو إلغائها).

3- أدلة المعتدّين بالمصلحة المرسلة:

من الأدلة التي استدل بها المعتدّون بالمصلحة المرسلة ما يلي:

1. أن المعروف أن مصالح الناس في تجدد مستمر، وأن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد، فإذا ما استجد أمر في حياة الناس، ولا يوجد نص يتناول ذلك، فإن القول باعتبار المصلحة ينسجم مع بقاء الشريعة وخلودها، (فأينما وجدت المصلحة فثم شرع الله).

2. حصول إجماع الصحابة على الاحتجاج بالمصلحة المرسلة، ويتجلى ذلك في تشريعهم لكثير من الأحكام تحقيقا لمصالح مطلقة، ومن ذلك ما يلي:

أ. تم جمع القرآن الكريم في مصحف واحد في عهد أبي بكر الصديق.

ب. لقد ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يستخلف أحدا بعده، ولما رأى أبو بكر الصديق رضي الله عنه أن مصلحة الأمة تقتضي استخلاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه صنع ذلك تحقيقا لتلك المصلحة،

ج. وضع عمر بن الخطاب للخراج وتدوينه تحقيقا للمصلحة.

د. حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه بتوريث المرأة التي طلقها زوجها في مرض موته بغية حرمانها من الميراث، وذلك معاملة بعكس مقصوده.

4. أهمية العمل بالمصلحة المرسلة: إن العمل بالمصلحة المرسلة يخدم مصالح الأمة، إذ أن الراسخين في العلم وولاة الأمور في إمكانهم تشريع ما يحقق مصالح الناس في إطار معالم الشريعة وروحها، ولا شك أن استجابة الشريعة لمصالح الناس المتجددة مظهر من مظاهر كمال الشريعة وصلاحيتها كل زمان ومكان.

5. شروط العمل بالمصلحة المرسلة: تشير كثير من المراجع إلى شروط لازمة للعمل بالمصلحة المرسلة تتمثل فيما يلي:

أولا: أن تكون المصلحة كلية، بمعنى أن تكون شاملة للكثير من الناس فإذا كانت خاصة فلا يعتمد عليها تشريع في الحكم.

ثانيا: أن تكون المصلحة حقيقية، بمعنى أن يكون تشريع حكم بناءا على تلك المصلحة من شأنه جلب النفع أو دفع الضرر.

ثالثا: أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشريعة، فإذا لم تكن كذلك لا يعتمد عليها في تشريع الأحكام.

رابعا: ألا تكون مصلحة ملغاة، فإذا ورد نص يلغي مصلحة معينة فلا مجال لتشريع حكم بناءً عليه.

6. مجال العمل بالمصلحة المرسلة:إن إدراك المصلحة يتحقق في المعاملات دون العبادات، لذلك فإن مجال العمل بالمصلحة المرسلة هو مجال المعاملات.

أمثلة لبعض الأحكام الصادرة بناءا على مصلحة:

أ. فرض الضرائب عند عدم وجود ما يكفي من المال لتحقيق مصالح الناس العامة.

ب. توثيق عقد الزواج تحديدا للمسؤوليات وحفظا للحقوق.

ج. النص على أن نقل الملكية من البائع إلى المشتري في عقد البيع يتم بعد تسجيله.

د. وضع قواعد المرور والإلزام بتطبيقها.

7. المصلحة المفسدة من حيث تعلق الخطاب بها شرعا:

يقول الإمام الشاطبي: (فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة في حكم الاعتياد فهي المقصودة شرعا، ولتحصيلها وقع الطلب على العباد ليجري قانونها على أقوم طريق وأهدى سبيل... وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر إلى المصلحة في حكم الاعتياد، فرفعها هو المقصود شرعا ولأجله وقع النهي).

سادسا : العرف

1- تعريفه: هو ما تعارف الناس واستقامت عليه أمورهم من قول أو فعل.

2- حجيته: ذكر العلماء جملة من الأدلة للاستدلال بها على حجية العرف أذكر منها:

أ. قوله تعالى: ﴿خُذْ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنْ الْجَاهِلِينَ﴾ [سورة الأعراف، الآية 199].

ب. قول الرسول : (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)، فهذا الحديث يوحي بحجية العرف.

ذهب جمهور الفقهاء إلى الاحتجاج بالعرف، ومع أنه قد اشتهر الأخذ به عند الحنفية والمالكية، فقد قيل أن الشافعي قد بنى أحكام مذهبه الجديد على عرف أهل مصر، وقد كان في مذهبه القديم ما بناه على عرف أهل العراق. يقول القرافي: [أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك].

3- أقسامه

تقسيم العرف إلى قولي وعملي:

تقسيم العرف إلى عام وعام:

4- شروط العمل بالعرف:

أولا: ألا يناقض العرف نصا قطعيا.

ثانيا: أن يكون العرف مطردا، أي في جميع الحوادث أو أغلبها، فلا عبرة بالعرف غير الغالب.

ثالثا: أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات موجودا عند إنشائها وذلك بأن يقارن الفعل دون تأخير عنه، فلو كان العرف طارئا فلا عبرة به.

رابعا: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه،

5. اختلاف الأحكام باختلاف العرف : وردت أحكام كثيرة مبنية على العرف، وكان اختلاف الأعراف سببا لاختلاف تلك الأحكام، وهذا الاختلاف يقال عنه: أنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.

سابعا : قول الصحابي

1- التعريف بالصحابي: الصحابي عند جمهور علماء الأصول هو من لقي النبي صلى الله عليه و سلم و آمن به و لازمه مدة كافية لإطلاق وصف الصحبة عرفا.

2- حجية قول الصحابي

أ. إشارة القرآن عن فضل الصحابة، و إعلان الرضا عمن تبعهم، والأخذ بأقوالهم و سنتهم هو إتباعهم. ﴿وَالسَّابِقُونَ الْأَوَّلُونَ مِنْ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنصَارِ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ وَأَعَدَّ لَهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي تَحْتَهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ [سورة التوبة، الآية 100].

ب. وردت أحاديث تجعل سنة الخلفاء الراشدين المهديين مع سنة رسول الله :

(فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء المهديين تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ).

(أنا أمان لأصحابي وأصحابي أمان لأمتي).

(خير القرون قرني، ثم الذين يلونهم).

ج. قال ابن قيم عن الفتوى التي يفتي بها الصحابة أنها (لا تخرج عن ستة أوجه:

الأول: أن يكون سمعها من النبي صلى الله عليه وسلم.

الثاني: أن يكون سمعها ممن سمعها منه.

الثالث: أن يكون فهمها من آية من كتاب الله فهما خفي علينا.

الرابع: أن يكون قد اتفق عليها ملأهم، ولم ينقل إلينا إلا قول المفتي بها وحده.

الخامس: أن يكون لكمال علمه باللغة ودلالة اللفظ على الوجه الذي انفرد به عنا، أو لقرائن حالية اقترنت بالخطاب، أو لمجموع أمور فهموها على طول الزمان من رؤية النبي صلى الله عليه وسلم ومشاهدة أفعاله وأحواله وسيرته وسماع كلامه، والعلم بمقاصده، وشهود تنزيل الوحي، ومشاهدة تأويله بالفعل فيكون فهم ما لا نفهمه نحن.

وعلى هذه التقادير الخمسة تكون فتواه حجة يجب إتباعها.

السادس: أن يكون فهم ما لم يرده الرسول صلى الله عليه وسلم واخطأ في فهمه، والمراد غير ما فهمه.

وعلى هذا التقدير لا يكون قوله حجة، ومعلوم قطعا أن وقوع احتمال من خمسة أغلب على الظن من وقوع احتمال واحد معين، هذا ما لا يشك فيه عاقل، وذلك يفيد ظنا غالبا قويا على أن الصواب في قوله دون ما خالفه من أقوال من بعده وليس المطلوب إلا الظن الغالب، والعمل به متعين).

وقد ذهب بعض العلماء إلى أن قول الصحابي ليس حجة اعتمادا على أدلة منها:

1. الصحابة غير معصومين من الخطأ، ومن لا عصمة له لا حجة لرأيه.

2. الصحابة سمحوا بمخالفتهم في الرأي.

3. رأي الصحابي ليس حتما أكثر امتيازا من غيره.

ويرى الأستاذ زكريا البري أن أراء الصحابة الاجتهادية ينبغي ألا تكون حجة ملزمة كالقرآن والسنة، وإنما يستأنس بها في استنباط الأحكام من النصوص.

ثامنا : الاستصحاب

1 تعريفه: استبقاء الأمر الثابت في الزمن الماضي إلى أن يقوم الدليل على تغييره.

2- حجيته: من الأدلة التي احتج بها القائلون بحجية الاستصحاب ما يأتي: أن استقراء الأحكام الشرعية يظهر أن الشارع يحكم ببقائها حتى يحدث ما يغيرها، فعصير العنب حلال إلى أن يصير خمرا، والعشرة الزوجية حلال بين الزوجين إلى أن يزول عقد الزواج، والمفقود يكون حيا بالاستصحاب إلى أن يقوم الدليل على وفاته، وله كل أحكام الأحياء.وإن مما فطر الله الناس عليه، وجرى به عرفهم في معاملاتهم وسائر عقودهم وتصرفاتهم أنهم إذا تحققوا من وجود أمر في الماضي غلب على ظنهم بقاؤه واستمراره ما دام لم يثبت ما ينافيه، كما أنهم إذا تحققوا من عدم وجود أمر غلب على ظنهم استمرار عدمه حتى يثبت لهم وجوده.

3- أنواعه: يقسم الاستصحاب إلى الأنواع الآتية:

الأول: استصحاب الحكم الأصلي للأشياء وهو الإباحة: يقرر جمهور الفقهاء أن الأصل في الأشياء الإباحة استنادا إلى الأدلة التالية:

قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا...﴾ [سورة البقرة، الآية 29]، وقوله: ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ...﴾ [سورة الجاثية، الآية

13]، وقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنْ الرِّزْقِ...﴾ [سورة الأعراف، الآية 32].

كما استدلوا بقول الرسول : (إن أعظم المسلمين في المسلمين جرما من سأل عن شيء فحرم من أجل مسألته)، وبقوله: (الحلال ما أحله الله في كتابه، والحرام ما حرمه الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه).

الثاني: استصحاب العدم الأصلي أو البراءة الأصلية، كالحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق حتى يوجد الدليل الدال على ما يشغلها.

الثالث: استصحاب ما دل العقل أو الشرع على ثبوته، فإذا استدان شخص من آخر مبلغا من المال فقد ثبتت مديونيته، وتبقى ذمته مشغولة بهذا الدين حتى يقوم الدليل على براءتها بسداد الدين أو الإبراء. وإذا ثبت الملك لشخص بسبب من أسباب الملك: كالبيع أو الإرث مهما طال الزمان اعتبر قائما حتى يقوم الدليل انتفائه بسبب طارئ، وإذا تزوج شخص امرأة وثبت ذلك فإنه يحكم ببقاء الزوجية ما لم يقم عنده دليل على الفرقة.

* قواعد شرعية مبنية على الاستصحاب: من القواعد الشرعية المبنية على الاستصحاب ما يلي:

1. الأصل في الأشياء الإباحة.

2.. الأصل في الإنسان البراءة.

3. اليقين لا يزول بالشك.

4. الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.

تاسعا : الاستحسان

1- تعريفه: عرفه الفقيه الحنفي أبو الحسن الكرخي بقوله: [هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسالة بمثل ما حكم في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول].

2.أنواعه:

النوع الأول: ترجيح قياس خفي على قياس ظاهر جلي لقوة تأثير القياس الخفي، ومثاله: ما قرره الفقهاء أن الشخص إذا وقف أرضا زراعية على جهة بر، فإن حقوقها من الشرب والمسيل والمرور تدخل في الوقف، ولو لم ينص في وقفه على ذلك، مع أن مقتضى القياس عدم دخولها إلا بالنص عليها كما في بيع الأرض، حيث لا تدخل في المبيع إلا بالنص عليها، ووجه الاستحسان أن الوقف لا يفيد ملك الموقوف عليه للمال الموقوف، وإنما يثبت له ملك المنفعة فقط، والأرض لا يمكن الانتفاع بها بدون حقوق الارتفاق، كما في عقد الإجارة، فهنا قيا سان: قياس ظاهر وهو إلحاق الوقف بالبيع من جهة أن كلا منهما يفيد إخراج المال من مالكه، وقياس خفي وهو إلحاقه بالإجارة من ناحية أن كلا منهما مقصود الانتفاع، فرجحوا الثاني.

النوع الثاني: استثناء مسألة جزئية من قاعدة عامة لوجه اقتضى هذا الاستثناء.

ومثاله أن المحجور عليه للسفه يصح وقفه على نفسه مدة حياته استحسانا استثناء من القاعدة العامة وهي عدم صحة تبرعاته، ووجه الاستحسان أن وقفه على نفسه يحفظ العقار الموقوف من الضياع للزوم الوقف، وعدم قبوله للبيع والشراء، فيتحقق الغرض الذي حجر عليه من أجله، وهو المحافظة على أمواله فهو استحسان يستند إلى المصلحة.

3- موقف العلماء من الاستحسان: ذهب الشافعي والظاهرية والشيعة إلى إنكار الاستحسان، بينما ذهب الجمهور إلى الاحتجاج به.

عاشرا : شرائع من قبلنا :

إنما المقصود بشرع من قبلنا ما لم يقره ولم يلغه شرعنا أيكون شرعا لنا ؟

ذهب جمهور الحنفية والمالكية والشافعية إلى العمل به، في حين ذهب بعض العلماء - ومنهم المعتزلة والإمام أحمد في رواية عنه - إلى أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا.

أدلة المؤيدين:

1. وحدة الشرائع السابقة، قال تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنْ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ...﴾ [سورة الشورى، الآية 13]، فهذه الآية يفهم منها وحدة الشرائع، لذلك ينبغي العمل بمقتضى أحكام الشرائع السابقة، إلا إذا ورد الدليل على نسخها أو كونها خاصة بأمة من الأمم.

2. أن الله تعالى أمر رسوله عليه السلام بإتباع الأنبياء والرسل السابقين، والإقتداء بهم، كما في قوله تعالى: ﴿أُوْلَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَاهُمْ اقْتَدِهِ...﴾ [سورة الأنعام، الآية 90]، وكما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنْ الْمُشْرِكِينَ﴾ [سورة النحل، الآية 123].

3. قوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ...﴾ [سورة المائدة، الآية 44]، وقوله: ﴿...وَفِي نُسْخَتِهَا هُدًى وَرَحْمَةٌ لِلَّذِينَ هُمْ لِرَبِّهِمْ يَرْهَبُونَ﴾ [سورة الأعراف، الآية 154]. وفي هاتين الآيتين دلالة على أن التوراة فيها هدى ونور ورحمة، لذا فكل حكم ورد فيها ولم يصرح بنسخه يجب العمل به.

4. صح عن الرسول أنه صام يوم عاشوراء، فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة، فرأى اليهود تصوم عاشوراء، فقال: ما هذا؟ قالوا: يوم صالح، نجى الله فيه موسى وبني إسرائيل من عدوهم فصامه موسى، فقال صلى الله عليه و سلم: أنا أحق الناس بموسى منكم فصامه وأمر بصيامه).

أدلة المخالفين:

1. إن الشرائع السابقة كانت مؤقتة بزمن محدد، و بأمم معينة و الشريعة الإسلامية نسخت كل من عداها من الشرائع لأنها جاءت عامة و شاملة. قال الرسول : (كان النبي يبعث إلى قومه خاصة ويبعث إلى الناس عامة).

2. إن النبي لما بعث معاذا إلى اليمن قال له: (كيف تقضي إذا عرض عليك قضاء ؟ قال بكتاب الله تعالى ،قال : فإن لم تجد ؟ فبسنة رسول الله صلى الله عليه و سلم، قال فإن لم تجد ؟ قال: اجتهد رأيي ولا ألو.فقال له الرسول صلى الله عليه و سلم: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله)، فلو كان العمل بالشرائع السابقة واجبا لذكره معاذ أو ذكره له الرسول عليه السلام، ولما جاز الاجتهاد بالرأي إلا عند عدم وجود الحكم فيها.

والراجح هو ما ذهب أليه جمهور الفقهاء، فقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ...﴾ [سورة المائدة، الآية 45]. استدل به الأحناف على قتل المسلم بالذمي والرجل بالمرأة أخذا من عموم قوله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ الذي يروي به ما كان مكتوبا في التوراة، كما استدل بعض العلماء على جواز عقد الجعالة أخذا من قوله تعالى: ﴿...وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [سورة يوسف، الآية 72]، فقد جعل لمن يأتي بصواع الملك جعلا مقداره حمل بعير، وقد رواه القرآن عن شريعة يوسف عليه السلام.

الباب الثاني
إصلاح اختبارات مناظرة القضاء

العنوان الأول : مواضيع الثقافة العامة

- تعتبر مادة الثقافة العامة فاتحة المواد في مناظرة الملحقين القضائيين وهي مادة تختبر الثقافة العامة للمترشح وموسوعية معلوماته الاقتصادية والسياسية والاجتماعية.
- يعتمد في تناول هذه المادة على منهجية المقال من مقدمة فجوهر فخاتمة تقيم فيها الأفكار وتفتح فيها الآفاق.
- تتعلق المقدمة دائما بإطار عام فإبراز أهمية الموضوع وراهنية طرحه الآن وهنا وتنتهي المقدمة بطرح إشكال يمهد لعناصر الموضوع.
- يهتم الجوهر بتحليل الفكرة التي يطرحها الموضوع ويمكن في هذا الإطار الاعتماد على مخطط تقسيمي في جزئين وفقرات فرعية متى أمكن ذلك أو الإعتماد على مقال مسترسل أو مقسم فقط لجزئين كبيرين وذلك حسب ما تقتضيه طبيعة الموضوع.
- يبرز المترشح في الخاتمة عند تناوله لموضوع الثقافة العامة تقييما للفكرة المطروحة في إطار الجوهر ويفتح آفاقا فيها.

وفيما يلي محاولة لإصلاح مواضيع الثقافة العامة بطريقة مبسطة لمزيد فهمها والاستفادة من الاختبارات السابقة استعدادا للاختبارات القادمة.

دورة 1988 : الصحافة ومدى علاقتها بالإجرام وتأثيرها على المجتمع والقضاء

إبراز الدور الرئيسي لوسائل الإعلام في إيصال المعلومات والبحث والتقصي وسط هذا العالم " القرية ".

تراوح دور الإعلام بين التأثير السلبي والتأثير الإيجابي للإعلام وربط هذا التأثير بالتغيرات الحالية في تونس وفي العالم بعد 2011.

تأثير الإعلام شمل عديد المجالات ومنها مجال القانون الجزائي وعالم الإجرام وهو ما أدى لتأثيره في تعاطي المجتمع وتعاطي القضاء مع الظاهرة الإجرامية ومع المتابعة الإعلامية للظاهرة الإجرامية.

مساحات في الصحف مخصصة لمتابعة الظاهرة الإجرامية : كان لومبروزو Cesare Lombrosoمن أشد المتحاملين على الصحف والمجلات حيث ربط بينها وبين ارتفاع نسبة الإجرام, وقد شبه الصحافة وعلاقتها بالإجرام بالحشرات التي تخرج من مواطن العفن فينتشر معها في كل أنحاء المجتمع. ورأي " أنها تنبش في الجرائم التي هي أشد قروح المجتمع عفنا, وأنها تسعي من أجل كسب حقير إلي بعث الشهوات البدائية من مرقدها وإلي إثارة أخبث أنواع الفضول لدي الطبقات الاجتماعية الدنيا .

الموضوع يطرح عدة مقاربات لعل أهمها :

المتابعة الصحفية للظاهرة الإجرامية: مساهمة في التقليص أم إشهار لها ؟

- الصحافة ودورها في صناعة الرأي العام
- القضاء بين موجبات الحياد وضغط الصحافة.

- يمكن الاعتماد على المراجع التالية للخوض في تفاصيل هذا الموضوع :

1 - مقال بعنوان " أثر وسائل الإعلام على الظاهرة الإجرامية " – منتديات ستار تايمز على الأنترنات http://www.startimes.com/?t=22217226 ----

2 - الصحف والمجلات وعلاقتها بالجريمة : الدكتور بكري يوسف بكري محمد – دكتوراه في القانون الجنائي جامعة باريس.

دورة 1989 : دور القضاء في حماية حقوق الإنسان

القضاء : وظيفته تطبيق النصوص القانونية التشريعية والسهر على إصدار أحكام قضائية باسم الشعب لتنفذ.اللجوء للقضاء من أجل حماية حقوق الإنسان أصبح مسألة أكيدة نظرا لقوة وحجية الحكم القضائي.

الأحكام القضائية عادة ما تكون منصفة لمنظومة حقوق الإنسان تطبيقا للنصوص وتشبعا بروح القانون والحق.

الفصل 49 من الدستور : يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أوالصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور."

أي دور للقضاء في حماية حقوق الإنسان ؟

- الدور الأساسي للقضاء في حماية حقوق الإنسان
- فاعلية نسبية للقضاء في حماية حقوق الإنسان

يراجع : الفصل 49 من الدستور : هبة للقضاء – مقال الأستاذ معتز القرقوري بجريدة المغرب.

دورة 1990 : تأثير الأخلاق على القانون

التمييز بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة القانونية فالأخلاق مجموعة المبادئ والمعايير المحددة لمعاني الخير والشر الموجودة في ضمير الجماعة غايته السمو بالنفس نحو مثل أعلى لسعادة الإنسان والمجتمع والقاعدة الأخلاقية قاعدة تحتوي على السلوك الإنساني السليم (مع الإنسان، الحيوان، الجماد) المبنية على القيم المطلقة (الحق، الصدق، الأمانة، الخير، الفضيلة ... الخ) والتي هي موجودة في الفطرة.

الجزاء الأخلاقي : هو جزاء معنوي : استنكار واشمئزاز المجتمع وتأنيب الضمير.

الفرق بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية : لا إلزام قانوني في القاعدة الأخلاقية - الجزاء على المخالفة الأخلاقية هو جزاء معنوي - مصدر القاعدة الأخلاقية ضمير المجتمع

وفطرة الفرد بينما مصدر القاعدة القانونية السلطة التشريعية - القاعدة الأخلاقية أوسع من القاعدة القانونية - القاعدة الأخلاقية غايتها المثالية أما القاعد القانونية فغايتها المنفعة.

أي تأثير للأخلاق على القانون ؟

" علاقة القانون بالأخلاق تأخذ أشكالا مختلفة متنوعة لكنها تؤكد كلها على إستقلالية المستوى القانوني في أخذه أو رفضه للمبادئ الأخلاقية." – نميز بين حالتين : تبني القانون للقواعد الأخلاقية التي تسود علاقات الفرد في الاجتماع والتعبير عنها حسب منطوقه ومنطقه أما الحالة الثانية فتواجد قواعد قانونية لا تصطبغ بالصبغة الأخلاقية لأسباب تتعلق بالسلم الاجتماعي مثل سقوط حق القيام بمرور الزمن يتغير حسب بعض الظروف الخاصة.

يراجع في هذا الإطار :

كتاب مدخل لدراسة القانون بداية من الصفحة 106 – الأستاذين علي المزغني ومحمد الشرفي.

Ripert: La régle morale dans les obligations civiles, quatrième éd. 1949.

دورة 1991 : اتحاد المغرب العربي في حاضره ومستقبله

- الحاضر : صعوبات كثيرة قانونية وواقعية
- المستقبل : رهين الإرادة السياسية والشعبية
- يمكن الإطلاع على تقرير " إتحاد المغرب العربي الواقع والتحديات " لمركز برق للأبحاث والدراسات – موجود على الأنترنت.

دورة فيفري 1992 : دور القضاء في تحقيق العدالة

يتم التطرق إلى هذا الموضوع عبر إبراز دور القضاء في تحقيق العدالة ثم إبراز مدى نسبية هذا الدور أمام الضغوط الواقعية القانونية والسياسية والمجتمعية.

القضاء مؤسسات تحقيق العدالة وترسيخها . وإذا كان من الممكن أن تتحقق العدالة دون قضاء فلا يمكن أن نتصور قضاء دون عدالة. .1 - القضاء وسيلة والعدالة غاية 2 - المهمة الأساسية للقضاء هي تحقيق العدالة .

إن ترابط العدالة بالقضاء هو في العصر الحاضر مبني على صحة القضاء بما فيه من إمكانات بشرية ومادية وتقنية وكلما ضعفت المعطيات السابقة في القضاء كلما قل هذا الترابط وأصبح القضاء بعيدا أوعاجزا عن تحقيق العدالة .

دورة سبتمبر 1992 : دور الفرد في حماية المحيط

دور الفرد في حماية المحيط : الحملات التحسيسية – الالتزام بالقوانين المتعلقة بالبيئة والمحيط .

الإشارة إلى نصوص القانون المكرسة لحماية المحيط سواء النصوص الوطنية أو النصوص الدولية .

الجيل الثالث لحقوق الإنسان.

دورة 1993 : حقوق الإنسان والسلم الاجتماعي

تكريس حقوق الإنسان ضمانة للسلم الاجتماعي : على مستوى النصوص وعلى مستوى المؤسسات

نسبية هذا التكريس : الإشارة إلى واقع حقوق الإنسان وتأثير هذا الواقع السلبي على السلم الاجتماعي المتذبذب

دورة 1994 : دور القضاء في تحقيق التنمية

دور القضاء لم يعد ينحصر في البث في النزاعات بين الطرفين أحدهما ظالم و الاخر مظلوم ، بل أصبح يلعب دورا مهما على مستوى تحقيق التنمية الشاملة و ترسيخ دولة الحق و القانون، فالعالم ، أصبح يتكلم لغة اقتصاد السوق و هيمنة عولمة الإقتصاد.

أدت تلك التحولات إلى هيمنة نمط اقتصاد السوق أي إعطاء الأولوية المطلقة في التعامل التجاري و المالي للتوازن الذي قد ينتج عنه اصطدام العرض بالطلب . فلم يعد القضاء مطالبا بالقيام بالمهام الكلاسيكية المتمثلة في إنزال العقوبة بالمجرم و إنما فتحت له القوانين الأخيرة مجالات أوسع في ضمان حماية المستهلك وفي دفع التنمية الاقتصادي خاصة فيما يتعلق بحسن تطبيق قوانين إنقاذ المؤسسات وقوانين الاستثمار.

دورة 1995 : القضاء وتحديات المستقبل

عديد التحديات : تحديات هيكلية – تحديات الاستقلالية – تحديات تشريعية – تحديات معلوماتية وتكنولوجية – تحديات وظيفية في حسن تطبيق القانون وضمان الحقوق والحريات.

مدى - كيفية الإستعداد لهذه التحديات : طرح المشاريع – تكاتف جهود المتعاملين مع المرفق القضائي : محامين وعدول ومواطنين وقضاة ومساعدين للقضاء.

دورة 1996 : حرية الفرد والحياة الاجتماعية

- التطرق إلى المفاهيم التالية : الحرية – الفرد – الحياة الاجتماعية
- تبيان ماهية العلاقة بين حرية الفرد والحياة الاجتماعية بما فيها من ضوابط

- ليس هناك ضرورة لوجود الحرية الفردية او الحرية المجتمعية في غياب ضوابط من مجموعة قوانين تنظم عملية ممارسة الحريات على مستوى الفرد او على مستوى المجتمع لأن في غياب القانون الضابط تكون ممارسة الحريات بشكل عبثي وذات نتائج مدمرة لذات الفرد ولذات المجتمع معاً.
- لا يوجد قانون في ظل كبح وقمع وغياب الحريات الفردية والمجتمعية .

دورة 1997 : القانون والبيولوجيا

- الأبحاث حول الخلايا الجذعية، والتجارب الوراثية، والاستنساخ: إن التطور الحاصل في العلوم الحياتية يمنح البشرية قوةً جديدة لتحسين صحتها ومراقبة الأنظمة التنموية الخاصة بكافة الكائنات الحية. إن المخاوف التي أثيرت بشأن التأثيرات الاجتماعية والثقافية والقانونية والأخلاقية التي قد تترتب عن هذا التطور قد آلت إلى إثارة أحد أهم النقاشات خلال القرن الماضي. وتمت صياغة كلمة جديدة لتشمل هذه المخاوف: أخلاقيات البيولوجيا.
- هناك قوانين تضبط عملية التحاليل والاختبارات البيولوجية مثل قانون المخابر الطبية لسنة 2006.
- أنشئت اللجنة الدولية لأخلاقيات البيولوجيا في العام 1993 وهي مؤلفة من 36 خبيراً مستقلاً يتولون متابعة التقدم المحرز في علوم الحياة وتطبيقاتها، مع السهر على احترام مبادئ كرامة الإنسان وحريته.
- ما هي المهمات المنوطة باللجنة الدولية لأخلاقيات البيولوجيا ؟-

تعزيز التفكير في المسائل الأخلاقية والقانونية التي يثيرها البحث في حقول علوم الحياة وتطبيقاتها

تشجيع تبادل الأفكار والمعلومات

تشجيع العمل الرامي إلى زيادة الوعي لدى الجمهور العام والمجموعات المتخصصة وصانعي القرارات في القطاعَين العام والخاص المعنيَين بأخلاقيات البيولوجيا

التعاون مع المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية المعنية بالمسائل المطروحة في مجال أخلاقيات البيولوجيا وكذلك مع اللجان الوطنية والإقليمية لأخلاقيات البيولوجيا والهيئات المماثلة

المساهمة في نشر المبادئ المحددة في إعلانات اليونسكو في حقل أخلاقيات البيولوجيا ، وفي تعميق النظر في المسائل التي يثيرها تطبيق هذه المبادئ وتطور التكنولوجيات ذات الصلة

- البيولوجيا علم يتطور ولكن للعلم ضوابط يفرضها القانون كي لا يتم التعدي على حياة الإنسان أو تشويه جسده.

دورة 1998: الإعلام والحياة الخاصة

المقاربة بين إعلام يقوم على الحرية – الحياة الخاصة محمية وغير قابلة للانتهاك

الحماية القانونية للحياة الخاصة : قانون المعطيات الشخصية – الدستور – المواثيق الدولية

الحماية القانونية لحرية الإعلام : مرسوم الصحافة – الدستور – المواثيق الدولية

ما المقصود بالحياة الخاصة للأفراد ما هي محدداتها إعلاميا ؟ ما هي التجاوزات التي يمكن أن ترتكبها وسائل الإعلام في تناولها لحياة الأفراد الخاصة ؟ما بين الحق في الاخصوصية و حرية التعبير أي الحقين أولى بالحماية ؟

دورة 1999 : الحق في محيط سليم

الحق في محيط سليم

- تحديد الجيل الذي ينتمي إليه هذا الحق وهو الجيل الثالث وتاريخ الظهور خاصة مع قمة ريو دي جانيرو
- التكريس الدولي والوطني لهذا الحق
- حدود هذا الحق تطبيقيا خاصة مع انسحاب عديد الدول من اتفاقيات المناخ الموقعة

دورة 2000: كونية القيم وخصوصية الثقافات.

هل هناك تعارض بين كونية القيم وخصوصية الثقافات ؟

- التطرق إلى المفاهيم : الكونية – القيم – الخصوصية – ما معنى الثقافة ؟
- تجليات كونية القيم
- أهمية الخصوصية الثقافية للشعوب
- هل هناك تعارض أم لقاء : صمويل هنتغتون كتاب صراع الحضارات وروجي غارودي كتاب حوار الحضارات.

دورة 2001: دور القضاء في حماية الأسرة.

أولا : فعالية القضاء في حماية الأسرة :

دور القضاء الفردي : قاضي الأسرة

قاضي الاسرة يندرج ضمن خيارات إحداث تخصص قضائي في شؤون الأسرة والأحوال الشخصية عموما.تنقيح جويلية 1993 وإحداث مؤسسة قاضي الأسرة صلب الفصل 32 من م أ ش.

قاضي الأسرة له خبرة القاضي الدرجة الثالثة وله إلمام بحالة الأشخاص وبالملفات التي تعرض عليه وهو الذي يكون له من الوقت الكافي للصلح ولمتابعة الملفات ويكون على علم دقيق بسلوكيات الأسرة وبتقنيات المعالجة وبتتبع حياة الأسرة وخاصة مصلحة الأبناء.

- تعدد المهام : الحضانة – النفقة – منحة السكن – الجلسات الصلحية في الطلق
- خصوصية الجلسات : تكون مكتبية وسرية وبحضور الطرفين في مستوى الجلسات الصلحية التي أصبحت وجوبية

دور القضاء في تركيبته الجماعية :

دائرة الأحوال الشخصية : تركيبة جماعية

قاضي الناحية : القاضي الأقرب للناس وقاضي السلم الاجتماعي

الأسرة مكون أساسي من مكونات المجتمع وحمايتها واجب منصوص عليه بالدستور التونسي لسنة 2014.

ثانيا : الصعوبات العملية للقضاء في حماية الأسرة :

- تحديد نفس الموعد للعشرات من القضايا
- على مستوى التطبيق لم يحقق الصلح القضائي في قضايا الطلاق كل النتائج المأمولة من وراء الإصلاحات التشريعية المتواترة والجهود القضائية المتواصلة.
- صعوبة وقلة التنسيق مع بقية الفضاءات والمهام الخاصة بالأسرة كمندوبي حماية الطفولة وقرى الرعاية للطفل .

- يطالع في هذا الإطار العدد عدد 4 لسنة 2008 في شهر أفريل من مجلة القضاء والتشريع وهو عدد خاص بأعمال ندوة علمية حول " مجلة الأحوال الشخصية دعامة لحقوق الإنسان "

دورة 2002: الحرية والحياة الاجتماعية.

متشابه مع موضوع دورة 1996

هل تحد الحياة الاجتماعية الحرية وتضبطها أم تطلقها ؟

- التطرق إلى المفاهيم التالية : الحرية ـــ الحياة الاجتماعية
- تبيان ماهية العلاقة بين الحرية في مفهومها الفردي والجماعي والحياة الاجتماعية بما فيها من ضوابط

- ليس هناك ضرورة لوجود الحرية الفردية او الحرية المجتمعية في غياب ضوابط من مجموعة قوانين تنظم عملية ممارسة الحريات على مستوى الفرد او على مستوى المجتمع لأن في غياب القانون الضابط تكون ممارسة الحريات بشكل عبثي وذات نتائج مدمرة لذات الفرد ولذات المجتمع معاً.
- لا يوجد قانون في ظل كبح وقمع وغياب الحريات الفردية والمجتمعية .

دورة 2003: حرمة الجسد والتدخل الطبي.

أي حرمة للجسد أمام التدخل الطبي ؟

التكريس القانوني لحرمة الجسد : على المستوى الدولي والوطني.

ضبط التدخل الطبي بحدود الحفاظ على حرمة الجسد

التجاوزات التطبيقية – سبل الحد منها

دورة 2004: المعطيات الشخصية وتطور تقنيات الاتصال.

أي معنى للحق في حماية المعطيات الشخصية أمام التطور التقني الاتصالي ؟

انظر في هذا الإطار مقالنا المنشور بمجلة نقطة قانونية تحت عنوان : " حماية المعطيات الشخصية في تونس : قصور المقاربة التشريعية والرقابية وسط غياب الوعي المواطني " – نقطة قانونية 6 جويلية 2017.

دورة 2005: القانون والمعلوماتية.

هل يمكن اعتبار المقاربة القانونية للمعلوماتية مقاربة تجريم أم إباحة ؟

- الجرائم المعلوماتية : حضور الجانب التجريمي في المعلوماتية
- التطرق إلى القوانين المتعلقة بالجانب المعلوماتي في تونس منها سواء في إطار فصول قانونية أو داخل قوانين مستقلة بذاتها
- اعتراف القانون بالميدان المعلوماتي : في المعاملات والإثبات والمصادقة الالكترونية

دورة 2006: القانون والأخلاق.

من أي منظور يمكن فهم العلاقة بين القانون والأخلاق ؟

" علاقة القانون بالأخلاق تأخذ أشكالا مختلفة متنوعة لكنها تؤكد كلها على إستقلالية المستوى القانوني في أخذه أو رفضه للمبادئ الأخلاقية." – نميز بين حالتين : تبني القانون للقواعد الأخلاقية التي تسود علاقات الفرد في الاجتماع والتعبير عنها حسب منطوقه ومنطقه أما الحالة الثانية فتواجد قواعد قانونية لا تصطبغ بالصبغة الأخلاقية لأسباب تتعلق بالسلم الاجتماعي مثل سقوط حق القيام بمرور الزمن يتغير حسب بعض الظروف الخاصة.

يراجع في هذا الإطار :

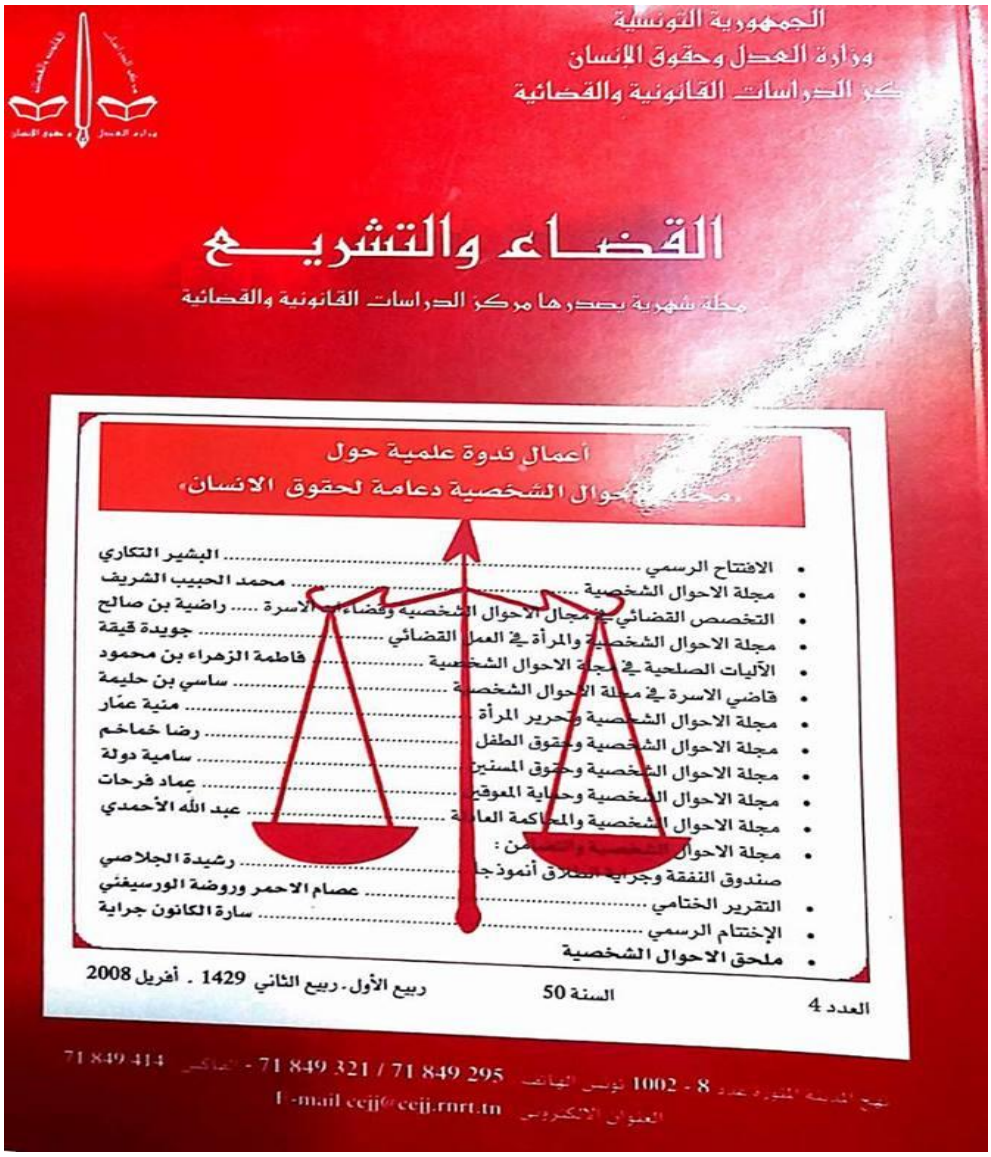
كتاب مدخل لدراسة القانون بداية من الصفحة 106 – الأستاذين علي المزغني ومحمد الشرفي.

Ripert: La régle morale dans les obligations civiles, quatrième éd. 1949.

دورة 2007: القانون والأسرة.

ماهي المقاربة القانونية المعتمدة في ميدان الأسرة ؟

- يطالع في هذا الإطار العدد عدد 4 لسنة 2008 في شهر أفريل من مجلة القضاء والتشريع وهو عدد خاص بأعمال ندوة علمية حول " مجلة الأحوال الشخصية دعامة لحقوق الإنسان "



دورة 2008: القانون والمساواة.

أي علاقة جدلية بين القانون والمساواة ؟

- التطرق للمفاهيم : القانون - المساواة
- القانون مكرس للمساواة في حالات وغائب في حالات أخرى
- التطبيق

دورة 2009: دور التكافل في بناء المجتمع.

أين يبرز دور التكافل في بناء المجتمع ؟

التكافل قيمة اجتماعية هامة.

التكافل : واجب على المواطن وحق للمواطن

- التكافل دور فاعل في بناء المجتمع
- قصور التكافل في بناء المجتمع

دورة 2010 : دور الشباب في المجتمع.

أي دور للشباب في المجتمع ؟

دور الشباب في المجتمع : مثبت بموجب الدستور في نسخته القديمة والجديدة

تنوع دور الشباب في المجتمع بتنوع الميدان : الخيري الاجتماعي – التربوي التعليمي – الثقافي – الاقتصادي – السياسي.

دورة 2012: حرية التعبير: الاطلاق والتحديد.

كيف يمكن فهم حرية التعبير في حديها بين الإطلاق والتحديد ؟

مفهوم حرية التعبير

التكريس القانوني الدولي والوطني لحرية التعبير

هل أن حرية التعبير مطلقة أم محددة ؟

هناك ضوابط 1 ولكنها ضوابط تفرضها حالة الضرورة ولا تبرر قمع هذه الحرية.

دورة 2013: دور المجتمع المدني في إرساء دولة القانون.

أي دور للمجتمع المدني في إرساء دولة القانون ؟

- المجتمع المدني جزء لا يتجزأ من دولة القانون
الفاعلية الإيجابية : سند للدولة ومقترح لسياستها ومنفذ لها في بعض الأحيان
- الفاعلية الواقعية للمجتمع المدني في تونس : طفرة في العدد – قلة في الفاعلية – المخاوف من الارتباطات الخارجية.

دورة 2014: العنف الأسباب والحلول.

أين تكمن أسباب العنف كظاهرة وماهي حلوله ؟

تنوع أسباب العنف : سياسية – دينية – ثقافية – اجتماعية قبلية

حلول ظاهرة العنف : بين القوة واللين : حلول قانونية – حلول واقعية

دورة 2015: القضاء و الإعلام

أي علاقة بين القضاء والإعلام ؟

- التطور الإعلامي وتنوع صناعة المحتوى
- القضاء دور هام في استقرار المجتمع وتتنوع أعماله بين السرية وواجب التحفظ وبين العلنية في الجلسات.
- علاقة تكامل : الكشف عن الجرائم والحقيقة : الصحافة الإستقصائية
- علاقة تعارض : كشف سرية التحقيقات – السر المهني للصحفيين

دورة 2016: الهجرة غير الشرعية.

كيف يمكن فهم الهجرة غير الشرعية : هل هي ظاهرة اجتماعية أم جريمة ؟

الهجرة ظاهرة اجتماعية :

- أسبابها متعددة : اقتصادية – اجتماعية – ثقافية
- نتائجها : هجرة الكفاءات – تجريم الظاهرة – تعامل سيء مع المهاجرين – اتفاقيات إقليمية لم تنجح في الحد منها.

أي حلول ؟

- الحلول الاقتصادية والاجتماعية
- الحلول : الوقاية قبل العلاج : الحملات التوعوية
- الحلول الوطنية والإقليمية

دورة 2017 : الإنسان يبني الكثير من الجدران والقليل من الجسور

- الإنسان يبني الكثير من الجدران :

- الجدران قد تكون واقعية عبر الحدود وقد تكون قانونية عبر القوانين المكرسة للانغلاق والسياسات الحمائية : سواء في الميدان الاقتصادي أو الثقافي أو الاجتماعي.
- عدم الرغبة في الانفتاح على الآخر وتفضيل الخصوصية والإنية على حساب الغيرية والقيم الكونية.
- سلبيات كثيرة تنتجها هذه السياسة أهمها : العزلة الدولية – التخلف التكنولوجي – الاستبداد الداخلي

- القليل من الجسور

- مازال العالم إلى حد اللحظة يسعى نحو الانفتاح نحو تجاوز الحدود الجغرافية عبر:
  - الاتفاقيات الإقليمية والدولية
  - عبر المؤسسات ذات الطابع الإقليمي والدولي سواء كانت مؤسسات حكومية أو غير حكومية.

كتاب حوار الحضارات : روجي غارودي

كتاب صدام الحضارات : صمويل هنتغتون

العنوان الثاني : مواضيع القانون المدني

دورة 1988 : الشرط كحالة من حالات الإلتزام

المقدمة :

إطار عام :

يتكون الإلتزام من ثلاثة عناصر أساسية أولها الرابطة القانونية التي تربط المدين بالدائن وتسمى كذلك عنصر المديونية؛ ثانيها محل الالتزام وهو الشيء الذي يلتزم المدين بأدائه للدائن وهو يختلف اختلافا جوهريا عن محل العقد باعتبار هذا الأخير يعني الشيء المتعاقد عليه؛ وثالثها طرفا الالتزام وهما الدائن والمدين. والالتزام هنا التزام بسيط ذو نفاذ فوري بمجرد الإتفاق على كامل فصول العقد غير أنه قد يلحق بعناصر الإلتزام عارض ما أو وصف ما فيتحول من إلتزام موصوف " بالبساطة " إلى إلتزام " موصوف " وفي التوصيف تعدد الفقاء وميزوا بين أوصاف عدة للإلتزام لعل أهمها الشرط والأجل وتعدد المحل.ويعتبر الشرط كحالة من حالات الإلتزام وصفا يتعلق بالرابطة القانونية أو المديونية فلا يكون وجودها محققا إلا بوجود هذا الشرط وتحققه.

تعريف المصطلحات :

يعرف الفقهاء الشرط [40] اقتباسا من الفقه الاسلامي والقانون الروماني والقوانين العصرية بأنه عبارة عن عارض مجهول تلازمه صفة الاستقبال.وقد عرف المشرع التونسي الشرط في الفصل 116 من م إ ع بأنه " الشرط تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يعلق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقق الوجود، والأمر المتحقق الوجود وقت التعاقد أو قبله لا يعد شرطا ولو جهل المتعاقدان وجوده ".

الأهميات الثلاث :

- ينهي هذا التعريف بالفصل 116 من م إ ع نقاشا فقهيا مطولا كان قد خاض الفقه الفرنسي حول مصدر الشرط هل هو مصدر إرادي كما حسم فيه الفصل أم هو مصدر قانوني وللمصدر آثار من حيث التعليق أو الإنقضاء وهي آثار تحددها الإرادة بإعتبارها المنشئة لهذا الشرط . كما أن فقه القضاء الفرنسي لم يعتد بجهل المتعاقدين عند تطبيقه لأحكام الفصل 1181 من المجلة المدنية الفرنسية [41].
- يمكن القول أن للشرط وظيفة مهمة حيث يمكن المتعاقد من التحكم في المستقبل ذلك أن كل قرار يتخذه هذا الأخير لا يشكل تصرفا إراديا بحتا بسبب تداخل عنصر الزمن فيه وهو عنصر لا يمكن تحديد ما يخبأه، لهذا فإن كل متعاقد حريص يحتاط من المستقبل ويتجلى هذا الاحتياط في التفكير بتروي في عواقب القرار الذي سيتخذه الانسان عندما يروم التعاقد.

إن فهم هذه الخصوصيات التي تميز مؤسسة الشرط بطريقة أكثر وضوح تتطلب منا دراستها للوقوف على أدق خصوصياتها ومن هنا تطرح الإشكالية التالية :

الإشكالية القانونية : ما هو النظام القانوني للشرط كوصف يلحق الالتزام؟

المخطط :

الجزء الأول : وجود الشرط

الفقرة الأولى : مقومات الشرط

1 - الشروط الذاتية : المصدر الارادي للشرط - الاثار المترتبة عن المصدر الارادي للشرط

2 - الشروط الموضوعية : الشروط المتعلقة بزمن حصول الشرط - امكانية ومشروعية الشرط

---

[40] *محمد المالقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي ص 151.*

[41] *ART 1181 c.civ. f « l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé mais encore inconnu des parties.*

الفقرة الثانية : جزاء الاخلال بمقومات الشرط
1 - عرض لمختلف حالات بطلان الشرط : حالات البطلان النسبي للشرط - حالات البطلان المطلق للشرط
2 - النظام القانوني لبطلان الشرط : القيام بالبطلان - آثار البطلان
الجزء الثاني : آثار الشرط
الفقرة الأولى : القوة الملزمة للشرط
1 - مبدأ القوة الملزمة للشرط : مفهوم القوة الملزمة للشرط - استثناءات مبدأ القوة الملزمة للشرط
2 - جزاء عدم احترام مبدأ القوة الملزمة للشرط : أساس جزاء عدم احترام مبدأ القوة الملزمة للشرط - طبيعة جزاء عدم احترام القوة الملزمة للشرط
الفقرة الثانية : تأثير الشرط على العقد والحقوق المترتبة عنه
1 - آثار الشرط التعليقي : الآثار المترتبة خلال فترة التعليق - آثار الشرط التعليقي بعد انتهاء فترة التعليق
2 - آثار الشرط الفسخي : آثار الشرط الفسخي خلال فترة التعليق (قابلية الالتزام للتنفيذ - الالتزام المعلق على شرط فسخي : حق مهدد) - آثار الشرط الفسخي بعد انتهاء فترة التعليق (في صورة تحقق الشرط – استقرار الالتزام عند عدم تحقق الشرط).

دورة 1989 : الضرر في المسؤولية المدنية

المقدمة :

إطار عام :

- الضرر ركن أساسي من أركان المسؤولية المدنية . الفصل 81 و82 من م إ ع.

تعريف المصطلحات :

- يفرق الفقهاء بين مصطلح الضرر الفعلي ويعني المساس من حرمة الشخص أو ماله والضرر القانوني المتمثل في الخسائر اللاحقة بالذمة المالية (P - Gviney jourdain).

الأهميات الثلاث :

- لم يعد الضرر ضررا محققا فقط حتى يتم التعويض عنه بل تطورت المسؤولية لتشمل أضرار محتملة الوقوع وتشكل خطرا على الإنسان خاصة منها الأضرار المتعلقة بالبيئة.
- التطرق إلى الأسس المسؤولية بين الأسس التقليدية كالخطأ والنظريات الحديثة كالضمان والحيطة وغيرها.
- يقلل بعض الفقهاء من أهمية التمييز بين الضرر الفعلي والضرر القانوني فيما يعتبره البعض الآخر تفريقا جوهريا ناهيك على النقاش المستفاض حول إمكانية تعويض الضرر الأدبي والضرر المحتمل الوقوع.
- فهم نظام الضرر ضروري لحفظ حقوق الأفراد والجماعات خاصة وأن قضايا التعويض في كل مجالات المسؤولية تحتل حيزا هاما وكبيرا في الميدان القضائي.

الإشكالية : ماهو النظام القانوني للضرر في المسؤولية المدنية ؟

المخطط :

الجزء الأول : خصائص الضرر

الفقرة الأولى : الضرر الثابت والمحقق

- مفهوم الضرر الثابت والمحقق
- الضرر المحتمل (مفهوم الضرر المحتمل – ضياع الفرصة).

الفقرة الثانية : الضرر الشخصي والمباشر

- الضرر بالتبعية
- الضرر الجماعي (الضرر البيئي الصرف)

الجزء الثاني : أنواع الضرر

الفقرة الأولى : الضرر المادي

- في المسؤولية التقصيرية
- في المسؤولية التعاقدية

الفقرة الثانية : الضرر الأدبي

- قابلية الضرر الأدبي للتعويض
- أنواع الضرر الأدبي (ضرر الألم – ضرر الموت – الضرر الجمالي – ضرر التمتع بالحياة – ضرر الإكتئاب – ضرر خدش العواطف والمعتقدات)

دورة 1990 : الخطأ في المسؤولية بسبب فعل الشخص

إطار عام :

التطرق لأنواع المسؤولية المدنية وعناصرها

تبيان عنصر الخطأ كأحد العناصر الضرورية والأساسية والتقليدية أيضا في ميدان المسؤولية المدنية

تعريف المصطلحات :

تعريف الخطأ

تعريف الفعل الشخصي

الأهميات الثلاث

تاريخيا : تطور أسس المسؤولية من الخطأ كأساس تقليدي إلى تجاوز لنظريات حديثة

نظريا : الإختلاف في فهم عناصر الخطأ وتفصيلاته

تطبيقيا : يبقى الخطأ عنصر اساسي للمسؤولية المدنية بدونه تنتفي وتحديده ضروري سواء في ميدان المسؤولية التقصيرية أو التعاقدية

الإشكالية : ماهي تجليات الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي ؟

الجزء الأول : الخطأ في المسؤولية التقصيرية

الفقرة الأولى : النظام القانوني للخطأ في المسؤولية التقصيرية
مفهوم الخطأ وأنواعه (عناصر الخطأ (التعدي وإدراك التعدي) أنواع الخطأ (العمدي وغير العمدي والخطأ بالفعل والخطأ بالترك) وكيفية تقدير الخطأ وضبط درجات الخطأ.

الفقرة الثانية : تطبيقات الخطأ وعلاقته بممارسة الحق

تطبيقات الخطأ (المعطيات الشخصية – الخطأ الرياضي ...)

الخطأ وممارسة الحق (التعسف في إستعمال الحق ومضار الجوار)

الجزء الثاني : الخطأ في المسؤولية التعاقدية

الفقرة الأولى : قيام المسؤولية التعاقدية بين الخطأ وعدم التنفيذ

الفقرة الثانية : الإلتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة

نشأة التفرقة من خلال النصوص والتطبيقات القضائية للتفرقة

معايير التفرقة

ينصح بالإطلاع على كتاب شروط المسؤولية المدنية للأستاذ سامي الجربي .

دورة 1991 : ضمان عيوب المبيع

المقدمة :

إطار عام :

عقد البيع أحد أهم العقود وأكثرها إبراما على أرض الواقع وهو عقد يفرض إلتزامات على كلا الطرفين البائع والمشتري لعل أهمها الإلتزام بضمان العيوب الخفية من قبل البائع تجاه المشتري.

نظم المشرع التونسي ضمان العيوب الخفية للمبيع بالفصول من 647 إلى 674 من م إ ع.

تعريف المصطلحات :

لا يلتزم البائع فقط بنقل ملكية المبيع للمشتري بل أن هذا الإلتزام يفترض ضمان البائع لأي عيب خفي مؤثر في المبيع وهو ما يعد أحد إلتزامات البائع التي يجب أن لا يخل بها وهنا مناط واجب ضمان عيوب المبيع.

الأهميات الثلاث

أقر هذا الضمان من قبل الفقه الإسلامي وقد كان يسمى خيار البيع المفروض.

إختلاف فقهي وتنوع حول تعريف العيب الخفي وكيف يعارض به المشتري العادي والمشتري المحترف وحول آثار دعوى الضمان .

على الجانب التطبيقي يحمل الموضوع أهمية كبرى لـتأثير معرفة ضمان العيوب في المبيع على إستقرار المعاملات .

الإشكالية :

ماهو النظام القانوني الذي أقره المشرع التونسي لضمان عيوب المبيع ؟

المخطط :

الجزء الأول : شروط الضمان القانوني لعيوب المبيع

- الفقرة الأولى : الشروط المتعلقة بالعيب : (1 توفر العيب حيث جاء بالفصل 647 أن العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو لا يمكن من بلوغ غايته الطبيعية أو العقدية. فالعيب يجب أن يكون هاما ينقص من قيمة المبيع نقصا محسوسا أو يجعله غير قابل للإستعمال فيكون المعيار هنا إقتصاديا موكولا لسلطة القاضي ومن يستعين به من الخبرة. – 2 أن يكون العيب خفيا هو خلاف العيب الظاهروقد ميز فقه القضاء بين المشتري العادي والمشتري المحترف 3 – أن يكون العيب قديما سابقا الفصل 650 و 651 من م إ ع.)
- الفقرة الثانية : شروط ممارسة دعوى الضمان : لا بد من تفحص المبيع فور وصوله – أجل القيام بدعوى الضمان هي سنة في العقارات و 30 يوما في المنوقلات بشرط مراعاة الإعلام على معنى الفصل 652 ويبدأ إحتساب الأجل من يوم التسليم وهي آجال سقوط ولا آجال تقادم).

الجزء الثاني : آثار الضمان القانوني لعيوب المبيع

- الفقرة الأولى : دعوى الفسخ : 655 من م إ ع
- الفقرة الثانية : دعوى الحط من الثمن أو دعوى تعويض الخسارة : الفصل 655 من م إ ع.

دورة فيفري 1992 + دورة 1993 : التضامن بين المدينين

المقدمة :

إطار عام :

من بين الآليات التي من شأنها أن توسع في نطاق الضمان من حيث تعدد الذمم المالية المتاحة للدائن عند المطالبة باستيفاء دينه نجد مؤسسة التضامن بين المدينين.

نظم المشرع هذه المؤسسة صلب الفصول من 174 إلى 190 المدرجة بالباب الرابع الوارد تحت عنوان " في الالتزامات التي حكمها الخيار في الطلب " من القسم الرابع من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود، بالاضافة إلى عدة نصوص أخرى متفرقة بمختلف المجلات القانونية وبعض النصوص الخاصة.

تعريف المصطلحات :

ورد تعريف التضامن بين المدينين صلب الفصل 176 من م.إ.ع الذي نص على ما يلي : "يحصل التضامن بين المدينين إذا كان جميع الدين واجبا على كل منهم وكان لرب الدين إلزام كل منهم بالوفاء بجميع الدين أو ببعضه لكن ليس له ذلك إلا مرة واحدة ".

الأهميات الثلاث :

يعد التضامن بين المدينين مؤسسة قانونية قديمة، تمتد جذورها إلى القانون الروماني الذي اهتم بتنظيمه ووضع أسسها القانونية، حتى أصبح المرجع الأساسي لمختلف التشاريع الحديثة.

التمييز فقهيا بين التضامن بين المدينين من جهة والتضامن بين الدائنين والامتيازات غير القالبة للقسمة والكفالة من جهة أخرى.

أهمية التضامن بين المدينين في إستخلاص الديون والوفاء بالإلتزامات .

الإشكالية : ماهي مميزات التضامن بين المدينين من حيث نشأته وآثاره ؟

الجزء الأول : نشأة التضامن بين المدينين

الفقرة الأولى : النشأة بموجب العقد

الفقرة الثانية : نشأة التضامن بين المدينين بحكم القانون أو ضروريات النازلة

الجزء الثاني : آثار التضامن بين المدينين :

الفقرة الأولى : الآثار المتصلة بعلاقة الدائن بالمدينين المتضامنين

الفقرة الثانية : الأساس القانوني لدعوى الرجوع للمدين على المدينين

دورة سبتمبر 1992 :مسؤولية الخادم عن فعل المخدوم

المقدمة :

أنواع المسؤولية المدنية : عن الفعل الشخصي – فعل الغير – فعل الشيء

مسؤولية الخادم عن فعل المخدوم تدخل ضمن المسؤولية عن فعل الغير

أسس المسؤولية هي علاقة التبعية

الإشكالية : فيم تتمثل مسؤولية الخادم عن فعل المخدوم ؟

المخطط :

الجزء الأول : شروط مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه

الفقرة الأولى : علاقة التبعية

الفقرة الثانية : حادث مرور + ارتباط الفعل بالوظيفة

الجزء الثاني : آثار المسؤولية عن فعل التابع

الفقرة الأولى : مسألة التفصي

الفقرة الثانية : ازدواج المسؤولية هن فعل التابع مع المسؤولية عن فعل الأشياء

دورة 1994 : التعسف في إستعمال الحق

المقدمة :

الإطار العام والأهميات والمصطلحات

أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق في القانون الروماني بداية ثم في الفقه الإسلامي

أهمية هذه النظرية ومدى إنطبقاها على ميدان المسؤولية التعاقدية

حفظ الحقوق وردها لأصحابها

نص عليها المشرع في الفصل 103 من م إ ع

الإشكالية :

ماهو النظام القانوني لنظرية التعسف في إستعمال الحق ؟

المخطط :

الجزء الأول : قيام التعسف

الفقرة الأولى : أساس التعسف (الفقه الروماني والإسلامي والأساس التشريعي الفصل 103 من م إ ع)

الفقرة الثانية : معيار التعسف (معايير قصد الإضرار ورجحان الضرر والمصلحة غير المشروعة)

الجزء الثاني : آثار التعسف

الفقرة الأولى : توسع نطاق التعسف

المسؤولية التقصيرية – فسخ الخطبة – تعسف الأغلبية على الأقلية في الشركات التجارية – فرض سعر في السوق

الفقرة الثانية : جزاء التعسف :

الفصل 103 إما تعويض عيني أو تعويض مالي.

دورة 1995 : أهلية التعاقد

أهلية التعاقد

المقدمة :

إطار عام

المعاملات القانونية والواقعية تقتضي وجود أفراد ناضجين يتمتعون بالشخصية القانونية وبالقدرة على الإيفاء بالتزامتهم وممارسة الحقوق المخولة لهم وهذا مناط الأهلية القانونية خاصة إذا ما تعلقت بمادة التعاقد.

تعريف المصطلحات : الأهلية هي قدرة الشخص على تحمل الإلتزامات وعلى إكتساب الحقوق وممارستها والأصل هو الأهلية.

الأهميات

الأهلية القانونية أصبحت يتمتع بها الإنسان بشروط معينة ومنصفة بعيدا عن شرو أخرى مجحفة في الحضارات السابقة التي لا تعطي الحق للعبيد للتعامل التعاقدي وتقسم المواطنين على أساس الطبقات.

الفقه يفرق بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء

لا تعاقد دون وجود أهلية قانونية ثابتة وهذا ما يؤدي إلى إستقرار في المعاملات والتعاقد ويجنب الوقوع في إشكاليات إبطال العقود والمعاملات.

الإشكالية : ماهي الشروط القانونية لإكتساب الأهلية في التعاقد ؟

المخطط

الجزء الأول : شروط إكتساب الأهلية :

الفقرة الأولى : الأصل هو إكتساب الأهلية

النص القانوني الفصل 5 من م إ ع : السن : 18 سنة

الفقرة الثانية : عناصر الأهلية :

أهلية الوجوب وهي القدرة على التمتع بالحقوق وأهلية الأداء وهي القدرة على ممارسة الحق.

الجزء الثاني : عوارض الأهلية

الفقرة الأولى : الأهلية المنعدمة

الصغير غير المميز

المجنون

الفقرة الثانية : الأهلية المقيدة

القاصر المميز

ضعيف العقل

دورة 1996 : حق الدائن في أموال مدينه _

دورة 2007 : حقوق الدائن على أموال المدين

إطار عام :

تعريف الإلتزام : رابطة بين دائن ومدين

تعريف المصطلحات

تعريف أطراف علاقة المديونية : الدائن – المدين – المديونية

الأهميات

النظرية : علاقة المديونية بين الرابطة الموضوعية والرابطة الشخصية ومدى إمكانية إستخلاص الدن من أكثر من ذمة مالية .

التطبيقية : إستقرار المعاملات والعلاقات الإقتصادية

الإشكالية : ماهي ضمانات حق الدائن في أمواله مدينه ؟

المخطط

الجزء الأول : حق الدائن العادي في أموال مدينه :

الفقرة الأولى : حق الضمان العام : مكاسب المدين ضمان لدائنيه

الفقرة الثانية : ضمانات حق الدائن في أموال مدينه

- الوسائل التحفظية : القيد الإحتياطي – العقل -
- الآليات ذات الطبيعة المختلطة : الدعوى البوليانية – دعوى الحلول – الدعوى المباشرة – دعوى التصريح بالصورية

الجزء الثاني : حق الدائن المتتمع بتأمين في أموال مدينه

الفقرة الأولى : التأمينات الشخصية : الكفالة

الفقرة الثانية : التأمينات العينية : الرهن – الحبس – الامتياز ...

دورة 1997 : القرائن القانونية

مفهوم القرائن القانونية : الفصل 479 من م إ ع : هي ما يستدل به القانون أو الحاكم على أشياء مجهولة.ويعرفها المشرع الفرنسي بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة.

الإشكالية : ماهو دور القرائن القانونية في علاقتها بالإثبات في المادة المدنية ؟

الجزء الأول : مقومات القرائن القانونية

الفقرة الأولى : القرائن القانونية إستثناء لعبء الضمان

الفقرة الثانية : مناط القرينة القانونية : محدد بموجب الفصل 480 م إ ع

الجزء الثاني : تصنيف القرائن القانونية

الفقرة الأولى : القرائن القانونية القاطعة

الفقرة الثانية : القرائن القانونية البسيطة

دورة 1998 : الترشيد

الترشيد نوعان : مقيد مطلق

آثاره : المعاملات المدنية والتجارية صحيحة

إمكانية الرجوع في الترشيد بتوفر الموجب

الفصل 157 .- إذا أتم الصغير المولى عليه "الثمانية عشر عاما كاملة"[1] ولم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر فإنه يصبح وجوبا رشيدا له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة.

الفصل 158 .- يمكن للحاكم ترشيد الصغير ترشيدا مقيدا أو مطلقا كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد إن قام لديه موجب في ذلك.

وتصرفات الصغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة.

الفصل 159 .- لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة.

دورة 1999 : سلطان الإرادة والنظام العام

الانطلاق من بيان أهمية العقد والعلاقات التعاقدية التي هي أساس ومحرك العلاقات الاقتصادية والاجتماعية

تعريف العقد وتعريف مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ رئيسي متحكم في إنشاء العقد باعتبارهذا الأخير هو التعبير على توافق إرادة مع إرادة أخرى.

إبراز الأهمية التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعد مبدأ تقليديا وأساسيا كرسه الفقه وأقرته المجلات والنصوص القانونية ولكن بدأ يتأثر بالواقع وبالتطبيق فأصبح مقيدا حفاظا على النظام العام والمصلحة العامة.

الإستخلاص إلى طرح الإشكالية المتمثلة في : إلى أي مدى يتأثر مبدأ سلطان الإرادة بموجبات النظام العام ؟

الجزء الأول : مبدأ سلطان الإرادة مبدأ عام

الفقرة الأولى : تجليات المبدأ :

الحرية التعاقدية – الحرية في تحديد مضمون العقد – الرضائية – العقد شريعة الطرفين

الفقرة الثانية : تأثر م إ ع بالمبدأ :

الرضائية – عيوب الرضا – القوة الملزمة للعقد

الجزء الثاني : النظام العام مقيد لمبدأ سلطان الإرادة

الفقرة الأولى : على مستوى الحرية التعاقدية : الشكلية

الفقرة الثانية : على مستوى حرية الأطراف :

مثل الشفعة وعقود النفول والقواعد الآمرة التي لا يمكن الإتفاق على مخالفتها.

دورة 2000 : عبء الإثبات

الجزء الأول : المبدأ : تحمل المدعي عبء الإثبات :

الفقرة الأولى :الأساس القانوني :

420 م أ ع إمتداد للفقه الروماني و الإسلامي / 561 الأصل براءة الذمة حتى يثبت تعميرها / 562 الأصل بقاء ما كان على ما كان و على من يدعي غير ذلك الإثبات .

الفقرة الثانية :تطبيق المبدأ :

حياد القاضي.

المدعي كل من يدعي شيئا في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

الجزء الثاني : الإستثناء : القرائن القانونية :

الفقرة الأولى : القرينة القانونية القاطعة :

حجية مطلقة لا تقبل الدحض إلا بالزور كقرينة إتصال القضاء و التقادم و البطلان .

الفقرة الثانية :القرينة القانونية البسيطة :

حجية نسبية كالحوز و النسب و حسن النية .

دورة 2001 : بطلان الإلتزام

- التفاصيل موجودة في درس البطلان

الجزء الأول : قيام البطلان

الفقرة الأولى : حالات البطلان

الفقرة الثانية : إنقضاء حق القيام بالبطلان

الجزء الثاني : آثار البطلان

الفقرة الأولى : نسبية الاثر الرجعي للبطلان

الفقرة الثانية : البطلان الجزئي وتحول الإلتزام

دورة 2002 : الكتب

الإشكالية : أي حضور للكتب كوسيلة من وسائل الإثبات ؟

الجزء الأول : أنواع الكتب

الفقرة الأولى : الحجة الرسمية

الفقرة الثانية : الحجة الخطية ونسخ الكتائب

الجزء الثاني : مقبولية الكتب كوسيلة من وسائل الإثبات

الفقرة الأولى : في الوقائع القانونية

الفقرة الثانية : في التصرفات القانونية

دورة 2003 + دورة 2010 : الأثر النسبي للعقد

الإشكالية : فيم يتمثل مبدأ الأثر النسبي للعقد ؟

الأثر الأول : مبدأ النسبية العقدية : 240 / 37 م إ ع

1 / نسبية الأثر الإلزامي للعقد :

+ يشمل الأثر الإلزامي الأطراف المتعاقدون . الخلف العام و الخلف الخاص و الدائنون العاديون

+ الغير لا ينجر له نفع و لا ضرر

2/ المعارضة بالعقد :

+ حق المتعاقدين في الإحتجاج بالعقد على الغير

+ حق الغير في الإحتجاج على المتعاقدين إذا ما إنجر له ضرر

دورة 2004 : القاضي والعقد

الإشكالية : القاضي والعقد أي علاقة وأي مهمة ؟

- مراقبة صحة العقد

من حيث أركانه : البطلان

من حيث صنفه : تكييف العقود

- مراقبة تنفيذ العقد

تفسير العقد

العمل على صحة أعمال التنفيذ

التفاصيل تم التطرق لها ضمن دروس الإلتزامات والعقود بالكتاب.

دورة 2005 : التقادم

الإشكالية : أي دور للتقادم في المادة المدنية ؟

غايات التقادم :

- الحفاظ على المصلحة
- إستقرار المعاملات والوضعيات العقارية والإقتصادية

التقادم مكسب للملكية : مجلة الحقوق العينية

- في الحوز (سبب من أسباب إكتساب الملكية.

التقادم مسقط للحق : سبب لإنقضاء الإلتزامات : م إ ع و م م م ت

- آجال سقوط عامة للدعوى (15 سنة - هناك بعض الدعاوي لا تسقط بمرور الزمن)
- آجال سقوط خاصة (المادة الشغلية – مادة الضمان الإجتماعي – المادة التجارية – عيوب الرضا...)

دورة 2006 : الخطأ

الخطأ : أساس للمسؤولية المدنية : أساس تقليدي

قائم على فكرة المسؤولية الذاتية : الفصل 82 والفصل 83 من م إ ع

نظريات أخرى لقيام المسؤولية : التبعة – نظرية الضمان ...

الإشكالية : أي مكانة للخطأ في المسؤولية المدنية ؟

الخطأ في المسؤولية عن الفعل الشخصي :

- الخطأ في المسؤولية التقصيرية
- الخطأ في المسؤولية التعاقدية

الخطأ والمسؤولية عن فعل الشيء والغير

- فعل الشيء
- فعل الغير

دورة 2008 : انحلال عقد الزواج

المقدمة :

إطار عام : قانون الأسرة وتنظيم الأحوال الشخصية عموما بموجب م أ ش الرائدة في هذا المجال

الزواج والنقاش الفقهي حول كونه عقد أم مؤسسة وآثاره المالية والشخصية

إزدياد حالات إنحلال عقد الزواج إما بموجب الطلاق الذي يعتبر أكثر الحالات شيوعا في تونس وإما بموجب البطلان.

ماهي حالات إنحلال عقد الزواج ؟

الجزء الأول : الزواج الباطل

الفقرة الأولى : صور البطلان

- الزواج الفاسد : الفصل 21 من م أ ش : التنافي مع جوهر العقد
- غياب الكتب الرسمي : الفصل 36 الزواج على خلاف الصيغ القانونية : البطلان والسجن لمدة 3 أشهر.

الفقرة الثانية : آثار البطلان :

- على معنى الفصل 21 من م أ ش : بطلان الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر أما الدخول فيترتب عنه إستحقاق المرأة للمهر وثبوت النسب والعدة وحرمة المصاهرة حسب ما ينص عليه الفصل 22 من م أ ش.
- على معنى الفصل 36 من م أ ش : يترتب عليه ثبوت النسب والعدة وحرمة المصاهرة.

الجزء الثاني : إنحلال العلاقة الزوجية بموجب الطلاق:

الفقرة الأولى : نطاق الطلاق

الفصل 29 من م أ ش : الطلاق هو حل عقدة الزواج.

- صور الطلاق : الفصل 31 من م أ ش : بالتراضي – للضرر – إنشاء
- إجراءات الطلاق : الفصل 30 : الطلاق أمام المحكمة بمراحل صلحية وجوبية قبل الطور الحكمي وبأحقية الطعن فيه بالإستئناف والتعقيب سواء فيما تعلق بمبدأ الطلاق أو بفروعه المالية.

الفقرة الثانية : آثار الطلاق

- أثار الطلاق المادية : تعويض الضرر – نفقة العدة – نفقة الابناء – الهدايا ومتاع البيت وجهاز الزوجة
- آثار الطلاق الشخصية : الحضانة وحق الزيارة والإستصحاب.

دورة 2009 : عدم الوفاء بالإلتزام

مبدأ القوة الملزمة للعقد : الفصل 242 م إ ع : الوفاء بالإلتزام مع تمام الأمانة.

الجزء الأول : النظام العام لعدم الوفاء بالإلتزام

الفقرة الأولى : الأساس القانوني : المسؤولية التعاقدية :

الفقرة الثانية : آثارها : التعويض عن الضرر المادي بطلب تعويض الخسارة عند مماطلة المدين الفصل 268 م إ ع وتعويض الخسارة يخضع لإجتهاد القاضي أو بالإتفاق الفصل 278 م إ ع.

الجزء الثاني : النظام الخاص لعدم الوفاء بالإلتزام في العقود الملزمة لجانبين :

الفقرة الأولى : الدفع بعدم التنفيذ

- الإمتناع عن التنفيذ إلى أن يؤدي الطرف الآخر إلتزامه
- يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الحبس الذي هو وسيلة تنفيذ
- آثار الدفع بعدم التنفيذ : التوقف عن تنفيذ الإلتزام

الفقرة الثانية : الفسخ

- نطاق الفسخ : في العقود الملزمة لجانبين وفي العقود الملزمة لجانب واحد إذا كانت بعوض مثل الوكالة والوديعة.ويشترط في تحقق الفسخ أن يكون تنفيذ الإلتزام مستحيلا.
- آثار الفسخ : محو الآثار بالنسبة للأطراف والغير بصفة رجعية بإستثناء العقود الزمنية التي يمتد فيها البطلان نحو المستقبل فقط كالكراء .

دورة 2012 : تفسير العقد

أهمية تفسير العقد لتجاوز الوضعيات الغامضة

تعدد طرق التفسير وتعدد نظريات التفسير الفرنسية والألمانية

- الجزء الأول : تطور تفسير العقد
- الفقرة الأولى : جدوى التفسير

النظرية الذاتية الفرنسية (التفسير يكشف الإرادة)

النظرية الموضوعية الألمانية (الأخذ بالإرادة الصحيحة)

- الفقرة الثانية : قابلية التفسير

الفصول 315 – 515

شرط قبول التفسير : غموض العبارات أو وجود تناقض 514

جزاء مخالفة الشرط : خطأ : تعريف موجب للنقض

- الجزء الثاني : طرق التفسير
- الفقرة الأولى : البحث عن الإرادة المشتركة:
  - 517 تأويل الفصول ببعضها البعض
  - 518 : عبارة ذو معنيين الأخذ بما فيه فائدة
- الفقرة الثانية : ضرورة إحترام قواعد العرف والإنصاف وحسن النية
  - الفصول من 516 إلى 523 : مراعاة القواعد الآمرة في التفسير.

دورة 2013 : التحليل الجيني وإثبات النسب

إنّ معرفة الحقيقة هاجس متأصّل لدى الإنسان وفي مادّة إثبات البنوة فإنّ الهاجس الأساسي والسؤال الذي ما انفك يطرح تساؤلات رجال القانون هو مدى تطابق الحقيقة البيولوجيّة وتوافقها مع الواقع القانوني.

لذلك تعتبر آلية التحليل الجيني آلية علمية حديثة لإثبات النسب ولكنها تبقى آلية مضبوطة بمقتضى أحكام القانون الذي يحدد حالات الإلتجاء للتحليل الجيني وضوابطه وحجيته الثبوتية.

فأي دور للتحليل الجيني في إثبات النسب ؟

الجزء الأول : ميدان إجراء التحليل الجيني

الفقرة الأولى : التحليل الجيني في دعوى إسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب :

جاء في الفصل الأوّل من قانون 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد اللّقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب في فقرتة الثانية أنّه :" يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصّة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أنّ هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

ميدان محدد بموجب القانون.

الفقرة الثانية : مدى إمكانيّة إعتماد التحليل الجيني كوسيلة لإثبات النسب الشرعي:

القرار المبدئي لمحكمة التعقيب المؤرّخ في 18 جويلية 1968 والذي جاء فيه : " إنّ الفصل 68 م أ ش حصر الحجج التي يسوّغ للقاضي الاسناد إليها لإثبات النّسب وتفريعا على ذلك يكون قابلا للنقض الحكم الذي إنبنى على مجرّد قرانن لإثبات النسب"

الجزء الثاني : الإشكالية الإجرائية المتعلقة بالتحليل الجيني في إثبات النسب

الفقرة الأولى : السلطة المختصّة بإصدار الإذن بإجراء التحليل الجيني

الفقرة الثانية : الحقّ في السّلامة الجسديّة ورفض الخضوع للتحليل الجيني

هل يمكن إجبار شخص على إجراء التحليل الجيني؟

لا يمكن ذلك لأنّه يتنافى مع مبدأ احترام الحرمة الجسدية للشخص. ولكن يمكن للمحكمة أن تبتّ في دعوى إثبات الأبوة بالاعتماد على كل ما يتوفر لديها من قرائن و أدلة (الفصل 3 مكرر من قانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07 جويلية 2003). وقد يمثل امتناع المُدّعي عليه في حدّ ذاته قرينة على أبوّته. ولكنها قرينة بسيطة تبقى دائما قابلة للدحض وإثبات العكس.

- لفهم الموضوع يمكن الإطلاع أساسا على : إثبات النّسب بين م أ ش والقانون عدد75 لسنة 1998. رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء إعداد الملحق القضائي : أنيس سكمة .

دورة 2014 : شبه العقد

الجزء الأول : شبه العقد مصدر من مصادر الإلتزام :

- الأساس القانوني : الفصل 2 من م إ ع : التعريف : شبه العقد فهو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير
- تطبيقات شبه العقد : عمل الفضول والإثراء دون سبب ودفع ما لا يلزم : تفصيل الشروط القانونية لهذه التطبيقات بالإعتماد على الفصول القانونية المؤسسة لها. (التفاصيل في الدروس التي فصلناها سابقا)

الجزء الثاني : الآثار المترتبة عن شبه العقد

- الدعوى
- الحق في التعويض

دورة 2015 : الدعوى البوليانية

ماهو النظام القانوني للدعوى البوليانية ؟

المخطط :

الجزء الأول : شروط قيام الدعوى البوليانية

الفقرة الأولى : الشروط المتعلقة بالأطراف

الفقرة الثانية : الشروط المتعلقة بالتصرف

الجزء الثاني : جزاء الدعوى البوليانية

الفقرة الأولى : غياب الجزاء التشريعي

الفقرة الثانية : الإختلاف الفقهي والفقه القضائي حول جزاء الدعوى البوليانية

دورة 2016 : الشرط التغريمي

الشرط التغريمي – الجزائي هو عبارة عن مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان وقت إبرام العقد لتعويض الخسارة المتوقعة من جراء عدم الوفاء أو من تأخيره.

- نظريا : تخلى المشرع في الصيغة النهائية ل م إ ع عن تنظيم الشرط التغريمي لأسباب راجعة بالأساس لأنه مخالف للفقه الإسلامي لما يتضمنه من إمكانية ربح غير مسبب إلا أن فقه القضاء أقر صراحة صحته ومبدأ ثبوته.

القرار المبدئي لمحكمة التعقيب بتاريخ 29 أفريل 1975 :

الجزء الأول التكريس الفقه قضائي لإمكانية إقرار الشرط التغريمي

الفقرة الأولى : مبررات وجود الشرط التغريمي حسب فقه القضاء

- مبدأ الحرية التعاقدية
- مبدأ القوة الملزمة للعقد

الفقرة الثانية : أي شرط يؤسسه فقه القضاء ؟

شرط تغريمي ذو طابع تعويضي أم شرط جزائي عقابي (يراجع رأي الأستاذ محمد الزين)

الجزء الثاني : آثار الإقرار القضائي بالشرط التغريمي

الفقرة الأولى : مبدأ التعويض

الفقرة الثانية : كيفية التصدي للشروط التغريمية المجحفة

إمكانية مراجعة القاضي للعقود .

وقد اعتمد القرار المبدئيّ الصّادر عن الدّوائر المجتمعة بتاريخ 29 أفريل 1975 لتبرير صحّة الشّرط التّغريمي على **مبدإ الحريّة التّعاقديّة** من ناحية، وعلى مبدإ القوّة الملزمة للعقد من ناحية أخرى، عارضا على ذلك الأساس أنّه «جرى عمل المتعاقدين في نطاق حريّة الإتّفاقات[2-79] أن يضبطوا علاقتهم فيما يتوقّعونه من ضرر عند عدم الوفاء بالإلتزام أو تأخير الوفاء به ويعيّنوا له مقدارا ماليّا مسبّقا يتّفقون عليه صراحة بالعقد، وأنّ مثل هذا الإتّفاق يُسمّى شرطا تغريميّا ولم ينصّ عليه القانون صراحة، ففي مثل هذه الصّورة ينظر إليه على أساس القواعد العامّة المتعلّقة بالإلتزامات وما يترتّب عليها مطلقا حسبما نصّ عليه الفصل 242 م.ا.ع. . . . »[1-79].

يراجع كتاب النظرية العامة للإلتزامات للأستاذ محمد الزين رحمه الله – الصفحة 310 وما بعدها.

دورة 2017 : حسن النية وإكتساب الملكية

حسن النية من القواعد الكلية التي تأسست عليها عديد المبادئ، فهو المبدأ الاساسي الثاني لمبادئ القانون الموحد " Uni droit " كما انه مبدئ حاضر في العديد من الاتفاقات الدولية مثلما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية " فيانا" المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

المشرع التونسي كأغلب التشاريع الاجنبية لم يعطي تعريفا واضحا ودقيقا لحسن النية، فان هذا المبدأ يبدو حاضرا في كل المواد القانونية

الإشكالية : ماهي اوجه ومميزات تكريس حسن النية في إكتساب الملكية ؟

الجزء الأول : التكريس القانوني لحسن النية في إكتساب الملكية

الفقرة الأولى : حسن النية شرط ضروري لإكتساب الملكية

تكريس قانوني في عديد الفصول دون نص عام.

مفهوم حسن النية في ملكية المنقولات يقوم على اعتقاد الحائز خطأ انه تلقى المال بتصرف صحيح حتى وان كان المنقول متأت من جريمة كالخيانة، والتحيل أو السرقة. فلا يتمتع المالك الحقيقي للمنقول الا بحق استثنائي في استرداده. وهو ما يكشف عن خطورة الدور الذي منحه المشرع لحسن النية في مادة الملكية التي تحميها مختلف الدساتير.

مفهوم حسن النية في ملكية العقار يقوم على إعتقاد الحائز أنه يتصرف في ماله تصرفا صحيحا حتى ولو كان العقار أتى من عملية بيع غير صحيحة لتعلقها برهن.

الفقرة الثانية : حسن النية شرط غير كاف لإكستاب الملكية

إمكانية إسترداد المالك لملكيته حتى في صورة توفر حسن النية.

الجزء الثاني : حسن النية وإكتساب الملكية في المنقولات والعقارات

الفقرة الأولى : حسن النية في ملكية المنقولات

الفقرة الثانية : حسن النية في ملكية العقار

- الحوز : الفصل 54 من م.م.م.ت " "إذا كان الحوز مستمرّا بدون التباس ولا انقطاع ولا شغب مشاهدا بصفة مالك". يتبين لنا من هذا النصّ أنّ الحوز ليكون محل حماية قضائية يجب أن تتوفر فيه شروط الاستمرار وانعدام الشغب وبصفة مالك سنتعرض إليها بأكثر تدقيق.
- الالتصاق: الفصل 34 من م.ح.ع والتي مفادها أنّ البناءات والمغروسات الموجودة بأرض ما أو في باطنها تعتبر أنّ مالك الأرض قد أقامها على نفقته وأنّها ملك له ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.كذلك ما اقتضاه الفصل 37 من نفس المجلة في خصوص تمليك مالك الأرض الجزء اليسير بأرض ملاصقة إذا تجاوز البناء به عن حسن نية. وفي كلتا الحالتين يخاطب النص مالك الأرض الذي يجب أن يثبت تلك الصفة حتى يتحصل على ملكية البناء أو الجزء اليسير من الأرض الملاصقة فإذا أثبت أنّه مالك الأصل فإنّ ملكيته لما التصق به تكون ملكية يقينية ما لم يتوصل خصمه إلى دحضها.

مواضيع القانون الجزائي

ملاحظة : يتم الإقتصار في بعض الأحيان على المخطط والإشكالية فقط نظرا لوجود كل التفاصيل بالدروس السابقة الموجودة في هذا الكتاب.

دورة 1988 : الإيقاف التحفظي والإفراج

ملاحظة : الموضوع قديم : التطرق للموضوع لا يأخذ بعين الإعتبار القانون عدد 5 لسنة 2016 :

مؤسسة الإيقاف التحفظي كرسها المشرع صلب الفصلين 84 و 85 م ا ج وخصص إمكانية الإفراج بالفصول من 86 إلى 92 من نفس المجلة .

- الجزء الأول : الإيقاف التحفظي مؤسسة إستثنائية
- الفقرة الأولى : تحديد حالات الإيقاف التحفظي

- يضبط الفصل 85 م إ ج حالات الإيقاف التحفظي إذ جاء فيه : " يمكن إيقاف المظنون فيه إيقافا تحفظيا في الجنايات والجنح المتلبس بها , وكذلك كلما ظهرت قرائن قوية تستلزم الإيقاف باعتباره وسيلة أمر يتلافى بها اقتراف جرائم جديدة أو ضمانا لتنفيذ العقوبة أو طريقة توفر سلامة سير البحث " .
- حالتان : في الجنايات والجنح المتلبس بها + في حالة ظهور قرائن قوية تستلزم الإيقاف

- الفقرة الثانية : خصائص الإيقاف التحفظي

- الطبيعة القضائية للإيقاف التحفظي

تتمثل السلطة القضائية المخولة باتخاذ إجراء الإيقاف التحفظي أما في النيابة العمومية أو عن طريق بطاقة إيداع من طرف المحكمة أو حاكم التحقيق.

الطبيعة الوقتية للإيقاف التحفظي

- تحديد مدة الإيقاف

تكون مدة إيقاف المتهم 6 أشهر لكن المشرع أجاز لقاضي التحقيق إذا ما اقتضت مصلحة البحث إبقاء المضنون فيه بحالة إيقاف تجديد فترة الإيقاف بمقتضى قرار معلل بالنسبة للجنحة مرة واحدة لا تزيد مدتها 3 أشهر وبالنسبة للجنايات مرتين لا تزيد كل واحدة على 4 أشهر – الفصل 85 مجلة ال – الفصل 85 مجلة الجراءات الجزائية.

- الجزء الثاني : الإيقاف التحفظي تسمح بإمكانية الإفراج
- الفقرة الاولى : الإفراج الوجوبي

ينص الفصل 85 م إ ج الفقرة الأخيرة جديدة على انه " ويتحتم الإفراج بضمان أو بدونه بعد الاستنطاق بخمسة أيام عن المتهم الذي له مقر معين بالتراب التونسي ولم يسبق الحكم عليه بأكثر من ستة أشهر سجنا إذا كان أقصى العقاب المقرر قانونا لا يتجاوز عامين سجنا " (تنقيح 2008)

- الفقرة الثانية : الإفراج الاختياري :

إذا لم يسعف المظنون فيه بالإفراج الوجوبي فله أن يأمل في الإفراج الاختياري وهذا الإفراج منظم صلب الفصول من 86 إلى 92 م إ ج تحت عنوان " في الإفراج المؤقت " وقد جاء بالفصل 86 م إ ج : " لقاضي التحقيق وفي كل الأحوال وفي غير الصورة المبينة بالفصل 85 التي يتحتم فيها الإفراج ان يأذن من تلقاء نفسه بالإفراج مؤقتا عن المظنون فيه بضمان أو بدونه وذلك بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية .والإفراج المؤقت

يمكن أن يأذن به قاضي التحقيق في أي وقت بناء على طلب وكيل الجمهورية أو المظنون فيه نفسه أو محاميه مع مراعاة القيود الواردة بالفقرة السابقة ...

دورة 1989 : العفو العام والعفو الخاص:

لم يعرف المشرع التونسي المقصود بالعفو العام وهو امر طبيعي بما ان اغلب التشاريع تتحاشى وضع تعاريف للمؤسسات التي تنظمها. ويمكن تعريفه بأنه قانون تتخذه السلطة التشريعية تقرر بموجبه نزع الطابع المجرم على بعض الجرائم و محو العقوبات الصادرة في شأنها لاسباب تتصل بمعالجة وضعيات اجتماعية او اقتصادية او سياسية.

اما العفو الخاص فخلافا للعفو العام الذي تمارسه السلطة التشريعية فان اثره لا يتجاوز العقاب تطبيقا لاحكام الفصل 371 من م ا ج الذي جاء به: العفو الخاص هو اسقاط العقاب المحكوم به او الحط من مدته او ابداله بعقاب آخر اخف منه نص عليه القانون.ويختلف العفو الخاص عن العفو العام في انه تختص به السلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيس الجمهورية تطبيقا لاحكام الفصل 372 من م ا ج الذي جاء به: حق العفو الخاص يمارسه رئيس الجمهورية بناء على تقرير كاتب الدولة للعدل بعد اخذ راي لجنة العفو.

- الجزء الأول : تباين العفو العام والعفو الخاص من حيث الشروط :
- الفقرة الأولى :شروط منح العفو العام

صدوره بموجب قانون

تحقق الشروط الواردة بقانون العفو

- الفقرة الثانية : شروط منح العفو الخاص
- الجزء الثاني : تباين العفو العام والعفو الخاص من حيث الآثار:
- الفقرة الأولى : آثار العفو العام
- الفقرة الثانية : آثار العفو الخاص

دورة 1990 : الركن المادي للجريمة

الإشكالية : كيف يمكن تحليل الركن المادي للجريمة بإعتباره أحد أركانها الأساسية ؟

المخطط :

الجزء الأول : الركن المادي للجريمة التامة

الفقرة الأولى : الفعل المجرم : السلوك الإجرامي

الفقرة الثانية : النتيجة الإجرامية والعلاقة السببية

الجزء الثاني : المحاولة

الفقرة الأولى : نطاق المحاولة وشروطها

الفقرة الثانية : عقاب المحاولة

دورة 1991 :

أثر الحكم الصادر في الدعوى العمومية على الدعوى المدنية المرفوعة أمام القاضي المدني.

الإشكالية : ماهو أثر الحكم الصادر في الدعوى العمومية على الدعوى المدنية المرفوعة أمام القاضي المدني ؟

المخطط :

الجزء الأول : مبدأ الجزائي يوقف المدني

الفقرة الاولى : الأساس القانوني : الفصل 7 م إ ج

الفقرة الثانية : مبررات المبدأ : تجنب التناقض

الجزء الثاني : مبدأ تقيد القاضي المدني بأحكام القاضي الجزائي

الفقرة الأولى : في حالة الحكم بالإدانة جزائيا

الفقرة الثانية : في حالة الحكم بالبراءة جزائيا

دورة فيفري 1992 : الفاعل الأصلي والشريك.

المخطط

الجزء الأول : اختلاف الفاعل الأصلي عن الشريك في درجة المسؤولية

الفقرة الأولى : الفاعل الأصلي : فاعل مادي أم فاعل معنوي

الفقرة الثانية : المشارك في الجريمة : أي وجود بغياب الفاعل الأصلي أو حضوره

الجزء الثاني : اختلاف الفاعل الأصلي عن الشريك في نوعية العقاب

الفقرة الأولى : عقاب الفاعل الأصلي

الفقرة الثانية : عقاب الشريك

دورة سبتمبر 1992 : المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية

المخطط

الجزء الأول : تطور الآراء الفقهية في الإعتراف بالمسؤولية الجزائية للذوات المعنوية

الفقرة الأولى : الرفض

الفقرة الثانية : القبول

الجزء الثاني : موقف القانون التونسي

الفقرة الأولى : غياب النص العام المقر بالمسؤولية الجزائية للذوات المعنوية

الفقرة الثانية : التطبيقات الخاصة للمسؤولية الجزائية للذوات المعنوية

مخطط بديل تفصيلي

يمكن الإطلاع على محاضرة ختم التمرين كاملة للأستاذ رمزي الغربي : بعنوان المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية

-الجزء الأول: ضعف مبدأ عدم المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية في القانون التونسي

-المبحث الأول: تبريرات الفكر القانوني التقليدي

-فقرة أولى: التبريرات غير النصية

- فقرة ثانية: التبريرات النصيــة

-المبحث الثاني: وهـــن التبـريـرات التـقـليـديـة

- فقرة أولى: على مستوى التجريم
- فقرة ثانية: على مستوى العقاب

-الجزء الثاني: التوجـه نحـو إقـرار المسؤوليـة الجزائيـة للذوات المعنـويـة

-المبحث الأول: شروط تطبيق المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية

-فقرة أولى: يجب أن ترتكب الجريمة من طرف أعضاء الذات المعنوية

-فقرة ثانية: يجب أن ترتكب الجريمة لفـــائدة الذات المعنوية

-المبحث الثاني: مميـزات النظـــام الزجـــــري للذوات المعنوية

-فقرة أولى: خصوصية الإجراءات

1- تمثيل الذات المعنوية

2- سيـر الإجراءات

- فقرة ثانية: خصوصية العقوبات

دورة 1993: إثارة الدعوى العمومية من طرف القائم بالحق الشخصي

- الفصل 36 من م إ ج : بتوفر شرطان يمكن للمتضرر إثارة الدعوى العمومية على مسؤولية الشخصية :

1 صدور قرار في الحفظ من قبل وكيل الجمهورية

2 الشرط الثاني يتمثل في الإثارة على نفقة المتضرر الشخصية.

- مازال الخلط قائما لحد اللحظة بين القائم بالحق الشخصي الذي يقوم بطلب التعويض أمام القاضي الجزائي بسبب الضرر الشخصي والمباشر من الجريمة والقيام على المسؤولية الشخصية الذي يتمثل في قيام المتضرر من الجريمة بإثارة الدعوى العمومية على حسابه الخاص بعد سابق حفظها من النيابة العمومية.
- الموضوع يسقط في هذا الخلط.

دورة 1994: المسؤولية الجزائية للحدث

الجزء الأول : قيام المسؤولية الجزائية للأحداث

الفقرة الأولى : الشروط الموضوعية لقيام المسؤولية الجزائية للأحداث

- سن المؤاخذة الجزائية
- الأفعال الإجرامية

الفقرة الثانية : الضمانات الإجرائية لقيام المسؤولية الجزائية للأحداث

- طور البحث والتحقيق : قضاء التحقيق الخاص بالأطفال
- طور المحاكمة : قضاء الأحداث

الجزء الثاني : آثار المسؤولية الجزائية للأحداث

الفقرة الأولى : الطرق المبدئية لإصلاح الحدث المسؤول جزائيا

- القرارات التربوية الصادرة عن قضاء الأحداث : (1. تسليم الطفل إلى أبويه أو والد مقدمه أو إلى حاضنه أو إلى شخص يوثق بـه. 2. إحالته على قاضي الأسرة. 3. وضعه بمؤسسة عمومية أو خاصة معدة للتربية والتكوين المهني ومؤهلة لهذا الغرض. 4. وضعه بمركز طبّي تربوي مؤهل لهذا الغرض. 5. وضعه بمركز إصلاح.)
- المرونة الإجرائية لإصلاح الحدث المسؤول جزائيا : المتابعة القضائية للقرارات المتخذة في شأن الأحداث - تعديل القرارات والنظر في الأمور الطارئة - الطعن في القرارات.

الفقرة الثانية : الوسائل الإستثنائية لإصلاح الحدث المسؤول جزائيا

- وضع الطفل تحت نظام الحرية المحروسة
- إمكانية زجر الحدث المسؤول جزائيا

دورة 1995 + دورة 2003 :التلبس

المخطط :

الجزء الأول : مفهوم الجرائم المتلبس بها

الفصول من 33 إلى 35 من م إ ج.

الفقرة الأولى : العنصر الزمني

الفقرة الثانية : وجود قرائن قوية تثبت ارتكاب الجريمة

الجزء الثاني : خصائص الجرائم المتلبس بها

الفقرة الأولى : سلطات وكيل الجمهورية في حالة التلبس

الفقرة الثانية : سلطات قاضي التحقيق في حالة التلبس

دورة 1996 + دورة 2010 : إثارة الدعوى العمومية وممارستها

الجزء الأول : إثارة الدعوى العمومية

الفقرة الأولى : النيابة العمومية

الفقرة الثانية : الموظفون والمتضرر

الجزء الثاني : شروط ممارسة الدعوى العمومية

الفقرة الأولى : شرط ملائمة التتبع

الفقرة الثانية : أشكال ممارسة الدعوى العمومية

- الإحالة على المحكمة وطلب فتح بحث تحقيقي وطلب تطبيق القانون.

دورة 1997: إقليمية النص الجزائي

المخطط :

الجزء الأول : نطاق مبدأ إقليمية النص الجزائي

الفقرة الأولى : إنطباق النص الوطني داخل الإقليم
الفقرة الثانية : عدم إنطباق النص الوطني خارج الإقليم
الجزء الثاني : إستثناءات مبدأ إقليمية النص الجزائي
الفقرة الأولى : عدم إنطباق القانون الوطني على جرائم داخل الإقليم
الفقرة الثانية : إنطباق القانون الوطني على جرائم خارج الإقليم

دورة 1998 : نظام الإثبات

يخضع نظام الإثبات إلى مبدأ قرينة البراءة وإلى مبدأ حرية الإثبات.
المخطط :
الجزء الأول : مبدأ قرينة البراءة
الفقرة الأولى : التكريس القانوني
الفقرة الثانية : تطبيقات قرينة البراءة
الجزء الثاني : مبدأ حرية الإثبات
الفقرة الأولى : تنوع وسائل الإثابت
الفقرة الثانية : القاضي والأخذ بوسائل الإثبات في المادة الجزائية

دورة 1999 : شرعية الجرائم والعقوبات

المخطط :
الجزء الأول : تكريس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات
الفقرة الأولى : التكريس القانوني للمبدأ :
الفقرة الثانية : المبادئ المتفرعة عن مبدأ الشرعية
الجزء الثاني : إستثناءات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات
الفقرة الأولى : النص التجريمي
الفقرة الثانية : القانون الأرفق أو الأرحم

دورة 2000 : رضاء المجني عليه

- دور "المجني عليه" في الجريمة لم يعد دورا سلبيا، فدوره لم يعد يقتصر على وقوع الفعل المجرم عليه دون أداء أي فعل إيجابي فيها، وذلك حين يكون رضاء المجني عليه حافزا على ارتكاب الجريمة مما يؤثر في أركانها فينفي بعضها ، ويؤثر في الإجراءات الجزائية فيدخل الاستثناء على أهم قواعدها.
- تحديد الدور القانوني لرضاء المجني عليه في القانون الجزائي التونسي، فغياب كل تنصيص تشريعي على اعتبار رضاء المجني عليه سببا من أسباب الإباحة في القانون التونسي لا يجب أن يفهم على أن الرضاء الصادر عن المجني عليه لا يؤثر في المسؤولية الجزائية.

المخطط :

الجزء الأول : مبدأ عدم تبرير رضاء المجني عليه للجريمة

الفقرة الأولى : التكريس القانوني

الفقرة الثانية : مبررات تكريس هذا المبدأ

الجزء الثاني : تبرير رضاء المجني عليه للجريمة في بعض الحالات الإستثنائية

- النقاش حول مسألة القتل الرحيم
- الإجهاض – الأعمال الجراحية والطبية

دورة 2001 : حقوق المتضرر في المادة الجزائية

+ دورة 2017 : المتضرر والإجراءات الجزائية

- حقوق المتضرر في إثارة الدعوى العمومية
  - القيام بالحق الشخصي
  - القيام بالمسؤولية الشخصية
  - الحق في القيام بالدعوى أمام القاضي الجزائي أو المدني
- حقوق المتضرر في طور المحاكمة
  - الحق في المحاكمة العادلة
  - الحق في التعويض

دورة 2002 : إتصال القضاء في المادة الجزائية.

التمييز بين مفهوم اتصال القضاء ومفاهيم مثل :

قوة الحكم في الإثبات 485 م إ ع – حجية الأمر المقضي به 443 م إ ع

المخطط

الجزء الأول : شروط الإقرار بقرينة الإتصال القضاء

الفقرة الأولى : الشروط المتعلقة بالحكم

الفقرة الثانية : الشروط المتعلقة بالحق

الجزء الثاني : آثار قرينة إتصال القضاء

الفقرة الأولى : التقيد المطلق بالحكم الجزائي القاضي بالإدانة

الفقرة الثانية : التقيد الجزئي بالحكم الجزائي القاضي بالبراءة

دورة 2004 : تأويل النص الجزائي.

الجزء الأول : مبدأ التأويل الضيق للنصوص التجريمية

الفقرة الأولى : منع الحكم عن طريق القياس

الفقرة الثانية : إعتماد المعنى الملائم لمقصد المشرع

الجزء الثاني : مبدأ التأويل الواسع للنصوص غير التجريمية

الفقرة الأولى : مبررات التأويل الواسع للنصوص غير التجريمية

الفقرة الثانية : تطبيقات التأويل الواسع للنصوص غير التجريمية

دورة 2005 : تفريد العقوبة

الجزء الأول : التخفيف في العقوبة

الفقرة الأولى : سبل التخفيف : أعذار التخفيف

الفقرة الثانية : تعليق العقوبة

الجزء الثاني : التشديد في العقوبة

الفقرة الأولى : ظروف التشديد العامة

الفقرة الثانية : ظروف التشديد الخاصة

دورة 2006: ضمانات المتهم.

الجزء الأول : ضمانات المتهم في مرحلة البحث والتحقيق

الفقرة الأولى : الضمانات الإجرائية

الفقرة الثانية : الضمانات الموضوعية

الجزء الثاني : ضمانات المتهم في المحاكمة وبعدها

الفقرة الأولى : الضمانات الإجرائية

الفقرة الثانية : الضمانات الموضوعية

دورة 2007: الزمن في القانون الجزائي

الجزء الأول : الزمن والدعوى العمومية

الفقرة الأولى : االتلبس

الفقرة الثانية : الزمن مؤثر في توقيت قيام الدعوى وفي انقضاءها

الجزء الثاني : الزمن والحكم الجزائي

الفقرة الأولى : الزمن وتنفيذ الحكم الجزائي

الفقرة الثانية : الزمن والطعن في الحكم الجزائي

دورة 2008 : ظروف التشديد

الجزء الأول : ظروف التشديد الخاصة

الفقرة الأولى : الإضمار وقتل الفرع للأصل

الفقرة الثانية : الفعل : جريمة إرهابية

الجزء الثاني : ظروف التشديد العامة : العود

الفقرة الأولى : شروط العود

الفقرة الثانية : آثار العود

دورة 2009 : المسكن في القانون الجزائي

ما مدى حماية المسكن في القانون الجزائي ؟

الجزء الأول : مظاهر حماية المسكن في القانون الجزائي

الفقرة الأولى : القواعد الموضوعية لحماية المسكن

- الفصول 102 – 133 – 256 – 171 – 306 – 316 من المجلة الجزائية
- الفصل 56 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية
- الفصل 33 – 308 – 260 من مجلة الإجراءات الجزائية

الفقرة الثانية : القواعد الإجرائية لحماية المسكن

- 93 – 94 – 95 – 96 من مجلة الإجراءات الجزائية.

الجزء الثاني : حدود حماية المسكن في القانون الجزائي

الفقرة الأولى : إنتهاك حرمة المسكن بمقتضى القانون

- الفصل 315 م ج – الفصل 291 - 294 م م م ت

الفقرة الثانية : خرق مبدأ حرية إختيار المسكن بمقتضى القانون

- منع الإقامة الفصل 22 من م ج .

دورة 2012 : قرينة البراءة

الإطلاع على رسالة ختم دروس بالمعهد الأعلى للقضاء بعنوان " قرينة البراءة "

كل متهم بريء الى أن تثبت ادانته فالأصل في الإنسان الخير والبراءة ولمن ادعى غير ذلك اثبات العكس فما يجب اثباته ليس البراءة بل الإدانة والفعل المجرم وبما أن المتهم لا يمكن أن يعاقب إلا على فعل ثبت قطعيا

1- مبدأ عدم التزام المتهم بإثبات برائته

من أهم نتائج مبدأ قرينة البراءة أن المتهم غير ملزم بإثبات براءته، بل أن النيابة هي التي تثبت الإدانة, فمسألة الإثبات عنصر أساسي في هذا المبدأ

2- مبدأ فقه قضائي :الشك ينتفع به المتهم (و تبرئة ساحة متهم أفضل من إدانة بريء)

وهو مبدأ من المبادئ الأصولية في المادة الجزائية مترتب عن مبدأ قرينة البراءة وهو مبدأ أجمع عليه شراح القانون منذ القدم وله جذور في القانون الروماني ويعبر عنه باللاتينية in dubiro pro rio

دورة 2013 : وسائل الاثبات في المادة الجزائية

المخطط :

الجزء الأول : تنوع وسائل الإثبات

الفقرة الأولى : وسائل الإثبات التقليدية

الفقرة الثانية : وسائل الإثبات الحديثة

الجزء الثاني : مقبولية وسائل الإثبات

الفقرة الأولى : مشروعية الدليل

الفقرة الثانية : تقدير القاضي الجزائي لوسائل الإثبات

دورة 2014 : موانع المسؤولية الجزائية

موانع المسؤولية ذات صفة ذاتية تتعلق بالشخص و لا تتعدى غيره. فإذا كان مع الفاعل شركاء فلا يستفيد هؤلاء الشركاء من موانع المسؤولية. بل تبقى مسؤوليتهم كاملة مستقلة.

فموانع المسؤولية إذن إنما هي عوارض شخصية تتصل بشخص الفاعل بالذات و لا علاقة لها بالجريمة أو بالفعل المادي. فهي إذن ذات طابع شخصي بعيدة عن الصفة الموضوعية للجريمة و تتصل مباشرة بالركن المعنوي للجريمة اتصالا وثيقا تقوم بذاته دون أي عامل أو ظرف خارجي.

الجزء الأول : الأسباب المانعة للمسؤولية الجزائية

الفقرة الأولى : فقدان العقل

الفقرة الثانية : إنعدام التمييز

الجزء الثاني : آثار الأسباب المانعة للمسؤولية الجزائية

الفقرة الأولى : الآثار المتعلقة بفقدان العقل

الفقرة الثانية : الآثار المتعلقة بفقدان التمييز

دورة 2015 : القاضي و العقوبة

الجزء الأول : القاضي وتفريد العقوبة

- التخفيف
- التشديد

الجزء الثاني : القاضي وتنفيذ العقوبة

- الهياكل المختصة بالتنفيذ
- السلطات المخولة لهذه الهياكل

دورة 2016 : تطبيق القانون الجزائي في الزمان والمكان

تطبيق القانون الجزائي في المكان

- مبدأ إقليمية النص الجزائي
- إستثناءات مبدأ إقليمة النص الجزائي

تطبيق القانون الجزائي في الزمان

- مبدأ عدم رجعية النص الجزائي
- إستثناءات مبدأ عدم رجعية النص الجزائي

مواضيع القانون التجاري

دورة 1988 : الشركات خفية الإسم

الجزء الأول : تكوين الشركات خفية الإسم

الفقرة الأولى : قواعد التأسيس

- التكوين عن طريق دعوة العموم للإدخار (الشركة ذات المساهمة العامة) 164 م ش ت .
- التكوين بدون دعوة العموم للإدخار (الشركة خفية الإسم ذات المساهمة الخصوصية) 180 م ش ت

الفقرة الثانية : عقوبات قواعد التأسيس

- البطلان : 179 م ش ت
- مسؤولية المؤسسين : المدنية والجزائية 182 _+ 183 إلى 187 م ش ت.

الجزء الثاني : السندات التي تصدرها الشركات خفية الإسم

الفقرة الأولى : القواعد العامة للسندات

تداول السندات – تجريد السندات أو شكلها – العمليات المتعلقة بالسندات (انتقال ملكية الأوراق المالية – الرهن) – عقلة الأوراق المالية - بورصة الأوراق المالية وهيئة السوق المالية.

الفقرة الثانية : القواعد الخاصة بكل سند تصدره الشركات خفية الإسم

الأسهم – الرقاع - حصص التأسيس - الأوراق المالية الجديدة

- يمكن الإطلاع على دروس في الشركات التجارية للأستاذ نذير بن عمو.

دورة 1989 : بيع الأصل التجاري.

الجزء الأول : شروط بيع الأصل التجاري

الفقرة الأولى : الشروط المتعلقة بالعقد :

- الشروط الأصلية : الفصل 2 من م إ ع
- الشروط الشكلية : الكتب الرسمي : محام مباشر - التنصيصات الوجوبية : 190 م ت

الفقرة الثانية : إشهار بيع الأصل التجاري

- الإعلان خلال 15 يوم من تاريخ العقد بأحد الصحف اليومية وبالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.وإيداع نظير بالمقر المختار إبتداء من تاريخ البيع إلى إنقضاء عشرون يوما من الإعلان عنه بالرائد الرسمي.مع إعلام الدائنين السابقين المقيدين بواسطة عدل منفذ في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ العقد إذا كان الأصل التجاري مثقلا برهون مرسمة حسب الفصل 228 مكرر مت

الجزء الثاني : آثار بيع الأصل التجاري

الفقرة الأولى : انتقال الملكية

الفقرة الثانية : التزامات الأطراف : البائع والمشتري

دورة 1990 : الشركات التجارية: أنواعها وشروط تكوينها.

الجزء الأول : أنواع الشركات التجارية

الفقرة الأولى : شركات الأشخاص وشركات الأموال

- شركات الأشخاص : شركة المفاوضة – شركة المقارضة البسيطة – شركة المحاصة
- شركات الأموال : الشركة خفية الإسم – شركة المقارضة بالأسهم

الفقرة الثانية : شركة الأشخاص والأموال الشركى ذات الطبيعة المختلطة : الشركة ذات المسؤولية المحدودة

الجزء الثاني : تكوين الشركة : شروط التأسيس والإشهار

الفقرة الأولى : عقد الشركة العمل القانوني المؤسس

الفقرة الثانية : شكليات التأسيس والإشهار

دورة 1991دعاوي الرجوع للإمتناع عن القبول والدفع في الكمبيالة.

تقسيم الأستاذ الطيب اللومي ضمن كتابة الوسيط في الأوراق التجارية – وقع تفصيل هذا الموضوع ضمن الدروس

الباب السادس

دعاوى الرجوع

القسم الاول : شروط اقامة دعوى الرجوع 290
الفقرة الاولى : الشروط المادية لاقامة دعوى الرجوع 290
الفقرة الثانية : الشروط الشكلية لاقامة دعوى الرجوع 291
القسم الثاني : مباشرة الحامل لدعوى الرجوع 304
الفقرة الاولى : حقوق الحامل نحو المدينين بالكمبيالة 305
الفقرة الثانية : كيفية الرجوع على الملتزمين بالكمبيالات 309
الفقرة الثالثة : موضوع الرجوع 314
الفقرة الرابعة : رجوع أحد الملتزمين بالكمبيالة على باقي
الملتزمين بها 319

دورة فيفري 1992 : قرينة مسؤولية الناقل البحري للبضائع

المبدأ هو قيام مسؤولية الناقل البحري بصفة تلقائية وآلية إلا إذا أثبت هذا الأخير أن الضرر الحاص بالبضاعة ناجم عن بعض الإستثناءات.

الجزء الأول : قيام مسؤولية الناقل البحري : قرينة قانونية قائمة الذات

الفقرة الأولى : موقف المشرع التونسي من تحديد مسؤولية الناقل البحري
الفقرة الثانية : موقف فقه القضاء من تحديد مسؤولية الناقل البحري
الجزء الثاني : قرينة مسؤولية الناقل البحري قابلة للدحض : حالات الإعفاء
الفقرة الأولى : حالات الإعفاء الكلي
الفقرة الثانية : حالات الإعفاء الجزئي
دورة سبتمبر 1992 قواعد تأسيس الشركة خفية الاسم
الجزء الأول : الخضوع للقواعد العامة لتأسيس الشركات
الفقرة الأولى : القواعد الشكلية
الفقرة الثانية : القواعد الأصلية
الجزء الثاني : القواعد الخصصوية بتأسيس الشركة خفية الإسم
الفقرة الأولى : الشركة ذات المساهمة العامة (دعوة العموم للإدخار)
الفقرة الثانية : الشركة ذات المساهمة الخصوصية (دون دعوة العموم للإدخار)
دورة 1993 : المؤونة في الكمبيالة
من الضمانات الخاصة للوفاء بالكمبيالة
هي دين من المبلغ من المال مساو على الأقل لمبلغ الكمبايلة
الفصل 275 مجلة تجارية
الجزء الأول : أهمية المؤونة
الفقرة الأولى : في علاقة الساحب بالمسحوب عليه
الفقرة الثانية : في العلاقة بين الساحب والحامل
الفقرة الثالثة : في العلاقة بين الحامل والمظهرين
الجزء الثاني : تكوين المؤونة
الفقرة الأولى : شروط وجود المؤونة
الفقرة الثانية :مصادر المؤونة
الفقرة الثالثة : إثبات المؤونة وملكيتها
دورة 1994: آثار الاحتجاج في الأوراق التجارية

يتمثّل الاحتجاج في حجة رسميّة يقيمها عدل منفذ بمقرّ المسحوب عليه أو بآخر مقرّ له معلوم عندما تكون الكمبيالة مضمّنة شرط مكان الخلاص فإنّ الاحتجاج (ما عدى سقوط الحقّ) يقع القيام به لدى من سيقع الخلاص عنده domiciliataire.

و يبيّن الفصل 319م ت محتوى الاحتجاج (يشمل الاحتجاج على صورة حرفيّة لنصّ الكمبيالة و القبول و التظهيرات و السحب الاحتياطي المبيّنة بها مع الإشارة إلى التنبيه بالدّفع ومبلغ الكمبيالة ما إذا كان الشخص الذي يجب عليه الدّفع حاضرا أو غائبا مع بيان أسباب امتناعه عن الدّفع أو عجزه أو امتناعه عن التوقيع).

و تحمل مصاريف الاحتجاج عادة على المسحوب عليه و في حالة عجزه تحمل على الأشخاص الضامنين للوفاء.

و بصفة استثنائيّة يتحمّل الحامل مصاريف الاحتجاج إذا قام بالاحتجاج دون أن يعرض مسبّقا الكمبيالة على المسحوب عليه الذي يعرض الخلاص على العدل المنفّذ.

دورة 1995: آثار التظهير الناقل للحقوق

تعريف التظهير

مميزاته : جعل الأوراق المالية قابلة للتداول.

أطراف الكمبيالة في حالة التظهير

آثار التظهير قابلة للتقسيم وفق المخطط التالي :

الجزء الأول : إنتقال ملكية الحق الثابت في الكمبيالة إلى المظهر إليه (277 من م ت)

الفقرة الأولى : اختلاف انتقال الملكية في التظهير عن الملكية في القانون المدنين

الفقرة الثانية : آثار إنتقال ملكية الحق الثابت في الكمبيالة إلى المظهر إليه

الجزء الثاني : المظهر ضامن للقبول والوفاء

الفقرة الأولى : المظهر ضامن للقبول

الفقرة الثانية : المظهر ضامن للوفاء والدفع

دورة 1996 : حل الشركات التجارية

الفصول القانونية من 23 إلى 26 من مجلة الشركات التجارية

الجزء الأول : أسباب الإنحلال

الفقرة الأولى : أسباب قانونية

إنقضاء مدة الشركة – إنقضاء موضوع النشاط – تلف المال الممنوح كمساهمة عينية بالملكية أو الإنتفاع قبل تسليمه – الأموال الذاتية للشركة دون رأس مالها – الانحلال الوارد بالعقد التأسيسي

الفقرة الثانية : أسباب مثارة :

إنحلال إرادي مسبق بإتفاق الشركاء – إنحلال قضائي بطلب الشريك 1323 م إ ع.

الجزء الثاني : آثار الإنحلال

الفقرة الأولى : إشهار الإنحلال :

29 م ش ت : الترسيم بالسجل التجاري والنشر بالرائد الرسمي في أجل شهر من تاريخ الإنحلال من أجل معارضة الغير به.

الفقرة الثانية : تصفية الشركة والقسمة :

التصفية : إنهاء الإلتزامات وخلاص الديون ذو طابع إجباري. 29 م ش ت.

القسمة : توزيع محصول التصفية.

دورة 1997: تداول أسهم الشركات خفية الإسم.

يعتبر التداول خاصية أساسية للأوراق المالية. وهي تميزها عن الحصص في الشركات الأخرى والتي ليست قابلة للتداول وإنما يمكن إحالتها.

والمقصود بالتداول هو إحالة الأوراق المالية دون وجوب احترام شكليات إحالة الدين المنصوص عليها بالفصل 205 م ا ع.

دروس الأستاذ نذير بن عمو

دورة 1998: الكفالة في الكمبيالة

الجزء الأول : مميزات الكفالة في الكمبيالة

الفقرة الأولى : الشروط الموضوعية

- الشروط الواجب توفرها في الكفيل وفي المكفول
- الشروط الواجب توفرها في الإلتزام المكفول

الفقرة الثانية : الشروط الشكلية

- الكفالة المحررة على الكمبيالة أو على ورقة تابعة لها
- الكفالة المحررة في كتب مستقل

الجزء الثاني : آثار الكفالة في الكمبيالة

الفقرة الأولى : إلتزام الكفيل

الفقرة الثانية : حق الرجوع

دورة 1999: دور مراقب الحسابات في الشركات خفية الاسم

- يمكن الإطلاع على مراقب الحسابات والشركة خفيّة الاسم - محاضرة ختم التمرين للأستاذة : فدوى المؤدّب السنة القضائيّة 2005-2006

مقتطف من هذه المحاضرة المهمة.

" مواكبة للتطوّرات المذكورة اتّبع المشرّع التونسي سياسة إصلاح شاملة لمنظومته القانونية لمست عديد الميادين غير أنّ أبرزها يبقى الميدان الاقتصادي الّذي شهد إصدار العديد من القوانين وأخيرا تمّ تتويج هذه الإصلاحات التشريعيّة بإصدار مجلّة الشركات التجاريّة بالقانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرّخ في 13-11-2000 والّتي أضفت نفسا جديدا على تكوين وتسيير الشركات. ركّز المشرّع، في إطار هذا المناخ المدعّم للانفتاح الاقتصادي عنايته بالشّركات خفيّة الاسم لأنّها تعتبر الأنموذج الأمثل لشركات الأموال لما لها من قدرة على تجميع رؤوس الأموال( ) فهي وحسب ما نصّ عليه الفصل 160 م.ش.ت، « شركة أسهم تتكوّن من سبعة مساهمين على الأقل يكونون مسؤولين في حدود مساهمتهم وتتمتّع بالشخصيّة المعنويّة.

وتعرّف الشركة الخفيّة الاسم بتسمية اجتماعيّة مسبوقة أو ملحقة بشكل الشركة ومبلغ رأس مالها. ويجب أن تكون هذه التسمية مختلفة عن كلّ تسمية لكلّ شركة سابقة الوجود.

وتدعيما للدّور الفعّال لهذا النّوع من الشركات التجاريّة، أخضع المشرّع التونسي الشركة خفيّة الاسم لرقابة متعدّدة الأبعاد وذات مفهوم موسّع بغاية تحقيق الهدف المنشود من وراء بعث هذا الصنف، وإنّ المقصود بالرقابة هو ذلك الحقّ الممنوح في الإشراف على كيفيّة تأسيس وتسيير الشركة حماية لمصالحها ومصالح المساهمين."

الجزء الاول : النظام القانوني لمؤسسة مراقب الحسابات داخل الشركة خفية الإسم

يخضع مراقب الحسابات في إطار رقابته للشركة خفيّة الاسم إلى الفصول 258 وما يليها من مجلّة الشّركات التجاريّة.

وبالرّجوع إلى هذا الباب يتّضح جليّا وأنّ المشرّع أرسى منظومة قانونيّة متكاملة لمراقب الحسابات، ترسم الخطوط العريضة والدقيقة لهذا الجهاز، بحيث يمكن الحديث معها عن مؤسّسة مراقب الحسابات.

لقد سعى المشرّع إلى تفادي النّقائص المسجّلة بالمجلّة التجاريّة الخاصّة بالرّقابة غير المباشرة للشركاء، والّتي تتجسّم طبعا في جهاز مراقب الحسابات، وذلك بأن حدّد مجال وآليات تدخّل هذا "الجهاز"، (الفقرة الأولى) بطريقة تبرز بوضوح الدّور الفعّال لمراقب الحسابات في تحقيق الحفاظ على سير الشركة خفيّة الاسم بكلّ نزاهة وشفافيّة.( )

لقد احتلّت رقابة تسيير الشركة أهميّة بالغة بحيث يقع معها إعطاء معلومات صحيحة وكافية للشّركاء، ممّا يخوّل لهم إمكانيّة الاطّلاع على الوضعيّة الماليّة القانونيّة والواقعيّة للشّركة الّتي ينتمون إليها، الشّيء الذي يسمح لهم من أخذ القرارات الّتي في مصلحتهم على أساس المعرفة والدّراية.

إنّ هذه الرّقابة اللاّحقة لتأسيس الشركة خفيّة الاسم هي كفيلة بأن تضمن استمراريّة الشركة ونموّها، إلاّ أنّ الوقاية تبقى دوما خير من العلاج، ولهذا الغرض، أولى المشرّع إلى مراقب الحسابات مهمّة مراقبة الشركة خفيّة الاسم في طور يتزامن مع تأسيس الشركة حتّى يسهر

على نشأة هذه الخليّة على أسس وقواعد صحيحة، خاصّة وأنّنا نلاحظ كثرة التّجاوزات والإخلالات في هذا الطّور من التّكوين، بما يعبّر عن الرّغبة الجامحة في تأسيس الشركة دون قيد أو شرط، ولذا فإنّ تدعيم دور مراقب الحسابات في إطار رقابة الشركة خفيّة الاسم، ما هو إلاّ تكريس للنّزعة الحمائيّة للشّركة من خلال التّشريع الجديد (الفقرة الثاني).

الفقرة الأولى : مجال وآليات تدخل مراقب الحسابات في الشركة خفية الإسم

الفقرة الثانية : تدعيم دور مراقب الحسابات من خلال التشريع الجديد

الجزء الثاني : نظام المسؤولية بين مراقب الحسابات والشركة خفية الإسم

الفقرة الأولى : المسؤولية الجزائية

الفقرة الثانية : المسؤولية المدنية

دورة 2000: الشريك وديون الشركة

الفصول 1300 وما بعد من م إ ع

- مبدأ المشاركة في تحمل ديون الشركة
- مبدأ التناسب في تحمل ديون الشركة حسب قيمة المساهمات
  - قاعدة آمرة لا يمكن الإتفاق على مخالفتها
  - الإستثناءات وطريقة تحمل الديون 1304 من م إ ع

دورة 2001: حماية الغير في الشركات التجارية

الجزء الأول : حماية الغير عند تأسيس الشركات التجارية

الفقرة الأولى : مظاهر حماية الغير

الحق في الإعلام

الفقرة الثانية : آليات الحماية

- طلب البطلان
- عدم المعارضة وإمكانية المطالبة بالتعويض

الجزء الثاني : حماية الغير بعد التأسيس

الفقرة الأولى : في حياة الشركة وعند تغيير شكلها

الفقرة الثانية : عند إنقضاء وحل الشركة

دورة 2002 : التوقف عن الدفع.

الجزء الأول : التوقف عن الدفع في مرحلة التسوية القضائية

الفقرة الأولى : المفهوم

الفقرة الثانية : الآثار

الجزء الثاني : التوقف عن الدفع في مرحلة التفليس

الفقرة الأولى : المفهوم

الفقرة الثانية: الآثار

دورة 2003 الشخصية المعنوية للشركات التجارية.

الجزء الأول : محتوى الشخصية المعنوية للشركات التجارية

الفقرة الأولى : مفهوم الشخص المعنوي وأهمية

الفقرة الثانية :طبيعة الشخص المعنوي ونشأته

الجزء الثاني : تفريد الشخصية المعنوية للشركات التجارية

الفقرة الأولى : هوية الشخص المعنوي

الفقرة الثانية : مسؤولية الشخص المعنوي

دورة 2004 الإشهار في المادة التجارية.

الجزء الأول : وسائل الإشهار

- الرائد الرسمي والجرائد الرسمية
- السجل التجاري

الجزء الثاني : غايات الإشهار

- تجاه الشركة والشركاء
- تجاه الغير

دورة 2005 :الأقلية في الشركات التجارية.

الجزء الأول: الحماية التشريعية للأقلية في الشركات التجارية.

الفصل الأول: الحماية داخل الجلسات العامة.

الفقرة الأولى: الحق في حضور الجلسات العامة.

الفقرة الثانية: الحق في التصويت.

الفقرة الثالثة: الحق في الاطلاع.

الفصل الثاني: الحماية خارج الجلسات العامة

الفقرة الأولى: الحق في الإعلام.

الفقرة الثانية: الحق في الرقابة

الجزء الثاني : الحماية القضائية للأقلية في الشركات التجارية

الفصل الأول : الحق في اللجوء إلى القضاء : الحالات

الفصل الثاني : آثار اللجوء إلى القضاء

دورة 2006 : الربح.

يمكن الإطلاع على مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق شعبة قانون العقود والإستثمارات للطالب توفيق المشرقي لسنة 2009 – 2010 بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس المنار.

وفيما يلي المخطط المعتمد في هذه المذكرة :

الجزء الأوّل :خصوصيّة الرّبح كمعيار مميّز للشركات التجارية

الفصل الأول : عدم ثبات مفهوم الرّبح

الفصل الثّاني : محدودية معيار الرّبح على مستوى التمييز بين الشركات التجارية وبقية الذّوات المعنوية للقانون الخاصّ

الجزء الثّاني : خصوصيّة الرّبح كحقّ أساسي للشريك

الفصل الأول: تنظيم حق الشريك في الربح

الفصل الثاني : حماية حقّ الشريك في الرّبح

دورة 2007: إعسار التاجر.

الجزء الأول : إعسار التاجر الفرد

الفقرة الأولى : حالات الإعسار

الفقرة الثانية : آثار الإعسار : القانون التجاري العام

الجزء الثاني : إعسار التاجر في الإجراءات الجماعية

الفقرة الأولى : حالات الإعسار

الفقرة الثانية : الإستفادة من إمتيازات الإجراءات الجماعية

دورة 2008: رهن الأصل التجاري.

1 / الشروط :

شروط أصلية : 2 م إ ع و 237 م ت

شروط شكلية : 238 عقد رسمي أو خطي يحرره محامي مرسم 189 مكرر / الإشهار يقيد بكتابة المحكمة في أجل شهر

2 / الآثار :

تجاه الدائنين المرتهنين : حق الأفضلية (إجراء البيع الجبري) و حق التتبع (التنفيذ في يد الغير)

تجاه الدائن : إعلام جميع الدائنين المرسمين حول إعتزامه القيام بفسخ عقد الإيجار .

دورة 2009 : حقوق الشريك في الشركات التجارية.

- الحق في البقاء
- الحق في إتخاذ القرار
- الحق في الإعلام
- الحق في المراقبة

وقد تم تفصيلها سابقا في هذا الكتاب.

دورة 2010: مسؤولية مسيري الشركة.

- المسؤولية المدنية لمسيري الشركة
  - شروط قيام المسؤولية المدنية
  - آثار قيام المسؤولية المدنية
- المسؤولية الجزائية لمسيري الشركة
  - شروط قيام المسؤولية الجزائية
  - آثار قيام المسؤولية الجزائية

دورة 2012: إدارة الشركات التجارية.

- ممارسة السلطة من قبل المسيرين :

الشركاء لهم الحق في تعيين المسيرين و عزلهم .

الشركة خفية الإسم تدار من قبل مجلس إدارة و رئيس أو إدارة جماعية و مجلس مراقبة .

شركات الأشخاص يسيرها عادة أهم شريك

الشركة ذات المسؤولية المحدودة : من قبل وكيل أو عدة وكلاء .

- مشاركة الشركاء في الحياة الإجتماعية :

الحق في إتخاذ القرار

الحق في البقاء في الشركة

الحق في الإعلام 11 م ش ت

دوؤة 2013 : التظهير

يمكن الإطلاع على ما ورد في هذا الكتاب

نقدم لكم مخطط الأستاذ الطيب اللومي الذي يبين فيه أنواع التظهير ومبادئه العامة

القسم الاول : مبادىء عامة ـ تعريف التظهير ـ أنواعه 178
الفقرة الاولى : التظهير الناقل للملكية 180
الفرع الاول : الشروط الموضوعية 181
الفرع الثاني : الشروط الشكلية 187
الفرع الثالث : البيانات الاختيارية للتظهير 194
الفرع الرابع : اثار التظهيرالناقل للملكية 200
الفقرة الثانية : التظهير التوكيلي 214
الفرع الاول : تعريف التظهير التوكيلي 215
الفرع الثاني : شروط التظهير التوكيلي 215
الفرع الثالث : اثار التظهير التوكيلي 218
الفقرة الثالثة : التظهير على سبيل الضمان أوالرهن 224
الفرع الاول : شروط التظهير على سبيل الضمان أو الرهن 224
الفرع الثاني : اثار التظهير على سبيل الضمان أو الرهن 227

دورة 2014: رأس مال الشركات التجارية.

- القواعد المتعلقة بتكوين رأس مال الشركات التجارية
  - القواعد العامة
  - القواعد الخاصة ببعض أنواع الشركات
- القواعد المتعلقة برأس مال الشركات التجارية بعد نشأة الشركة
  - التغيير بالترفيع أو التخفيض
  - رأس المال عند حل الشركات التجارية

دورة 2015: الملكية التجارية

الجزء الأول : إكتساب الملكية التجارية

الفقرة الأولى : الشروط الشكلية

الفقرة الثانية : الشروط الموضوعية

الجزء الثاني : آثار إكتساب الملكية التجاري

الفقرة الأولى : إكتساب حقوق الملكية التجارية

الفقرة الثانية : الملكية التجارية والملكية العقارية

دورة 2016: الرقابة في الشركات التجارية

الجزء الأول : الراقبة المباشرة عن طريق المساهمين

الفقرة الأولى : تجليات الرقابة المباشرة

الحق في الإعلام – الحق في الإطلاع
الفقرة الثانية : محدودية الرقابة المباشرة : عدم النجاعة
الجزء الثاني : الرقابة غير المباشرة : مراقب الحسابات
الفقرة الأولى : الوظيفة الأساسية لمراقب الحسابات
الفقرة الثانية : الدور الإستثنائي لمراقب الحسابات

دورة 2017 : دور القاضي في الإجراءات الجماعية

الجزء الأول : دور القاضي في نظام الاشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية
الفقرة الأولى : القاضي و لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية
الفقرة الثانية : القاضي و اتخاذ التدابير الاحتياطية
الجزء الثاني : دور القاضي في اجراءات التسوية
الفقرة الأولى :في التسوية الرضائية

- استدعاء كل من الدائن و المدين
- البحث عن حلول صلحية بينهما من خلال بعض الاليات كجدولة الديون او الحط منها جزئيا
- الاذن بايقاف سريان الفوائض و غرامات التأخير
- تعيين مصالح

الفقرة الثانية : في التسوية القضائية

- التاكد من شرط التوقف عن الدفع
- فتح فترة مراقبة
- تعيين متصرف قضائي
- البحث عن الحلول الكفيلة لمواصلة المؤسسة لنشاطها ككرائها او احالتها الى الغير في اطار وكالة حرة وفي صورة إستحالة مواصلة النشاط يقرر القاضي افتتاح اجراءات التفليس وهي تعيين حاكم منتدب و أمين فلسة و ذلك لحماية الدائنين من تصرف المدين في مكاسبه.

الفهرس

- تقديم الكتاب
- القانون المدني
- القانون العقاري
- القانون الجزائي
- القانون التجاري
- المرافعات المدنية والتجارية
- الإجراءات الجزائية
- القانون الدولي الخاص
- قانون المواريث
- التشريع الإسلامي
- إصلاح مواضيع الإختبارات الكتابية
- خاتمة الكتاب

جميع الحقوق محفوظة : يمنع نسخ أي نسخة دون إذن المكتبات المتعاقد معها أوالكاتب ومن يتعمد الإعتداء على حق المؤلف يعرض نفسه للتتبعات القانونية.

الأستاذ رمزي محمدي

- أصيل ولاية مدنين من مواليد 1991
- محام تونسي – متحصل على شهادة الكفاءة المهنية لمهنة المحاماة سنة 2017
- متحصل على شهادة الماجستير في القانون الخاص 2016
- دارس بالماجستير المهني في القانون الرياضي 2017
- كاتب وباحث في القانون ومن مؤسسي مجلة نقطة قانونية

الكتاب متوفر في المكتبات التالية

تونس : مكتبة مروى بالزين ـ مركب عليسة المنار: رقم الهاتف 21646384

سوسة : مكتبة القدس ـ حي الرياض: رقم الهاتف : 41416133

صفاقس Photocopie Club Netسيدي منصور رقم الهاتف : 55923310